José de Solano y Polanco

ESTUDIOS JURÍDICOS DEL FUERO DE VIZCAYA (1918)

Clásicos de Derecho Vasco
Euskal Zuzenbidearen Klasikoak

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

4

José de Solano y Polanco

ESTUDIOS JURÍDICOS DEL FUERO DE VIZCAYA (1918)

Introducción y edición
José Miguel Gorostiza Vicente

---

4. Clásicos de Derecho Vasco
Euskal Zuzenbidearen Klasikoak

Bizkaiko Foru Aldundia
Diputación Foral de Bizkaia

AVD·ZEA
Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

BILBAO 2005

Bizkaiko Foru Aldundia
Diputación Foral de Bizkaia

AVD·ZEA
Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

© De la presente edición: Academia Vasca de Derecho. Zuzenbidearen Euskal Akademia.
© Introducción / Sarrera: José Miguel Gorostiza Vicente

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, mécanico, 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 igorri inola ere, dela elektrikaz, dela mekanikaz, dela fotokopiaz, dela grabazio magnetikoz, dela bestelako informazio biltze eta berreskuratze sistemaz, baldin eta lehendaurrez egileen eta argitaratzailearen baimenik ez badu.

ÍNDICE GENERAL / AURKIBIDEA
ESTUDIOS JURÍDICOS
DEL
FUERO DE VIZCAYA
1918

4. La Colección "Clásicos de Derecho Vasco"
"Euskal Zuzenbidearen Klasikoak" bilduma:

Presentación del Presidente de la Academia, D. Adrián Celaya Ibarra VII

Adrian Celaya Ibarra jn., Akademiako lehendakariaren aurkezpena X

I. Introducción general XV

II. El autor D. José de Solano y Polanco XVII

III. Su obra publicada XIX

IV. Los Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya, de 1918 XX

IV. 1.- Personas, cosas y territorios sujetos al Fuero de Vizcaya. XXI

IV. 2.- La Troncalidad bizkaina.
¿Son troncales todos los raíces del Infanzonado? XXII

IV. 3.- Los llamamientos forales para casos de ventas. XXIV

IV. 4.- La comunicación foral. XXVIII

IV. 5.- La institución de heredero y las legítimas en el Fuero.
Clases de testamentos en Bizkaya. XXX

Bizkaiko Foru Aldundia
Diputación Foral de Bizkaia

AVD·ZEA
Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

IV. 6.- El derecho de representación, ¿existe en Vizcaya?. XXXI

Edición fasímil . . . . . .1 - 369

Indice 371

Bizkaiko Foru Aldundia
Diputación Foral de Bizkaia

AVD·ZEA
Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

LA COLECCIÓN "CLÁSICOS DE DERECHO VASCO"

La Academia vasca de Derecho acaba de nacer. No se puede esperar que sus primeros pasos sean firmes y sólidos como los de un adulto, pero quienes estamos dirigiendo esta puesta en marcha debemos procurar que cuanto antes la Academia comience a hacer cosas importantes.

Hasta ahora, han ocupado nuestras horas las tareas de gestión y organización, hemos redactado algunos boletines e intentamos crear Secciones de trabajo que pronto deben ser una realidad y confío en que esté próxima la hora en que nuestra actividad se acelerará.

Entretanto, la Junta Directiva ha considerado como una necesidad la edición de algunos textos veteranos que ya no están al alcance del público. En especial en el campo del Derecho civil, las obras maestras de nuestro Derecho se publicaron entre los últimos años del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX. Siguieron muchos años de silencio en los que la pasión política no permitía la reflexión serena que el estudio de las normas civiles exige.

En los últimos años asistimos a un resurgimiento de estos estudios, pero cualquiera que lea a los tratadistas actuales se percata de que no han tenido más remedio que estudiar y referirse constantemente a los del pasado, cuyos textos desaparecieron hace mucho de las librerías y sólo con cierta fortuna se pueden encontrar en alguna librería de viejo.

La juventud actual debe conocer aquellos textos de los civilistas de hace años y la Academia pretende reunir los más importantes en esta colección. Con esta intención hemos publicado ya dos textos esenciales para iniciarla, el tratado de *Derecho civil de Vizcaya*, de Rodrigo Jado Ventades, que es la mejor descripción de lo que nuestro Derecho civil fué en sus mejores tiempos, y con la que abrimos la colección, y las *Actas de la Comisión de Codificación de Vizcaya y Álava* publicadas en el año 1900, que son la mejor muestra del pensamiento civilista de aquella época.

Se publican ahora otros dos libros fundamentales de derecho civil vasco: *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* de Luis Chalbaud y los *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* de José de Solano.

Del mismo modo que la bibliografía sobre el Derecho civil español es fácilmente conocida por los estudiosos, pretendemos que el conocimiento del Derecho vasco, histórico y actual, sea también asequible a todos.

Adrian Celaya,

Presidente.

Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia

"EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK" BILDUMA

Euskal Zuzenbidearen Akademia jaioberria da. Halakoa izanik, beraren lehenengo urratsak ezin sendo eta irmo izan, ez baita oraindik izaki heldua. Alabaina, akademiaren zuzendaritzan dihardugunok berebiziko ahaleginak egingo ditugu, akademiak ahalik arinen saio garrantzitsuak egin ditzan.

Orain arte, kudeaketa- eta antolaketa-eginkizunetan eman ditugu orduak; aldizkari baten zenbaki batzuk idatzi eta argitaratu ditugu; eta, era berean, lan-taldeak sortzen saiatu gara. Hemendik gutxira, lan-taldeok errealitate bihurtuko dira eta gure ametsa da epe laburrean Akademiaren jarduera bizkortzea.

Bien bitartean, zuzendaritza-batzak aintzat hartu du testu zahar batzuk argitaratzea zin-zinezko beharrizana dela, testu horiek ez baitaude jendearen esku. Horixe gertatzen da, bereziki, Zuzenbide zibilaren arloan. Izan ere, gure Zuzenbidearen obra bikain batzuk XIX. mendearen azken urteetan eta XX. mendearen lehenengo herenean kaleratu ziren. Horren ondoren, isiltasun-urteak etorri ziren, grina politikoak ez baitzuen hausnarketa sakonik ahalbidetzen (eta, jakina denez, arau zibilek horrelako hausnarketa behar dute).

Azken urteotan, mota horretako lanen argitalpena areagotu egin da; baina, egungo tratadisten lanak irakurtzean, bat-batean antzeman daiteke tratadistok ez dutela besterik egin iraganeko adituen lanak ikasi eta horiek aipatzea baino. Iraganeko horien testuak antzina desagertu ziren liburudendetatik, eta zorionekoak dira liburu zaharren dendetan halakoak aurkitzen dituztenak.

Egungo gazteek ezagutu behar dituzte Zuzenbide zibilaren esparruan gure adituek behinola prestatutako testuak. Horretarako, Akademiak bilduma honetara bildu nahi ditu testu horietatik garrantzitsuenak. Xede hori iristeko, eta bildumari hasiera emateko, oinarrizko testu bi argitaratu ditugu: jada alde batetik, *Bizkaiko Zuzenbide Zibilaren eskuliburua*, Rodrigo Jado Ventades jaunak idatzia, gure zuzenbide zibila bere sasoirik onenean nolakoa izan zen jakiteko deskripziorik bikainena dena, eta bilduma irekitzeko argitaratuko duguna; eta, bestetik, *Bizkaia eta Arabako Kodegintza Batzordearen aktak*, 1900. urtean argitaratuak, garai hartako pentsamolde zibilaren erakusgarririk zintzoenak direnak.

Orain beste testu bi argitaratzen dira, euskal zuzenbide zibilaren alorrean esangura handikoak: *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya*, Luis Chalbaud egilearena eta *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya,* José de Solanorena.

Egiatan, adituek aise menderatzen dute Espainiako Zuzenbide Zibilari buruzko bibliografia. Bide bertsutik, gure asmoa da Euskal Zuzenbidearen, antzinakoaren nahiz gaurkoaren, ezagutza guztiontzat eskuragarri izatea.

Adrián Celaya Ibarra,
Lehendakaria.
Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia

ESTUDIOS JURÍDICOS DEL FUERO DE VIZCAYA (1918)

4. Clásicos de Derecho Vasco
Euskal Zuzenbidearen Klasikoak

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

Akademiaren babesleak / Patrocinadores de la Academia



Bizkaiko Foru Aldundia

Diputación Foral de Bizkaia

bbk

Tomo 4º

Edición facsímil + introducción: José Miguel Gorostiza Vicente

Preimpresión: Data Color, S.A. / E.G. CTP
Pol. Ugaldeguren II - Parcela 15 - Nave 30
48170 ZAMUDIO (Bizkaia)

Impresión: Gestingraf, S.A.L.
Cº de Ibarsusi, 3
48004 Bilbao

Tirada: 500 ejemplares

ISBN: 84-7752-346-0

Depósito Legal: BI-2912-05

ESTUDIOS JURÍDICOS DEL FUERO DE VIZCAYA (1918)

ESTUDIOS JURÍDICOS DEL FUERO DE BIZCAYA (1918)

I.- INTRODUCCIÓN GENERAL.

Los estudios jurídicos sobre Derecho Civil Vasco están aumentando en la actualidad de la mano de la iniciativa legislativa que actualiza y regula sus diferentes manifestaciones, de las Universidades con sus programas de investigación, cursos y tesis doctorales, así como gracias al trabajo realizado por los Grupos formados en los Colegios Profesionales, otras entidades como la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, Eusko Ikaskuntza, y la propia Academia Vasca de Derecho que dedican importantes esfuerzos a la programación y celebración de Jornadas y Congresos. En estos encuentros, los autores exponen sus opiniones doctrinales referidas a las instituciones civiles, a su origen, desarrollo y futuro, y así mismo a su aplicación en los diferentes asuntos y conflictos jurídicos que les toca resolver, derivados de su actividad profesional como letrados, magistrados, profesores, notarios y registradores.

De esta manera se contribuye a la voluntad manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco[1], que dice:

El legislador vasco tiene, por tanto, la tarea de dar forma nueva, adaptar al mundo de hoy, el viejo Derecho Foral, que en Bizkaia y Álava es Derecho escrito y en Gipuzkoa es Derecho consuetudinario como se ha dicho. Es una labor delicada y que debe desarrollarse con el mayor respeto a la sociedad vasca actual a la que ni se le puede privar de sus instituciones más queridas ni se le deben imponer las que estén carentes de arraigo, porque, si en otras materias la necesidad puede imponer cambios drásticos, el Derecho Civil solamente avanza a través de la aceptación del pueblo y la asimilación general de sus instituciones.

(...) Todo ello sin perjuicio de que se fomenten los estudios que felizmente se han iniciado con fuerza en nuestras Universidades y que permitirán en un futuro próximo nuevas reformas y modificaciones legales, incluso en el ámbito territorial, hasta lograr un Derecho Civil moderno y socialmente avanzado. Los rasgos comunes del Derecho Civil Vasco que debemos descubrir irán perfilándose mejor a medida que se profundice en su conocimiento y análisis,...

[1] Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, B. O. P. V. nº 135, de 7 agosto 1992.

Efectivamente, son los estudios jurídicos un importante motor que nos va a permitir llevar adelante la competencia legislativa derivada del artículo 149, 1- 8º C. E. y del artículo 10, 5º del Estatuto de Autonomía de la C. A. P. V. sobre la conservación, modificación y desarrollo de un sistema jurídico necesitado de actualización, y que quiere seguir ofreciendo soluciones a las necesidades y a los problemas de las personas y de la sociedad actual.

Ya en 1918, D. José de Solano y Polanco se dedicaba de manera seria y rigurosa a realizar estudios jurídicos sobre el Fuero Nuevo de Bizkaia, de 1526, desde su doble condición de Juez de Primera Instancia y de habitual colaborador en publicaciones de Derecho, realizando reflexiones y aportando soluciones a los diferentes problemas jurídicos que se planteaban en esta materia, y que terminaron por dar cuerpo al libro que ahora presentamos.

Por otro lado, ese mismo año de 1918 tenía lugar un importante acontecimiento para la Cultura Vasca con la celebración en Oñati del Primer Congreso de Estudios Vascos[2] en el que se acordó expresamente difundir el estudio del Derecho escrito y consuetudinario comparado de los Territorios Históricos Vascos.

En ese esfuerzo muchos han sido los que han tomado parte y, en la actualidad, es el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco quien en sus resoluciones establece la jurisprudencia civil foral, a partir de la normativa vigente que se aplica a cada caso, teniendo presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En ellas, tienen fiel reflejo los criterios y las opiniones doctrinales que se van manifestando en los estudios jurídicos que se realizan sobre las instituciones civiles forales, su evolución y su actualización, con respeto a sus principios inspiradores que se desprenden de los textos legales históricos como son el Fuero Viejo de 1452 y el Fuero Nuevo de 1526. Así es recogido en sus sentencias al analizar las cuestiones litigiosas que se les plantean como, por ejemplo, la STSJ del PV de 30-12-1991[3], en la que fue ponente el magistrado Sr. Satrústegui Martínez:

Respecto al problema suscitado en el presente recurso, plazo en que el poder testatorio ha de ser utilizado por el apoderado o comisario, nada dice el Fuero Viejo, señalando, por el contrario el Fuero Nuevo unos términos que, en el supuesto de existir hijos en edad pupilar, menores de edad, se extiende hasta un año después de alcanzar la mayoría de edad. A pesar de ello y quizá por no contener aquella Ley una prohibición expresa, es lo cierto que la costumbre más

[2] *Primer Congreso de Estudios Vascos, Oñate, 1918-Conclusiones*, Eusko Ikaskuntza, Oñati, 1919-1920.

[3] Sentencia del T. S. de J. del P. V. de 30 de diciembre de 1991, Aranzadi RJ 1992/10267

arraigada,en el supuesto de "alkar poderoso", o poder testatorio inter cónyuges, continuaba concediendo prórrogas indefinidas al esposo supérstite.

Esta consuetudinaria forma de operar es reconocida por toda la doctrina científica y por la propia parte hoy recurrente, como así lo admite la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya en este proceso.

No obstante, es preciso señalar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien en sentencias dictadas en el siglo pasado admitió la validez de la prórroga en el poder testatorio, más tarde, a partir de las décadas de 1950 y 1960, se pronunció en sentido contrario.

El propio Tribunal Constitucional[4] ha ratificado estas actuaciones y competencia:

Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho Civil Foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores del derecho foral.

Por su parte, el Sr. Solano con sus estudios y reflexiones quiso conocer en profundidad el Derecho Foral, descubrir su sentido original y sus principios inspiradores, para contribuir a su correcta aplicación.

Y ahora, en esa misma tarea y con enorme ilusión se halla comprometida seriamente la Academia Vasca de Derecho habiendo tomado la decisión de sacar adelante una Colección de Clásicos de Derecho Vasco con la que se propone recuperar en edición facsímil las obras más importantes de la tradición jurídica civil vasca, y contribuir de esa manera a su mayor conocimiento, divulgación y a la reflexión serena que el estudio de las normas civiles exige, a la vez que promueve jornadas de estudio y debate, nuevas publicaciones y, más adelante, líneas de investigación específicas.

II.- EL AUTOR: D. JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO.

Nacido en 1885, el Sr. Solano es un santanderino afincado en Bilbao que fue Juez de Primera Instancia en Durango y después en la Audiencia de Bilbao. Dice el Sr. Chalbaud y Errazquin en el prólogo del libro que sería una pretensión ridícula e innecesaria presentar al autor ...*quien tantas sentencias ha dictado dando a conocer su buen criterio y su trabajo en materia foral.*

Es oportuno destacar que su firme voluntad de aplicar las leyes con conocimiento y exactitud le llevaron a compaginar el ejercicio profesional con un estu-

[4]Sentencia del T. C. nº 88/93, de 15 de marzo, F. J. 3º y nº 156/93 de 6 de mayo, F. J. 1º.

dio reposado de las leyes que regían en el territorio foral donde desarrollaba su función jurisdiccional. Así, en sus propias resoluciones judiciales y en los escritos que publica se pone de manifiesto ese interés en penetrar en las leyes para conocerlas, descubrir su sentido original e inspirarse en el espíritu que les dio ser.

De esta manera, encontramos que las argumentaciones jurídicas recogidas en sus escritos han sido con anterioridad analizadas y aplicadas en las resoluciones jurídicas dictadas como Juez de Primera Instancia. Y, en ese sentido, son varias las que se incluyen en el libro que ahora presentamos, tratando cuestiones relativas a la troncalidad, el derecho de saca, la comunicación foral, etc.

En 1928 formó parte de la Comisión de Juristas nombrada por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Bizkaia que se encargó de elaborar el Informe[5] solicitado expresamente por la Diputación Provincial de Bizkaia sobre el Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1899-1900. La Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Bizkaia aprobó definitivamente el Dictamen – Informe en noviembre de 1928, tras haber debatido, votado y aprobado la totalidad de su articulado, con las mejoras en la redacción propuestas por la Junta General de Abogados. La Comisión había sido presidida por D. Plácido Careaga y en ella el Sr. Solano compartió estudio y debates con los prestigiosos abogados locales D. Lorenzo de Areilza, D. Darío Areitio, D. Esteban Bilbao (quien en esos momentos ocupaba el cargo de Presidente de la Diputación), D. José Horn y D. Juan Migoya.

En sus conclusiones aceptaron la generalidad del Proyecto de Apéndice de 1899-1900, efectuando únicamente las modificaciones necesarias por el tiempo transcurrido desde su redacción.

Este Proyecto de Apéndice[6] al Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava, fue redactado por D. Carlos de la Plaza y Salazar, letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao, en 1900, a la vista de los Acuerdos adoptados por la Comisión Especial de Codificación nombrada por el Gobierno y encargada de llevar a cabo el mandato recogido en el artículo 7 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, del Código Civil, donde se conservaba "por ahora" el Derecho Foral en toda su integridad. Una vez redactado el Proyecto y elevado a la Comisión General de Codificación, la Ley de Bases preveía la redacción de informes por la Diputación y el Colegio de Abogados de Bizkaia, lo que no se produjo por diversas razones hasta el año 1928.

---

[5] *Informe sobre el Proyecto de Apéndice al Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava*, redactado por la Comisión especial de Derecho Foral de aquellas provincias y reformado por la Comisión del Colegio de Abogados de Bizkaia, Casa Dochao, Bilbao, 1929.

[6] *Proyecto de Apéndice al Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava*, redactado por D. Carlos de la Plaza y Salazar, a la vista de los Acuerdos tomados por la Comisión Especial de Codificación, Imprenta de la Casa de Misericordia, Bilbao, 1902.

Para entonces, el Sr. Solano ya había manifestado reiteradamente en sus resoluciones judiciales, en sus artículos doctrinales y en su libro de *Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaya* sus opiniones sobre las diferentes instituciones jurídicas civiles que se aplicaban de forma original en Bizkaia, y los conflictos jurídicos derivados de las mismas.

Su punto de vista práctico y sus estudios, junto con la calidad y los conocimientos que atesoraban los demás miembros de la Comisión, permitieron que el Informe de 1928 sobre dicho Proyecto de Apéndice al Código Civil fuera aprobado en su totalidad por los participantes en la Junta General del Colegio de Abogados de Bizkaia[7], con la sola oposición de cuatro abogados: G. Balparda, R. Mª Aldasoro, R. Mestre y J. Pita. Éstos eran partidarios de esperar el fin de la Dictadura de Primo de Rivera para continuar la redacción del Apéndice por los órganos normales de legislación. Poco después caía el régimen dictatorial de Primo de Rivera y ni el Proyecto de 1899-1900 ni el Informe de 1928 llegaron a convertirse en ley.

III.- SU OBRA PUBLICADA.

El Sr. Solano era un jurista habitual colaborador en las publicaciones de Derecho.Tal y como hemos señalado, la función jurisdiccional que como Juez de Primera Instancia desarrollaba por su ejercicio profesional era compartida por una afición al estudio reposado de las leyes y de la jurisprudencia, y a la redacción de artículos doctrinales donde manifestaba sus opiniones sobre la aplicación de las leyes.

Se trata de un autor que se muestra tolerante a la posible discrepancia jurídica que se le manifiesta. Así queda reflejado en este libro:

El Sr. Chalbaud, por su parte, no participa de esta teoría y con la soberana dialéctica y valiente estilo que tanto abrillanta su magistral obra, mil veces citada, hace ver la contradicción que a su juicio existe,... (...) Hasta aquí el Sr. Chalbaud, cuya opinión es para nosotros respetabilísima y respetada siempre, porque más que la de un mero comentador del Fuero, es la de un maestro verdadero en el Derecho de Bizkaya y por tal es tenido y le tenemos; pero séanos permitido exponer nuestra opinión particular con todos los respetos debidos al sabio jurisconsulto separándonos de su doctrina, más autorizada, lo reconocemos, por la firma que la suscribe y la historia que tiene, que la nuestra es anónima todavía.

[7]DE PABLO, Santiago y otros tres, *Historia del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya (1838 – 1992)*, Bilbao, 1992, p. 215 a 219.(...)

Pero bueno es, o por mejor, necesario, que se creen teorías, que se examinen, que se estudien. En materia jurídica, como en la económica, hay que ser productor de algo. Fábricas más que almacenes nos hacen hoy falta. Que la legislación que nació a la sombra del árbol de Gernika, no se estacione y como sus ramas añosas, suba y se extienda cada vez más.

Y por lo que se refiere a sus publicaciones, tenemos noticias de las siguientes:

- *Francisco de Solano. Su vida y sus hechos*. Santander, 1907.
- *El Primer Congreso de Estudio Vascos de Oñate, de 1918*, RDP, 5 (1918), p. 335 a 360.
- *Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaya*, Imprenta de la Casa de Misericordia, Bilbao, 1918.
- *El derecho de representación en el Fuero de Bizkaya ante el Supremo*, RDP, 78 (1920), p. 82 a 85.
- *Apuntes genealógicos sobre el apellido de Solano*, Bilbao, 1925.

IV.- LOS ESTUDIOS JURÍDICOS DEL FUERO DE BIZKAYA, DE 1918.

Tal y como se destaca en el propio libro, esta obra se acabó de imprimir en Bilbao, en la Imprenta de la Casa de Misericordia, el día 24 de agosto de 1918 y es propiedad de la Excelentísima Diputación de Bizkaia, que ordenó la publicación de mil ejemplares en un Acuerdo donde se decía:

No siempre y en todo punto habremos de participar del criterio y opiniones del Sr. Solano, pero será de justicia reconocer que su libro es meritorio por muchos conceptos, que su trabajo no es menos apreciable que otros análogos ya publicados, y que su autor ha demostrado grandes dotes de laboriosidad, ilustración y competencia.

Efectivamente, nos encontramos ante un interesante libro de consulta, que se convierte en referencia para el conocimiento del Derecho privado bizkaino, junto a otros estudios y obras aparecidas en aquellos años.

Calificado por el Sr. Chalbaud como un libro útil y bien escrito, su publicación tiene lugar en momentos en los que siguen vivos los debates y la polémica sobre la unificación legislativa, Código Civil único más los proyectos de Apéndices con los derechos forales o territoriales, entre los partidarios de la uniformidad y la firme reacción foralista.

Además, este trabajo viene a sumarse a una limitada lista de autores y tratadistas que se animaron a ofrecer por escrito sus comentarios, reflexiones y opiniones sobre nuestras leyes forales cuatrocientos años después de que nuestro Fuero Nuevo se publicara, lo que hacía que fueran escasas las fuentes bibliográficas[8] que, por otro lado, con posterioridad poco más aumentaron, hasta su resurgimiento hace dos o tres décadas.

El libro se inicia con un Prólogo a cargo de D. Luis Chalbaud y Errazquin, S. J., en el que destaca el esfuerzo realizado por el autor para llevar adelante este estudio sobre el Fuero y sus leyes. Su exposición introductoria se va a centrar en lo que denomina familia troncal vizcaína, constituida por la concurrencia de las instituciones de la troncalidad y de la comunicación foral de bienes. Alrededor de estos dos ejes, señala, han vivido las generaciones pasadas y con ellos se pueden estabilizar no sólo la familia agrícola tradicional sino también la familia industrial que se va a formar con los tiempos modernos.

El Sr. Chalbaud nos define las tres características de la troncalidad que, a su entender, se desprenden del Fuero, esto es, la sucesión de las líneas familiares en la propiedad del caserío, la institución de los llamamientos cuyo fin es garantizar el derecho de adquisición preferente de los parientes tronqueros junto con el derecho de nulidad de la enajenación realizada y la saca de los bienes al precio que juzguen tres hombres buenos, y no al precio de la venta concertada o ejecutada, ya que no es equiparable a un tanteo o un retracto.

Así mismo, manifiesta la importancia central que tiene en el sistema jurídico privado de Bizkaia y, ya en aquellas fechas, nos habla de su acomodación a las necesidades del día (hoy decimos actualización):

La troncalidad con sus complementos de la comunicación foral y la libertad de testar, o, mejor dicho, de elegir entre los diversos grupos de parientes tronqueros el sucesor de sus bienes, son los tres nervios que han hecho irrompible hasta el presente el carácter del pueblo vasco; y en su conservación, en su ampliación misma y acomodación a las necesidades del día, es donde se ha de hallar el remedio de los males sociales presentes.

Y a continuación, el libro va a tratar de los diferentes capítulos en los que el autor ha distribuido su estudio y que, en esta introducción, vamos a respetar para ofrecer una breve reseña de todos ellos.

IV. 1.- PERSONAS, COSAS Y TERRITORIOS SUJETOS AL FUERO DE BIZKAYA

El primer problema al que se enfrenta el Sr. Solano es el relativo al ámbito de aplicación del Fuero de Bizkaia, tanto personal como territorial, y la solución de

[8] Sobre bibliografía de Derecho Civil Vasco, AA. VV., *Practicum: Derecho Civil Foral del País Vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

los conflictos jurídicos que surgen por la colisión de la diferente normativa vigente. Así mismo, reflexiona sobre la aplicación de la troncalidad más allá de los bienes rurales, y su posible incidencia en la propiedad industrial, el pequeño comercio rural, las concesiones administrativas o las minas.

Por lo que se refiere a la vecindad civil, su adquisición, conservación y pérdida, así como la condición de vizcaínos aforados o no de los residentes en Bizkaia, va a ser materia de su estudio, para poder determinar las consecuencias jurídicas que de ello se derivan y poder afirmar que una persona se encuentre sometida al imperio del Fuero de Bizkaia o al Código Civil.

Señala, además, que la dualidad legislativa territorial que existe en Bizkaia obedece a un hecho histórico y realiza un repaso detallado de todos los acontecimientos y fechas más importantes en esta materia.

El autor, tras preguntarse en qué lugares de Bizkaia rige el Fuero o el Código Civil, nos reproduce un interesante cuadro donde se recogen todos los términos municipales del Territorio Histórico, detallando su condición de ciudad, villa o anteiglesia, y estableciendo la legislación aplicable en cada uno de ellos, cuya realización llevó a cabo D. Carlos De la Plaza y Salazar[9].

En la actualidad, estas materias están reguladas por la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, es los artículos 5 a 16, recogidas bajo el Título de la aplicación de las normas forales: ámbito de aplicación, territorial y personal, además de los conflictos de leyes.

IV. 2.- LA TRONCALIDAD BIZKAINA. ¿SON TRONCALES TODOS LOS BIENES RAÍCES DEL INFANZONADO?

La Exposición de Motivos de la actual Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, dice:

La más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos "inter vivos" o "mortis causa", a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno, incluidas las regiones forales de la zona pirenaica.

De esta manera, se pone de manifiesto que en la actualidad sigue reconociéndose el carácter de institución central en todo el sistema jurídico privado vizcaíno, y así se regula en los artículos 17 a 26 de la Ley, enmarcados en el Libro Primero, dedicado al Fuero Civil de Bizkaia.

[9]DE LA PLAZA Y SALAZAR, Carlos, *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre*, Imp. Echevarría, Bilbao, 1895, 2ª edición 1899.

El Sr. Solano, por su parte, manifiesta que hablar de la troncalidad es hablar de todo el Derecho Foral de Bizkaia, como algo esencial y coincide con el Sr. Chalbaud en su tesis doctoral[10], a la hora de definirla:

La troncalidad es una ligadura que se establece entre la propiedad raíz y la familia que la posee para que nunca salga de ella; un conjunto de disposiciones legales que regulan las transmisiones intervivos y mortiscausa de bienes inmuebles con el objeto de impedir que estos bienes pasen a manos de personas pertenecientes a familia distinta de la del anterior propietario. 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; este es el lazo estable y permanente de la casa, es en el orden de la propiedad lo que el apellido en el de la distinción social. La troncalidad vincula los bienes en la familia estableciendo un interés solidario, creando una especie de comunidad.

Pero en su exposición, el Sr. Solano afirma, tras analizar la ley 16, título 20 del Fuero, puesta en consonancia con otras, que no todos los bienes raíces en Bizkaia son troncales sino que sólo deben ser considerados bienes troncales aquellos que vienen de abolengo, aquellos que han sido poseídos por algún ascendiente. Así lo establecería el Fuero en la ley 12, título 20, donde únicamente se prohíbe vender a extraños bienes troncales cuando existan parientes profincos *...que de derecho conforme a este Fuero lo deban heredar,...*, y no en calidad de simples parientes. No obstante, el conoce que su tesis choca con la literalidad del Fuero Nuevo cuando en esa misma ley introdujo la novedad de que la raíz comprada fuera tenida de la misma condición que la heredada ... *como si lo oviesse habido de Patrimonio, y abolengo.*

En las sentencias que dicte en su Juzgado de Primera Instancia de Durango, sostendrá que en la ley de Bizkaia no toda raíz es troncal, y para ello se apoyará en las Sentencias del Tribunal Supremo que respaldan esa doctrina, ofreciéndonos un repaso detallado. Así mismo, reproduce los artículos incluidos en el texto del Proyecto de Apéndice al Código Civil elaborado por la Comisión Especial de Codificación en 1900, en los que también se recoge esta posición.

Insiste en que para que la troncalidad se dé es preciso que concurra la doble genealogía de la persona y de la cosa, y destaca el contenido de la ley 3, título 17 por su claridad:

Pero que los parientes de otra linea, de do no depende, ó proviene la tal heredad (aunque sean muy cercanos del tal vendedor) sean havidos por estraños, en quanto a la troncalidad.

Tales conclusiones las justifica aludiendo al espíritu marcadamente anti individualista y profundamente familiar del Fuero, que mira siempre al mayor prove-

[10] CHALBAUD Y ERRAZQUIN, Luis, *La troncalidad en el Fuero de Bizkaya. Sucesión troncal y llamamientos en las transmisiones onerosas,* Bilbao, 1898, p. 17.

cho de la familia, a la que considera *"... nervio y alma de la sociedad euskalduna."* El Fuero quería que la heredad, la ferrería, el caserío, no salieran de la familia que los creaba y que dichos bienes sirvieran para la subsistencia de los descendientes del fundador, perpetuándolos. Y se pregunta:

¿No es, pues, desnaturalizar el Fuero pretender que se apropie de una raíz como tronquero persona que no procede del tronco, que no desciende del creador de los bienes?

Por lo que a la actualidad se refiere, la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco señala que la troncalidad en el parentesco se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado, lo que supone que, ni la relación parental por sí sola, ni la existencia de un bien raíz aisladamente considerada, determinan la existencia de una relación troncal. Han de ser ambos elementos, parentesco y bien raíz, los que adecuadamente relacionados conformen la troncalidad, de manera tal que no pueden existir bienes troncales sin que haya parientes tronqueros, ni a la inversa. Así, serán troncales todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hallan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia (entre otras, STSJ del PV de 27-2-1995[11]).

IV. 3.- LOS LLAMAMIENTOS FORALES PARA CASOS DE VENTAS.

A continuación, el Sr. Solano nos presenta un problema que ocupa a más de la mitad de los procedimientos judiciales de la época por los conflictos que genera en su interpretación y aplicación, el relativo a la manera en que se han de vender los bienes raíces y cómo se ha de publicar la venta para que llegue a conocimiento de los parientes tronqueros.

Si buscamos la regulación actual de la saca foral y de los llamamientos forales la encontraremos en los artículos 112 a 127 de la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco. Se trata de una acción íntimamente ligada a la institución de la troncalidad bizkaina que, como decíamos, consiste en que su incidencia no se detiene en su aplicación a las sucesiones o a las enajenaciones a título gratuito (donaciones), sino que entra en juego también en toda transmisión, incluso en las enajenaciones a título oneroso (ventas), permutas, subastas o ejecuciones judiciales, etc.

El principio básico es que los bienes no salgan de la familia troncal sin contar con todos sus miembros, y para ello en las sucesiones y donaciones se prohíbe disponer a favor de extraños mientras exista un solo pariente tronquero. Pero podría burlarse esta prohibición recurriendo a una venta y, por ello, el Fuero impedía vender o enajenar a título oneroso sin contar previamente con los familiares.

[11] Sentencia del T. S. de J. del P. V. de 27 de febrero de 1995, Aranzadi RJ 1997/2872

Había que ofrecer primero los bienes a los tronqueros mediante los llamamientos forales y únicamente cuando ninguno de ellos quiera comprar, podía realizarse una enajenación a favor de extraños.

La saca foral es, por tanto, la acción que pueden ejercitar los parientes tronqueros para hacer valer el derecho de adquisición preferente que tienen sobre los bienes troncales, cuando éstos se intentaren enajenar a extraños o a un pariente tronquero de línea posterior a la de quien ejercita la acción, y a título oneroso, sin su conocimiento. Y así, le denominamos derecho de saca para referirnos a su ejercicio antes de la enajenación, acudiendo a los llamamientos y también a la actuación posterior, anulando una venta ya realizada, tal y como señala el profesor D. Lorenzo Goikoetxea[12].

Sobre su naturaleza jurídica[13], D. Adrián Celaya señala que se trata de un derecho real de adquisición con claras diferencias sobre otros derechos similares como pueden ser el derecho de opción, el retracto de condueños o comuneros, los tradicionales retractos gentilicios, etc. Y que, como decía la STS de 29-3-1969, reforzada con posterioridad por la STSJ del PV de 11-9-1992[14], la saca foral presenta caracteres que la diferencian de otros retractos similares, opinión compartida por el notario Sr. Urrutia[15].

Tal y como decíamos más arriba, la importancia de esta institución radica no sólo en la finalidad que persigue sino en lo habitual de su presencia en los conflictos jurídicos y que, en la actualidad, se ve reflejado en las numerosas resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Más de una tercera parte de las alrededor de cuarenta sentencias recaídas en materia civil foral desde el inicio de su actividad jurisdiccional, han tratado sobre esta materia. En ellas, los magistrados vienen estableciendo una línea jurisprudencial desde el análisis histórico de esta institución hasta su interpretación y aplicación actual de conformidad con la normativa vigente y los principios generales de la tradición foral, evitando los abusos y efectos perniciosos derivados de intereses personales, económicos y especulativos que se planteen en los pleitos, alejados de su original razón de ser: el mantenimiento del bien troncal en la familia troncal.

Entre otras, podemos destacar la STSJ del PV de 21-3-2000[16], en la que fue ponente el Magistrado Sr. Satrústegui Martínez, que ratifica la protección legal del patrimonio troncal a través de la acción de saca foral, no sólo en las transmi-

[12] GOIKOETXEA OLEAGA, Lorenzo, *Derecho de saca,* en Jornadas internacionales sobre instituciones civiles vascas (Bilbao, 20-22 febrero 1991), Bilbao, 1991.

[13] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo XXVI,* en Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1997.

[14] Sentencia del T. S. de J. del P. V. de 11 de septiembre de 1992, Aranzadi RJ 1992/10270.

[15] URRUTIA BADIOLA, Andrés, *La troncalidad y sus efectos en las enajenaciones inter vivos de los bienes troncales: la saca foral,* en El Derecho Foral Vasco tras la reforma, Aranzadi, Pamplona, 1994.

[16] Sentencia del T. S. de J. del P. V. de 21 de marzo de 2000, Aranzadi RJ 2000/2111.

siones voluntarias sino también en supuestos de enajenación forzosa, como era el caso, en un supuesto de subasta judicial de bienes inmuebles.

Así mismo, la STSJ del PV de 7-12-2000[17], en la que fue ponente la Magistrada Sra. García Jorrín, estimó la demanda ejercitada en defensa de la acción de saca foral al objeto de que se declarase la nulidad de la compraventa efectuada alegando la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos. Esto es, la naturaleza troncal del bien vendido, el carácter de pariente tronquero por parte del accionante, la ausencia de los preceptivos llamamientos y la presentación de la demanda dentro del plazo de tres meses. Y señalaba en el Fundamento de Derecho cuarto:

La permanencia del derecho de adquisición preferente a lo largo de los sucesivos textos legales, pone de relieve que el mismo tiene una profunda raigambre en nuestro derecho foral, revelándose como una de las manifestaciones de la institución de la troncalidad.

El legislador más reciente, consciente de la evolución experimentada por la realidad social, y de su incidencia en tradicionales instituciones forales, ha sentido la necesidad de introducir excepciones a la vigencia del citado derecho de adquisición preferente, eligiendo como criterio delimitador, entre otros que cabe imaginar como posibles, el territorial, consistente en fijar unas zonas en las que, no obstante concurrir todos los requisitos de la troncalidad, ésta no ha de regir en los concretos efectos que ahora nos ocupan, esto es, en la preferencia de los parientes tronqueros para adquirir los bienes raíces cuando se intenten enajenar a un tercero, a título oneroso.

El estudio del Sr. Solano parte metodológicamente de la lectura detenida de las leyes recogidas en el Título 17 del Fuero que se ocupa *"De las Vendidas"*. A continuación, analiza la interpretación jurisprudencial que se deriva de las sentencias dictadas hasta el momento por el Tribunal Supremo e incluye numerosas referencias de las mismas. Y finaliza manifestando su opinión que a su vez ha plasmado en las sentencias que debe poner en los pleitos que resuelve en el Juzgado de Primera Instancia de Durango.

Así, por lo que se refiere a la forma de hacer los llamamientos forales, va a mostrar su clara discrepancia con la posición que mantiene el Sr. Jado Ventades, quien entiende que suele ser costumbre fijar edictos por tres domingos consecutivos en el pórtico de la iglesia, dando fe de ello el Notario que haya elegido el vendedor; e igualmente con el Sr. Chalbaud, que se inclina en opinar que el procedimiento más eficaz es algo semejante a la subasta voluntaria recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el contrario, el Sr. Solano considera que la ley ordena de manera preceptiva que los llamamientos se hagan en presencia de escribano al tiempo de la misa mayor, a la hora de la procesión u ofrenda, manteniendo su

[17]Sentencia del T. S. de J. del P. V. de 7 de diciembre de 2000, Aranzadi RJ 2000/11234.

práctica verbal que en ocasiones realizan los mismos párrocos dando lectura a los llamamientos al tiempo de leer las amonestaciones matrimoniales en presencia de Notario, y sin que tenga ninguna analogía con la subasta judicial.

Se pregunta, igualmente, por la lengua en la que deben hacerse los llamamientos y, amparándose en el aforismo *"locus regit actum"* ofrece su opinión en el sentido de que será aquella que se hable más comúnmente en el territorio en que los llamamientos se realicen, en coherencia y respeto a la presencia social y utilización del euskara.

Por lo que se refiere a la clase de acción que el Fuero ofrece cuando se produce la enajenación de bienes troncales sin haber respetado los llamamientos, su opinión discrepa en esta ocasión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que él entiende que dicha acción participa mucho del derecho de tanteo, mucho también del derecho de retracto y nada de la acción de nulidad. Insiste en la defensa de su tesis señalando que la nulidad presupone que la venta no ha existido, que ha faltado en ella un requisito esencial, y afirma que el Fuero es más de albedrío que de sutileza e rigor de derecho y, en definitiva, que la venta hecha sin los requisitos formales que el Fuero exige queda invalidada por el ejercicio de la acción de sacar de los parientes tronqueros, esto es, sin validez, pero no nula.

Ahora bien, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 1861 ya opinaba que la acción de saca era una acción de nulidad.

Hoy, al amparo de lo establecido en el artículo 123 de la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, hay conformidad en que se trata de una nulidad relativa, de un acto anulable sólo a instancia de los parientes tronqueros y en un plazo limitado, pero que adquiere plena validez si el derecho de saca no se ejercita. No obstante, es una nulidad especial porque, anulada la enajenación, no retorna al poder del vendedor la cosa vendida, ni la adquiere otro por el mismo precio, sino que va a parar a una tercera persona, el tronquero, que no está obligado respecto al anterior comprador, siendo ajeno a los efectos y consecuencias que surgen entre el vendedor y el comprador. Las cuestiones relativas a posibles responsabilidades por daños y perjuicios se resolverán en pieza judicial separada, por los trámites de los incidentes.

Así se ha pronunciado el TSJ del PV en diversas resoluciones, entre las que destaco la STSJ del PV de 12-11-1990[18].

Finalmente, el Sr. Solano hace un repaso minucioso a otras cuestiones relacionadas con la forma de realizar los llamamientos, tales como los bienes raíces sobre los que deben hacerse, la titularidad de la acción a favor de los parientes tronqueros y no de cualquier pariente para invalidar la venta, el cómputo civil de los grados, la posibilidad de elegir el comprador dentro de un mismo grupo de parientes tronqueros entre aquellos que concurran, el precio que deberá pagar

[18] Sentencia del T. S. de J. del P. V. de 12 de noviembre de 1990, Aranzadi RJ 1992/10280.

el pariente profinco y el tiempo de un año y un día para el ejercicio de esta acción foral, etc. Todas estas cuestiones son tratadas, una vez más, con detalle y aportando argumentos legales y jurisprudenciales en los que sostiene su opinión, donde tampoco faltan en esta ocasión una referencia a los artículos del Proyecto de Apéndice al Código Civil, redactado en 1900 sobre esta materia.

IV. 4.- LA COMUNICACIÓN FORAL.

El Título 20 del Fuero Nuevo de Bizkaia, de 1526, habla de las dotes, donaciones y profincos, y de las ganancias entre marido y mujer, a lo largo de diecinueve leyes, muchas de las cuales van a ser objeto de estudio y comentario por parte del Sr. Solano en este capítulo.

Y así, al calor de la ley primera, que se refiere a *que los bienes de el marido, y la muger se comuniquen, muriendo con hijos: y como se han de partir, no los teniendo*, se adentra en un análisis que le permitirá determinar cuándo comienza la comunidad que establece el Fuero. Y su conclusión es firme, señalando que la comunicación foral no comienza al disolverse el matrimonio, sino que tiene su inicio cuando éste se constituye. Precisa, no obstante, que la comunicación foral está sujeta a la condición de la disolución del vínculo, muriendo con hijos, en cuyo momento comienza a producir efectos legales plenos porque hasta entonces no pueden disponer los cónyuges de esa misma propiedad de un modo libre y absoluto.

Sigue la misma metodología que en los capítulos anteriores y las argumentaciones que nos ofrece el Sr. Solano están respaldadas por el estudio que realiza de la normativa vigente así como por una detallada referencia a sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, además de la inclusión de otras sentencias emitidas por órganos judiciales vizcaínos, como son los Juzgados de Primera Instancia de Durango, Gernika y Balmaseda.

Se esfuerza en determinar cuáles son los bienes a los que se extiende la comunicación foral, así como la necesidad o no de contar con el consentimiento del otro cónyuge a la hora de disponer de determinados bienes del matrimonio, en situaciones tales como la venta de bienes del marido sin el consentimiento de la mujer, la venta de bienes conquistados para el pago de deudas, la venta de bienes vinculados, la cesión de bienes, la constitución de hipoteca sobre bienes de la mujer, etc.

Para ello, transcribe numerosas sentencias del Tribunal Supremo que tratan de estas cuestiones y nos ofrece también los artículos que fueron aprobados por la Comisión Especial de Codificación en el Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1900 sobre esta materia donde, no sin discusiones, se estableció como régimen

económico matrimonial obligatorio el de comunicación lo que, en opinión del Sr. Jado[19], era una decisión oportuna y coherente con la letra y el espíritu de las leyes del Fuero:

Lo contrario, la libertad de pacto, sería crear una familia diferente a la de la Tierra Llana, quebrantar el enlace que hay entre las instituciones peculiares del fuero y mermar en muchos casos los derechos de la mujer, siempre que no tuviese bienes propios, y hacerla descender del puesto que ocupa por disposición de la ley ...

En la actualidad, el artículo 93 de la vigente Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, reconoce la libertad de pacto a la hora de establecer el régimen económico matrimonial y en su párrafo segundo reitera que esa libertad alcanza a la posibilidad de modificarlo mediante el otorgamiento de nuevas capitulaciones matrimoniales. A falta de pacto expreso, el artículo siguiente regula la norma conflictual a partir de la cual se determinará dicho régimen atendiendo a la vecindad de ambos cónyuges, a la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, o al lugar en el que éste se celebró.

Esta evolución normativa la vemos reflejada en las sentencias que dicta el TSJ del PV sobre la materia, tales como la de 28-2-1991[20], en cuyo Fundamento de Derecho cuarto el Magistrado Sr. Villar González-Antorán, dice:

La comunicación foral de bienes tiene su fundamento en la doble consideración del matrimonio, como vínculo entre los cónyuges que comparten identidad de vidas y como relación a través de la cual se prolonga la familia troncal, lo que determina que en el régimen económico matrimonial se haya establecido, como norma acorde con estos principios, la comunidad entre los cónyuges sobre todos los bienes que procedan singularmente de cada uno de ellos. Y esta misma consideración de las razones que fundamentan la comunicación de bienes está excluyendo su aplicación en aquellos casos en los cuales la unidad de vida se ha roto, bien por causa de divorcio o bien por la mera separación entre los consortes, situaciones ambas que, por su propia naturaleza, resultan incompatibles y antagónicas con la institución foral de la comunicación de bienes.

Este planteamiento ya lo recogía el Sr. Solano en sus resoluciones del Juzgado de Primera Instancia de Durango al señalar que el Fuero ha instituido la comunicación foral para el bien de la familia y sólo para el bien de la familia, elevando, dignificando y equiparando la condición de ambos cónyuges ante los hijos; ya que sólo cuando existen hijos existe comunicación.

---

[19]JADO Y VENTADES, Rodrigo de, *Derecho Civil de Vizcaya*, 2ª edición, Bilbao, 1923.
[20]Sentencia del T. S. de J. del P. V. de 28 de febrero de 1991, Aranzadi 1992/10281.

IV. 5.- LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y LAS LEGÍTIMAS EN EL FUERO. CLASES DE TESTAMENTOS EN BIZKAYA.

En esta ocasión, el autor hace un detallado estudio de media docena de leyes del Fuero correspondientes a los títulos 20 y 21 para tratar de los principios esenciales que informan la institución de heredero y la legítima en la legislación foral.

En el desarrollo de su análisis incluye una docena de sentencias, la mayoría de ellas dictadas por el Tribunal Supremo, cuya doctrina utiliza para respaldar su posición. Y, por si fuera poco, incorpora también la opinión de otros autores como el Sr. Chalbaud, el registrador D. Diego Angulo Laguna[21] y el jurisconsulto vizcaíno Sr. Martínez Aguirre.

El Sr. Solano manifiesta que la institución de heredero en el Fuero es libre entre los hijos y faculta a los padres a nombrar heredero en el caserío familiar a un solo hijo o descendiente, que no debe ser el primero, tal y como sucedía en la legislación castellana con el mayorazgo, ni como en Cataluña con el *hereu*, o un hijo determinado en otras legislaciones. Ahora bien, el testador deberá dejar *"... algun tanto de tierra, poco o mucho..."* a los otros hijos o hijas y descendientes, como herederos forzosos que son.

En el cumplimiento de esta obligación, que como en otros casos el Fuero se encargaba de recordar al inicio de la ley 11, título 20, *"Que habian de fuero, uso y costumbre y establecian por ley..."*, es necesario realizar el apartamiento, indispensable para que no surjan posibles nulidades y pleitos. En ese sentido, señala que el apartamiento deben hacerlo todos cuantos instituyan heredero a un ascendiente o a un tronquero, pero va a criticar que la falta del requisito del apartamiento pueda hacer inválido todo el testamento. Lo calificará de absurdo, injusto, falto de equidad y de necesitado de revisión en el Fuero.

Sobre la sucesión legítima, manifiesta que su esencia se encuentra en que su propia existencia y su obligado respeto no puede alterarse por ningún testador, por tratarse de una limitación de sus facultades establecida en el mismo Fuero. Y considera que los testadores infanzones, al igual que los castellanos, podrán gravar los bienes que dejen a sus herederos universales con toda clase de legados y cargas, mientras no contravenga de modo manifiesto la legítima.

En la actualidad, la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, regula en los artículos 53 y siguientes la sucesión forzosa, la legítima de los descendientes y ascendientes, la libertad de elección entre los herederos y el apartamiento. Por su parte, el TSJ del PV al tratar sobre ello en varias sentencias ha establecido una jurisprudencia en la que afirma que la libertad para la elección de heredero dentro de cada una de las líneas de sucesores forzosos constituye una institución fundamental en el derecho foral vizcaíno que, aunada con la correlativa institución del apartamiento, sirve al principio básico de conservación del patrimonio troncal, permitiendo al mismo tiempo seleccionar al suce-

[21] ANGULO LAGUNA, Diego, *Derecho Privado de Vizcaya,* Madrid, 1903.

sor a quien se repute más idóneo para esa misión (entre otras, STSJ del PV de 31-10-1990[22]).

Por lo que se refiere a las diferentes clases de testamentos que existen en el Fuero, finaliza el capítulo haciendo una exposición sobre el testamento mancomunado o de hermandad, del testamento por comisario y del testamento *hil buruko*, que considera perfectamente válidos y vigentes al amparo del artículo 12, 2° del Código Civil, que garantizaba la conservación del derecho foral en toda su integridad. Destacará, entre ellos, al testamento por comisario al que considera el mejor complemento de las leyes que protegen y ayudan la vida del caserío y de la familia troncal.

IV. 6.- EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN, ¿EXISTE EN BIZKAYA?

Finalmente, por lo que se refiere al derecho de representación en la sucesión intestada, se ocupa en estudiar lo establece la ley 8, título 21 del Fuero, contrastándola con las opiniones de varios autores y sentencias dictadas en algunos tribunales, donde se mantiene que no existe este derecho en ninguna de las líneas.

Pues bien, una vez más, su interés y tesón en el estudio de estas cuestiones jurídicas logra encontrar al menos veintiocho autos dictados por diferentes jueces en sus respectivos juzgados de Bizkaia, en los que se reconoce el derecho de representación en línea descendente. Entre ellos se encuentra él mismo, y destaca que no fueron impugnados por ninguna de las partes procesales, ni siquiera por el Ministerio Fiscal, pues todos compartían dicho criterio. De modo unánime y uniforme, manifestaban que era un hecho real y patente que la costumbre en Bizkaia tenía admitido el derecho de representación en línea recta en el Infanzonado desde tiempos inmemoriales. Por el contrario, en la línea colateral nos dice que no puede defenderse ni existe costumbre que hubiera admitido dicho derecho.

Este criterio había sido también respaldado por la Comisión Especial de Codificación que redactó el Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1900, en el que, al analizar la ley 8, título 21 del Fuero, admitían el derecho de representación en la línea descendente y no en la colateral, apoyándose igualmente en la costumbre.

Es el Fuero de Bizkaya una compilación de acertadas costumbres, de sanos y provechosos usos. Algo así como el Common Law inglés.

[22]Sentencia del T.S. de J. del P.V. de 31 de octubre de 1990, Aranzadi RJ 1992/10265.

Sobre esta cuestión, resalta el Sr. Solano que el Fuero Nuevo de Bizkaia es marcadamente consuetudinario, siendo la costumbre su propia esencia y médula.

Que así sea. Que así lo respetemos y que entre todos contribuyamos al mejor conocimiento de sus principios inspiradores, para su actualización y desarrollo.

La Academia Vasca de Derecho a ello se ha comprometido. Y nosotros, con ella.

José Miguel Gorostiza Vicente.

JUNTA DE CULTURA VASCA DE LA DIPUTACIÓN DE BIZKAYA

ESTUDIOS JURIDICOS

DEL

FUERO DE BIZKAYA

POR

JOSÉ DE SOLANO

MCMXVIII

ESTUDIOS JURÍDICOS

DEL

FUERO DE BIZKAYA

ESTUDIOS JURÍDICOS

DEL

FUERO DE BIZKAYA

POR

JOSÈ DE SOLANO Y POLANCO

JUEZ DE 1.ª INSTANCIA DE DURANGO

Obra editada por la Excma Diputación de Bizkaya,

previo informe de la Comisión de Cultura Baska y del Decano del Colegio de Abogados de Bilbao

---

BILBAO

Imprenta y Encuadernación de la Casa de Misericordia

1918

T. 44.631.

PRÓLOGO

No voy a presentar el libro ni a juzgarlo. Sería lo primero pretensión ridícula en mí e innecesaria para quien tantas sentencias ha dictado dando a conocer su buen criterio y su trabajo en materia foral: y lo segundo corría riesgo de aparecer más que juicio, correspondencia amable a elogios que tienen de verdad el cariño de quien los tributa.

Y sin embargo no podía negarme a los ruegos del Sr. Solano porque ciertamente merece todo aplauso y simpatía la laboriosidad de un Juez que ocupa en el estudio reposado el tiempo que no le embarga el tribunal y la sana adaptación del funcionario que puesto a ejercer sus funciones en una región foral, se afana por penetrar sus leyes e inspirarse en el espíritu que les dió ser para aplicarlas con todo conocimiento y exactitud.

Y Dios quisiera que todos, los más interesados, las conocieran bien y penetraran su importancia; porque no sé si el ambiente político que se respira desde hace más de un siglo, aún en lo que se ha dado en llamar reivindicaciones sociales, no está ahogando la comprensión debida de un problema, el del bienestar de los pueblos, que es el verdadero problema social, que estriba principalmente en la formación firme de las familias que son los primeros elementos que constituyen la trama de la sociedad.

Y es cosa averiguada que el modo peculiar del vasco de ahí nace, de la formación de su familia estable, sirviendo de raíz permanente de una raza formada con la disciplina amorosa del respeto de los antepasados, viviendo en la casa y en la heredad paterna, que ha sido alimento y vida de generaciones gloriosas

cuyas expansiones naturales han ido llevando el calor y el recuerdo de su hogar a poblar las villas y a trabajar en sus ferrerías y a navegar en sus lanchas y en sus barcos y a poblar los lejanos continentes y a levantar atrevidas industrias.

Todo ese brillo que deslumbra de la expansión comercial y colonizadora, del vigor de la industria y de la navegación, desaparecería el día en que se secara la raíz del caserío troncal y con ello desapareciera esa fuente de educación tradicional y fuerte, esa estabilidad que da solar e historia a todas las familias, que las une entre sí y con la tierra, haciendo germinar viva la idea de patria como secuela necesaria de sus recuerdos y cariños, que las hace lanzarse con decisión a las empresas extrañas, porque saben que allí, en su caserío, queda el asiento de su familia a donde podrán acudir en caso de infortunio para hallar un pasajero abrigo mientras encuentran una nueva dirección a su vida.

El caserío, pues, el caserío familiar; esa es la base de la familia vizcaína. En él el sudor de los antepasados fecunda el trabajo de las generaciones nuevas y las va infiltrando de aquel espíritu de amor mutuo basado en el sacrificio común, de respeto filial que mantiene el orden, y de sumisión a Dios padre cuya fecundidad inmutable refleja la familia estable y perpetuada recibiendo y transmitiendo las bendiciones de los patriarcas de generación en generación.

Por eso todo el espíritu del pueblo se basa en el espíritu de la familia y el espíritu, el alma del pueblo vasco, lo hemos de hallar en la familia vasca.

Y como la familia humana, viviendo en la sociedad, no es sola la relación personal de padres e hijos, sino su modo de vida, la manera de procurarse el sustento necesario y los medios materiales de su desarrollo; por eso el régimen familiar tiene que hallar

uno de los elementos de su constitución en su régimen económico. Si éste es inestable, imposible será que permanezca fija y tranquila la familia ni que se perpetúe en unidad el espíritu y tradición, alma del pueblo; podrá ser rica hoy y de condición social levantada, para ser mañana un conjunto de personas que lucha con la miseria; podrá hoy vivir unida y mañana o por la creación de nuevos intereses o por la necesidad de buscar el sustento, se dispersarán sus miembros para formar unas familias que vivan unidas el tiempo que dure la fuente inestable de su riqueza, que vincule sus amores al trasiego incesante, limitando sus recuerdos a sus padres durante ciertos años y al hotel o al tabuco durante el año de la última renta.

Pero pongamos en lugar de esa alteración continua de medios de vida, pongamos, digo, la troncalidad que une un bien raíz con una familia para ser asiento y conservación de ésta, transmitiéndose de padres a hijos en virtud de la elección que libremente hace el padre del hijo que haya de continuar en la dirección del trabajo del caserío, con un derecho de todos los parientes descendientes del caserío para llegar a ser sus propietarios cuando los azares de la vida empujen a sus dueños a deshacerse de él por cualquier título: pongamos junto a eso la comunicación de bienes en cuya virtud el matrimonio disuelto con hijos hace comunes cuantos bienes poseyeren los cónyuges para que en todo caso permanezca el sobreviviente no sólo con la autoridad de su persona, sino con la fuerza de su supremacía económica; y ya con eso tenemos todos los elementos humanos que suelen disgregar las familias, concurriendo por modo admirable para darles paz y unión estables.

¿Por dónde nacen las disensiones en las familias? Por las partijas. Pues el caserío permanece unido porque previamente el padre ha procurado colocar a los otros hijos. ¿Por dónde se

pierde el respeto a los padres o madres de menor fortuna? Por que los hijos ya no dependen de ellos, sino viceversa, en la subsistencia de la vida; que la posición económica lleva consigo muchas veces una elevación de trato sobre quien se halla debajo en la escala de su riqueza.

La troncalidad y la comunicación se completan para formar un todo: la familia troncal vizcaína. Alrededor de esos ejes han vivido las generaciones pasadas y con ellos se pueden estabilizar no sólo la familia agrícola tradicional sino la industrial, obrera o no, que están produciendo los tiempos modernos.

Desde que en 1898 publicamos el folleto «La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya» recordando, entre otras cosas más advertidas por escritores posteriores, la conexión de los principios troncales con las modernas direcciones del *homestead,* las corrientes sociales han venido acentuándose en esa misma dirección sin llegar a establecer principios tan sabios como los de nuestro Fuero, harto desconocido de quienes se tienen por sociólogos y van solamente a buscar su inspiración en las obras extranjeras y en civilizaciones de aluvión. Fué necesario que un ilustre francés, Federico Le Play, diera a conocer en el mundo la troncalidad para que los mismos vascos la apreciaran; y lo que estimo aún más triste es que, después del paso glorioso de aquel pensador y verdadero sociólogo, que en el estudio sincero de la sociedad estable halló al Dios de los cristianos, el amor a esos principios fundamentales de nuestra vida, el aprecio de la vida troncal volvió a trocarse en olvido, cuando no en una oposición real y continua por creerla como principio anacrónico, pasado ya, y digno de ser arrumbado en los dobleces de la historia, de ser barrido de nues-

tras leyes para quitar los estorbos a la libre contratación y movimiento de la propiedad que, entienden, es condición precisa para la explotación de las riquezas como la ciencia económica requiere.

¡Menguado concepto de la riqueza y de la troncalidad! La riqueza por la riqueza será el suspiro del avaro, no es la ambición del hombre honesto que quiere desenvolver su vida de suerte que el desarrollo correlativo de sus facultades sea el premio de sus fatigas en este mundo. A la riqueza persigue tanto el ladrón como el hombre trabajador; pero aquel la quiere porque busca sólo el denominador común de los placeres, éste porque halla en ella el estímulo de su trabajo y la condición necesaria para una vida honrada con la que pueda ser cada día más justo. La riqueza sola, corre, huye y rueda con los movimientos de los mercados y las inseguridades de la industria; la riqueza cimentada, estabilizada, sirve siempre a su fin providencial de alimentar a las familias, y darles medio de vida y desarrollo. Y pues siempre la familia es la necesidad de la renovación y vida social, siempre la troncalidad y la comunicación serán principios que, aplicados en su medida a las diversas clases de familia, servirán para el mismo fin de formarlas, para que sean base de paz social.

Pero *¿cuáles son las notas características de la troncalidad en el Fuero y en la vida de Vizcaya?* Varios rasgos la caracterizan, todos, como los rasgos individuales, igualmente necesarios.

1) La sucesión de las líneas familiares de suerte que sea la familia troncal la descendiente de propietarios del caserío.

El que vendido el caserío a extraño y vuelto a adquirir renazca o no la troncalidad perdida con la desaparición del caserío

del patrimonio familiar; el que se ponga límite al número de caseríos así poseídos o no se ponga; se extienda esta regla al caserío solamente, es decir, a la casa de labranza, o se limite a cualquier género de casa-habitación o de industria familiar; el que tenga más o menos participación la familia natural en defecto de la legítima; el que los grados de parentesco troncal se extiendan al cuarto o al sexto grado, rigiendo la computación civil o la canónica; todo eso son concreciones cuya forma podrá influir más o menos en vigorizar la familia troncal y eludir su incumplimiento, pero que no afectan a su esencia misma.

En cambio, la extensión injustificada que se dió por algún tiempo entre la mayoría de nuestros jurisconsultos a la frase del Fuero de que la raíz comprada es troncal lo mismo que la heredada, entendiendo que aún respecto de la raíz comprada los parientes meramente personales lo son también troncales respecto al bien comprado, es a mi juicio, como exageración absurda y contraria al espíritu y a la realidad del Fuero, el medio más hábil y traicionero de atacarlo presentándolo como irracional y abusivo.

Y para no celar mi pensamiento añadiré mi sentir por lo que toca a los puntos accidentales señalados.

a) Porque en una reforma de redacción del Fuero, que se impone para acomodarlo a las necesidades y experiencias del día, bueno sería aclarar que el caserío comprado de pariente troncal fija en el adquirente la raíz del parentesco, que sigue siendo por lo demás troncal respecto de los parientes que estén dentro del grado conveniente y procedan de poseedor de la raíz; y que para favorecer la subsistencia de la troncalidad renazca ésta respecto de los parientes que desciendan de poseedor de la raíz, aunque ésta últimamente haya sido adquirida a extraño, con tal que en las transmisiones que se realicen invocando la troncalidad se evalúe la

raíz a voluntad del desposeído, o a juicio de hombres buenos, o al precio que se pagó en la adquisición de extraño.

b) No parece que se cumple exactamente la mira de la troncalidad cuando el caserío troncal no es cultivado por su propietario; de donde había de concluirse que la exigencia del cultivo o habitación por el propietario, como por el tronquero adquirente, había de ser una condición para exigir en derecho el beneficio troncal. Pero al rededor de ese concepto puro de la troncalidad, se hallan otros muchos de naturaleza análoga en la aplicación llana e indistinta de sus principios a todo bien patrimonial troncal, aún sin el cultivo y habitación propios, aglomerándose en una mano varios y aún muchos caseríos, porque da lugar a la formación de las fortunas territoriales de los parientes mayores, beneficiosas en parte para el país. De ahí que no crea conveniente la exigencia de ese requisito para la aplicación de la troncalidad: que mejor es extender ese fecundo principio troncal al cariño y unión de los bienes familiares, sostén de la familia en el rango más elevado del rico propietario, que no el dejar moverse los bienes con una movilidad extrema sin atención ninguna a las familias que los poseen, que, aún no cultivando las tierras, con ellas han establecido relaciones de estabilidad que son fuente fecunda de bienes. Quien conozca lo que sucede actualmente con las familias de abolengo afincadas en la tierra vasca, y sus relaciones con los caseros inquilinos, apreciará la verdad de estas consideraciones.

Con todo no hay duda de que hay otras razones que atender más profundas. La constitución atinadamente democrática del pueblo vasco se basa en la posesión del caserío por el vecino para sustentarlo: y esa constitución hay que fomentar evitando que los azares de la fortuna o las artimañas legales hagan concentrar la propiedad de muchos caseríos en pocas manos, por donde halla-

ríamos una formación señorial contraria a la hidalguía nativa, un feudalismo caciquil opuesto a la libertad política y una concentración de bienes incompatible con la estabilización de las familias y con una conveniente distribución de la riqueza.

Esas razones abonan: 1) el establecimiento de un primer género preferente de troncalidad en favor del pariente tronquero que se comprometa a habitar y cultivar el caserío: 2) el derecho de nulidad en favor del cultivador o inquilino, aún con preferencia al tronquero, en el caso de que éste no lo reciba para habitar y cultivar y el inquilino sea hijo de inquilino del mismo caserío, retrotrayéndose la época de fijación del tronco a la del comienzo del inquilinato con descendencia.

c) Análogas consideraciones y conclusiones entiendo se debían establecer en cuanto a la extensión de las cosas troncales.

Hoy lo son todas las sitas en infanzonado cualquiera que sea su destino: y esa división tiene a mi entender inconvenientes por carta de más y por carta de menos: por más, puesto que confiere un derecho idéntico al dueño del caserío que al de un gran taller o fábrica: y de menos, porque priva de él a los dueños de casas sitas en villas que con igual utilidad lo tendrían. La ley reciente de casas baratas ¿no ha querido adoptar en España las instituciones del *homestead* o casa indivisible e inembargable? Pues aparte de la nota de inembargabilidad, que no entra en el concepto troncal, lo demás está mucho mejor establecido y resguardado en la troncalidad vasca, que, aplicada a las casas de obreros y a las de pequeños comerciantes e industriales, produciría un mayor bienestar social.

Es error el creer que con el nacimiento de la gran industria y del gran comercio desaparece la pequeña industria. Nunca. Aun en competencia con la grande, seguirá viviendo y cumplien-

do su fin providencial, acomodándose a las circunstancias, especializándose, suministrando productos en los que la habilidad del obrero imprima un sello personal. Como el pequeño comercio se acercará más al consumidor buscando en la confianza la raigambre que el grande busca en la baratura y seguridad. La pequeña industria, aún en las poblaciones grandes, más aún en las pequeñas, vivirá siempre buscando su establecimiento estable, su casa tradicional que sea anuncio permanente de sus productos y medio conocido de venta entre su clientela: pues ¿por qué no aplicar esas mismas disposiciones troncales a ellas?

Y si miramos a la clase media, a lo que llaman la pequeña burguesía, ¿no es su habitación, su hogar, ya que no el centro de vida económica, algo que da estable permanencia e ilusión y cariño a su vida, y esfuerzo y aliento a su familia para los trances amargos? Asegurada su casa, se simplifica la labor diaria para obtener el alimento solamente y la educación de los hijos.

Pero es que a eso se oponen las construcciones de las casas de varios pisos, que no son ya habitación de una, sino de varias familias. Por de pronto tendrá perfecta aplicación a la casa que continuamente se trata de propagar: a la casa independiente. Lo tendrá, aunque con los inconvenientes de la indivisión relativa, en casa piso de una casa. Y en las casas de renta, todavía podrá tener la aplicación que antes indicaba hablando de los varios caseríos, que contribuirá a una mayor estabilización de la propiedad y por tanto de la posición de las familias sin los inconvenientes que se hallan en las pequeñas vinculaciones.

Debe, pues, aplicarse el principio troncal a todas las construcciones por la utilidad directa que en ello hay y para cerrar las puertas falsas por donde la malicia haga subrepticiamente que se escapen los derechos troncales: pero confiérase un derecho

preferente a la troncalidad del caserío como a la propia y primaria, dejando como de segundo grado a la villana e industrial. En qué podrá consistir esa preferencia, luego lo veremos.

Y como a la propiedad íntegra, así también ha de tener aplicación, como hoy creo que la tiene, a cuantos derechos integran el dominio, de suerte que nunca se pueda ver embarazado el ejercicio de la troncalidad, que es un derecho real de determinadas personas, por un usufructo o uso o por un censo que llega a atribuir al censatario un medio de consolidar su dominio.

Claro está que la obligación de los llamamientos y la acción de nulidad debe caber siempre, con las mismas condiciones de precio o tasación cuando, cualquiera que sea la causa, llegue a verificarse una transmisión de propiedad: sea en pública subasta voluntaria o forzosa, consecuencia de una ejecución o acción del censualista o por cualquier otro título. Pero además de ese remedio extremo, bueno es que existan esos otros medios de impedir llegue ese caso mediante el derecho del tronquero de adquirir una de las partes integrantes del dominio que se desmembre, la cual, por serlo, debe pertenecer en su tanto al tronquero con el mismo alcance que se puede decir pertenecerle la totalidad íntegra del dominio.

d) Nada diré de la condición de legitimidad porque entiendo que la doctrina que el Fuero sostiene, según expliqué antes en *La Troncalidad* y admitió el Tribunal Supremo, es exacta y conveniente.

e) Dejemos de un lado la cuestión de si debe regir la computación canónica o la civil en el Fuero: sigo pensando lo primero bajo el punto de vista jurídico, pero sobre todo entiendo que la troncalidad, como derecho limitativo en favor de parientes, se ha de extender a algo más que al cuarto grado civil.

Si hoy en la formación moderna de las familias, o, por mejor hablar, en la desaparición y achicamiento gradual de las familias producido por el régimen económico instable del capitalismo mobiliario, es ajustada a la realidad la tendencia de las legislaciones y de los jurisconsultos de atajar y aminorar la extensión del concepto de pariente, esas razones nada valen, antes son contrarias, cuando la materia es una institución que por su naturaleza tiende a apoyar, extender y vigorizar las relaciones familiares, dejando subsistente el objeto de un cariño común que es la casa de sus padres y el centro de su familia, el tronco del que muy lentamente se van desprendiendo las ramas nuevas o para afincar nuevamente arraigando en otro caserío, o para formar las familias emigrantes o industriales, que tienen siempre puesto su corazón, sus recuerdos y sus cariños en aquella casa baja, oculta a las fierezas del vendabal y abierta su blanca fachada a la franca luz del mediodía. Por lo mismo que la familia troncal se acerca tanto a la patriarcal, debe tener, como tienen todas las familias nobles y ricas, muchos parientes, muchos que recuerden que son miembros de un mismo árbol y ramas de un mismo tronco.

Pero si el bien troncal no es cosa tan completa como lo es para la vida del vasco su caserío, donde encuentra habitación y medios de vida, sino la casa solariega, la burguesa, la obrera, la industrial o el taller o la fábrica: entonces, como la consideración unitiva familiar participa más de la condición de la familia moderna, también es justo que sufra sus mismas limitaciones y así no tenga igual extensión el concepto de pariente troncal, que quede terminado en el cuarto grado civil.

2) Segundo rasgo característico de la troncalidad vasca es la institución de los llamamientos y el consiguiente derecho de

nulidad. ¿Cómo han de hacerse los llamamientos? En el coro o en el atrio de la iglesia durante la misa mayor o la ofrenda, según la práctica tradicional; en edictos hechos por Notario que de ello levante acta; en edictos judiciales por acto de jurisdicción voluntaria; por anuncios en periódicos, oficiales o no. ¿Y el derecho de nulidad que otros llaman retracto foral (algún nombre se le ha de dar aunque no sea verdadero retracto), esto es, la facultad de *sacar* los bienes vendidos ¿ha de nacer desde la venta o desde la inscripción en el registro?

Accidentes también que no son sino concreciones indispensables para la existencia del derecho: pero concreciones que convendrá acomodarlas a la práctica de la vida y de las instituciones existentes para asegurar el fin que los llamamientos y la nulidad pretenden de que llegue a noticia de los tronqueros, de los profincos, de los comuneros, y añadiré, de los inquilinos y aún de los vecinos.

En las Anteiglesias debe seguir haciéndose los llamamientos en las puertas de las iglesias, por lectura pública y edicto fijado: en las villas, así, y por edicto en el tablón; y cuando el valor sea de alguna importancia, por anuncio en los periódicos oficiales y en alguno o algunos otros periódicos. Más aún: debe darse al tronquero que desee inscribir su derecho, el de exigir que por la forma judicial ordinaria se le notifique personalmente, a su propia costa, la venta que se pretende realizar, en el lugar por él señalado para esos efectos en su inscripción: todo ello bajo pena de nulidad.

La regularización de la propiedad en el Registro es de interés público: pero no está directamente prescripta. No se puede por tanto obligar a la inscripción negando efectos a la propiedad no inscripta. Por otra parte tampoco conviene dejar sin una defensa

de esa índole, breve, expedita y única ajustada a la legalidad deseable, al tronquero que puede ver burlado o dificultado su derecho a una propiedad no inscripta o recientemente inscripta sin hacer constar la procedencia troncal mediante una información posesoria que desentienda al poseedor de sus obligaciones troncales. Acaso fuera medio de obviar esos inconvenientes el dar el derecho, a quien se creyera con uno troncal sobre una finca cualquiera no inscripta, de inscribir a su costa y bajo su responsabilidad su presunto derecho, con la descripción que presente de la finca, con lo que cualquier acto que perjudicara el derecho inscripto, si éste resultaba verdadero, quedaría nulo, sin convalidarse sino por el transcurso de la prescripción que no requiera buena fé ni justo título: pero la oposición del propietario con la inscripción legítima de su finca, anularía la inscripción del tronquero, con las costas del expediente si se declaraban falsos los hechos en que el derecho se fundaba.

El fijar taxativamente la vigencia de los llamamientos obligatorios no sólo en caso de venta sino de toda enajenación, sería evitar ocasión a las malicias y robustecer la institución; y si bien pudiera verse en ello un obstáculo a las aportaciones beneficiosas a sociedades que necesitaran de determinados terrenos para importantes obras industriales, habrá de fijarse que ese mismo obstáculo existirá en determinadas ventas, porque no nace del título de adquisición o enajenación, sino del destino intencional del adquirente, hallándose por tanto el remedio en el establecimiento de una graduación de utilización beneficiosa a semejanza de lo que sucede con las concesiones de aguas v. gr, y en un procedimiento expedito judicial análogo al administrativo de expropiación forzosa, para depurar si debe supeditarse el derecho de los tronqueros y la existencia del bien troncal en su ser precedente, a las ven-

tajas de una nueva industria, reservando siempre, como en la misma expropiación, el derecho de reversión en favor de los tronqueros para cuando, abandonada la industria o cambiado el propietario, quieran los tronqueros adquirir la raíz.

Que el año para ejercer la nulidad se haya de contar desde la inscripción del acto en el Registro si la finca está precedentemente inscripta, parece claro, ya que en tanto la situación anterior de la finca es la legal para tercero. Pero si no estuviera antes inscripta, no parece pueda exigirse tal requisito como jalón del plazo de la acción, máxime teniendo el recurso extraordinario de los tres años para quien jure no haber tenido antes conocimiento de la enajenación realizada.

3) El tercer rasgo característico de la troncalidad es el de *sacar* los bienes al precio que juzguen tres hombres buenos, no al precio de la venta concertada o ejecutada. Por eso no es un tanteo ni un retracto.

No quiere el Fuero que se finjan contratos y precios para eludir la ley y burlar a los parientes, y por eso no deja la fijación del precio al arbitrio interesado de una de las partes, que tanto como eso era el dejar que se arreglara a su antojo con un tercero para forzar con ello al tronquero, que deseaba conservar la raíz, a pagar por ella un precio determinado; sino que allanándose a lo que han establecido siempre las leyes cuando han querido fijar un precio justo que no beneficie a una ni a otra de las partes, han acudido a la fijación hecha por terceros de recta conciencia que apreciaran, según su leal saber y entender, con los datos que las partes aporten o ellos conozcan, cuál es el verdadero precio de la raíz en aquel momento.

Que los terceros hubieran de ser precisamente peritos titula-

dos ni se ve en parte alguna, ni estará siempre en armonía con las conveniencias de los interesados; que muchas veces, para apreciar el valor de un caserío, lo harán mejor los vecinos de la misma anteiglesia, caseros también, que no un titulado que tiene que comenzar por recoger datos hasta entonces para él desconocidos, para poder orientar su criterio.

Donde quiera que tengamos esas condiciones esenciales tendremos la troncalidad vizcaína y la troncalidad vasca porque el Fuero de Vizcaya no hizo sino acertar a concretar en ley escrita lo que todo el pueblo vasco tenía en la costumbre.

La troncalidad con sus complementos de la comunicación foral y la libertad de testar, o, mejor dicho, de elegir entre los diversos grupos de parientes tronqueros el sucesor de sus bienes, son los tres nervios que han hecho irrompible hasta el presente el carácter del pueblo vasco; y en su conservación, en su ampliación misma y acomodación a las necesidades del día, es donde se ha de hallar el remedio de los males sociales presentes.

Los males sociales hay que curarlos en la raíz de la sociedad; los demás remedios, sin ser malos ni inútiles, son defectuosos y vanos, si no se ven completados con el arreglo fundamental de la familia, que es la célula social. Hay que ingerirle el espíritu cristiano que vivifica a la familia y al hombre que de ella nace y a la sociedad que de sus agregaciones se forma; pero con la religión integral, esto es, sanamente aplicada a todos los momentos de la vida, hay que ingerirle espíritu de sacrificio, de unión y amor que espontáneamente brotan en una constitución económica que amasa el cariño y el respeto de las generaciones que se suceden en el mismo hogar, que se apoya y afianza en los medios

de vida, que rodean de cuidados su cuna, forman el cuadro de los risueños recuerdos de la juventud, y son el faro a donde vuelven la vista los fatigados ojos del náufrago que fué dejando sus ilusiones en los azarosos combates de la vida.

Esa es la importancia de la institución troncal. Por eso la amó Le Play y la presentó al mundo de la Sociología como el órgano más levantado de la paz social; y nosotros, que tan necesitados estamos de ella en estos momentos críticos de lucha y convulsiones, no debemos olvidar que tenemos en casa un organismo con la vida de muchos siglos, al cual debemos ingertar las nuevas familias y propiedades para depositar en él nuestras mejores esperanzas. Las grandes revoluciones, las profundas, las duraderas son revoluciones del derecho civil, del derecho familiar; si este cambia, es que ha cambiado una civilización. Quien barrena el derecho civil del pueblo, quiere trocar su carácter, acabar su vida. Quien ama a su pueblo, que conozca su constitución familiar, que la respete, que la mime.

Más me he extendido de lo que el prólogo pedía y aún de lo que en buena razón debiera escribir para no estorbar con consideraciones presuntuosas al éxito de un libro útil y bien escrito: pero aficiones largos años represadas y el conocimiento de la tolerancia del autor de esta obra, me impulsaron a ello.

Acaso apunte así alguna pequeña discordancia de opiniones entre el prólogo y el texto. ¿Qué de extraño tendrá pues *quot capita tot judicia,* y en varias cosas tengo expuesto mi sentir precedentemente y otras hay que requerían un nuevo y más profundo estudio? Pero sin duda que en las líneas generales de la troncalidad vizcaína, su importancia capital y sus rasgos esenciales, es-

tamos de acuerdo cuantos hemos tratado de beber el sentido jurídico de la institución, no para defender un interés de momento ante los tribunales, sino para conocer la esencia que la constituye y el fin providencial que ha tenido de formar un pueblo que siendo esencialmente emigrante y colonizador (díganlo las Américas y la comercial Sevilla) ha tenido siempre un espíritu, una vida, una lengua, una tradición sana y tranquila basada en una vida familiar que trascendió a toda su vida económica y política.

LUIS CHALBAUD Y ERRAZQUIN, S. J.

I

PERSONAS, COSAS Y TERRITORIOS SUJETOS AL FUERO DE BIZKAYA

EL llamado «Derecho Interprovincial» está expuesto en el título preliminar del Código Civil con poco detenimiento pero con determinación de reglas fijas y generales que tratan de preveer los frecuentes problemas jurídicos a que la diversidad de derechos civiles en territorio español dá lugar. Para la resolución de todos esos conflictos establece el Código, al igual que en materia internacional, la teoría de los estatutos, no por conocida y vieja lo suficientemente acertada en las colisiones de derechos regionales.

En efecto. Desarrollada por los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil la teoría de los estatutos como reguladora de las posibles relaciones internacionales de los españoles en la esfera privada, viene el art. 14 puesto a continuación a determinar que todas esas reglas de derecho internacional son de idéntica aplicación a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil. Por lo tanto, hay que establecer como normas generales para la aplicación del derecho vizcaino: Que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, al estado, condición y capacidad legal de los bizkainos establecidos en el Fuero de Bizkaya, obligan a los aforados bizkainos aunque se encuentren en territorio de derecho común. Que los bienes muebles de los bizkainos están sujetos al Fuero de Bizkaya, así como los inmuebles que posean aquéllos en las villas o en territorio común, lo están al Código Civil. Que las sucesiones, tanto legítimas como testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones

se rigen igualmente por el Fuero de Bizkaya. Y que todos los Bizkainos aunque tengan sus residencias en las villas (en las que rige el derecho común) están sometidos en cuanto a los bienes que posean en tierra llana o infanzonada a la ley 15, título 20 del Fuero de Bizkaya.

Quiénes tienen la calidad de aforados Bizkainos, lo dice de un modo claro y preciso el art. 15 del mismo Código. Comienza este artículo estableciendo numéricamente las personas a quienes son aplicables los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad de las personas y los de sucesión testada e intestada declarados en el Código, y después de hacer la enumeración y de determinar cómo se gana la vecindad y cuál sea la condición de la mujer y de los hijos, termina estatuyendo: QUE LAS DISPOSICIONES QUE ESTABLECE SON DE RECÍPROCA APLICACIÓN A LAS PROVINCIAS Y TERRITORIOS ESPAÑOLES DE DIFERENTE LEGISLACIÓN. Por lo tanto, teniendo en cuenta este párrafo final podemos decir que son aforados Bizkainos, los siguientes: 1.º Los nacidos en tierra llana o infanzonada hijos de padres sometidos al Fuero de Bizkaya. 2.º Los nacidos de padres Bizkainos aforados aunque hayan nacido en territorio de derecho común. 3.º Los que no siendo Bizkainos ni aforados hayan ganado vecindad en tierra llana.

Para estos efectos se gana vecindad en Bizkaya por la residencia en esta región de diez años, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario, o por la residencia de dos años siempre que el interesado manifieste ser su voluntad la de adquirir vecindad. La mujer Bizkaina seguirá la condición de su marido y los hijos no emancipados la de su padre. Así pues, si una mujer Bizkaina casara con castellano deja de estar aforada y los hijos Bizkainos al ser reconocidos o legitimados por padre castellano dejan de ser Bizkainos.

Al hablar de Bizkaino no nos referimos al sentido gramatical de esta palabra, sino al jurídico, es decir, no llamamos Bizkaino a todo el nacido en Bizkaya, sino al que está sujeto al imperio del Fuero de Biz-

kaya, puesto que los Bizkainos nacidos en las villas se rigen por el Código Civil, con la sola excepción de los bienes que tengan en tierra llana.

La razón de esta dualidad de legislación obedece a un hecho histórico. Los antignos moradores de Bizkaya vivían en caseríos diseminados al estilo de los aldeanos de ahora. Estos caseríos estaban por lo común levantados en las laderas de montes y colinas, las cuales cultivaban sus moradores con la diligencia y constancia que les es característica.

Resultaba de este modo de vivir un aislamiento tan grande que los malhechores unas veces, y los banderizos políticos otras, asolaban los caseríos, viéndose sus habitantes en la imposibilidad de defenderse, por las distancias que entre sí les separaban. Para evitar estos inconvenientes, así como también para fundar mercados y entrar en las funciones de comunicación y de progreso, empezaron los propietarios de caseríos a agrupar sus viviendas y pidieron a los señores los privilegios, exenciones y franquezas que con frecuencia solían conceder a los nuevos moradores de las villas; y los señores al concedérselas les imponían la legislación civil que había de regirles, que solía ser por lo común el fuero de Logroño. Sometidas las villas a esta legislación entonces, fué su derecho siguiendo las vicisitudes de ésta, razón por la que al promulgarse el Código Civil comenzó a regir este cuerpo legal en las villas a excepción de algunas pocas, como después veremos, que se rigen por el Fuero.

A ALFONSO VIII, el Noble, Ilustre Rey, que honra la monarquía castellana, deben las villas las primeras muestras de su regeneración material y política. En 10 de Marzo de 1163 concedió en Burgos a Castro-Urdiales el fuero de Logroño, el mismo que siglo y medio o dos siglos más tarde fué otorgado a Bilbao (año 1300), a Valmaseda (año 1334), a Guernica (año 1366), a Portugalete (año 1322), a Marquina (año 1355) y a todas o casi todas las villas de Bizkaya y de Guipúzcoa.

No hay en la región Bizkaina, ni en la montañesa, concesión del

mencionado fuero más antigua que la de Castro. Laredo la obtuvo el año 1201, con la particularidad de que en la carta de otorgamiento se llama a dicho fuero «fuero Castro-Urdiales», en los siguientes términos: Y TAMBIÉN DOY Y CONCEDO EL FUERO DE CASTRO DE URDIALES, PARA QUE LO TENGÁIS PERPETUAMENTE.....

Era el de Logroño uno de los fueros municipales que mejor respondían al espíritu democrático, popular o comunal que germinaba ya en las relaciones políticas de la edad media, enfrente del poder absoluto de los reyes, al cual aparece a veces asociado, y de las pretensiones feudales o señoriales de la nobleza. En él estaba respetada la inviolabilidad del domicilio con la prohibición impuesta al merino y al sayón de entrar en las casas a sacar prendas por fuerza, y de tomar violentamente las cosas contra la voluntad de sus dueños; en él se dulcificaba el bárbaro uso del tormento como medio de enjuiciar, librando a los aforados de las pruebas del hierro y del agua caliente, y se suprimía de entre los medios procesales el de la pesquisa y el de batalla, es decir, el desafío o lid campal; se concedía al país foral el preciado derecho de que el alcalde y el merino fuesen nombrados de entre los naturales; se reconocía la libertad de comprar y vender, el uso libre de aguas, pastos y leñas, y el derecho de ocupar y labrar las tierras baldías; y se establecía, por último, la exención del pago de determinados impuestos y gabelas. Estas eran las notas más salientes del orden político, administrativo, civil y penal que rigió la comarca, mientras el imperio de los fueros municipales ocupó en nuestra patria el lugar que correspondía a la unidad legislativa. (1)

Hemos dicho más arriba que los españoles no aforados pueden adquirir naturaleza bizkaina con solo avecindarse en territorio del Fuero, y esto no es cosa nueva ni contraria a la legislación foral, antes bien, el Fuero de Bizkaya lo permitía y regulaba de modo bien mani-

(1) De la Obra *Recuerdos Históricos Castreños*, por D. Javier Echavarría. Santander. Blanchard y Arce. 1899.

fiesto. Para ello requería únicamente una información previa a la que tenía que someterse quien solicitara la vecindad, información que había que hacerse ante el Corregidor y Veedor juntamente con dos Diputados en la que demostrase el futuro vecino que no descendía de moros ni de judíos, y si demostraba esto, y las otras condiciones requeridas, y vivía dentro del territorio bizkaino, era considerado vecino para los efectos civiles en consonancia con lo determinado por la Real Provisión de D.ª Juana de 1511.

Dice la ley 13, título 1.° del Fuero, lo siguiente: «Que en Bizkaya no se avecinen los que fueren de linaje de judíos y moros y como los que vinieren han de dar información de su linaje». «Otrosí dijeron: Que cuanto los dichos bizkainos son hombres hijosdalgos y de noble linaje y limpia sangre y tenían de sus altezas merced y provisión real sobre y en razón que los nuevamente convertidos de judíos y moros, y descendientes ni de su linaje no pueden vivir ni morar en Bizkaya, la cual dicha provisión está en este Fuero. Y porque algunos pueden venir de reinos y señoríos, así de Portugal como de otras partes remotas o de estos mismos reinos de Castilla; y no siendo conocidos ni habiendo noticia de su linaje y genealogía se podría cometer fraude contra la dicha merced y provisión y para evitar el dicho fraude dijeron: Que querían haber por ley y Fuero que cualquier que quisiere venir a morar y avecindar a Bizkaya, tierra llana, villas y Ciudad y Encartaciones y Durango, sea tenudo de dar información bastante al Corregidor y Veedor del dicho Condado juntamente con los dos Diputados de este Condado, de su linaje o genealogía, por la cual parezca y se averigüe ser de limpia sangre y no de judíos ni de moros ni de su linaje la cual dicha información dé y preste dentro de sesenta días después que así entrare en Bizkaya a ser vecino de ella, sopena que nó la dando y prestando que si perseverare en dicha vecindad viviendo en Bizkaya dentro de los seis meses contenidos en la dicha merced y provisión caiga e incurra en las penas de ella.»

Una vez señalada la manera de adquirir la naturaleza Bizkaina,

veamos la manera de perder la calidad de Bizkaino aforado. A nuestro juicio se pierde: 1.º Por renuncia del derecho al Fuero respecto a las personas nacidas en provincias de derecho común de padres sujetos al Fuero de Bizkaya, si éstos durante la menor edad de los hijos o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declaran que es su voluntad someterse al Código (número 1.º del artículo 13). 2.º Por matrimonio de mujer aforada con varón sometido al Código (párrafo 3.º del mismo artículo) y 3.º por haber ganado el aforado vecindad en territorio en que rija el derecho común (número 3.º párrafo 1.º del referido artículo).

La mera renuncia a la calidad de Bizkaino aforado no pueden hacerla mas que las personas nacidas en territorio común de padres aforados, pero no los demás Bizkainos. Por lo tanto, no basta que un Bizkaino diga simplemente que su deseo es someterse al Código. Su *jus sánguinis* es irrenunciable si no acomoda su vida a su intención. La única manera de poder someterse al Código dicho aforado es el cambio de residencia en la forma y con los requisitos que acabamos de ver. Es decir, avecindándose y viviendo durante diez años en territorio común sin hacer ninguna manifestación, o residiendo dos años en territorio común, manifestando su voluntad de cambiar de Fuero.

No por ser claras y precisas las reglas que acabamos de exponer y deducirse ellas mismas del contenido del Código han dejado de suscitar cuestiones que en forma de pleitos se han planteado en los Tribunales, llegando algunas hasta el Tribunal Supremo, el cual con su autoridad y competencia ha venido a aclarar las dudas. Así la sentencia de 23 de Diciembre de 1904, publicada en la Gaceta de 8 de Enero de 1905, página 45, declara: «Que habiendo vivido una persona más de diez años consecutivos en Bizkaya, su sucesión se defiere con arreglo al Fuero que excluye el derecho de representación en la línea colateral.»

Considerando—dice la sentencia--que D. Francisco Arrillaga habitó con casa abierta en Bizkaya durante quince años consecutivos—desde 1881 al 1896 en que falleció—habiendo efectuado durante ese tiempo

manifestaciones ostensibles de querer ganar vecindad, según apreciación no contradicha de la Sala sentenciadora, cuyos hechos le atribuyen carácter de aforado con arreglo a la legislación Civil anterior a 1889, aplicable al caso, según la primera disposición transitoria del Código, por la doble consideración de que el derecho de D. Francisco, a ser tenido por Bizkaino, nace de aquel régimen y de que dicho derecho resultaría perjudicado si se le aplicase a partir de 15 de Mayo de 1903, fecha de la primera reclamación del recurrente, las nuevas disposiciones del Código, dándoles la interpretación retrospectiva que se pretende, y que por tanto no ha infringido la sentencia impugnada las leyes de Partidas y de la Novísima ni la Jurisprudencia..... puesto que lo exigido en dichas disposiciones para adquirir consideración de aforado era la moranza en dicho lugar por diez años *con alguna manifestación ostensible de querer obtenerla* que ha sido apreciada en el presente caso y

Considerando que lo que queda expuesto demuestra igualmente que no es de aplicación ni ha podido infringirse el art. 15 del Código Civil, no siendo oportuno por ello hacer mención de las reglas aclaratorias del Real Decreto de 12 de Junio de 1899 dictando reglas para la inteligencia de dicho artículo, no de la legislación anterior; debiéndose advertir además que las disposiciones del decreto no se dirigen a hacer que desaparezcan los efectos legítimos producidos por los años de vecindad transcurridos hasta 1899, sino a regular las manifestaciones expresas de voluntad referentes a la conservación o adquisición de Fuero de que se ocupa el apartado antepenúltimo del mismo artículo 15, con el objeto de que los que lleven años de residencia fuera de la provincia de su origen, puedan practicar los actos conforme a sus deseos y tengan punto de partida para efectuarlo, como lo comprueba claramente el artículo 2.º del Decreto que, al fijar la fecha del 17 de Agosto lo hace sólo a «los efectos del artículo anterior», esto es, del que se ocupa de las declaraciones o manifestaciones antedichas, cuyas fechas o plazos, no los que han de producir la obtención o pérdida de

fuero por mero transcurso de tiempo, sin manifestaciones expresas, son las que aparecen reguladas en dicho decreto.

Una sentencia muy importante del Tribunal Supremo (27 de Octubre de 1900, Gacetas de 15 y 21 de Noviembre, páginas 380 a 386) determina: «que la mera vecindad obtenida en una región es insuficiente para tener por abandonado el fuero de origen a los efectos civiles sino concurre ánimo o propósito de renunciar a él mediante un lapso de diez años, constitutivo hoy de una presunción de voluntad expresamente establecida en el Código para la determinación del estado de español en las relaciones interprovinciales. Que el concepto *derechos de familia* pertenece para los efectos de aplicación de la ley personal lo referente a la capacidad para adquirir y disfrutar por razón de matrimonio los bienes aportados por los cónyuges o ganados durante la sociedad conyugal. Que consiguientemente a estos principios, si un castellano avecindado en Bizkaya abandonó este país antes de cumplir los diez años de moranza, no perdió su fuero de origen, ni lo perdió su hijo menor al contraer matrimonio con bizkaina, aunque con el matrimonio se emancipase, pues llevó al consorcio la calidad que antes tenía, y por tanto al fallecimiento de su esposa no le corresponden la mitad de las aportaciones de ésta por virtud del sistema de comunicación que rige en Bizkaya, sino que deben percibirlos en su totalidad los hijos que la mujer tuvo de un matrimonio anterior con arreglo al régimen de gananciales». El caso que resolvió esa sentencia, fué el siguiente:

D. Eugenio X... nacido en Castilla se trasladó con su padre D. Zacarías, siendo menor de edad, a Bizkaya en donde el D. Zacarías vivió menos de diez años. Siendo menor de edad D. Eugenio contrajo matrimonio con D.ª P... viuda de dos maridos, de uno de los cuales había tenido cinco hijos, teniendo de su unión con D. Eugenio otro nuevo hijo que llamó D. Agustín X... Dicha Señora era bizkaina y poseedora de una gran fortuna y al ocurrir su fallecimiento abintestado en 1887, fueron repartidos sus bienes en dos mitades con arreglo al Fuero de Bizkaya; una para el viudo D. Eugenio, y otra para los cinco hijos del

anterior matrimonio de D.ª Plácida y para el D. Agustín, habido del D. Eugenio. Estas particiones fueron aprobadas por auto judicial y permanecieron en ese estado hasta que en el año 1896 los hijos del segundo matrimonio de D.ª Plácida ejercitaron el beneficio de restitución *in integrum* contra su hermano uterino D. Agustín y contra su padre D. Eugenio, pidiendo la rescisión de las particiones y que se declarase que conforme a la legislación de Castilla todos los bienes de la finada pertenecían a sus seis hijos, con exclusión del viudo. Como fundamentos de derecho adujeron los demandantes en apoyo de su pretensión: que era principio de derecho antes de publicarse el Código Civil, consagrado hoy por este en el apartado tercero de su artículo 15 y en el 18, que los hijos no emancipados siguen la condición y nacionalidad de sus padres, y hallándose D. Eugenio X... cuando casó con D.ª P... por no haber cumplido los 25 años bajo la potestad de su padre, y siendo la ley personal de éste entonces la del derecho común o castellano en cuyo territorio había nacido y tenía su vecindad y en el cual también nacieron y residieron sus progenitores, dicho derecho común y no el fuero era la ley personal del D. Eugenio al contraer su aludido matrimonio: que es también principio anterior al Código Civil que la mujer sigue la condición y nacionalidad del marido, desprendiéndose de ello que la ley personal de éste es por la que se rigen los matrimonios sin que nada en contrario diga el Fuero de Bizkaya, ni tal precepto, de existir, podría sobreponerse a los del derecho común, cuando se trata de uno que no es bizkaino y sobre materia de estatuto personal que este sigue al individuo regulando sus distintos derechos, entre ellos el régimen de su matrimonio por lo que no puede ejercer influencia el que este lo contraiga en país distinto del de su ley personal, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias anteriores al Código Civil.

D. Eugenio X... al oponerse a la demanda alegó en defensa de su derecho varias citas legales y diversas consideraciones de derecho, figurando entre ellas, sintéticamente expuestas las siguientes: Que según la ley 13 título primero del Fuero de Bizkaya se gana vecindad a los se-

senta días de vivir en este territorio no descendiendo de moros ni de judíos; que el domicilio de los empleados es el pueblo donde sirven sus destinos según la Ley Orgánica del Poder Judicial y varias sentencias del Tribunal Supremo; que hasta los presupuestos de 1892 y desde fecha muy anterior a ésta, los estanqueros fueron empleados públicos y no podía ejercer su cargo sino en el pueblo para que habían sido destinados, todo lo cual convenía con lo que alegaba como hechos indubitados, pues sus padres, si bien nacieron en Burgos y en el año 1877 mudaron de residencia avecindándose en el Concejo de Abanto y Ciérbana (Bizkaya) donde su padre D. Zacarías había sido estanquero desde 1880 hasta 1887, o sea durante el tiempo en que D. Eugenio se casó, y que siendo entonces menor D. Eugenio adquirió el domicilio y vecindad bizkaina de sus padres la cual conservó y conserva sin interrupción; que el D. Eugenio fué incluído en el alistamiento para el reemplazo del ejército de 1883 por el cupo de Abanto y Ciérbana, y habiéndosele declarado soldado se redimió a metálico, resultando así demostrado que en dicho año 83 era domiciliado, morador y ciudadano de Bizkaya e hijo de vecinos de este territorio, pues de lo contrario se le hubiere alistado en la provincia de Burgos según se ordenaba en la ley del reemplazo entonces vigente; que desde el año 1879 era morador y vecino sin interrupción de Abanto y Ciérbana en donde estuvo dedicado al comercio y de cuya población fué nombrado Fiscal y Juez Municipal.

El Juzgado y la Audiencia condenaron al D. Eugenio a pasar por las pretensiones de la demanda la cual estimaron, contra cuyos proveídos, interpuso aquel recurso de casación, citando como motivos del recurso los siguientes: 1.º La ley 2.ª, título 1.º del Fuero de Bizkaya en cuanto exige que el Rey y Señor promete *de guardar a la tierra llana de Bizkaya y villa y Ciudad del Señorío y Durangueses y Encartaciones y a los moradores de ellas y en cada una de ellas todos sus privilegios, franquezas, etc.* 2.º La ley 4.ª de dicho título por el que se rigen la propiedad y transacciones y enajenaciones. 3.º La doctrina legal

admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de Marzo de 1865, de 8 de Junio del 74 y 29 de Enero del 75 que exigen que para que puedan regir las leyes generales del Reino sobre bienes de los aforados de Bizkaya, han de radicar dichos bienes en punto donde no rija la legislación foral. 4.° La ley 3.ª, título 2.°, libro 6.° de la novísima recopilación. 5.° La doctrina legal recogida por la Real Orden de 27 de Agosto de 1849, expedida por el Ministerio de la Gobernación de acuerdo con el Consejo de Estado, en la que se determina que a falta de declaración explícita de la voluntad de ser vecino, se tenga por dicha declaración presunta pero eficaz la residencia habitual con casa abierta por más de un año, o la aceptación de un cargo retribuído por el Estado, la provincia o el pueblo que exija residencia, reglas estas que han servido de fundamento a varias sentencias del Tribunal Supremo. 7.° Las leyes 6.ª, 15 y 16 del título 1.°; 7.ª del título 9.° y 1.ª del título 30 del Fuero de Bizkaya, en cuanto el Tribunal sentenciador niega carácter de aforados a los simples moradores de Bizkaya. 8.° La ley 47 de Toro y el art. 65 de la Ley del Matrimonio Civil que declaran emancipado al hijo por el matrimonio.

El Tribunal Supremo con la sola excepción de conceder al D. Eugenio la propiedad de los frutos de la herencia como poseedor de buena fe, mantuvo el criterio de la Audiencia, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto, y sentó la doctrina que arriba expusimos sintéticamente y que no reproducimos de un modo literal para no alargar más este capitulo.

Sentencia de 11 de Noviembre de 1902 «la moranza durante diez o veinte años en lugar donde no rige el Fuero hace perder al bizkaino su carácter de tal para los efectos civiles y más si aparece empadronado en provincia distinta y figura en las listas electorales de ella. Esto, no obstante, en los bienes raíces de dicho bizkaino sitos en tierra llana de Bizkaya deben suceder los parientes tronqueros.»

Resolución de la Dirección de los Registros de 5 de Octubre de 1906: «siendo la condición legal de la mujer la misma del marido,

según lo establecido en el número 3.º del art. 15 del Código Civil, y constando que el que lo era entonces de la causante, ni por naturaleza ni vecindad estaba sujeto al Fuero de Bizcaya, ha de estimarse que la sociedad constituída por este matrimonio estaba sujeta a falta de contrato sobre los bienes al régimen legal de gananciales conforme a lo determinado en el art. 1315, siendo por tanto procedente su liquidación al disolverse por fallecimiento de uno de los cónyuges.»

Hé aquí el caso y la resolución de la Dirección:

«Resultando que en el Barrio de Concha de Carranza, a 8 de Julio de 1898, y ante el Notario D. Francisco Quintana, se extendió un acta a instancia de D. José Santisteban y Rodrigo, en concepto de uno de los Albaceas de D.ª Josefa Ceberio Ayestaran, por la que se protocolizaron las operaciones de testamentaría de esta Señora, llevadas a efecto por dicho compareciente en el acto y por su cotestamentario D. José Ceberio y Palacio, de cuyas operaciones resulta: que D.ª Josefa Ceberio murió bajo testamento, que se inserta, en que declaró estar casada en únicas nupcias con D. Pedro Sobrado y González, natural de la Provincia de Santander, al que legó mil pesetas; instituyó heredero a su único hijo D. José Sobrado Ceberio, y nombró los expresados testamentarios, a quienes facultó para pedir la herencia y realizar todas las operaciones de la testamentaría; que por no haber ganado D. Pedro Sobrado vecindad civil en el valle de Carranza, es aplicable el Código Civil a la testamentaría de su mujer, aunque ésta era natural de dicho valle, donde rige el Fuero de Bizkaya; que no es necesaria la aprobación judicial, conforme al art. 1.057 de dicho Código, por las facultades de los albaceas y porque se han inventariado los bienes con citación del viudo, que es el único legatario y acreedor, y que se adjudican inmuebles en dicho valle en esta forma: al hijo, menor de edad, parte de una casa y huerta en Concha, por su herencia; y al viudo, parte de casas y sus pertenecidos en Treto, por su crédito, legado y ganancial, por haber renunciado su cuota viudal usufructuaria».

«Resultando que solicitada la inscripción de dichas operaciones en el Registro de la propiedad de Balmaseda, puso el Registrador la siguiente nota: «No admitida la inscripción del documento que precede por haber observado en él las siguientes faltas: 1.ª que es inaceptable el supuesto 6.º de la partición que comprende, y han debido aplicarse en beneficio del menor instituído los preceptos de la ley 1.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya, dada la naturaleza bizkaina de la testadora y hasta la de mediar bienes inmuebles, la constante práctica e interpretación consuetudinaria de la referida ley y el alcance que en esta provincia tienen las disposiciones del art. 10 del Código Civil, y mucho más si se atiende a que ninguna comprobación se aduce al aserto hecho sobre la vecindad extraña; y 2.ª que tratándose de un heredero menor de edad no emancipado, con interés en un contrato de liquidación de sociedad conyugal opuesto al de su padre, no han debido omitirse las formalidades dispuestas en el art. 165 del indicado Código, y aun con relación al 1.057, ni el caso que nos ocupa es el para que se ha escrito, ni en tanto, al menos no fuese otra la redacción del testamento, ha podido prescindirse de lo que el 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena. Cuyos defectos son de naturaleza insubsanable.»

«Resultando que el Notario D. Francisco Quintana interpuso este recurso solicitando se declare que el documento cuya inscripción ha denegado el Registrador de la Propiedad se halla extendido con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, y al efecto expuso: que tratándose de una sucesión, es aplicable el párrafo 2.º del art. 10 del Código Civil, y la ley nacional a que se refiere es aquí la del marido, porque la mujer sigue su condición, según el precepto del art. 15 del mismo Código: que sólo existe la excepción del párrafo 3.º del citado artículo 10, relativo a los bienes de la tierra llana que están sujetos a la ley de troncalidad; pero tal excepción no puede interesar porque toda la raíz, o sean tierras y heredades, como dice la indicada ley, están adjudicadas al hijo de la causante; que el art. 14 del repetido Código confirma que dicho art. 10 es igualmente aplicable a las per-

sonas, actos y bienes de los españoles en territorios de diferente legislación civil; que se comprueba que la causante perdió su condición de bizkaina al casarse con un castellano, y que no la recuperó, conforme al citado art. 15, por las discusiones que motivó en los Cuerpos Colegisladores la reforma de este artículo, de la que resulta que se procuró establecer la reciprocidad en la condición de las regiones forales respecto a las de derecho común, y que para la vecindad civil no se atendiera a la mera residencia sin manifestación de la voluntad, o transcurso de diez años; que como no habían transcurrido éstos ni don Pedro Sobrado había hecho declaración alguna cuando murió su mujer, que es cuando se determina la sucesión, según el art. 657 del Código Civil, esta es la ley nacional de la causante, por seguir la condición de su marido; que el art. 5.º de dicho Código impide que pueda prevalecer costumbre en contrario; que en cuanto a la comprobación del aserto hecho sobre vecindad extraña, puede objetarse que tal comprobación hace falta respecto a la vecindad ganada en Bizkaya, que la nota del Registrador supone; y a mayor abundamiento, acompañan al escrito de interposición, dos certificaciones de fecha posterior a la nota citada, expresivas de llevar D. Pedro Sobrado menos de diez años de residencia en el Valle y de no constar que haya querido ganar vecindad en el mismo; y que en este caso es de aplicar el art. 1057 del Código Civil, y no el 1049 de la ley de Enjuiciamiento, según la doctrina de las resoluciones de este Centro de 5 de Octubre de 1893, 12 de Noviembre de 1896 y 21 y 22 de Enero de 1898.»

«Resultando que el Registrador de la Propiedad de Valmaseda informó sosteniendo su calificación y negando personalidad al recurrente, por las consideraciones siguientes: que no obstante las faltas de las operaciones particionales, estuvo bien hecha su protocolización, y por tanto, ni dichas faltas afectan al Notario, ni éste tiene personalidad para interponer el recurso, según la doctrina de las Resoluciones de 1.º de Julio de 1872; 20 de Mayo y 6 de Julio de 1879; 14 de Febrero de 1881; 30 de Mayo y 8 de Noviembre de 1882; 1.º de Mayo de 1884;

3 de Mayo y 13 de Junio de 1886; 21 de Enero, 22 y 23 de Marzo y 17 de Diciembre de 1889; 19 de Junio de 1895 y 11 de Septiembre de 1896; que en Bizkaya, cualquiera que sea la regionalidad de un causante, siempre se ha aplicado la comunicación Foral con relación a los bienes inmuebles y según la situación de los mismos; que ese hecho cierto, puesto en relación con el párrafo 2.º del art. 12 del Código Civil, del modo como últimamente quedó redactado, para quitar el desacuerdo con que primitivamente aparecía y ponerlo en armonía con el 5.º de la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, prueba que en este caso procede dicha comunicación foral, puesto que Bizkaya conserva su derecho escrito y consuetudinario con preferencia al Código Civil; que demuestra que la comunicación foral es TERRITORIAL POR ESENCIA un autorizado proyecto de articulado de la Comisión especial de Codificación de Bizkaya y Alaba, que circula por todo el país y que así lo establece: que la opinión contraria del recurrente conduce a la deducción de que por reciprocidad, si se casara una castellana con un bizkaino, quedaría este dueño de la mitad de los bienes dejados por aquélla, y eso jamás se aplicó en Bizkaya; lo que no sirve objetar que las disposiciones del título preliminar del Código Civil, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino, porque según las mismas palabras que emplea, eso es en cuanto a las reglas generales, porque el mismo artículo 12 de dicho Código confirma que subsiste por completo el derecho foral escrito y consuetudinario, y porque, como esas reglas generales, son de aplicación las del título 4.º del libro 1.º, y es indudable que no se han unificado en España los efectos del matrimonio, cuya consideración se confirma con la doctrina declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1898 y resolución de este Centro de 26 de Abril de 1894, y que el art. 1.057 del Código Civil se refiere a la simple facultad de partir, y como en este caso se liquida la sociedad conyugal y se reconocen créditos a favor del viudo y en perjuicio del menor de edad y único heredero, sin que

haya citado a su defensor para la formación del inventario, es claro que no puede aplicarse dicho art. 1.057, según la doctrina de este Centro en resolución de 12 de Noviembre de 1895, que el recurrente cita como de 1896.»

«Resultando que el Juez delegado declaró: 1.º que el Notario don Francisco Quintana tiene personalidad para interponer este recurso; 2.º que la escritura no adolece de la primera de las faltas atribuidas por el Registrador; y 3.º que sólo existe la segunda falta señalada por este funcionario, y no procede hacer en cuanto a ella la declaración que pretende el Notario. Como fundamento de dicha resolución, expuso que es de apreciar la personalidad conforme a las resoluciones de 27 de Abril de 1899, 28 de Septiembre de 1900 y 24 de Mayo, 8 y 15 de Octubre de 1902, porque la nota afecta a la personalidad del otorgante; que los derechos de familia se regulan primordialmente por la ley personal, según sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1900; que la ley del Matrimonio es la del marido; que aún en el supuesto de que D. Pedro Sobrado hubiese ganado naturaleza bizkaina, debe entenderse que las relaciones económicas entre los cónyuges seguían rigiéndose por la ley castellana, pues así lo exige el precepto del artículo 1321 del Código Civil, aplicable por analogía; que la aplicación de las generales del citado Código no debe exceptuarse en este caso, aplicando la comunidad foral respecto a las raíces en la tierra llana de Bizkaya, porque el art. 9.º en relación con el 14, establece que es aplicable el derecho nacional de la familia, sin que pueda aducirse la costumbre por lo declarado en el art. 12; que la única excepción es la relativa a la ley 15, título 20 del Fuero de Bizkaya, que no se ocupa de regular el régimen de los bienes del matrimonio; que debe desecharse la doctrina de que la comunidad de bienes establecida en la ley 1.ª, título 20 del Fuero, pertenece al derecho sucesorio; que la aplicación del Estatuto Real daría lugar a desigualdades, según el punto donde radicaran los bienes de los cónyuges; que conforme la resolución de 12 de Abril de 1895, no es aplicable al artículo 1057 del Código Civil,

ni resulta haberse cumplido notificando el inventario al único heredero en la persona de su defensor y que tiene aplicación el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación *a contrario sensu* del 1060 del Código.»

«Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el auto del Juez fundándose en consideraciones análogas a las de este funcionario:»

«Vista la ley 1.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya:

«Vistos los artículos 9.º, 10, 12, 14, 15, 16, 1060, 1315, 1317, 1392, 1396, 1401, 1417 y 1426 del Código Civil; 1049 de la ley de Enjuiciamiento Civil y 57 del Reglamento general para la ejecución de la ley Hipotecaria:

«Vista la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1900:

«Vistas las Resoluciones de este Centro de 9 de Septiembre y 12 de Noviembre de 1895, 14 de Marzo de 1903 y 26 de Febrero y 25 de Mayo último:

«Considerando que los defectos notados por el Registrador se refieren a la validez de las adjudicaciones y a los requisitos legales que han debido guardarse en las operaciones particionales, cuya protocolización ha autorizado el Notario recurrente, por lo que es notoria la personalidad de éste para interponer el recurso, con sujeción a lo dispuesto en el art. 57 del Reglamento Hipotecario.»

«Considerando por lo que hace al primero de dichos defectos, que la comunicación de bienes establecida por la ley 1.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya, obliga únicamente a los naturales de dicho país y no a los extraños a él, aun cuando se trate de bienes sitos en el mismo; pues aquel derecho, por referirse a la constitución económica de la familia y a la capacidad jurídica de los cónyuges con relación a los bienes aportados al matrimonio, se rige por la ley personal de los mismos, y no por las del país donde radican los bienes, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 9.º, 10 y 14 del Código Civil.»

«Considerando, en este concepto, siendo la condición legal de la

mujer la misma del marido, según lo establecido en el núm. 3.° del art. 15 del propio Código, y constando que él, que lo era de la causante D.ª Josefa Ceberio, ni por naturaleza ni por vecindad estaba sujeto al Fuero de Bizkaya, ha de estimarse que la sociedad constituída por este matrimonio estaba sujeta, a falta de contrato sobre los bienes, al régimen legal de gananciales, conforme a lo determinado en el art. 1315 siendo, por tanto, procedente su liquidación al disolverse por fallecimiento de uno de los cónyuges, como se ha hecho en las operaciones particionales objeto del recurso.»

«Considerando, respecto del segundo extremo de la nota, que según la doctrina consignada por esta Dirección en las citadas resoluciones, cuando las particiones practicadas por Comisario, en uso de la facultad que concede el art. 1057 de dicho Código, no se contraen a la división del haber del testador, sino que se extienden a la liquidación de la sociedad de gananciales, si aquél era casado, debe intervenir también en este caso en las operaciones del cónyuge sobreviviente, y los menores hijos, que no pueden por este motivo ser representados en la partición por el padre o madre respectivos, han de estarlo por el defensor que al efecto ha de nombrárseles, siendo necesario además en dicho caso la aprobación judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil, por resultar así, *a contrario sensu,* de lo prevenido en el 1060 del repetido Código.»

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada y denegar además la declaración que solicita el recurrente, por la falta de intervención del cónyuge viudo en las operaciones particionales origen del recurso.

Una señora vecina de Madrid y propietaria de un caserío sito en tierra llana de Bizkaya, murió bajo testamento en el que nombró heredero a un D. Juan Casuso. Una pariente tronquera de la testadora, que era aforada bizkaina, pidió la declaración de nulidad de la institución de heredero en lo referente a la casería. Sentenciado el pleito en la Audiencia con arreglo a su súplica, el Tribunal Supremo declara en

sentencia de 8 de Junio de 1874 no haber lugar al recurso de casación, estableciendo como doctrina *que no pueden ser transmitidos por testamento los bienes raíces sitos en el infanzonado de Bizkaya a quien no posea la condición de pariente tronquero para el cual deben ser reservados.*

¿En qué términos Municipales rige en Bizkaya el Fuero y en qué términos o lugares el Código Civil? Materia es esta muy compleja por cuanto en algunos términos pertenecientes a villas, la legislación aplicable es el Fuero de Bizkaya, mientras que en otros pertenecientes a Anteiglesias rige el Código Civil, contrariando la regla general, no faltando buen número de poblaciones que se rigen simultáneamente y como legislación principal por ambos derechos, según puede verse en las notables publicaciones que sobre la materia ha dado a luz D. Carlos de la Plaza Salazar.

Rige el Código Civil como única y exclusiva ley en Durango, Ermua, Lanestosa, Lequeitio, Ondárroa, Plencia, Portugalete, Balmaseda y en la Ciudad de Orduña.

Rigen simultáneamente como ley principal las dos legislaciones en la Anteiglesia de Arbácegui y Guerricaiz, en el Concejo de Santurce Antigua, en el valle de Ceberio y en las villas de Bermeo, Bilbao, Elorrio, Guernica y Luno, Larrabezua, Marquina, Miravalles, Ochandiano, Rigoitia y Villaro, y en la hoy titulada villa y Anteiglesia de Munguía, fusión de las dos Munguías de antes.

ARBACEGUI Y GUERRICAIZ

En lo que fué Anteiglesia de Arbácegui rige el Fuero en toda su plenitud en lo civil. Rige la ley del Reino en lo que fué villa de Guerricaiz, excepción hecha de las casas y caserías censuarias enclavadas en su territorio y jurisdicción, en las cuales rige la ley segunda, título 36 del Fuero; única de éste aplicable a dichas casas y caserías, para lo cual, si se moviese pleito sobre ello, los dueños y poseedores deberán acreditar el carácter de censuarias que aquellas tuvieren.

CEBERIO

Rige el Fuero de Vizcaya en la Anteiglesia de Santo Tomás de Olavarrieta, o sea, en la parcialidad o parte infanzona de este valle, pues su parte patrona se rige por la ley general, excepción hecha de las casas y caserías censuarias, en las cuales rige la segunda del título 36 del Fuero, de igual manera que en la Anteiglesia de Arbácegui y Guerricaiz y con la propia condición que en esta.

SANTURCE

Rige el Fuero en toda la jurisdicción civil de este concejo, menos en el barrio de la Chicharra y demás territorio segregado de la villa de Portugalete en virtud de la R. O. de 31 de Mayo de 1866, en el cual rige la ley del Reino.

BERMEO

Rige la ley del Reino en toda su jurisdicción, exceptuándose el territorio que constituyó las Anteiglesias de San Juan de la Peña y San Pelayo de Baquio, Albóniga y Zubiaur, en las cuales rigen, con carácter obligatorio, todas las leyes civiles vigentes del Fuero de Bizkaya.

BILBAO

Rige la ley del Reino:

1.º En todo lo que fué jurisdicción de la villa hasta el 2 de Abril de 1870.

2.º En el territorio de las Anteiglesias de Abando y de Begoña anexionado en dicho día.

Rige el Fuero en el resto de la Anteiglesia de Abando anexionado en 1.º de Julio de 1890.

En los barrios de Artigas y Castrejana rige la ley del Reino, pero si se tratase de casas o caserias censuarias, los dueños y poseedores tendrían derecho a disponer de ellas con arreglo a Fuero por testamento, manda o donación entre sus hijos y herederos, a condición de probar aquel carácter.

ELORRIO

Rige el Fuero en toda su integridad en lo que fué Anteiglesia de San Agustín de Echevarría. En el resto de la villa, o sea en toda la primitiva jurisdicción de Elorrio, rige la ley del Reino en todos los actos y contratos sometidos al derecho civil menos en las sucesiones; en cuya materia, por acuerdo de las Juntas generales de Guernica, rigen las leyes del Fuero con carácter obligatorio y exclusivo, tanto en la sucesión testada como en la intestada, troncalidad de bienes, facultad de disponer entre los hijos por testamento, manda o donación, eligiendo a uno y apartando a los demás; pero no la comunicación foral de bienes en el matrimonio.

GUERNICA Y LUNO

Rige la ley del Reino en todo el territorio que antes de la fusión de estos municipios formaba la villa de Guernica, y el Fuero de Bizkaya en todo el que en igual época constituía la Anteiglesia de Luno. En las casas y caserías censuarias que hubiere en la que fué jurisdicción civil de la villa, se aplicará la ley segunda del título 36 en los términos expresados anteriormente.

LARRABEZUA, MARQUINA, MIRAVALLES, MUNGUÍA (VILLA) Y RIGOITIA

Rige la ley del Reino en todo el territorio que hoy comprende la jurisdicción civil de estas cinco villas, excepción hecha de las casas y caserías censuarias enclavadas en ella, en las cuales, aunque se rigen también por la propia ley, tiene el poseedor la facultad de dejarlas a uno de sus hijos legítimos y herederos apartando a los demás, por testamento, manda o donación, de conformidad con lo determinado por la ley 2.ª título 36 del Fuero de Bizkaya; pero si se moviese pleito será menester probar el carácter y condición de casa, casería o heredad cen-

suaria, sin lo cual no podrá invocarse aquella ley, única del Fuero que les es aplicable.

OCHANDIANO

Rige la ley del reino en toda su jurisdicción menos en las caserías de Gordóvil, Mecoleta y Anteparaluceta y demás extramuros de la villa y sus pertenecidos, cuyos dueños, en virtud de acuerdo de las Juntas generales de Guernica, tienen la facultad de disponer de aquéllas con arreglo a Fuero, por testamento, manda y donación entre hijos y descendientes, eligiendo a uno y apartando a los demás. Ninguna otra ley del Fuero les es aplicable.

VILLARO

Rige la ley del reino en todo su territorio; pero los dueños de las casas del centro de ella y de las caserías de su jurisdicción, en virtud de acuerdos de las Juntas generales de Guernica, tienen la facultad de disponer con arreglo a Fuero de cualesquiera clase de haciendas, raíces y bienes muebles semovientes, créditos y demás tocantes a las herencias, por testamento, manda y donación, entre sus hijos y descendientes, eligiendo a uno y apartando a los demás. Ninguna otra ley de Fuero es aplicable en esta villa.

Este caos legislativo al que trata de poner remedio el llamado proyecto de apéndice, es algo anormal y embarazoso para la vida jurídica, siendo debido a circunstancias históricas, a razones topográficas y a otras causas menos razonables todavía que por carecer de base científica y seria, debe hacerse desaparecer muy pronto. ¿Qué circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para hacer de aplicación en un territorio el derecho Civil común o la legislación foral? D. Gregorio de Balparda en su notable trabajo *El Fuero y el caserío* (Bilbao 1913. Imprenta de la Casa de Misericordia) sostiene con grandísima brillantez que no debe tenerse en cuenta si el territorio a que deba aplicarse es Anteiglesia o

es villa, sino a si se trata de caseríos, o a otra clase de bienes que no lo sean. El Fuero de Bizkaya se concedió a no dudarlo para proteger el caserío, y allí donde la vida del caserío subsista debe aplicarse el Fuero que responde a un estudio admirable y acertadísimo de las necesidades del régimen agrícola de los antiguos caseríos, y de sus moradores. Aplicar por lo tanto el Fuero a la vida de las poblaciones es tratar de vestir con trajes hechos de un bazar a personas para las cuales no se han hecho aquéllos, y cuyas medidas estarán grandes o chicas, pero desde luego mal. Y aplicar el Código Civil a la vida de los caseríos resulta no sólo un atentado al derecho histórico y aún al vigente, sino una labor antisocial que asesinaría la prosperidad y la vida de las poblaciones rurales, pues en materia sucesoria, o desharía el caserío al dividir entre los coherederos las tierras que forman verdadera granja o explotación agrícola juntamente con sus aperos y ganados, o sería causa de que por evitar esa subdivisión se sacara el caserío a la venta y le comprara persona que no había de explotarle por sí, sino comenzarían tal vez por arrendarle, favoreciendo un absenteismo, verdadera plaga social de los tiempos modernos que por fortuna apenas es conocido en Bizkaya.

Buena prueba de la sabiduría del Fuero y de lo bien que a la vida de la aldea conviene es lo que sucede en los términos rurales de Guipúzcoa, región en donde es sabido no rige el Código de Bizkaya. Sin embargo de ello, los caseríos de Guipúzcoa se rigen por un derecho consuetudinario que no es otro que el fuero que estamos comentando, y siguiendo sus disposiciones que allí son letra muerta, el padre dona el caserío a un solo hijo para que aquella propiedad ancestral, verdadero santuario donde muchas generaciones han rendido culto al trabajo, no desaparezca. Y los hijos que no quieren saber más leyes que la voluntad de sus padres, consienten gustosos en desterrarse del risueño lugar de su nacimiento y o acuden a las villas a fundar pequeños comercios que con su ahorro y perseverancia en el trabajo verán muy pronto ensancharse, o acuden a formar nuevos caseríos en las fragosidades de la

sierra en donde implantarán las virtudes de sus ancestres, y el derecho consuetudinario a cuya sombra se han hecho hombres. (1)

No faltan personas que pretenden llevar el principio de troncalidad más allá de los bienes rurales: a la pequeña industria. La pequeña industria—dicen—creada por un antepasado laborioso debe troncalizarse y quedar en la familia cuyas sucesivas generaciones irán poco a poco aumentándola, seguras de que sus desvelos y sacrificios pararán bien a las personas queridas, generoso estímulo que redundará igualmente en pro del engrandecimiento del país. Y como argumentos alegan, la mayor conveniencia por regla general, de que esas pequeñas industrias o comercios permanezcan en el mismo lugar y no tengan que ser trasladados a sitios distintos por pluraridad de herederos o ventas caprichosas. Los que de este modo discurren encuentran desacertada la teoría que acabamos de exponer, opinan que la troncalidad no puede concretarse en el país vasco al caserío, sino también a la pequeña industria, al pequeño comercio. Muy respetable nos parece esta teoría, pero apesar de su aparente brillantez, no podemos compartirla.

La propiedad industrial, la propiedad mercantil se diferencian radical y esencialmente de la propiedad rústica. Mientras ésta permanece secularmente en el mismo estado, gobernada por idéntico régimen y presidida por las mismas costumbres, aquellas otras propiedades son completamente inestables y sujetas a la mudabilidad continua de los adelantos tecnológicos y hasta a las veleidades de la moda. ¿Valdría la maquinaria de un taller de hace cincuenta años o de aún menos tiempo para las confecciones de hoy? Nadie creo que se atrevería a contestar de un modo afirmativo. Por lo tanto la explotación habría que crearla

(1) En Galicia para conservar los caserios es frecuente que los coherederos funden la que se ha dado en llamar sociedad familiar, es decir, se asocian la viuda, los hermanos y aún los sobrinos para seguir la explotación, cuyos rendimientos aumentan al aumentar los brazos. En Asturias es frecuente también dejar el caserio a un solo hijo, embarcando para América a los demás. En Santander, donde puede decirse que las aldeas no son más que praderas dedicadas a la ganaderia en pequeño, no tiene importancia el problema de la indivisibilidad del caserio.

de nuevo de seguir funcionando, relegando al olvido la propiedad ancestral, y o se vería necesitado el tronquero poseedor a buscar dinero que acaso le sería dificilísimo de encontrar para crear nuevos bienes troncales que habrían de durar también poco sí habían de seguir el recurso renovador y progresivo de la vida moderna, o se encontraría con una maquinaría inservible, o por lo menos, de una utilidad muy reducida y sin medios de resistir a una competencia que con los nuevos procedimientos le habrían de hacer otras industrias similares.

Y lo que decimos de la pequeña industria podemos decir del pequeño comercio. En el pequeño comercio rural estan comunmente asociados muchos factores que contribuyen a que el negocio sea bueno o sea malo. El que funda en una aldea un comercio de comestibles o de quincalla o de bebidas o de cualquier otra índole, sabe por lo común que la existencia de la propiedad no ha de pasar, aun calculando muy de largo, de dos o tres generaciones. Los caprichos tornadizos del público y las veleidades de la moda, las diversas aptitudes de los hijos de la familia, el trazado de un tranvía o de un ferrocarril, la creación de un mercado en una aldea próxima, la competencia siempre en aumento de los comisionistas o viajantes de comercio, son peligros tan formidables y tan posibles de presentarse, que el pequeño comercio de hoy no puede troncalizarse. Su existencia es tan insegura y fugaz como toda la vida moderna. ¡Qué diferencia de la propiedad inmueble! Ni las modas, ni las calamidades públicas, ni los trastornos políticos o sociales, ni la creación de nada nuevo, pueden modificar los componentes químicos de esta, ni su posibilidad productiva, ni su esencia siempre inmutable y siempre nueva. La propiedad inmueble es lo único que puede *familiarizarse*. El comercio, la industria tienen que ser individuales, porque con el individuo que lo posee varían.

Y al hablar de la propiedad inmueble nos referimos a otras cosas que el mismo Código Civil (artículo 334) incluye entre los bienes inmuebles a las concesiones administrativas, por ejemplo: ¿Por qué no han de extenderse las disposiciones familiares del fuero a estas concesiones

administrativas? A un salto de agua *verbi gracia*. La familia que posee un salto de agua, sabe que tiene una propiedad casi eterna. Nadie puede variar el curso de las aguas, y si el objeto a que el *salto* se dedica hoy, desaparece mañana, a otro nuevo es susceptible de aplicarse. Con los saltos de agua se crea luz, se hace pan, se mueven trenes y tranvías y se hace palpitar el corazón de ese gigante de hierro que llamamos *fábrica*. Puede objetarse, sin embargo, que familiarizar los saltos de agua es poner trabas a la creación de nuevas industrias que requieren todo género de facilidades para su génesis y desarrollo, pero si así se objeta, contestaremos que el fuero no prohibe las ventas a extraños, y si el tronquero de la concesión de un aprovechamiento se negara a enajenar su concesión para formar una gran fábrica de conocida importancia, podría por utilidad pública obligársele a venderle, como se obliga a vender a un tronquero la propiedad familiar, caso de que tenga que cruzar por ella un ferrocarril, una carretera u otra cosa de carácter análogo. No todo sin embargo de lo que tiene la naturaleza de bienes inmuebles debe familiarizarse. Hay algunas cosas (v. gr. las minas) que no son susceptibles de ello. Las minas tienen señalados sus límites de existencia por la naturaleza misma. Antes o después se agotan, y por tratarse del subsuelo tienen naturaleza muy distinta. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Marzo de 1877, 23 de Febrero de 1882, 23 de Diciembre de 1885, 14 de Abril de 1886 y otras dictadas con posterioridad que confirman lo ya establecido.

Y concluyamos el estudio de las cosas sometidas al Fuero de Bizkaya transcribiendo el siguiente cuadro, del erudito escritor D. Carlos de la Plaza, sobre los lugares en que rige el Fuero o el Código.

Número de orden	Términos municipales	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen	Legislación aplicable
		A	
1	Abadiano.	La anteiglesia de Abadiano . . .	La foral.
2	Abanto y Ciérvana.	El concejo de San Pedro de Abanto, el concejo de Santa Juliana de Abanto y el concejo de San Román de Ciérvana.	Idem.
3	Ajánguiz . . .	El concejo de Ajánguiz	Idem.
4	Amorebieta . . .	La anteiglesia de Amorebieta y la de Bernagoitia	Idem.
5	Amoroto	La anteiglesia de Amoroto . . .	Idem.
6	Apatamonasterio . .	La íd. de Apatamonasterio . . .	Idem.
7	Aracaldo	La íd. de Aracaldo	Idem.
8	Aránzazu.	La íd. de Aránzazu	Idem.
9	Arbácegui y Guerricáiz.	La íd. de Arbácegui y la villa de Guerricáiz	Las dos.
10	Arcentales	El valle de Arcentales	La foral.
11	Arteaga	La anteiglesia de Arteaga. . . .	Idem.
12	Arrancudiaga . .	La íd. de Arrancudiaga	Idem.
13	Arrázola	La íd. de Arrázola	Idem.
14	Arrazua	La íd. de Arrazua	Idem.
15	Arrieta	La íd. de Arrieta	Idem.
16	Arrigorriaga. . . .	La íd. de Arrigorriaga	Idem.
17	Axpe	La íd. de Axpe	Idem.
		B	
18	Baquio	La anteiglesia de Baquio	La foral.
19	Baracaldo	La íd. de Baracaldo y la íd. de Alonsótegui.	Idem.
20	Barrica	La íd. de Barrica	Idem.
21	Basauri	La íd. de Basauri	Idem.
22	Begoña	La íd. de Begoña, en parte . . .	Idem.
23	Bedia.	La íd. de Bedia.	Idem.
24	Berango	La íd. de Berango	Idem.

Número de orden	Términos municipales	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen	Legislación aplicable
25	Bermeo . . .	La villa de Bermeo, las anteiglesias unidas de San Juan de la Peña y San Pelayo de Baquio, la anteiglesia de Albóniga y la anteiglesia de Zubiaur	Las dos.
26	Berriatúa.	La anteiglesia de Berriatúa . . .	La foral.
27	Bérriz.	La íd. de Bérriz	Idem.
28	Bilbao	La villa de Bilbao, la anteiglesia de Abando y la anteiglesia de Begoña, en parte	Las dos.
29	Busturia	La anteiglesia de Axpe de Busturia	La foral.
		C	
30	Carranza.	El valle de Carranza	La foral.
31	Castillo y Elejabeitia .	Las anteiglesias unidas de Castillo y Elejabeitia	Idem.
32	Ceánuri	La anteiglesia de Ceánuri y la de Ipiña	Idem.
33	Ceberio	El valle de Ceberio, o sea las parcialidades Patrona é Infanzona del mismo, de las cuales ésta constituyó la anteiglesia de Santo Tomás de Olavarrieta, y aquélla formó parte de la villa de Miravalles . .	Las dos.
34	Cenarruza . . .	La anteiglesia de Cenarruza . . .	La foral.
35	Cortézubi.	La íd. de Cortézubi.	Idem.
		D	
36	Derio.	La anteiglesia de Derio	La foral.
37	Deusto	La íd. de Deusto	Idem.
38	Dima	La íd. de Dima y la de Lamíndano .	Idem.
39	Durango	La villa de Durango	La general del reino.
		E	
40	Ea.	La anteiglesia de Nachitua, la anteiglesia de Bedarona y la de Ea. .	La foral.

Número de orden	Términos municipales	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen	Legislación aplicable
41	Echano	La anteiglesia de Echano. . .	La foral.
42	Echévarri . . .	La íd. de Echévarri.	Idem.
43	Echevarría	La íd. de Echevarría de Marquina	Idem.
44	Elanchove	El puerto de Elanchove, barrio que fué de la anteiglesia de Ibarranguelua.	Idem.
45	Elorrio	La villa de Elorrio y la anteiglesia de San Agustín de Echevarría. .	Las dos.
46	Erandio	La anteiglesia de Erandio. . .	La foral.
47	Ereño.	La íd. de Ereño y la de Gabica . .	Idem.
48	Ermua	La villa de Ermua	La general del reino.
		F	
49	Fica	La anteiglesia de Fica	La foral.
50	Forua.	La íd. de Forua.	Idem.
51	Früniz	La íd. de Früniz	Idem.
		G	
52	Galdácano	La anteiglesia de Galdácano . . .	La foral.
53	Galdames	El concejo de Galdames . . .	Idem.
54	Gámiz	La anteiglesia de Gámiz	Idem.
55	Garay.	La íd. de Garay.	Idem.
56	Gatica	La íd. de Gatica.	Idem.
57	Gordejuela	El valle de Gordejuela. . . .	Idem.
58	Górliz.	La anteiglesia de Górliz . . .	Idem.
59	Gorocica.	La íd. de Gorocica	Idem.
60	Guecho	La íd. de Guecho	Idem.
61	Güeñes	El concejo de Güeñes	Idem.
62	Guernica y Luno .	La villa de Guernica y la anteiglesia Luno	Las dos.
63	Guizaburuaga . . .	La anteiglesia de Guizaburuaga. .	La foral.
		I	
64	Ibarranguelua . . .	La anteiglesia de Ibarranguelua y la de Acorda	La foral.
65	Ibárruri	La anteiglesia de Ibárruri. . . .	Idem.

Número de orden	Términos municipales	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen	Legislación aplicable
66	Ispáster	La anteiglesia de Ispáster . . .	La foral.
67	Izurza	La íd. de Izurza	Idem.
		J	
68	Jemein	La anteiglesia de Jemein	La foral.
		L	
69	Lanestosa	La villa de Lanestosa	La general del reino.
70	Larrabezúa	La íd. de Larrabezúa	Las dos.
71	Lauquíniz	La anteiglesia de Lauquíniz . . .	La foral.
72	Lejona	La íd. de Lejona	Idem.
73	Lemona	La íd. de Lemona	Idem.
74	Lemóniz	La íd. de Lemóniz	Idem.
75	Lequeitio.	La villa de Lequeitio	La general del reino.
76	Lezama	La anteiglesia de Lezama . . .	La foral.
77	Lujua.	La íd. de Lujua	Idem.
		M	
78	Mallavia . . .	La anteiglesia de Mallavia . . .	La foral.
79	Mañaria	La íd. de Mañaria	Idem.
80	Marquina	La villa de Marquina y la anteiglesia de Barinaga	Las dos.
81	Maruri	La anteiglesia de Maruri	La foral.
82	Mendata	La íd. de Mendata y la de Albiz .	Idem.
83	Mendeja	La íd. de Mendeja	Idem.
84	Meñaca	La íd de Meñaca	Idem.
85	Miravalles . .	La villa de Miravalles	Las dos.
86	Morga	La anteiglesia de Morga . . .	La foral.
87	Múgica	La íd. de Ugarte de Múgica . . .	Idem.
88	Mundaca.	La íd. de Mundaca	Idem.
89	Munguía (anteiglesia).	La íd. de Munguía y la de Larrauri.	Idem.
90	Munguía (villa) . .	La villa de Munguia y la anteiglesia de Laucáriz	Las dos.
91	Murélaga	La anteiglesia de Murélaga . . .	La foral.
92	Murueta	La íd. de Murueta	Idem.
93	Musques	El concejo de San Julián de Musques	Idem.

Número de orden	Términos municipales	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen	Legislación aplicable
		N	
94	Navárniz . . .	La anteiglesia de Navárniz . . .	La foral.
		O	
95	Ochandiano . .	La villa de Ochandiano	Las dos.
96	Ondárroa.	La íd. de Ondárroa	La general del reino.
97	Orduña	La ciudad de Orduña	La general del reino.
98	Orozco	El valle y merindad de Orozco . .	La foral.
		P	
99	Pedernales	La anteiglesia de Pedernales y la de Canala	La foral.
100	Plencia	La villa de Plencia	La general del reino.
101	Portugalete	La íd. de Portugalete	Idem.
		R	
102	Rigoitia	La villa de Rigoitia.	Las dos.
		S	
103	San Salvador del Valle.	El concejo de San Salvador del Valle.	La foral.
104	Santurce	El concejo de San Jorge de Santurce y los barrios de la Chicharra y Peñota, que pertenecieron a la villa de Portugalete	Las dos.
105	Sestao	El concejo de Santa María de Sestao.	La foral.
106	Sondica	La anteiglesia de Sondica. . . .	Idem.
107	Sopelana.	La íd. de Sopelana	Idem.
108	Sopuerta.	El concejo de Sopuerta	Idem.
		T	
109	Trucíos	El valle de Trucíos.	La foral.
		U	
110	Ubidea	La anteiglesia de Ubidea . . .	La foral.
111	Urdúliz	La íd. de Urdúliz	Idem.

Número de orden	Términos municipales	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen	Legislación aplicable
		V	
112	Valmaseda	La villa de su nombre.	La general del reino.
113	Villaro	La villa de Villaro	La foral.
		Y	
114	Yurre.	La anteiglesia de Yurre	Las dos.
115	Yurreta	La íd. de Yurreta	La foral.
		Z	
116	Zaldua	La anteiglesia de Zaldua	Idem.
117	Zalla	El concejo de Zalla.	La foral.
118	Zamudio.	La anteiglesia de Zamudio . . .	Idem.
119	Zarátamo.	La íd. de Zarátamo.	Idem.
120	Zollo	La íd. de Zollo	Idem.

II

LA TRONCALIDAD BIZKAINA —¿SON TRONCALES TODOS LOS RAICES DEL INFANZONADO?

HABLAR de la troncalidad de Bizkaya, es hablar de todo el Derecho Foral Bizkaino, 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 Fuero.

¿Qué es troncalidad? ¿Qué es derecho de troncalidad? Un eminente publicista, el Sr. Chalbaud (1) define ambas cosas de este modo: «troncalidad es la relación estable de una raíz con una familia para el asiento y conservación de ésta». Y «derecho de troncalidad» es el derecho de una familia poseedora de una raíz, ejercitable para cada uno de sus miembros según el grado de proximidad consanguínea con el poseedor actual de la raíz para que esta no salga de la familia en cuya potestad ha estado, sin el beneplácito de los individuos que la componen.

El Sr. Gutiérrez, por su parte, se expresa de este modo: La troncalidad es una ligadura que se establece, entre la propiedad raíz y la familia que la posee para que nunca salga de ella, 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 manos de personas pertenecientes a familia distinta de la anterior propietaria. Este principio troncal es el que dá forma a esta propiedad en cierto

(1) Tésis del Doctorado «La Troncalidad en el Fuero de Bizkaya». Bilbao. 1898.

modo familiar; aquí se establece el asiento de la familia en la casería; este es el lazo estable y permanente de la casa, es en el orden de la propiedad lo que el apellido en la distinción social. La troncalidad vincula los bienes en la familia estableciendo un interés solidario, creando una especie de comunidad. (1)

Es la troncalidad institución tan antigua que la vemos ya establecida en la legislación hebráica, de la cual la han tomado casi todas las legislaciones. La legislación romana la acogió en su seno reglamentándola cuidadosamente, estableciendo aspectos nuevos de ella y pudiéndose decir con razón que más que adoptarla fué engendrarla de nuevo lo que hizo. En Castilla las leyes de Toro fueron las que la implantaron, pero la troncalidad en todas esas legislaciones supone más bien que una necesidad una conveniencia. En Bizkaya por el contrario más bien que una conveniencia es una necesidad.

Por la troncalidad en Bizkaya los bienes no pueden ser enajenados sin anunciar públicamente la venta (ley 1.ª, título 17) en presencia de escribano al tiempo de la Misa mayor, a la hora de la procesión u ofrenda. Los bienes comprados o mejorados durante un matrimonio disuelto sin hijos son para los profincos de la mujer o del marido, según que dichos bienes vengan de un tronco o de otro (ley 8.ª, título 20). Las personas que carezcan de hijos o ascendientes pueden disponer libremente de todos sus bienes, a excepción de los raíces que se reservaran para los profincos tronqueros, y si tuviese deudas las pagará de sus bienes muebles pero no de los inmuebles (ley 14 del mismo título). Por el alma no pueden dejarse bienes raíces aunque hayan sido comprados o adquiridos por el testador si hay herederos profincos o tronqueros que, conforme al Fuero, deben heredar, (ley 10, título 21). Por causa de delito los bienes raíces sitos en el infanzonado o Juzgado no pueden ser confiscados, ni aplicados, ni adjudicados en poco ni en mucho para la Cámara y Fisco de Su Alteza; antes bien, sucederán los

(1) D. Benito Gutiérrez, Derecho Civil español, tomo 7.º

hijos, ascendientes y profincos de la línea de donde los bienes procedan teniendo, según el Fuero, derecho de suceder, (ley 25, título 11). Si alguno muere sin hacer testamento y no dejara hijos le heredarán los ascendientes en los bienes raíces de la línea de donde estos procedan, y si tampoco tuviera ascendientes le heredarán los parientes más profincos o cercanos de donde los tales bienes raíces provengan (ley 8.ª título 21).

Las principales cuestiones que se plantean en esta importantísima materia son dos: 1.º ¿Qué son bienes troncales? Lo son todos los bienes raíces? y 2.º Qué son parientes tronqueros? Dos doctrinas substancialmente opuestas tratan de resolver la primera cuestión. Según una todos los bienes raíces en Bizkaya son bienes troncales. Según la otra sólo son bienes troncales aquellos que vienen de abolengo, los que han sido poseídos por algún ascendiente, y de esta sola circunstancia, de haber sido poseídos por un ascendiente, nace el título por el cual se poseen. Por lo tanto no todos los bienes en Bizkaya son troncales aunque sean raíces (según los sostenedores de esta doctrina) sino aquéllos que han sido poseídos por algún ascendiente.

Para sentar la teoría a nuestro juicio más verdadera, es necesario examinar la ley 16, título 20 del Fuero y relacionarla con otras leyes del mismo cuerpo legal.

Dice la ley 16 del título 20 de un modo textual: «Que la raíz comprada sea de la misma condición que la heredada. Otrosí dixeron: Que habían por fuero y establecían por Ley que toda raíz que home o muger compraren o hayan comprado en su vida, que la tal no sea habida ni contada por mueble para lo enagenar ni disponer a voluntad, antes sea habido y contado por raíz como si lo hubiese habido de patrimonio y abolengo. Y no pueda ser dado ni mandado a extraño salvo al heredero o profinco que de derecho conforme a este Fuero lo debe heredar según que los otros bienes raíces que hobiere».

Por lo tanto, si hay heredero profinco que deba heredar la raíz, no puede ser mandada a extraño la raíz comprada a extraño, pero si ese heredero o profinco no existe, esa raíz comprada a extraño puede ser

mandada a extraño. Los términos del problema son claros; examinado el final de esta ley, se reduce a saber quién es el heredero o profinco que con arreglo al Fuero debe heredar, y sabiendo esto se resuelve el problema. Busquemos, pues, las disposiciones del Fuero referentes al heredero o profinco que deben heredar.

En caso de sucesión intestada heredan los hijos al testador (ley 8.ª título 21). Habiendo hijos no puede disponer un testador sino de la quinta parte de sus bienes (ley 14 del título 20). Luego los hijos son siempre parientes profincos, y por lo tanto la raíz comprada a extraño por una persona que tenga hijos se convierte en raíz troncal y no puede ser mandada a persona extraña. Veamos a ver si sucede lo propio con los ascendientes.

A falta de hijos heredarán al difunto los ascendientes en los bienes, pero no todos los ascendientes, sino los ascendientes DE AQUELLA LÍNEA DE DONDE DEPENDE LA RAÍZ O TRONCO (Ley 8.ª título 21). Y añade más la ley: QUE SI EL TAL DIFUNTO DEJARE BIENES RAÍCES QUE HAYA HEREDADO O ADQUIRIDO DE PARTE DEL PADRE HEREDAN LOS PARIENTES DE AQUELLA LÍNEA POR SU ORDEN Y GRADO AUNQUE VIVA LA MADRE. Por lo tanto los ascendientes ni aún los padres no son profincos tronqueros por que no han poseído la raíz. Luego si los padres o ascendientes no son parientes profincos que de derecho con arreglo al Fuero deban heredar la raíz (requisito exigido por la tan traída ley 16 del título 20) es evidente que la raíz comprada a extraño puede ser mandada y vendida a extraño aunque existan padres y ascendientes, con sujeción, claro está, a la legítima que establece el Fuero.

Veamos ahora si puede hacerse esto mismo en caso de haber parientes colaterales. La ley 8.ª del título 21 dispone que a falta de ascendientes y descendientes heredan al difunto los parientes más cercanos o profincos, pero todos los parientes. La ley tiene buen cuidado de añadir que «heredaran los bienes raíces los parientes DE LA LINEA DE DONDE LOS BIENES PROCEDAN». En cambio en los bienes muebles del difunto le suceden todos los parientes del padre y de la madre según su orden

o grado, procedan de ellos los bienes o no procedan. Luego no son todos los parientes colaterales parientes profincos tronqueros respecto a los bienes inmuebles, y no siéndolo hay que concluir lo mismo que con lo relativo a los ascendientes, es decir, que si los parientes colaterales no son parientes profincos tronqueros sino respecto a los bienes DE LA LINEA DE DONDE PROCEDEN cae por su base la doctrina que asegura que todos los bienes raíces en Bizkaya son troncales y que no pueden ser mandados a extraños ni aún los bienes de extraños adquiridos, pues la ley 16, únicamente prohibe que sean vendidos a extraños los tales bienes cuando existen parientes profincos QUE DEBAN HEREDAR CON ARREGLO AL FUERO.

Podrá objetarse. Si esa persona que no tiene hijos y que ha adquirido raíces de un extraño, muere intestado, le suceden los ascendientes y a falta de éstos los colaterales, luego la raíz que compró a extraño no puede venderla ni desprenderse de ella en vida por que los tales ascendientes o colaterales son los que CON ARREGLO AL FUERO LE DEBEN HEREDAR. Nótese sin embargo una cosa que echa abajo tal argumentación, y es que esas personas heredarán en tal caso de sucesión intestada como simples parientes, pero no como parientes profincos y tronqueros (ya hemos demostrado que no son profincos tronqueros) y por ello los bienes inmuebles son tenidos en la sucesión esa, como bienes muebles, aplicándose las disposiciones generales dictadas para éstos y entrando los parientes todos a disfrutarlos según su orden o grado al tenor del Fuero.

La doctrina que hemos sentado, la vemos confirmada en todas las disposiciones del Código Foral, que hablan siempre de «traviesa de tronco» del «tronco de donde dependen los bienes» indicando sin cesar que para que la troncalidad se dé, es preciso la doble genealogía de la persona y de la cosa, y si menciona los parientes al hablar de los bienes raíces como en la ley 8.ª del título 20 dice «que no pueden hacerse donaciones y mandas o disposiciones a extraño habiendo descendientes, ascendientes (por ser herederos forzosos) o parientes profincos DE

TRAVIESA DEL TRONCO», y si se ocupa de la legítima de los parientes tronqueros y prohibe que habiendo éstos pueda dejarse todos los bienes inmuebles a falta de descendientes y ascendientes a un sólo tronquero sin apartar a los otros con poco o mucho, llama a esos parientes tronqueros PROFINCOS DE TRAVIESA, denominación harto importante que confirma lo que venimos diciendo. Y lo mismo hacen las leyes 8.ª título 21 y la 25 título 11 que al conceder el derecho a los parientes añaden «los profincos DE LA LINEA DE DONDE LOS BIENES PROCEDEN».

Las leyes 2.ª y 3.ª del título 17 confirman también la doctrina expuesta. Dice la ley 2.ª de dicho título, «que si a los llamamientos hechos en casos de venta concurren muchos profincos y entre ellos unos más profincos que otros y todos en igual grado aunque en diversa línea, unos de parte de padre y otros de parte de la madre, siendo los tales bienes del tronco y de la línea del padre, se prefieran los profincos de aquella línea cada uno en su orden y grado, es a saber el más cercano y profinco se prefiera a los que son en grado más remoto aunque los de la línea de la madre sean más cercanos en deudo y en sangre... y si acaeciese que DICHOS BIENES NO SE DICEN TRONCALES SALVO QUE ALGUNO LOS COMPRÓ, O MARIDO O MUJER LOS COMPRARON A EXTRAÑOS, EN TAL CASO LOS DE CADA LINEA LOS HAYAN A MEDIAS. PERO SI NO LOS COMPRARON DE EXTRAÑOS SINO QUE DEPENDÍAN O VENÍAN DEL TRONCO O LINEA DEL MARIDO O DE LA MUJER QUE EN TAL CASO LOS PROFINCOS DE AQUELLA LINEA DE DONDE LOS HUBIEREN COMPRADO CONCURREN O SE PREFIERAN A LOS DE LA OTRA LINEA POR SU ORDEN Y GRADO».

La ley 3.ª de dicho título 17 tiene una importancia tan decisiva que resuelve de por sí la cuestión pues dice textualmente: «LOS PARIENTES DE LA LINEA DE NO DEPENDEN LA HEREDAD SEAN HABIDOS POR EXTRAÑOS EN CUANTO A LA TRONCALIDAD». ¿Puede darse mayor claridad en el Fuero?

Y realmente que así sea es lo lógico y lo natural y hasta lo único ajustado al significado gramatical de las palabras. ¿Qué es tronco?

Tronco según el Diccionario es «el tallo fuerte y macizo de un árbol del cual procede el resto de él». Las ramas troncales por consiguiente solo serán aquellas que salen o parten de ese mismo tronco mediata o inmediatamente. Las ramas de otro árbol no serán ramas troncales del primero, sino sólo de aquél del que proceden. Apliquemos pues esto a las sucesiones. Si tronco es el tallo fuerte o macizo del árbol del cual procede el resto de él, en una sucesión, TRONCO será la persona de la cual proceden otras varias. TRONCO será un ascendiente común del cual han ido naciendo otros descendientes. Y como sólo son ramas troncales las que proceden del tronco, sólo serán parientes troncales o tronqueros los que del tronco han nacido. Por lo tanto; de los bienes que mi abuelo ha adquirido de un extraño serán parientes troncales o tronqueros los que desciendan de mi abuelo, es decir, mi padre, mis tios, mis hermanos y yo en unión de todos nuestros descendientes. Los hermanos de mi abuelo y los hijos de ellos serán parientes nuestros pero no serán parientes PROFINCOS TRONQUEROS, por que no son descendientes del fundador de la raíz, ni tienen con ésta el menor parentesco ni la menor ligadura.

Y realmente este es el espíritu del Fuero, lo que el Fuero se propone con la creación de la troncalidad. ¿Para qué ha establecido el Fuero la troncalidad? ¿Qué fin se propone con la prohibición relativa de enajenar libremente bienes inmuebles? ¿Pone trabas a la enajenación por el solo gusto de ponerlas?

A nuestro juicio el Fuero de Bizkaya tiene un marcado espíritu anti-individualista. Es pura y simplemente FAMILIAR. No mira nunca el Fuero al interés individual de los bascos como personas, sino únicamente al mayor provecho de la familia, nervio y alma de la sociedad euskalduna. Por ello si el jefe familiar adquiere una propiedad, no la adquiere para él. La adquiere para sus hijos y descendientes los cuales al recibir la vida de su progenitor, reciben juntamente con el derecho a mantener esa vida que no han pedido, el nombre de la propiedad, la denominación del caserío y el dominio de éste el que ha de ser el con-

tinuador. Y véase cómo los apellidos de la familia baska no suelen ser ordinariamente patronímicos sino toponímicos. Nombres de caseríos, de ferrerías, de propiedades. Echevarría (el de la casa nueva). Goicolea (el de la herrería de arriba). Mendizábal (el del monte ancho). Solaun (el de la heredad pequeña). El Fuero quería que la heredad, la ferrería, el caserío, no salieran de la familia que los creaba, quería que los bienes sirvieran para la subsistencia de los descendientes del fundador, de cuyo poder no habían de salir, sino perpetuarse, como se perpetuaba el nombre de la propiedad en el apellido. ¿No es, pues, desnaturalizar el Fuero el pretender que se apropie de una raíz como tronquero persona que no procede del tronco, que no desciende del creador de los bienes? ¿Por qué no he de poder disponer yo de la raíz que compró mi abuelo sino tengo hijos ni padres, ni tíos, que descienden de mi abuelo para los cuales tan sólo adquirió mi abuelo la raíz? ¿Por qué ha de pretender un hermano de mi abuelo o los descendientes de ese hermano que yo no venda la raíz? ¿Qué razón de conveniencia material o moral lo aconseja?

Por otra parte ¿en qué consiste la troncalidad? ¿No consiste la troncalidad según el Fuero mismo (véase la ley 25 del título 11) en que «el tronco vuelva al tronco y la raíz a la raíz?» Si el tronco (inmueble) ha de volver al tronco (familia) es preciso primero que haya tronco inmueble o en verdadera expresión jurídica bien troncal que quiere decir «bien que procede del tronco».

Examinada la doctrina que es a nuestro juicio única verdadera en materia troncal, veamos los argumentos en contrario que la oponen aquellos que no la comparten.

Se funda: 1.º en el texto de la ley. La ley—dice—es terminante. Ordena de un modo categórico «que toda raiz que home o muger compraren o hayan comprado en su vida, que lo tal no sea habido ni contado por mueble para lo enagenar ni disponer a voluntad; antes sea habido y contado por raiz como si lo hobiese habido de patrimonio o abolengo.»

Este argumento se deshace él solo, con la simple lectura del resto de la ley que termina diciendo que «no puede ser mandado a extraño SALVO AL HEREDERO Y PROFINCO QUE DE DERECHO CONFORME A ESTE FUERO LO DEBE HEREDAR, SEGÚN QUE LOS OTROS BIENES RAICES QUE HOBIERE». Luego si no existe heredero profinco que con arreglo al Fuero deba heredar, la raiz esta puede ser mandada a extraño. Ya creemos haber demostrado quiénes son los parientes profincos.

2.° Se fundan también en la ley 10.ª, título 21 que dice: «De lo que se puede mandar por el ánima. Otrosí dixeron: Que habian de fuero y establecian por ley que hombre ni muger que no haya herederos descendientes ni ascendientes no pueda dar ni mandar por su alma más de la quinta parte de los bienes raices; y aun este quinto no habiendo bienes muebles: ca si hubiere mueble que montare la quinta parte de la raiz, no pueda dar, ni mandar en vida ni en muerte de los bienes raices, aunque sean comprados, o de cualquier otra manera adquiridos por el testador, salvo a sus herederos profincos y tronqueros que conforme a este fuero deban heredar y que el testador eligiere y quisiere nombrar, que sucedan en ellos, aunque sean en grado más remoto que otro, u otros profincos tronqueros más cercanos, aunque sean comprados o adquiridos en vida, apartando a los otros parientes profincos con algo de raiz, poco o mucho; y que de lo mueble pueda hacer lo que quisiere».

El fuero—añaden—no permite siquiera que por el alma se vendan ni se disponga de los bienes raíces. Solamente permite, caso de que no existan muebles, disponer de la quinta parte de los bienes raíces. Se ve, pues—concluyen—el deseo del Fuero de prohibir la enajenación de los bienes raíces, su deseo de vincular todos los bienes inmuebles.

A esta argumentación podemos contestar: 1.° Que la prohibición de dejar por el alma los bienes raíces solo existe para cuando haya parientes profincos y tronqueros. Bien claro lo dice la ley «SALVO A SUS HEREDEROS PROFINCOS Y TRONQUEROS». Luego si no existen parientes profincos y tronqueros, no subsiste la prohibición de la ley. 2.° El

alcance de la ley transcrita no es otro que el de evitar que se aglomeren en las llamadas manos muertas, los bienes inmuebles en mengua del interes común, como sucedió a la imprevisora Castilla que se vió privada de inmensos inmuebles de su territorio, por imprudentes mandas piadosas creadas en los terrores de la muerte, viéndose los habitantes de los pueblos castellanos en necesidad de emigrar por carecer de propiedades en que trabajar. Nótese, dicho sea de paso, la sabiduría de los legisladores baskos, que supieron adelantarse al atraso de la época, no cegándose al dictar el Fuero por su acrisolada piedad, pues cumplieron la máxima de Cristo de dar a Dios lo que era de Dios y al César lo que del César era. Por lo tanto el que el Fuero prohiba dar o dejar bienes raíces por el alma, no puede tomarse como argumento en un sentido ni en otro. Fué consecuencia de una previsión económico-social.

Dos casos de interpretación—dice al llegar a este lugar, en su notable monografía, el Sr. Chalbaud—pueden presentarse: O que entendamos que la ley distingue aquí de profincos y tronqueros, o que siempre habla de profincos tronqueros; en el primero habremos de acudir a la ley 8.ª del mismo título que regula la sucesión intestada y veremos allí que tan sólo se dispone la sucesión de los bienes raíces «según la línea de donde dependen» de suerte que si «el tal difunto dejare bienes raíces que hubo heredado o adquirido de parte del padre, hereden los parientes de aquella línea por su orden y grado AUNQUE VIVA LA MADRE, y si hubiera bienes raíces que haya heredado de parte de la madre, los parientes de parte de la madre enseguientes hereden por su orden», pero nada dispone de aquellos bienes inmuebles respecto de los cuales no haya parientes tronqueros, si no que pasa en seguida la ley a decir que en los bienes muebles sucedan todos los parientes. De forma que aplicando esta ley a la décima, no se podrá dar bienes raíces sino a los pariente profincos del testador según las reglas generales de sucesión de Castilla, ya por ser éstas las adoptadas por el Fuero para los muebles, ya por ser la legislación castellana supletoria del Fuero, que no contiene, como hemos visto, disposición reguladora de la sucesión de bienes

raíces cuando éstos no procedan de la línea paterna ni materna. Pero supongamos que la ley no quiera hacer distinción de profincos y tronqueros con relación a los bienes comprados y adquiridos en vida, y como el caso de la ley es que el testador no tenga ascendientes ni descendientes pudiera argumentarse no ser cierto lo que defendemos de que la raiz comprada no tenía más parientes tronqueros que los descendientes. Pero esta argumentación es viciosa; por que en efecto la raíz comprada puede tener más profincos tronqueros que los descendientes del comprador, como la compra de heredades, edificios o mejoramientos en tierra o heredad proveniente de tronco como pertenecidos o aditamentos a esta raíz (ley 21 título 20) o cuando se compraron o adquirieron por que venían y dependían del tronco (ley 2.ª título 17 y 7 título 21) en cuyos casos existen profincos tronqueros de traviesa del tronco no obstante ser la raíz comprada y adquirida en vida. Conque exista pues un solo caso basta para que tengan recta aplicación y sentido exacto las frases transcritas de la ley 10, sin que de la particularidad de un caso podamos universalizar la doctrina contrariando elementales preceptos de lógica.

3.° Fúndanse también los impugnadores de nuestra doctrina en la ley 25 del título 11 que dice: «Qué bienes no pueden ser confiscados. Otrosi dixeron: Que habian de Fuero y establecian por ley, que por ningun delito publico, ni privado, grande ni pequeño, que bizkaino alguno cometiere, ni haya cometido, ni perpetrado; bienes algunos suyos que sean raices, y en el infanzonado y Juzgado de Bizkaya sitos (por ser como son y fueron de siempre acá troncales, y tales que segun el privilegio y Fuero de la tierra, el tronco vuelve al tronco y la raiz a la raiz) no puedan ser confiscados y aplicados ni adjudicados en poco ni en mucho para la Cámara y Fisco de su Alteza: antes sucedan en ellos los hijos o descendientes, o ascendientes y los otros propincuos de la línea de donde penden, y segun el Fuero tienen derecho de suceder, muerto el malhechor. Y lo mismo sea en los bienes raices, que tuvieren en la jurisdiccion de las villas».

Luego, agregan, está bien claro que toda raíz en Bizkaya es troncal. Lo dicen las textuales palabras de la ley «los bienes raíces en el infanzonado y Juzgado de Bizkaya sitos son y fueron siempre troncales».

También hay que contestar a este argumento como hemos contestado a los otros. En efecto: todos los bienes raíces sitos en el infanzonado y Juzgado de Bizkaya son y fueron siempre troncales. ¿Pero con qué condiciones son y lo han sido? Con la condición que marca la ley misma 25, al final: CUANDO HAY HIJOS, ASCENDIENTES O PARIENTES PROPINCUOS DE LA LÍNEA DE DONDE PROCEDEN Y SEGÚN EL FUERO TIENEN DERECHO A SUCEDER. Esto lo confirma textualmente la misma ley 25 al decir «que el tronco vuelve al tronco y la raíz a la raiz,» verdadero sentido de la troncalidad que hemos expuesto, y se comprueba con la lectura del Fuero Viejo. En efecto: en el Fuero Viejo (folio 107 vuelto del ejemplar que conserva la Diputación de Bizkaya) se dice textualmente: «Que hasta agora en Bizkaya habia por uso y costumbre que todos los bienes raices que alguno comprare fueren habidos en su vida por bienes muebles para facer de ellos lo que quisiere e darles como los otros bienes muebles». Luego bien claro se vé que los raíces sitos en el infanzonado o Juzgado de Bizkaya NO FUERON SIEMPRE TRONCALES, SI NO PRECISAMENTE TODO LO CONTRARIO. Por cierto que el Fuero Viejo agrega en la misma ley que lo tal era «en perjuicio de los *hijos legítimos herederos*, y por ello mandaron que no podían ser dados y mandados los tales bienes comprados a extraños, a personas extrañas ni a otros algunos, SALVO AL HEREDERO O HEREDEROS QUE DE DERECHO DEBAN HABER Y HEREDAR SUS BIENES SEGÚN QUE LOS OTROS BIENES RAÍCES». Por lo tanto esa prohibición de enajenar era sólo en favor de los hijos legítimos herederos únicamente, no en favor de cualquier pariente. Y el Fuero de Bizkaya vigente que ha tomado sus disposiciones del Fuero Viejo, según dicen los mismos autos aprobatorios de aquél, no iba a introducir una variante tan radical extendiendo su manto de protección familiar sobre toda clase de parientes.

Para terminar transcribiremos la opinión del Tribunal Supremo y

de algunos Juzgados de primera instancia de Bizkaya que confirman la opinión que hemos expuesto de no ser en Bizkaya troncal toda clase de raíz. El Tribunal Supremo ha mostrado en su jurisprudencia cierta vacilación, en él poco común, pero al fin se ha decidido por la doctrina que venimos sustentando y ha dicho su última palabra en sentencia de 10 de Marzo de 1914, aduciendo un nuevo y formidable argumento ante el cual debe rendirse la doctrina contraria. Pero antes de ocuparnos de esta sentencia citaremos los precedentes de ella en la misma jurisprudencia.

La sentencia de 28 de Julio de 1862 establece: que la ley 5.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya citada en el recurso, dispone que testador alguno que tenga descendientes o ascendientes no pueda mandar a extraño más de la quinta parte de sus bienes raíces. Que la ley 18, título 20 en la que se fundó la demanda y con arreglo a la cual se ha dictado la ejecutoria, prohibe las donaciones y otras mandas de bienes raíces a favor de extraños, existiendo descendientes, ascendientes o parientes dentro del cuarto grado.

La sentencia de 23 de Febrero de 1866 publicada en la *Gaceta* de 1.º de Marzo del mismo año dice a su vez.

«Considerando: que la casería de Iturrieta de Zubiaga nunca ha pertenecido al tronco común de los litigantes, que por lo tanto no concurre en ella *el requisito de la troncalidad que sería necesario* para la preferencia que el recurrente pretende».

Sentencia de 25 de Abril de 1868 «que si bien la ley 14, título 20 del Fuero de Bizkaya concede derecho al que no tiene descendientes ni ascendientes legítimos para disponer a su arbitrio de los bienes muebles y semovientes que le pertenezcan, le impone por el contrario en cuanto a los raíces, la obligación de reservarlos para los profincos tronqueros, entendiéndose por tales, según la ley 8.ª, título 21 del mismo Fuero, los parientes cercanos de donde los expresados bienes procedan»:

«Que al atribuir la ley 16 de dicho título 20 del propio Fuero a la cosa raíz comprada el mismo carácter de troncalidad que si proviniese

de patrimonio o de abolengo, no permite que pueda ser donada o legada a otra persona que al heredero y profinco que conforme al mismo Fuero le deba heredar».

«Que con arreglo a estos principios, la donación de que se trata no ha podido válidamente comprender los bienes troncales que constituían las herencias paterna y materna de la donante, pues ni concurre en el donatario la indispensable cualidad de ser profinco tronquero, toda vez que no procede de la línea de donde aquellos bienes dimanan, ni por esta causa podría tampoco heredarlos según el Fuero, en concurrencia con otros parientes que tienen la cualidad requerida»:

«Que no pudiendo por consiguiente producir la mencionada donación efecto alguno legal respecto a los bienes troncales hereditarios que a la donante pudieron corresponder, la ejecutoria que se le atribuye al declararlos divisibles a instancia del donatario, infringe las leyes de que se hace mérito».

Sentencia de 27 de Diciembre de 1895: «Considerando que las leyes 14 y 18, título 20 del Fuero de Bizkaya, regulando en términos precisos la facultad de disponer de los bienes raíces, prohibe hacerlo en favor de extraños tan sólo cuando el dueño tuviere descendientes, ascendientes o colaterales tronqueros dentro del cuarto grado, siguiéndose de ello como lo tiene declarado este Tribunal Supremo que si careciese de tales herederos y parientes colaterales, puede disponer libremente de todos sus bienes raíces, aunque estén sitos en el infanzonado».

«Considerando que conforme a esta regla de derecho positivo, el que comprare bienes, no por retracto de abolengo sino mediante venta libre hecha por un extraño puede disponer de ello a su voluntad si careciese de descendientes y ascendientes, por ser indudable que habiéndolos poseído persona alguna de la familia del comprador, no puede este tener parientes colaterales tronqueros, calidad esta indispensable, según las leyes y según la misma sentencia de 1868 invocadas en apoyo del recurso, para que los colaterales deban heredar por derecho de troncalidad».

«Considerando que la ley 16 del mismo título 20 no contiene precepto alguno del que puede inferirse que los parientes colaterales del comprador de bienes raíces deban heredarlos por derecho propio sin ser tronqueros, pues dicha ley tiene por único y exclusivo objeto consagrar el principio necesario para llevar como lleva el Fuero, hasta sus últimas consecuencias lógicas al régimen troncal, de que la propiedad patrimonial y de abolengo no pierde este carácter mientras se conserve en la familia aunque se hubiere transmitido de uno a otro miembro de ella por titulo de compra; y por eso la ley en su primera parte no equipara los bienes comprados a los heredados, lo que indicaría una modificación de su calidad, transcendente al derecho de sucesión, sino que tan sólo equipara, lo cual es sustancialmente distinto, los títulos de adquirir la propiedad o sean la compra y la herencia, según claramente se colige de su texto y de su epígrafe; de suerte que respetando como respeta el legislador la diversa calidad que pueden tener los bienes comprados, atendida esta procedencia, es lógico consigo mismo, cuando al determinar en la segunda parte de la ley los efectos de esa equiparación no conceden derechos hereditarios distintos de los regulados por las demás leyes del Fuero, ni por tanto les concede a los parientes del comprador aunque no sean tronqueros sino tan solamente al heredero y profinco que conforme al mismo Fuero y según se heredan los demás bienes raíces, deban suceder en la cosa comprada, con lo cual manifiestamente excluye de la sucesión a los colaterales en quien no concurre la calidad de tronquero».

«Considerando que según lo expuesto, el comprador tiene las mismas facultades y los mismos deberes respecto a los bienes comprados que tendría si lo hubiera transmitido por título de herencia; y en su virtud es manifiesto que si la compra se efectuó entre parientes, y por lo tanto al amparo del retracto de familia, deberá el comprador que careciere de herederos descendientes o ascedientes reservarla a los colaterales tronqueros que tuviere; y que por el contrario, si los bienes se compraron a un extraño podrá, a falta de aquellos herederos, dispo-

nerse de ellos libremente con el mismo derecho que en igualdad de circunstancias podría hacerlo el dueño de bienes heredados de un extraño y también el que los hubiere heredado de abolengo, si además de no tener ascendientes ni descendientes, careciere de colaterales tronqueros, porque en todos estos casos existe la misma razón legal en favor de la libertad de la propiedad, que consiste en la falta de colaterales con derecho a suceder forzosamente».

«Considerando en consecuencia de todo ello, que tratándose en este pleito del derecho a suceder en una finca comprada a persona extraña a la familia del comprador, respecto a la cual no cabe la existencia de colaterales tronqueros, es evidente que al reconocer en el testador la facultad de dejarla a su mujer prescindiendo de sus hermanos, no se infringe la mencionada ley 16 y las sentencias de este Tribunal Supremo invocadas en apoyo del recurso.»

La sentencia de 11 de Noviembre de 1902 (Gacetas 13 y 14 de Diciembre, página 286 a 289) contradice en cierto modo, aunque solamente aparente la doctrina expuesta, pero el mismo Tribunal Supremo se encargó el 1914 de rectificarla explicándola, lo mismo que otra, que también dictó el año 1913.

Por ser importantes estas sentencias, creemos muy conveniente el reproducirlas con alguna extensión, y por lo que se refiere a la primera de las ya citadas o sea a la de 11 de Noviembre de 1902, copiaremos el extracto que de ella hacen el Sr. Alcubilla en el apéndice correspondiente a su diccionario, extracto que por lo bien hecho merece ser reproducido.

«D. Simón Urrutia, natural de Beci en el Concejo de Sopuerta, tierra bizkaina del Infanzonado, era vecino de Bilbao y empadronado como tal, desde el año 1885 cuando menos, figuraba en las listas electorales de la invicta villa en el concepto de elector y eligible, y falleció abintestato en Valmaseda el 2 de Julio de 1898, sin dejar ascendientes, descendientes ni hermanos».

«El Juzgado de esta última población previno el juicio de abintestato

y en los autos comparecieron: 1.° Varios parientes colaterales del sexto grado por la línea materna, o sea por la de D.ª Dionisia Yermo madre del finado, solicitando todos los bienes procedentes de ella, al amparo de las disposiciones especiales sobre herencia y troncalidad relativas a los bizkainos, cuyo imperio, debe respetarse por virtud de los artículos 10, 12 y 15 del Código Civil, y que se encuentran en las leyes de los títulos 20 y 21 del Fuero de Bizkaya. 2.° Otros parientes del quinto grado por la línea paterna, los cuales sostenían que el privilegio de los tronqueros, ó sea de aquellos pertenecientes a la línea de donde los bienes procedan, no pasa del cuarto grado, y cuando no hay deudos en éste, debe sucederse en todos los bienes por el principio general de que el pariente más próximo excluye al más remoto. Y 3.° Otros muchos parientes por línea paterna de los grados 10 y 11, que, como tronqueros pretendían los bienes procedentes de esa línea».

«Es de advertir que la herencia formaban parte bienes raíces sitos en tierra llana o del Infanzonado de Bizkaya y procedentes de la madre del finado».

«Tanto el Juzgado de Valmaseda como la Audiencia de Burgos, dictaron sentencia en el sentido de declarar herederos de todos los bienes a los parientes del quinto grado, por ser los más próximos; fallo que los del sexto por parte de la madre impugnaron en casación, bajo el supuesto de que infringía: 1.° la disposición transitoria 1.ª y el art. 15 del Código Civil; las leyes 32, título 2.° Partida 3.ª, 2.ª, título 24, Partida 4.ª, 7.ª, título 14, libro 1.°, y 3.ª, título 11, libro 6.° de la Novísima Recopilación, por aplicar indebidamente el derecho común a la sucesión de un bizkaino. Y 2.° En todo caso, el último párrafo del art. 10 del Código Civil y las leyes 15, título 20, 3.ª título 36 y 8.ª título 21 del Fuero de Bizkaya, que daban preferencia para suceder en los bienes enclavados en el infanzonado a los parientes de donde esos bienes procedían, siempre que su relación de consaguinidad se contenga dentro del 6.° grado, pues la sucesión intestada no se extiende a otros, conforme a la legislación común, aplicable en esta parte como supletoria».

«Por este segundo motivo CASA Y ANULA el Tribunal Supremo la sentencia recurrida «en cuanto no dió lugar a las pretensiones de los recurrentes respecto a que se les declare herederos abintestatos de don Simón Urrutia en los bienes sitos en la tierra llana o infanzonado de Bizkaya procedentes de la línea de D.ª Dionisia Yermo» madre del finado.

El Tribunal Supremo sentó la siguiente doctrina: «Que si bien la ley 18, título 20 del Fuero de Bizkaya autoriza al propietario de bienes raíces para disponer de ellos por donación o manda en favor de extraños, no habiendo descendientes legítimos, ascendientes propincuos de traviesa del tronco dentro del cuarto grado, esto no significa que para los efectos de la sucesión abintestato regulada en la ley 8.ª del título 21, debe limitarse el llamamiento de los colaterales, en la forma y por el orden en dicha ley determinados, hasta los del cuarto grado, porque la facultad otorgada por la primera de las citadas leyes al testador o donante no revela que el legislador haya querido hacer depender siempre y en todo caso la existencia de tales parientes propincuos la naturaleza troncal de los bienes raíces tan característica y tan afirmada en otras leyes del mismo Fuero; por que en la referida ley 8.ª se establece un orden absoluto de sucesión sobre la base del derecho troncal, sin determinación de grados y sin hacer distinción alguna entre ellos; por que si ha habido necesidad de suplir con el derecho común la falta de esta determinación, no existe la misma razón para alterar las condiciones del orden sucesorio, hallándose tan terminante el Fuero sobre esta materia, y por que así se desprende de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Junio de 1862 al no conceptuar como extraño y sí como pariente tronquero a quien se hallaba lejos del cuarto grado, lo que no podría estimarse si la troncalidad se hallase subordinada a la existencia de parientes dentro de este grado».

«Que según lo preceptuado en el último párrafo del artículo 10.º del Código, en relación con la ley 5.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya, los bienes que el aforado tuviese en tierra llana deben ser heredados por

los parientes que estén en la línea de donde los bienes procedan, estando dentro del sexto grado, con preferencia a los que no se encuentren en este caso, aun cuando sean deudos más cercanos, cual preceptúa la ley 10.ª del título 21».

La sentencia de 27 de Enero de 1913, publicada el 22 de Noviembre del mismo año, es la que mayor contradicción puede decirse que ofrece entre las que el Tribunal Supremo ha dictado, si bien la contradicción también es sólo aparente, como puede verse en el estudio de su texto que literalmente reproducimos por su importancia grande:

«En la villa y corte de Madrid, a 27 de Enero de 1913, en el juicio declarativo de mayor cuantía, seguido en el Juzgado de primera instancia de Valmaseda y ante la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Burgos, por D. Cesáreo de Cerragería y Mendieta, propietario y vecino de Orduña, D. Gumersindo de Mendieta y Gurbieta, propietario y vecino de Oquendo y Doña Mariana y D. Cecilio del Campo y Soviñas, propietario éste y ambos vecinos de Galdames, contra Doña Amalia de Zárraga y Urioste, pensionista y vecina de Barcelona, Doña Francisca García de la Avena, esposa de D. Francisco Pereda, propietarios; Doña Clementina García de la Avena, esposa de D. Matías López, comerciantes; Doña Filomena García de la Avena, propietaria, vecinos los cinco de Villarcayo; D. Segundo García de la Avena, comerciante y vecino de Villasana de Mena; Doña Matilde Merino Saravia, propietaria; D. Isidro Merino Saravia, Médico, vecinos ambos de Villarcayo; D. Emilio Merino Saravia, Abogado, vecino de esta corte; D. Rodrigo Arquiaga y García, por sí y en nombre de su esposa Doña Bonifacia Díaz García; Doña Clementina Arquiaga García, los tres propietarios y vecinos de Burgos; Doña Magdalena, Doña Carolina y Doña Felisa de Urrutia e Ibarra, dedicadas a las labores de su sexo y vecinas de Valmaseda; Doña Vicenta de Urrutia e Ibarra, esposa de D. Joaquín Abásolo, propietarios y vecinos de Bilbao; D. Saturnino de Urrutia e Ibarra, Abogado y vecino de Valmaseda; D. Ramón de Urrutia y Llano, Ingeniero y vecino de Villar; D. Vicente de Urrutia y Errasti, Abo-

gado y vecino de Bilbao, por sí y como heredero de su madre Doña Leonarda Errasti Bermejillo; D. Argimiro García de la Avena, Médico y vecino de Aransátegui y D. Emilio García, cuyas demás circunstancias no constan, sobre oposición a unas operaciones divisorias, pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Procurador D. Daniel Doze y por fallecimiento de éste, continuado por el también Procurador D. Luis García Ortega, bajo la dirección del Letrado D. Juan de la Cierva a nombre de la parte demandada; habiendo comparecido la parte recurrida representada por el Procurador D. Luis Lumbreras y defendida por el Letrado D. Miguel Maura:»

«Resultando que fallecido en 2 de Julio de 1898 D. Simón de Urrutia y Yermo, natural del Concejo de Sopuerta, tierra llana e Infanzonado de Bizkaya, sin otorgar disposición testamentaria ni dejar parientes que estuvieran dentro del cuarto grado, se declaró por el Juzgado de primera instancia de Valmaseda la prevención del abintestato, practicándose las diligencias que se estimaron propias del caso, y se formó la correspondiente pieza separada para la declaración de herederos haciéndose al efecto los oportunos llamamientos a los que se creyeran con derecho para ello; en virtud de los cuales comparecieron Doña Luisa Capetillo y D. Cecilio y Doña María del Campo, manifestando que eran parientes en sexto grado civil, por línea materna, de D. Simón, hijo de Doña Dionisia Yermo; que aquél era natural del Concejo de Sopuerta, nacido de padres bizkainos, vecinos que fueron del Concejo de Zalla; que con arreglo al párrafo 2.º del art. 12 del Código civil, había de regirse la herencia por la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, y que encontrándose los alegantes dentro del sexto grado civil de parentesco con D. Simón por la línea materna, era evidente su derecho a suceder, con los que estuvieran en igual grado, en los bienes raíces que dependieran de tal línea, excluyendo de la herencia la línea del padre, y los que, aun de línea materna, Yermo o Mendieta, estuvieran en grado más remoto; Doña Benita de Yermo, D. Gumersindo de Mendieta y D. Cesáreo de Cerragería, quienes solicitaron se les decla-

rase herederos de D. Simón, con la cualidad de propincuos tronqueros, respecto de los bienes raíces de procedencia de su línea, materna, situados en el Infanzonado de Bizkaya, alegando les correspondía con los demás parientes en aquella línea e igual grado sexto civil, la mitad de todos los bienes que constituyesen la herencia, por no haber perdido D. Simón su cualidad de bizkaino a los efectos civiles, añadiendo, tanto éstos como los anteriores citados, ser biznietos, como el difunto D. Simón, de D. Manuel de Mendieta, tronco común; y frente al derecho que estos comparecientes alegaron, aparte del aducido por otros que asimismo comparecieron, apareció en el que se apoyaron Doña Vicenta, Don Saturnino, Doña Magdalena, Doña Carolina, Doña Felisa y D. Jesús Urrutia e Ibarra, D. Ramón Urrutia y Llano, Doña Matilde y D. Isidro Merino y Saravia, D. Segundo, D. Argimiro, Doña Joaquina, D. Emilio, Doña Filomena y Doña Clementina García de la Avena, Doña Amalia de Zárraga y Urioste, D. Rodrigo y Doña Clementina Arquiaga, Doña Bonifacia García, D. Vicente de Urrutia, en nombre de D. Emilio Merino y Doña Leonarda Errasti, todos los cuales substancialmente alegaron que eran parientes dentro del quinto grado civil del causante por línea paterna, y pidieron se les declarara herederos, fundados en que, si bien D. Simón era bizkaino por su nacimiento, de tierra llana, perdió tal cualidad en los bienes por su residencia continua de más de diez años en Bilbao y Valmaseda, donde murió, debiendo, por tanto, aplicarse a su herencia los preceptos del Código civil:»

«Resultando que separadas las pretensiones de los comparecientes en los dos grupos indicados basados en las razones que los que las integraban alegaron, y que se dejan expuestas, insistieron aquéllos en sus respectivas pretensiones, y fueron convocados a junta, sin conseguirse acuerdo; y con fecha 23 de Julio de 1900, dictó sentencia el Juez de Valmaseda declarando herederos abintestato por iguales partes de D. Simón, a Doña Vicenta Urrutia y consortes parientes colaterales en quinto grado de dicho finado y los más próximos que se habían presentado, y desestimando, por tanto, las pretensiones formuladas por los

otros aspirantes a la herencia del D. Simón, fundándose el Juzgado, para dictar este fallo, en que no sólo por lo que disponían las leyes de Partida referente a la pérdida de la condición de aforado, sino por lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. 15 del Código civil, era de aplicación al caso la legislación común, si bien con la limitación de los bienes que el D. Simón pudiera tener en la tierra llana o franca de Bizkaya; que prescindiendo de que los aspirantes en concepto de tronqueros no habían demostrado la existencia de bienes troncales, teniéndose que aplicar en todo caso, a tenor del párrafo tercero del art. 10 del Código civil a la sucesión de los inmuebles que D. Simón tuviera en tierra llana, los fueros bizkainos, era indudable que, conforme a éstos, el vecino de villa tan sólo se hallaba obligado a reservar sus bienes raíces del Infanzonado para los tronqueros propincuos dentro del cuarto grado; que no había razón alguna para que en las sucesiones abintestato se extendiera el carácter de tronquero y propincuo más allá del expresado cuarto grado, que había, por tanto, que aplicar los preceptos del Código civil contenidos en el capítulo 3.º del título 3.º; y que con arreglo a los arts. 921, 954 y 955 del mismo, el pariente más próximo excluía en la sucesión intestada al más remoto, y a falta de ascendientes, descendientes, hermanos, sobrinos y cónyuge, heredaban los parientes colaterales, no extendiéndose el derecho a heredar más allá del sexto grado; cuya sentencia fué confirmada por la que dictó en 27 de Noviembre la Audiencia de Burgos:»

«Resultando que D. Cesáreo de Cerragería y consorte interpusieron contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de ley, al cual esta Sala declaró haber lugar por sentencia de 11 de Noviembre de 1902, casando y anulando la recurrida, y declarando en la llamada de fondo que dictó con igual fecha, herederos abintestato de Don Simón de Urrutia respecto a los bienes raíces altos en la tierra llana e infanzonado de Bizkaya, procedente de la línea de Doña Dionisia Yermo, a los expresados recurrentes, por considerar: que si bien la ley 18, título 20, del Fuero de Bizkaya, autoriza al propietario de bie-

nes raíces a disponer de ellos para donación o manda en favor de extraños, no habiendo descendientes legítimos ni ascendientes ni parientes propincuos y tronqueros dentro del cuarto grado; esto no significa que para los efectos de la sucesión intestada, regulada por la ley 8.ª del título 21, deba limitarse el llamamiento de los colaterales en la forma y por el orden en dicha ley determinados hasta los del cuarto grado, porque la facultad otorgada por la primera de las citadas leyes al testador o donante no revela que el legislador haya querido hacer depender siempre, y en todo caso, de la existencia de tales parientes propincuos la naturaleza troncal de los bienes raíces, tan característica y tan afirmada en otras leyes del mismo fuero, porque en la referida ley 8.ª se establece un orden absoluto de sucesión sobre la base del derecho troncal sin determinación de grados y sin hacer distinción alguna entre ellos, porque si ha habido necesidad de suplir con el derecho común la falta de esta determinación, no existe la misma razón para alterar las condiciones del orden sucesorio, hallándose tan terminante el fuero sobre esta materia, y porque así se desprende de la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Junio de 1862, al no conceptuar extraño y sí pariente tronquero a quien se hallase lejos del cuarto grado, lo cual no podría estimarse si la troncalidad se hallara subordinada a la existencia de parientes dentro de este grado; que según lo preceptuado en el último párrafo del art. 10 del Código civil, en relación con la ley 15 del título 20 del Fuero de Bizkaya, los bienes que D. Simón de Urrutia tuviera en la tierra llana debían ser heredados por los parientes que estén en la línea de donde los bienes procedan, estando dentro del sexto grado, con preferencia a los que no se encuentren en este caso, aun cuando sean deudos más cercanos, cual preceptúa la ley 8.ª del título 21, y que por las razones que se exponían era evidente que D. Simón de Urrutia perdió su cualidad de aforado:»

«Resultando que hecha ya en la forma que de la anterior sentencia se desprende la declaración de herederos, se acomodó el juicio de abintestato a los trámites del de testamentaría, llevándose a cabo la forma-

ción de inventario y el nombramiento de Contadores, a quienes se facultó para designar peritos que practicaran la valoración de los bienes, nombrándose por parte de los Urrutia y consortes a D. Mario Sagarduy, y a instancia de los Cerragería a D. Ciriaco Gondra, nombrándose también Contador dirimente a D. Mariano Permisán, suscribiendo los dos primeros, con absoluta conformidad, una relación de bienes, con el avalúo de los comprendidos en ella y liquidación del caudal, enumerando los efectos públicos alhajas, muebles, ropas, inmuebles, derechos y acciones, reseñándose los títulos e inscripciones de dichos inmuebles, haciendo constar los primeros títulos en virtud de los cuales entraron aquéllos en la familia de D. Simón Urrutia y el nombre del pariente de quien lo adquirió, desprendiéndose de la relación citada, en cuanto interesa a los fines del presente recurso: que los inmuebles números 16 a 241, ambos inclusive, como radicantes en los Concejos de Zalla y Güeñes, estaban enclavados en tierra llana o infanzonado de Bizkaya, y que el 250, que se había vendido, estaba situado en la anteiglesia de Baracaldo, y los 251, 252 y 253 que eran tres censos impuestos sobre fincas sitas en la anteiglesia de Baracaldo y Concejo de Güeñes, debían, por tanto, estimarse como radicantes también en tierra llana, y respecto de los títulos de adquisición de los inmuebles relacionados aparecía que las fincas números 38 a 41 las compró D. José Antonio Yermo; las 42 a 48 las adquirió Doña Lucía Yermo; las 50 al 60 las adquirió Doña Clara Mendieta; las 61 y 62 D. José Antonio Yermo, como así también las 63 a 105; las 109 a 117 Doña Lucía Yermo; la 118 Doña Dionisia Yermo; las 119 a 122 Doña Lucía; las 123 a 125 el D. José Antonio; las 126 y 127 las adquirió la expresada Doña Clara de Mendieta; las 128 y 147 el D. José Antonio, todas cuyas fincas fueron donadas al D. Simón Urrutia por su madre y tía, respectivamente, Doña Dionisia y Doña Lucía Yermo, en 8 de Noviembre de 1852; la finca número 49 la adquirió D. José María Urrutia, teniendo, por tanto, procedencia paterna; las 106, 107 y 108 las adquirió la tía de D. Simón, Doña Lucía Yermo, y con las 129 a 146 y 230, 231 y 232 las heredó

Doña Dionisia de su hermana Lucía, y por fallecimiento de aquélla el D. Simón Urrutia; las 149 a 193 y 238 a 241 se creían incluídas en la donación que a éste hicieron su madre y tía; las 194 a 218 las adquirió el D. Juan Antonio Yermo; la 219 D. José Mendieta; las 220 a 229 y 233 a 237 el propio D. Juan Antonio, todas cuyas fincas reseñadas bajo este número fueron donadas a D. Simón por su madre y tía; las 242 a 246 las adquirió el D. Simón en 1878; los censos números 251 y 252 se constituyeron a favor de D. Juan Antonio, y el 253 a favor de D. Manuel de Mendieta, habiendo sido heredados de su madre por D. Simón, y la finca número 250 que se vendió durante la tramitación de la testamentaría, la adquirió D. Simón, como las 109 a 117, habiendo adquirido éste las fincas números 16 a 37 y 147 y 148 por herencia de su madre Doña Dionisia Yermo»:

«Resultando que la representación de los Urrutia consortes, presentó en el Juzgado de Valmaseda, con fecha 7 de Marzo de 1910, las operaciones practicadas por el contador partidor D. Mario Sagarduy, por aquéllos nombrado, en las que éste hacía mérito de los antecedentes que quedan expuestos, y analizando la sentencia de esta Sala de 11 de Noviembre de 1902, y a manera de bases para la partición alegaba: que este Tribunal Supremo había declarado el derecho de los parientes en sexto grado, únicamente en principio, bajo el supuesto de que al pedir éstos que se les declarara herederos en los bienes que procedían de la línea materna, no habían concretado qué bienes eran, por lo cual el Supremo no había declarado si esta clase de bienes existía o no; que los bienes adquiridos por D. Juan y D. José Yermo no tenían nada que ver con el tronco común a D. Cecilio del Campo y D. Simón, que fué su bisabuelo D. Manuel Mendieta; que para que los bienes fueran troncales era menester que subieran por D. Simón, su madre y su abuela, hasta el dicho bisabuelo, a fin de que bajasen luego por la otra línea hasta la abuela del D. Cecilio, que como por estas y otras razones que daba, no había troncalidad en los bienes, no tenían derecho a ellos D. Cecilio del Campo y consortes, porque el que les otorgaba este

Tribunal Supremo, partía de la ley 8.ª, título 21 del Fuero; y que, sentado que ninguno de los bienes eran procedentes de un tronco común al D. Simón y los Cerragería y consortes, era indudable que todos los que constituían el Cuerpo de la herencia, sitos en territorio infanzonado bizkaino, habría de ser distribuídos entre los herederos del linaje Urrutia, debiéndose adjudicar a los 21 herederos de este grupo todo lo inventariado, a cuyo fin se harían siete lotes, correspondientes cada uno a tres herederos»:

«Resultando que por su parte el D. Ciriaco de Gondra, contador nombrado por D. Cesáreo Cerragería y consortes, practicó asimismo las operaciones divisorias del caudal relicto al fallecimiento del Don Simón, exponiendo substancialmente como supuestos: que establecido como hecho inconcuso que todos los inmuebles incluídos en el inventario, excepción hecha de algunos que en la relación de bienes se determinaban, procedían de la madre y de la hermana del D. Simón, no podía dudarse que de todos ellos, con arreglo a lo que declaró este Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de Noviembre de 1902, eran herederos los Cerragería, Mendieta y del Campo, puesto que todos esos bienes radicaban en tierra llana e infanzonado de Bizkaya y procedían de la línea de Doña Dionisia Yermo; que la sentencia del Supremo no indicaba ninguna condición más, y por lo tanto, sería infringirla el suponer que se debía exigir alguna otra condición para que los bienes inmuebles que aquéllas reunieran, pasaran a los Cerragería y consortes; que los bienes inmuebles que debían heredar éstos, tenían un importe de 110.086 pesetas 25 céntimos al que había que unir 8.700 de los tres censos señalados con los números 251, 252 y 253, y el importe de la venta de la finca número 250, todo lo cual sumaba en junto 120 883 pesetas 25 céntimos, que debía adjudicarse a los expresados en común y por cuartas e iguales partes»:

1.º Todos los inmuebles comprendidos entre los números 16 al 48 y 50 al 241, ambos inclusive».

2.º El producto de la finca Balsegui o Beasaín, núm. 250; y

3.º Los tres censos números 251 a 253, y a los Urrutia y consortes; los efectos públicos, valores y alhajas, señalados con los números 1 al 14, y los inmuebles 15 y 49 y 242 a 246, cuyos inmuebles importaban 916 pesetas, y existiendo, por tanto, divergencia sobre el punto referente a la efectividad del derecho que este Tribunal Supremo declaró a favor de los Cerragería y consortes, practicó las operaciones divisorias el Contador dirimente D. Mariano Permisán, quien se mostró conforme con lo opinado por el Contador Sagarduy, exponiendo que, para que existiera troncalidad no bastaba que una persona fuera pariente consanguíneo de otra, y por tanto, tuvieran un ascendiente común, porque entonces troncalidad sería todo lo que fuese parentesco consanguíneo, y esto no era el espíritu del Fuero, toda vez que no bastaba que el pariente fuera propincuo tronquero, sino que era preciso que el inmueble o raíz fuese troncal, por todo lo cual, y por las razones que más extensamente daba interpretando el Fuero de Bizkaya, y que coincidían con las expuestas por el Contador Sagarduy, declaraba que los expresados Cerragería y consortes quedaban sin derecho a percibir bienes de la herencia de D. Simón Urrutia»:

«Resultando que formalizada la oposición por la representación de D. Cesáreo de Cerragería, D. Gumersindo de Mendieta y Doña Mariana y D. Cecilio del Campo a las operaciones practicadas por Sagarduy y por el contador dirimente, y no habiéndose puesto de acuerdo las partes en la correspondiente Junta, se acordó dar al asunto la tramitación del juicio ordinario de mayor cuantía, y en su virtud formularon aquellos la correspondiente demanda con fecha 5 de Noviembre de 1910, a la que acompañaron copia de una sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1862, que declaró en síntesis: que el Fuero bizkaino no excluía a los parientes en grado ulterior al cuarto, y que si existían dudas en cuanto a lo que el Fuero dispusiera, las leyes de partida extendían hasta el décimo grado la calificación de parientes en oposición a extraños; y en dicha demanda sentaron como hechos todos los que mencionados quedan, puntualizando la situación y procedencia de

los bienes tal y como aparecía en la relación de bienes que suscribieron los dos contadores de común acuerdo, para deducir que estaban bien hechas las operaciones practicadas por el contador Gondra; y como fundamentos legales adujeron: que la cuestión se limitaba a averiguar si los dichos actores carecían o no de derecho a suceder en los inmuebles incluídos en el inventario con los números 16 al 48, 50 al 241 y 250 al 253, todos inclusive; que era indudable que con arreglo a la tan repetida sentencia de 11 de Noviembre de 1902 no carecían de tal derecho, pues aquellos bienes estaban sitos en tierra llana y procedían de la línea de Doña Dionisia Yermo, madre de D. Simón de Urrutia, circunstancias ambas que eran las únicas exigidas por la expresada sentencia; que habiéndolos adquirido aquél de su madre y de su tía, hermana de la madre, hecho reconocido por ambas partes, como también el de la situación de los bienes, era inconcuso que procedían de la línea materna; que la Sentencia de este Tribunal Supremo exigió únicamente que los bienes procedieran de la línea materna, y, por lo tanto, cumplido el requisito, no había por qué entrar a rebatir las teorías expuestas por Sagarduy y el contador dirimente, toda vez que aquella sentencia era ejecutoria; que de las sentencias de este Tribunal Supremo que analizaban, entre ellas las que por copia acompañaban, en relación con el artículo 10 del Código Civil, en su último párrafo, y la ley 15, título 20, y 8.ª, título 21, del Fuero, se deducía que los parientes maternos no necesitaban reunir la circunstancia de contar entre sus ascendientes ninguno que poseyera los bienes raíces de que se trataba para tener derecho a heredar todos los procedentes de la línea de Doña Dionisia, según vino también a declararlo la sentencia de 11 de Noviembre de 1902, y que de la interpretación dada por este Tribunal Supremo en varias sentencias, y, entre ellas, en la de 30 de Diciembre de 1897, al artículo 811 del Código civil, se aducía que la verdadera doctrina era la sostenida por los alegantes, y que Sagarduy y Permisán habían interpretado torticeramente el Fuero de Bizkaya, por todo lo cual terminaron suplicando se declarara:

a) Que a los actores pertenecían y debían serles adjudicados los bienes raíces que llevaban los núms. 16 a 48, 50 a 241 y 251 a 253, todos inclusive de la relación de bienes, formada y suscrita por los contadores Sagarduy y Gondra, y el producto en venta de la finca denominada Balsegui o Balsani, reseñada con el núm. 250, o sea todos los comprendidos en el haber o hijuela de los demandantes, formado por el contador Gondra, y que, por consiguiente, ninguno de esos bienes pertenecía total ni parcialmente a los demás herederos Urrutia y consortes»:

b) Que había lugar a aprobar las operaciones divisorias practicadas por el contador D. Ciriaco de Gondra»:

c) Que no había lugar a aprobar las practicadas por Sagarduy, fuera de la relación de bienes que suscribió en unión de Gondra, ni las practicadas por el dirimente Permisán, mandando»:

A) Que se tuvieran por operaciones divisorias de la herencia de D. Simón de Urrutia las practicadas por el Contador Gondra, o que, en otro caso, se practicaran nuevas operaciones divisorias, ajustándose a la expresada relación de bienes formada y suscrita por Gondra y Sagarduy, a las precedentes declaraciones y los supuestos haber o hijuela de los actores, y a las declaraciones finales establecidas en dichas operaciones divisorias practicadas por Gondra, y

B) Que se entregaran a los demandantes los bienes que aparecían adjudicados a los mismos en las expresadas operaciones divisorias practicadas por Gondra o en las nuevas que se practicasen, y condenando a Doña Vicenta Urrutia y consortes, herederos, como parientes de la línea paterna»:

A) A estar y pasar por las precedentes declaraciones mandato, y

B) A no poner obstáculo alguno a la aprobación de las operaciones divisorias practicadas por el Contador Gondra, o a las nuevas que se practicasen ni a la entrega de los bienes mencionados a los alegantes y al pago de las costas»:

«Resultando que al contestar la demanda la Doña Vicenta de Urru-

tia y consortes, se mostraron substancialmente conformes con la relación de hechos contenida en aquélla, y añadieron: que al comparecer en el abintestato los demandantes alegaron que acudían al llamamiento como parientes en sexto grado civil por la línea materna de D. Simón, como biznieto del tronco común D. Danuel de Mendieta, y que se trataba de herencia de bizkaino, regida por la ley 8.ª, título 21 del Fuero, en virtud de lo que pidieron se les declarara herederos de D. Simón por la línea materna, como propincuos tronqueros con relación a los bienes raíces de procedencia de dicha línea, y que ninguno de los bienes raíces inventariados radicantes en el Infanzonado fueron poseídos por el tronco común D. Manuel Mendieta Urdaeta; y en derecho alegaron: que la cuestión estaba limitada a determinar si existían en la herencia bienes que tuvieran las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho que este Tribunal Supremo declaró a favor de los demandantes; que no comprendían cómo se pretendía heredar por troncalidad bizkaina bienes que nada tenían de troncales, porque si la sentencia del Tribunal Supremo se fundó en dicha troncalidad y la institución troncal tenía por fin exclusivo que los bienes raíces se conservasen siempre en familia, no podía heredarse por troncalidad unos raíces que nunca habían pertenecido al tronco, toda vez que habían sido adquiridos de extraños por Doña Dionisia y su hermana; que estaban eonformes con que los bienes estaban situados en tierra llana, pero no que procedieran de la línea materna, condiciones ambas que exigió la sentencia de 1902, pues la troncalidad bizkaina no se determinaba por la existencia de parientes propincuos, de la que no dependía el carácter troncal de los bienes; que la línea de Doña Dionisia, como troncal, era preciso que subiera al tronco, es decir, que los bienes hubiesen sido poseídos por el D. Manuel de Mendieta, como lo confirmaba la sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1866, y que precisaba no confundir conceptos tan distintos como la línea y el tronco, bien definidos por la ley 11, título 27 del Fuero, y la 8.ª, 14 y 15 del 21; y terminaron suplicando se les absolviera de la demanda,

declarando, en consecuencia, la eficacia de la partición practicada por el contador dirimente D. Mariano Permisán, y se condenara a los demandantes a perpetuo silencio y al pago de las costas:»

«Resultando que renunciada la réplica y no habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba, se substanció el juicio por sus restantes trámites, dictando sentencia el Juez de Valmaseda desestimando la demanda; e interpuesta apelación por la parte actora dictó sentencia revocatoria la Sala de la Audiencia territorial de Burgos, con fecha 15 de Mayo de 1912, declarando que a los demandantes pertenecían y debían serles adjudicados los bienes raíces que llevan los números 16 a 48, 50 a 241 y 251 a 253, todos inclusive, de la relación de bienes formada y suscrita por los contadores Sagarduy y Gondra, y el producto de la venta de la finca denominada Balsegui o Balsani, que en dicha relación figura con el núm. 250, o sea todos los bienes comprendidos en el Haber o hijuela de dichos demandantes, formado por el contador Gondra; y que, por consiguiente, ninguno de esos bienes pertenece a los demás herederos demandados Urrutia y consortes; que procede aprobar y aprueba las operaciones divisorias practicadas por el contador Gondra de los bienes de la herencia del D. Simón Urrutia, y manda sean tenidas por tales, y que, en su virtud, sean entregados a los expresados demandantes los bienes que aparecen adjudicados a los mismos en las expresadas operaciones divisorias practicadas por don Ciriaco Gondra; y declara, por tanto, no haber lugar a aprobar las operaciones divisorias practicadas por Sagarduy fuera de la «Relación de bienes que constituyen el caudal partible», suscrita por Sagarduy y Gondra, ni las practicadas por el dirimente Permisán; y, por último, condena a Doña Vicenta Alejandra Urrutia y consortes, herederos del causante, como parientes por la línea paterna, a estar y pasar por las precedentes declaraciones y mandato, sin hacer especial condena de costas en ninguna de las dos instancias»:

«Resultando que Doña Amalia de Zárraga, Doña Joaquina García de la Avena, Doña Clementina García de la Avena, Doña Filomena y

D. Segundo García de la Avena, Doña Matilde, D. Isidro y D. Emilio Merino, Doña Clementina Arquiaga, Doña Magdalena, Doña Carolina, Doña Felisa, Doña Vicenta y D. Saturnino de Urrutia, D. Ramón de Urrutia y Llano, D. Vicente de Urrutia y Errasti y D. Rodrigo Arquiaga, han interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los núms. 1.º, 5.º y 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:»

1.º Porque en cuanto la sentencia recurrida accede a las pretensiones de la demanda, declarando a los recurridos con derecho a los bienes que D. Simón Urrutia hubo de la línea de su madre Doña Dionisia, partiendo de la base de que los bienes inventariados a que se refiere la demanda, proceden, en efecto, de esa línea, y a ello se refería la sentencia de 11 de Noviembre de 1902, dictada por este Tribunal Supremo, incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultando»:

A) De la reseña de la titulación de dichos bienes que aparece en el inventario practicada, porque de tal titulación resulta que ninguno de esos bienes pertenecieron a un ascendiente común del finado Don Simón Urrutia y su madre Doña Dionisia, y los mencionados herederos»;

B) Del reconocimiento que hacen recurrentes y recurridos, y que confirma la Sala, de que dichos bienes procedían de Doña Dionisia y de su hermana Lucía, sin que hayan pertenecido a un ascendiente común, según queda dicho, y

C) De la sentencia de fondo de 11 de Noviembre de 1902, dictada por este Tribunal Supremo, en la cual, al referirse a la línea de Doña Dionisia, no se tomó a ésta como punto de partida o tronco de dicha línea, sino al ascendiente común que lo fuera de D. Simón y de su madre, y de los que declaraba herederos de los bienes de la tierra llana o infanzonado de Bizkaya».

2.º Porque en cuanto la sentencia recurrida accede a las peticiones de la demanda, va contra la cosa juzgada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1902, e infringe el párrafo 2.º del art. 1251 y el 1252 del Código civil, según los cuales, contra la pre-

sunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión, y para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron; cuya excepción fué alegada por los recurrentes, ya que han venido sosteniendo que la sentencia de 11 de Noviembre de 1902 declaró el derecho de los demandantes a heredar determinados bienes por el de troncalidad, con arreglo al Fuero de Bizkaya, y siendo evidente que dicha sentencia tiene ese alcance, es indudable que va la recurrida contra la cosa juzgada, puesto que niega que tal sea su significación y la interpreta en sentido opuesto al derecho de troncalidad, con lo que la Sala infringe los mencionados artículos que dan autoridad a la cosa juzgada, y

3.º Porque la Sala sentenciadora infringe la citada sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1902, que, como queda expuesto declaró cosa opuesta al sentido que aquélla se atribuye, toda vez que en modo alguno podía tener dicha sentencia el alcance de considerar troncados, para atribuir derechos sobre ellos a los demandantes, a bienes que no proceden de un ascendiente común que constituyera el tronco del cual procedían las dos ramas o líneas, una la señalada en aquella sentencia y la otra la de los declarados herederos de la tierra llana o infanzonado de Bizkaya; e infringe, además, las leyes 8.ª, título 21; 2.ª, tít. 17; 8.ª, 14, 15 y 16 del tít. 20 del Fuero de Bizkaya, y la doctrina legal establecida en sentencias de 23 de Febrero de 1866 y 27 de Diciembre de 1895, leyes y doctrina según las cuales el derecho de troncalidad exige que existan tronqueros propincuos en relación con los bienes, y que los bienes sean troncales por haber pertenecido a un ascendiente común a la persona de quien procedan y a dichos herederos; y al no entenderlo así la Sala sentenciadora infringe la expresada sentencia de 11 de Noviembre de 1902 y las demás leyes y doctrina citadas».

«Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Mariano Enciso:»

«Considerando que la ley 15, tít. 20 del Fuero de Bizkaya, puesta especialmente en vigor por el art. 10, en su último párrafo, del Código civil, estatuye literalmente el concepto «así troncales», con referencia a las tierras y heredades, sitas en el Juzgado y tierra llana, prescindiendo en absoluto de la condición de las personas para asignar a dichos bienes tal carácter de troncales, lo que constituye un Estatuto real y un verdadero principio de territorialidad»:

«Considerando que la ley 8.ª del título 21 del mismo Fuero, que regula la sucesión abintestato, aplicable en el presente caso, dispone textualmente «sean herederos los parientes más propincuos o cercanos de la línea de donde dependen los tales bienes raíces», sin que para la designación de las personas llamadas a suceder exija de modo alguno la existencia de un ascendiente común con el causante a quien hayan pertenecido los bienes, todo en consonancia con el carácter que a las tierras asigna la ley antes citada»:

«Considerando que a esta doctrina se atuvo este Tribunal Supremo al dictar su sentencia de 11 de Noviembre de 1902, en la que declaró a los ahora recurridos «herederos abintestato de D. Simón Urrutia Yermo respecto a los bienes raíces sitos en la tierra llana o infanzonado de Bizkaya que procedan de la línea de Doña Dionisia Yermo»:

«Considerando que no son de estimar ninguno de los tres motivos del presente recurso, porque, según lo antes consignado, el Tribunal *a quo* no ha cometido el error de hecho que se le atribuye en el primero, no ha infringido, antes bien, ha aplicado rectamente los textos legales que se invocan, y ha interpretado acertadamente la repetida sentencia de 11 de Noviembre de 1902, contra lo que se alega en los otros dos motivos»;

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Amalia de Zárraga, Doña Joaquina García de la Avena, Doña Clementina García de la Avena, Doña Filomena y D. Segundo García de la Avena, Doña Matilde, Don

Isidro y D. Emilio Merino, Doña Clementina Arquiaga, Doña Magdalena, Doña Carolina, Doña Felisa, Doña Vicenta y D. Saturnino de Urrutia, D. Ramón de Urrutia y Llano, D. Vicente de Urrutia y Errasti y D. Rodrigo Arquiaga, a los que condenamos al pago de las costas; y con la certificación correspondiente, devuélvase a la Audiencia de Burgos el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta de Madrid* e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pranunciamos, mandamos y firmamos.=Buenaventura Muñoz.=Ramón Barroeta.=Mariano Enciso.=Antonio Gullón.=Manuel Pérez Vellido.=Juan de Cisneros.=Manuel del Valle».

Publicación.=Leída y publicada fue la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Mariano Enciso, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario.

Madrid 27 de Enero de 1913.=Licenciado Trinidad Delgado Cisneros.

Dijimos anteriormente que el Tribunal Supremo había dicho su última palabra sobre esta importantísima cuestión, en sentencia de 10 de Marzo de 1914, poniendo un argumento tan valioso a los ya expuestos que consideramos ya indefendible la doctrina contraria. Por la mucha importancia de esa sentencia que fué dictada en un pleito en el que se adujeron toda clase de argumentos por ambas partes, creemos de grandísima utilidad transcribirla también íntegra, haciendo constar que su publicación tuvo lugar el 24 de Octubre de dicho año.

«Resultando que el 25 de Septiembre de 1848 otorgaron en Bilbao una escritura pública ante el Escribano D. José María de Gárate, de una parte D. Lucas Llopart y de otra D. José Ignacio de Arregui por la que el primero vendió a éste una tierra vuelta en el barrio de Bengosche jurisdicción de la Anteiglesia de Galdácano, con los linderos que en la misma se expresaban, en cantidad de 10.000 reales vellón, cediéndose además un crédito de 3.000 reales, tomándose razón en el oficio de hi-

potecas del partido de Bilbao de la expresada escritura el día 30 del mismo mes y año, según todo ello aparece del testimonio obrante en autos y en el que se insertan los llamamientos dados los domingos 5, 12 y 19 de Diciembre de 1847 en el pórtico de la Iglesia parroquial de Santa María de Galdácano a la hora de la procesión y poco antes de darse principio a la misa conventual, llamamientos promovidos por la ley 1.ª, título 17, Fuero y dados a los bienes raíces a que se contraía el despacho ante testigos, no habiendo habido opositor al derecho de tanteo ni otra reclamación en ninguno de los tres repetidos llamamientos:»

«Resultando que asimismo mediante escritura otorgada el día 11 de Diciembre de 1863, D. Santiago María de Barnaga vendió al propio D. José Ignacio de Arregui el dominio directo y útil de la heredad, campo, arbolar y trozo de monte con los árboles y cuanto contenían y que eran pertenecidos de los tres caseríos radicantes en la Anteiglesia de Abando, barrio de Larrasquitu, de los cuales uno era el denominado *Venta-barri,* sin reserva de ningún derecho que sobre la heredad tenía por la cantidad de 20 000 reales vellón, siendo inscrito este documento en el Registro de la Propiedad el día 17 del expresado mes de Diciembre y en 16 de Marzo de 1864, cedió el D. Santiago al expresado Arregui la casa de *Venta-barri,* con su horno, heredad y jardín, cuya cabida y deslinde se expresaban, sin reservarse derecho alguno que sobre la misma pudiera tener, por la cantidad de 20.000 reales, inscribiéndose la escritura en que esta venta se hizo constar en el Registro de la Propiedad correspondiente a los tres días de otorgado el documento:»

«Resultando que el Notario de Bilbao D. Julián de Ansuátegui autorizó en 25 de Octubre de 1873 una escritura pública por la que el D. José Ignacio de Arregui y D. Nicolás Justo Galíndez convinieron en lo siguiente: el D. Nicolás cedía y traspasaba a favor de Arregui todos los derechos que le correspondían sobre la mitad de los bienes raíces que pertenecían a la disuelta Sociedad habida entre ambos otorgantes, o sea la casa-palacio señalada con el núm. 18, la casa núm. 19,

la fábrica de conservas alimenticias y accesorios, el antuzano y terreno de enfrente de la casa-palacio, el jardín contiguo a los edificios expresados, la casa núm. 15 llamada *El descanso de la cuesta,* el terreno inculto situado al Oeste de dicha casa y un terreno manzanal en el barrio de Luzarra, radicante todo en la Anteiglesia de Deusto; que esta cesión se hacía por precio de 140.000 reales o sean 35.000 pesetas, que el cesionario se obligaba a satisfacer al cedente al año justo de la fecha de la escritura y transcurrido que fué éste, otorgaron los expresados D. Nicolás y D. José Ignacio otra escritura con fecha 26 de Octubre de 1874, en la que se hizo constar el pago que tuvo el cedente por hecho en la forma más eficaz que en derecho se requiriera:»

«Resultando que el repetido D. José Ignacio de Arregui compareció en 22 de Enero de 1878 ante el citado Notario Ansuátegui, manifestando en síntesis: que en 1859 D. Juan Medardo y Doña Concepción de Arenes, vendieron a D. Nicolás Justo de Galíndez, Gerente de la Sociedad titulada Galíndez y Compañía, la casa titulada El Descanso de la Cuesta, habiéndola adquirido para la expresada Sociedad, que formaba en unión de D. Angel María de la Fuente el compareciente D. Justo Somonte y D. Valentín Ruiz, y con caudal perteneciente a la misma, correspondiendo a los socios por quintas e iguales partes, que los cuatro indicados socios le habían vendido al compareciente sus respectivas participaciones y éste había adquirido de la Diputación de Bizkaya un trozo de terreno colindante a la expresada finca en 417 reales y 685 milésimas, habiendo aumentado considerablemente el edificio antiguo y construído las nuevas edificaciones que expresaba, todo lo que deseaba hacer constar a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad en cuyos términos describiendo con detalle las indicadas fincas, procedió al otorgamiento, inscribiéndose el documento en el Registro el día 30 del citado mes de Enero de 1878 en cuya oficina también aparecía inscripta a favor del D. José Ignacio de Arregui una escritura que otorgó en 10 de Agosto de 1877 en unión de D.ª Mónica de Zulaibar, por la que este le dió en venta real y enajenación perpetua

el caserío y partenecidos en el término titulado Labróstegui Mayor y las ruinas de la casa quemada Cubera y pertenecidos en el término de Labróstegui Menor, libre de toda obligación y gravamen en el precio de 52.566 reales y 58 céntimos o sean 13 126 pesetas 74 céntimos y medio la primera y 19.316 pesetas y 53 cuartillos de céntimo la segunda, confesando la vendedora tener recibido el importe total con anterioridad, todo lo cual aparece del testimonio obrante en autos, en el que además se insertan los llamamientos dados los domingos 15, 22 y 29 de Julio de 1877 de la Iglesia Parroquial de San Vicente de Baracaldo al tiempo de la ofrenda de la misa mayor a los bienes raíces propiedad de la D.ª Mónica en conformidad a la ley 1.ª, título 17 del Fuero de Bizkaya, cuyos llamamientos tuvieron lugar a la presencia de infinidad de vecinos y asistentes a la mencionada misa»:

«Resultando que el expresado D. José Ignacio de Arregui y Aguirre, casado con D.ª María Antonia Fuchaurbe, era hijo de D. Tomás Arregui y D.ª María Aguirre y a su muerte heredó su único hijo Don José Matías Aguirre y Fuchaurbe, inscribiéndolos a su favor en el Registro de la Propiedad y éste, con fecha 2 de Julio de 1892, otorgó escritura de contrato matrimonial con motivo del que tenía proyectado con D.ª Encarnación Sañudo, expresando en dicha escritura que dado el cariño que profesaba a su futura esposa, y haciendo uso de la facultad concedida por el art. 1.331 del Código Civil, donaba a aquélla el remanente de los bienes después de la aportación que hacía al matrimonio, cuyo remanente se lo transmitía en pleno dominio que, entre otras fincas heredadas de su padre D. José Ignacio, aportaba al matrimonio las siguientes:

La casa palacio conocida también con el nombre de Cervecería, el jardín cercado de tapias».

La casa contigua, señalada con el número 19».

Un trozo de terreno situado al frente de la casa palacio».

La casa titulada «Descanso de la Çuesta», señalada con el núm. 15; y

Un terreno manzanal radicantes todas en el barrio de Luzarra, de

la Anteiglesia de Deusto, en cuyo barrio se hallaban enclavadas estas otras fincas que también aportaba':

Un trozo de terreno procedente de demasía a la apertura del camino real de Bilbao a Plencia, en el que su padre había construído un edificio que denominó también Descanso de la Cuesta».

Un terreno contiguo, habiéndose edificado contiguo al terreno anterior, una panadería, que fué destruída por un incendio».

Otro terreno contiguo a dicha panadería; y

El terreno que también pertenecía a la misma propiedad cuya escritura fué otorgada con el fin de determinar los bienes que cada uno de los futuros contrayentes aportaba al matrimonio»:

«Resultando que ante el Notario de Bilbao D. Ildefonso de Urízar otorgaron el día 26 de Noviembre de 1895 otra escritura pública el D. José Matías Arregui y su esposa Doña Encarnación Sañudo, de una parte y de otra Doña María Pérez, manifestando el primero: que era dueño de las fincas que se describían, o sea de la casa palacio, núm. 18, conocida también con el nombre de Cervecería; su jardín cerrado de paredes y trozo de terreno situado a su frente, de la casa núm. 19 y de la denominada Descanso de la Cuesta, núm. 15, con el terreno contiguo y solar donde existía la casa panadería y el terreno a continuación del mismo, radicantes en el barrio de Luzarra, jurisdicción de la Anteiglesia de Deusto, cuyas fincas le correspondían por herencia de su padre D. José Ignacio y mediante escritura de aceptación y descripción de bienes de 5 de Noviembre de 1880, y se hallaban inscriptas a su nombre en el Registro de la Propiedad y que se las vendía a Doña María en las siguientes condiciones: el exponente D. José Matías se reservaba para sí el usufructo vitalicio de las fincas objeto de la enajenación y el precio se fijaba en 250.000 pesetas la casa palacio, jardín y terreno; 15.000 la casa número 19, y 30.000 la casa Descanso de la Cuesta, con el terreno contiguo y solar de la casa panadería y terreno a continuación, o sea en junto 295.00, las cuales recibía en este acto, de manos de la compradora, en billetes del Banco de España y en un cheque contra

el Banco de Bilbao, inscribiéndose la escritura en el Registro de la Propiedad»:

«Resultando que en 13 de Noviembre de 1901 falleció el D. José Matías Arregui, sin dejar ascendientes ni descendienles y bajo testamento otorgado el 15 de Octubre del mismo año, en el que, entre otras se contenían las siguientes cláusulas:»

4.ª Nombramiento de sucesor tronquero. Dona y manda a su prima D.ª Josefa Arregui, nombrándola al efecto heredera y sucesora tronquera los bienes inmuebles sitos en el Infanzonado de Bizkaya, que al testador corresponden por herencia de su finado padre D. José Ignacio Arregui, excluyendo a los demás parientes tronqueros con un palmo de tierra, una teja y un árbol, suplicándola encarecidamente ceda el usufructo correspondiente a la misma D.ª Josefa durante sus días en las fincas sitas en Baracaldo a la esposa del testador D.ª Encarnación Saturnina Sañudo;

5.ª Institución hereditaria. Instituye y nombra por única y universal heredera del remanente o todos sus bienes inmuebles, muebles, valores, créditos, derechos y acciones a su muy amada esposa D.ª Encarnación Saturnina Sañudo.»

«Y a los dos días de fallecido D. José Matías o sea el 15 de Noviembre de 1901, comparecieron ante el Notario Urízar, de una parte, la D.ª Josefa Arregui y Cincúnegui, que era hija de un hermano de doble vínculo de D. José Ignacio de Arregui, y por lo tanto, prima carnal de D. José Matías, y de otra, la viuda D.ª Encarnación Sañudo, haciendo relación del fallecimiento y testamento del expresado D. José Matías, y transmitiendo D.ª Josefa a favor de D.ª Encarnación los bienes inmuebles sitos en el Infanzonado de Vizcaya, relictos al fallecimiento de aquél y que a éste correspondieron por herencia de su padre D. José Ignacio, renunciando a favor de la misma el dominio pleno y cuantos derechos tuviera sobre ellos, cuya transmisión obligaba a D.ª Encarnación a satisfacer o pagar a la D.ª Josefa la pensión vitalicia de cuatro pesetas diarias, pagadera por trimestres adelantados, y en Bilbao, ha-

biendo sido adicionada esta escritura con la que otorgaron D.ª Encarnación y D.ª Josefa en 20 del mismo mes, en la que se relacionaron los bienes que sitos en el Infanzonado de Bizkaya había adquirido el D. Matías por herencia de su padre, que consistían en una finca en Galdácano, finca en jurisdicción de Abando, otras en Baracaldo y un crédito hipotecario contra D. Andrés Mendiola, haciendo constar que otorgaban la escritura a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, primero a nombre de la D.ª Josefa, como heredera y sucesora tronquera del D. José Matías, en cuanto a los inmuebles sitos en el Infanzonado de Bizkaya, correspondientes al mismo por herencia de su padre, y en segundo lugar, a nombre de D.ª Encarnación, en virtud de la transmisión hecha a su favor en ambas escrituras, habiendo autorizado el mismo notario de Bilbao D. Ildefonso de Urizar, con fecha 31 de Diciembre del mismo año de 1901, otra escritura pública, por virtud de la cual D.ª María Pérez vendió a D.ª Encarnación Sañudo en pesetas 147.000, que declaró tener recibidas con anterioridad, las fincas que la vendedora a su vez había comprado a D. José Matías en 26 de Noviembre de 1905, inscribiéndose la escritura en el Registro de la Propiedad y haciéndose constar que el usufructo que se reservó entonces D. José Matías sobre los bienes que transmitió, se consolidaba por su fallecimiento con la nuda propiedad»:

«Resultando que el día 5 de Junio de 1910, falleció la D.ª Josefa de Arregui a la edad de ochenta años y en 14 del siguiente mes de Julio acudió al Juzgado su hermana D.ª Francisca, actual demandante en estos autos, solicitando la prevención del juicio de abintestato de la misma, lo cual acordó aquél, procediéndose en 1.º de Agosto a inventariar los bienes que de la pertenencia de la finada D.ª Josefa existían en su domicilio, inventariándose primeramente el metálico y los inmuebles que aquella heredó de su primo D. José Matías, como heredera tronquera del mismo, consignándose los siguientes:

A) Los terrenos de pan sembrar del barrio de Bengoeche, Anteiglesia de Galdácano»;

B) La posesión llamada Venta-Berri, con los edificios construídos dentro de dicha posesión»;

C) Una casa rústica llamada Venta-Berri, en jurisdicción de Abando»;

D) Una heredad al mediodía de la casa»;

E) Otro terreno llamado Jardín con cercados y paredes»;

F) El caserío titulado Luguri, en el barrio de Larrasquitu, en la Anteiglesia de Abando, y parte del monte Mendigaren, en el que se llevó a cabo una construcción en el sitio del antiguo caserío»;

G) Una heredad labrante en dicho barrio de Larrasquitu»;

H) Un campo arbolar contiguo a la citada heredad»;

I) Un trozo de monte titulado Sorronza o Sorroncisa, en la misma jurisdicción; y

J) El caserío y pertenecidos del término titulado Labróstegui Mayor, de la Anteiglesia de Baracaldo y las ruinas de la casa quemada en los mismos términos y jurisdicción, sobre cuyas ruinas se edificó una casa nueva, continuándose la diligencia de inventario el día 4 del mismo mes»:

«Resultando que la D.ª Josefa Arregui falleció en el domicilio de la viuda del D. José Matías, D.ª Encarnación Sañudo, la cual se negó a firmar la diligencia que se practicó el día 1.º de Agosto por no estar conforme con el inventario que se había practicado, manifestando el día 4 que siempre había tenido a disposición de la hermana de Doña Josefa los bienes que de la pertenencia de ésta existían en su domicilio, y así se lo había hecho saber en diferentes ocasiones verbalmente y por carta, no habiendo dado cuenta del fallecimiento al Juzgado para que incoara el abintestato por la existencia de la hermana, en cuyo conocimiento lo puso inmediatamente de lo ocurrido; y depositados que fueron los bienes muebles inventariados y metálico en poder del depositario administrador que se nombró, y solicitado por D.ª Francisca Arregui con fecha 1.º de Septiembre, que se la declarase heredera abintestato de su finada hermana de doble vínculo D.ª Josefa, dictó auto el

Juez, previos los requisitos y trámites de ley, con fecha 27 de Octubre de 1910, accediendo a lo solicitado por aquélla, siendo de advertir que durante la tramitación de estas diligencias, el día 12 de Septiembre del mismo año citado, autorizó el Notario de Bilbao D. Felipe Barrena una escritura pública, por la que D.ª Encarnación Sañudo vendió a su hermana D.ª Beatriz los terrenos de pan sembrar, radicantes en Galdácano, Barrio de Bengoeche, la posesión llamada Venta-Berri, con sus pertenecidos, el caserío del mismo nombre, la heredad y campo arbolar contiguo a ella, radicantes en el barrio de Larrasquitu y la porción de monte bajo llamado de Sorruza, con todas las servidumbres, usos y derechos que le eran inherentes, libre de todo gravamen, por el precio de 17.500 pesetas; consignándose en la escritura de dichas fincas, con otras varias, pertenecieron a D. José Matías de quien las hubo D.ª Josefa Arregui, la que por escritura de 15 de Noviembre de 1901 las cedió a D.ª Encarnación mediante la pensión que se expresaba, sin que en la escritura de cesión se describieran las fincas cedidas, pero haciéndose la descripción en la que se otorgó el 20 del mismo mes; y en virtud de dichos dos documentos se verificó la inscripción de dichas fincas en el Registro de la Propiedad»:

«Resultando que en 14 de Noviembre de 1910, a instancia de doña Francisca Arregui, fué requerida notarialmente D.ª Dominga de Urquidi que había estado en concepto de sirviente en casa de D.ª Encarnación Sañudo, manifestando sucintamente que la D.ª Josefa Arregui, aunque prima de D. José Matías, estaba considerada en la casa como criada, sufriendo el poco afecto conque aquella la trataba, pues con frecuencia la hacía objeto de insultos cuando la reñía, razón por la cual D.ª Josefa mostró deseo varias veces de abandonar la casa y exteriorizó su sentimiento por haber otorgado una escritura con la D.ª Encarnación; y después de haber intentado D.ª Francisca la conciliación en el Juzgado Municipal correspondiente con D.ª Encarnación sobre las pretensiones que han originado el presente pleito, requirió notarialmente con el mismo fin, en 29 de Noviembre del mismo año, a D.ª María Pérez

para que manifestase si estaba dispuesta a consentir en la declaración de inexistencia de los contratos de 26 de Noviembre de 1895 y 31 de Diciembre de 1901, contestando la requerida que ella había comprado y pagado religiosamente, no falsamente, y que no tenía más que agregar»:

«Resultando que con estos antecedentes y acompañando copias simples de las escrituras de 2 de Julio de 1892, 26 de Noviembre de 1895, testamento de 15 de Octubre de 1901, escrituras de 15 y 20 de Noviembre y 31 de Diciembre del mismo año, certificación del auto de 27 de Octubre de 1910, otra de empadronamiento relativa a la doña Josefa Arregui y acta de requerimiento de 15 de Noviembre de 1910, D.ª Francisca Bernardina Arregui y Cincunegui dedujo en los Juzgados de primera instancia de Bilbao la demanda de mayor cuantía origen de los presentes autos, que dirigió contra D.ª Encarnación Sañudo y D.ª María Pérez y en cuya demanda, que fué turnada al Juzgado del Distrito del Centro, hizo relación del contenido de todos los documentos producidos, añadiendo: que del testamento del D. José Matías se deducía, en primer término, que revocaba la donación que hizo constar en la escritura de 2 de Julio de 1892, lo que verificó en cuanto se apercibió que no era lícita la donación de bienes sitos en territorio foral y haciendo el nombramiento de sucesor tronquero con arreglo al Fuero de Bizkaya, después de lo cual reconoció que D.ª Josefa podía disfrutar libremente, pero únicamente durante sus días, los bienes inmuebles heredados; que a los dos días de fallecer su marido adquirió D.ª Encarnación los inmuebles que D.ª Josefa había heredado, dándose una inusitada prisa y haciendo un verdadero negocio, pues la pensión que se comprometió a pagar a aquélla, que a la sazón contaba sesenta y un años y estaba en su casa en concepto de criada, aun suponiendo que ésta viviese hasta los ochenta años, no pasaba de 10 ú 11.000 pesetas; que por la escritura de 31 de Diciembre de igual año, D.ª Encarnación adquirió la propiedad de todos los inmuebles que por expresa disposición de su marido debían pasar a los parientes tronqueros; que al fallecer D.ª Josefa puso la demandada D.ª Encarnación todo género de

obstáculos, inclusive hasta para la formación del inventario, en vista de lo cual la actora solicitó la prevención del abintestato, incluyendo en el inventario, entre otros bienes, los inmuebles sitos en el infanzonado de Bizkaya, heredado por D.ª Josefa como pariente tronquera; que era muy de tener en cuenta que D.ª María Pérez que había pagado 60.000 duros por unos bienes cuyo usufructo se reservó el D. Matías los vendió en menos de la mitad, en 147.500 pesetas, cuando una vez fallecido aquél se consolidó en ella el pleno dominio, y cuando por el tiempo transcurrido los terrenos, por su situación en la carretera de Bilbao a Las Arenas, habían duplicado su valor; y que tampoco debía pasar inadvertido el hecho de que D.ª Josefa, no obstante su estrecho parentesco con D.ª Encarnación y a pesar de estar nombrada heredera tronquera, vivía con aquélla en concepto de criada, y sin que por ello fuese óbice la pensión de cuatro pesetas que dicha D.ª Encarnación contrajo el compromiso de pagarla, y citando fundamentos legales terminó suplicando se declarara:

1.º Inexistentes los contratos otorgados en 26 de Noviembre de 1895 y 31 de Diciembre de 1901 entre D. José Matías de Arregui y D.ª María Pérez, y entre ésta y D.ª Encarnación Sañudo, en cuanto los referidos contratos fueron supuestos pactos celebrados con objeto de hacer pasar lo propiedad troncal de D. Matías, reservable a los parientes profincos, con arreglo al Fuero de Bizkaya, a manos de su esposa D.ª Encarnación, simulando al efecto la venta de aquella propiedad a una persona intermediaria, de la cual la adquirió D.ª Encarnación a la muerte de su marido; y

2.º La nulidad de las obligaciones estipuladas en la cláusula segunda de la escritura de 15 de Noviembre de 1901, otorgada por D.ª Josefa de Arregui y D.ª Encarnación Sañudo, y consiguientemente la escritura de descripción de bienes de 20 del mismo mes y la inscripción en el Registro de la Propiedad de aquellas fincas a nombre de D.ª Encarnación, por tratarse de actos y obligaciones nulos por su naturaleza como contrarios a la ley 18, título 20 del Fuero de Bizkaya, y cuya nu-

lidad correspondía solicitar a la actora como heredera universal de su hermana D.ª Josefa, heredera tronquera única de su primo D. Matías de Arregui, según constaba en el testamento de 15 de Octubre de 1901, con todo lo demás que en justicia procediera y las costas; y por medio de posterior escrito, y haciendo mérito de la escritura de 12 de Septiembre de 1910, de la que a su instancia se aportó a los autos testimonio notarial, amplió la demanda, suplicando se acumulara la acción que interponía para anular la venta otorgada en 12 de Septiembre de 1910, concertada entre las hermanas D.ª Encarnación y D.ª Beatriz, a la que interpuso al presentar su primer escrito contra D.ª Encarnación Sañudo y D.ª María Pérez, declarándose nulo y sin ningún valor ni efecto el contrato simulado por D.ª Encarnación y D.ª Beatriz, consignando en aquella escritura en fraude de los derechos de la demandante:

«Resultando que personas en autos las demandadas D.ª Encarnación y D.ª Beatriz Sañudo, presentaron escrito de contestación a la demanda, con el que produjeron, además de varias partidas sacramentales, copia testimoniada de la escritura de 25 de Septiembre de 1848, copia de las escrituras de 11 de Diciembre de 1863, 16 de Marzo de 1864, 25 de Octubre de 1873, 26 de Octubre de 1874, 22 de Enero de 1878, 10 de Agosto de 1877, 16 de Julio de 1910, por la que D.ª Encarnación vendió a D.ª Beatriz en 30 000 pesetas los caseríos de los términos de Labróstegui Mayor y Menor, copia del acta de requerimiento de 29 de Noviembre de 1910, varios recibos acreditativos de haber percibido la D.ª Josefa la pensión a cuyo pago se obligó la D.ª Encarnación al transmitirla aquélla los bienes heredados de D. José Matías y copia de una escritura en 27 de Octubre de 1908 en la que D.ª Josefa declaró y confesó haber recibido de D.ª Encarnación Saturnina Sañudo las dos pensiones de cuatro y una peseta diarias que se mencionaban hasta el primero de Enero, entre otros documentos; y en el referido escrito de contestación relacionaron las expresadas demandadas el contenido de la escritura y demás documentos producidos, alegando además en cuanto es pertinente:»

«Que el tronco común de D. José Matías Arregui y la demandante y su hermana Josefa, era el formado por sus abuelos paternos D. Tomás Arregui y D.ª María Aguirre, siendo aquéllos primos carnales; que los bienes litigiosos no pertenecían al tronco común, pues no eran de patrimonio o abolengo de los Aguirre, sino adquiridos por el D. José Ignacio, padre del D. José Matías, en fechas distintas, por escrituras diferentes y a diversas personas, según justificaba con los documentos producidos; que desde que D.ª Encarnación adquirió las fincas de Deusto hasta la fecha de la demanda, nadie hizo uso de acción alguna contra la venta y aquélla ejercitó todos los derechos dominicales, cobrando las rentas y estableciendo una servidumbre por convenio con D.ª Petra Echevarría, según era de ver en la escritura de 10 de Abril de 1906 y en la de 9 de Septiembre de 1907 que producía; que D. José Matías donó en su testamento a D.ª Josefa los bienes del infanzonado no vendidos, renunciando ésta a los inmuebles donados a favor de D.ª Encarnación mediante la estipulación de la pensión de cuatro pesetas diarias, siendo tenida ésta última por dueña indiscutible de las fincas de Galdácano, Abando y Baracaldo, inscritas a su nombre y poseyéndolas quieta y pacíficamente hasta que como tal dueña las enajenó en los meses de Julio y Septiembre de 1910 a su hermana Beatriz»;

«Que la demandante D.ª Encarnación cumplió fielmente los compromisos contraídos, pagando por trimestres vencidos la pensión a D.ª Josefa, no sólo la de cuatro pesetas, sino también la de una peseta diaria que le dejó D. José Ignacio, y con las cuales podía D.ª Josefa atender a las múltiples calamidades de su hermana, la actora, y de su familia, que sin cesar acudían en demanda de auxilios, amenazando con litigios y contiendas y que dueña la D.ª Encarnación de las fincas desde Noviembre de 1901, pudo libremente venderlas a su hermana, la que las adquirió abonando el precio, y ella era la dueña absoluta de las mismas desde Septiembre de 1910; y citando fundamentos legales, terminó suplicando se la absolviese de la demanda declarando subsistentes, válidos y eficaces los contratos de 26 de Noviembre de 1892 y

31 de Diciembre de 1901, así como las obligaciones estipuladas en la cláusula 2.ª de la escritura de 15 de Noviembre de 1901 y la de 20 de igual mes y año, y finalmente la escritura de 14 de Septiembre de 1910 y las inscripciones respectivas en el Registro de la Propiedad, condenando a D.ª Francisca de Arregui al pago de todas las costas»:

«Resultando que por su parte la otra demandada D.ª María Pérez evacuó el traslado de contestación, alegando: que era completamente inexacto que al transmitir el D. José Matías a la alegante la finca en Noviembre de 1895 cometiese ninguna infracción del Fuero, pero en cambió padeció un error de derecho en su testamento al conceder el carácter de bienes troncales a los que no la tenían, atribuyendo la cualidad de heredera tronquera a su prima D.ª Josefa; que era de todo punto indudable que el D. José Matías al morir no tenía sucesores tronqueros, y por lo tanto eran inexactos los hechos alegados por la demandante que partían de dicho falso supuesto que la alegante pudo libremente vender en el año 1901 la finca que había adquirido en 1895, pues tenía perfecto derecho a hacerlo, y en cuanto al precio, también le asistía como dueña absoluta de su patrimonio, para exigirle a la compradora, que era su sobrina Encarnación, la cantidad que estimara conveniente, y lo mismo pudo fijar aquél en 147.500 pesetas que en una sola, o haberla cedido graciosamente, pues carecía de herederos forzosos y contaba con otros bienes y con su trabajo honrado que lícitamente le proporcionaba recursos con qué vivir»;

«Que en la demanda no se mencionaba ni menos se justificaba el entronque familiar de D.ª Francisca con D. Matías, ni la procedencia de las supuestas fincas troncales, quién las adquirió y por qué título, haciendo también caso omiso la actora de los descendientes del comprador de los bienes reclamados y que ella no figuró entre los mismos por no tener troncalidad; y que así también omitida la demandante el asentimiento tácito dado a los contratos cuya nulidad se pretendía por la demandante y su hermana por el plazo legal de prescripción y por varios hechos más; y previa la cita de fundamentos de derecho, suplicó

se la absolviera de la demanda, declarando subsistentes los contratos de 26 de Noviembre de 1895 y 31 de Diciembre de 1901 y condenando a la actora a silencio y callamiento perpetuos, con las costas»:

«Resultando que en el escrito de réplica insistió la actora en sus alegaciones de hecho y de derecho, alegando además: que nunca había dicho que descendiera del tronco común de los padres de José Matías, sino del tronquero de los abuelos de éste, y siempre la habían llamado pariente profinca de traviesa de tronco dentro del cuarto grado a que hacía referencia la ley 18 del título 20 del Fuero de Bizkaya; que ni la ley 1.ª ni la 2.ª del título 17 del Fuero exigían que procedieran del tronco los bienes raíces sujetos a llamamientos forales, y que respecto de la prescripción invocada de contrario, sólo precisaba aducir que en caso de que se declarase simulado el contrato celebrado entre el don José Matías y la D.ª María Pérez, era indudable que tendría que sujetarse por inexistente y no existiría prescripción que lo convalidara; y terminó suplicando se declararan inexistentes los contratos de 26 de Noviembre de 1895 y 31 de Diciembre de 1901, la nulidad de las obligaciones consignadas en la cláusula 2.ª de la escritura de 15 de Noviembre de 1901 y nulos los contratos de 16 de Julio y 14 de Septiembre de 1910 y en el escrito de dúplica reprodujeron las demandadas, las alegaciones y pretensiones de su escrito de contestación, añadiendo las hermanas Encarnación y Beatriz Sañudo extensas consideraciones para demostrar que los hijos de la demandante no disfrutaban de posición desahogada, y que dicha D.ª Francisca había sido constantemente auxiliada por los primos y hermana, en justificación de lo cual acompañaban varias cartas y otros documentos»:

«Resultando que practicadas por las partes pruebas de confesión judicial, testifical y documental, aportándose, entre otros documentos, certificaciones del Registrador de la Propiedad de Bilbao, acreditativa de las Inscripciones de que ya se ha hecho mérito, y además de las causadas a favor del D. José Matías Arregui con motivo de la muerte de su padre, referentes a las fincas litigiosas, y sustanciado el juicio

por sus restantes trámites de dos instancias, en 6 de Marzo del corriente año 1913 dictó sentencia confirmatoria la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Burgos, absolviendo de la demanda a Doña Encarnación y D.ª Beatriz Sañudo y D.ª María Pérez, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias»:

«Resultando que D.ª Francisca Bernardina Arregui y Cincunegui, que litiga en concepto de pobre, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el número 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, estimando que han sido infringidas por la Sala sentenciadora»:

1.º La ley 14 del título 20, por interpretación errónea, puesto que lo único que dice esta ley es que a falta de ascendientes o descendientes puede disponer de todo lo mueble a su voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros, sin hacer otra distinción, digo, distribución ni aclaración alguna sobre quiénes tienen ese carácter, ni es necesario que lo haga, pues queda sobradamente aclarado este concepto con lo que dice la ley 16 del propio título, en que se establece que toda raíz que hombre o mujer comprasen o hayan comprado en su vida, que lo tal no sea habido ni contado por mueble para enajenar ni disponer a voluntad; antes bien, sea habido y tenido por raíz como si lo hubiese habido de abolengos, y no pueda ser dado ni mandado a extraños salvo al heredero y profinco, lo cual quiere decir que los bienes raíces, los adquiera quien los adquiera, tienen carácter de tales para poder ser enajenados posteriormente, viniendo a engrosar los bienes troncales sin que exista la necesidad que ve la Sala de que los bienes y parentesco procedan de un tronco común, pues lo que tiene que dominar como elemento principal es el parentesco al que se supedita el origen de los bienes, y cuya doctrina aparece reforzada por la ley 3.ª del título 17, que lo que hace es aclarar el orden de preferencia en el caso de que concurrieren a una compra muchos parientes, que es el objeto de la ley 2.ª del propio título y a este respecto, y aclarado por ésta el orden entre parientes de la línea de que dimanasen los bienes, sean éstos pre-

feridos y tratados como extraños los otros profincos pero que de no concurrir los primeros, el derecho de preferencia sea de los tronqueros, cualquiera que sea en linea, dentro del cuarto grado, aun cuando concurran el cónyuge y comunero».

2.° La ley 8.ª del título 21, también erróneamente interpretada, que dice en los casos de sucesión abintestato que a falta de ascendientes o descendientes sucedan los parientes más profincos o cercanos de la línea de donde dependen los tales bienes raíces y si el tal difunto dejare bienes raíces que hubo heredado o adquirido de parte del padre, hereden los parientes de aquella línea por su orden y grado; y siendo así que los bienes en litigio procedían de la parte del padre; y que precisamente de esta línea dimanaba el parentesco del testador con Doña Josefa, cuyos parentescos y troncalidad él mismo reconocía en su testamento, no quedando a la muerte de D.ª Josefa otra heredera más que la recurrente parienta en el mismo grado y por la misma línea del Don José Matías, claro está que a ella pasaron todos los derechos de Doña Josefa reconocidos por la ley».

3.° Las leyes 3.ª y 4.ª del título 20, por aplicación indebida, toda vez que sólo se refiere a bienes dotales cuando hubiere hijos de otro matrimonio y situación de los hijos de un primer matrimonio cuando los hubiere de un segundo y tercero, circunstancia que no concurre en este caso.

4.° La ley 18 del título 20, por interpretación errónea, que determina que hombre alguno ni mujer no puede hacer donación ni otra manda o disposición a extraño habiendo parientes profincos de traviesa, dentro del cuarto grado, de bienes raíces algunos, puesto que de tan concluyente disposición toma base la sentencia recurrida en apoyo de su doctrina, diciendo que esta ley se parte del principio de que los bienes han de ser troncales; y aun cuando así sea, en las leyes anteriormente citadas se aprecia que los bienes raíces adquieren tal carácter por los motivos que expone la ley 16 de ese mismo título, y a ella hay que atenerse, dado el silencio que sobre el particular guarda la ley 18; y

5.º La ley 1.ª del título 17, referente a los llamamientos forales, asimismo interpretada con error, derivado del equivocante criterio que ha presidido en toda la tramitación del pleito, de que los bienes propiedad del D. José Matías no eran troncales, por haberlos heredado de su padre D. José Ignacio, y éste los había adquirido de diversos propietarios, siendo así que por las razones que se dejan expuestas, queda probado que tenían tal carácter y por tanto, el hecho de no haberse efectuado los llamamientos que esta ley señala, siendo este requisito indispensable, anula e invalida todos los contratos hechos desde el en que D. José Matías hacía donación a su esposa de todos sus bienes hasta el en que ésta los vendió a su hermana D.ª Beatriz».

«Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Víctor Covián:

«Considerando que la única cuestión del pleito y del recurso consiste en determinar si los bienes raíces que con arreglo al Fuero de Bizkaya deben reservarse para los descendientes, ascendientes o profincos de traviesa tronqueros, son todos sin distinción, sea cualquiera su procedencia, como pretende la parte actora, o por el contrario, esa obligación se halla limitada a los troncales, según establece en la sentencia recurrida»:

«Considerando que, como el principio de la troncalidad ataca el de la libre disposición, tanto en intervivos como mortis causa, las leyes que lo regulan han de interpretarse en sentido restrictivo, y así este Tribunal Supremo tiene declarado que las 14 y 18, título 20 de dicho Fuero, prohiben disponer de bienes raíces en favor de extraño tan sólo cuando el dueño tuviere descendientes, ascendientes o colaterales tronqueros dentro del cuarto grado y que quien comprase bienes raíces a un extraño, puede disponer de ellos libremente, si carece de descendientes o ascendientes, porque no habiéndolos poseído persona alguna de la familia del comprador, no puede este tener parientes colaterales tronqueros, calidad imprescindible para que los colaterales adquieran bienes por el derecho de troncalidad»:

«Considerando, a mayor abundamiento, que la ley 16 del mismo

título no contiene precepto alguno del que pueda inferirse que los parientes colaterales del comprador de bienes raíces deban heredarlos por derecho propio, sin ser tronqueros, pues tuvo por único objeto consagrar el principio necesario para llevar hasta sus últimas consecuencias el régimen troncal de que la propiedad patrimonial y de abolengo no pierde este carácter mientras se conserve en la familia, aunque se hubiere transmitido de uno a otro miembro de ella por título de compra, y por eso no equipara los bienes comprados a los herederos, sino ambos títulos de adquirir la propiedad, y de ahí que no conceda a los parientes del comprador, no tronqueros, la sucesión en la cosa, y sí al heredero y profincos llamados por el Fuero, con lo cual es visto que excluye de la sucesión a los colaterales en quienes no concurra la calidad de tronqueros»:

«Considerando que declarado por la Sala, de acuerdo con las propias manifestaciones de la demandante, que la D.ª Josefa Arregui, de quien aquélla trae causa, no era descendiente del comprador de los bienes después de vendidos y objeto de este pleito, sino pariente colateral, es evidente que carece de acción para reclamarlos, por no ser tronqueros, en relación a la misma; en su consecuencia, a tenor de la doctrina expuesta, caen por su base los motivos del recurso, puesto que todos ellos se fundan en la inteligencia diametralmente opuesta dada a los expresados textos;»

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D.ª Francisca Bernardina Arregui Cincunegui, a quien condenamos al pago de las costas, y para en su caso, al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir; que se distribuirá entonces con arreglo a la ley».

Después de esta sentencia los Juzgados de 1.ª Instancia de Bizkaya han seguido casi por unanimidad la doctrina del Supremo según hemos oído. Nosotros, por nuestra parte, desde el estrado del Juzgado de Du-

rango no nos hemos apartado de ella, y en un expediente de declaración de herederos que se hizo contencioso y en el que intervinieron los letrados del Colegio de Bilbao D. Federico Zabala y D. Esteban Bilbao y que quedó firme por haberlo consentido las partes, sostuvimos la misma doctrina, teniendo nuestra sentencia.

«Sentencia fecha de 16 de Julio de 1915. Dice así:

«Considerando que para resolver la cuestión planteada, es preciso dilucidar en primer término si los bienes que el menor D. Lorenzo Petralanda heredó de su madre son o no bienes troncales, pues en ello estriba esencialmente la resolución del litigio, ya que el orden de suceder abintestato establecido en la ley 8.ª título 21 del Fuero de Bizkaya en favor de los parientes más propincuos a falta de descendientes y ascendientes, es tan sólo para cuando los bienes raíces sean troncales, pues cuando no tienen este carácter los bienes raíces, son considerados bienes muebles para los efectos del Fuero».

«Considerando que los bienes que el niño Lorenzo Petralanda heredó de sus padres sólo serían bienes troncales respecto a las personas que descendieran del matrimonio Petralanda Barrenechea, pues como el propio nombre lo indica, bienes troncales son aquellos que proceden del tronco y el tronco de los bienes litigiosos, es a no dudarlo, el matrimonio referido y no cada uno de los cónyuges como sostiene el Ministerio Fiscal, ya que el Código Baskongado esencialmente anti-individualista y puramente familiar, no mira más que a la conservación de la nueva familia y a la de sus futuros descendientes, pero no al bienestar de personas que nada tienen que ver con el fundador, siendo en un todo contrario al espíritu de los nobles legisladores que vertieron su sabiduría en el Fuero, que se conviertan en herederos familiares personas extrañas al adquirente de los bienes por azares y vicisitudes de la vida».

«Considerando que en el caso debatido existen a no dudarlo, bienes troncales—pues hubo un tronco—pero no existen parientes tronqueros por haberse agostado la única rama del tronco y los bienes raíces

no pueden por ello ir a parar a título de troncales a ramas de tronco distinto con el que nada en absoluto tienen que ver».

«Considerando que la comunicación Foral que las leyes bascas establecen, tiene por objeto la dignificación del cónyuge superviviente en la creación de un patrimonio nuevo en una familia nueva, en la que se funden personas, interés y afectos, por lo que solamente existe cuando hay hijos, y de prevalecer el criterio del Ministerio Público sería la institución foral, institución altamente disgregadora formando dos troncos en cada uno de los dos esposos y no uno en los dos y esto no para sus descendientes que son su única familia sino para sus colaterales respecto de los cuales no existe tronco, con lo que no cumpliría la comunicación foral la elevada misión que la está encomendada».

«Considerando que el Tribunal Supremo tras sapientísimos consiserandos ha declarado en sentencia de 10 de Marzo de 1914 en un caso anólogo al debatido y en el que se alegaron los mismos argumentos, que para que existan bienes troncales es necesario que se encuentre un ascendiente común entre la persona que trata de retraerlos y aquella de donde proceden los bienes, siendo ésta la última palabra del Supremo Tribunal que cristaliza de un modo completo el espíritu de los fueros baskongados y la opinión de los jurisconsultos modernos del Señorío».

«Considerando que la teoría del promovedor de este expediente y del Ministerio Fiscal llevarían, a no dudarlo, a la inadmisible deducción de que toda raíz en Bizkaya es troncal cosa ilógica, anti-económica y contraria al Fuero, pues si bien la ley 10, título 20 determina que la raíz comprada sea de la misma condición que la heredada, esa misma ley concluye diciendo que la tal raíz no puede ser mandada a extraño, salvo al heredero y profinco que la deban heredar, por lo cual cuando el heredero profinco no exista como en el hecho de autos ocurre, los bienes de extraños adquiridos pueden ser mandados a extraños de lo que se deduce ad-hóminem que no es absolutamente cierto que la raíz comprada sea de la misma condición que la heredada cuando no existen parientes tronqueros».

«Considerando que no es de apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes».

«Vista la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1914».

FALLO: Que accediendo a la petición del Procurador Belacortu en su escrito de oposición a la declaración de herederos pedida por D. Benigno de Gorostiza, debo desestimar y desestimo la pretensión de este último señor formulada en su escrito de 4 de Diciembre último y reproducida más tarde durante el curso del expediente en súplica de que se declare a D. Nicasio, D. Víctor, D.ª Nicolasa, D.ª Leandra y D.ª Lucía Barrenechea y Vicandi sus representados, herederos abintestato de los bienes raíces que su sobrino D. Lorenzo de Petralanda heredó de su madre, sin hacer expresa condenación de costas.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.=José de Solano.

Igual criterio hemos sostenido en sentencia de 15 de Octubre de 1916 dictada en apelación de un juicio verbal civil procedente del Tribunal Municipal de Amorebieta, como puede verse en el capítulo 3.º de esta obra.

Las demás disposiciones que el Fuero marca sobre la troncalidad están contenidas en diferentes títulos de sus leyes y de ellas nos ocupamos en los restantes capítulos de este trabajo. En el presente capítulo nos hemos propuesto tratar casi de un modo exclusivo de la tan debatida cuestión de si en la legislación de Bizkaya es troncal toda raíz, sobre lo cual los letrados de Bizkaya no acaban de estar conformes, a pesar de los notables trabajos que se han llevado a cabo en este sentido, principalmente por el ilustre Chalbaud, de haber dicho el Tribunal Supremo su última palabra de modo tan elocuente y de haberlo así acordado y demostrado la notable comisión que para la codificación del derecho de Bizkaya se nombró por el Gobierno y que funcionó de

modo tan brillante que no podrá menos de ser tenido en cuenta su informe en la reforma del código y del fuero.

He aquí el texto del articulado del apéndice propuesto por la Comisión:

ARTÍCULO 7.º

La troncalidad en el parentesco se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el infanzonado.

Se consideran bienes raíces para los efectos de este artículo:

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 bien que esté comprendido en el número anterior.

3.º Todo lo que esté unido a un bien de los del número 1.º 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 de las heredades o edificios, en forma tal 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, estanques de peces 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 la tierra donde hayan de utilizarse.

ARTÍCULO 8.º

Son parientes tronqueros:

En la línea descendente, todos los hijos legítimos y descendientes legítimos.

En la ascendente, los ascendientes legítimos de la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate.

En la colateral, los parientes legítimos que lo sean por la propia línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate.

ARTÍCULO 9.º

En la línea descendente el parentesco troncal no tiene límite y se prolonga cualquiera que sea el grado a que se llegue.

En la ascendente el parentesco troncal termina en el primer ascendente que poseyó la raíz. Los ascendientes de ese ascendiente no son tronqueros, pero sí parientes para los efectos de la sucesión que no sea troncal.

En la colateral llega hasta el sexto grado civil inclusive de consanguinidad. Después del sexto grado civil, no hay parentesco alguno, ni aun para los efectos de la sucesión que no sea troncal.

ARTÍCULO 10

La computación de grados para las tres líneas será la civil.

ARTÍCULO 11

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de lo preceptuado para el matrimonio por la legislación canónica.

ARTÍCULO 12

Tienen la consideración de troncales:

1.º Con relación a la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados, aunque hubiesen sido comprados a extraños.

2.º Con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes sitos en el infanzonado que hubiesen pertenecido al tronco común de heredero y testador, aunque hubiesen sido comprados por el segundo, siempre que la compra se hubiese hecho a parientes tronqueros.

3.º Cuando se trate de compras y ventas, las palabras heredero y testador del párrafo 2.º, se sustituirán con las de comprador y vendedor respectivamente, para determinar la naturaleza troncal de la raíz.

Artículo 13

Habiendo parientes tronqueros de cualquier línea que sea, nadie podrá disponer en vida ni por causa de muerte, en favor de quien no tenga aquel carácter, de bienes troncales algunos, sea cual fuere la naturaleza del propietario o su vecindad.

Esta prohibición se hace extensiva a la capacidad para suceder abintestato.

Artículo 14

La institución de heredero o sucesor en todos los bienes troncales o parte de ellos, podrá hacerse por testamento, manda, legado o donación mortis causa.

También podrá hacerse el nombramiento de sucesor tronquero en escritura de dote o capitulaciones matrimoniales, o por donación intervivos.

En todo caso, en la redacción del documento en que se haga, se observarán las formalidades o requisitos extrínsecos, que para su validez respectiva exija la Ley general, con relación a cada uno de aquellos en particular, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente para el testamento ológrafo.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán también a la sucesión de los bienes no troncales».

III

LOS LLAMAMIENTOS FORALES PARA CASOS DE VENTAS

Como complemento de la troncalidad establece el Código bascongado con sabio y previsor acuerdo, la especialísima institución de los llamamientos para casos de venta de bienes inmuebles, y tienen tal importancia los llamamientos en el Fuero, que más de un cincuenta por ciento de los pleitos que se han tramitado en los juzgados de Bizkaya, según hemos podido observar estudiando archivos, han versado sobre la materia que encabeza el epígrafe de este capítulo, razón por la cual nos proponemos hacer de ella un estudio lo más acabado y completo que podamos, pues creemos que el asunto lo merece.

Dice la Ley 1.ª título 17 del Fuero: «En qué manera se han de vender los bienes raíces; y cómo se ha de publicar la venta para que llegue a noticia de los profincos. Primeramente dijeron: que habían de Fuero y establecían por Ley que si alguno quisiere vender algunos bienes raíces que los venda, llamando primeramente en la iglesia, dó es la tal heredad, o raíz sita, en tres domingos en renque, en presencia de escribano público al tiempo de la misa mayor, a la hora de la procesión u ofrenda; declarando cómo los quiere vender, y si los quieren profincos; y así llamado, si durante los dichos llamamientos parecieren a se oponer algunos, diciendo que son profincos y que quieren haber los dichos bienes, como tales profincos a precio de hombres buenos: que la tal oposición hagan en presencia de escribano público, y lo hagan notificar al tal vendedor; y del día de la tal notificación al tercero día, parezcan ambas las partes ante el corregidor, o su teniente, o alcalde del

Fuero, y así parecidos cada una de las partes nombre su hombre bueno por apreciador y un tercero lo nombre el Juez: y estos nombrados juren que bien y fielmente harán el apreciamiento; y parecidos así ante el dicho alcalde, así el vendedor como el tal profinco o profincos, presten ende cada dos fiadores raigados, llanos y abonados; el profinco para hacer la paga en los tercios que debajo serán declarados; y el vendedor para hacer la venta, y que los bienes serán sanos y buenos; y pase ende por contrato público, y prestadas las dichas fianzas, los tales apreciadores sean compelidos a aceptar, y jurar, y apreciar, só las penas que el juez les pusiere, a costa y despensa de las partes y su cóngruo salario; y hagan el dicho apreciamiento jurando (según dicho es) yendo a los dichos bienes, y lo declaren en presencia de escribano público y sea noticado a las partes. Y si el precio fuere mil maravedís (1) abajo, el tal profinco sea obligado a lo pagar luego; y si fuere dende arriba, en tres tercios, la tercia parte, luego en notificándose el precio, y el otro tercio dende a seis meses, y el tercio (que es la entera paga) dende a otros seis meses; y que pasados cualquier de los dichos plazos en adelante, el juez (siendo requerido por parte del tal vendedor, con los tales autos y venta) mande dar mandamiento, para que los tales fiadores sean presos, y estando presos vendan sus bienes como bienes de maletria, y el ejecutor lo haga, y cumpla llevando sus derechos de ejecución por la cuantía que se ejecutare; y con tanto quede la tal venta firme y valedera».

Sobre la forma o manera de hacer los llamamientos forales existe en

(1) Maravedí, voz árabe que significa «moneda». Los Maravedis o Maravedises, (pues de las dos maneras se dice) comenzaron en el siglo XI. En los siglos XIV y XV corrieron con los nombres de «buenos, de la buena moneda, prietos, blancos, alfonsíes, burgaleses y cobreños». Su valor se compuso de tres monedas inferiores llamadas sueldos, cornados nuevos y viejos.

Se ha discutido si el maravedí fué moneda real o imaginaria pero lo cierto es que en las Ordenanzas del Batimento de moneda no se habla de la acuñación del maravedí. Alfonso Martínez de Montados en su informe de 1832, dice que equivalía a medio real de plata acuñado por Alfonso X.

Posteriormente existió la siguiente valoración. El real valia ocho cuartos. El cuarto dos ochavos y el ochavo dos maravedis. Por lo tanto el real tenia treinta y cuatro maravedis.

la práctica alguna variedad, y entre los tratadistas opiniones muy encontradas. El Sr. Jado Ventades en el estudio que ha hecho del Fuero manifiesta que suele ser costumbre (en algunos sitios querrá decir) fijar edictos por tres domingos consecutivos en la puerta o pórtico de la iglesia dando fe de ello el notario que haya elegido el vendedor. Nosotros que hemos residido en algunos puntos de Bizkaya y hemos preguntado en otros, no hemos podido ver esa costumbre, la cual si existe [1] es a no dudarlo contra Ley, y por tanto censurable e imposible de seguirla válidamente. La Ley, en una disposición terminantemente preceptiva, ordena que se hagan los llamamientos EN PRESENCIA DE ESCRIBANO AL TIEMPO DE LA MISA MAYOR A LA HORA DE LA PROCESIÓN U OFRENDA de modo que no deben ni pueden contrariarse los mandatos o requisitos de forma que hace el Fuero, lo mismo que no pueden contrariarse en el resto del reino los requisitos que establece el Código Civil para la celebración de actos o contratos. Ni en Castilla existe la costumbre contra Ley, ni en Bizkaya tampoco.

Y realmente esa costumbre que el Sr. Jado manifiesta que en algunos sitios existe, va también contra el espíritu del Fuero. Haciendo de un modo verbal y no por escrito lo que el Fuero ordena se enteran muchas personas más que haciéndolo por edictos o anuncios. Se enteran los que no saben leer, (que en los caseríos son muchos) los ciegos o los que tienen insuficiente vista, los que disponen de poco tiempo para detenerse en los pórticos de las iglesias o los que no quieren detenerse en ella como suele acontecer a ciertas señoras, así como todos aquellos que por distracción u olvido pasarán sin fijarse en los anuncios puestos en un lugar a donde sólo se va a hablar con Dios. Todas estas personas podrían enterarse cumpliéndose lo que el Fuero ordena respecto a la forma de hacerse los llamamientos. Si alguno de estos tronqueros pidiese la nulidad de una venta hecha con llamamientos tan defectuosos como los que el Sr. Jado señala, creemos que la demanda prosperaría.

En algunas parroquias (la de Guecho por ejemplo) no existe costumbre de verificar el clero la procesión conventual y algunos párrocos

no permiten al Notario que alce su voz en la iglesia, donde sólo debe resonar la de los sacerdotes y acólitos suyos para hacer los *llamamientos* al tiempo de la ofrenda.

Creemos que la negativa de tales párrocos es injusta. Las leyes civiles, son obligatorias para los sacerdotes como para los demás españoles, y mientras el Fuero de Bizkaya tenga vigencia, deben respetar y cumplir una ley dictada por cierto en época de mayor piedad que la presente y cumplirla. Algunos párrocos dan ellos mismos lectura de los llamamientos al tiempo de leer las amonestaciones matrimoniales. Y como lo hacen ante notario (que estará presente) se cumple el requisito del fuero. Así se lo hemos oído al ilustrado y competente notario de Guecho don Pedro Jesús de Vozmediano.

El Sr. Chalbaud por su parte dice que dadas las alteraciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento obligatoria en todas las provincias del Reino, el procedimiento más eficaz es algo semejante a la subasta voluntaria de la que habla el título 13 libro 3 de la Ley de Enjuiciamiento con lo que se coordina lo dispuesto en la ley I título 17 del Fuero, esto es, acudir al Juez de Primera Instancia en solicitud de que se anuncie el deseo de vender, mandando fijar edictos en la puerta de la iglesia y sitios de costumbre del lugar de donde está sita la raíz durante tres domingos consecutivos; y practicando judicialmente las demas diligencias del Fuero. Mucha autoridad tiene para nosotros la opinión del señor Chalbaud, verdadero prestigio en materia foral, pero con el debido respeto a tan sabio jurisconsulto del cual aprendimos derecho, no podemos compartirla. Los llamamientos forales no tienen analogía ninguna con la subasta judicial, ni aunque la tuvieran entendemos que no sería ello razón bastante para omitir la práctica verbal del llamamiento o caso contrario para hacer ir el juzgado a la iglesia. Sin contar conque el referido procedimiento implicaría gastos grandes al interesado con los vigentes aranceles, lo cual no debe aconsejarse nunca sino en caso de manifiesto mandato de la Ley.

Hágase, pues, lo que dice el fuero que se haga. Respetemos sus pre-

ceptos y no nos metamos a legisladores como el Sr. Jado parece que trata de hacer, y eso aunque tenga la competencia tan indiscutible y tan indiscutida como la del ilustre autor de «El Derecho Civil de Vizcaya».

La intervención judicial sólo comienza a nuestro juicio desde el momento en que se presente algún pariente del vendedor que trate de comprar los bienes cuya venta se anunció. En este caso deberá dicho comprador (si el vendedor no lo hace) comparecer ante el juez de 1.ª Instancia del lugar en que radique la finca pidiendo el nombramiento de peritos y acompañando el testimonio del acta de llamamientos que habrá hecho el notario previamente, así como del acta en que conste haberse presentado ante el notario el profinco, y la notificación de esta presentación al vendedor. El juez tendrá por formado el expediente de jurisdicción voluntaria y convocará a las partes a una comparecencia para que en ella hagan el nombramiento de peritos.

Es de tener muy en cuenta el R. D. de 4 de Diciembre de 1871, así como la R. O. de 4 de Abril de 1911 publicadas respectivamente en las Gacetas de 5 de Diciembre y 31 de Mayo de los expresados años, y también la circular de la Presidencia de la Audiencia Territorial de Burgos publicada en el Boletín Oficial de aquella provincia de 27 de Febrero de 1914 sobre el nombramiento de peritos. Los límites que señala el R. D. de 4 de Diciembre de 1871 refiérense a determinadas atribuciones como a aparcelamientos de fincas rústicas, deslindes, etcétera, concedidos a los que tengan título de agrimensores, librados por la Escuela de Arquitectura y Bellas Artes, pero ello sólo es en los casos en que en los respectivos partidos judiciales donde deban verificarse tales operaciones no existan ingenieros agrónomos o *peritos agrícolas*. La R. O. de 4 de Abril de 1911 dice: Que si en la localidad no existe *facultativo* para hacer las operaciones que competan a los agrónomos se buscarán en las localidades inmediatas donde los haya o en la capital de la provincia. Por lo tanto no basta que se tenga el título de perito agrimensor si existe en el partido ingeniero agrónomo o perito agrícola.

Una vez que se haga el nombramiento de peritos por las partes, el Juez nombrará un tercero insaculando de los nombres de los peritos del partido, el de uno, con arreglo a lo que la Ley procesal determina. Si la finca es de poco valor nos parece que en evitación de gastos podrán entrar en el sorteo únicamente los nombres de los peritos agrónomos con exclusión de los ingenieros, pero siempre con exclusión de los agrimensores. Una vez que los peritos estén nombrados jurarán desempeñar su cargo bien y fielmente, aceptándole si no tienen impedimento legítimo, y verificado el justiprecio comparecerán ante el Juez para que conste ello en los autos, emitiendo su informe verbalmente o ratificándose en él si lo han presentado por escrito. Para que con una negativa del vendedor o del comprador no se perjudique el interesado deberán aquellos presentar dos fiadores personales. Y si el precio que se ha fijado para la venta no pasa de 1.000 maravedís, el comprador tendrá que pagarlo desde luego, en consideración a la pequeña cuantía del mismo. Pero si tuviere cuantía superior pagará el precio en tres veces; la una en el momento de la notificación y las otras dos con intervalo de seis meses cada una. La sanción que el Fuero establecía contra los fiadores para el caso de que el comprador no pagara el precio era bien grave. Ordenaba que se pusieran presos a los fiadores y se vendan sus bienes como bienes de maletria. Hoy no existe la prisión por deudas y en su consecuencia lo único que procederá será librar mandamiento de ejecución contra los fiadores y proceder contra ellos por la vía de apremio.

Cabe preguntar al llegar aquí cuándo se otorgará la escritura de venta, si al pagarse el plazo primero o cuando se pague el último de los plazos. Creemos que esto compete a las partes. Sin embargo lo más seguro, caso de que los fiadores no tengan responsabilidad manifiesta y conocida, será no otorgar la escritura hasta el pago final del precio. No deberán perderse de vista los artículos 1445 y siguientes del Código Civil referentes a la entrega de la cosa y del precio, ni tampoco los 1882 y siguientes del mismo Código, referentes a los fiadores y a las fianzas.

¿En qué lengua se han de hacer los llamamientos, en castellano o en euzkera? Cuestión es esta que no la hemos visto planteada en parte alguna, pero que a nuestro juicio tiene fácil solución. La lengua en que deben de hacerse, será aquella que se hable más comunmente en el territorio, en que los llamamientos se hagan. El «locus regit actum» nunca estará mejor aplicado que aquí. Si, pues, el lenguaje es el medio o manera de que los hombres se entiendan entre sí; si pues los llamamientos forales tienen por objeto el que llegue a conocimiento de los profincos la noticia de que una finca de abolengo, va a ser vendida, despropósito, y despropósito grande sería hacer el llamamiento en lengua ininteligible para la mayoría de los vecinos del territorio. Deberán, pues, hacerse los llamamientos en euzkera, si este milenario lenguaje es el empleado más comunmente en la anteiglesia o villa infanzona. Y si se arguye que el idioma castellano es el oficial de la Nación, contestaremos que aunque no prevalecieran las anteriores consideraciones, hay que tener en cuenta que los llamamientos forales no son contratos ni convención oficial sino un mero acto verbal para preparar un contrato, que ya será redactado en el idioma del estado oficial.

Una cuestión muy importante se plantea en el estudio de la materia que estamos tratando, y de la cual, no se ocupan siquiera, la mayor parte de los tratadistas comentadores del Fuero: ¿De qué clase de bienes es necesario hacer los llamamientos?

¿De todos los sitos en territorio infanzón, o solamente de aquellos que sean troncales?

El Fuero de Bizkaya no distingue de bienes; dice de un modo terminante en el epígrafe: «de que manera se han de vender bienes raíces». Y más abajo en la parte dispositiva de la Ley: «que si alguno quisiere vender bienes raíces...» Si pues donde la Ley no distingue, nosotros no podemos hacer distinción, fuerza es convenir que el requisito previo de los llamamientos para casos de venta debe hacerse siempre que se trate de enajenar cualquiera raíz.

Pero si bien es cierto que el requisito de los llamamientos es siem-

pre obligatorio y de él no puede prescindirse, no es menos cierto que la acción para invalidar la venta sólo la tienen los parientes tronqueros, no cualquier otro que no lo sea. Bien claramente lo dice la ley tercera; «Pero los parientes de otra linea de do no depende o proviene la tal heredad (aunque sean muy cercanos al vendedor) sean habidos por extraños en cuanto a la troncalidad».

Podría parecer en virtud de lo expuesto, una inconsecuencia grande del Fuero el exigir como indispensable el requisito de los llamamientos para la venta de cualquier raíz y luego no conceder la acción de nulidad a toda clase de parientes. ¿Para qué imponer obligación sin sanción? ¿Impone el Fuero requisitos por el sólo gusto de ponerlos? En el mismo Fuero encontramos el por qué de esta aparente inconsecuencia. La ley 3.ª después de estatuir que los parientes de otra línea de no do depende o proviene la tal heredad (aunque sean muy cercanos al comprador) sean habidos por extraños en cuanto a la troncalidad, añade: «pero a falta de tales profincos se admitan y se prefieran al retracto de los tales bienes conforme y al tenor de las Leyes del Reino».

Ahora bien: Las leyes del Reino que en esta regían cuando el Fuero se redactó y publicó, eran las Leyes de Toro que habían recogido las disposiciones del Fuero Real, del Ordenamiento de Nieva y aún del Fuero Viejo de Castilla, en materia de retracto. Quiso pues el Fuero dar a entender que puesto que el poseedor de una raíz quería venderla y puesto que los parientes tronqueros no querían adquirirla y esa raíz iba a salir de la familia, que antes de que saliera y la adquiriese extraño, tuviera preferencia a este el pariente del vendedor aunque no fuera tronquero, ya que las leyes del Reino le concedía este derecho. Con ello nada se perjudicaba el vendedor que lo que deseaba sólo era la venta de la raíz, ni se perjudicaba el tronquero ni la familia tronquera que enterada de la venta no reclamaba la heredad.

Pero no echaron de ver los autores del Fuero que la legislación castellana, lo mismo que ella, sólo admitía el retracto de abolengo, y sólo los parientes tronqueros tenían derecho al retracto, pero no los demás

parientes que carecieran de este carácter. Mas de todos los modos, aunque las Leyes de Castilla, a las que el Fuero se remite, admitieran al retracto a los parientes no tronqueros, esas Leyes de Castilla han sido derogadas y no están vigentes. Luego si el Fuero dice: yo sólo admito y prefiero en el retracto a los parientes tronqueros (bien claro lo dice: los parientes de no do depende la heredad son habidos como extraños respecto a la troncalidad) y si solamente prefiero a los parientes no tronqueros a falta de aquellos, sobre los extraños, lo hago a tenor de las Leyes del reino; derogadas las Leyes del reino que pudieron admitirles, es evidente que los parientes no tronqueros no tienen hoy día tal preferencia y que carecen por consiguiente de la acción de nulidad, quedando explicada satisfactoriamente la a primera vista inconsecuencia y contradicción del Fuero.

Que los parientes de no do depende la heredad son extraños para los efectos de la troncalidad y no pueden ejercitar la acción que el Fuero depara a los parientes lo dice bien terminantemente el Tribunal Supremo en la siguiente sentencia que íntegramente reproducimos a continuación:

«En la villa y Corte de Madrid, a 23 de Febrero de 1866, en los autos que en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala primera de la Real Audiencia de Burgos ha seguido D. Manuel Antonio de Zubiaga con D. Mariano Arana, sobre retracto de la casería titulada Iturrieta, los cuales penden ante Nos en virtud del recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia que en 24 de Febrero de 1865 dictó la referida Sala»:

«Resultando que en 19 de Julio de 1863 acudió al referido Juzgado D.ª María del Carmen Cortina, apoderada de D. Gerardo Zubiaga, dueño de la citada casería, pidiendo que se diesen los llamamientos prevenidos por la Ley del Fuero en tres domingos consecutivos para que pudiera enajenarse la misma sin vicio alguno de nulidad, y que estimado así tuvieron lugar en los días 21 y 28 de Junio y 5 de Julio, sin que se hiciera reclamación alguna.»

«Resultando que la misma D.ª María, en el indicado concepto, pidió también que se la admitiese información de que la citada casa pertenecía en posesión y propiedad al D. Gerardo por herencia de sus padres don Francisco Antonio de Zubiaga y D.ª María Josefa Múgica, que la aportaron a su matrimonio, según capitulaciones; y que admitida y dada dicha información con audiencia del Procurador Síndico, se hizo la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad con fecha 7 de Agosto de dicho año de 1863».

«Resultando que en 17 del mismo, la D.ª María otorgó escritura de venta de la expresada casería de Iturrieta a favor de D. Mariano de Arana, por precio de 40.000 reales que el Gerardo tenía ya recibidos, insertándose las diligencias de que se ha hecho mención».

«Resultando que en 27 de Octubre, a nombre y con poder de don Manuel Antonio de Zubiaga, ausente en la Habana, se entabló demanda de retracto consignando la cantidad de 40.000 reales, y pidiendo que se le entregase la casería, para lo cual alegó que era el pariente tronquero más próximo del vendedor D. Gerardo, como constituído en tercer grado de consaguinidad; que estaba dentro del término para retraer, tanto según la legislación foral como con arreglo a la ley de Enjuiciamiento Civil, y señaladamente en conformidad al artículo 675, que además de los nueve días, abona uno por cada diez leguas que diste el pueblo de la residencia del retrayente del que se hubiese otorgado la escritura de venta y que juraba que quería la finca para sí, comprometiéndose a conservarla a lo menos dos años».

«Resultando que D. Mariano de Arana impugnó la pretensión de Zubiaga, solicitando que se desestimara con costas; porque la casería de Iturrieta no era susceptible de la acción deducida, ni aunque lo fuese, mediaban las circunstancias necesarias para ser retraída, en atención a que no procedía de abolengo como exigía la ley, ni perteneció jamás a D. Manuel Zubiaga, ascendiente común o bisabuelo del vendedor y del retrayente; sino que la construyó D. Antonio, abuelo del D. Gerardo, en el cual se crearon los derechos de troncalidad, tanteo o retracto y del

cual no era descendiente el demandante, a lo que se agregaba que el parentesco de éste con el vendedor era en el sexto grado civil y tercero canónico, y que la venta estaba hecha con todas las formalidades requeridas por el Fuero; y no habiéndose hecho oposición durante los llamamientos, no podía rescindirse el contrato, por más que Zubiaga estuviera ausente, porque el Fuero nada concedía a la ausencia ni la tomaba en consideración».

«Resultando que recibido el pleito a prueba, practicadas las que el actor articuló, y habiendo presentado el mismo un escrito de ampliación, citando dos ejecutorias, la una de la Chancillería de Valladolid en 1783 y la otra de la Audiencia de Burgos en 1862 en las cuales dice que se declaró que, según la legislación foral de Bizkaya, la computación de grados debe ser la canónica, el Juez de Bilbao dictó sentencia en 21 de Septiembre de 1864, que confirmó la Sala 1.ª de la Audiencia de Burgos por la suya de 24 de Febrero de 1865, absolviendo a Arana de la demanda y mandando devolver a Zubiaga los 40.000 reales que había consignado en la Caja de Depósitos».

«Resultando que contra este fallo interpuso el demandante recurso de casación porque en su concepto se habían infringido las leyes 16, título XX; 24, título XI, y 19, título XX del Fuero de Bizkaya, en las que dice establecerse que la raíz comprada es de la misma condición que la heredada; que en los casos que no haya ley foral se guarden las del reino y que la computación canónica es la que rige en negocios de troncalidad; el art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales en las referidas sentencias de 1783 y 1862 en que se declaraba la computación canónica como única aceptable en la aplicación del Fuero de Bizkaya»; y

«Resultando que en este Supremo Tribunal ha expuesto que también se han infringido las doctrinas consignadas en sentencias del mismo de 2 de Marzo de 1861 y 28 de Junio de 1862; la regla 36, título XXXIV de la partida 7.ª combinada con la sentencia referida del año 1862; el principio de que se reputan bienes patrimoniales los

heredados de los padres, y la ley 1.ª, título XIII, libro 10 de la Novísima Recopilación».

«Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Gabriel Ceruelo de Velasco».

1.º «Considerando que si bien la demanda promovida en estos autos se ha interpuesto con arreglo a las disposiciones que para el retracto gentilicio prescribe el art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente funda el derecho que pretende tener para retraer la casería de Iturrieta, de Zubiaga, tanto en lo que sobre esta materia se halla establecido en la legislación foral de Bizkaya como en la general del Reino».

2.º «Considerando que para que pueda tener lugar, según la legislación especial de Vizcaya, el derecho que la misma concede a los parientes, dentro de cierto grado, para ser preferido en la venta de bienes raíces, es indispensable, no sólo que la finca que se trate de vender tenga el carácter o cualidad de troncal, sino que además en los casos en que como en el de este litigio se han observado las formalidades prevenidas en la ley 1.ª, título 17 del Fuero, ha de presentarse el pariente durante los tres llamamientos de que habla haciendo oposición y manifestando que quiere haber aquella finca, como tal pariente, pues de lo contrario el dueño la puede vender en adelante a quien quisiere sin que ningún pariente la pueda demandar al comprador por vía ni manera alguna, conforme dispone la ley 2.ª del mismo título 17».

3.º «Considerando que la casería de Iturrieta, de Zubiaga, *nunca ha pertenecido al tronco común de los litigantes y que por lo tanto no concurre en ella el requisito de la troncalidad* que sería necesario para la preferencia que el recurrente pretende; y que por otra parte no habiendo cumplido con lo que en las citadas leyes se previene, no tendría ya derecho para demandar la finca al comprador».

«Considerando que aun cuando por falta de disposición foral hubiera de acudirse para las que respecto a esta materia se hallan consignadas en las leyes generales del Reino, es necesario para que proceda el retracto gentilicio que la heredad o finca sea de patrimonio o abolengo del

vendedor, y que el retrayente sea también de aquel patrimonio o abolengo, según lo prescriben las leyes 1.ª y 2.ª del título 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuya única circunstancia no concurre en el presente caso en el recurrente».

En el Juzgado de Amorebieta se acaba de plantear una cuestión muy parecida, sino idéntica. En ella intervinieron letrados tan ilustres como D. Cosme Elguezabal, D. Luis Urrengoetxea y D. Luis Zubiaga. El Juzgado Municipal de Amorebieta sostuvo en su resolución un criterio distinto del expuesto, pero interpuesto recurso de apelación, para ante el Juzgado de Durango, éste desempeñado por el autor de este libro revocó la sentencia del inferior. He aquí la sentencia de 2.ª instancia inapelable y firme por Ministerio de la Ley:

SENTENCIA

«En la villa de Durango a 15 de Octubre de 1917, visto por don José de Solano y Polanco, Juez de Primera instancia de Durango y su Partido, los presentes autos de juicio verbal civil entre partes como demandante D. Tiburcio Erdoiza y Belausteguigoitia, mayor de edad, casado, labrador y vecino de Amorebieta y de la otra como demandados D. Juan Antonio Urrutia, de profesión marino, D. Alberto de Uriarte y Ayestaran, empleado y D.ª Teresa de Erdoiza y Belausteguigoitia, los tres mayores de edad, casados y vecinos de Amorebieta, juicio que pende en grado de apelación en esta Superioridad contra la sentencia dictada por el Tribunal Municipal de Amorebieta».

«Aceptando los resultandos de la sentencia apelada».

«Resultando que dictada sentencia por el Tribunal Municipal de Amorebieta declarando nula la escritura de compra-venta de la parcela de terreno, otorgada por D.ª Teresa de Erdoiza y D. Alberto Uriarte a D. Juan Antonio Urrutia en 9 de Septiembre de 1916 ante el Notario de Bilbao D. Felipe Barrena y condenando a los demandados D.ª Teresa de Erdoiza y D. Alberto Uriarte a que vendan al actor D. Tiburcio de Erdoiza la referida parcela de terreno por el precio que se marque

por peritos; de la referida sentencia se apeló por el Procurador de don Juan Antonio Urrutia, y admitida la apelación en ambos efectos, se remitieron los autos a esta Superioridad previo emplazamiento de las partes por el término legal».

«Resultando que personado en tiempo el apelante se señaló día y hora para la vista, teniendo lugar ésta en la que se pidió por el apelante la revocación de la sentencia apelada y por el apelado D. Tiburcio de Erdoiza la confirmación».

«Resultando que en la substanciación de este pleito se han guardado en las dos instancias las formalidades legales».

«Considerando: que para resolver el presente litigio hay que tener en cuenta y resolver también, previamente, dos importantes cuestiones: si todos los bienes del infanzonado aun los adquiridos por extraños, son troncales, y si en casos de ventas sin llamamientos tienen derecho a SACAR los referidos bienes los parientes todos del vendedor o solamente los parientes que sean tronqueros».

«Considerando: que la primera de las cuestiones apuntadas ha sido resuelta de un modo definitivo por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Marzo de 1914, determinando que sólo los bienes de abolengo y no los adquiridos por persona que no sea ascendiente tienen la calidad de troncales, sentencia inspirada en la jurisprudencia anterior del mismo alto Tribunal, principalmente en la importantísima sentencia de 23 de Febrero de 1866 que resuelve de por sí sola la cuestión en el considerando tercero y también en la sentencia de 27 de Diciembre de 1895».

«Considerando: que no constando en estos autos si el padre del demandante D. Juan Angel Erdoiza y el del demandado D. Emeterio Uriarte adquirieron el inmueble litigioso de un ascendiente común, o lo compraron a extraño, como la existencia de la troncalidad precisa ser demostrada como todo lo que limite un derecho, en el presente caso es de suponer la última de estas dos hipótesis, y por ello, al ser vendida la finca por los Sres. Erdoiza y Uriarte a D. Julián Arregui, que aunque

pariente de los vendedores no era descendiente de ellos, que adquirieron la raíz y por ende resultaba extraño a ésta, según la jurisprudencia citada, hay que convenir que con la tal venta, el inmueble salió de la familia troncal puesto que la familia troncal la constituían a tenor de lo expuesto, solamente los descendientes de los adquirentes D. Juan Angel y D. Emeterio, pero no el colateral Arregui, y por ello la readquisición de la raíz verificada por D.ª Teresa y por D. Alberto lo fué a persona extraña a la familia tronquera como D. Julián Arregui lo era, y claro está que el demandante D. Tiburcio no es pariente de los vendedores demandados respecto de la raíz por la consideración expuesta».

«Considerando: que el derecho de «SACAR» deparado por la ley 6.ª del título 17 del Fuero de Bizkaya respecto a los bienes vendidos sin la formalidad establecida en la Ley 1.ª de dicho título, lo es tan sólo para los parientes tronqueros pero no para toda clase de parientes, pues así lo dice terminantemente y con una precisión que no deja lugar a dudas la ley 3.ª del repetido título al establecer de un modo textual que «los parientes de otra línea de do no depende o proviene la tal heredad, aunque sean muy cercanos del tal vendedor, sean habidos como extraños en cuanto a la troncalidad» y aunque añade la misma ley a continuación y con carácter supletorio que «a falta de los tales profincos, se admitan y se prefieran al retracto de los tales bienes conforme y a tenor de las leyes del reino», como hoy día la ley del reino, que es el Código civil, no admite el retracto para tal clase de parientes, es evidente que con arreglo a las leyes del reino, supletorias, el demandante no tiene ningún derecho sobre los bienes vendidos como no lo tiene tampoco con arreglo al Fuero».

«Considerando que esta doctrina lo es también del Tribunal Supremo que la robustece y sella con su incontrovertible autoridad en el considerando 4.º de la mentada sentencia de 23 de Febrero de 1866, pues a la referencia que hace el Fuero a «las leyes del reino» aplica la Novísima Recopilación que estaba entonces vigente por no haberse promulgado el Código».

«Considerando que no es de apreciar temeridad en ninguno de los litigantes»:

«Vistos los artículos 12, párrafo 2.º y 15 del Código Civil, las leyes 1.ª, 3.ª y 6.ª del Fuero de Bizkaya, las sentencias del Tribunal Supremo arriba citadas y las demás de aplicación general»:

«FALLO: Que revocando la sentencia apelada dictada por el Tribunal Municipal de Amorebieta en los presentes autos con fecha cuatro de Septiembre del corriente año, absuelvo a los demandados de la demanda interpuesta contra ellos por D. Tiburcio Erdoiza y Belausteguigoitia declarando no haber lugar a la nulidad de la venta, sin hacer expresa condenación de costas».

«Devuélvase con testimonio de esta sentencia y dentro del segundo día, los autos originales al Juzgado inferior para su ejecución y cumplimiento. Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.=José de Solano».

La ley 2.ª del mismo título 17 se ocupa del caso de «Cuando muchos parientes concurren a comprar los bienes raíces cuál se ha de preferir». Y dice: «Otrosí: Si acaeciere que en los tales llamamientos concurren muchos profincos y entre ellos unos más profincos que otros y todos en igual grado y de diversas líneas, unos de partes del padre, otros de partes de la madre, en tal caso dijeron: Que habían de fuero y establecían por ley, que siendo los tales bienes del tronco y de la línea del padre se prefieran los profincos de aquella línea, cada uno en su orden y grado (es a saber) el más cercano y profinco se prefiera a los que son en grado más remoto aunque los de la línea de la madre sean más cercanos en deudo y en sangre; y si los de la tal línea del padre fueren muchos y todos igualasen deudo y sangre concurran por iguales partes. Pero si los bienes fueren dependientes y del tronco de la línea de la madre, concurran y se prefieran los profincos de aquella línea, según y de la manera que dicha es a los profincos de parte de padre: y si acae-

ciere que algunos de los dichos bienes no se dicen troncales, salvo que alguno los compró, o marido o mujer los compraron de extraños, en tal caso, los de cada una línea los hayan a medias, y concurran y se prefieran según, y en la forma y manera suso declarado. Pero si no los compraron de extraño sino porque venían y dependían del tronco, y línea del marido o de la mujer, que en tal caso los profincos de aquella línea, de donde los hubieren comprado concurran y se prefieran a los de la otra línea por su orden y grado que de suso está declarado: y que lo que dicho es en las ventas que se hacen a voluntad, y por los mismos dueños de los tales bienes raíces, haya lugar en toda raíz, que se venda en Bizkaya, por vía de ejecuciones en el admitir y concurrir o preferir unos a otros, y por la misma orden y grado y tronco y línea se admitan a la compra de los tales bienes: con que hagan la dicha paga al acreedor u opositores, prestando las mismas fianzas y por los mismos plazos y términos, y por aquella vía y forma que de suso está declarado a precio de los tales hombres buenos. Pero si acaeciere, que a los tales tres llamamientos hechos a la raíz, pariente alguno profinco no se opusiere, ni repudiere: que dende en adelante, el dueño de la tal heredad la pueda vender a quien quisiere, y pariente ni propincuo alguno no la pueda demandar al tal comprador por vía ni manera alguna».

Esta ley está basada en los principios fundamentales del Fuero, en la institución troncal, en el deseo de que el tronco vuelva al tronco y la raíz a la raíz, en el orden de prelación que debe tener el parentesco por el cual el grado más próximo excluye al más remoto. Por ello, si se tratara de vender bienes procedentes del tronco del padre del vendedor, y concurren varios parientes, unos de parte del padre, y otros de la madre, se preferirán los primeros aunque los parientes de la madre lo sean en grado más cercano o próximo que los parientes por parte del padre. Si los parientes del padre que se presentaren a los llamamientos fuesen de igual grado, podrán quedarse con los bienes por iguales partes, pero si son de grado diferente serán preferidos los más próximos a los más remotos. Igual sucederá con los parientes de la ma-

dre, caso de que los bienes procedan del tronco de ésta. Pero de ser los bienes «no troncales», es decir, caso de haberse comprado ellos a extraños, los parientes de ambas líneas podrán quedarse con los bienes por iguales partes, si son todos de idéntico grado; pero de ser de grado diferente el más próximo excluye al más remoto. Si los bienes que se desean vender no proceden de persona extraña al vendedor, sino que aunque adquiridos por compra procedían de su tronco, se entiende que han perdido su cualidad troncal y por tanto los parientes de la línea de donde los bienes proceden serán preferidos a los de la otra línea, para quedarse con ellos por su orden y grado. Lo mismo se entenderá cuando el marido o la mujer sean los que vendieren bienes adquiridos durante el matrimonio por compra al tronco de uno de ellos.

¿Qué computación rige en materia foral, la canónica o la civil? Algunos opinan que la primera, fundándose en que una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1866 hace referencia a una ejecutoria de la Chancillería de Valladolid de 1783, y a otra de la Audiencia de Burgos de 1862, que preceptúan la vigencia de la computación canónica en materia foral. A nosotros, por más pasos que hemos dado, no nos ha sido posible encontrar dichas resoluciones, y por ello, y por no hacer de ninguna de ambas ejecutorias el Tribunal Supremo caso alguno en su mentada sentencia (toda vez que sólo asegura en el 6.º Resultando que el actor las había *citado,* no presentado) así como por entender que no es el derecho canónico sino el civil el supletorio del Fuero, entendemos que la computación civil y no la canónica es la que rige en esta materia que estamos tratando, y en todas las demás en que haya que hacer en el Fuero alguna computación.

Así se deduce también de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1896 que dice, que siendo el derecho civil el supletorio del Fuero, el parentesco troncal para la sucesión abintestato, no puede extenderse más allá del 6.º grado, que es el que el art. 955 del Código Civil determina. El Sr. Chalbaud no participa de esta opinión, pues entiende que dado el predominio del derecho canónico en la época en

que el Fuero se escribió (Año 1527) y las opiniones de Bártolo y Baldo, civilistas con el derecho canónico siempre delante, es de presumir que fuera la voluntad de los legisladores euzkaldunes la aplicación de la legislación eclesiástica en materia de computación de grados; pero ni esta razón, ni la que anteriormente aduce de que el Fuero habla en la ley 1.ª, de los hijos de hermanos (que están dentro del 4.º grado en materia civil) nos puede convencer, por que ante la vigencia de una legislación supletoria como la del Código Civil, tienen que caer por tierra meras y simples presunciones, que por serlo, no pueden prevalecer sobre aquélla.

Puede presentarse al llegar aquí como digna de estudio una cuestión muy interesante, que fué ya objeto de debate en el Juzgado de primera instancia de Bilbao. Si acuden a los llamamientos forales, diversos parientes a pretender los bienes, ¿puede el vendedor de la raíz hacer elección entre ellos para la venta dentro de los grupos? Es decir, el orden de preferencia marcado lo es para las personas o para los grupos: A nuestro entender el vendedor dentro de cada grupo puede elegir el comprador que desee. Las leyes 11, título 20 y 6.ª, título 21, le permiten donar bienes troncales a cualquier pariente tronquero.

Dice la primera de dichas leyes: «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. Otrosí 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 legítimos, o a nieto y descendiente de su hijo o hija legítimo que haya 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 esta misma forma pueda dar y apartar a los hijos naturales que hubiere de mujer soltera».

Y la ley 6.ª del título 21 dice por su parte: «Como el marido y mujer

pueden disponer juntos de sus bienes y cada uno por sí. Otrosi dijeron: Que habían de Fuero, y establecían por ley que así como marido y mujer ambos juntamente puedan dar y donar, o mandar lo suyo a uno de sus hijos de muchos que hayan, y tengan, o descendientes, (a falta de ellos) a los ascendientes, o tronqueros profincos de traviesa, apartando a todos los otros con poco o mucho de tierra; así y de la misma manera pueden ambos y dos en su fin y postrimera voluntad, mandarlo y distribuirlo. Y no solamente ambos, y dos juntamente; pero cada uno pueda por sí y apartadamente, el uno sin el otro disponer de su mitad, entre los dichos sus descendientes, o ascendientes, o transversales, según y de la forma que de suso está declarado».

Y la ley 10.ª del mismo título: «De lo que se puede mandar por el ánima. Otrosi dijeron: Que habían de Fuero y establecían por ley, que hombre ni mujer, que no haya herederos descendientes, ni ascendientes, no pueda dar, ni mandar por su alma más de la quinta parte de los bienes raíces; y aun este quinto, no habiendo bienes muebles: ca si hubiere mueble que montare la quinta parte de la raíz, no pueda dar, ni mandar en vida, ni en muerte de los bienes raíces, aunque sean comprados, o de cualquier manera adquiridos por el testador salvo a sus herederos profincos y tronqueros, que conforme a este Fuero deban heredar, y que el testador eligiere, y quisiere nombrar, que sucedan en ellos, aunque sean en grado más remoto, que otro u otros profincos tronqueros más cercanos, aunque sean comprados, o adquiridos en vida, apartando a los otros parientes profincos con algo de raíz, poco o mucho; y que de lo mueble pueda hacer lo que quisiere».

La Ley XIII del título XX dice por su parte: «Cómo se han de entender las donaciones que se hacen generalmente. Otro sí dijeron. Que habían de Fuero y establecían por Ley, que por cuanto acaece que alguno da a su hijo, u otro heredero su casa, y casería, con todos sus pertenecidos y con todos los bienes, muebles y raíces: y ponen duda si la tal donación general de los bienes muebles, vale o debe valer, y a qué bienes muebles se ha de extender. Por ende para evitar toda duda e in-

conveniente dijeron: que ordenaban, que el tal contrato valga y sea válido; conque intervengan apartamientos de bienes raíces con tierra a los otros profincos como arriba está declarado. Y en cuanto a la donación de bienes muebles...» etc., etc.

Luego si en las donaciones y sucesiones tiene el dueño de una raíz el derecho de elegir entre los parientes, es indudable que no puede negársele ese derecho en las ventas de bienes troncales, sin una disposición clara y terminante, que lo prohiba, la cual no existe en todo el título 17, ni en ninguna otra parte del Fuero. Las leyes no pueden interpretarse de modo que conduzcan al absurdo ni suponer que en una parte prohiben lo mismo que permiten en la otra; y al absurdo llevaría la suposición de que una persona pueda donar bienes troncales a un tronquero sin hacer los llamamientos en renque y podría vender esos bienes en las mismas condiciones, siendo incuestionable según los rectos principios jurídicos que quien puede lo más puede lo menos y quien pnede donar puede vender. Así lo dice el Digesto, título 17, libro 50, regla 163: *Cui jus est donandi eiden es vendendi et concedundi jus est.* Y así es racional, además, que suceda dado el espíritu del Fuero. Este únicamente desea que los bienes no salgan del tronco, que no vayan a poder de extraños, y con la venta de los bienes al tronquero elegido dentro de los grupos preferentes, ni se desconoce el Fuero, ni se quebranta el espíritu económico de la familia baska. La opinión del señor Chalbaud es la misma que la nuestra (obra citada).

La sentencia aludida del Juzgado de Bilbao dice lo siguiente:

«Considerando que la reclamación formulada por D.ª Jerónima de Careaga y Careaga, y D.ª Manuela, D.ª Andresa y D.ª Josefa Careaga y Careaga contra D. Fray Juan José Isidoro y D.ª Ramona Careaga, pidiendo la nulidad de la escritura de venta de bienes raíces, sitos en tierra de Infanzonado, hecha por D. Fray Juan José Isidoro a favor de la D.ª Ramona de Careaga, se funda en haberse omitido los llamamientos que para tales casos previene la ley 1.ª título 17 del Fuero de Bizkaya.

«Considerando que si bien dispone la citada ley 1.ª, título 17, que

si algún bizkaino quisiera vender algunos bienes raíces puede venderlos llamando primeramente en la Iglesia do está tal heredad o raíz sita, en tres Domingos en renque en presencia de Escribano público, al tiempo de la misa mayor o a la hora de la Procesión u ofrenda, declarando como los quiere vender y si los quieren profincos, etc., esto se entiende, cuando la venta se hiciere a una persona que no fuera pariente del vendedor, dándoles entonces a los parientes profincos el derecho de tanteo, como se deduce de las últimas palabras transcritas, o sea «si los quieren profincos» lo cual indica claramente que en esta ley se trata de la venta de bienes raíces a personas que no tengan esta cualidad respecto al vendedor».

«Considerando que esto mismo se infiere del espíritu que informa el Fuero de Bizkaya en las leyes referentes a la troncalidad, puesto que en todas ellas se proponen que los bienes raíces sujetos al Fuero no salgan de la propiedad de la familia de donde procedan, y por eso se establece en la ley 1.ª, título 17, el derecho de tanteo en favor de los parientes tronqueros, cuando el propietario trate de vender la finca a persona que respecto de él no tenga cualidad, porque si vendiera a un profinco, carecía dicha ley de motivo o fundamento».

«Considerando que al otorgar el demandado la escritura de venta de bienes raíces sitos en tierra sujeta al Fuero de Bizkaya con fecha 26 de Enero de 1894 en favor de D.ª Ramona de Careaga y Careaga, no contravino lo dispuesto en la ley 1.ª, título 17 de dicho Fuero, por cuanto la D.ª Ramona es pariente profinco del vendedor, y por cierto en el mismo grado que las demandantes como lo tiene acreditado con las partidas acompañadas al contestar la demanda, puesto que aquella ley, como se expresa en los anteriores considerandos, se refiere únicamente a las ventas hechas a personas que no tienen el carácter de parientes».

«Considerando por todo lo expuesto, que la mencionada venta hecha por el demandado D. Fray Juan José Isidoro de Careaga a favor de un pariente profinco suyo, no adolece de vicio alguno de nulidad, y que

por tanto los demandantes no tienen derecho alguno a ejercitar el tanteo que les concede la ley 6.ª, título 17 del Fuero de Bizkaya y procede absolver a los demandados D. Fray Juan José Isidoro y D.ª Ramona de Careaga de las demandas acumuladas contra ellos interpuestas por D.ª Jerónima, D.ª Manuela, D.ª Josefa y D.ª Andresa de Careaga».

Así como los parientes profincos lo son del vendedor, los comuneros lo son de la heredad o de la tierra que poseen, y a estos también el Fuero les permite acudir a los llamamientos y oponerse a la venta. El derecho de los profincos tiene por fundamento el interés de la familia; el derecho de los comuneros el interés de la propiedad, y como el interés de la familia está por encima del interés de la propiedad, de ahí que el tronquero sea preferido al comunero (ley 3.ª del título 17).

Estatuye la ley 3.ª del título 17 sobre lo mismo; «y que el propincuo se prefiera al comunero. Otrosí dijeron: Que habían de Fuero y establecían por ley, que si acaeciere que en tal venta de bienes raíces no recudiere pariente alguno, más profinco del vendedor; que los otros profincos, cualesquiera de aquel tronco, y línea, dentro del cuarto grado se admitan, y concurran o se prefieran por su orden, y grado, según de suso está declarado; pero que los parientes de otra línea, de do no depende, o proviene la tal heredad (aunque sean muy cercanos del tal vendedor) sean habidos por extraños en cuanto a la troncalidad; pero a falta de los tales profincos, se admitan y se prefieran al retracto de los tales bienes, conforme y al tenor de las leyes del Reino. Pero que si en cualquier venta de bienes raíces, concurrieren al tal retracto, el comunero, y consorte, y el pariente profinco de dentro del cuarto grado; que se prefiera el profinco al comunero y consorte; y el tal profinco lo haya según, y de la forma, y manera, y a los plazos y precio que de suso está declarado en las cosas donde no hay comunión, y consortería. Pero en cuanto no hubiere, ni concurriere con el tal comunero profinco, y pariente de aquella línea, haya lugar la disposición de la dicha declaratoria del Reino».

Esta ley que se acaba de transcribir, insiste una vez más en los prin-

cipios que al Fuero informan sobre la troncalidad y confirma cuanto hemos venido diciendo, con las expresivas palabras de que «los parientes de otra línea de no depende o proviene la tal heredad (aunque sean muy cercanos de tal vendedor) sean habidos por extraños en cuanto a la troncalidad.» Por tanto no es cosa de repetir lo ya expuesto en forma diferente, pues alargaría demasiado este capítulo. Lo importante de esta ley, es el establecimiento del retracto de comuneros, aunque referido a las leyes del Reino. Las leyes que regulando el retracto regían en Castilla cuando se publicó el Fuero el año 1526, eran las leyes de Toro, que se publicaron pocos años antes, el 1505, y que habían recogido las bases principales, y desde luego el espíritu todo del Fuero Real y del ordenamiento de Nieva sobre la materia.

¿Qué clase de acción es esta que el Fuero de Bizkaya concede? ¿Es de tanteo, de retracto, de nulidad? El Tribunal Supremo en sentencia de 2 de Marzo de 1861 siendo Ponente D. Miguel Osca manifiesta en su considerando segundo que «ha ejercitado el recurrente no la acción de nulidad conforme a las leyes de Bizkaya, sino al retracto gentilicio, que atendidas sus condiciones especiales no puede tener lugar según las mismas, sino que es propia y peculiar de las leyes de Castilla.» Por lo tanto el Tribunal más alto de la Nación, encargado de definir y esclarecer el derecho, opina que la acción foral es una acción de nulidad. Nosotros acatando esta doctrina por la autoridad altísima de donde emana, vamos a pasar a discurrir por nuestra parte sobre la materia, comparando los conceptos de TANTEO, RETRACTO y NULIDAD.

TANTEO «dice Escriche en su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia,* es el derecho de comprar una cosa no vendida, por el mismo precio que ofrezcan al vendedor. RETRACTO es el derecho que compete a ciertas personas para retraer o quedarse por el tanto con la cosa vendida a otro.

La NULIDAD y la RESCISIÓN no deben confundirse, dice el Sr. Falcón en su importante obra *El Derecho civil español «común y foral»* (Barcelona 1902, página 100.) La NULIDAD y la RESCISIÓN disuelven

el vínculo dejando sin efecto el contrato: este es el punto común en que convienen. Pero la RESCISIÓN recae siempre sobre contratos válidos y la NULIDAD por el contrario es una declaración de que el contrato a que se refiere no ha existido nunca para la ley. De aquí que sean tan distintas las causas de la NULIDAD y las causas de la RESCISIÓN. Las de la NULIDAD proceden siempre de la falta de un requisito esencial; las de la RESCISIÓN consisten siempre en motivos o razones de equidad.

La acción que el fuero concede en las ventas de bienes troncales participa mucho del derecho de tanteo, mucho del de RETRACTO, y nada a nuestro parecer, dicho sea con perdón de la altísima sabiduría del Tribunal Supremo, de la de NULIDAD.

Participa mucho del derecho del tanteo. En efecto: antes de que la cosa troncal sea vendida tiene el profinco derecho perfectamente declarado a que aquella no se venda, porque él desea quedarse con la cosa pagando su precio. Pero difiere bastante la acción foral del derecho de tanteo. El pariente en caso de tanteo se queda con la cosa por el mismo precio que ofrezca el comprador. En la acción foral no ocurre esto. El profinco se queda con la cosa por el precio que periten hombres buenos: he aquí una diferencia notable. Y una vez verificada la venta sin el previo requisito de los llamamientos, la acción que todavía concede el derecho foral al profinco de SACAR los bienes, también es distinta del RETRACTO por la razón anteriormente dicha: porque el retrayente hace suya la cosa vendida por el precio de la enajenación, mientras que con la acción por el fuero deparada de SACAR los bienes, el pariente tronquero tiene que pagar, como después veremos, un precio tal vez mayor o menor que el de la enajenación, cual es, el que los hombres buenos determinen. Pero con lo que no tiene la analogía menor la acción del fuero es con la acción de NULIDAD. La NULIDAD presupone que la venta no ha existido, que ha faltado en ella un requisito ESENCIAL (consentimiento, objeto o causa). Los contratos que carezcan de requisitos meramente formales, serán anulables pero no nulos.

Ahora bien; las ventas de bienes troncales verificadas sin los llamamientos a los parientes que ordena la ley primera, título 17 son válidas en sí. La omisión de los llamamientos es un defecto de forma pero no es un defecto esencial. El contrato ha existido y el defecto observado en su otorgamiento hace de él un contrato anulable, nunca nulo.

No falta, sin embargo, quién ha argüido que el derecho de SACAR es un derecho de retraer, porque así lo dá a entender de una manera expresa la ley 3.ª del mismo título 17 al llamarle RETRACTO diciendo «a falta de los tales profincos se admitan y se prefieran al RETRACTO de los tales bienes...» y esa palabra de RETRACTO se emplea en el índice alfabético del Fuero.

Pero los que de tal modo arguyen, no paran mientes en que de una denominación legal no pueden deducirse acciones, si del texto de la ley misma, de su significado lógico y de la jurisprudencia de los tribunales se deduce otra cosa. Ni cabe alegar tampoco en pro de la teoría, que el Fuero emplee la palabra RETRACTO en la ley 3.ª del título 17, porque aunque esto es indudablemente cierto, el Fuero no usa ese vocablo para significar con él la acción de SACAR los bienes vendidos, de los cuales no se ocupa hasta la ley sexta, sino para designar de alguna manera con el vocablo más parecido a los empleados entonces, la acción de los profincos, que es de lo que tratan las leyes primera a la quinta. ¿Y qué de extraño es que el Fuero use palabras poco propias cuando ya sus mismos autores baskos, poco versados en el castellano decían en la ley 3.ª del título 36 del mismo Fuero que este «es más de albedrío que de sotileza e rigor de derecho»?

La palabra SACAR significa lógica y gramaticalmente «extraer, quitar una cosa de donde está colocada,» luego al pariente el derecho que le compete es sólo el de extraer, el de quitar la cosa vendida del poder del comprador. La venta hecha sin los requisitos formales que el Fuero exige, queda por el derecho de SACAR de los parientes tronqueros invalidada, esto es, sin validez, pero no nula.

Un letrado eminente del Colegio de Bilbao, D. Lorenzo de Areilza,

decía en un pleito, abogando con gran brillantez – y nos complacemos en exponer su doctrina de indiscutible autoridad siempre:

¿Cuál es el significado de las palabras «que pueden sacar?» La misma ley sexta, título 17 nos lo dice en su epígrafe. «Que no valga la venta en perjuicio de parientes, o como dice el Tribunal Supremo en la sentencia citada de 2 de Marzo de 1861, que se anule la venta hecha en perjuicio de los parientes, para lo cual concede a estos parientes tronqueros la acción de SACAR los bienes de manos de los extraños, volviendo al tronco y persona de quien salieron a quien se le obliga a vender a extraños haciendo previamente los llamamientos que dispone la ley primera del título 17. Hay que ver con detenimiento la sentencia de 23 de Febrero de 1866 en la que se resuelve el caso concreto en que un pariente pretendió, diciéndose tronquero, que se le adjudicase una finca vendida a un extraño. El Tribunal Supremo no dice que ejercitaba el retracto, no obstante que éste en aquel tiempo existía en las leyes de Castilla hoy derogadas por el Código civil, sino que dice que ejercita el TANTEO, el cual, añade, sólo puede ejercitarse durante los tres llamamientos.

Y es evidente, si se trata como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de Junio de 1862 y 63 de Febrero de 1882 de acción de nuliadd.

El art. 1303 del Código civil declara perfectamente cuáles son los efectos de la nulidad de los contratos y dice que declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses. Si pues al profinco le compitiese la acción de nulidad, esto sería lo único que con ello podría obtener. Declarada la nulidad, tienen que volver las cosas al ser y estado que antes tenían, para lo cual, los vendedores han de devolver el precio que percibieron ¿pues cómo se les va a obligar a tal cosa sino son partes en el pleito, y la sentencia, según el artículo 1252 del Código y sentencias de 9 de Enero de 1890, 28 de Junio de 1892 y 5 de Julio de 1893, sólo es obligatoria como cosa juzgada entre los que hayan sido partes en el juicio?

Y que esa devolución es lo único que procede en virtud de la nulidad nos lo pone bien patente además de las consideraciones expuestas, la de que de ser de otra forma sería burlar acaso el derecho preferente que tuvieran parientes más profincos, según la ley 1.ª del título 17 para quedarse con la finca, sólo porque no habían tenido la suerte de enterarse de la venta por no haberse hecho los llamamientos: era pues preciso que volviendo las cosas al estado que tenían antes de la venta, se realizara ésta, previo los llamamientos a conocimiento de todos los profincos tronqueros.

Así pues, la nulidad con retracto sería en perjuicio de los tronqueros que no hubieran sido parte en el juicio; y la nulidad sola, declarada en un juicio, sería un absurdo, porque no podría obligar a las dos partes que intervinieron en el contrato cuya nulidad se declaraba».

Hasta aquí el Sr. Areilza en su brillante informe; pero a este tenemos que argüir: 1.º Que la sentencia obtenida en todo juicio de retracto, incluso en la legislación de Castilla lo es en perjuicio de todos aquellos que con preferente derecho para retraer no se han enterado del otorgamiento de la escritura y no han sido parte en el procedimiento. 2.º Que para que obligue al vendedor y al comprador la sentencia Foral, existe un medio sencillísimo que evita la dificultad que el señor Areilza señala: demandar a vendedor y comprador conjuntamente. 3.º Que si no existe el derecho de sacar para el tronquero, esto es, si no se le confiere la facultad de hacer suya la cosa vendida por su justo y verdadero precio, la acción de nulidad no tendría objeto, sería completamente ilusoria, porque volverían las cosas al ser y estado en que estaban antes de verificarse la venta, y con eso lograrían dos fines quienes deseen vender bienes a extraños: *A)* Sin necesidad de llamamientos, saber si hay algún pariente que quiera los bienes que vende, y con la seguridad de que a cuanto a más, se expone a que entablándose la demanda durante el término, quede nula la venta y vuelvan los bienes a su poder, pudiendo en cambio conseguir que ignorando la

venta los parientes tronqueros, se coonsolide esta por la prescripción de la acción para pedir la nulidad. Y *B)* Eludir los peligros que implican los llamamientos para el propietario que teniendo empeño en vender los bienes a un extraño, teme que se presente un profinco que le obligue a hacer la venta a su favor. 4.º Cuando un pariente manifiesta su voluntad de vender, no puede volverse atrás de ella según dice terminantemente el Fuero: «Ley 4.ª del título 17: Que las ventas sean válidas y no se desagan si no fuera por consentimiento de las partes, y que el profinco tome todos los bienes que se vendieren. Otrosí dijeron: Que habían de Fuero y establecían por ley, que dados los dichos llamamientos y prestadas las dichas fianzas, según dicho es, el tal vendedor al profinco, o el profinco al vendedor, no haya lugar a arrepentimiento por la una parte ni por la otra, sino que cada uno sea obligado a la compra y venta de lo que le atañe; excepto si no concurriere el consentimiento de ambas las partes».

Por lo tanto, el que con una venta anulable por la omisión del requisito formal de los llamamientos ha manifestado su voluntad de vender, resultaría de mejor condición que el que ha cumplido la ley y hecho los llamamientos, ya que éste al presentarse el profinco tiene forzosamente que hacerle la venta, y de no decretarse en el primer caso de ventas sin llamamientos más que la nulidad y no el retracto, podría el vendedor referido vender o no vender la finca al profinco que le demandó y obtuvo la nulidad. Por lo tanto, justo es convenir como el Juzgado de Durango en que «sustituye la escritura de venta a los llamamientos forales en cuanto a la voluntad de vender» (sentencia del Juzgado de DURANGO de 4 de Abril de 1917, Considerando 4.º, citado en otro lugar de este capítulo) y convenir también en que todo aquello que se verifica al presentarse un pariente tronquero a los llamamientos cumpliendo las disposiciones del Fuero, hay que hacerlo igualmente en aquellos otros casos en que judicialmente se declare la nulidad de una escritura otorgada sin el previo requisito de los llamamientos Forales. El pariente tronquero que ha obtenido la ejecutoria, podrá desde

luego SACAR el inmueble vendido al extraño, y hacerle suyo pagando el precio que los hombres buenos periten.

Hay algunos letrados en Bizkaya, sin embargo, que no participan de está última opinión en toda su integridad, y dicen que el precio que en tal caso habrá de pagar el profinco, ha de ser el precio señalado en la enajenación o venta anulada, no el que los hombres buenos periten.

Uno de los que con más tesón defienden esta teoría es D. Ramón de los Ríos y Areitio, Letrado del Juzgado de DURANGO; muy versado en materia foral. Apóyanse los defensores de esta teoría en que no existe paridad en los casos en que se hacen los llamamientos para vender bienes troncales, con aquellos otros en que se ha verificado una venta sin llamamientos. En el primer supuesto—dicen—no se ha fijado precio alguno y es conveniente que los peritos le fijen. En el supuesto segundo el precio ha sido fijado en la escritura de venta, y mientras no se demuestre que en esa fijación ha habido confabulación, el precio fijado en la escritura debe prevalecer y tenerse en cuenta al igual que en la legislación de Castilla ocurre en caso de retracto, legislación que en último término es aplicable al Fuero por ser supletoria de éste y por no prevenir el Código Foral el caso concreto que nos ocupa. Puede suceder—agregan—que una heredad troncal al ser justipreciada según el valor en venta común en el pueblo, sólo se la pueda peritar como dos, pero por estar la tal heredad próxima o cercana a otra del mismo comprador, a la que dé acceso, por convenir a éste su adquisición o por otra circunstancia cualquiera, esa heredad en vez de dos, que es su valor corriente, tenga para el comprador un valor como cuatro o como seis, y el dueño de la heredad que en dos no la querría vender, en cuatro o en seis le sería altamente beneficiosa el hacerlo.

Estas argumentaciones, cuya aparente brillantez no negamos, lo mismo convienen y pueden aplicarse para los casos en que deban hacerse los llamamientos, y sólo servirían para hacer resaltar, si acaso, el poco acierto del Fuero en este punto. Pero si hemos de tomar las instituciones jurídicas tal y como han sido promulgadas por el legislador com-

petente, no pueden servirnos tales argumentaciones para desconocer la regla general del Fuero. Por otra parte las confabulaciones que tendrían lugar para hacer subir el precio de la venta o para burlar a los tronqueros, serían tan fáciles de presentarse como difíciles de probar. La legislación de Castilla regula el retracto y no puede ser aplicable a una acción de esencia completamente distinta como es la del Fuero. El vendedor que cumple con éste y hace los llamamientos antes de otorgar una venta, no tendría la ventaja de poder recibir ese mayor precio de cuatro o de seis que se ha puesto como ejemplo, y tendría que recibir solamente el dos que peritaran los hombres buenos, y sólo tendría un medio hábil para obtener aquél sobreprecio, que sería el desobedecer el Fuero y hacer una venta sin llamamientos y esperar a que se la anulasen y valiera el precio del cuatro o del seis que asignó en la escritura.

Por lo tanto el infractor del Fuero resulta, con esta teoría, de condición privilegiada y superior que el que cumple escrupulosamente con la ley. Las leyes no pueden interpretarse de modo que lleven a lo absurdo y al absurdo lleva esta teoría, de mayor brillo que acierto. Citan además los defensores de ella como argumento de autoridad, la jurisprudencia de algunos tribunales, entre ellos una sentencia del Juzgado de Marquina, confirmada por la Audiencia de Burgos que sostiene tal doctrina y otra de la Audiencia de Burgos en el mismo sentido que revocó la del inferior mantenedor de la opinión contraria.

Nosotros hemos acudido al Juzgado de Marquina y hemos estudiado la sentencia que citan con todo detenimiento. Dicha sentencia lleva fecha de 1.º de Agosto de 1916 y fué dictada por D. Julián García y Sáinz de Baranda, en juicio ordinario de menor cuantía seguido entre D. Enrique López de Calle y Landáburu y D.ª Eloisa López de Calle y Landáburu, representada por su marido D. Fernando Colmenares y D. Norberto Urresti y Coscorrosa, y contiene en efecto, en su fallo, «la declaración de nulidad del contrato de compra-venta obligando al demandado D. Norberto Urresti a restituir al actor D. Enrique López

de Calle el inmueble denominado *Rementericua,* que el citado demandado adquirió de D.ª Eloisa López de Calle mediante la entrega del precio de mil pesetas y gastos del contrato». Pero esta sentencia no tiene el valor ni el alcance que se la quiere dar, porque el Juzgado no sentó tal doctrina porque le pareciera la procedente (antes bien la procedente le parecía la contraria por lo que afirma) sino porque quiso ser congruente con las pretensiones de las partes. Dice el Considerando tercero:

«Considerando que la ley 6.ª del título 17 del Fuero de Bizkaya prevee el caso de la venta de bienes raíces sitos en territorio foral sin dar los llamamientos en la Anteiglesia, mandando que en tal caso los hijos o parientes más propincuos de aquella línea puedan sacar los tales bienes ordenando que no sea oído ni admitido el que acudiere después de año y día y si jurase que no supo la venta sea admitido dentro de los tres años a partir de la fecha de venta según y de la forma que de suso está dicho y declarado en caso que haya llamamiento, que no es otro que lo que señala el Fuero en la ley 1.ª, título 17, al indicar a hombres buenos como peritos reguladores del valor de la finca que el pariente tronquero quiera sacar, por lo que es evidente que el actor D. Enrique López de Calle, como pariente troncal de la vendedora, tiene derecho a solicitar la nulidad de la venta de la casa *Rementericua,* y a pagar el precio fijado por los peritos que las partes nombraren, si en su demanda no solicitase que los demandados en virtud de lo alegado por él, fuesen condenados a la restitución del inmueble a que aquella se refiere, mediante el precio de la enajenación, o el que resulte de la regulación pericial que nunca sería mayor a elección de los demandados», con lo cual establece una petición alternativa que deja a elección de los demandados, y con cuyo primer modo está conforme el D. Norberto Urresti, pues no otra cosa dijo en el acto conciliatorio y viene exponiendo en su contestación y comparecencia, en cuyos actos y escritos reconoce el mencionado derecho del actor a la casería *Rementericua,* siempre y cuando le entregue la cantidad que pagó por ella y gastos del contrato, y siendo reconocido por el actor, que el

precio de la enajenación del inmueble fué el de mil pesetas, constando la entrega de tal dinero a la vendedora en el documento público, no contradicho por el demandante, y dejando a elección de los demandados la restitución del inmueble mediante la entrega del precio de la enajenación o del fijado por peritos, siempre no sea mayor, es incontestable que el precio de mil pesetas y los gastos del contrato es el precio de la enajenación, y como tal elegido por el demandado señor Urresti, y dejado a elección del mismo en su demanda por el actor, y en cuyo sentido pide se dicte sentencia, la cual ha de ser congruente con las peticiones de las partes, con cuya doctrina se halla conforme el art. 1303 del Código Civil, que supletoriamente habrá que aplicar».

La sentencia de la Audiencia de Burgos, confirma en efecto la opinión que combatimos. Fué revocatoria de la dictada por D. Eladio Urdangarín, Juez de primera instancia de Durango, y lleva fecha del 23 de Agosto de 1899. El pleito se siguió en rebeldía del demandado, habiendo defendido al demandante en primera instancia el Letrado don José Ramón de los Ríos, y en la segunda el Abogado D. Baldomero Amézaga. Dice así la sentencia:

«Considerando que en la ley 6.ª, título 17 del derecho Civil vigente en Bizkaya, no se ordena como en la primera del mencionado título que el apreciamiento de los bienes vendidos se haga por hombres buenos o peritos nombrados uno por cada parte y el tercero por el Juez, por cuya razón y a falta de disposición foral a este particular referente, debe acudirse a las que respecto a la materia se hallen consignadas en las leyes generales del Reino, lo cual autoriza la ley 3.ª, título 36 del propio Fuero».

«Considerando que el Código Civil al ocuparse de los retractos señala como precio de que el comprador debe reembolsarse, el de la venta o sea el que hubiera dado por la finca comprada, art. 1525, lo que así mismo viene a determinar la Ley de Enjuiciamiento Civil, núm. 2.º del art. 1618, debiendo en tal concepto prescindirse de la tasación pericial, y estimarse como precio o valor de la finca aquel en que fué vendida».

«Considerando que esta inteligencia no altera ni por modo alguno modifica el carácter familiar que la propiedad tiene en Bizkaya, ni determina contradicción alguna entre las leyes 1.ª y 6.ª del Fuero, ya citadas, abonándola por el contrario la circunstancia atendible de que por la primera o sea cuando el pariente que quiere comprar la heredad formaliza oposición a virtud de los llamamientos, no se ha fijado, ni menos integrado precio alguno, y de aquí que se proceda a la tasación, y con relación a la segunda existe un precio conocido que entregó el comprador y recibió el vendedor, cuyo precio de reservarse a peritos podría ser alterado en perjuicio de uno y de otro, y aun, en algún caso, contradichos los propósitos del pariente que desea adquirir el precio. (Sentencia registrada en Cancillería al núm. 53. Ponente D. Gregorio Jordán)».

Esta sentencia cuya autoridad es tan grande como lo es la competencia de los sabios magistrados que la dictaron deja, sin embargo, en pie, nuestros argumentos, y parte del supuesto de que la acción foral es una acción de retracto, cosa que hoy nadie sostiene. Por otra parte es una sentencia única en tal sentido, que no ha creado práctica ni siquiera uso en los Tribunales, no habiendo resuelto debate, pues se dictó en rebeldía. Nosotros, al menos, no sabemos de otro.

¿A quién compete la acción de nulidad? Sin vacilación contestamos: A los parientes tronqueros. Lo dice bien claramente la ley 6.ª del título 17. «Los hijos o parientes más profincos de aquella *línea,* puedan sacar los bienes». El Fuero no concede este derecho a los parientes que no sean profincos tronqueros, ni siquiera vuelve a ocuparse de ellos mas que cuando les dá el derecho a retracto la ley 3.ª. Si pues la ley 6.ª no les concede la acción de nulidad, nosotros no podemos concedérsela tampoco por meras y simples conveniencias ni presunciones. Las únicas acciones que pueden válidamente prosperar en los Tribunales son aquellas que están creadas, previstas y reguladas por el legislador competente. Recordemos también la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1866, inserta en otro lugar de esta obra, y

muy en especial su último considerando y deduciremos, si somos lógicos, que la acción de nulidad no se dá ni a los comuneros ni a los parientes no tronqueros. Pero a mayor abundamiento, y para dejar cualquier duda, existe una sentencia del Juzgado de Durango dictada por el Ilustre Magistrado D. Eladio Urdangarín, confirmada por la Audiencia de Burgos, que afronta y resuelve esta cuestión con gran lucidez, encontrándose en los luminosos considerandos de ambas instancias argumentos tan contundentes y rotundos en pro de la teoría que sostenemos, que renunciamos a seguir argumentando por cuenta propia, y nos limitaremos a copiarlos en obsequio a la mayor utilidad que reportará al lector:

«En la villa de Durango a 10 de Abril de 1897, el Sr. D. Eladio de Urdangarin e Irizar, Juez de primera instancia de la misma y su partido, habiendo visto esta demanda de mayor cuantía promovida por D.ª Francisca de Sagarmínaga e Inchaurbe, autorizada por su marido D. Fernando Polo y Martín, mayores de edad y vecinos de Bilbao, representada por el procurador D. Matías de Momoitio Duñabeitia y dirigida por el abogado D. José Frutos de Epalza, contra D. Juan de Aldama y Aguirre, soltero, mayor de edad, propietario y vecino de la villa de Murguía, representado por el procurador D. Víctor Rodríguez y dirigido por el licenciado D. Lorenzo de Areilza; sobre nulidad de una venta de la casa número 9 de la cuadrilla de Santa María del valle de Orozco»; y

1.º «Resultando: que el procurador Momoitio en la representación dicha ha entablado en forma esta demanda de mayor cuantía contra D. Juan de Aldama y Aguirre, en súplica de que se declare nula la venta de la casa número 9 y pertenecidos de la cuadrilla de Santa María del valle de Orozco, efectuada a favor del dicho Aldama y se declare así mismo el derecho del demandante a sacar dichos bienes fundando su súplica: 1.º en que D.ª Ramona y D. Basilio de Inchaurbe y Olabarría, D.ª Jerónima de Ibarrondo e Inchaurbe y D. Hilario de Urrutia e Inchaurbe, han vendido durante el año próximo pasado

(habiéndose presentado la demanda el 29 de Octubre último) la casa citada con sus pertenecidos, que adquirieron por herencia de D. Juan de Inchaurbe y Olavarría, a D. Juan Aldama y Aguirre, con quien los vendedores no tienen parentesco alguno. 2.º En que el demandante es pariente en cuarto grado de los vendedores, hechos en virtud de los que teniendo en cuenta lo que previene el artículo 10 y el 12 del Código Civil y las leyes del título 17 y especialmente la 6.ª y en que el término del año y día no es transcurrido, entiende procedente se decrete de conformidad a lo que solicita en la demanda».

2.º «Resultando: que comparecido el demandado representado por el procurador D. Víctor Rodríguez, evacuó en forma el traslado que se le confirió para contestación solicitando que con imposición de las costas al demandante se le absuelva de esta demanda fundando su petición: 1.º en que es cierto el hecho de la venta que se refiere en el hecho primero de la demanda, la cual se efectuó en escritura otorgada ante el Notario de Bilbao D. Julián de Ansuátegui el 30 de Julio último; que así mismo es cierto el parentesco de la demandante con los vendedores que se alega en la demanda, así como lo que se refiere en los hechos tercero y cuarto de dicha demanda, pero que no es cierto que los vendedores no tengan parentesco con el comprador, pues lo tienen en séptimo grado, como lo acreditan a su entender las partidas de nacimiento que presenta, y que además la finca de que se trata no proviene de los antecesores de los vendedores, sino de su tío D. Juan Inchaurbe Olabarría, quien a su vez no la adquirió de abolengo sino por compra a un extraño y que por tanto no habiendo sido nunca poseedor de estos bienes o pertenecido a un ascendiente común a los vendedores y demandante no corresponde a éste la acción de nulidad que fundada en la ley 6.ª, título 17, ejercita».

3.º «Resultando que las partes insistiendo en sus respectivas cuestiones evacuaron los traslados de réplica y dúplica y por hallarse conformes en los hechos se decretó no haber lugar al recibimiento a prueba y se han traído los autos a la vista con citación de las partes para sentencia».

4.° «Resultando que en la tramitación de este expediente se han guardado las formalidades legales».

1.° «Considerando que constando en autos que la finca de que se trata no ha pertenecido al tronco común de demandante y vendedor, y no siendo por tanto la demandante, como ella lo reconoce, pariente tronquera del vendedor, la primera cuestión a resolver en esta sentencia, es la de si la acción de nulidad o facultad de sacar los bienes vendidos sin llamamientos que concede la ley 6.ª, título 17 del Fuero, compete también a los parientes no tronqueros, como entiende la demandante, o tan sólo a los tronqueros como afirma el demandado, cuestión que por hacer directa relación a la acción misma ejercitada por la demandante, es la primera de las planteadas en este juicio que se debe examinar y resolver».

2.° «Considerando que la ley 6.ª citada concede la facultad de sacar los bienes (en el caso a que se refiere, o sea en el de venta de raíz sin llamamientos) no a los parientes más profincos en general y sin determinación alguna, sino a los parientes más profincos de «aquella línea» que en tal caso, dice la Ley «los hijos y parientes más profincos de aquella línea pueden sacar los bienes, «palabras» de aquella línea» cuya significación y verdadero sentido es necesario ante todo recabar para poder determinar si en los parientes que señala la dicha ley están o no comprendidos los no tronqueros».

3.° «Considerando que en dicha ley ni se habla de línea en otro lugar ni existe la menor indicación aparte la referida, a dicho concepto, no pudiendo por tanto el pronombre «aquella» que rige a «línea» aplicarse a palabra o concepto de la ley citada, de donde resulta que en esta ley ni tiene gramatical explicación el empleo de dicho pronombre, ni del texto de la misma pueden deducirse cuál sea la línea que señala al decir «de aquella línea» ni por tanto es posible conseguir, con el solo estudio gramatical de su texto, el verdadero sentido de dichas palabras.»

4.° «Considerando que en cada parentesco hay una sola, única línea, de modo que no puede decirse de un parentesco concreto que

ya sea recto, ya colateral, esta, ni aquella línea, por lo que las palabras de la ley «de aquella línea» no pueden entenderse en relación sólo a las personas, por cuanto de entenderse de este modo nada dirían, pues todo parentesco es de aquella única línea que une los parientes de que se trata, y no puede ser en aquella exclusiva relación personal, de esta ni de aquella línea, sino de la única por la que es el parentesco».

5.° «Considerando que es contra elemental y simplicísima regla de interpretación, suponer que alguna cláusula o palabra importante de la Ley no tenga sentido o significación o entenderla de modo que no produzca resultado y que por lo tanto las palabras citadas no pueden sólo referirse a relación personal o la mera relación de parentesco, pues en este sentido nada serían, nada dirían, porque así, lo mismo es decir parientes más profincos, que parientes más profincos de aquella línea y por tanto es innegable que la recta interpretación exige que las dichas palabras signifiquen algo que no sea mera relación de parentesco».

6.° «Considerando: que debiendo significar algo o tener algún sentido las repetidas palabras resulta por de pronto de toda evidencia, que con ellas es claro, que no a todos los parientes más profincos llama la Ley sino que se refiere a determinados parientes más profincos, porque si se entendiera que a pesar de las palabras citadas, todo pariente más profinco está comprendido en aquel precepto, además de resultar por lo ya dicho vacías de toda significación, no tendrían explicación racional posible, pues si la ley no quiso con las palabras «de aquella línea» señalar y por tanto excluir a determinados parientes más profincos, no se comprende ni tiene justificacion ni siquiera excusa, el que la Ley añadiera aquellas palabras que no queriendo que dijeran nada eran inútiles, y no para otra cosa que motivo de racionales dudas y consiguientes discusiones de derecho».

7.° «Considerando: que debiéndose, pues, entender que aquella ley no se refiere a todos sino a determinados parientes más profincos, y no existiendo en ella nada que indique cuáles sean éstos o cuál sea la línea que señala al decir «de aquella linea,» es necesario, observando

las reglas de interpretación, acudir en primer término a las leyes del Fuero sobre la misma materia o análoga y al espíritu o principios fundamentales que informan sus preceptos en el objeto de derecho de que se trata».

8.° «Considerando: que al estudiar las leyes del Fuero sobre materia de propiedad llama, ante todo, la atención en cuanto a la cuestión de que se trata, que la misma deficiencia de expresión que en la ley 6.ª citada, se observa en la primera, título 19, en la que también se señalan parientes «de aquella línea» sin otra referencia a la línea y se observa también en el último párrafo de la ley 3.ª, título 17, lo cual, al calificar la deficiencia aquélla, pues no es de una sino de varias leyes, robustece más la necesidad legal de dar significación y no suponer sin sentido y sin resultado palabras importantes que se emplean no ya en una, sino en varias leyes en iguales circunstancias, de la misma manera y condición y refiriéndose a la misma materia».

9.° «Considerando: que en las leyes del Fuero no se señala o menciona otra línea, aparte de la consiguiente a todo parentesco, que la de donde los bienes dependen o proceden, y, por lo tanto, no pudiendo por lo expuesto, referirse aquellas palabras «de aquella línea» a la línea consiguiente a todo parentesco, y no pudiendo entenderse que nada signifiquen, necesariamente han de referirse a la otra única línea de que hablan y repetidas veces señalan las leyes del Fuero; a la línea de donde los bienes proceden, habiendo así de entenderse que la facultad aquélla de sacar los bienes, se concede a los parientes más profincos de aquella línea de donde proceden los bienes o sea a los parientes tronqueros».

10. «Considerando: que esta interpretación es del todo conforme a las reglas que respecto a propiedad y a sus transmisiones establece el Fuero y aun exigidas por preceptos claros del mismo (leyes 14 y 18, título 20) que al prohibir el dejar o donar bienes raíces a extraño cuando el dueño tenga descendientes ascendientes o colaterales tronqueros dentro del cuarto grado, concede, si careciere de tales parientes, la fa-

cultad de disponer de sus bienes raíces, facultad que no permite que se entienda que la ley 6.ª, tantas veces citada, concede acción de nulidad a parientes no tronqueros, pues resultaría así, que no podrían los dueños hacer disposición, donar ni mandar a extraños cosa raíz, aun no teniendo parientes tronqueros y vendría de este modo a quedar sin efecto el precepto claro y terminante de la ley 18 citada».

11. «Considerando: que el riguroso régimen troncal que hasta en sus últimas consecuencias establece el Fuero, explica satisfactoriamente la aparente contradicción que resulta de negar la ley 6.ª la acción de nulidad a parientes no tronqueros, a los que la ley 2.ª del mismo título concede, en caso de llamamientos, el derecho a haber los bienes «si acaeciere que alguno de ellos no se dicen troncales» porque, aparte de la diferencia de una y otra acción y que entre ellas no hay relación de dependencia, aquel régimen exige la acción de nulidad para que la raíz no salga de la familia tronquera, base y capital fundamento de la organización de la propiedad en el Fuero, y no la exige, ni resultaría conforme a este régimen, el concederla a la familia no tronquera, a la que es lógico y consecuente en su sistema no atienda de aquella manera especial el Fuero, el cual, al hablar (ley 2.ª, título 13) de este derecho a haber y del derecho a anular las ventas o sacar los bienes, no los llama sólo privilegio de profincaje, sinó «Privilegio que tiene de profincaje y del tronco a los bienes» lo cual confirma la creencia que el sistema troncal del Fuero produce, de que los llamamientos son exigidos en consideración a la familia tronquera, tanto más, dado el precepto de la ley 3.ª, título 17, de que a falta de tronqueros se admitan y prefieran los no tronqueros «conforme y al tenor de las leyes del Reino» lo cual es nueva confirmación de que el entender que la ley 6.ª dicha concede acción a los no tronqueros, es contrario a los preceptos del Fuero».

12. «Considerando: por todo lo expuesto, que en la ley 6.ª, título 17, que en último caso siempre como limitativa que es del derecho de propiedad habrá de ser de interpretación estricta, no están com-

prendidos los parientes no tronqueros y que, por tanto, la demandante que no es cuanto a la finca de que se trata pariente tronquera del vendedor, no tiene la acción de nulidad que fundada en dicha ley ejercita.»

13. «Considerando: que resuelta de este modo la cuestión primera debatida en este juicio, queda resuelta la contienda materia de este litigio, sin que sea necesario entrar al examen y decisión de las demás cuestiones que en este juicio se han debatido».

14. «Considerando: que no ha incurrido en culpa legal la demandante, ni existe razón que sea suficiente para hacer declaración especial sobre costas».

«Vistas las leyes citadas, las que citan las partes, así como el capítulo 2.°, título 2.°, libro 2.° y artículos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

FALLO: Que sin especial declaración sobre costas, debo absolver y absuelvo al demandado D. Juan de Aldama y Aguirre de esta demanda contra él interpuesta por D.ª Francisca Sagarmínaga e Inchaurbe. Se concede al Actuario para la notificación de esta sentencia, el término de tres días. Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.

Apelada esta sentencia, la Audiencia de Burgos dictó la siguiente:

«En la ciudad de Burgos a 7 de Diciembre de 1897, en los autos de mayor cuantía que procedentes del Juzgado de Primera instancia de Durango penden ante la Sala de lo civil de esta Audiencia por recurso de apelación entre partes de la una como demandante D.ª Francisca Sagarmínaga e Inchaurbe, dedicada a las ocupaciones domésticas, esposa de D. Bernardo Lobo Martín, empleado, vecinos de Bilbao; su procurador D. Lino Santa María Tristán, bajo la dirección del abogado D. Federico Martínez del Campo, y de la otra, como demandado, don Juan Aldama y Aguirre, comerciante, vecino de Murguía, defendido por el abogado D. Manuel Gaitero y representado por el procurador D. Carlos Echevarrieta, sobre nulidad de la venta de la casa número 9 y pertenecidos de la cuadrilla de Santa María del valle de Orozco».

Aceptando los resultandos de la sentencia dictada por el juez de primera instancia de Durango en 10 de Abril último; y

«Resultando que admitida en ambos efectos la apelación que de dicha sentencia interpuso D.ª Francisca Sagarmínaga se remitieron los autos a esta Superioridad donde se ha dado al recurso la tramitación correspondiente».

«Vistos, siendo Magistrado Ponente D. Juan Vázquez Cernada».

«Considerando que la súplica de la demanda interpuesta por doña Francisca Sagarmínaga tiene por fundamento el aserto contradicho en la contestación de que la venta de bienes raíces sitos en territorio de Bizkaya sujeto a, o regido por el Fuero debe ser declarada nula sino la preceden los tres llamamiento en renque de que habla la ley 1.ª título 17 y solicite esa declaración cualquiera de los profincos del vendedor».

«Considerando que son puntos de hecho aceptados por las partes, e incontrovertibles por lo tanto: primero, que la venta verificada en escritura pública otorgada en 30 de Julio e inscrita el siguiente 30 de Agosto del 96, de la casa número 9 sita en la cuadrilla de Santa María del valle de Orozco, no fué precedida de llamamiento alguno; segundo, que la finca indicada radica en territorio en donde el Fuero es aplicable; y tercero, que no perteneció en tiempo alguno a un causante común de los vendedores y de la demandante, sino que adquirida de un extraño por un tío de la D.ª Francisca, D. Juan Inchaurbe, ha sido adjudicada por herencia a parte de los vendedores y a causante de los restantes parientes dentro del cuarto grado de la que demanda, todos los cuales la enajenaron por medio de la escritura dicha, a D. Juan Aldama, pariente así mismo de los vendedores, si bien en grado más remoto, en el séptimo».

«Considerando que sentados esos precedentes aun cuando fundadamente pueda decirse que D.ª Ramona Inchaurbe y demás vendedores ajenos todos ellos a este pleito, faltaron a lo prescrito en la ley 1.ª, título 17 del Fuero, dejando de anunciar en tres domingos consecutivos ante escribano y a la hora de la procesión, su voluntad de enajenar la

casa y huerta contigua, no por eso infirieron otro perjuicio que el de no preparar a la formalización del retracto de los tales bienes si procediera conforme y al tenor de las leyes del Reino «a los parientes» como es la demandante «de otra línea de que no depende o proviene la tal heredad, aunque sean muy cercanos de tal vendedor, del cual son extraños en cuanto a la troncalidad» según lo consigna clara y textualmente la ley 3.ª del propio título 17, estableciendo una diferencia entre los profincos tronqueros y los meramente profincos respecto de las vendidas, y definiendo por modo tan concreto como preciso e inequívoco los derechos de los últimos o mejor dicho las aspiraciones de los tan sólo profincos que consiente y autoriza.»

«Considerando que de lo expuesto se desprende con toda evidencia que la acción de nulidad y el derecho de sacar los tales bienes vendidos sin llamamientos, una y otro ejercitables durante año y día por lo menos, no han sido introducidos en favor de profincos simplemente o de parientes de otra línea de no depender o proviene la heredad, ya porque sería necesario en otro caso suponer no escrito el precepto formulado en las palabras transcritas de la citada ley tercera, ya porque en el supuesto contrario, era indispensable reconocer establecer en favor de los meramente profincos dos privilegios, el de tanteo uno y otro el del retracto, mencionados distintamente en la ley 8.ª, título 17 y 2.º del 18, el último de los cuales se negaba a los profincos tronqueros y ya también porque la propia ley sexta, en donde la dicha acción de nulidad se establece, la otorga únicamente a los hijos que siempre son tronqueros o a los parientes de aquella línea o sea a los que dentro del principio de la troncalidad a que rindió el Fuero un fervoroso culto son de idéntica condición a los hijos mismos, explicándose de esa suerte satisfactoriamente el empleo y significado del pronombre demostrativo «aquélla» no sólo en esa ley sexta sino además en la primera del título 19 en equivalencia de la frase de que dependan o provienen los bienes».

«Considerando que como esa doctrina tiene un perfecto apoyo y cumplida base en frases de algunos de los considerandos que preceden

a la decisión de 23 de Febrero del 66 y en el sentido y general concepto de la de 27 de Diciembre del 95 también del Tribunal Supremo, según la última de las cuales puede disponerse libremente en testamento de los bienes no troncales, se hace de todo punto forzoso declarar a doña Francisca Sagarmínaga pariente o profinco pero no tronquera, de los que, como vendedores, figuran en la escritura de 30 de Julio por su propia confesión y reconocimiento sin derecho y sin acción a pedir la nulidad de la vendida, consignada en ese documento y a sacar los bienes de que se trata».

«Considerando que, sin embargo, la ambigüedad producida por el uso que de la palabra profinco hace la mayor parte de la ley del título 17 del Fuero de Bizkaya sin distinguirlos de los que además son tronqueros, y el error a que induce la opinión de un buen número de los escritores que de la materia se han ocupado, excluyen la aplicación de la nota de temerario, en quien, como la demandante, recurre en segunda instancia para resolver la cuestión en este pleito controvertida».

«Vistas las disposiciones de que se hace mérito».

FALLAMOS que debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia apelada por la que se absuelve a D. Juan Aldama y Aguirre de la demanda contra él interpuesta por D.ª Francisca Sagarmínaga e Inchaurbe sin hacer especial condenación de las costas causadas en ninguna de las dos instancias. Y luego que este fallo sea firme comuníquese al Juzgado por medio de certificación y con devolución de los autos a los fines conducentes. Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Maximino Rodríguez Guerrero=Juan V. Cernadas.=Juan Rodríguez.=Leopoldo Méndez.=Gonzalo Valdés.

Existe también la siguiente sentencia del Tribunal Supremo, que creemos conveniente reproducir por resolver una cuestión interesante y muy discutida. Dice así:

«En la villa y corte de Madrid, a 20 de Enero de 1904, en el pleito

seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda, y en la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos por D.ª Damiana, D.ª Manuela y D. José Ranero Martínez, con su hermana D.ª Catalina, labradores y vecinos todos del valle de Carranza, sobre reconocimiento del derecho a retraer por igual determinados bienes; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Letrado D. Luis García de la Rasilla, en representación de D.ª Damiana y D.ª Manuela, no habiendo comparecido la parte recurrida»:

«Resultando que D.ª Jacoba Martínez, vecina de Carranza, por escritura pública de 11 de Mayo de 1898, otorgada en la villa de Ramales y por documento privado hecho en Quintana de Soba en 29 de Mayo de 1899, vendió diferentes bienes a su hijo D. Ricardo Ranero Martínez; y en documento privado otorgado en el pueblo de Soscaño, del valle de Carranza, provincia de Bizkaya, en 8 de Abril de 1900, los hermanos D.ª Catalina, D.ª Manuela, D.ª Damiana y D. José Ranero Martínez, hijos también de aquella D.ª Jacoba, reconocieron y confesaron haber recibido de su hermano D. Ricardo la cantidad de 500 pesetas cada uno y los muebles que les habían correspondido por herencia de sus padres ya difuntos, renunciando a hacer reclamación alguna a su citado hermano por el concepto citado»:

«Resultando que D. Ricardo Ranero vendió a D. Gabino Zorrilla por escritura de 20 de Agosto de dicho año de 1900, los bienes adquiridos de su madre; y por escritura de 16 de Octubre siguiente, el D. Gabino vendió los mismos bienes a D.ª Catalina Ranero en precio de 5.750 pesetas, que había sido lo pagado por D. Gabino, por precio y gastos al adquirirlas de D. Ricardo, cuya enajenación fué hecha en cumplimiento de lo convenido en acto de conciliación a que fué citado el D. Gabino Zorrilla por la compradora D.ª Catalina, para preparar la demanda de tanteo que decidió entablar en uso del derecho que le concedían las leyes del título 17 del Fuero de Bizkaya, para adquirir los bienes indicados, que eran troncales por haber pertenecido a los padres y ascen-

dientes del vendedor D. Ricardo, y, por tanto, de la demandante, a cuya reclamación accedió D. Gabino, a pesar de entender que no era extraño a dichos bienes por proceder del mismo tronco de donde ellos procedían, conviniendo a entregarles a D.ª Catalina, con tal de que se le abonara el precio que había satisfecho, y todos los gastos ocasionados»:

«Resultando que los susodichos hermanos D.ª Damiana, D.ª Manuela y D. José entablaron en el Juzgado de Primera instancia de Valmaseda, en 10 de Agosto de 1901, la demanda de este pleito contra su hermana D.ª Catalina, pidiendo se declarase que tenían igual derecho que ésta a adquirir o retraer los bienes comprados por la misma a don Gabino Zorrilla, y en su consecuencia, se le condenase a entregarles y otorgar a su favor la citada escritura de cesión de la propiedad de las tres cuartas partes de dichos bienes, mediante el abono del precio consiguiente, a cuyo efecto alegaron: que se hallaban en igual caso que la demandada, como hermanos que eran de doble vínculo, para obtener los bienes que su otro hermano D. Ricardo vendió a D. Gabino Zorrilla, y dentro del año y día fijado en la ley 6.ª del título 17 del Fuero de Bizkaya, conforme a la que ya las demás leyes de dicho título y a lo establecido a las demás del Reino para casos análogos, los parientes que comparecen dentro del término, aun después de verificado el retracto o adquiridos los bienes por otros parientes, tienen derecho a obtener de éstos la parte correspondiente»:

«Resultando que D.ª Catalina Ranero contestó a la demanda presentando con ella el documento privado antes referido de 8 de Abril de 1900, y pidiendo se le absolviera de ella condenando a los demandantes al pago de las costas, alegando en su apoyo y en cuanto es esencial: que para la realización de los dos contratos en que la madre de los litigantes vendió los bienes de que se trataba a su hijo D. Ricardo no se hicieron los llamamientos forales, ni siquiera se dió conocimiento, ni se ofrecieron los bienes objeto de aquellas enajenaciones a los demás hijos; que D. Ricardo poseyó sin oposición ni reclamación de sus hermanos dichos bienes hasta que los vendió a Zorrilla en Agosto, si bien

antes en el mismo día de los funerales de su madre, los ofreció a todos y a cada uno de sus hermanos, y más tarde repitió el mismo ofrecimiento, especialmente a su hermano D. José, llegando a decirle que se los daría al fiado y a plazos cuando buenamente pudiera pagarle su precio de 3.500; que además D. Gabino Zorrilla era pariente tronquero de todos ellos, y como tal y poseedor por herencia de la mayor parte de los bienes troncales, de los que eran una desmembración los que se litigaban, compró éstos a D. Ricardo; que los llamamientos forales por costumbre seguida sin interrupción desde hacía unos 30 años, no se hacían en el valle de Carranza, ni en las Encartaciones de Bizkaya, en la forma simbólica descrita en la regla 1.ª del título 17 del Fuero, sino a lo más por mera oferta u ofrecimiento de los bienes que se proyectan vender a los parientes tronqueros; que la acción de nulidad concedida a los parientes tronqueros para sacar los bienes troncales vendidos sin que procedan los llamamientos forales, sólo se otorga cuando se venden dichos bienes troncales a extraños, según lo tiene declarado este Tribunal Supremo en repetidas sentencias que la acción de nulidad concedida a los parientes tronqueros es distinta de la de retracto, y el derecho de sacar los bienes en su justo precio, diferente del tanteo gentilicio de Castilla; y que por último a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, y menos contra aquellos que tienen consentido, en cuyo caso se encontraban los demandantes por razón de lo declarado en el documento privado que acompañaba, en el que se dieron por satisfechos de lo que les correspondía por herencia de sus padres mediante la entrega que el demandado les hizo a cada uno de 500 pesetas y los muebles correspondientes»:

«Resultando que en los respectivos escritos de réplica y dúplica insistieron en sus respectivas pretensiones y alegaciones, y practicadas pruebas y sustanciado el pleito por los demás trámites de las dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos en 2 de Junio del año último, confirmatoria de la dictada por el Juzgado, absolviendo a D.ª Catalina Ranero Martínez de la demanda inter-

puesta por sus hermanos D.ª Damiana y D. José, y condenando a éstos al pago de las costas de la segunda instancia, sin hacer especial condenación de las de la primera»:

«Resultando que D.ª Damiana y D.ª Manuela Ranero interpusieron recurso de casación, fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por considerar infringidos:

Primero. El art. 524 de dicha ley procesal, en su segundo párrafo que únicamente exige expresar la clase de acción que se ejercite, cuando por ella se haya de determinar la competencia; por cuanto la sentencia recurrida se funda en que los recurrentes no ejercitaron la acción de nulidad; y

Segundo. Al denegar la sentencia a las recurrentes el derecho a participar de la compra de los bienes en unión de la demanda, la ley 2.ª título 12 del Fuero de Bizkaya, que determina que concurriendo parientes del mismo grado y línea, participarán por iguales partes».

«Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

«Considerando que si bien a tenor del art. 524 de la ley de Enjuiciamiento civil, no obsta para el éxito de una acción ejercitada en juicio que no se exprese su denominación técnica, en armonía con al acto o derecho reclamado, bastando que se consigne su clase cuando por ella haya de determinarse la competencia, es indispensable conforme al mismo precepto, que se fije con claridad y precisión lo que se pida; y como en el caso actual los recurrentes no pidieron la declaración de nulidad de las escrituras de venta realizadas sin los previos llamamientos que prescribe el tít. 17 del Fuero de Bizkaya, que es lo procedente en tal caso, según doctrina sancionada por este Tribunal Supremo, sino que se concretarán a suplicar que se les declarase con igual derecho que a la demanda para adquirir o retraer los bienes comprados por ésta a D. Gabino Zorrilla, fuerza es concluir que la Sala sentenciadora, al establecer que la nulidad es improcedente por no haberse entablado en forma, no ha cometido la infracción de aquel artículo, alegada en primer lugar en el recurso»:

«Considerando por lo que toca a la infracción de la ley 2.ª, tít. 17 del Fuero de Bizkaya, alegada en segundo término, que aun en el supuesto de que esta ley fuera de aplicación general o absoluta y no circunscripta al caso a que se refiere, de que por virtud de los llamamientos prevenidos en la primera, aspirasen a la adquisición de los bienes raíces puestos en venta por su dueño, varios individuos todos iguales en derecho y sangre, la casación no podría por tal motivo descansar en el fallo sobre el fundamento no impugnado en el recurso, de que sólo procede la nulidad de la enajenación ya efectuada, cuando ésta se realice en favor de extraños, que aquí no se verificó en cuanto a la última hecha en favor de una hermana de doble vínculo de los recurrentes»:

«Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D.ª Damiana y D.ª Manuela Ranero Martínez, a quienes condenamos al pago de las costas, y para en su caso al de la cantidad que, por razón de depósito, debieron constituir, que se distribuirá entonces con arreglo a la ley; y líbrese a la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento».

«Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta de Madrid* e insertará en la *Colección Legislativa,* pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina =Vicente de Piniés.=Víctor Covián.=Antonio Alonso Casaña.=Ildefonso López Aranda».

Respecto a la propiedad minera debemos señalar la sentencia de 23 de Enero de 1882 que dice: «que no hay antecedentes de haberse ejercitado, respecto a minas, el derecho de troncalidad, ni que apesar de los frecuentes contratos de venta que de ellas se verifican, hayan sido objeto de retracto. Que las leyes especiales de privilegios y restrictivas de libre ejercicio del derecho de propiedad son de estricta interpretación y no pueden extenderse a cosas y casos que no estén

claramente comprendidos en sus preceptos, los cuales no alcanzan al subsuelo de la tierra llana de Bizkaya».

Sentencia de 23 de Diciembre de 1885. «Las participaciones mineras, según doctrina establecida, no son bienes raíces de los que la ley del Fuero de Bizkaya sujeta al derecho de troncalidad».

El tiempo para ejercitar la acción que concede el Fuero a los parientes tronqueros para invalidar las ventas verificadas sin llamamientos dura un año y un día. Nueva diferencia con la acción de retracto que en Castilla dura tan sólo nueve días, empezando el plazo Foral a correr desde la inscripción en el Registro, con arreglo a lo que preceptúa la ley Hipotecaria. Existe también un plazo extraordinario de tres años, especialísimo para el caso de no haber tenido el pariente conocimiento de la venta, cuya manifestación debe hacerla con juramento la persona que trate de ejercitarla.

El proyecto de apéndice contiene las siguientes disposiciones:

ARTÍCULO 103

La venta de bienes raíces sitos en el infanzonado, sea cual fuere la naturaleza o vecindad del propietario, se anunciará por edictos que se colocarán en la puerta de la Casa Consistorial del término municipal y en la puerta de la Iglesia parroquial a cuyas respectivas jurisdicciones, civil y eclesiástica, corresponda el bien raíz que se trata de vender.

ARTÍCULO 104

El notario levantará acta de la colocación de cada uno de los dos edictos, en los cuales se concederá el plazo de quince días, contados desde el siguiente a la colocación del último, para que los parientes tronqueros salgan a la finca.

Artículo 105

Los edictos, deberán expresar, pena de considerarse nulos, y sin valor, el precio y todas las demás condiciones de la venta a fin de que el pariente tronquero que desee adquirir el bien, se subrogue en todos los derechos del presunto comprador.

En la escritura que se otorgue se insertará copia literal de las dos actas.

Artículo 106

Los tronqueros que acudan a los llamamientos deberán aceptar, por comparecencia ante el notario, todas y cada una de las condiciones consignadas en los edictos, incluso el precio que se fije y modo de satisfacerlo.

Artículo 107

En la concurrencia de varios parientes, serán preferidos los descendientes, luego, los ascendientes de la propia línea paterna o materna de donde proceda la raíz y en tercer lugar los colaterales, también de la propia línea paterna o materna de donde proceda la raíz.

Los parientes de la otra línea serán tenidos por extraños para estos efectos, y no serán admitidos bajo ningún concepto.

Artículo 108

Dentro de cada uno de los grupos de descendientes, ascendientes y colaterales, todos ellos legítimos, el pariente más próximo excluye al más remoto; pero si los de grado preferente fueran varios, serán admitidos todos los que se presentaren, a partes iguales.

Artículo 109

Sino se presentare ningún tronquero dentro del término de los edictos, el propietario quedará en libertad de vender la raíz a quien

tuviere por conveniente, siempre que la compra-venta se efectúe con las condiciones anunciadas en aquéllos.

El propietario podrá usar de este derecho en el término de año y día, contado desde el siguiente al que terminó el plazo de los edictos. Si pasare dicho término de año y día, sin efectuar la venta, será menester que haga nuevos llamamientos.

ARTÍCULO 110

El vendedor no tendrá obligación de dar los llamamientos, pero en este caso, los parientes tronqueros podrán pedir la nulidad de la venta y que se les adjudique a ellos la raíz vendida, subrogándose en todos y en cada uno de los derechos del comprador.

ARTÍCULO 111

Para ejercitar este derecho se concede a los tronqueros el plazo de año y día, contados desde el siguiente al en que la escritura hubiese sido inscripta en el Registro de la Propiedad.

ARTÍCULO 112

En el caso de haberse vendido la raíz por documento privado en el término de año y día, se contará desde el siguiente al en que se hubiere inscrito la información posesoria hecha por el comprador o sus herederos.

ARTÍCULO 113

Lo determinado en los artículos 111 y 112 no se opone a que los tronqueros reclamen contra la venta antes de inscribirse la escritura o información en el registro, si por otro conducto que este, llegan a tener conocimiento de aquélla.

ARTÍCULO 114

Lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores para el caso de no haberse publicado los edictos, se entenderá aplicable también al caso de haberse efectuado la venta en condiciones distintas de las que se consignaron en aquéllos.

ARTÍCULO 115

A falta de tronqueros que salgan a la finca vendida, tendrá derecho a retraerla el comunero y el colindante, los cuales para ejercitar aquél, dispondrán del plazo que les otorga el Código Civil, cuyo plazo, en el caso de haberse efectuado la venta sin llamamientos forales, no empezará a contarse hasta que transcurra el año y día que para pedir la nulidad tienen los tronqueros.

ARTÍCULO 116

Tanto los notarios que otorguen escrituras de compra venta de bienes raíces sitos en el infanzonado, como los registradores que las inscriban, harán constar respectivamente en el documento y en la inscripción si se dieron o no los llamamientos forales. Si por omitirse esta circunstancia se viese burlado el derecho de los tronqueros, éstos podrán reclamar daños y perjuicios contra el causante o causantes de la omisión.

ARTÍCULO 117

Todo lo dispuesto para la compra-venta en los artículos que preceden se aplicará tambien para la venta de bienes raíces efectuada en pago de deudas.

ARTÍCULO 118

Cuando se despache ejecución, sea cual fuere la causa que la produzca, contra bienes raíces sitos en el infanzonado, los tronqueros tendrán derecho preferente para quedarse con los bienes por el precio y con las condiciones del remate, subrogándose en lugar del rematante. Para ejercitar este derecho será menester que el tronquero que lo ejercita, concurra al acto del remate, bien personalmente, bien por medio de apoderado.

ARTÍCULO 119

Si por no haberse presentado postores en el primer remate se hacen en los bienes embargados rebajas de su anterior tasación, los tronque-

ros tendrán derecho a quedarse con los bienes rematados en este segundo remate y en los demás que hubiere, subrogándose en los derechos del rematante en las condiciones arriba expresadas. Para concurrir los tronqueros al segundo y sucesivos remates, no tendrán necesidad de haber asistido a los anteriores.

ARTÍCULO 120

Cuando el tronquero no pueda comparecer por falta de personalidad, sus representantes legales podrán concurrir en su nombre, tanto a los remates como a los llamamientos que se hicieren por el propietario vendedor.

ARTÍCULO 121

Los tronqueros no tendrán el derecho de salir a la finca en las permutas ni aun en el caso de haber entre el valor de las heredades permutadas una diferencia mayor de la tercera parte de su valor.

Hemos visto plantearse en un pleito que se dirimió por sentencia nuestra, firme y ejecutoria, las siguientes cuestiones: 1.° Vendida una finca sin hacerse los llamamientos ordenados en el Fuero y demandado de conciliación el vendedor por un profinco, pudo dicho vendedor rescindir o anular la indicada venta de acuerdo con el comprador y argüir en el pleito que no tiene derecho el demandante profinco a pedir la declaración de nulidad de la venta, porque dicha nulidad se había llevado a cabo antes de entablar el profinco la demanda ordinaria, pero después de haber sido demandado de conciliación, habiéndose hecho después nueva venta, dando los llamamientos forales?. 2.° Sustituyó a los llamamientos forales la manifestación verbal que había hecho el vendedor demandado al profinco demandante de tener pensado vender la finca al comprador antes de hacer la primera venta? 3.° Demostrado que el demandante profinco carecia de bienes que le hubiera imposibilitado hacerse con la finca cuando la venta primera al extraño tuvo

lugar, es causa esta suficiente para que no se declare la nulidad de aquella venta que nunca hubiera podido impedir el profinco por falta de medios? Nuestra modesta opinión la reflejamos en sentencia que dictamos con fecha 4 de Abril de 1917, como Juez de Durango, en el pleito que promovió D. Antolín Marquina, en nombre de su hijo Juan, el 7 de Agosto de 1916, bajo la dirección del Letrado D. Ramón San Pelayo y con la representación de D. Bernardino de Ercilla contra D. Benito Zabala y D. Matías Mendía a quienes dirigió el Letrado D. José María Juaristi y representó D. José María de Astola, sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada por acatamiento de los litigantes.

«Considerando—dice la indicada sentencia—que el Fuero de Bizkaya, en la ley primera, título 17, se ocupa de la venta de bienes raíces, ordenando que las tales ventas se verifiquen anunciándose previamente por tres domingos consecutivos, durante la misa mayor, a la hora de la procesión u ofrenda, haciéndose saber el propósito de venta del propietario para que pueda llegar a conocimiento de los parientes profincos y puedan, si lo desean, haber dichos bienes por el precio que señalen hombres buenos, y para los casos en que las ventas se verifiquen sin este requisito formal, la ley 8.ª de dicho título establece la sanción correspondiente diciendo «que no valga la venta en perjuicio de los parientes», añadiendo además que en tales casos «los hijos o parientes más profincos de aquella línea pueden SACAR los bienes».

«Considerando que este derecho de SACAR, denominación ya empleada anteriormente en la ley 230 de ESTILO, no es un derecho de retracto, sino de nulidad, y así lo declara el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de Marzo de 1861, publicada en la *Gaceta* del 6, y tiene por objeto dicho derecho anular una escritura que aunque válida por haber concurrido en su otorgamiento los requisitos llamados esenciales, consentimiento, objeto y causa, es sin embargo anulable cuando los profincos lo pidan, por haberse omitido en su perjuicio el requisito formal de los llamamientos».

«Considerando, esto supuesto, que toda vez que la venta de la mitad de la casería *Landacoechea*, verificada por la demandada D.ª Josefa Bilbao, en escritura pública el 22 de Abril del pasado año, se verificó sin dicho requisito formal y no negado el carácter de profinco pariente al demandante D. Antolín Marquina en nombre de la representación que ostenta, la cuestión a resolver en estos autos se contrae a determinar si pudo la aludida demandada dejar sin efecto la venta primera que había verificado en perjuicio de su profinco el demandante, y verificar después otra venta adornada de los requisitos de forma que establece imperativamente el Fuero con la severa sanción de nulidad».

«Considerando que la palabra SACAR que emplea el Fuero para los casos de ventas sin llamamientos, significa lógica y gramaticalmente «extraer, quitar una cosa de donde está colocada», y este derecho de SACAR, de extraer la cosa vendida de poder del comprador, se creó al calor y al amparo de la vigente ley del Fuero a favor del demandante D. Antolín Marquina, DESDE EL MOMENTO EN QUE LA DEMANDADA SE DESPRENDIÓ POR LA ESCRITURA PÚBLICA SIN HACER LOS LLAMAMIENTOS FORALES DE LA MITAD DE LA CASERÍA LANDACOECHEA, bien raíz sito en Bizkaya en perjuicio de sus parientes tronqueros o profincos, y éstos si no pueden quedarse desde luego con la cosa vendida por ser la acción que les compete de nulidad y no de retracto, tienen perfecto y claro el derecho de SACAR los bienes del poder del comprador y a que se periten éllos por hombres buenos, de igual manera que si se hubiesen hecho los llamamientos, conclusión a que se llega, no sólo por la interpretación racional y lógica de la ley, sino con el examen de las opiniones de los tratadistas cuya doctrina en materia foral tanta fuerza moral debe de conferírselas, máxime sobre todo porque vienen recogiendo desde tiempos muy remotos y atrasados los latidos de la vida consuetudinaria del Fuero».

«Considerando que el argumento empleado por la demandada referente a haber ofrecido privadamente a su profinco el demandante la cosa vendida, no tiene el valor que se le quiere dar, porque aparte de

que no aparece ello acreditado por testimonios del todo creibles, nunca aprovecharía el ofrecimiento verificado en esa forma, porque el Fuero en una ley imperativamente preceptiva, de carácter formalista, ordena que los llamamientos se hagan en público y hasta escoge para mayor solemnidad el momento augusto de la ofrenda o el rito de la procesión, esperando que de este modo llegue a conocimiento de todos la voluntad del propietario de vender, voluntad que desde tal momento queda irrevocable, caso de presentarse algún profinco, el cual puede una vez causada la manifestación quedarse por la cosa por su justo precio, aunque el propietario de ella intente volverse atrás de su primer acuerdo sustituyendo la escritura de venta a los llamamientos forales en cuanto a la voluntad de vender».

«Considerando que tampoco merece tenerse en cuenta para los efectos del fallo la circunstancia de que el profinco Marquina tenga abundantes bienes de fortuna o carezca de ellos, ni que pueda por sí adquirir en su verdadero precio la mitad de la casería vendida, porque no se diera el caso, bien posible, de que dicho profinco posea bienes que los testigos desconozcan, a nadie le está vedado acudir en busca de préstamos a los demás, con lo que un hombre de posición modesta pueda adquirir el numerario que necesite para un negocio determinado».

Pregunta el Sr. Hormaeche en su conocida obra sobre el Fuero de Bizkaya si pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad las ventas llevadas a cabo, sin las solemnidades que prescribe el Fuero y contesta que sí, por la razón de que aunque puedan los parientes, en el término que la Ley prefija, entablar la acción de nulidad de la venta y obtener una declaración favorable; mientras no la hagan la venta es válida y surte todos sus efectos, quedando firme e irrevocable con sólo el transcurso del año y día, sin que los parientes se hayan presentado a utilizar su derecho, ya que las ventas verificadas sin llamamientos, no son propiamente nulas sino rescindibles. Esta misma opinión tienen la mayoría de los registradores de Bizkaya a quienes sobre el caso hemos preguntado, los cuales, nos han asegurado que en sus respectivos regis-

tros inscriben los bienes del infanzonado verificados sin el previo requisito de los llamamientos que el Fuero exige.

El Sr. Chalbaud, por su parte, no participa de esta teoría y con la soberana dialéctica y valiente estilo, que tanto abrillanta su magistral obra, mil veces citada, hace ver la contradicción que a su juicio existe, entre la conducta de los registradores y notarios, que cuando se trata de la venta verificada por una mujer; examinan cuidadosamente, si es casada o soltera, si tiene o no licencia del marido; y si se trata de bienes troncales, y los notarios y registradores se fijan en la Ley 9ª, título 20 del Fuero y exigen el consentimiento de la mujer, siendo así que esta Ley es la garantía de la comunicación y coopropiedad del matrimonio foral, y pudiera defenderse, no tiene aplicación mas que cuando el matrimonio, como relación personal, se rige por la Ley foral y los llamamientos son la garantía de la troncalidad, la cual indudablemente es un derecho, que existe siempre que la raíz se rija por el Fuero; es un derecho más bien real, que se rige por el estatuto o *lex rei sita,* y añade a renglón seguido: «Se trata de la venta de menores y se exige la autorización judicial y la formalidad de la subasta; y aquí que el Fuero, tan Ley como el Código Civil, porque es el Código Civil de los bizkainos, manda la formalidad de los llamamientos, ¿no se ha de tener en cuenta para graduar y apreciar la capacidad del vendedor? Creo que el registrador y el notario que de tal forma obraran, incurrirían en responsabilidad, puesto que califican erróneamente bajo su responsabilidad, y contra lo que dicen las Leyes, cuya ignorancia no les excusa de su cumplimiento (artículo 2, Código Civil)».

Hasta aquí el Sr. Chalbaud, cuya opinión es para nosotros respetabilísima y respetada siempre, porque más que la de un mero comentador del Fuero, es la de un maestro verdadero en el derecho de Bizkaya y por tal es tenido y le tenemos; pero séanos permitido exponer nuestra opinión particular con todos los respetos debidos al sabio jurisconsulto separándonos de su doctrina, más autorizada, lo reconocemos, por

la firma que la suscribe y la historia que tiene, que la nuestra es anónima todavía.

La falta de llamamientos NO IMPLICA LA PROHIBICIÓN DE VENDER, según la ley 6.ª título 17 del Fuero, aunque dé lugar a la nulidad del contrato en virtud de esa acción especialísima del Fuero, tan distinta de la acción de tanteo, retracto y aun de la nulidad que el Código Civil depara. En cambio la falta de consentimiento de la mujer, en el caso que el Sr. Chalbaud pone de ejemplo, la considera el Fuero en la ley 9.ª título 20, como un defecto substancial, que afecta al consentimiento del vendedor, ya que la mujer, por virtud de las leyes, la comunicación foral forma parte de la entidad, de la comunidad o compañía, que tiene el derecho de propiedad y por lo tanto de disponibilidad de los bienes. La ley 9.ª dice terminantemente en el epígrafe y en el texto: «Que el marido NO PUEDA VENDER»; y como NO PUEDE vender, ni el notario autoriza la venta ni el registrador la inscribe. Pero ni la ley 1.ª del título 17 ni la 6.ª del mismo título dicen que NO SE PUEDA vender los bienes sin llamamientos, sino que la primera establece formalidades previas y la segunda concede una acción que puede ejercitarse o no ejercitarse, según convenga o no convenga a los tronqueros. La inscripción en el registro, por otra parte es indispensable si se pide. El registrador inscribe derechos declarados o reconocidos que constan en documentos adecuados, no falla ni declara nada. Si el derecho de los profincos pudiera llamarse retracto legal tendría la garantía que para los de esta clase establece el número 20 del artículo 37 de la vigente ley hipotecaria. Pero como esto no puede ser porque el mismo Fuero le da otro nombre, creemos que no le alcanzan aquellos beneficios, y en cambio, que está comprendido en el artículo 36 y número 5.º del 38 de dicha ley. Consúltense las resoluciones de la Dirección de los Registros, de 5 de Abril de 1893 y las sentencias de 20 de Diciembre de 1904, 8 de Diciembre de 1910, 31 de Diciembre de 1908 y 28 de Diciembre de 1908.

Tampoco creemos que el derecho de troncalidad sea inscribible como afirma el Sr. Chalbaud, como no lo son tampoco los derechos de

tanteo y retracto del derecho de Castilla, con los cuales tiene el primero alguna analogía, considerados bajo el mero aspecto hipotecario. No son inscribibles estos últimos derechos por la sencilla razón de que NO SON DERECHOS REALES. Nacen por un hecho ajeno a la voluntad del adquirente, cuando se realiza una venta o dación en pago y pueden ejercitarlos los dueños directo y útil, el coopropietario de una cosa común, el coheredero y el colindante, en los casos y condiciones que para los propietarios establece el derecho común; y corresponden a éstos precisamente por ser dueños o poseedores de derechos que recaen sobre bienes inmuebles o raíces. De aquí que los derechos de tanteo y de retracto no puedan enajenarse independientemente de los bienes inmuebles o derechos reales por cuya virtud o mediante los cuales nos corresponden. Y si no nacen hasta que se realiza un hecho contingente y ajeno en absoluto a la voluntad del que los adquiere y no son viables hasta el momento en que el que pudiéramos llamar padre putativo de ellos, los pone *in actu,* en ejercicio, mediante el uso de la acción correspondiente; y no pueden enajenarse solos, independientes de otros derechos, por virtud de los cuales nos corresponden, es lógico sostener que los derechos de tanteo y retracto legales, no pueden incluirse entre los de naturaleza real; que deben considerárseles como personales, y que aún dentro de los de este orden, constituyen una especialidad, cual es la de que no corresponden a una persona predeterminada sino que encarnan en aquella que, en el momento en que nacen, ostenta la cualidad de dueño o poseedor de otro derecho que atrae a sí, como si dijéramos, a alguno de aquellos. Una cosa parecida a lo que ocurre con las servidumbres reales.

Bien mirado, ¿cómo va a ser inscribible esa esperanza remota de derecho personal, cuando ni aún lo son los derechos reales como es sabido y lo confirma la Dirección General de los Registros en múltiples resoluciones entre ellas en la de 28 de Agosto de 1911?

El derecho de los profincos, nace cuando se anuncia o realiza el hecho contingente de la venta, en el cual ninguna intervención tiene

el profinco; puede ejercitarse por los profincos que reunan las cualidades marcadas en la Ley del Fuero; no es enajenable ese derecho, antes ni después de ejercitado, puesto que es intransmisible; no está determinada de antemano la persona que ha de hacer uso de él; y corresponde a los profincos por el hecho de serlo. No es por tanto un derecho real, y por esto no es inscribible. Lo mismo exactamente que sucede con los derechos de tanteo y de retracto legales, según antes hemos dicho.

No vale alegar contra esto, que pudiera hacerse constar en el registro la limitación de los derechos dominicales con arreglo al art. 1.º del Reglamento Hipotecario antiguo, 14 del moderno, porque toda limitación del derecho de propiedad ha de hacerse a favor de alguna persona que adquiera las facultades cedidas por el propietario; y en el caso que nos ocupa no hay limitación actual establecida por el dueño o persona determinada a quien pudiera aprovechar aquélla; lo mismo que ocurre en el retracto legal, si bien los bienes que estén en las condiciones de la legislación común y del Fuero de Bizkaya se hallen siempre sujetos *in potentia* a las contingencias del ejercicio de las acciones aludidas en el caso de venta o dación de los mismos.

No consideramos tampoco pertinente la comparación que pretende establecerse entre el derecho de los profincos y el consignado en el artículo 811 del Código civil. Este derecho tiene existencia real porque se realizaron ya los hechos causa de su nacimiento. Lo que hay es que se halla pendiente de la resolución o adquisición definitiva del que corresponde al ascendiente, para poder hacerse efectivo o desaparecer por completo. Efectivamente, hay un momento en que pueden compararse los profincos y los parientes del artículo 811 del Código civil, y es cuando no hay que acordarse ni de unos ni de otros, por no haber llegado el caso de la Ley 1.ª, título 17 del Fuero, ni el señalado en aquel artículo.

Respecto a la manera de hacer constar en el registro la esperanza de los profincos, aunque esto fuera posible legalmente, creemos lealmente que no está en lo cierto el eximio autor de la *Troncalidad en el*

Fuero de Bizkaya. El registrador no declara derechos; los inscribe cuando están declarados o reconocidos en resoluciones judiciales o en documentos otorgados por los interesados. Por tanto, el procedimiento que marca dicho autor en la página 114 de su notable obra, no nos parece en nuestro inferior criterio, tan aceptable como todo lo demás de la obra de Chalbaud.

Porque no hay término medio entre los extremos de éste dilema: O es bastante que conste en la inscripción el carácter de los bienes para perjudicar a tercero las acciones que fundadas en su naturaleza troncal puedan entablarse, o no lo es. Si lo primero, sobra la inscripción de la esperanza de otro. Si lo segundo, volvemos a caer en lo mismo; el registrador inscribe derechos declarados o reconocidos que constan en documentos adecuados.

Esta es nuestra opinión en la materia, modesta y sin autoridad ciertamente, pero no es aislada. A varios registradores se la hemos expuesto y hemos podido comprobar que en la práctica se sigue. Entre los registradores a quienes hemos preguntado figura en primer término el que fué de Durango, D. Perfecto Conde Cid, cuyas dotes de inteligencia, laboriosidad y competencia en el fuero son realmente extraordinarias. La opinión del Sr. Chalbaud revela, sin embargo, un ingenio finísimo y por lo nuevo y brillante que indudablemente es, merece ser estudiado. En el terreno meramente constituyente tal vez no pudiera rechazarse. En el constituído creemos que sí por las razones apuntadas. Pero bueno es, o por mejor, necesario, que se creen teorías, que se examinen, que se estudien. En materia jurídica, como en la económica, hay que ser productor de algo. Fábricas más que almacenes nos hacen hoy falta. Que la legislación que nació a la sombra del roble de Guernika, no se estacione y como sus ramas añosas, suba y se extienda cada vez más.

IV

LA COMUNICACIÓN FORAL

CUESTIÓN tan importante es la determinación de las bases de la constitución económica de la familia, que no han cesado nunca los tratadistas de discutirla, y los legisladores de estudiar el modo de introducir en los Códigos las variantes y adelantos que la marcha siempre progresiva de los tiempos está sin cesar aconsejando.

Conocidos son los inconvenientes del sistema de separación de bienes entre los cónyuges, los abusos de una completa comunidad, y los peligros del sistema de la libre elección contractual, y no es de este lugar el exponerlos ni refutarlos siquiera. Bástanos decir que la institución del Fuero sobre la comunidad habiendo hijos, es tan admirable, que cuantos tratadistas, con serenidad de ánimo, de ella se han ocupado, ha rendido justo tributo de admiración a aquellos nobles y anónimos baskos, que la encarnaron en las costumbres de sus caseríos y la dieron después vida legal en el Fuero.

Pero si realmente la institución es verdaderamente sabia por cuanto coordina las dos teorías de la separación y de la comunidad, subordinando sus efectos a la muerte de un cónyuge y a la existencia de hijos, la redacción y los preceptos son tan defectuosos que resultan un verdadero semillero de discusiones entre los comentaristas, y entre los letrados, que tratan de aplicarlos. Cortas son las disposiciones del Fuero sobre la comunidad, pero largos y difíciles los problemas a que da lugar.

Dice la ley 1.ª del título 20 del Fuero: «que los bienes del marido y muger se comuniquen muriendo con hijos: y cómo se han de partir no los teniendo. Primeramente dijeron: Que habian de Fuero y establecían por ley, que casados marido y muger legítimamente, si hubieren

hijos o descendientes legítimos de en uno, y quedaren de aquel matrimonio vivos (siendo suelto el matrimonio) todos sus bienes de ambos, y dos, muebles, y raices, asi en posesión, como en propiedad (aunque el marido haya muchos bienes y la muger no nada, o la muger muchos y el marido no nada) sean comunes a medias; y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes. Y en caso que el matrimonio se disuelva sin hijos ni descendientes (por ser toda la raiz de Bizkaya troncal) que si en el tal matrimonio ambos marido y muger, o alguno de ellos trujiere en dote o donación bienes raices: los tales se vuelvan, y queden con el que los trujo; y si alguno de ellos vino a casa, y caseria del otro, con dote o donación de muebles y semoviente; que suelto el tal matrimonio sin hijos, el tal o sus herederos o sucesores salgan con lo que trujo, y con la mitad de los mejoramientos y multiplicado constante matrimonio».

He aquí lo que dice la ley 2.ª del título 2.º del Fuero de las M. N. y L. Encartaciones, publicado por el erudito publicista D. Fernando de la Quadra Salcedo, impreso en la Casa de Misericordia. Bilbao, 1916:

«Item si el marido moriere o la muger que los bienes muebles que el marido y la muger hobieren que sean partidos entre el que vivo quedare é los herederos del muerto por medio y cada uno de ellos haya su mitad é ansi el marido é la muger sean ameteros en todos los bienes muebles del dia que en uno casaren adelante empero en los bienes raices si la raiz del marido vale mucho é la raiz de la muger vale poco ó por el contrario la raiz de la muger vale mucho é la raiz del marido vale poco que se aprovechen de ello comunmente pero que despues de vida de cualquier de ellos que el que fincare vivo que se vaya con su tronco enteramente salbo si el marido ó la muger se adotaren por carta y por fiadores en todos sus bienes muebles é raices que entonces que sea ameteros en todos sus bienes muebles é raices é en sus ganancias segun é por la forma que se ametaren é en razon de esto en la tierra de Somorrostro é Galdames é Sopuerta y Carranza é Trucios han el fuero de vecino que es que aunque marido y muger no se hayan fecho amea-

teros que el que vivo queda goza por su vida el usufructo á que llaman las buenas é la mitad de la raiz y tronco siquiera haya hijos del muerto é siquiera no los haya é despues de sus dias de él vuelva la tal raiz al tronco é al que ansi sale al tronco se le han de pagar la mitad de los edificios é mejoramientos que durante el matrimonio se hicieron en el tal tronco».

Dicho autor dice en una de sus interesantes notas lo siguiente sobre esta ley:

«Es esta una de las leyes más peculiares del Fuero de las Encartaciones; ordena que los bienes muebles que tuvieren el marido y la mujer muriendo uno de ellos, se partan entre el superstite y los hijos.

En cuanto a los bienes raíces se legisla así: como en el Fuero de Bizkaya se establece la comunicación de bienes «que se aprovechan de ello comunmente,» el superstite se vaya con su tronco enteramente, pero puede ocurrir que el marido o la mujer se adoten por carta y por fiadores en todos sus bienes raíces y muebles y entonces, al morir uno de ellos, el que sobrevive no se va con todo el tronco que trajo sino con la mitad de él y con la mitad de los muebles y gananciales. Mas existe una excepción; porque en la tierra de Somorrostro, Galdames, Sopuerta, Carranza y Trucíos no es necesario el adotarse por carta y fiadores para ser *ameatero,* es decir, para quedar con la propiedad de la mitad de los bienes troncales al morir uno de los cónyuges y para gozar por toda su vida el usufructo a que llaman *las buenas.* (Debe referirse este usufructo a los bienes muebles y gananciales). A este especial privilegio se llama *Fuero de Vecino.* Se goza de este Fuero haya o no hijos. Muerto también el superstite, la raíz de que gozó vuelva al tronco; y además establece la ley pagar al tronco la mitad de los edificios y mejoramientos que durante el matrimonio se hicieron en el tronco.

Como se vé esta ley es distinta de lo ordenado por el Fuero de Bizkaya. El régimen dotal de las Encartaciones prevalece sobre la troncalidad, o mejor dicho, retarda la reversión.

En el Fuero de las Encartaciones pueden dotarse por carta o fia-

dores en todos los bienes, incluso en los bienes raíces, cuya mitad queda en el viudo, lo cual es distinto de lo que se ordena en el Fuero de Bizkaya, ley 1.ª, título 20.

El Fuero de Bizkaya, ley 1.ª, título 20, establece la comunicación de bienes sin distinguir entre muebles y raíces, el de las Encartaciones ordena sean partidos los *bienes muebles* entre el que vivo quedare y los herederos del muerto.

Pero existe una notable diferencia entre el Fuero encartado y el bizkaino, diferencia a favor del viudo, sobre los bienes del matrimonio.

En el Fuero de Bizkaya, al quedar el viudo sin hijos, la raíz del muerto vuelve al tronco enteramente. En las Encartaciones, el viudo sin hijos puede acogerse a las dotaciones por carta o fiadores, de tal manera, que muerto uno de ellos gozará de la mitad de todos los bienes raíces, muebles y ganancias.

Aquí se quebranta la troncalidad y parece como que se prolonga el efecto del matrimonio.

En el Fuero de Bizkaya vuelve todo al tronco; en el Fuero encartado sólo vuelve la mitad cuando no hay hijos.

Pero hay más; en ciertos lugares no es menester la dotación por carta o fiadores y en este caso se tiene derecho a la propiedad de la mitad de la raíz y al usufructo que llaman buenas (que constituye lo que la legislación encartada llama Fuero de Vecino). Puede ocurrir existan hijos y entonces se parte la raíz entre el viudo y los hijos, pero muerto el viudo vuelve por fin la raíz en su mitad al tronco con la mitad de los mejoramientos y edificios hechos durante el matrimonio».

La primera cuestión que el examen de la ley sugiere, se contrae a determinar cuándo comienza la comunidad que establece el Fuero; si tiene lugar cuando el matrimonio empieza, o por el contrario cuando se disuelve.

Los que opinan que la comunicación foral se opera solamente a la disolución del matrimonio, se fundan, primeramente en el texto de la ley, que no puede ser a su juicio, más terminante; así como en el epígra-

fe de la misma que estatuye, «que los bienes del marido y de la mujer se comuniquen muriendo con hijos». Por lo tanto—dicen—es necesario que el matrimonio se disuelva con hijos para que tenga lugar la comunicación foral; tal requisito implican las palabras «muriendo con hijos». Si del epígrafe pasamos al texto de la ley—agregan—nos encontramos también que ésta señala una condición esencial, indispensable «sine qua non» para que los bienes del marido y de la mujer sean comunes a medias, o sea «la disolución de la sociedad conyugal mediante descendencia». En primer lugar la partícula («si hubiere hijos») implica un suceso hasta cuya realización no puede tener lugar lo que por la cláusula se fije, y como sino estuviese contento el legislador con lo expuesto, y le pareciese poco claro, viene a repetir lo mismo cuando añade inmediatamente después, bajo paréntesis, «siendo suelto el matrimonio». En segundo y último término—concluyen—demuestra lo enunciado el que después de las palabras antedichas se termina la oración «sean comunes a medias». Las palabras de la ley deben entenderse según su propia y natural significación, y del modo que den algún resultado, y entendidos bajo estos principios las de la ley 1.ª título 20 del Fuero, en su primera parte dan confirmación de su aserto. Las disposiciones de la ley 7.ª nada demuestran, porque tratan de lo que se ha de hacer cuando el marido vende su mitad de lo conquistado o lo pierde, y no de la enajenación de la mitad de los bienes privativos de los cónyuges comunicados a virtud de la celebración del vínculo matrimonial. Y la ley 9.ª aunque versa sobre la enajenación por parte del marido de la mitad correspondiente, ni establece la comunicación de bienes, ni expresa que esa mitad sea de los bienes comunicados, y que antes fueron del marido y de la mujer.

Ponía D. Ildefonso de Urízar abogando elocuentemente en un alegato en pro de esta teoría el siguiente ejemplo:

«Se celebra un matrimonio en el Infanzonado y todavía no hay descendencia; en ese caso no se realiza la comunicación de bienes según nuestros adversarios, y por tanto los raíces aportados al consorcio por

los cónyuges deben inscribirse a nombre del que los hubiere llevado; nace al año siguiente un hijo, y es necesario cancelar las anteriores inscripciones, para a su vez hacer las correspondientes para que los bienes aportados pasen por mitad a nombre de los cónyuges; mas ocurre que andando el tiempo muere el fruto del matrimonio, y hé aquí que vuelven los bienes a su primitivo estado y es de todo punto necesario el que dejando sin efecto las segundas inscripciones se hagan otras nuevas; ¿puede una ley ser causa de tantos disturbios y complicaciones? Hay más; puede suceder, y es lo más común, que la dote de la mujer consista en metálico, alhajas, ropas y muebles, o lo que es igual de la clase de estimada; en este caso el esposo debe constituir hipoteca para la devolución de la dote en el modo y forma que previene la ley hipotecaria, y constituída tomar razón de ella en el Registro; hecho esto y mediante necesidades del consorcio el marido toma dinero a préstamo constituyendo hipoteca voluntaria para la seguridad del contrato, y ocurre que después viene al mundo el fruto del matrimonio. Y ahora preguntamos ¿es válido, o lo que es igual, subsiste la hipoteca total después de haber descendencia de la unión conyugal? Según nuestros adversarios, en manera alguna, porque en vez de este derecho real tiene la mujer la mitad de todos los bienes de la sociedad; pues si es así, habrá que cancelar la tal hipoteca, y extinguida, ocupada el primer lugar la inscripción hipotecaria del préstamo que antes estaba en segundo lugar. Pero muere el fruto del matrimonio, no hay descendencia del consorcio; y como, según la teoría adversa, ya no tiene lugar la comunicación, los bienes se inscribirán a nombre del que los hubiera aportado o sea a nombre del marido, pero sin que sobre ellos pese la hipoteca legal antigua, sin que pierda su prelación la constituída para la devolución del préstamo y otras que puedan gravar las fincas aportadas por el esposo, y si éstas, es decir, las hipotecas inscriptas ascienden al total importe de los bienes sobre que se ha constituído, sin posibilidad de que la mujer pueda sacar a salvo su dote después de la disolución del matrimonio». Hasta aquí el Sr. Urízar.

Si las disposiciones de un Código hubieran de interpretarse aislada y separadamente las unas de las otras y entenderse tan sólo atendiendo a su resultancia gramatical, los sostenedores de la anterior teoría tendrían razón, pero las leyes no pueden tener aplicación en esa forma, sino atendiendo a su sentido lógico y armónico, y por eso con harta razón se ha dicho, son interpretadas por los jurisconsultos y no por los maestros de escuela, peritos en términos gramaticales.

La ley 1.ª del título 20 sólo ha querido regular la situación económico-jurídica de la familia a la muerte de uno de los cónyuges, estableciendo preceptos y bases, claras y precisas para la subsistencia de la sociedad familiar tan hondamente alterada al visitarla la muerte. Pero de que regule para entonces el Fuero la comunicación de bienes, no puede deducirse que antes de ese hecho no hubiese comenzado ya la comunidad a correr y a surtir efectos. Y que había comenzado ya a correr y a surtir efectos, nos lo dicen otras leyes del mismo título 20 que resuelve la cuestión y de las cuales no existe razón alguna para prescindir en el debate.

La ley 9.ª preceptúa que «constante matrimonio» el marido no puede vender bienes raíces muebles y semovientes de la mujer sin consentimiento de ella, aunque esos bienes provengan del marido. Luego si los bienes del marido pertenecen en parte a la mujer «constante matrimonio» (palabras textuales del Fuero) y el marido no puede disponer de ellos sin consentimiento de la mujer, la mujer ha adquirido ese dominio durante el matrimonio por la comunicación Foral: luego esta institución comienza cuando el matrimonio tiene principio. Y nótese que esos bienes no son los gananciales; el mismo Fuero se encarga de decirlo de un modo terminante y claro «que no sean ganados durante el matrimonio». Luego los bienes de los que habla, los que se comunican durante el matrimonio (constante matrimonio) son los bienes privativos de los cónyuges.

Esta ley aunque resuelve ya de por sí la cuestión, no es la única que puede citarse en pro de nuestra opinión. La ley 7.ª del mismo título dice: «Otrosi dijeron: Que habían de Fuero y establecían por ley,

que vendida la mitad de los bienes pertenecientes al marido, constante matrimonio, por deuda, o delito que haga y por fianza, si quisiere demediar (es a saber) haber su mitad en la otra mitad de su mujer, que no lo pueda haber: antes sea enteramente de la mujer, constante matrimonio: con que de ello se alimenten marido, y mujer e hijos, sin lo enagenar: y suelto el matrimonio sin hijos, si la mujer no era tronquera sino advenediza, salga con su dote: y si hijos hubiere de consuno, ella haya enteramente la dicha mitad en posesión, y propiedad (según de suso está declarado) sin parte del dicho su marido en propiedad».

Al decir la ley que si se hubieren vendido «constantemente matrimonio» la mitad de los bienes pertenecientes al marido, y quisiere éste haber la otra mitad de su mujer, no lo pueda hacer (porque de esa mitad que resta tienen que alimentarse marido, mujer e hijos) da bien claramente a entender, que por virtud del matrimonio los bienes se han comunicado, y los cónyuges han hecho suyos la mitad de los bienes, cada uno de ellos.

Otro argumento tan poderoso como los expuestos nos da todavía la misma ley séptima. Dice que si la mujer hubiese venido de fuera al caserío («si no era tronquera sino advenediza») y el matrimonio se disolviere con hijos, «haya enteramente la dicha mitad en posesión y en propiedad, según de suso está declarado». Luego la ley, al estatuir esto, quiere decir: ya está *de suso* declarado que era de la mujer durante el matrimonio la mitad de los bienes aportados; ahora, no por la muerte de su marido pierde esa mitad (como pudiera objetarse por no ser ella tronquera) sino que hay que darla dicha referida mitad que ya tenía, aunque sólo de derecho, de antes.

Pudiera argüirse que esta ley sólo se ocupa de lo conquistado, es decir, de los gananciales, pues dice el epígrafe «de lo que se ha de hacer cuando el marido vendió su mitad de lo conquistado o lo perdió». Pero si de ese modo se arguye, contestaremos que a lo que hay que atenerse para ver de lo que una ley trata no es a su epígrafe sino a su parte dispositiva, y esa es la que acabamos de transcribir.

Del examen de ésta, se ve bien claramente que trata de los bienes privativos de los cónyuges y no de los gananciales. En efecto, disuelto el matrimonio sin hijos, la mujer *saca* no solamente su dote sino también la mitad de los gananciales, y esto, tanto por la legislación general del Reino como por la Foral de Bizkaya; véase sino el final de la ley 1.ª, título 20 del Fuero. Luego la ley 7.ª del mismo título no habla ni puede hablar de gananciales y sólo de gananciales, porque si de éllos hablara, sería un despropósito y una contradicción palmaria lo en ella consignado de que suelto el matrimonio sin hijos, la mujer salga con su dote Y NADA MÁS, discurriendo la ley en el supuesto de haber gananciales. En el mero hecho de preceptuar la ley 7.ª que suelto el matrimonio sin hijos, salga la mujer sin más que la dote, y si habiendo hijos sea enteramente de ella la dicha mitad en posesión y propiedad, sin género ninguno de duda habla de bienes respecto a los que quepa esta distinción y por lo tanto sobre los que no procedan de gananciales. A la misma clase de bienes se refiere la ley en su primera parte; por eso usa en la segunda parte la frase «dicha mitad», que únicamente puede concertarse con la mitad de que habla en la primera, y que es la mitad de los bienes pertenecientes al marido.

Otro argumento podemos presentar también, de mayor fuerza si cabe. Dice la ley 2.ª de dicho título. «Suelto el matrimonio, con la mujer que viniera a caseria del marido, ha de gozar de los frutos para sus alimentos por un año, y el marido cuando viniere a caseria de su mujer sin salir de ella. Otrosi: que si acaece que quien vino a la tal caseria fue muger con dote o arreo, que esta tal suelto el matrimonio sin hijos o descendientes, pueda estar hasta año y dia, estando en habito viudal, y gozar del usufructo de su mitad; con que no corte por pie: porque excede del usufructo, ni tampoco de la rama para más de la provisión de casa su leña: y si mas para mas cortare monte alguno, sea tenudo de lo compensar en aquello que tiene de recibir: pero de todo lo al pueda gozar para sus alimentos sin descuento alguno: y lo mismo sea en el varón, que a la casa de la muger viniere. Y pasado el año y dia, estan-

do dentro, y gozando de los frutos suso declarados, pueda pedir cada uno de ellos lo suyo, como viere que le cumple, y goce los frutos hasta que le paguen su dote sin descuento alguno: y que acabado el año y día, ofreciéndole su recibo, sea tenudo de salir, y no antes».

Luego esa «su mitad» de que habla la transcrita ley, se refiere necesariamente a la mitad que había hecho ya suya al casarse el cónyuge viudo (por eso la llama su mitad) no pudiendo referirse la ley a la mitad de gananciales, porque esa mitad de los gananciales no corresponde a la mujer en usufructo, sino EN PROPIEDAD, como ya hemos visto. De ello se deduce que la comunicación foral no comienza al disolverse el matrimonio, sino que tiene principios cuando éste se constituye.

Pero si bien es cierto esto, a nuestra manera de ver, no es menos cierto que la comunicación foral está sujeta a la condición de la disolución del vínculo, en cuyo momento comienza a producir la comunicación sus efectos legales, porque hasta entonces no pueden disponer los cónyuges de esa misma propiedad de un modo libre y absoluto. Esta es la contestación que tienen todos los argumentos, ejemplos y reparos puestos en contrario, entre ellos los casos presentados por el Sr. Urízar. A éste podremos decir que si la finca se había inscripto a favor del cónyuge, la inscripción a nombre del hijo que nació al siguiente año del matrimonio, ni pudo ni debió hacerse, porque la comunicación foral, aunque creada ya, no había comenzado a producir efectos, y no habiendo habido transmisión, ni donación intervivos, ni mortis causa, no pudo hacerse la inscripción El registrador la hubiera denegado. Y así en los sucesivos ejemplos.

¿A qué bienes se extiende la comunicación foral? ¿A todos los que el matrimonio tenga, cualquiera que sea el sitio o el lugar en que estén enclavados, o solamente a los que radiquen en tierra llana o infanzonada? ¿Ha de regir en la materia el estatuto real o el personal?

De regir única y exclusivamente el estatuto personal de los cónyuges, podrían darse verdaderas antinomias dentro de la familia. Supongamos, por ejemplo, que se casa un habitante de la tierra llana o infanzo-

nada con una mujer de villa, o de otra parte del Reino. En virtud de la comunicación foral, aquélla habrá hecho suyos la mitad de los bienes de su esposo, mientras éste no habrá hecho suyos la mitad de los bienes de la mujer, si están sitos en territorio no aforado. Esto no se ajusta ni al espíritu, ni a la letra del Fuero que ordena que todos los bienes de los cónyuges se comuniquen, que todos ellos sean comunes a medias, que haya hermandad y compañía entre los esposos. Así discurre el Sr. Jado Ventades en su importante obra *Derecho Civil de Bizkaya*. De aplicar, en cambio, el estatuto Real de un modo exclusivo, tendríamos que a toda clase de matrimonios, aunque sea de gentes extrañas a la tierra llana, habría que aplicarles la comunicación foral por los bienes que tengan en la Anteiglesia; antinomia no menor que la antes dicha. Así discurren otros autores.

Nosotros creemos que la cuestión se resuelve, estudiando de un modo detenido el título preliminar del Código, y comparándole con el título 20 que comentamos.

El artículo 9.º del Código Civil, determina que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero. Esta disposición del artículo 9.º, como la del 10.º, 11.º y 12.º es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles, en territorios o provincias de diferente legislación civil. Así lo dispone el artículo 14 del Fuero. Ahora bien: ¿Quién duda que el derecho de comunidad de bienes, ese derecho de hermandad entre marido y mujer, es un derecho de familia? Luego el estatuto personal debe aplicarse a la comunicación, y por tanto, en virtud de esta institución foral, el matrimonio bizkaino, hará suyos a medias, toda clase de bienes, estén sitos en tierra llana, en las villas bizkainas, o en otro territorio del Reino. La antinomia que señala el Sr. Jado, no lo es ni tiene la importancia que dicho señor supone. La mujer sigue la condición del marido en todo caso, (párrafo 4.º del artículo 15 del Código) por lo tanto, ha dejado de ser castellana, y convertida en bizkaina, y es evidente que el estatuto personal

de ambos aplicable al caso, hará que la mitad de los bienes del marido sean de la mujer, y la mitad de los bienes de la mujer que sean del marido.

El Juzgado de Durango, sin embargo, tiene declarado en sentencia de 21 de Agosto de 1861, en el considerando cuarto que «la comunicación de bienes que establece la ley 1.ª, título 20 del Fuero, sólo puede tener lugar en bienes que estén situados en territorio infanzonado, cual es el de las anteiglesias». Creemos, a pesar de todo, que el Juzgado no quiso decir tal cosa, porque en el pleito no se discutió semejante objeto, sino que parece que pretendió afirmar que dicha comunicación tenía lugar en bienes sitos en aquel territorio, y que la palabra «sólo» fué puesta sin ánimo de darla el alcance que a primera vista tiene.

No es sólo el estatuto personal el que debe aplicarse a la comunicación. Los bizkainos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos en cuanto a los bienes que posean en tierra llana a la ley 15, título 20 del Fuero de Bizkaya (artículo 10, párrafo 3.º del Código Civil). Ahora bien: esta ley 15, puesta precisamente por los legisladores bizkainos en el mismo título del Fuero que regula la comunicación foral, dice lo siguiente: «que los vecinos de las villas, que tuvieren bienes en la tierra llana, guarden el Fuero en disponer de ellos: Otrosi dijeron: Que habían de Fuero, y establecían por ley, porque acaece, que algún vecino de las villas de Bizkaya entre otras tierras y heredades que tiene sitas en el Juzgado de la tal villa, de donde es, tiene y posee otras tierras y heredades sitas en el Juzgado y tierra llana, y así troncales: y acaece, que el tal suele disponer de las tales tierras troncales por sí, o a vueltas con las otras heredades de la tal villa, ahora en vida, ahora en muerte: y pone en duda si de los tales bienes troncales ha de disponer, según que de los otros, que no son troncales. Por ende dijeron: que ordenaban y ordenaron, que el tal vecino de villa, do los bienes (según ley del Reino) son partibles: que toda la tal raíz, que tuviere en la tierra llana y Juzgado de Bizkaya, sea de la tal condición, y calidad, privilegio y Fuero que la otra raíz, que poseen los bizkainos de la tierra llana troncal: y tal,

que en vida y en muerte pueda disponer de ello, como podía disponer el bizkaino, vecino de la tierra llana: y sean admitidos para la tal raíz los tronqueros profincos, como y según se *aomiten* a los bienes que poseen, venden y mandan los bizkainos, vecinos de la tierra llana».

Por lo tanto, un matrimonio bizkaino aunque sea natural de la villa y en la villa resida, queda sometido en cuanto a los bienes que tenga en tierra llana a la comunicación foral: los inmuebles que posea en territorio infanzón se comunican entre los cónyuges, habiendo entre estos hermandad o comunidad en virtud de la ley transcrita, si bien los otros bienes que tengan en territorio común no se comunican.

Es pues nuestra opinión: 1.° Que por imperio del estatuto personal, aplicable en todo caso a la comunicación del matrimonio bizkaino infanzón, todos los bienes que este tenga, bien en tierra llana del infanzonado donde resida, bien en las villas, o en cualquiera otra parte del Reino se comunican entre los cónyuges. 2.° Que la comunicación foral se aplica a todos los bizkainos pero con una diferencia: a los bizkainos del infanzonado se les aplica a todos sus bienes, y a los bizkainos de las villas sólo a los bienes que tengan en la tierra llana. Consúltese la importante resolución de la Dirección General de los Registros reproducida en la página 11 de esta obra, y que lleva fecha de 5 de Octubre de 1906.

Otra cuestión no menos importante que la que acabamos de exponer, se presenta igualmente en el estudio de la comunicación foral. El cónyuge supersite, ha hecho suyos, en virtud del derecho que le concede el Fuero, la mitad de todos los bienes del matrimonio, y los hijos la otra mitad. Pero mueren los hijos y queda vivo aún dicho cónyuge. ¿Qué habrá de hacer éste con los bienes heredados el día que muera? Si le concedemos la libre disposición de ellos, tendremos que los bienes troncales del premuerto, saldrán de la familia que los poseyó, e irán a donde el vivo quiera en su testamento, tal vez a personas extrañas. Hé aquí una manera de deshacer la troncalidad. Si negamos al cónyuge viudo la facultad de disponer de sus bienes, habrá que convenir que por

la comunicación no han adquirido los cónyuges la propiedad de los bienes, sino sólo un usufructo vitalicio.

Para resolver esta cuestión hay que examinar detenidamente los términos en que está redactada la ley 1.ª. Estos son tan obscuros y tan poco precisos que admiten dos interpretaciones.

1.ª INTERPRETACION: Disuelto el matrimonio con hijos, serán comunes a medias todos los bienes que tengan los cónyuges, lo tengan en posesión o lo tengan en propiedad.

2.ª INTERPRETACIÓN: Disuelto el matrimonio con hijos, serán comunes a medias todos los bienes que tengan los cónyuges, y lo serán tanto en posesión como en propiedad. La primera de las interpretaciones no supone que el Fuero haya concedido la propiedad y posesión de los bienes a los cónyuges de una manera igual y absoluta. La segunda por el contrario, sí.

Cualquiera de las dos INTERPRETACIONES puede tomarse en puridad gramatical atendiendo a los términos de la ley. Si aceptamos la primera interpretación, tendremos que la ley ha querido decir: no sólo son susceptibles de comunicación los bienes que cada cónyuge tenga en propiedad, sino también los que tenga en posesión. Todo se comunica, propiedad y posesión. Si, pues, un cónyuge posee un inmueble o un derecho real, el otro cónyuge al casarse con el poseedor entra también en la posesión, con las facultades inherentes a todo poseedor. El Fuero quiere que todo se comunique pero no ordena que el comunicante transmita su mitad en la misma forma que él la goza y desde el mismo momento.

Si admitimos la interpretación segunda, hay que convenir en que la ley quiere decir: todo lo que un cónyuge tenga se comunica al otro, y al comunicarse entra este cónyuge no sólo en la posesión sino en propiedad de lo comunicado.

Los partidarios de la interpretación primera sientan la siguiente afirmación: «Los cónyuges no hacen suya la propiedad de los bienes comunicados, únicamente se establece entre ellos HERMANDAD y COM-

PAÑÍA como dice solamente el Fuero, los bienes comunicados son llevados por los cónyuges en precario, subordinándose el precario a la existencia de hijos. La HERMANDAD y COMPAÑÍA de los esposos, cesa al disolverse el matrimonio sin hijos, o al fallecer éstos, y los bienes tienen que revertir al tronco tan pronto como transcurra el año y día del usufructo viudal».

La cuestión, a nuestro juicio, queda resuelta armonizando y comparando la ley 7.ª del mismo título 20 con las demás del Fuero que regulan la troncalidad y los derechos de los parientes tronqueros.

Dice la ley 7.ª en su última parte..... «y suelto el matrimonio sin hijos, si la mujer no era tronquera, sino advenediza salga con su dote: y si hijos hubieren de consuno, ella haya enteramente la dicha mitad en posesión y propiedad (según de suso está declarado) sin parte del dicho su marido en propiedad». Esta ley no puede ser ni más terminante ni más clara. Los cónyuges tienen, en virtud de ella en los bienes comunes, un verdadero derecho de propiedad. Si los tiene en ellos la mujer, tiene que tenerlos también el marido, dada la igualdad jurídica en que coloca la ley a los dos esposos.

Pero concretémonos sólo al texto de la ley 1.ª con la cual únicamente los partidarios de la anterior teoría quieren resolver la cuestión. En la ley 1.ª arguyen éstos: se preceptúa que los bienes de la mujer y del marido sean comunes a medias. Veamos, pues, los preceptos que regulan la comunidad para saber qué clase de derechos tienen los comuneros, y por lo tanto los cónyuges. Y como la comunidad de bienes no está regulada en el Fuero, tenemos que acudir al Código Civil como derecho supletorio para saberla.

Hay comunidad, dice el artículo 392 del Código Civil, cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas: «Todo condueño—dice el artículo 399—tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos o utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla. De esto, pues, se deduce arguyendo *ad-hominem* que los cónyuges si son co-

muneros son propietarios de los bienes comunicados. La Dirección General de los Registros y del Notariado confirma esta opinión como después veremos. Por lo tanto, el cónyuge supersite tiene la propiedad absoluta de los bienes que le han sido comunicados, pudiendo usarlos, disfrutarlos, y hasta enajenarlos con la consiguiente obligación de hacer los llamamientos forales en favor de los profincos, como cualquiera que trate de enajenar bienes troncales. Pero si tiene todos estos derechos, pesa sobre él sin embargo una importante limitación que le impone el Fuero en diferentes títulos, y de los cuales no se puede prescindir, pues las prohibiciones siempre son prohibiciones, pónganse donde se pongan. Esa limitación, esa prohibición es la de donar los bienes troncales si existen parientes tronqueros en virtud de lo dispuesto en la ley 18 del título 20. Dice esta disposición del Fuero: «A quién y de qué bienes puede hacer donación o manda. Otrosí dijeron: Que habían de fuero, uso y costumbre, y establecían por Ley que hombre alguno, ni mujer no pueda hacer donación ni otra manda o disposición a extraño, habiendo descendientes o ascendientes legítimos, o PARIENTES PROFINCOS DE TRAVIESA DEL TRONCO dentro del cuarto grado, de bienes raíces algunos. Pero de lo mueble puede disponer a su voluntad como quisiere, con que habiendo descendientes o ascendientes legítimos, no exceda del quinto de sus bienes. Y que de la raíz pueda disponer, hasta el quinto por su alma, aunque haya los tales herederos legítimos o profincos».

A la muerte del cónyuge los bienes tienen por fuerza que revertir al tronco de donde proceden, si se ha de cumplir el precepto terminante del Fuero de que «el tronco vuelva al tronco y la raíz a la raíz».

De los bienes muebles y de los inmuebles no troncales (que tienen la consideración de muebles para los efectos del Fuero) puede disponer el viudo libre y ampliamente como desee. También puede disponer de los bienes troncales sino existen parientes tronqueros, entendiendo nosotros que aquellas prohibiciones no sólo se deducen del texto de las leyes que regulan la troncalidad, sino del espíritu que informó a los legisladores baskongados al establecer la troncalidad.

El Fuero ha instituído la comunicación foral para bien de la familia y sólo para bien de la familia. Con ella ha querido elevar y dignificar la condición de ambos cónyuges haciendo de éstos de calidad idéntica ante los hijos. No ha querido el Fuero que los hijos puedan decir: mi padre es más que mi madre, ni madre es más que mi padre y por ello respeten más a uno que a otro. Ha querido que los dos cónyuges sean iguales ANTE LOS HIJOS. Y sólo cuando existen hijos existe comunicación.

De ser de otro modo, la comunicación foral resultaría institución altamente disgregadora en vez de ser un elemento de coexión y de beneficio en la familia. Ya lo dijo el autor de esta obra desde el estrado del juzgado de Durango en sentencia de 16 de julio de 1915.

«Considerando que la comunicación foral que las leyes bascas establecen, tiene por objeto la dignificación del cónyuge superviviente con la creación de un patrimonio nuevo en una familia nueva, en la que se funden intereses, personas y afectos por lo que solamente existe cuando hay hijos, y de prevalecer el criterio del Ministerio Público, sería la institución foral institución altamente disgregadora, formando dos troncos en cada uno de los dos esposos, y no uno en los dos, y esto no para sus descendientes que son su única familia, sino para sus colaterales respecto de los cuales no existe tronco, con lo que no cumpliría la comunicación foral la elevada misión que la está encomendada».

Otra limitación, también muy importante, tiene al derecho de propiedad el cónyuge en los bienes que adquiera en virtud de la comunicación. Nos referimos al que le imponen las leyes 3.ª y 4.ª del título 20. En virtud de éstas, si el cónyuge supersite de un matrimonio disuelto con hijos que ha hecho suya la mitad de los bienes comunicados vuelve a contraer matrinonio, aquellos bienes que hizo suyos en virtud del matrimonio primero tiene que reservarlos para los hijos de éste y no puede disponer de ellos en favor de los que tenga en el matrimonio segundo. (Ley 3.ª del título 20): «Cómo se han de partir los bienes dotados cuando hubiere hijos de otro matrimonio. Otrosí dijeron: que habían de Fuero y establecían por ley, que si acaeciere, que padre o madre en

Bizkaya, u otro alguno con hijo o hija, o con otra persona alguna en casamiento dotare y donare, ofreciere y mandare por contrato público algún solar suyo, o casa o casería con rentas, y pertenecidos de ella, u otros bienes raíces algunos, y efectuado el tal casamiento (andando el tiempo) fuere disuelto con hijos y descendientes de aquel matrimonio, quedando vivo el padre o la madre; y el tal vivo quedare, casare segunda vez, o más y hubiere hijos o descendientes del tal casamiento segundo o tercero, no puedan haber parte con los hijos del primer matrimonio en los bienes raíces, que así en el primer casamiento por el tal contrato fueron dotados o donados: antes los hayan enteramente los tales hijos y descendientes del primer matrimonio».

Ley 4.ª del mismo título. «Cómo han de quedar los hijos del primer matrimonio con los edificios y plantíos, y cómo pueden el marido y mujer disponer de los otros bienes que conquistaren, habiendo hijos de segundo o tercero matrimonio. Otrosí dijeron: que habían de Fuero y establecían por ley, que siendo raíces los tales bienes dotados o donados en el primer matrimonio de que quedan hijos o descendientes, si el padre o la madre que queda vivo se casare segunda o más veces, y en tal segundo o tercero casamiento, marido o mujer hicieren algunos edificios, plantíos o mejoramientos, en los bienes así dotados y donados en el primer matrimonio; la propiedad de todos ellos hayan los hijos del primer matrimonio, con los dichos edificios y plantíos y mejoramientos: conque sean tenudos los tales hijos de pagar el precio de lo así mejorado y edificado, al hombre o mujer que así veniere de afuera al segundo o tercero matrimonio o a sus herederos, apreciándose lo tal mejorado por tres hombres buenos; y el tal heredero del primer matrimonio, que así hereda lo así mejorado, sea tenudo de dar y pagar el dicho precio dentro de un año del día que fuere apoderado en lo así mejorado; y en apoderándose, dé y preste caución suficiente de fiadores llanos y abonados de lo así cumplir, y pagar estando los tales fiadores en poder del ejecutor, como fiadores del remate. Y si marido o mujer, durante el segundo y tercero matrimonio, hubieren hijos o descendientes en uno,

e hicieren algunas compras de bienes raíces, o los conquistaren o heredaren; los tales bienes sean comunes entre ellos y los puedan mandar, o dar a cualesquiera de sus hijos y descendientes, aunque sean del segundo o tercer matrimonio, apartando a los otros hijos con alguna parte de raíz, poca o mucha; aunque lo tal comprado o conquistado sea dentro de los límites del contrato del primer matrimonio».

¿Pueden hipotecarse por el marido los bienes de la mujer sin consentimiento de ésta? La citada ley 9.ª del título 20 que estamos comentando en el presente capítulo, ni en su epígrafe ni en su texto lo prohibe. El epígrafe solamente dice: «Que el marido no pueda vender sin otorgamiento de la mujer». Y el texto: «Otrosí, dijeron: Que habían de fuero y establecían por Ley, que constante matrimonio, el marido no pueda *vender* bienes algunos raíces muebles y semovientes, que no sean ganados durante el matrimonio, pertenecientes en la su mitad a la mujer, sin otorgamiento de la mujer, aunque los bienes provengan de parte del marido».

Cuando los términos de una Ley son claros y precisos no puede haber lugar a interpretación. Cuando esa misma ley es además ley prohibitiva, es imposible legalmente entrar a interpretarla en sentido restrictivo, considerando incluídas en ella prohibiciones nuevas y distintas de las en ella comprendidas. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Febrero de 1882 (considerando 3.º) siendo también de consultarse la Resolución de la Dirección de los Registros de 17 de Mayo de 1903.

La palabra *vender* no puede, pues, ampliarse a hipotecar porque ambas palabras implican conceptos completamente diversos, y el fuero que no quiso la venta en el caso que prevee en la ley 9.ª no prohibió la hipoteca en el mismo porque no había motivo para prohibirla.

En efecto: La venta implica siempre *enajenación, salida* de una cosa del poder o del señorío del vendedor y consiguientemente, *la entrada* a poder del comprador. La hipoteca no implica nada de eso. El que hipoteca no se desprende de la cosa, ni para lo sucesivo, (puesto que de

pagar el precio prestado nada pierde,) ni en la actualidad, pues tiene, usa y disfruta el bien hipotecado.

Si al marido le prohibimos además de vender, hipotecar, censuar, tomar dinero a préstamo, etc., etc., nos encontraremos con que la comunicación foral es una institución, más que mala, desastrosa, porque prohibe al marido las más elementales facultades de administración que le confieren todos los códigos del mundo como indispensable para el buen orden y gobierno conyugal; le postergaremos dentro de su hogar, haciéndole descender del lugar que debe siempre ocupar como supremo jefe, y daremos sobradamente la razón al Sr. Alonso Martínez que criticaba en su conocida obra *El Código Civil comparado con las Legislaciones Forales,* al Fuero de Bizkaya por la prohibición que hace al marido de vender bienes de la sociedad conyugal.

La ley 6.ª del mismo título permite vender al marido los bienes conquistados y los no conquistados, para sus deudas con arreglo a la ley del reino. Dice así la mencionada ley.

«Otrosí dijeron: que habían de Fuero y establecían por Ley que si constante matrimonio entre marido y mujer, se hicieren algunas conquistas y mejoramientos; que el marido los pueda enajenar y se puedan vender por sus deudas, con la calidad que dispone la Ley del reino. Con que en los bienes no multiplicados ni conquistas se guarde la Ley del reino, en seguiente, si ambos marido y mujer fueren obligados, que en tal caso se guarde la Ley del reino». Hay, pues, que tener hoy en cuenta el vigente Código Civil, que es ley del reino, en el título que se ocupa de la sociedad conyugal.

Sobre esta materia, así como si pueden venderse los bienes de la mujer, de hecho ausente del domicilio de su marido y en ignorado paradero para satisfacer los gastos de educación de los hijos existe una sentencia muy notable del juzgado de Guernika dictada recientemente por el competentísimo juez D. José María Alvarez-Martín Taladrid, uno de los más sólidos prestigios de la judicatura española, entre otras muchas cosas por su saber y competencia. Es la sentencia del juzgado de Guer-

nika, una verdadera monografía de derecho, reveladora de un estudio profundo del código baskongado y de la filosofía del derecho.

La sentencia es de 1.º de Marzo de 1917 y dice así:

«Considerando que en la demanda inicial del presente juicio se ejercitan las acciones personal, derivada de dos contratos de préstamo para obtener la devolución del capital prestado con sus intereses correspondientes, y la real dimanante de la garantía hipotecaria establecida respecto a dichos préstamos, sobre bienes inmuebles de la propiedad del prestatario, debiendo dilucidar separadamente las cuestiones planteadas en este litigio respecto a la procedencia de las acciones expresadas como lo exige, no obstante, la conexión con que se ejercitan, su diferente naturaleza jurídica, siendo de estimar que hallándose conformes las partes substancialmente en cuanto a los hechos alegados en el pleito, solamente pueden considerarse controvertidos los extremos relativos a la determinación de las fechas en que realmente pudieran haberse verificado las entregas de los capitales prestados y al empleo que a los mismos diera el prestatario Sr. Mendiola y Aguirre, toda vez que según se estime que los préstamos se hicieran por necesidades del consorcio, o por otras privativas suyas, de tal apreciación puede derivarse indudablemente el concepto jurídico que merezcan las deudas para considerarlas como del consorcio, o solamente del marido, cuestión capital de derecho, planteada respecto a la procedencia de la acción personal que se ha deducido contra Doña María Gregoria Adelaida de Rentería en unión de sus hijos D. Antonio y D. Julián Silverio de Mendiola y Rentería, como lo es respecto a la de la acción real ejercitada para hacer efectivas las deudas en los bienes hipotecarios, la de interpretación y aplicación de la ley 9.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya en que se funda la excepcionada nulidad de las hipotecas constituidas en garantía de los préstamos por el Sr. Mendiola y Aguirre, siendo esta cuestión con la de la naturaleza jurídica de las deudas, los fundamentos cardinales sobre los que ha girado todo el debate jurídico sostenido en el presente juicio».

«Considerando que se halla plenamente justificado en autos que por escritura pública de 16 de Enero de 1899 otorgada en Bilbao por don José Manuel de Arispe como apoderado y mandatario del vecino que fué de dicha villa D. Pedro Pascual de Gandarias y Navea con el vecino de Ea, también fallecido al promoverse este litigio, D. Antonio Castor de Mendiola y Aguirre, reconoció éste tener recibida en préstamo del Sr. Gandarias, la cantidad de seis mil doscientas setenta y seis pesetas con veinte y nueve céntimos, que devengarían un interés anual de cinco por ciento y se obligaba a devolver en el plazo de seis años, con las estipulaciones que con más por menor se consignan en la escritura y transcribe el resultando primero de esta sentencia, constando igualmente por los recibos y documentos privados de fecha 16 de Diciembre de 1897 y 23 de Diciembre de 1898, cuya autenticidad se ha considerado cierta por la demandada señora de Rentería y ha corroborado la prueba pericial practicada, que las primeras entregas de dinero, importantes cinco mil, y mil pesetas respectivamente, tuvieron lugar en las fechas expresadas, puesto que otra cosa no puede deducirse del contenido de dichos documentos, cuyas cantidades sumadas a la de doscientas setenta y seis pesetas y veinte y nueve céntimos importe de los intereses vencidos y no pagados hasta la fecha de la escritura, integraron el capital prestado en garantía, de cuya devolución y demás pactado constituyó el Sr. Mendiola y Aguirre, hipoteca voluntaria sobre una casa sita en la calle de Bidebarrieta, hoy Allende Salazar, señalada con el número 3 y sobre una huerta contigua a la carretera de Elanchove a Ea, ambas en el término municipal de esta Anteiglesia y de la propiedad de dicho señor Mendiola, respondiendo para el pago del principal, intereses y costas por las sumas que en la mencionada escritura se detallan y con el hecho segundo de la demanda se reproducen en el resultando citado de esta sentencia».

«Considerando que del mismo modo se halla probado en autos que por escritura pública de 26 de Octubre de 1903 otorgada por D. José Manuel de Arispe, como representante de la Sociedad Civil «Viuda e

Hijos de Pedro P. de Gandarias», constituída después del fallecimiento de este señor, por escritura pública de 28 de Marzo de 1901, previa declaración de herederos abintestato hecha en favor de sus hijos—extremos todos debidamente acreditados—con D. Antonio Castor de Mendiola y Aguirre, quien reconoció que era en deber a la referida Sociedad la cantidad de 9.676 pesetas y 50 céntimos por diversas entregas hechas con anterioridad a la fecha de la escritura, y si bien no se ha puntualizado cual fuera exactamente la fecha de las entregas, no obstante lo afirmado por la parte actora en el hecho quinto del escrito de réplica, es de estimar y así se reconoce por la demandada D.ª María Gregoria Adelaida de Rentería, que fueron hechas con posterioridad a la fecha del matrimonio de esta señora con el prestatario, estipulándose en la escritura el interés anual de cinco por ciento y plazo de dos años para la devolución del capital prestado, con lo demás convenido que de aquélla resulta, constituyendo en garantía del cumplimiento de las obllgaciones contraídas nueva hipoteca sobre las mismas fincas ya mencionadas pertenecientes al Sr. Mendiola, quien las había adquirido por herencia de sus padres figurando como de su propiedad sin gravamen, ni limitación alguna, inscriptas en el Registro de este partido, donde también se inscribieron ambas escrituras de préstamo hipotecario».

«Considerando que se halla igualmente justificado en autos que don Antonio Castor de Mendiola y Aguirre, bizkaino de origen, aun cuando su nacimiento ocurriese accidentalmente en la ciudad de Callao, República del Perú, y vecino de la Anteiglesia de Ea en la que residió constantemente, contrajo matrimonio en 7 de Abril de 1879 con D.ª María Gregoria Adelaida de Rentería y Bascaran del cual nacieron dos hijos, D. Antonio y D. Julián Silverio en 12 de Mayo de 1880 y 25 de Agosto de 1882, respectivamente; habiéndose ausentado la D.ª María Gregoría Adelaida hacia el 25 de Agosto de 1883 del domicilio conyugal, al cual no volvió hasta después del fallecimiento del D. Antonio Castor, ocurrido el 26 de Mayo de 1911, dejando como únicos descendientes y herederos a sus dos expresados hijos; derivándose de los hechos men-

cionados como premisas importantes en el presente litigio, acreditadas por las pruebas en el mismo practicadas, las siguientes: Primera. Que el consorcio de los Sres. Mendiola-Rentería se hallaba sometido al derecho privado de Bizkaya, extremo que no obstante hallarse reconocido por ambas partes, se declara expresamente justificado, como exigencia de Derecho Público, precisa para la aplicación de aquél. Segunda. Que aparece así bien expresa y terminantemente reconocido que ausente la D.ª María Gregoria del domicilio conyugal, y no sólo de la Anteiglesia de Ea, sino también de Bizkaya, se rompió la vida matrimonial sin que volvieran a relacionarse ambos cónyuges durante los restantes días de su existencia. Tercera. Que en tal situación del matrimonio se otorgaron por el marido sin intervención alguna de la mujer las escrituras de préstamo hipotecario objeto de este juicio. Cuarta. Que igualmente se halla demostrado en autos que los dos hijos del matrimonio vivieron en el domicilio conyugal en compañía de su padre, el D. Antonio desde su nacimiento y el D. Julián Silverio desde la edad de cuatro años, según resulta de la prueba de confesión estando por consiguiente a cargo del padre la alimentación, cuidado y educación de los hijos y realizando con este motivo gastos extraordinarios ocasionados por la estancia de dichos hijos en Francia e Inglaterra y en Bilbao dedicados a estudios de comercio, cuyos gastos y las necesidades del padre y de los hijos obligaron al primero a contraer, por los préstamos expresados, las deudas cuya reclamación es objeto de este juicio y a hipotecar en garantía de las mismas sus propios bienes, sin que por la D.ª María Gregoria se haya hecho prueba alguna encaminada a demostrar que tales deudas fueran particulares del marido y no empleadas en necesidades del consorcio, como pretende la incumbia probar, y, lejos de hacerlo, da por cierto en el hecho séptimo del escrito de dúplica que repetidas deudas se invirtieron, no sólo en atenciones de su finado marido sino de sus hijos los codemandados con ella, y, Quinta. Que ocurrido el fallecimiento del D. Antonio Castor el 26 de Mayo de 1911, se disolvió el consorcio dejando los dos hijos mencionados, operándose la comunicación de

bienes que establece el Fuero, con la esposa que entonces volvió al que había sido domicilio conyugal, siendo dichos hijos D. Antonio y D. Julián Silverio los únicos descendientes dejados por el D. Antonio Castor, y por lo tanto, sus herederos abintestato, por no constar que su padre otorgase testamento alguno, sin que pueda tener la consideración procesal de hecho alegado para la resolución de este litigio, la extemporánea indicación consignada por la parte demandada compareciente al formular repreguntas, de la existencia de un poder testatorio que no ha sido alegado en tiempo, ni justificado en forma, ni se afirma tampoco que haya usado del poder que se dice existente la D.ª María Gregoria dentro del término que señala la ley 3.ª del título 21 del Fuero de Bizkaya, no obstante el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del señor Mendiola.»

«Considerando que no puede ofrecer duda alguna la procedencia de la acción personal que se ejercita por los demandantes fundamentada como se halla en los hechos probados que contienen los considerandos precedentes, determinando la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1091, 1753, 1755 y 1109 del Código Civil, según los cuales las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, hallándose obligado el que reciba en préstamo dinero u otra cosa fungible, a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad, debiendo los intereses expresamente pactados y devengando los vencidos, a su vez, el interés de cinco por ciento anual desde que son judicialmente reclamados, como establece el último de dichos artículos en relación con el 1108 del mismo Código, modificado por la ley de 2 de Agosto de 1899».

«Considerando que tampoco puede ponerse en duda que las obligaciones expresadas alcancen a la demandada D.ª María Gregoria Adelaida de Rentería en el concepto y parte en que se la reclaman, toda vez que la resultancia de autos impone el supuesto de que aquéllos constituyeron verdaderas deudas del consorcio, y con arreglo a lo que establece le ley 1.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya «casados marido

y mujer legítimamente, si hubieren hijos y quedaren de aquel matrimonio vivos (siendo suelto el matrimonio) todos sus bienes de ambos, los muebles y raíces, así en posesión, como en propiedad (aunque el marido haya muchos bienes y la mujer no nada, o la mujer muchos y el marido no nada) sean comunes a medias; y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes,» de cuya hermandad y compañía se deriva evidentemente la necesidad de que la mujer responda con su mitad de bienes comunicados del pago de las deudas del consorcio en la misma proporción que corresponde a la mitad del marido premuerto que haya sido trasmitida en los herederos, porque, ante todo, no existe ciertamente ningún precepto del Fuero que por modo directo o indirecto disponga lo contrario, ni cabe sostener conforme a sus disposiciones, ni en buenos principios de derecho patrimonial familiar, que solamente estuvieran afectos al pago de deudas del consorcio los gananciales y la mitad correspondiente al marido de los comunicables, pero no los de la mitad correspondiente a la mujer, ni menos, que para obligar al consorcio se necesite el otorgamiento o la intervención de ésta, hipótesis que además de ser contraria a aquellos principios, no puede deducirse de ninguna de las leyes del Fuero que se invocan por el demandado, notoriamente inaplicables al caso de autos, puesto que la ley 5.ª del título 20, respecto de los bienes de la mujer, prohibe que puedan venderse ni enajenarse por delito del marido en determinadas circunstancias, refiriéndose a los pertenecientes a la mujer independientemente de que en definitiva se opere o no la comunicación de bienes a la disolución del matrimonio, porque la ley no parte de tales supuestos: y la ley 7.ª del título citado cuyo texto, en contradicción con el epígrafe, que sólo permitiría aplicarla respecto a los bienes gananciales—se refiere exclusivamente a los casos en que por deuda o delito que haga el marido, pero no por deuda del consorcio, haya sido vendida la mitad de los bienes que le pertenezcan y ello en el supuesto, distinto de los hechos de autos, de una venta realizada constante matrimonio, partiendo del cual dispone lo que ha de hacerse con la mitad restante de los bienes mientras

subsista el matrimonio y a su disolución ya se verifique dejando hijos o descendientes legítimos, o sin ellos».

«Considerando que son del mismo modo inaplicables los preceptos contenidos en las leyes 6.ª y 10.ª del título 20 del Fuero en que también se apoya la parte demandada compareciente, toda vez que la primera de dichas leyes al establecer que el marido pueda enajenar los gananciales y se puedan vender por sus deudas, pero que en los no multiplicados ni conquistados si ambos marido y mujer fueren obligados se guarde la ley del Reino, se refiere siempre a las deudas del marido, pero no en las del consorcio, sin que quepa sostener que en el régimen económico familiar del Fuero no puedan existir más deudas que las del marido contraídas por él sólo y las llamadas comunes contraídas por ambos cónyuges con arreglo a lo dispuesto en la ley 10.ª citada, puesto que existen, incuestionablemente, a diferencia de éstas, las deudas del consorcio que el marido pueda contraer como representante de la sociedad familiar, así en el orden conyugal, como en el paterno-filial, y para las necesidades de uno u otro, finalidad preferente para el empleo de sus bienes, a la de conservar intacta la mitad de los mismos, comunicable o comunicada, a la mujer, sin serle preciso—porque el Fuero no lo exige y toda inducción analógica de ello pugnaría con los principios jurídicos fundamentales de la autoridad marital y de la patria potestad reconocidos por todas las legislaciones positivas, que dichas deudas tuvieran que ser contraídas conjuntamente por la mujer, careciendo manifiestamente de aplicación la ley 10.ª del título 20 del Fuero para ser invocada como lo hace la defensa de D.ª María Gregoria Adelaida de Rentería, porque no se refiere dicha ley a las deudas que puede contraer el marido para atenciones del consorcio, obligándose con sus propios bienes, sino a aquellos que se han contraído, «totum in toto, et totaliter» —clara y terminantemente lo dice el texto—obligándose solidariamente marido y mujer en los casos en que ésta puede hacerlo válidamente según el derecho común, siendo la finalidad del precepto establecer: que obligados solidariamente los cónyuges, muerto uno de ellos, exigi-

do y hecho efectivo por el acreedor el cumplimiento total de la obligación en los bienes del sobreviviente, pueda éste repetir contra los herederos del premuerto—la ley no habla de hijos o descendientes legítimos —que están obligados a pagarle la mitad de la deuda y de las costas causadas, lo que procede y se dispone no ciertamente por razón de comunicación de bienes, que ni siquiera parte la ley del supuesto de que se haya operado efectivamente a la disolución del matrimonio, sino por razón, simplemente, de la solidaridad de la obligación contractual; de todo lo cual es preciso concluir que el marido puede obligar al consorcio por deudas para las necesidades de éste, contraídas con garantía de los bienes de aquél; que de su pago responde también la mujer con la mitad de dichos bienes del marido que le haya sido efectivamente comunicado; y que este caso es legalmente distinto del de las deudas que llaman comunes las leyes 6.ª y 10.ª del título 20 del Fuero, en las cuales, la mujer, «por el todo insolidum» obligada—haga o no suya la mitad de los bienes del marido en definitiva por comunicación al disolverse el matrimonio—responde con todos sus bienes presentes y futuros en las condiciones ordinarias de cualquiera deudor solidario.»

«Considerando que la obligación personal cuyo cumplimiento se exige en virtud de los contratos de préstamo celebrados por el Sr. Mendiola y Aguirre, alcanza igualmente a sus hijos los demandados don Antonio y D. Julián Silverio de Mendiola y Rentería en el concepto y proporción en que se les reclama porque, acreditado en autos que aquél falleció sin otorgar testamento de que se tenga noticia y que éstos son sus únicos descendientes, tienen evidentemente el concepto de herederos abintestato de dicho prestatario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 931 y concordantes del Código Civil y ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya y ello determina la aplicación del principio general que consigna el artículo 661 del citado Código, según el cual, los herederos suceden al difunto por el sólo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones».

«Considerando que asegurado el cumplimiento de las obligaciones

pactadas por las hipotecas constituídas sobre los bienes del prestatario y ejercitada por los demandantes para hacer efectiva la garantía por incumplimiento de aquéllas la acción que establece el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, por cuya virtud las hipotecas sujetan directa o indirectamente los bienes sobre que se imponen al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen cualquiera que sea su poseedor, no puede prevalecer contra dicha acción la excepción de nulidad parcial en la constitución de las hipotecas referidas que opone la representación de la demandada compareciente, fundándose en la ley 9.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya, que dispone que «constante matrimonio, el marido no pueda vender bienes algunos raíces muebles y semovientes, que no sean ganados durante el matrimonio, pertenecientes en la mitad a la mujer sin otorgamiento de la mujer aunque los bienes provengan de parte del marido,» porque la prohibición que esta ley contiene se refiere expresa y concretamente al caso de vender los bienes y teniendo en derecho la palabra vender, que se emplea, una significación bien precisa y determinada, no puede equipararse a la de enajenar por cualquiera otro título que no sea el de venta, ni menos, por consiguiente, a la de hipotecar, como acto jurídico que envuelva una posible enajenación en determinadas circunstancias, porque lo único que la ley prohibe es vender según expresan su epígrafe y su texto, y es incuestionable que apareciendo de la técnica del Fuero, como evidencian dentro del mismo título 20 las leyes 5.ª, 6.ª, 7.ª y 12, que sus redactores—«personas de letras e de ciencia e conciencia,» según se decía en el auto de la Junta general de Guernica de 5 de Abril de 1526—conocían y tuvieron en cuenta la diferencia de significación existente entre los conceptos de vender, enajenar y aun el más genérico y amplio de libre disposición de bienes intervivos y *mortis causa,* según resulta de la ley 15 del mismo título, no cabe sobreentender, con mayor o menor sutileza de interpretación, por el Fuero rechazada, que donde se prohibió vender quiso prohibirse, o se ha prohibido implícitamente toda otra forma de enajenar y aun de disponer el marido de sus propios bienes por

actos jurídicos de los cuales pueda a veces resultar enajenación en definitiva, como es la hipoteca, porque de ser así el Fuero, lo hubiere dicho empleando las locuciones indicadas como lo hace en las leyes citadas y en muchas otras, siendo evidente que en la prohibición de vender que la ley contiene, no puede estimarse comprendida la de hipotecar ni cabe hacerlo sin dar a aquélla una interpretación extensiva».

«Considerando que dicha interpretación extensiva no es procedente en buenos principios de hermenéutica jurídica por que no la autorizan ni la naturaleza normativa de la ley que se trata de aplicar; ni el motivo en que se inspira dándole su justo alcance, deducido de la naturaleza del derecho que condiciona el interés jurídicamente protegido por la ley, ni tampoco, en fin, permite tal interpretación el concepto jurídico fundamental del derecho de hipoteca, del que además se deriva en el caso concreto de autos la necesidad en que la parte demandada compareciente se halla, de apoyar su hipótesis de nulidad, no sólo en la equiparación, de la prohibición de vender con la de hiptecar, sino, en último análisis, sobre la base del incumplimiento de propias obligaciones que la incumben; siendo de estimar respecto al primero de los puntos de vista señalados, que es improcedente toda interpretación extensiva de la ley 9.ª, título 20 del Fuero, no porque las Leyes del Derecho privado de Bizkaya que el régimen jurídico del Estado reconoce subsistentes hayan siempre de interpretarse como leyes de excepción—que no lo son—ni menos porque constituyan privilegio alguno, sino por la especial naturaleza jurídica de la regla de derecho de que se trata, que es una ley prohibitiva, en la que se restringen a modo de precaución y como por vía de desconfianza respecto del marido, facultades que corresponden usual y normalmente al sujeto del derecho como son el *jus disponendi,* característico del dominio y atribuído, por esencia de este derecho, a todo propietario y las facultades de dirección, gestión y representación que dentro del matrimonio, y también por esencia de la institución, corresponden al marido, principios ambos de *recta ratio juris* reconocidos por todas las legislaciones, siendo de notar además que una dete-

nida y meditada comparación entre el contenido de las leyes 1.ª y 9.ª del título 20 del Fuero, evidencia la contradicción de principios existente entre ambas, que es preciso resolver atribuyendo carácter fundamental a la primera y observando que la novena se basa en dos ficciones legales coordinadas, que son las de suponer a la celebración del matrimonio la certeza de que ha de disolverse dejando hijos y efectivándose la comunicación de bienes con arreglo a la ley 1.ª—lo cual no puede saberse hasta la muerte de uno de los cónyuges, siendo ello mientras tanto, un supuesto incierto del sí y del cuándo—y, como consecuencia de la anterior, la de suponer que pertenece a la mujer, desde la celebración del matrimonio, la mitad de los bienes propios del marido—cuya propiedad en definitiva no adquirirá nunca, si el matrimonio se disuelve sin hijos—sobre cuyas ficciones legales se apoya la protección jurídica de los intereses de la mujer y se formula la norma prohibitiva, inspirándose el Fuero ciertamente en un alto sentido ético, pero, desde el punto de vista de la lógica jurídica, procediendo en contradicción no sólo con los antes aludidos principios generales del derecho de dominio y de la autoridad marital, sino también contra el establecido por la ley 1.ª, o lo que es lo mismo, contra la razón del Fuero, *ratio juris* que determina la existencia de la comunicación de bienes, por lo cual la prohibición de la ley 9.ª, lejos de poder considerarse sin reservas como un precepto definitivo y concluyente para demostrar que la comunicación comienza de un modo pleno con la celebración del matrimonio, ofrece todo el carácter de un verdadero caso clásico de *jus singulare* en favor de la mujer, según el concepto de aquél fundado en ciertas ficciones legales del Derecho Romano, tan importantes en su evolución jurídica, el cual era definido por el texto de Paulo en el Digesto *quod contra tenorem rationem, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium introductum est,* hallándose prohibidas en esta clase de normas jurídicas, la interpretación extensiva y la aplicación analógica, como resulta terminantemente de las leyes del mismo Código que establecían los principios de interpretación *quod vero contra rationem juris receptum est,*

nom est producendum ad consequentias: In his quæ contra rationem juris constituta sunt non possumus sequi regulam juris. Leyes 16, 14 y 15, libro 1.°, título 3.°, *De Legibus.*»

«Considerando que es igualmente punto de vista fundamental para rechazar toda interpretación extensiva de la ley citada, la apreciación de que el motivo en que se inspira la prohibición de vender sin otorgamiento de la mujer es garantizar los derechos de ésta que puedan corresponderla en la mitad de los bienes propios del marido por la comunicación, cuyos derechos estimados en el alcance y valor jurídico que realmente cabe atribuirles por lo que respecta a la propiedad y disposición de los bienes, no pueden ciertamente considerarse sino como una verdadera *expectativa de dominio,* ya que la nota característica de éste la constituyen las facultades de disponer y de reivindicar, ninguna de las cuales corresponde a la mujer en tales bienes mientras no se efectiva el derecho expectante por disolución del matrimonio dejando hijos o descendientes legítimos, y sobre esta base evidente puede sostenerse que si la comunicación de bienes en el matrimonio bizkaino, lejos de constituir un verdadero condominio desde su celebración comienza en este momento en cuanto a los solos efectos de hermandad y compañía en el uso y aprovechamiento de los bienes y la continuación definitiva de estas facultades con carácter exclusivo sobre la mitad de los mismos pende, en este respecto de la condición resolutoria negativa de disolución del matrimonio sin dejar hijos ni descendientes, en cuanto a la transmisión efectiva del dominio de dicha mitad y adquisición sobre ella de la «plena inre potestas» integrada por los derechos de disponer y de reivindicar, pende evidentemente en primer término y en todo caso, aparte además de ulteriores limitaciones posibles por la necesidad de armonizar la comunicación de bienes raíces, con el principio de la troncalidad de una condición inversa, esto es, suspensiva y de modalidad positiva, puesto que sólo podía decirse que aquella *expectativa de derecho,* para emplear la expresión de Savigny, se ha efectivado transmitiéndose a la mujer el dominio, si a la disolución del matrimonio queda-

sen hijos o descendientes legítimos, según la ley primera título 20 del Fuero, cuyo punto de vista y criterio de distinción, explica la posición adoptada respecto a esta cuestión por la doctrina que sustentan algunas sentencias de la Sala de lo Civil de la Excma. Audiencia Territorial de Burgos y la escasa jurisprudencia hipotecaria existente, así como la razón de opiniones en tal sentido, tan autorizadas como las de los jurisconsultos D. Manuel Lecanda y Mendieta y D. Manuel Alonso Martínez».

«Considerando que igualmente impide la interpretación extensiva pretendida de tan repetida ley, la apreciación de la naturaleza jurídica fundamental del derecho de hipoteca, puesto que ésta no implica *per se* y necesariamente la efectividad de una venta siéndola únicamente esencial su posibilidad en determinadas circunstancias que no impiden mientras su realización pende, el que la persona que hipotecó una finca pueda volver a hipotecarla a otra persona y aún transmitirla a un tercero, afecta siempre a los gravámenes anteriores, porque la hipoteca es esencialmente un derecho real limitativo del dominio de inmuebles, en garantía de obligaciones personales contraídas, que deben cumplirse, por aquél a quien incumbe cuando el acreedor lo reclama, siendo su cumplimiento el supuesto normal de derecho y no el de ejecución forzosa por incumplimiento, que es lo que en rigor determina la venta, la cual ya constituye otro acto jurídico distinto del de la constitución de la hipoteca, sin una relación necesaria de causa a efecto entre ambos, de donde resulta que la hipoteca solamente puede convertirse en venta, no por su propia virtualidad, sino *ex post facto,* para emplear una locución clásica, agregando a la posibilidad de venta que por esencia contiene, el complemento indispensable de que el deudor no cumpla su obligación y es evidente que en el caso de autos la parte demandada compareciente al pretender la nulidad de las hipotecas de las cuales pueden resultar las ventas de los bienes, sustenta una hipótesis que tiene como base indefectible—porque es verdadera causa de la venta—el incumplimiento de las obligaciones que la incumben en el concepto en que se la reclama en este juicio, así como a los hijos y herederos de D. Antonio

Castor de Mendiola, toda vez que en el momento en que se cumpliesen por ellos las obligaciones garantizadas, devolviendo el capital prestado con sus intereses correspondientes al acreedor legítimo, desaparecería la necesidad de la garantía, procedería y podría exigirse la cancelación de las hipotecas y se harían imposibles las ventas, con lo cual las relaciones jurídicas creadas se habrían desenvuelto normalmente con arreglo a derecho y las hipotecas—válidamente constituídas sin duda alguna—habrían surtido todos sus efectos propios y característicos que son fundamentalmente los de garantía, cayendo por su base la hipótesis de que la constitución de aquéllas hubiese significado real y efectivamente infracción directa ni indirecta, transitoria ni definitiva de la tan repetida ley 9.ª título 20 del Fuero de Bizkaya».

«Considerando que si bien es cierto que el artículo 139 de la Ley Hipotecaria de acuerdo con el Código Civil, dispone que sólo podrán constituir hipoteca voluntaria las que tengan la libre disposición de sus bienes, este precepto, en relación con la prohibición de vender sin otorgamiento de la mujer, de la tan repetida ley 9.ª título 20 del Fuero, no puede servir de fundamento a la excepcionada nulidad de hipotecas sin aceptar la improcedente interpretación extensiva de la misma, pues ni la venta es la única forma en que un titular puede disponer de sus bienes, ni tal prohibición autoriza para afirmar rotundamente que el marido en Bizkaya no tenga dicha libre disposición, puesto que no se le prohibe gravar ni limitar el dominio, que es en principio y realmente la libertad de disposición que para hipotecar necesita, pudiendo por lo tanto no sólo constituir hipotecas sino también servidumbres, derechos de usufructo ú otros cualesquiera reales, cancelar hipotecas a que estén afectos sus bienes, así como las que en propia garantía tenga a su favor constituídas sobre bienes de otro, lo cual envuelve la enajenación de un derecho real y es el caso a que hubo de referirse una resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de Mayo de 1903, citada en autos como de 17 de dicho mes, la cual, fundándose en doctrina general consignada en otra de 15 de Marzo de 1902, establece la de ser

improcedente la interpretación extensiva de la ley 9.ª título 20 del Fuero y su aplicación a otros casos que no sean los de vender, y partiendo en definitiva de esta base, es indispensable tener en cuenta para la recta inteligencia y exacta aplicación del artículo 139 de la Ley Hipotecaria, su necesaria relación con los demás preceptos de la misma que establecen las garantías que para el régimen inmobiliario significa la inscripción en el Registro, corroborando esta exigencia lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 34 de la ley, que rectifica el principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, en el sentido justo de establecer que no obstante tal declaración del artículo 33, los actos y contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello no se invalidaran en cuanto a las que con ella hayan contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscripto, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro, de donde se infiere que todo propietario que tenga inscriptos en el Registro sus bienes sin que conste claramente del mismo que no tiene su libre disposición, puede válidamente hipotecarles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139 de la ley, como la prueba para mejor proveer ha evidenciado que lo hizo D. Antonio Castor de Mendiola, sin que en este caso, ni en términos generales, sea anulable la hipoteca respecto al acreedor hipotecario que con el dueño de los bienes contrató, si la posible limitación que afecte a la libre disposición de los bienes no consta claramente del mismo Registro, doctrina legal cuya aplicación resultaría procedente aun en el supuesto no admitido de que la prohibición foral de vender sin otorgamiento de la mujer implicase la prohibición de hipotecar, pues de no aplicarse, en tal hipótesis, dicha ley prohibitiva en harmonía con la garantía que para el régimen inmobiliario represente la inscripción en el Registro, se correría el evidente riesgo de que aquella disposición sirviese, no ya para asegurar los derechos de la mujer en caso de comunicación, contra posibles extralimitaciones del marido sino también, y en el mismo plano del razonamiento,

para que en determinadas circunstancias, puesta de acuerdo con el marido, dejaran sin eficacia, a su arbitrio, los derechos de un acreedor que le hubiese prestado con garantía de sus bienes propios inscritos sin limitación alguna, consistiendo tácitamente y aprovechándose la mujer del préstamo, no ejercitando la acción de nulidad del mismo hasta el momento en que el acreedor fuese a hacer efectivos sus derechos, y como no cabe pensar que conste claramente del mismo Registro la limitación implícita de una ley cuya vigencia es especial y de excepción con relación a la generalidad del derecho hipotecario, por las solas circunstancias de que en la inscripción de la propiedad de los bienes figure ya como casado el dueño, o resulte su estado y vecindad administrativa, de la escritura de hipoteca, porque ello no basta para acreditar la vecindad civil del otorgante, su condición de aforado y la limitación resultante del matrimonio, ni del mismo modo puede ser suficiente la necesaria expresión del lugar en que los bienes estén sitos porque tampoco es siempre clara ni puede reflejarse en el registro la determinación precisa respecto a aquél de la vigencia del Fuero o de la ley común, dada la forma en que coexisten ambas legislaciones en Bizkaya—que tales son los hechos y la función de juzgar impone la posición pragmática de apreciarles en toda su significación y valor real—siempre resultaría de aplicación inevitable el precepto contenido en el párrafo 1.º del artículo 34, aunque para ello sea preciso estimar que la Ley Hipotecaria como general del Reino, ha modificado en este punto concreto todas las legislaciones forales que contengan prohibiciones análogas, abonando tal afirmación lo dispuesto en la regla 5.ª del artículo 38 de dicha ley y la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1904, de donde es preciso concluir que para mantener la eficacia de dichas prohibiciones especiales en atención a lo establecido en los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, resulta necesario que se hicieran constar en el Registro a fin de que pudieran invocarse, respecto al que contrató y en general contra tercero, lo que puede obtenerse bien inscribiendo en el Registro la escritura de capitulaciones matrimoniales, en su caso, o

interesando la mujer, como tiene derecho indudable a hacerlo, que constase por nota marginal en las inscripciones de propiedad de los bienes del marido la limitación resultante del matrimonio, acreditando éste y la vecindad civil de los cónyuges, existiendo antecedentes de haberse verificado la anotación de tales limitaciones en ciertos casos, como uno que motivó la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de Agosto de 1914, apoyada en doctrina sustantiva de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1892, referentes ambas a la comunidad de bienes del Fuero de Baylio, pero exactamente aplicables a las consideraciones que anteceden y al caso de autos, no obstante las conocidas diferencias existentes entre aquélla y la comunicación foral bizkaina».

«Considerando que por los fundamentos precedentes se está en el caso de declarar haber lugar a la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Obieta, desestimando las excepciones alegadas por la parte demandada compareciente, tanto en lo que se refiere a las consideraciones aducidas para oponerse a la acción personal ejercitada, como respecto a la de nulidad de hipotecas utilizada en defensa por dicha parte, siendo en su virtud innecesario resolver la cuestión discutida de la prescripción de la acción de nulidad, y debiendo así bien declarar en consecuencia que D.ª María Gregoria Adelaida de Rentería y Bascaran, como viuda de D. Antonio Castor de Mendiola y Aguirre, en méritos de la comunicación foral operada en su consorcio con el mismo y D. Antonio y D. Julián Silverio de Mendiola y Rentería, como hijos y únicos herederos abintestatos de aquél vienen obligados, por mitad e iguales partes, a devolver a los demandantes las cantidades que en concepto de capitales prestados se les reclaman por virtud de las escrituras públicas de préstamo hipotecario de 16 de Enero de 1899 y 26 de Octubre de 1903, abonando los intereses vencidos estipulados y los legales correspondientes, debiendo tenerse en cuenta respecto a los primeros, que no procede el pago de los producidos por el capital de 6.276 pesetas y 29 céntimos, a que se refiere la primera escritura, sino desde

26 de Octubre de 1903, puesto que los anteriores a esta fecha, desde 16 de Enero de 1899, fueron incluídos en el capital de la segunda escritura de aquella fecha según se afirma en el hecho quinto del escrito de réplica, notándose además que existe necesariamente error de cuenta en la determinación de la cantidad de 3.085 pesetas y 10 céntimos que como intereses vencidos del capital de 6.276 pesetas y 29 céntimos se reclama en la demanda, pues desde 26 de Octubre de 1903 a 1.º de Septiembre de 1911 fecha de su presentación, dicho capital no produce a razón del cinco por ciento anual, más cautidad que la de 2.462 pesetas y 56 céntimos, salvo otro posible error, procediendo esta rectificación para conceder en cuanto al particular menos de lo pedido, pero no así en la partida de 2.705 pesetas y 31 céntimos que se reclaman como intereses vencidos y adeudados del capital de 9.674 pesetas y 50 céntimos, desde 26 de Octubre de 1903, porque resultando de la comprobación aritmética mayor cantidad y no pudiendo presumirse en este caso la existencia de un error necesario por la posibilidad de que la suma que se pide sea la única adeudada, atendidos los términos de redacción del hecho séptimo de la demanda y su súplica, sería incongruente, según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia que en cuanto a ello concediese más de lo pedido; debiendo también declarar, como se solicita en la demanda, que se hallan afectas al cumplimiento de las obligaciones contenidas en las escrituras de préstamos mencionados, las dos fincas hipotecadas en los mismos, pues todo así procede y es de hacer por los fundamentos de esta sentencia.»

«Considerando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil deben imponerse las costas a los demandados en este juicio».

«Vistos los artículos 12, 15, 1088 y siguientes; 1091, 1100 y siguientes; 1108, 1156, 1170, 1254 y siguientes; 1261, 1278, 1280, 1740, 1753 al 1755; 657 al 661; 912 y siguiente, y 930 al 932; 1857 y siguiente; 1874 al 1876, y 1880 y el 1902, todos del Código Civil: las leyes 16 del título 1.º, 3.ª del título 36; las 1.ª, 5.ª a la 7.ª, 9.ª y 10.ª del título 20, y

8.ª del título 21 del Fuero de Bizkaya: los artículos 105 y siguiente, 138 y 146; 34, 38 número 5.º, y concordantes de la Ley Hipotecaria: los 153, 156 y 159; 481 al 483, y 524 al 678; 340 al 342; 762, 769 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las disposiciones y jurisprudencia citadas y demás de general aplicación».

«FALLO: Que debo declarar y declaro haber lugar a la demanda interpuesta por el Procurador D. Juan Manuel Musatadi en nombre de D.ª Victoria de Durañona y Santa Coloma, D. Juan Tomás, D.ª Casimira Casilda, D.ª Adriana Magdalena Sofía, D.ª María Victoria Teresa y D. Ricardo de Gandarias y Durañona, vecinos de Bilbao y la Sociedad Civil Viuda e hijos de Pedro P. de Gandarias por los mismos constituída y domiciliada en dicha villa, contra D.ª María Gregoria Adelaida de Rentería y Bascaran, como viuda de D. Antonio Castor de Mendiola y Aguirre, vecino que fué éste de la anteiglesia de Ea, en la que aquella reside, y contra sus hijos D. Antonio y D. Julián Silverio de Mendiola y Rentería, rebeldes en autos sin que conste su domicilio, diciéndose en ignorado paradero, demandados como únicos y universales herederos abintestato del D. Antonio Castor, desestimando las excepciones alegadas por la parte demandada compareciente y declarando así bien que la D.ª María Gregoria Adelaida como viuda de D. Antonio Castor de Mendiola y Aguirre y por virtud de la comunicación de bienes, operada con arreglo a la ley 1.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya en dicho matrimonio y los también demandados D. Antonio y D. Julián Silverio en el concepto expresado, se hallan obligados a pagar a los demandantes las cantidades de 6.276 pesetas y 29 céntimos y 9.676 pesetas y 50 céntimos que hacen un total de 15.952 pesetas y 79 céntimos, como devolución del capital prestado a D. Antonio Castor, según las escrituras públicas de préstamo hipotecario otorgadas en Bilbao en 16 de Enero de 1899 y 26 de Octubre de 1903; las cantidades de 2.462 pesetas y 56 céntimos y 2.705 pesetas y 31 céntimos, como importe abonable y reclamado de los intereses convenidos de cinco por ciento anual de dichos principales respectivamente vencidos desde la

última fecha expresada hasta la de primero de Septiembre de 1911, en que fué presentada la demanda y que suman 5.167 pesetas y 87 céntimos, debiendo satisfacer además desde esta última fecha hasta la en que se verifique el pago las cantidades a que alcancen los intereses del cinco por ciento anual, estipulados de la suma principal indicada y los legales de la también expresada a que ascienden los intereses vencidos reclamados; y en su consecuencia condeno a D.ª María Gregoria Adelaida de Rentería y Bascaran al pago de la mitad de todas las cantidades mencionadas y a D. Antonio y D. Julián Silverio de Mendiola y Rentería al pago de la otra mitad, declarando afectas al cumplimiento de las obligaciones contenidas en las escrituras de préstamo de 16 de Enero de 1899 y 26 de Octubre de 1903 por razón de las hipotecas en las mismas constituídas, la casa número 3 de la calle de Allende Salazar, antes Bidebarrieta, de la anteiglesia de Ea y la huerta contigua a la carretera que desde dicha anteiglesia se dirige a Elanchove, que se describen en dichas escrituras, por las cantidades y conceptos que en las mismas se determinan y reproduce el resultando primero de esta sentencia, imponiendo a todos los demandados las costas, del mismo modo, por mitad e iguales partes. Notifíquese esta sentencia a los demandados D. Antonio y D. Julián Silverio de Mendiola y Rentería, por su rebeldía, en la forma prevenida en el art. 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicando en su caso los correspondientes edictos en el *Boletín Oficial* de la provincia y en la *Gaceta de Madrid*».

Así por esta sentencia definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.—José María Alvarez Martínez Taladrid.

Se nos ha consultado recientemente de un modo particular por un ilustrado notario de esta provincia, si el marido para ceder bienes necesita el consentimiento de su mujer como para venderlos lo necesita. El espíritu del Fuero parece que exige idéntico consentimiento, puesto que la razón de la prohibición es la misma en ambos casos, y además

resultaría absurdo el hecho de que un marido que no obtuviese la venia de su mujer para vender bienes, pudiera burlar la voluntad de ésta y perjudicarla mediante una cesión verificada contra su voluntad. El Fuero no puede prever todos los casos, pero sus fundamentos y su espíritu, son bien manifiestos y harto claros para poder desconocerlos pretextando silencios legales. Una ley no puede interpretarse de modo que nos lleve al absurdo. Así se lo hemos manifestado al notario, que al planteársele esta cuestión, nos honró preguntando nuestro dictamen, que salvando el resultado de un mejor estudio, no tuvimos inconveniente en darle.

Resolución de la Dirección General de los Registros—11 de Mayo de 1903:

«Sr.: En el recurso gubernativo promovido por el Notario D. Pedro Pascual de Areitio contra la negativa del Registrador de la propiedad de Guernika a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación de dicho Registrador»:

«Resultando que por escritura de 24 de Enero de 1876, otorgada ante el Notario de Guernika D. Pedro Pablo de Arresti e inscrita en el Registro de la Propiedad, D. José Claudio Apráiz y Luzarraga, D. Juan Domingo de Urresti y Gorostiza, D. Juan Bautista Oleaga y Arteche y D. Domingo Oleaga y Arteche, se obligaron a satisfacer a D. Ignacio Ventura Arechederreta la cantidad de 2.750 pesetas, que habían recibido en préstamo constituyendo hipoteca D. José Claudio de Apráiz, en garantía de dicho préstamo, sobre la casería rústica titulada de *Parecibecoa,* sita en la anteiglesia de Busturia»:

«Resultando que D. Ignacio Ventura de Arechederreta falleció dejando subsistente y en todo su vigor el poder testatorio que confirió a su esposa D.ª Ana Teresa de Arrizabalaga, la cual, haciendo uso de ese poder, instituyó universal heredero de todos los bienes a su hijo D. Julián»:

«Resultando que fallecido éste, fueron declarados herederos abin-

testato del mismo, sus hermanos D. Domingo, D Francisco, D.ª Clara y D.ª Teresa de Arechederreta y Arrizabalaga»:

«Resultando que con fecha 17 de Febrero de 1892, D. Domingo de Arechederreta, por sí, y a nombre de su hermano D. Francisco, y doña Clara y D.ª Teresa, con licencia estas últimas de sus respectivos maridos, otorgaron escritura de cancelación ante el Notario de Guernika don Pedro Pascual Areitio, previo el pago que se les hizo de la cantidad de 2.750 pesetas de la citada hipoteca»:

«Resultando que presentada dicha escritura, con los demás documentos de que se ha hecho mención, en el Registro de la Propiedad de Guernika, puso el Registrador al pie, nota suspendiendo la cancelación por lo que hace a la mitad de crédito de 1.375 pesetas, correspondiente a D. Domingo y D. Francisco de Arechederreta, por no haber concurrido las mujeres de los mismos al otorgamiento de la escritura y del poder que en la misma se inserta, en conformidad con lo dispuesto en las leyes 1.ª y 9.ª título 20 del Fuero de Bizkaya».

«Resultando que contra esta calificación interpuso recurso gubernativo el notario autorizante D. Pedro Pascual Areitio, en solicitud de que se declare que el documento de cancelación de hipoteca se hallaba extendido con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, sin necesidad de que concurran las mujeres de D. Domingo y D. Francisco de Arechederreta, declarando asimismo que es inscribible, y alegando, en apoyo de su pretensión, que la hipoteca es un derecho real y sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación por cuya seguridad se constituya, según el artículo 105 de la Ley Hipotecaria; que la comunicación foral establecida por la ley 1.ª título 20 del Fuero de Bizkaya, sólo existe cuando se disuelve el matrimonio, quèdando hijos o descendientes; y que la prohibición impuesta al marido por la ley 9.ª del citado título es para vender bienes raíces, muebles y semovientes que no sean ganados durante el matrimonio, pero no para cancelar un crédito hipotecario perteneciente al marido, por ser muy distinto el acto de cancelar una hi-

poteca mediante el cumplimiento de la obligación a que estaba afecta, del acto de vender los bienes que cita dicha ley, a la cual, por ser prohibitiva, no se la debe dar mayor alcance que el que en sí misma tiene».

«Resultando que el Registrador informó que la hipoteca es un bien inmueble, según los artículos 333 y 334, número 10 del Código Civil, vigente como derecho supletorio en aquél antiguo señorío, a tenor de la ley 3.ª del título 36 del Fuero de Bizkaya; que la cancelación de la hipoteca es la enajenación que el acreedor hipotecario hace de dicho derecho real en favor del dueño de la finca gravada, exigiendo la extinción de la hipoteca, en el que la consiente el derecho de enajenar, según doctrina consignada en varias resoluciones de esta Dirección, entre ellas las de 9 de Octubre de 1880 y 14 de Marzo de 1887; que esta cancelación requiere dos requisitos esenciales; que el crédito resulte inscripto en favor del cancelante o de su causahabiente, y que tenga capacidad jurídica para enajenar conforme al derecho civil; que las leyes reguladoras de la capacidad jurídica de las personas y las que afectan a los derechos y deberes de familia constituyen el estatuto personal, y, en su virtud, atendido el carácter de Bizkainos del Infanzonado que tienen los cancelantes y al carácter de bien inmueble que tiene la hipoteca de que se trata, es notorio que, tanto por el estatuto personal como por el real, las leyes reguladoras de la capacidad jurídica de aquéllos, son las especiales vigentes en el Señorío, o sea la 1.ª y la 9.ª del título 20 del Fuero; que según la 9.ª, el marido, constante el matrimonio, no puede vender bienes raíces, muebles o semovientes que no sean ganados durante el matrimonio sin otorgamiento de la mujer, aunque los bienes provengan de parte del marido; que siendo esta ley clara y no conteniendo excepción alguna, comprende toda clase de bienes, ya sean muebles, inmuebles o semovientes, y por tanto, los créditos hipotecarios que han de estar comprendidos en alguna de estas clases, no pueden ser enajenados sin consentimiento de la mujer».

«Resultando que el Juez Delegado dictó auto confirmando la cali-

ficación del Registrador, fundándose en razones análogas a las expuestas por este funcionario».

«Resultando que el Notario recurrente apeló de esta resolución, ante el Presidente de la Audiencia, reproduciendo algunas de sus alegaciones y exponiendo, además, que según tiene declarado repetidamente la Audiencia de Burgos, la comunicación Foral no existe sino cuando se disuelve el matrimonio con hijos o descendientes legítimos, y que según el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, procede la cancelación de las inscripciones hechas en virtud de escritura pública, si en ello consiente la persona a cuyo favor están extendidas»:

«Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la providencia apelada y la calificación del Registrador, y declaró que la escritura se hallaba extendida con arreglo a derecho, siendo inscribible la cancelación, fundando su acuerdo en que según tiene declarado la Audiencia, conforme a la opinión sustentada por el Sr. Lecanda al redactar la Memoria por acuerdo del Gobierno sobre el Fuero de Bizkaya, la ley 1.ª, título 20 del Fuero establece la comunicación Foral de bienes tan sólo a la disolución del matrimonio con hijos; en que la ley 9.ª del título 20 emplea el vocablo venta y no enajenación, y no permitiendo los Fueros interpretación extensiva, no puede invocarse con éxito cuando se trata de una cancelación de hipoteca que no es jurídicamente una venta, aunque sí una enajenación»:

«Resultando que el Registrador de la Propiedad apeló de dicho acuerdo por entender que tratándose de garantir los derechos de la mujer en el consorcio de Bizkaya, el verbo vender se usa en la citada ley como sinónimo de enajenar, ya que en otro caso resultaría que el marido podría donar, permutar, gravar, o hipotecar los mismos bienes que la ley prohibe vender sin la concurrencia de la mujer; es decir, que autorizaría lo más (donar) y prohibiría lo menos (vender), y alegando que esta misma interpretación se da por la Comisión especial de Codificación de Bizkaya en el artículo 81 del proyecto de Apéndice al Código Civil, en contra de la opinión del expresado jurisconsulto»:

«Vistos el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; las leyes 1.ª y 9.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya, y la resolución de 15 de Marzo de 1902»:

«Considerando que la citada ley 12 sólo establece la comunicación de bienes cuando se disuelve el matrimonio quedando hijos o descendientes, y estando subsistentes los contraídos, respectivamente, por don Domingo y D. Francisco de Arechederreta, otorgantes de la escritura de cancelación que ha motivado el presente recurso, no cabe aplicar dicha ley, dictada para el expresado caso de estar disuelto el matrimonio»:

«Considerando que la ley 9.ª también citada se limita a prohibir al marido la venta de bienes inmuebles sin el consentimiento de la mujer, y aun concediendo que bajo la palabra vender se comprenda toda clase de enajenación de bienes inmuebles, podría entenderse aplicable al caso en que se hubiera enajenado el derecho real de hipoteca, pero en manera alguna al caso del recurso en que no hay tal enajenación, sino simplemente la expresión del consentimiento para que se cancele la inscripción de la misma, por haberse extinguido con el cobro de la cantidad prestada la obligación principal que garantizaba»:

«Considerando que no prohibiendo la repetida ley 9.ª que el marido perciba sin consentimiento de la mujer el importe del préstamo garantizado y consienta en la cancelación, no cabe, dado el carácter restrictivo de aquella, interpretarla extensivamente, según la doctrina establecida en caso análogo en resolución de 15 de Marzo de 1902»;

«Esta Dirección General ha acordado confirmar la providencia apelada.»

Existe una sentencia del Tribunal Supremo en materia de comunicación foral, que se refiere a bienes vinculados. Declara válida la venta otorgada por el marido sin consentimiento de su mujer, de bienes raíces que después de haber estado vinculados pasaron a la condición de libres y fueron vendidos «constante matrimonio», previos los llamamientos forales.

La sentencia que lleva fecha 26 de Junio de 1857, contiene los siguientes considerandos:

«Considerando que la comunicación de bienes establecida por la ley 1.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya, no alcanza a los bienes vinculados, que no eran en propiedad de ninguno de los cónyuges»:

«Considerando que suprimidas las vinculaciones por la ley de 11 de Octubre de 1820, se declaró en su artículo 6.º que en las provincias o pueblos en que por fueros particulares se hallaba establecida la comunicación en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedaron sujetos a ella los bienes hasta entonces vinculados, de que como libres pudiesen disponer los poseedores actuales y que existieran bajo su dominio a su fallecimiento»:

«Considerando que las fincas litigiosas fueron vendidas previos los llamamientos forales por D. Pablo de Azcárate, dueño durante su vida de la mitad libre del vínculo y poseedor de la restante»:

«Considerando por último, que la ley 9.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya, sólo exige el otorgamiento de la mujer para la venta de bienes, cuya mitad le pertenezca por haber entrado todos en la comunicación conyugal, lo cual no ha podido verificarse en el presente caso, con arreglo al citado artículo 6.º de la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836».

Hace muy pocos días, acaba de pronunciar el Tribunal Supremo, una importantísima sentencia referente a la venta de bienes del marido sin consentimiento de su mujer. La sentencia aun no publicada en el *periódico oficial* y *Colección Legislativa,* dice así:

SENTENCIA

«En la villa y corte de Madrid a 28 de Junio de 1918; en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido en el Juzgado de 1.ª instancia de Valmaseda, y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por D.ª Dominga Loizaga y Gorostiza, viuda de D. Mariano

Hornes Paredes, sin profesión y vecina de San Salvador del Valle, que ha litigado al amparo del beneficio de pobreza, contra D.ª Paula Hornes Paredes, sin profesión y vecina de Portugalete, sobre nulidad de escritura de venta y otros extremos, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Procurador D. José Zorrilla y Monasterio bajo la dirección del Letrado D. José Guimón Eguiguren a nombre de la demandada D.ª Paula Hornes Paredes; no habiendo comparecido la demandante y recurrida D.ª Dominga Loizaga y Gorostiza».

«Resultando: que D. Eugenio Hornes y D.ª Justa Paredes, casados y vecinos que fueron de Abanto y Ciérvana, eran dueños y como tales poseyeron, por espacio de muchos años entre otros bienes, un caserío en el barrio de Loredo, jurisdicción de Abanto y Ciérvana, en Bizkaya, con diferentes pertenencias, de las que se hace relación detallada en la demanda de estos autos, con la aclaración que se consigna en la réplica; y fallecido el D. Eugenio, posteriormente a este fallecimiento, contrajo matrimonio, la demandante en estos autos, D.ª Dominga Loizaga con D. Mariano Hornes Paredes, hijo del D. Eugenio, en 12 de Agosto de 1882, continuando disfrutando la viuda del último, doña Justa Paredes, los bienes relictos por su esposo en toda su integridad con la aquiescencia de sus hijos que no hicieron división alguna por entonces de la herencia paterna».

«Resultando: que D.ª Justa Paredes falleció bajo testamento otorgado en 27 de Enero de 1896, por el que después de declarar que en su matrimonio con D. Eugenio, tenía en aquella fecha dos hijos, llamados Mariano y Paula, habiendo tenido otros dos que fallecieron, nombró por sus únicos y universales herederos a sus dos mencionados hijos, y a sus nietos, hijos de sus hijas fallecidas».

«Resultando: que en 13 de Mayo de 1899, D. Mariano Hornes Paredes, prometió vender a su hermana D.ª Paula los bienes que se dirán y en 9 de Mayo de 1903, el D. Mariano cedió a su hermana Paula esos bienes, según consta en documento privado de esa fecha, acompañada

con la contestación a la demanda en estos autos, que dice así: «Digo yo, Mariano Hornes, que vendo para siempre a mi hermana Paula las fincas que a continuación se dirán (aquí las enumera); todas estas fincas eran de nuestros padres... y las doy por la cantidad de 25.120 reales, los que declaro tener recibidos de mi hermana antes de esta fecha».

«Resultando: que en 16 de Diciembre de 1914 D.ª Dominga Loizaga y Gorostiza dedujo demanda de mayor cuantía con la súplica de que habiéndola por presentada, con el poder, documentos que se expresaran y copias, se sirviese el Juzgado acordar emplazar a la demandada D.ª Paula Hornes Paredes para que se personase en forma dentro del plazo legal, tramitar dicha demanda con arreglo a derecho, y por la sentencia que recayere declarar nula y sin ningún valor ni efecto la venta que la D.ª Paula invocaba en la información posesoria que el año 1903 practicó en el Juzgado Municipal de Abanto y Ciérvana de un caserío, en Loredo con 13 fincas pertenecidas del mismo que se describirán en el hecho 1.º, y como consecuencia de esa nulidad, declarar también nula dicha información mandando que se cancelen las inscripciones que a virtud de la misma se hicieron en el Registro de la Propiedad del partido a favor de la demandada, condenando a ésta al pago de todas las costas, súplica que apoyó en los hechos siguientes: que don Eugenio Hornes y D.ª Justa Paredes marido y mujer legítimos y vecinos que fueron de Abanto y Ciérvana, eran dueños y como tales poseyeron por espacio de muchos años hasta su respectivo fallecimiento, entre otros bienes, un caserío en el barrio de Loredo, jurisdicción de Abanto y Ciérvana, con sus 13 pertenecidos inscriptos hoy en el Registro de la Propiedad del partido, como 14 fincas distintas, según se comprueba con la certificación que acompañaba y cuya descripción es así: 1.ª Una casa situada en el barrio de Loredo de la Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana, señalada con el número 15, que confina por el Norte con otra de D.ª Antolina Paredes, por el Sur con terreno de D.ª Paula Hornes, por el Este casa de D.ª Antolina y herederos de D. Victoriano Mardonés y por el Oeste terreno de pro-

pietario desconocido; con puerta de planta baja destinada a cuadra, un piso dividido en dormitorios, sala cocina y del camarote; la cubierta es de teja ordinaria y sus paredes de mamposteríarevocada de cal y arena; ocupa el edificio sobre terreno propio una extensión superficial de 69 metros y 31 centímetros cuadrados; valuada en 2.750 pesetas. 2.ª Una heredad en el sitio llamado el Cirinal, en el barrio de Loredo de la Parroquia de Santa Juliana, término de Abanto y Ciérvana que confina por el Norte, término de los Sres. Chávarri y heredad de los herederos de D. Ramón Martínez, por Sur arroyo y heredad de D.ª Antolina Paredes, por el Este el mismo arroyo y por el Oeste la indicada heredad de D.ª Antolina y otra de los herederos de D.ª Damiana de Bizkaya; mide 6 áreas 65 centiáreas, valuada en 100 pesetas. 3.ª Una heredad en el punto del Cirinal en el barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana que linda por el Norte, heredad de los menores de D.ª Damiana Bizkaya, por el Sur, otra heredad de D.ª Antolina Paredes y una de los herederos de D. Pedro Murga, por el Este, las indicadas heredades de D.ª Antolina y de los herederos de D.ª Damiana, y por el Oeste, la también indicada del Sr. Murga; mide 18 áreas y 89 centiáreas, valuada en 330 pesetas. 4.ª Otra heredad en sitio llamado Las Cuestas, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto y término de Abanto y Ciérvana, que confina al Norte con una de los herederos de D. Francisco Careaga y otra de D.ª Pascuala Lejarza; Sur, heredad de los sucesores de D.ª Damiana Bizkaya; Este, otra de los herederos de D. Emeterio Alisal y Oeste, la indicada de los herederos de D.ª Damiana y otra de D.ª Antolina Paredes; mide 23 áreas 19 centiáreas, valuada en 500 pesetas. 5.ª Un Monte poblado de arbusto en el sitio de las Cuestas, barrio de Loredo Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana, que linda al Norte, camino antiguo que se dirige al pueblo de Ortuella; Sur, herederos de D.ª Paula Hornes; Este, Monte de los herederos de D. Francisco Careaga, y Oeste, otro monte de D.ª Antolina Paredes; mide 4 áreas 60 céntiáreas, valuada en 40 pesetas. 6.ª Otra heredad en el punto de las Cues-

tas, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana, linda al Norte, monte de los herederos de don Francisco Careaga; Sur, heredad de D.ª Antolina Paredes; Este, la misma heredad y al Oste, monte de la D.ª Antolina y otra de D.ª Paula Hornes; mide 3 áreas, 22 centiáreas, valuada en 40 pesetas. 7.ª Una huerta en el sitio llamado los Higares, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana; limita al Norte, terrenos de las hermanas D.ª Petra y D.ª Antonia Escuza; Sur, otro de D.ª Antolina Paredes; Este, Carretera de Gallarta, y Oeste, Viña de Salvador Lejarza; mide una área, 62 centiáreas, valuada en 50 pesetas. 8.ª Otra huerta en el punto de los Higares, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana, término de Abanto y Ciérvana; linda, Norte, con Viña de doña Paula Hornes; Sur, heredad de los sucesores de D.ª Emeteria Alisal; Este, la misma heredad, y Oeste, Carretera de Gallarta; mide 3 áreas 72 centiáreas valuada en 80 pesetas. 9.ª Otra huerta en el Puerto llamada La Presa del Río de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana, linda al Norte, tierra de los herederos de D.ª Saturnina Nerro; Sur, otra de los herederos de D.ª Francisca de Careaga, Este, camino que conduce a Ortuella, y Oeste, arroyo; mide una área, 15 centiáreas, valuada en 25 pesetas. 10.ª Un prado en el sitio llamado La Guinea, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana; linda al Norte, camino que va a Gallarta; Sur, herederos de los sucesores de D. Tomás Legarza; Este, otra de D.ª Antolina Paredes, y Oeste, terreno de dueño desconocido; mide 20 áreas, 63 centiáreas, valuada en 100 pesetas. 11.ª Una viña donde llaman el Juncal, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana, término de Abanto y Ciérvana, de 15 áreas, 41 centiáreas que confina al Norte, monte de D. Regino Salazar y carretera de Ortuella a Gallarta; Este, monte de los herederos del Sr. Chávarri, y Oeste, heredad de D.ª Paula Hornes, valuada en 200 pesetas. 12.ª Un terreno poblado de árboles en el punto llamado el Carrascal, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana, que

mide 11 áreas, 41 centiáreas, confina al Norte con otro terreno arbolado de D. Pedro Legarza; Sur, terreno de propietario desconocido; Este, heredad de D.ª Paula Hornes, y Oste, otra de D.ª Pascuala Legarza, valuada en 210 pesetas. 13.ª Una heredad de pan sembrar en el punto del Cirinal, barrio de Loredo, Parroquia de Santa Juliana de Abanto, término de Abanto y Ciérvana, que mide 11 áreas, 63 centiáreas y linda al Norte, una de D.ª Pascuala Legarza; Sur, otra de D.ª Damiana Bizkaya, y Oeste, una de D. José Zabala, valuada en 225 pesetas. 14.ª Otra heredad en el paraje llamado Montellano, barrio de San Fuentes, barrio de San Pedro Abanto, término de Abanto y Ciérvana, linda Norte con otra de los herederos de D. José Merro y uno de los del Sr. San Martín, de Ciérvana; Sur, otra de los herederos de D. Francisco Zabala; Este, terreno de los herederos de D. José del Alisal, y Oeste, otra de los de D. José Merro; mide 6 áreas, 90 centiáreas, valuada en 200 pesetas, que suman su valor total, dado en la información posesoria, de 4.800 pesetas. 2.º, que D. Eugenio Hornes falleció hace unos 35 años, o sea, antes de casarse la dicente con el hijo de aquél, D. Mariano Hornes, y por tanto, aun cuando no habían dividido ni dividieron la herencia en vida de la madre, aportó ya el último a dicho matrimonio, celebrado el 12 de Agosto de 1882, según la certificación que acompañaba, los derechos hereditarios que le correspondían por muerte de aquél, y fallecida la D.ª Justa Paredes, hacía unos 17 años, se practicó acto seguido la división de bienes que en vida pertenecieron a ambos finados cónyuges, adjudicándose al hijo de éstos, D. Mariano Hornes, marido legítimo, como se ha dicho de la demandante, el caserío de Loredo con sus 13 pertenecidos que han quedado descritos en el anterior hecho; 3.º, que a virtud de esa adjudicación hecha al D. Mariano en razón a los títulos hereditarios de que se deja hecha mención, vino disfrutando el consorcio formado por aquél con la demandante, las fincas descritas precedentemente y cobrando las rentas que las mismas producían; 4.º, que el D. Mariano Hornes Paredes falleció en su domicilio de San Salvador del Valle el 17 de Diciembre de 1912, según se

computaba con la certificación del acta de defunción que acompañaba, quedando con ello disuelto el matrimonio que aquél celebró con la exponente el 12 de Agosto de 1882 y existiendo de él seis hijos, llamados José, Piedad, Asunción, Angel Custodio, Elisa o Bruna, Rosario y Amalia, como aparecía de las actas de nacimiento, que también acompañaba; 5.º, que la dicente creía que su finado marido, como administrador legal del consorcio, seguiría percibiendo las rentas que antes percibía de las fincas que se han mencionado, pues la exponente estuvo ausente en Buenos Aires por asuntos de familia, desde el 12 de Mayo de 1907, hasta el 7 de Junio de 1913 y ni antes ni durante su ausencia supo que hubiera vendido aquélla, puesto que lo único que en una ocasión le dijo su cuñada D.ª Paula Hornes fué, que le había prestado 7.000 pesetas para comprar una casa, recriminándole por ello la exponente por haberlo hecho sin su consentimiento por temor de que gastase el dinero sin adquirir lo que le había indicado, como en efecto, sucedería así, caso de ser verdad el préstamo, toda vez que no compró tal casa y en cambio adquirió nuevas deudas como se vería al tratar del incidente de pobreza; y como no pensaba de ese modo la demandante, cogió un día los títulos de propiedad de los bienes que el consorcio poseía y se los llevó a la D.ª Paula como cuñada y persona de confianza diciéndola que se los dejaba allí porque teniendo ella los documentos no podía hacer ninguna venta ni gravar los bienes de que disponían, siendo ésta la creencia de la exponente por lo que obró en esa forma, suponiendo erróneamente que así evitaba la posibilidad de una transmisión o de un gravamen sobre las fincas que pertenecían al matrimonio; 6.º, que aun después de regresar de su viaje la demandante el 7 de Junio de 1913 según queda dicho en el hecho anterior—y tratar de arreglar la testamentaría de su finado marido D. Mariano Hornes ocurrido en ausencia de aquélla, vino a enterarse de que doña Paula Hornes alegaba haber comprado a dicho D. Mariano los bienes que han quedado descritos en el hecho 1.º y que se hacía dueña de ellos, razón por la cual empezó sus averiguaciones, encargando al Pro-

curador que examinase los libros del Registro de la Propiedad para cerciorarse de si resultaba inscrita tal venta, dando aquéllos por resultado lo que constaba en la certificación que acompañaba, o sea, que doña Paula Hornes Paredes tenía inscrita en el Registro mencionado, desde el año 1903 la posesión del caserío de Loredo, con sus 13 pertenecidos de referencia y que para la práctica de la información posesoria efectuada dicho año ante el Juzgado Municipal de Abanto y Ciérvana, se fundaba la D.ª Paula en que hacía más de un año se los había comprado al finado D. Mariano Hornes, por medio de documento privado, sin que conste en qué condiciones ni por qué precio; 7.º, que lo mismo en la fecha en que se practicó la información posesoria, que en la que se atribuye la venta que invocaba D.ª Paula, D. Mariano Hornes se hallaba casado con la exponente, puesto que el matrimonio tuvo lugar el 12 de Agosto de 1882 y se disolvió, por muerte del primero, en 7 de Diciembre de 1912; 8.º, que dejaba sentado también que la dicente ni tuvo conocimiento de la venta al tiempo de llevarse a efecto, si es que realmente se realizó, ni menos concurrió a su otorgamiento, ni le prestó su aprobación en forma alguna, pues, es más, había averiguado que después de la fecha en que se dice hecha la compra por D.ª Paula y después también de practicada la información posesoria relacionada en el documento acompañado, seguía cobrando como antes el D. Mariano Hornes las rentas de las fincas que se dicen vendidas, siendo extraño que así sucediese una vez hecha la transmisión, si ésta se consideraba legal por parte de la compradora, y 9.º, que intentado el acto de conciliación se celebró sin avenencia; y alegando como fundamentos legales con cuantos razonamientos y consideraciones estimó conveniente a su derecho las leyes 1.ª, 6.ª, 7.ª y 9.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya y la ley 1.ª del título 12 del mismo Fuero con los artículos 1.301 y 1.964 del Código Civil; habiendo acompañado diferentes documentos en relación con los hechos expuestos;»

«Resultando: que D.ª Paula Hornes Paredes contestó a la anterior demanda alegando: 1.º Que no podía reconocer en absoluto la certeza

del hecho primero de la demanda y por el contrario acompañó un documento que acreditaba que parte de los bienes descritos en ese hecho pertenecieron a D. Angel Zavala Lezarca por herencia de sus padres y de estos los adquirió D. Mariano Hornes, después de su casamiento con la demandante, que los demás bienes afirmaba D. Mariano Hornes que habían sido de sus padres, pero no expresaba el concepto y modo cómo pasaron a su padre, por lo que esperaba se justificase debidamente ese extremo, ya que no debía consentir omisiones en una demanda, por no haberse expresado una formalidad en la venta de los bienes enunciados en el hecho a que contestaba; 2.º que tampoco admitía la certeza del hecho segundo por la razón indicada en el hecho anterior, no negando el fallecimiento de D. Eugenio Hornes y de D.ª Justa Paredes, pero en cuanto a la fecha de tales acatamientos, divisiones y adjudicaciones de bienes que se citaban sí necesitaba precisarlos, pues la actora comprendería que tratando simplemente en esta demanda de causar molestias e intentar un despojo indigno de bienes, no iba a facilitar la labor y por tanto no podía reconocer hecho alguno que no viniese acompañado de su certificación; 3.º que se citaba en este hecho y en el anterior una adjudicación de bienes que parecía indicar se practicaron operaciones de testamentaría a la muerte de D.ª Justa Paredes, y la exponente no conservaba tal recuerdo y debía traerse a los autos su justificación, y en cuanto al disfrute de rentas de los bienes expresados en algún tiempo corresponderían a D. Mariano Hornes, pero no desde que adquirió las fincas la dicente, por cuyo nombre y en servicio de su hermano practicaría tal vez el Sr. Hornes, aunque lo ponía en duda, algunos actos de administración; 4.º que era cierto el correlativo de la demanda; 5.º que la relación del hecho quinto era una fantasía que quería colocar la demandante para desfigurar la realidad de los hechos, adelantándose a dar una explicación del acto por ella personalmente realizado de entregar los documentos de propiedad de los bienes a la demandada, pues la realidad era la siguiente: disfrutando la dicente de posición desahogada merced a las ganancias que había

obtenido como contratista de minas su esposo D. Eustasio Iturburu, con frecuencia acudió D. Mariano Hornes al bolsillo de la exponente para atender a sus asuntos y sostenimiento de su familia; que demostración de esto era el recibo que acompañaba en el que reconoce don Mariano que liquidadas las cuentas con su hermana quedaba deudor de la cantidad de 25.120 reales que se comprometía a devolver en el plazo de dos años o sea en Mayo de 1911; que pasaron dos años y otros dos más sin que D. Mariano Hornes devolviera a la dicente la cantidad que expresa el documento antes aludido y fué la propia D.ª Dominga Loizaga la que trató con la exponente el que se quedara esta con los bienes aludidos en pago de la deuda, pues los asuntos de D. Mariano no iban por buen camino y era de temerse interpusiera algún acreedor que hiciera ejecución de los bienes, quedando la demandada sin cobrar su crédito; que fué en efecto la propia D.ª Dominga la que llevó a casa de la dicente el documento de venta y otro documento privado de compra de la viña, arbolar y heredad del Cirinal a D. Angel Zavala, cuyo documento que acompañó, entregó a la exponente a un verdadero dueño y no como confidente de un depósito que de nada podía garantizar a la demandante; que la entrega, pues, de esos documentos era cierta, pero el motivo que alegaba D.ª Dominga Loizaga era una invención para explicar ese acto contradictorio de su supuesta ignorancia de la venta de esos bienes, por lo que no explicaba la D.ª Dominga el no haber reclamado nunca la devolución de los documentos de que hizo depositaria a la exponente y por lo que no precisaba los documentos que entregó, y si había otros, que los correspondientes a los bienes que aparecen vendidos en el documento privado de 9 de Mayo de 1903, que es el título de transmisión citado en la información posesoria que seguidamente se practicó; 6.º que del hecho correspondiente la constaba la certeza del fallecimiento de D. Mariano Hornes y de la certificación del Registro de la propiedad de Valmaseda que se acompaña, según la en que se haya inscrito la posesión de los bienes relacionados a favor de la dicente desde el 20 de Junio de 1903; que también podía

añadir que le constaba la ausencia de D.ª Dominga Loizaga en los días del fallecimiento de su esposo, pues habiendo acudido la dicente en aquella triste ocasión al domicilio de su hermano, no se encontraba en él D.ª Dominga y hubo de hacerse cargo de todos los gastos del funeral y asistencia de los hijos, recibiendo ahora prueba de agradecimiento de la D.ª Dominga; 7.º que era cierto que en la fecha de la venta y en la de la información posesoria se hallaba casado D. Mariano Hornes con la demandante; 8.º que no era cierto el hecho correspondiente en cuanto a la ignorancia de la venta en que se hallaba la demandante, aun cuando sí lo era que no intervino en su otorgamiento, ya que habiéndose formalizado la venta en documento privado por carecer D. Mariano de título inscrito de las fincas vendidas, el conocimiento del Fuero que tenía el matrimonio Hornes, ni la exponente, no era suficiente para saber si era o no preciso suscribiera esta el documento; que lo de las rentas no era exacto, pues si alguna vez las cobró D. Mariano después de vendidas las fincas, fué por encargo de su hermana; 9.º y que con los documentos acompañados con esta contestación se justificaba D. Mariano Hornes debía a su hermana la dicente, la cantidad de 25.120 reales, y que para pago de esta cantidad le adjudicó los bienes que en el documento se indican y con los mismos comprendidos en la relación del hecho 1.º de la demanda; que se trata, pues, de una adjudicación de bienes en pago de deuda sin necesidad de procedimiento judicial; que pudo sin duda la exponente hacer ejecución de los bienes de su hermano y adquirirlos por menos precio y con mayor sacrificio de éste, pero tal rigor lo hubiera reputado cruel la demandante, y por no haberlo empleado pretendía que el Fuero de Bizkaya la autorizaba a deshacer esa venta quedando sin pagar la deuda; y como fundamentos de derecho se opuso a la aplicación de las citas legales invocadas por la demandante, alegando las consideraciones que estimó convenientes a su derecho manifestando, que no existiendo en el Fuero disposición especial aplicable se debía acudir al derecho común, en cuanto a la prescripción de que se trata por la demandante, y que se entendería sin perjuicio de lo

que declara el párrafo 2.º del art. 1963 y el 1957 del Código Civil; citando también las disposiciones contenidas en los artículos 1303, 1308 y 1357 del mismo Cuerpo legal y las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 1902 y 28 de Febrero de 1913; terminando por pedir que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias y por evacuado el traslado de contestación conferido a la demanda, se sirviese en su día el Juzgado proferir sentencia, absolviendo de las pretensiones de la misma a la dicente y condenar en las costas a la demandante doña Dominga Loizaga y Gorostiza, habiendo acompañado los documentos a que se ha hecho referencia».

«Resultando que la actora en la réplica reprodujo los hechos y fundamentos de derecho de su demanda, modificando el hecho 1.º en el sentido de segregar las tres fincas que se describen en el documento de 14 de Febrero de 1898, acompañado con la contestación a la demanda, que son las mismas que se describen bajo los números 11, 12 y 13 del hecho 1.º de la demanda, quedando ésta limitada por lo tanto a la casa de Loredo y restantes 10 pertenecidos allí descriptos, y suplicando en el sentido expuesto en la demanda con la variación hecha, habiendo así mismo la demandada reproducido la súplica de su escrito de contestación».

«Resultando que recibido el juicio a prueba se practicó a instancia de la actora la de confesión en juicio de la demandada D.ª Paula Hornes y Paredes, documental consistente en la remisión del testimonio del acta de defunción de D.ª Justa Paredes y Villar, y testifical; y a instancia de la demandada se propuso y practicó la prueba de cotejo de letras, testifical y documental que consistió en aportar a los autos copia del testamento otorgado por D.ª Justa Paredes, en 27 de Enero de 1896; y seguido el juicio por los restantes trámites de 1.ª instancia, el Juez de 1.ª instancia dictó sentencia de la que apeló D.ª Paula Hornes y Paredes y admitida la apelación en ambos efectos se remitieron los autos a la superioridad».

«Resultando que comparecido ante la misma, la parte apelante y

susbtanciada la alzada, en 9 de Noviembre del pasado año de 1917, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, dictó sentencia confirmatoria por la que declarando inadmisibles las excepciones de prescripción alegadas por la parte demandada y estimando la acción ejercitada por D.ª Dominga Loizaga y Gorostiza, declaró nulo y sin ningún valor ni efecto, la venta hecha por D. Mariano Hornes y Paredes a su hermana D.ª Paula, de iguales apellidos, por documento privado de 9 de Mayo de 1903, y en su consecuencia nula igualmente la información posesoria a la que sirvió de base dicho documento, mandando cancelar las inscripciones que se hubiesen hecho a favor de la demandada D.ª Paula Hornes y Paredes, en el Registro de la Propiedad, a virtud de la misma, entendiéndose que la declaración de nulidad y sus efectos se refiere a todos los inmuebles descriptos en el hecho primero de la demanda con excepción de los reseñados bajo los números 11, 12 y 13, y sin hacer especial condena de costas en ninguna de las dos instancias».

«Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas, D.ª Paula Hornes y Paredes ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

1.º En cuanto la sentencia declara la nulidad de la venta respecto a todos los bienes raíces objeto de ella a que se contrae la demanda, dá motivo a la casación, porque viola e infringe lo dispuesto en la ley 9.ª del título vigésimo del Fuero de Bizkaya en relación con la 1.ª y 7.ª del mismo título y Fuero, por cuanto la comunicación foral de bienes en el matrimonio origina en favor de la mujer derechos sólo en cuanto a la mitad de esos bienes, a cuya mitad tan sólo ha podido válidamente extenderse la acción de la nulidad ejercitada en la demanda, y por lo que además, esas leyes al referirse a bienes aportados al matrimonio no alcanza a los herederos por marido y mujer, constante la sociedad conyugal».

2.º Por cuanto la comunidad foral establecida en la ley 9.ª del tí-

tulo 20 del Fuero de Bizkaya, parte del supuesto de que se trata de bienes aportados por los cónyuges a la sociedad conyugal, y al afirmar la sentencia recurrida, que los bienes a que se refiere la demanda fueron aportados por D. Mariano Hornes a su matrimonio con D.ª Dominga Loizaga por título hereditario, y fundar en ello el fallo condenatorio, deduce ese aserto con evidente error de hecho, del contrato privado de compra-venta y del testamento de D.ª Justa Paredes, documentos auténticos que no expresan ni prueban lo que la sentencia asegura; puesto que en el 1.º el D. Mariano afirma sólo que esos bienes eran de sus padres, lo que no implica que de éllos los heredara, y en el 2.º se contiene sólo una designación de herederos que no arguye que al partirse la herencia entre los cuatro hijos, quedados al óbito de doña Justa, se adjudicaran al D. Mariano los bienes a que la demanda se contrae».

3.º En cuanto a estimarse la acción de nulidad de un contrato de compra-venta y acordarla en el fallo condenatorio, cuando aquella se ha dirigido contra una sola de las partes, que en el contrato anulado intervinieron, se infringe la doctrina legal reiteradamente mantenida por esta Sala en sentencias de 8 de Julio de 1902, 20 de Noviembre de 1912, 28 de Febrero de 1913 y 10 de Julio de 1917, en relación con los artículos 1.252 y 1.257 del Código Civil, doctrina que afirma que la acción que afecta a varios interesados, como en este caso, a compradora y vendedor, o a sus herederos, debe dirigirse no contra uno solo, sino contra todos, cosa que en el pleito no se ha hecho, incurriendo la sentencia, que no obstante ello, ha condenado a la recurrente, en violación e infracción manifiesta de dicha doctrina legal, en relación con los preceptos legales citados, también como infringidos».

4.º Puesto que la sentencia ni es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por la recurrente ni contiene declaración alguna sobre una de ellas, ya que habiéndose dejado en tiempo la cuestión que se planea en el motivo anterior, no ha sido recogida, ni resuelta en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, ni en sus con-

siderandos lo fué, lo cual debe dar motivo a la casación, porque si hasta la doctrina de que el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones planteadas en el pleito, tiene sus casos de excepción, debe con más motivo tenerse por incongruente e incompleta una sentencia, que se desentiende al condenar, de una de las pretensiones fundamentales deducidas en tiempo y forma por esta parte, como fué, la de que no podía declararse la pretendida nulidad del contrato de compra-venta no habiendo citado en juicio al vendedor y dirigiéndose la demanda sólo contra el comprador.

5.° En cuanto la sentencia recurrida al desestimar la excepción de prescripción, supone que ampara al actor, el término del artículo 1301 del Código Civil violando e infringiendo ese precepto y el del artículo 1202 y la doctrina legal afirmada en las sentencias de 18 de Marzo de 1904 y 26 de Mayo de 1908 que atribuyen la acción de nulidad regulada por esas disposiciones legales, con exacta aplicación de éstas, tan sólo a los que fueron parte o intervinieron en el contrato de cuya nulidad se trata, no a quien como D.ª Dominga Loizaga hace base de su demanda precisamente el no haber tenido participación en el contrato cuya nulidad pretendió y ha acordado la sentencia recurrida».

6.° En cuanto la sentencia, al hacer base de su fallo condenatorio, la desestimación de la excepción de prescripción, infringe y viola lo dispuesto en los artículos 1963, 1957, 434, 433, 1952, 609, 430, 447, 1941 del Código Civil y la doctrina legal de la sentencia de 27 de Julio de 1867 y 29 de Diciembre de 1880, por interpretación errónea, y el 1958, del propio Cuerpo legal, por aplicación indebida, porque no estima la prescripción ganada por la recurrente sobre los bienes objeto del pleito por la posesión de 10 años, con buena fe y justo título, y contiene que dicha prescripción no puede oponerse a la acción ejercitada en la demanda, o entiende en último término que ha de hacer el cómputo del plazo de prescripción, como entre ausentes, y

7.° En el fallo recurrido al hacer extensiva la condena de acuerdo con las pretensiones de la demanda, a la nulidad de la información po-

sesoria, recaída a favor de la recurrente, respecto a los bienes de aquélla y a la declaración de la inscripción de esa información posesoria en el Registro de la Propiedad, viola e infringe lo dispuesto en los artículos 397 y 399 de la Ley Hipotecaria de 1879, reproducidos en los artículos 392 y 394 de la Ley Hipotecaria de 1909, según los que, el objeto de la información posesoria, es la posesión misma con indepencia del título en que se funde, y una vez inscripta, no puede invalidarse por defectos de aquel título, sino por la alegación del mejor derecho que deja a salvo la inscripción y que debe ser aducida en forma ante los Tribunales y reconocida por ellos».

«Visto siendo Ponente el Magistrado D. Manuel del Valle».

«Considerando: que la ley 1.ª del título 20 del Fuero de Bizkaya establece el régimen de comunidad respecto de los bienes aportados al matrimonio por los cónyuges, y a esta hermandad y compañía que hay entre ellos obedece la prohibición de la ley 9.ª del mismo título y Fuero en que se funda la sentencia recurrida, de que el marido, constante el matrimonio, no pueda vender bienes algunos, pertenecientes *en la su mitad* a la mujer, sin otorgamiento de ésta, aunque los bienes provengan de parte de aquél».

«Considerando que no obstante esta prohibición y la consiguiente nulidad de todo acto o contrato ejecutado contra lo dispuesto en la ley, el propio Fuero en su ley 7.ª del citado título especialmente prevee y regula el caso de que se haya vendido constante el matrimonio, la mitad de los bienes de la comunidad pertenecientes al marido para el pago de deudas, que es por cierto la causa a que obedece la enajenación cuya nulidad se pretende en el presente juicio, y como la ley dice lo que entonces se ha de hacer, y además la acción se ejercita por la mujer en su propio nombre y después de disuelto el matrimonio con hijos vivos, lo que por entero le corresponde es la mitad de los bienes que constituyen la comunidad, en plena propiedad, y posesión y sin parte en ella del marido; es manifiesto que en la ocasión y circunstancias en que se promovió este pleito había cesado el condominio de la

mujer sobre esos bienes con el marido o sus sucesores, y el derecho de la demandante quedaba limitado a la mitad de los bienes comunicados, que puede reclamar de la persona que los posee por título de compra que es la demandada y porque a la justicia de esta petición, se opone la eficacia del título que obstenta la recurrente e inscripciones de posesión hechas en su favor en el Registro de la Propiedad, procede la declaración de nulidad del 1.º en cuanto su subsistencia y validez obste a la efectividad del derecho de propiedad de la demandante, y de la 2.ª porque se entiende siempre hechas sin perjuicio de 3.º de mejor derecho».

«Considerando en su consecuencia, que la sentencia recurrida al declarar la nulidad del contrato de compra-venta de 9 de Marzo de 1903, comprendiendo también en esta declaración de nulidad después de disuelto el matrimonio del vendedor con la demandante la mitad de los bienes que en la comunidad correspondían al 1.º, infringen las leyes del Fuero antes citadas en el concepto que se expresa en el primer motivo del recurso, porque siendo la acción el medio de pedir judicialmente lo que nos pertenece, la demandante no tiene derecho a reivindicar otros bienes que la mitad de los enajenados, ni este derecho nace tampoco de la nulidad total del contrato para que sea necesaria su declaración, sino de la propiedad de la demandante sobre la dicha mitad de bienes; y una vez estimada esta infracción de ley, queda demostrada la improcedencia de los motivos 2.º, 3.º y 4.º del recurso, porque en la comunidad foral entran todas las aportaciones de bienes de los cónyuges que no tengan el concepto de gananciales, y limitada la nulidad del contrato de autos a la mitad de los bienes, propiedad de la mujer, no afecta este pronunciamiento a la venta de la otra mitad que corresponde al marido, ni es, por consiguiente, legalmente necesario para hacer la primera declaración que fuesen citados y emplazados en el presente juicio los hijos y herederos de este último».

«Considerando que invocado por la sentencia como derecho supletorio del Fuero de Bizkaya, por no contener éste precepto adecuado,

el artículo 1301 del Código Civil, al sólo efecto de determinar el tiempo de duración de la acción personal de nulidad ejercitada por la demandante y recurrida, y para declarar no haber prescrito por el cómputo de fechas que al efecto estima como evidentes, no puede admitirse la infracción de aquel artículo en el concepto que expresa el motivo quinto del recurso, olvidando la causa originaria de la expresada acción de nulidad, según ya queda consignado».

«Considerando que apreciado por el Tribunal sentenciador, no haber transcurrido el lapso de tiempo exigido en el artículo 1957 del Código Civil, en virtud del cómputo de fechas conforme a lo ordenado en el 1958 del propio Cuerpo legal, cómputo que no se impugna por el recurrente, para desestimarse en el fallo la excepción de prescripción que él mismo adujo a fin de oponerse a las peticiones formuladas en la demanda, no pueden prevalecer tampoco las infracciones de preceptos legales y de doctrinas aducidas en el motivo 6.º para sostener, sin base cierta, la tésis contraria a la del juzgador».

«Considerando que también debe desestimarse el motivo 7.º del recurso, porque como derivación del anterior, se viene en realidad a plantear una cuestión nueva, y por tanto, no discutida en el pleito, por lo que no puede motivar la casación; con más razón si se tiene en cuenta que la nulidad de los asientos de inscripción posesoria es consecuencia obligada de la del título defectuoso o deficiente que ostentaba quien estimó necesaria su práctica como supletoria o complementaria de aquél; y aprobada, según ley con la salvedad de sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y reconocido éste en la sentencia al estimar las pretensiones de la demanda, es manifiesto que el fallo no infringe los efectos de la Ley Hipotecaria citados en el expresado motivo».

«FALLAMOS que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso por infracción por el motivo 1.º, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 9 de Noviembre último dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos, y no haber lugar al recurso por los restantes motivos, sin hacer expresa condena de costas y debiendo de-

volverse al recurrente el depósito constituído y a la citada Audiencia el apuntamiento que remitió».

«Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la *Gaceta* e insertará en la *Colección Legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Eduardo Ruiz García Hita.=Antonio Gullón.=Rafael Bermejo.=El Conde de Lerena.=Manuel del Valle.=Diego Espinosa de los Monteros.=Pedro Higueras».

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Manuel del Valle, Magistrado del Tribunal Supremo, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil del mismo en el día de hoy, de que certifico como Secretario de dicha Sala. Madrid 28 de Junio de 1918.=Ante mí, Secretario, Vicente Amat.

(Es copia).

La segunda sentencia dice así:

«En la Villa y Corte de Madrid, a 28 de Junio de 1918 en el juicio ordinario de mayor cuantía seguido ante el Juzgado de primera instancia de Valmaseda y ante la Audiencia Territorial de Burgos por doña Dominga Loizaga y Gorostiza, viuda de D. Mariano Hornes Paredes, sin profesión y vecina de Portugalete, sobre nulidad de escritura de venta y otros extremos; pendiente ante Nos en virtud de casación declarada en este día en el recurso interpuesto por el Procurador D. José Zorrilla, bajo la dirección del letrado D. José Guimón a nombre de la demandada D.ª Paula Hornes; no habiendo comparecido la demandante D.ª Dominga Loizaga Gorostiza».

«Visto siendo Ponente el Magistrado D. Manuel del Valle».

«Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que procede»;

«FALLAMOS que debemos declarar y declaramos nula y sin ningún

valor ni efecto la venta hecha por D. Mariano Hornes Paredes a su hermana D.ª Paula Hornes Paredes, en 9 de Mayo de 1903 en cuanto a la mitad de los inmuebles descritos en el hecho primero de la demanda con excepción de los reseñados bajo los números 11, 12 y 13, la cual le será devuelta; nula igualmente en cuanto a dicha mitad la información posesoria relativa a dichos bienes, debiendo cancelarse las inscripciones que en virtud de esta información se hayan hecho en el Registro de la Propiedad a nombre de D.ª Paula Hornes; sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la *Gaceta* e insertará en la *Colección Legislativa,* pasándose al efecto las copias necesarias lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Eduardo Ruiz García Hita=Antonio Gullón.=Rafael Bermejo.=El Conde de Lerena.=Manuel del Valle=Diego Espinosa de los Monteros.=Pedro Higueras.

Escasa es la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de comunicación foral, pero la jurisprudencia de los demás Tribunales de Bizkaya es abundante y rica, encontrándose algunas resoluciones que deben de consultarse y tenerse en cuenta, no sólo por ser resultado de debates en los cuales se han pesado y medido argumentaciones contrarias de letrados eminentes por jueces que son también letrados y peritos en el arte de juzgar e imparciales, según por fuerza hay que suponer, sino porque el acatamiento de los defensores de las partes (de no haber sido ellas apeladas) o la confirmación de un Tribunal Superior colegiado que ha coincidido con el criterio del juez, (si lo han sido), dá a las sentencias forales tan grande fuerza, que no creemos que pueda haber nadie que deje de concederlas importancia, a lo menos como precedentes jurídicos para cuando la insuficiencia u obscuridad de las Leyes hagan a las partes acudir al amparo del noble oficio de la toga.

Transcribamos estas dos sentencias, de los juzgados de Durango y

Valmaseda, la primera verdaderamente notable, confirmada por sus propios fundamentos por la Audiencia de Burgos, obra del eminente magistrado D. Eladio Urdangarin, autoridad grande en asuntos del Fuero:

SENTENCIA

«En la villa de Durango a 31 de Mayo de 1897, el Sr. D. Eladio de Urdangarin e Irizar, Juez de primera instancia de la misma y su partido; habiendo visto esta demanda de mayor cuantía promovida por D. Isidro y D.ª Micaela de Ozaeta y Urquizu, hermanos mayores de edad, casado y viuda respectivamente, labradores y vecinos de la Anteiglesia de Garagarza en la villa de Mondragón, representados por el Procurador D. José Lloret, bajo la dirección del Letrado D. Cosme de Areitio; contra D.ª Serapia de Vestia y Hormaechea, viuda, mayor de edad y vecina de la villa de Elorrio; representada y dirigida por el Procurador D. Víctor Rodríguez y el Licenciado D. Juan de Duñabeitia y que litiga en concepto de pobre: sobre que se declare que la casería y pertenecidos de Oláizar Olavezar y las cinco porciones de terrenos montes de los términos de Catategui y Laquerio, radicantes en jurisdicción de Elorrio, corresponden a los demandantes como parientes tronqueros de los finados D. Ignacio y D. Pedro Ramón de Ozaeta», y

1.º «Resultando que el Procurador D. José Lloret en la representación dicha ha entablado esta demanda de mayor cuantía en súplica de que con imposición de las costas a la demandada D.ª Serapia Veitia, se declare que la casería y pertenecidos de Oláizar u Olavezar y las cinco porciones de terrenos montes que se describen en la súplica, radicantes aquéllas y éstas en la actual jurisdicción de Elorrio, corresponden y pertenecen a los parientes tronqueros de los finados D. Ignacio y D. Pedro Ramón de Ozaeta y como tales a los demandantes, y en su consecuencia condenar a la demandada, a que entregue y ponga a disposición de los demandantes, los bienes aquéllos con los frutos y rentas percibidas desde el día 25 de Octubre de 1894, sin perjuicio de

abonar a la demandada en su caso, el haber que justifique tener contra la Sociedad conyugal disuelta previa liquidación».

2.º «Resultando que la demandada se funda en los hechos siguientes: 1.º En que el finado hermano de doble vínculo de los demandantes, D. Ignacio, por donación que le causó su padre en la escritura de 18 de Febrero de 1871 que se cita (y cuya copia se acompaña, folios 60 al 72) aportó al matrimonio canónico que contrajo con la demandada, la casería con sus pertenecidos y cinco porciones de montes a que se refiere la súplica de la demanda y se describen en dicha escritura, fincas todas sitas en jurisdicción que fué de San Agustín de Echevarría, agregada hoy a la villa de Elorrio. 2.º En que el matrimonio del don Ignacio y D.ª Serapia se disolvió por muerte del primero en 18 de Abril de 1874, quedando un solo hijo, D. Pedro Ramón (certificaciones, folios 17 y 18), el cual falleció el 18 de Octubre de 1894 a los 23 años de edad, soltero, abintestato, sin dejar descendientes, hermanos ni ascendientes por línea paterna, sobreviviéndole su madre la demandada (certificación, folio 19). 3.º En que la demandada continúa disponiendo y disfrutando dichos bienes como suyos propios, sin que en las gestiones practicadas hayan conseguido cosa alguna, hasta que en acto de conciliación (folios 36 al 38) reconoció el derecho de propiedad de los demandantes en cuanto a la mitad de aquel caserío y pertenecidos, habiéndoles ofrecido con posterioridad al acto de conciliación, abonar 9.000 pesetas a calidad de que le cedieran los derechos que le correspondían respecto a la propiedad de dichos bienes, como herederos tronqueros que eran de su finados marido e hijo».

3.º «Resultando que habiendo comparecido en forma la demandada, representada por el procurador D. Víctor Rodríguez, evacuó el traslado que se le confirió para contestación en súplica de que con imposición de las costas a los demandantes, se le absuelva de esta demanda, con la declaración de que al ocurrir los fallecimientos del D. Ignacio y D. Pedro Ramón, marido e hijo respectivamente de la demandada, las sucesiones legítimas de los mismos, debe regirse por los preceptos

del Código Civil y legislación común anterior al mismo, y caso de que no hubiere lugar a esto declarar que no obstante la muerte del hijo de la demandada, subsiste a favor de la misma la propiedad y posesión que adquirió en virtud de la comunicación foral que establece la ley 1.ª, título 20 del Fuero, y por último que en el supuesto de que no se estimara tampoco por el Juzgado esta pretensión declarar que la demandada tiene el derecho concedido por la ley 49, título 5.º partida 5.ª o el que se consigna en la ley 8.ª, título 20 del Fuero, además de la cuota en usufructo que se asigna por el artículo 837 del Código Civil».

4.º «Resultando que la demandada funda su súplica en los hechos siguientes: 1.º en que es cierto que en la escritura de capitulaciones que se cita y cuya copia han presentado los demandantes, el D. Domingo donó al D. Ignacio el caserío y porciones de monte que se dicen en la demanda, pero que presentada aquella escritura para inscripción al Registro, se inscribió sólo en cuanto a las porciones de monte, habiéndose denegado la inscripción en lo referente al caserío y pertenecidos como consta en la escritura y nota que se acompaña (folios 60 al 72), escritura de capitulaciones en que no se consignó pacto alguno de reversión; 2.º en que, según consta en el expediente original que también se acompaña, (folios 74 al 89), el D Domingo adquirió la casería y pertenecidos de que se trata una cuarta parte de su finada madre doña Bernarda de Urquizu e Isasi, a virtud de información posesoria a que se refiere el hecho primero de la contestación (folios 90 al 105) y las otras tres cuartas partes de sus hermanos D. Isidro, D. Ramón y doña Micaela, por venta verbal que estos le causaron a principios del año 1871 y que por abandono no se formalizó en escritura pública; expediente de información posesoria que se comunicó a los demandantes, habiendo manifestado que nada tenían que oponer, que era exacto cuanto en el mismo se exponía por la demandada; 3.º en que el Pedro Ramón a su fallecimiento tenía 21 y medio años escasos; en que después del fallecimiento de su marido D. Ignacio, ha realizado en el caserío diferentes obras pagando entre otras de su propio peculio 1.682 reales

a D. Domingo Arrieta-Aramabeña y redimió a su citado hijo del servicio militar mediante el pago de 1.500 pesetas (documentos folios 106 y 107); 4.º en que la finca Olavezar citada pertenecía a los cuatro hermanos de los cuales dos cuartas partes fueron compradas durante el matrimonio a D. Isidro y D.ª Micaela, y ocurrido el fallecimiento del D. Ramón, por derecho de representación correspondió su cuarta parte a la demandada y a su hijo; 5.º en que el D. Ignacio era natural de Guipúzkoa, así como sus padres y murió sin haber variado de esta condición y cualidad, y 6.º en que si bien es cierto que por amor a la paz y evitar rozamientos, manifestó que reconocía los derechos que a los demandantes puedan corresponder respecto a la mitad de la propiedad Olavezar, y que con el mismo móvil les ha hecho algunos ofrecimientos a los demandantes, no de la cuantía ni en la forma que estos suponen, hoy ya no obligan tal concesión y ofrecimientos y retiran una y otros».

5.º «Resultando que conferido traslado para réplica lo evacuó el procurador Lloret insistiendo en la súplica de la demanda, y alegando como hechos: 1.º que aparte de la información pudo hacerse la donación al D. Ignacio y a virtud de ella éste su hijo y la demandada han poseído y disfrutado la finca Olavezar, y que no es cierto adquiriera las tres cuartas partes a virtud de compra verbal como se dice en la información, sino a virtud de la donación, siendo lo cierto que satisfizo el D. Ignacio los 400 ducados a la demandante impuestos en la donación a cargo de ella, la cual, ya viuda, pretendió inscribir la demandada y como no pudiera conseguirlo entonces, rogó a los demandantes que respetando la donación causada por su padre, no se opusieran a la información y cooperaran y prestaran su conformidad a ella como así lo hicieron; 2.º en que el D. Ignacio falleció en la villa de Elorrio, de donde era vecino, precisamente en el caserío Olavezar en que constantemente vivió desde su matrimonio con la demandada, caserío que radica en la jurisdicción que fué de San Agustín en cuyo lugar, en donde vivió y falleció su hijo, rige el Fuero en toda su extensión».

6.º «Resultando que conferido traslado para dúplica, lo evacuó el procurador Rodríguez insistiendo en la súplica de la contestación y manifestando como hechos nuevos que es cierto que el caserío Olavezar radica en territorio que fué de la Anteiglesia de San Agustín y que el D. Pedro Ramón no falleció en dicho territorio, sino en la calle de Urarea de la jurisdicción de la villa de Elorrio».

7.º «Resultando que recibido el pleito a prueba en este período se ha practicado la propuesta y admitida, y unida al auto y evacuados los traslados conferidos a las partes para conclusión se han traído los autos a la vista con citación de las partes para sentencia».

8.º «Resultando que en la tramitación de este juicio se han guardado las formalidades legales».

1.º «Considerando que el reconocimiento de derechos que en el acto conciliatorio hizo la demandada (folio 36 al 38) dados sus términos hipotéticos, y aun en otro caso dada la naturaleza del acto de conciliación, no es eficaz mientras no haya como no hubo, consentimiento de la otra parte, pues no ligan mientras no haya conformidad o consentimiento en las partes, manifestaciones que sobre materia de derecho se hagan en aquel acto (pues aun la confesión cuyos caracteres no tiene ha de versar sobre hechos) y por tanto la demandada, con entera independencia de aquella manifestación, ha podido hacer una vez en este juicio las pretensiones y excepciones que ha creído conveniente, por lo que a pesar de aquel hecho procede examinar y decidir la cuestión propuesta por la demandada aún respecto a la propiedad de todo el caserío y porciones de monte de que se trata».

2.º «Considerando que alegándose por la demandada en cuanto a este particular, que a su matrimonio con el D. Ignacio, así como a su disolución, y a la solución abintestada del hijo único de este matrimonio D. Pedro Ramón, es de aplicación la ley general del Reino, que es en materia de derecho privado la Ley de Guipúzcoa de donde el finado D. Ignacio era natural, de donde lo es la demandada, y de donde eran los padres de ambos, lo primero que ha de resolverse para proceder con

la debida separación es, si el estado de derecho creado por la disolución de matrimonio por muerte de aquél, ha de ser regulado por aquella legislación como dice la demandada o por el Fuero de Bizkaya como entienden los demandantes».

3.º «Considerando que es principio general de derecho, establecido por la jurisprudencia (Sentencias 6 de Noviembre de 1867, 6 de Junio de 1873, 29 de Enero de 1875 y 13 de Enero de 1875) y hoy confirmado por el Código Civil (artículo 9 y 11, párrafo 2.º) que la ley personal de cada individuo es la del país a que pertenece, la cual regula sus derechos personales, su capacidad de transmitir por testamento, abintestato y el régimen de su matrimonio y familia (Sentencia 27 de Noviembre 1868) y que esta doctrina hoy por el Código Civil y antes por lo establecido por la jurisprudencia (Sentencia 27 de Noviembre citada, 29 de Marzo de 1892 y 9 de Julio de 1895), es aplicable al régimen interprovincial cuando haya que determinar cuál de las distintas legislaciones, vigentes en materia civil, en el Reino, ha de aplicarse en las relaciones de derecho a los españoles».

4.º «Considerando por tanto, que esta primera cuestión queda reducida a determinar si el D. Ignacio a su fallecimiento tenía la condición legal de bizkaino (Sentencias del 92 y 95 citadas) respecto a cuyo particular en el Fuero de Bizkaya, salva la ley 13.ª, título 1, que hace alguna relación a esta materia nada se dispone, por lo que como quiera que aunque se entendiera vigente esta ley, y aun cuando lo relativo a información no había de obligar a guipuzcoanos por su conocida hidalguía (Título 12, Fuero de Guipúzcoa) no resuelve la cuestión, habrá de aplicarse en este particular la Ley General del Reino como supletoria (Ley 3.ª, título 36 del Fuero)».

5.º «Considerando que según la legislación anterior al Código que es la aplicable a este caso por haber ocurrido el fallecimiento del don Ignacio el año 1874, se adquiría naturaleza a los efectos de las leyes civiles, cuando ganada vecindad, resulte además en el que adquiera la vecindad de modo ostensible, propósito de continuar residiendo en

el mismo punto permanentemente sin ánimo de volver a su domicilio de origen, doctrina que se funda en la ley 8.ª, título 11, libro 6.º, Novísima recopilación, párrafo 5.º, ley 9.ª del mismo título, y sentencias de 27 de Noviembre de 1868 y de 1892 y 1895 citadas, sin que a los efectos del régimen interprovincial fueran necesarios el juramento y demás requisitos que para naturalización de los extranjeros por vecindad exigían aquel párrafo y Ley de Registro civil, requisitos a los que en este caso equivalía el ánimo manifiesto de permanencia».

6.º «Considerando que consta en auto probado, que la demandada y el D. Ignacio, naturales de la provincia de Guipúzcoa e hijos de guipuzcoanos, en cuanto contrajeron matrimonio (año 1871), se establecieron en Elorrio en el caserío Olavezar (objeto de este juicio) que como dueños disfrutaron desde su matrimonio, caserío sito en la parte de aquella villa de Bizkaya que perteneció a la Anteiglesia de San Agustín (que sigue con la condición de tierra llana) habiendo residido en el mismo sin interrupción, dedicados a su cultivo y explotación hasta el año 1874, en que falleció el D. Ignacio en el citado caserío».

7.º «Considerando, por tanto, que en este caso con el hecho de la residencia con casa abierta por más de dos años, concurre el muy importante y calificado, de que la residencia fué en finca agrícola suya y dedicados a su cultivo y explotación, hecho que manifiesta, (y más teniendo en cuenta el carácter de permanencia y circunstancias de labores de los caseríos de este país) de manera ostensible el propósito de continuar en aquella residencia e impide suponer en el D. Ignacio la menor idea de volver a Guipúzcoa de manera que no fuera accidental y temporalmente».

8.º «Considerando que según los artículos 11 y 14 de la ley de 20 de Agosto de 1870 aplicable en la fecha de que se trata (año 1874), tiene condición legal de vecino todo emancipado que lleve dos años de residencia fija en el termino municipal y que concurriendo además en este caso la circunstancia del manifiesto propósito de permanencia y de no volver al domicilio de origen, debe entenderse en cumplimien-

to de los preceptos legales y doctrina expuestos, que el D. Ignacio Ozaeta, tenía a su fallecimiento la condición legal de bizkaino de tierra llana en la que se halla sito el caserío y porciones de monte de que se trata».

9.º «Considerando, por tanto, que habiendo dejado a su fallecimiento el D. Ignacio un hijo de su matrimonio con la demandada, es de aplicación la ley 1.ª, titulo 20 del Fuero, por la que la D.ª Serapia Veitia adquirió al fallecimiento del D. Ignacio la mitad del caserío y de las porciones de monte a que estos autos se refieren y la otra mitad pasó por disposición de la dicha ley a su hijo el D. Pedro Ramón Ozaeta».

10.º «Considerando que aunque después del fallecimiento del don Ignacio la D.ª Serapia trasladase el domicilio aparte de la villa de Elorrio no perteneciente a la que fué Anteiglesia de San Agustín, y por tanto, tierra no llana, siendo probado que con casa abierta y con residencia fija ha residido y aún continúa residiendo en la villa de Elorrio, aquel hecho es indiferente a los fines de este juicio por cuanto aún suponiendo que haya perdido por él, condición de bizkainía de tierra llana y adquirida la de bizkaina de villa y con ella su hijo el finado don Pedro Ramón, siempre resultará que en la sucesión de lo perteneciente a éste (que falleció el año de 1894) sito en su infanzonado como lo están el caserío y porciones de que se trata, ha de aplicarse el Fuero de Bizkaya en virtud de lo que dispone la ley 15, título 20 del Fuero y segundo párrafo del artículo 10 del Código Civil que establecen estatuto real excepcional para bizkainos de villa en cuanto a bienes raíces sitos en tierra llana y materia de que se trata».

11.º «Considerando que habiéndose de aplicar en cuanto a la sucesión del D. Pedro Ramón en lo relativo a los bienes de que se trata el Fuero de Bizkaya, resulta que según la ley 8.ª, título 21, en la mitad del caserío y porciones de monte referidos que por virtud del fallecimiento abintestato de su padre le pertenecían, le suceden los demandantes como parientes más próximos que son por la línea de donde los bienes proceden, pues dichas fincas provenían (ya sean por donación,

ya por compra, que a este efecto es indiferente) y sin salir de la familia de los abuelos paternos del don Pedro Ramón, tronco común de éste y de los demandantes.

12.º «Considerando que vista la donación (folios 60 al 72) y la declaración jurada de la demandada (fólios 194 al 196) se adquiere el convencimiento de que el caserío Olavezar de que se trata fué aportado al matrimonio por el D. Ignacio en virtud de la donación aquélla, a lo que no obsta ni contradice el hecho probado de la información posesoria alegado por el procurador demandado, ni el hecho de las manifestaciones causadas por los demandantes en aquella información, pues la falta de prueba sobre el precio de la compra, el cumplimiento privado de las obligaciones impuestas por o en consideración de la donación, el disfrute del caserío como dueño, desde el matrimonio, todo evidencia que la información y las manifestaciones en ella hechas por los demandantes fueron medio para conseguir inscripción del inmueble, que por existir inscripción de información anterior que lo impedía, no pudo realizarse con la escritura de donación».

13.º «Considerando, por tanto, que al caserío de que se trata no es aplicable la ley 8.ª, título 20, que invoca la demandada, por cuanto no consta que fué comprado constante matrimonio, circunstancia que exige la ley, sino que fué aportado al matrimonio por el D. Ignacio».

14.º Considerando que ya la única cuestión que queda por resolver es de si la viuda demandada sigue siendo dueña de la mitad de las fincas, adquiridas por virtud de la ley 1.ª, título 20 del Fuero, o si por el contrario, por el hecho del fallecimiento abintestato del hijo perdió aquella mitad y ha de pasar a los demandantes como parientes tronqueros del D. Ignacio».

15.º «Considerando que para establecer con toda precisión los términos de esta cuestión hay que hacer constar que no se trata en cuanto a esta mitad de aplicación de la ley 8.ª, título 21 del Fuero, pues respecto a dicha mitad no se trata de la sucesión del D. Pedro Ramón, pues no le pertenecía, sino a su madre, ni se trata de aplicar leyes so-

bre transmisión de raíz en tierra llana que toda es troncal, pues no hay transmisión a que aplicar estas leyes, sino únicamente a la interpretación y verdadero sentido de la ley 1.ª, título 20, en cuanto a derechos del viudo en mitad adquirida cuando el hijo muere abintestato después del padre».

16.° «Considerando que la doctrina de la sentencia de 16 de Marzo de 1865 que se invoca por los demandantes no hace relación alguna a la ley 1.ª citada, ni en ella se establece nada respecto a la mitad que por comunicación foral sea del cónyuge sobreviviente, ni pudo establecerse nada respecto a este particular, porque no se discutía reversión de aquella mitad, sino de reversión al tronco de bienes raíces de huérfano de padre y madre que falleció en edad pupilar, hecho que es esencialmente distinto del de autos, pues allí se trataba en el particular invocado por los demandantes, de sucesión de hijo que falleció con posterioridad a sus padres, y en estos autos, en el particular objeto ahora de examen, se trata de abintestato de hijo que deja madre y de establecer si ésta por el hecho del fallecimiento de aquél, pierde la mitad adquirida por comunicación foral».

17.° «Considerando que las doctrinas sentadas por el Tribunal Supremo no son aplicables en cuestiones distintas y en casos que no tienen analogía con el que sea objeto de la sentencia y que, por lo tanto, tratándose en aquella sentencia del hecho tan distinto, aunque el Considerando quinto de la misma, literalmente apreciado parezca que no tiene en cuenta fallecimiento anterior de padre y madre, y que no distingue uno y otro caso, en buena doctrina lo en él consignado debe referirse al hecho objeto de la sentencia, y por lo tanto, dicho Considerando que para nada se ocupa ni debía ocuparse de mitad adquirida por cónyuge sobreviviente por comunicación foral, no autoriza a entender que según él por el derecho de troncalidad pierde el viudo aquella mitad cuando fallece el hijo abintestato, sino que debe entenderse que la doctrina de dicho Considerando se refiere al caso de sucesión de huérfano de padres, lo cual sin estar en oposición con los términos

de dicho Considerando, es conforme al hecho materia de aquel Considerando de la sentencia».

18.° «Considerando que la ley 1.ª, título 20 del Fuero, al disponer que si en el caso de disolución de matrimonio quedaren hijos, todos los bienes muebles y raíces, así en posesión como en propiedad, sean comunes a medias y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes, no autoriza a entender que por esta ley pierde por el hecho de fallecer abintestato el hijo, el cónyuge sobreviviente la mitad adquirida porque para este caso no se hace declaración alguna, ni las palabras «haya entre ellos hermandad y compañía» contienen aquella deducción, ni es admisible en buena interpretación establecer por meras deducciones que no estén contenidas esencialmente en el texto de una ley, tan importante declaración, (máxime tratándose de restringir derechos, materia odiosa de interpretación estricta) que refiriéndose a caso no excepcional sino frecuente en la vida; no se comprende que de haber sido ese el ánimo de la ley, no la hubiera consignado, máxime cuando no pudo desconocer el Legislador que las palabras «así en posesión como en propiedad» habían de ser motivo para la interpretación contraria y exigían declaración expresa para poder entender perdida por aquel hecho la propiedad de la mitad que se concede al cónyuge sobreviviente».

19.° «Considerando que no hay precepto alguno en el Fuero que determine para aquel caso la pérdida de la mitad adquirida, ni precepto que contenga tal declaración de modo esencial, de modo que su contrario implique contradicción y que por tanto no existe fundamento legal para decretar en cuanto a este particular conforme solicitan los demandantes».

20.° «Considerando que la relación legal que por el régimen troncal puedan tener los demandantes con esa mitad hoy de la demanda, no es materia que haya que decidirse en esta sentencia».

«Vistas las disposiciones citadas, las que citan las partes y el capítulo 11, título 11, libro 11, Ley de Enjuiciamiento civil y sus concordantes».

«FALLO que sin especial declaración sobre costas, debo declarar y declaro: 1.º que la mitad de la casería Olavezar y Olaizar y sus pertenecidos, y de las cinco porciones de monte, fincas que se describen en la escritura de capitulaciones matrimoniales de D. Ignacio Ozaeta y D.ª Serapia Beitia y que se hallan inscriptas en el Registro de la Propiedad, el caserío al folio 234 del tomo 19, libro 1.º de Elorrio, finca número 72, inscripción segunda y las cinco porciones de monte en término de Elorrio, al folio 249 del tomo 77, libro 9.º de dicho término municipal, finca número 636, inscripción primera, a nombre de D. Ignacio de Ozaeta, pertenece en propiedad por mitad e iguales partes a los demandantes D. Isidro y D.ª Micaela Ozaeta, como sucesores tronqueros en dicha mitad del finado D. Pedro Ramón de Ozaeta, y en su virtud condeno a la demandada D.ª Serapia de Beitia a que ponga a disposición de los demandantes y les entregue las dichas mitades con los frutos producidos o su equivalencia, desde el día en que falleció el don Pedro Ramón. 2.º que la otra mitad de las dichas fincas pertenece en propiedad a la demandada D.ª Serapia Beitia a virtud de la comunicación foral operada al fallecimiento de su marido D. Ignacio de Ozaeta y Urquizu. Se concede al Actuario para la notificación de esta sentencia el término de tres días. Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo».

La sentencia del Juzgado de Valmaseda, de la que hemos podido obtener copia, dice así:

SENTENCIA

«En la villa de Valmaseda, a 2 de Septiembre de 1889 el señor D. Juan del Río, Juez de Primera instancia del partido de la misma, habiendo visto estos autos de juicio civil ordinarios, promovidos por el procurador D. Nicolás Murga a nombre de D. José Urrutia, como marido de D.ª Eulalia de Escarza; y de D.ª Angela Escarza contra D. José Aranguren, representado por el procurador D. Vicente de Elcoro, ve-

cinos todos de San Pedro Abanto sobre rescisión de la venta de varios inmuebles hecha por D. José de Escarza padre de las demandantes a favor del demandado».

«Resultando que por D. José Urrutia, como marido de D.ª Eulalia Escarza y D.ª Angela de Escarza, representados por el procurador Murga se interpuso demanda ordinaria exponiendo que la finada doña María de Bizkaya, madre de las demandantes estuvo casada con don José de Escarza de cuyo matrimonio tuvieron por hijos a D.ª Nieves, D.ª Eulalia, D.ª Angela, D.ª Saturnina, D.ª Gumersinda, D.ª Josefa y D.ª Melitona; viviendo solamente las cuatro primeras adquirieron la repetida D.ª María durante dicho matrimonio, varios bienes inmuebles por herencia de su tía D.ª María Antonia de Salcedo y de su madre doña Tomasa de Salcedo, y que fallecida abintestato la D.ª María se distribuyeron amistosamente los bienes heredados por ella; la mitad a sus hijos y la otra mitad descriptos en la relación que acompañaban, al viudo don José Escarza por los derechos adquiridos en virtud de la mancomunidad foral».

«Resultando que posteriormente contrajo matrimonio D. José Escarza con D.ª Serafina del Horno, durante el cual, aquél enajenó a don José Aranguren, vecino de San Pedro Abanto todas las fincas descriptas en la mencionada relación, y fallecido el D. José Escarza en 27 de Noviembre de 1879, los bienes adquiridos de su primera mujer doña María, se habían hecho reservables para sus cuatro hijas que le han sobrevivido y que por consecuencia dicha venta a favor de D. José Aranguren había venido a rescindirse, quedando nula; y los bienes enajenados pertenecían a los cuatro hijos de los finados D.ª María y D. José Escarza, habiéndose celebrado acto de conciliación sin conseguir avenencia de las partes».

«Resultando que D. José Aranguren e Ibarra, representado por el procurador D. Vicente de Elcoro, contestó a la demanda excepcionando: que D. José Escarza efectivamente estuvo casado en primeras nupcias con D.ª María Bizkaya, con quien tuvo varios hijos adquiriendo

aquéllos diferentes bienes raíces; unos por herencia de D. Juan Domingo de Bizkaya, y otros por compra hecha a D.ª María de Pedregal constante matrimonio; y disuelto éste con sucesión, el viudo D. José y sus hijos habidos con la D.ª María, habían dividido los bienes del consorcio formando las correspondientes hijuelas para cada uno, correspondiendo al repetido D. José los bienes de la hijuela que presentaba y que llegadas a la mayor edad y casada D.ª Eulalia y D.ª Angela de Escarza no habían manifestado oposición a la partición, hecha de conformidad, de los bienes que correspondieran al consorcio de D. José y D.ª Maria de Bizkaya».

«Resultando que el mencionado D. José Escarza para acreditar que le correspondían los bienes consignados en su hijuela por virtud de la mancomunidad foral, había hecho información posesoria, la cual había inscrito en el Registro, y que habiendo tenido necesidad de tomar a préstamo algunas cantidades, se las había suministrado el demandado, hipotecando el deudor, en garantía, las fincas comprendidas en aquella información, pero no habiendo podido devolver las cantidades prestadas para satisfacer al demandado su crédito, le enajenó el don José por escritura pública otorgada ante el Notario de Portugalete don Juan Braulio de Butrán a 10 de Febrero de 1878, 13 heredades en jurisdicción de Santa Juliana de Abanto, descritas en los documentos públicos que presentaba, y que fundándose en que eran herederos de D.ª María Bizkaya, D.ª Angela y D.ª Eulalia de Escarza exigían que se les entregase dos cuartas partes de 11 fincas, comprendidas en una relación, de las que la número 6 no estaba entre las enajenadas a don José de Aranguren».

«Resultando que evacuados los traslados de réplica y dúplica, las partes insistieron en sus anteriores pretensiones, y habiéndose recibido este pleito a prueba, cada una ha practicado la que ha tenido por conveniente a su mayor derecho».

«Considerando que el finado D. José Escarza, constante matrimonio con D.ª María de Bizkaya, adquirió por la mancomunidad foral, según

aparece en la información posesoria inscrita en el Registro, los bienes cuya rescisión de venta se solicita por los demandantes D.ª Eulalia y D.ª Angela Escarza, los cuales radican en punto en donde rige la legislación foral; y, por consiguiente, por esta debe determinarse este pleito, conforme a lo dispuesto en la ley 3.ª, título 36 del Fuero de Bizkaya, y doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Marzo de 1865».

«Considerando que los bienes adquiridos por la mancomunidad foral, una vez disuelto el matrimonio con sucesión, son comunes a medias así en posesión como en propiedad, según lo dispuesto en la ley 1.ª, título 20 de dicho Fuero».

«Considerando que los bienes indicados no los adquiere un cónyuge del otro, sino por ministerio de la ley y por causa onerosa, como es el matrimonio, y por tanto no pueden ser reservables, y en ellos tiene el cónyuge sobreviviente su derecho propio para disponer libremente de los mismos».

«Considerando que al verificar el finado D. José de Escarza la venta de los bienes objeto de este litigio a favor de D. José Aranguren y Merro, con todas las formalidades legales, según consta de la escritura que aparece a los folios 36 y siguientes de estos autos, lo hizo en virtud del derecho concedido por la mancomunidad foral, y por consiguiente es válida y no puede anularse; por ante mi el Escribano dijo: FALLO que debo absolver y absuelvo a D. José Aranguren y Merro, vecino del concejo de San Pedro Abanto, de la demanda interpuesta contra él por sus convecinas D.ª Eulalia y D.ª Angela Escarza, solicitando se declare rescindida la venta hecha por D. José Escarza al D. José de Aranguren, de varias fincas situadas en mencionado concejo, y se las restituya las dos cuartas partes de dichas fincas con los productos producidos y podido producir, y se anule al propio tiempo la inscripción que en el Registro de la Propiedad se hizo de referida venta, sin hacer especial condenación de costas. Así por esta sentencia lo pronunció, mandó y firmó S. S., de que yo el Escribano actuario doy fe».

No podemos estar nosotros con esta sentencia que pugna abiertamente con el Fuero de Bizkaya, según hemos creído haber demostrado, y la causa de haberla transcrito ha obedecido tan sólo al deseo de dar a conocer los fundamentos de la opinión contraria, ya de antemano combatida. En cambio la siguiente resolución de la Dirección de los Registros, magistralmente fundamentada, establece una importante doctrina que conviene conocer.

Resolución de la Dirección general de los Registros de 11 de Septiembre de 1891.

«Resultando que D. Agustín de Yarto y Cerco denunció una mina de hierro, sita en el término de San Pedro Abanto (Bizkaya), con el nombre de la *Julianita,* expidiéndosele el correspondiente título de propiedad que fué inscrito en el Registro de la Propiedad de Valmaseda a nombre del concesionario Sr. Yarto»:

«Resultando que éste, D. Agustín de Ibarra, D. Manuel Garay y D. Juan Angel de Allende, firmaron en 10 de Diciembre de 1871 un contrato privado, por el que se declararon socios por iguales partes de dos minas en jurisdicción del expresado Concejo de San Pedro Abanto, pero sin expresar el nombre de ellas, pues a la sazón aún no habían sido expedidos los títulos de concesión:

«Resultando que muerto D. Agustín Yarto, su viuda D.ª Ramona de Ibarra expresando que quería cumplir un deber de conciencia y evitar para lo porvenir pleitos y cuestiones, otorgó en la villa de Portugalete, a 10 de Septiembre de 1880, una escritura pública, en que comparecieron asimismo D. Agustín de Ibarra y D. Juan Angel de Allende, y en su virtud, aquélla reconoció que a estos dos y a los herederos de D. Manuel de Garay correspondía el dominio de tres cuartas partes de la expresada mina, siendo de la D.ª Ramona la propiedad de la cuarta parte restante; declaraciones que aceptaron los otros contrayentes Sres. Allende e Ibarra»:

«Resultando que presentado este documento en el Registro de la Propiedad de Valmaseda, fué suspendida su inscripción: primero, por

no constar inscrita la propiedad de la mina a nombre de D.ª Ramona Ibarra, no acreditarse la cualidad con que ésta interviene en el contrato, ni que sea la única interesada en la herencia de D. Agustín Yarto; y, segundo, no describirse la mina en la forma prevenida en la Ley Hipotecaria»:

«Resultando que consentida la calificación en su segundo extremo, fué impugnada en cuanto al primero por D. Juan Angel Allende, que al efecto interpuso el presente recurso, que razonó, invocando la ley 1.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya, según la que, muerto uno de los cónyuges dejando de su unión con el superviviente hijos o descendientes legítimos, todos los bienes del matrimonio se comunican por mitad entre estos y su supersite; y añadiendo que, puesto que la condición del Fuero se ha cumplido en el presente caso, ya que han sobrevivido a D. Agustín Yarto, su viuda y sus cuatro hijos, D. Pedro, D. Emilio, D.ª Manuela y D. Fernando de Yarto e Ibarra, es notorio que todos los bienes se han hecho comunes entre aquélla y éstos, así en propiedad como en posesión; y, por tanto, incripta la mina *Jalianita* a favor de D. Agustín Yarto, lo estaba también a nombre de su mujer, en virtud de la comunidad Foral, razón por la que no puede ser obstáculo a la inscripción solicitada en el precepto del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, tanto más, cuanto que la 7.ª, título 20, 8.ª. título 21 y 1.ª, título 22 del Fuero de Bizkaya, confirman el derecho de la viuda a otorgar contratos como el que nos ocupa»:

«Resultando que oído el Registrador, insistió en la procedencia de su nota, fundando: en el artículo 20 de la ley, no aplicado, por cierto, al caso con rigor, por si D.ª Ramona Ibarra pudiera probar la cualidad con que intervino en el contrato; en que no es pertinente la cita de la ley 1.ª del título 20 del Fuero, por no acreditarse que el matrimonio de D. Agustín Yarto y D.ª Ramona Aguirre se disolviera con hijos: y en que el derecho de esta señora, caso de existir, no resulta de ningún documento inscribible, ni de todas suertes recaería más que sobre la mitad de la mina, y no sobre las tres cuartas partes de que dispone»:

«Resultando que el Juez delegado confirmó la calificación y declaró en suspenso todos los términos legales desde la interposición de este recurso hasta su resolución definitiva, por considerar: que D.ª Ramona Ibarra no ha acreditado que sea viuda de D. Agustín Yarto, y que desde su matrimonio con este han quedado hijos vivos, datos muy interesantes y base de cuantos derechos forales pudiera aquella invocar; que la escritura de 10 de Septiembre de 1880 implica una verdadera enajenación por lo cual, si los hijos de D.ª Ramona son mayores de edad, debieron concurrir a su otorgamiento, y si son menores, debió preceder autorización judicial; y que el segundo motivo aducido por la nota no ha sido objeto de impugnación por el recurrente»:

«Resultando que promovida por éste alzada contra el anterior proveído, presentó escrito reproduciendo argumentos ya expuestos, y agregando: que confirma sus razones la Resolución de este Centro de 28 de Abril de 1890, que declara no es aplicable el artículo 20 de la Ley Hipotecaria en lugares regidos por el Fuero de Bizkaya: que la condición de viuda de D.ª Ramona Ibarra está acreditada en la escritura del recurso por el testimonio de los otros dos otorgantes, uno de ellos hermano de aquella, y por la afirmación del Notario autorizante del instrumento; que sólo es preciso acreditar documentalmente el estado civil de los otorgantes de un contrato cuando este estado se niega o surge duda cerca del mismo: que es cierto que no se ha justificado que el matrimonio de D. Agustín Yarto y D.ª Ramona Ibarra se disolvió con hijos, mas esa falta se subsana presentando, cual lo hace el apelante, las partidas de defunción de ambos, que acreditan ese extremo; que no es exacto que por tener el derecho transmitido su raíz en un documento privado, no puede inscribirse la escritura pública, pues si eso fuera cierto, tampoco serían inscribibles las declaraciones notariales de ventas de inmuebles hechas con anterioridad al otorgamiento de la escritura, ni los testimonios expedidos por Notario protocolizante de un testamento militar, que la escritura en cuestión no implica un acto de enajenación, pues esta, cuando tuvo lugar, fué al suscribir D. Agustín Yarto el docu-

mento privado de 10 de Diciembre de 1871, de donde se infiere que D.ª Ramona Ibarra nada adquirió sobre el 75 por 100 de la mina, y por ende, no pudo enajenar lo que no tenía; y por último, que es verdad la falta que alega en cuanto a la inscripción de la mina, y esa falta se se subsanará en tiempo oportuno»:

«Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el auto apelado, entre otras razones, porque la Resolución de 28 de Abril de 1890 no es de actual aplicación, dado que la ley 1.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya, será eficaz para obtener la inscripción de la mina a nombre de D.ª Ramona y sus hijos, mas no para prescindir de un precepto tan esencial como el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y porque el concepto de viuda no es bastante para legitimar el reconocimiento que aparece en la escritura del recurso, por corresponder ese derecho a la viuda juntamente con sus hijos, estando, pues, en razón el Registrador cuando afirma no ha probado que es la única interesada en la herencia»:

«Resultando que contra el anterior acuerdo se ha alzado para ante este Centro D. Juan Angel de Allende, adhiriéndose a la apelación don Gregorio Pineda, apoderado general de D. Cesáreo Eguidazu, y éste, a su vez, protector de la menor D.ª Juliana Garay, y solicitando el primero subsidiariamente para el caso en que se confirme la nota: primero, que se declare inscribible la escritura en cuanto al 50 por 100 que en la mina corresponde a D.ª Ramona Ibarra, ya que en este punto es terminante el Fuero, y que en el recurso constan las partidas justificativas de que a D. Agustín Yarto le sobrevivieron hijos habidos en su matrimonio con D.ª Ramona: y, segundo, que asimismo se declare hay derecho a pedir anotación preventiva del documento, ya que según la nota del Registrador y las Resoluciones que la confirman, se trata de un defecto subsanable que ha motivado tan sólo la suspensión del título»:

«Vistos el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y la ley 1.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya»:

«Vista la Resolución de este Centro de 28 de Abril de 1890»:

«Considerando que es un principio fundamental de nuestro sistema hipotecario el de que en los libros del Registro de la Propiedad deben constar todas las declaraciones que ésta sufra, a fin de que aparezcan en la historia de cada finca las vicisitudes porque va pasando su dominio y pueda saberse en un momento dado quién es el que puede disponer de ella y cuáles son las cargas o gravámenes que la afectan»:

«Considerando que con ese sistema son perfectamente compatibles todos los preceptos de las leyes civiles en orden a la constitución y transmisión de los derechos, por la sencilla razón de que, dándoles por supuestos y establecidos, sólo se trata de revestirlos de aquella publicidad que es necesaria para el conocimiento de terceros»:

«Considerando que, por lo expuesto es notorio que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria es obligado corolario, así del régimen de gananciales de Castilla, que exige una liquidación del caudal, antes de que el viudo o viuda puedan disponer de aquéllos, como de la comunidad foral de Bizkaya, que declara desde luego condueños de todos los bienes al cónyuge sobreviviente y a los descendientes legítimos, de donde se infiere que, sin necesidad de previa liquidación, pueden desde luego disponer de los bienes condueños».

«Considerando que esto es lo declarado por este Centro en la resolución de 28 de Abril de 1890, y no que el Fuero de Bizkaya haga inaplicable en la tierra llana el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que es por el contrario, compatible con la comunidad foral, ya que al crear ésta un estado de derecho en el modo de ser de la propiedad, según el que, por Ministerio del Fuero, se sustituye a la de un individuo la de varios condueños, lleva a cabo una modificación importante que debe reflejarse en el Registro, en virtud del principio general arriba expuesto».

«Considerando que es lógica consecuencia de lo dicho la aplicación al caso del recurso del fundamento legal invocado por el Registrador, puesto que es evidente que la mina en cuestión no está inscripta a nombre de D.ª Ramona Ibarra ni de sus hijos; y mientras una y otros no soliciten y obtengan la inscripción en virtud del derecho que les otorgue

el Fuero, no pueden ser considerados como dueños para los efectos del Registro».

«Considerando que en este sentido, y conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento, era procedente denegar la inscripción del título presentado y no suspenderla, ya que la D.ª Ramona aparece en él disponiendo de la totalidad de la mina, cuando en todo caso sólo podría hacerlo de su mitad, conforme a la ley 1.ª título 20 del Fuero de Bizkaya y eso después de acreditar que de su matrimonio con D. Agustín Yarto, habían quedado hijos legítimos, lo cual no se acreditó al presentar a inscripción la escritura de 10 de Septiembre de 1880».

«Considerando que tampoco puede accederse a lo solicitado por el recurrente Sr. Allende en su último escrito dirigido a este Centro, al pretender que se declare inscribible el título, al menos en cuanto a la parte que le corresponda a la D.ª Ramona, y que se estime procedente su anotación preventiva respecto a la porción a que tengan derecho los hijos, según el Fuero; lo primero, porque subsisten los motivos que lo impiden, expuestos en los considerandos anteriores, hasta tanto que la D.ª Ramona aparezca en el Registro con facultad para disponer de su parte; y lo segundo, porque las meras indicaciones que contienen las partidas de óbito de la misma y de su esposo no son el medio de justificar cumplidamente que de su matrimonio quedasen hijos; porque además de esas mismas indicaciones, consta que todas éstos eran mayores de edad antes de la presentación del título en el Registro, sin que resulte que hayan intervenido en el acto que contiene ni le hayan ratificado en modo alguno; y porque de todas suertes, estando inscripta la mina objeto del contrato a nombre de otra persona, lo prohibe expresamente el artículo 20 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria; y

«Considerando que nada de esto obsta a que la viuda e hijos de don Agustín Yarto, cumpliendo los preceptos de la Ley Hipotecaria y haciendo inscribir sus derechos en el Registro, puedan después disponer de ellos en la forma que tengan por conveniente y conseguir las inscripciones de los contratos que otorguen con los requisitos legales»:

«Esta Dirección general ha acordado revocar la providencia apelada y la nota del Registrador, declarando que procede denegar la inscripción de la escritura de 10 de Septiembre de 1880 y que no ha lugar a estimar las pretensiones formuladas por el recurrente Sr. Allende al comparecer ante este Centro».

La Resolución de 28 de Abril de 1890, citada por la Dirección anteriormente, se contrajo al siguiente caso que extractamos a continuación:

«Resolución de 28 de Abril de 1890».

«Declarados los hijos de D. Antonio de las Muñecas herederos de su padre, solicitaron, con el auto en que tal resolvió el Juzgado de Valmaseda y con una relación descriptiva de las fincas relectas, que el Registrador del Partido inscribiese la mitad de los bienes a nombre de los mencionados herederos. El referido funcionario suspendió la inscripción que se le pedía «porque al parecer debe preceder la liquidación de la sociedad conyugal de D. Antonio de las Muñecas y su mujer D.ª María de San Ginés, pues de ella pudiera resultar que las fincas cuya inscripción se pretende correspondieran en totalidad a la viuda o a los herederos del D. Antonio, o en mayor proporción a la una o a los otros; además, del Registro, resulta que las fincas de que se trata se hallan inscriptas a nombre de los expresados cónyuges, pero no se determina en qué proporción corresponden a cada uno».

Los herederos recurrieron contra la negativa y el Juez delegado declaró inscribible el testimonio. Elevado el expediente a la Presidencia a virtud de alzada del Registrador, fué confirmado el auto por las propias razones. Apelada la providencia por el Registrador, dijo la Dirección:

«Vistas la ley 1.ª, título 20 del Fuero de Bizkaya y las resoluciones de 20 de Septiembre de 1884 y 21 de Febrero de 1889»:

«Considerando que la doctrina de las resoluciones citadas sólo es aplicable a los puntos en que rige la legislación de Castilla, según la

que únicamente son gananciales y pertenecen por mitad a los cónyuges los bienes que habiendo sido adquiridos por los mismos a título oneroso durante la sociedad conyugal, resulten a favor de ésta después de hecha la oportuna liquidación al disolverse el matrimonio»:

«Considerando que no sucede así en Bizkaya, donde rige el Fuero, cuya ley 1.ª del título 20 declara que los bienes de los cónyuges son comunes a medias si al disolverse el matrimonio tuvieren hijos, sin que en su consecuencia deba esperarse a practicar la liquidación de la sociedad y hacer la adjudicación correspondiente para que se tenga por cumplido el artículo 20 de la ley hipotecaria, al efecto de inscribir a nombre de los hijos y herederos de D. Antonio de las Muñecas la mitad de los bienes que aparecen inscritos a favor del mismo y de su cónyuge D.ª María de San Ginés»:

«Esta Dirección General ha acordado confirmar la providencia apelada».

Uno de los puntos más discutidos por la Comisión especial de codificación de Bizkaya fué sin duda el relativo a la comunicación de los bienes de los cónyuges. Notables fueron las opiniones expuestas por los beneméritos patricios que en ella tomaron parte. El acuerdo de la Comisión fué el siguiente:

ARTÍCULO 76

La comunicación foral de bienes en el matrimonio, entre marido y mujer, se establece desde el momento en que se contrae aquél. La comunicación es territorial por esencia. (1)

ARTÍCULO 77

En virtud de la comunicación foral establecida en el matrimonio, se hacen comunes a medias entre los dos cónyuges, en propiedad y pose-

(1) No se pierda de vista la resolución de la Dirección de los Registros, de fecha 5 de Octubre de 1906, reproducida en la página 11 de esta obra.

sión, los bienes comunicables propios del marido y los bienes comunicables propios de la mujer.

ARTÍCULO 78

Son bienes comunicables todos los raíces sitos en el infanzonado o tierra llana, de cualquier procedencia que sean, pertenecientes a cualquiera de los cónyuges, y por cualquier título, lo mismo los aportados que los adquiridos constante matrimonio, sea cual fuere la naturaleza del propietario o su vecindad.

Para los efectos de este artículo se consideran bienes raíces los señalados en el art. 7.º

ARTÍCULO 79

Los bienes muebles sólo son comunicables cuando el marido es bizkaino infanzón en el momento de contraer matrimonio. Dada esta circunstancia, son comunicables todos los bienes muebles.

ARTÍCULO 80

Los bienes muebles no perderán su consideración de bienes comunicables, aunque después de contraído el matrimonio pierda el marido su cualidad de bizkaino infanzón; y por la recíproca, tampoco adquirirán dichos bienes muebles expresada consideración de bienes comunicables en el caso de ganar el marido, después de contraído el matrimonio, la cualidad de bizkaino infanzón de que antes careciera.

ARTÍCULO 81

Es consecuencia de la comunicación establecida desde que se contrae el matrimonio, la que ninguno de los cónyuges podrá vender, enajenar, gravar ni hipotecar parte alguna de los bienes comunicables sin el otorgamiento del otro cónyuge.

ARTÍCULO 82

La enajenación de los bienes que no sean raíces comunicables se regulará por el Código Civil, teniendo en cuenta la consideración que con arreglo a dicho Código tendrían los bienes en cada uno de los casos.

ARTÍCULO 83

Vendida la mitad de los bienes comunicables del marido, por deuda o condena del mismo, este no podrá tener constante matrimonio, parte alguna en la otra mitad correspondiente a la mujer.

Lo propio se observará si el matrimonio se disolviere con hijos o descendientes.

ARTÍCULO 84

La administración de todos los bienes del matrimonio, comunicables y no comunicables, corresponde al marido en todo caso, salvo los de divorcio, nulidad de matrimonio y providencia judicial

ARTÍCULO 85

La comunicación foral durante el matrimonio no se opone a la existencia de bienes gananciales, cuyo carácter tendrán todos los bienes que merezcan esta consideración con arreglo al Código civil, siempre que no tengan la de bienes comunicables con arreglo a los artículos 78 y 79 de este apéndice.

ARTÍCULO 86

Los derechos y deberes de los cónyuges con relación a los bienes gananciales, su domicilio, administración y demás, se regularán en absoluto por las disposiciones del mismo Código.

ARTÍCULO 87

A la muerte de uno de los cónyuges, si el matrimonio se disuelve sin hijos, terminará la comunicación, y los bienes que no sean gananciales volverán al cónyuge propietario de ellos o sus herederos. Los gananciales se repartirán con arreglo al Código Civil.

Para los efectos de este artículo serán gananciales, todos los bienes que lo sean por el Código Civil, sin excepción alguna.

ARTÍCULO 88

En el caso del artículo arterior, el cónyuge que hubiese venido a la casería del premuerto, tendrá el derecho de usufructo de la mitad, durante año y día, si se conserva en aquél estado.

ARTÍCULO 89

Si el cónyuge viudo hubiese traído dote o aportación, el plazo de año y día señalado en el artículo anterior se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolverle la dote o aportación que hubiere llevado el primero.

Este beneficio concedido al viudo o viuda que va con dote o aportación al caserío del cónyuge premuerto, se entiende sin perjuicio del derecho que aquellos tienen para reclamar su dote o aportación en cualquier tiempo, pasado que sea el año y día.

ARTÍCULO 90

Si durante el matrimonio se hacen compras de heredades o edificios que provengan de uno de los cónyuges, o mejoras también en raíces procedentes de uno de ellos, suelto el matrimonio sin hijos, las compras y mejoras de referencia serán para el cónyuge o herederos tronqueros del cónyuge a cuya línea pertenezcan los bienes comprados o mejorados, con la condición de pagar la mitad de su importe al otro cónyuge o a sus herederos.

ARTÍCULO 91

La disposición del artículo anterior podrá no tener efecto hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, pues se reconoce a éste el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad si le conviniere, durante sus días.

ARTÍCULO 92

Si a consecuencia de una deuda contraída solidariamente por marido y mujer, en los casos en que ésta puede contraerlas legalmente, se despachare ejecución después de disuelto el matrimonio sin hijos contra los bienes del cónyuge vivo y éste pagare íntegra la deuda, podrá repetir contra los herederos del cónyuge premuerto por la mitad del capital y costas.

Igual derecho tendrán los herederos del cónyuge premuerto si la acción hubiere sido dirigida contra ellos.

ARTICULO 93

Cuando el matrimonio se disuelva con hijos, la comunicación establecida entre marido y mujer continuará entre el cónyuge viudo, de una parte, y de la otra, los hijos o descendientes que sean herederos del premuerto.

ARTICULO 94

Si el cónyuge premuerto hubiere dejado el nombramiento de heredero al comisario de que se habló en el artículo 5.º, los bienes permanecerán *pro-indiviso* hasta que dicho comisario haga la designación. Mientras los bienes permanezcan en tal estado, el cónyuge viudo será el único representante de la herencia, y como tal tendrá la facultad de administrar el caudal; pero no podrá vender, sin autorización judicial, los bienes cuya enajenación deba someterse a expresado requisito, con arreglo a lo que determina la ley general.

ARTICULO 95

Hecha la adjudicación de bienes cesará la comunicación, no obstante lo cual, los padres tendrán en los bienes adjudicados a los hijos el usufructo y la administración, con arreglo al código civil.

ARTICULO 96

En la adjudicación que se haga se observarán las reglas siguientes:

1.° En primer lugar se adjudicarán al cónyuge viudo en pago de su haber bienes raíces troncales de su procedencia.

2.° Si éstos no bastaren para cumplimentar su haber, se le completará con muebles y raíces no troncales.

3.° Sólo cuando los bienes de los dos artículos anteriores no bastaren para completar el haber del viudo, se acudirá para ello a la raíz troncal del cónyuge premuerto; pero esta clase de bienes se adjudicarán al cónyuge viudo en usufructo nada más, adjudicándose la propiedad a los herederos tronqueros del cónyuge premuerto.

Para determinar el haber del cónyuge viudo, se tendrá presente lo dispuesto en el artículo 83.

ARTÍCULO 97

Será nulo todo pacto o convenio que se oponga a lo dispuesto en el artículo anterior.

ARTÍCULO 98

La mujer bizkaina infanzona que habiéndose casado con varón que no fuese bizkaino infanzón quedare viuda, recobrará su fuero de soltera volviendo al infanzonado, y haciendo constar su determinación ante el encargado del registro civil, del pueblo en que fijare su residencia.

D. Carlos de la Plaza que tanto se distinguió con su pericia en el seno de la Comisión y quien puede decirse que fué la Comisión misma,

propuso a ésta que la aceptó algunas modificaciones. Entre éstas merecen citarse:

ARTÍCULO 76

Antes de contraer matrimonio los futuros cónyuges, podrán otorgar las capitulaciones que estimen convenientes sobre el régimen de la sociedad conyugal.

ARTICULO 77

A falta de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuese bizkaino infanzón en el momento de celebrarse el matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación total de bienes.

ARTICULO 78

Este régimen no se modificará una vez contraído el matrimonio por ninguna causa, ni aun en el caso de perder el marido voluntaria o involuntariamente la naturaleza de bizkaino infanzón.

ARTICULO 79

Por la recíproca, los matrimonios sometidos al Código Civil que por falta de contrato sobre los bienes se encuentren bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, al tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1315 de dicho Código, no perderán este régimen para someterse al de la comunicación, aunque después de contraído el matrimonio trasladen los cónyuges o el marido sólo, su domicilio al infanzonado de Bizkaya, y ganen en él la vecindad de derecho civil y con ella la cualidad de bizkaino infanzón.

ARTICULO 80

En virtud de la comunicación foral se hacen comunes a medias entre marido y mujer, en propiedad y posesión, todos los bienes de cualquier procedencia que sean pertenecientes a cualquiera de los cónyuges y por

cualquier título, lo mismo los aportados que los adquiridos constante matrimonio, sea cual fuere el país en que estén sitos los raíces.

ARTICULO 81

Es consecuencia de la comunicación establecida desde que se contrae el matrimonio, la de que ninguno de los cónyuges podrá vender, enajenar, gravar ni hipotecar parte alguna de los bienes raíces sin otorgamiento del otro cónyuge.

ARTICULO 86

Durante el matrimonio no hay bienes gananciales, pues la comunicación de todos ellos se opone a que haya bienes que tengan otro carácter.

ARTICULO 87

A la muerte de uno de los cónyuges, si el matrimonio se disuelve sin hijos terminará la comunicación y entonces se considerarán gananciales los bienes que tengan este carácter con arreglo al Código Civil, cuyas disposiciones se aplicarán también para determinar qué bienes deben ser considerados como de la propiedad extraña de cada cónyuge. Los gananciales se repartirán por mitad entre el viudo y los herederos del premuerto.

V

LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y LAS LEGÍTIMAS EN EL FUERO

CLASES DE TESTAMENTOS EN BIZKAYA

Es el caserío bizkaino una verdadera granja agrícola, de mayor utilidad que de valor real. Sus pingües rendimientos que mantienen repletas y exhuberantes las sucursales de las cajas de ahorro de las villas, son adquiridos por el trabajo rudo y penosísimo de la familia bizkaina.

Lo mismo el viejo patriarca que abdicó su soberanía en el modesto territorio troncal, al casar el hijo mayor, que el matrimonio nuevo, que los demás hijos, todos en aquel rincón del mundo rinden fervoroso culto al trabajo y contribuyen a la producción nacional de modo harto importante; labran la tierra, recogen hortalizas, crían ganados, plantan árboles, hacen carbón y hasta cogen vino.

Compárese la vida del campo en Bizkaya con la de otras regiones de suelo más rico y de superficie más extensa y se verá la ventaja grande que obtiene en la comparación Bizkaya.

Todo este régimen admirable y todos estos resultados tan poco comunes en España, son causa, y al mismo tiempo, efecto del Fuero que comentamos. Por ser los baskos de esta manera tienen su Fuero, y por tener su Fuero son los baskos de esta manera.

Suprimamos el Fuero y veremos morir la vida rural de Bizkaya. Vendrá muy pronto la emigración a las villas primero y a otros continentes más apartados después. Si al fallecer el propietario del caserío

repartimos los diversos pertenecidos de éste y adjudicamos una heredad a un hijo, el monte a otro, el ganado y los aperos de labranza a un tercero, la explotación agrícola habrá concluído (1).

En Castilla donde la propiedad rural no forma un todo, sino diversos campos independientes, sembrados por lo común de trigo, no se presentan ni pueden presentarse los inconvenientes de la división hereditaria.

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 *pubilla,* ni con un hijo determinado como en otras legislaciones peninsulares. El testador bizkaino puede nombrar heredero al hijo que desee, para que así lo sea el más apto, el que tenga más garantías de trabajador, de honrado y de económico; 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 aun obliga

(1) Estudiando esta materia en Francia el ilustre Le Play dice: «Sobre la vertiente francesa de los pirineos la partición forzosa de las herencias transforma rápidamente los aldeanos acomodados en propietarios indigentes, en tanto que sobre la vertiente opuesta los labradores BASCOS y catalanes conservan el bienestar que desde hace 25 siglos habia adquirido la cordillera entera. En Normandia la raza fecunda de los aldeanos, que enviaban sus retoños bien dotados a las colonias por los puertos de Dieppe y de Saint Malo, ha sido reemplazada por una raza estéril de arrendatarios, y hoy es preciso ir al Bajo Canadá para encontrar la antigua fecundidad normanda. (Le Methode sociale. Tours, 1879).

A evitar las deplorables consecuencias que en todas partes produce la división forzosa de las herencias que pulveriza y destruye la pequeña propiedad rural, tienden las Leyes dictadas en el Imperio de Austria y en varios estados del Imperio alemán en los que establecen el Hoeferecht llamado generalmente Anerbenrecht, y por virtud del cual, previa inscripción en un registro que a veces se hace sin que los interesados lo soliciten, los bienes rurales de cierta extensión que forman una finca, pueden dejarse a un solo hijo. Algo semejante propuso al Congreso español el Sr. Ortiz de Zárate el 15 de Enero de 1859 diciendo que «se declaren indivisibles forzosamente y aunque lo contrario quieran sus dueños, las cosas que constituyan unidad legal, aunque materialmente sean divisibles». (Véase la notable obra *El Fuero de Ayala* del benemérito publicista Uriarte Lebario. Madrid, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, 1912).

al testador a que deje a cada uno de ellos *algo, poco o mucho,* para hacer ver de esta manera a los extraños, que sino suceden los otros hijos en la propiedad familiar, no es a causa de indignidad, ni por comisión de acto alguno que les haya privado con la herencia del cariño y de la consideración de sus padres. He aquí el Fuero preocupado en regir algo más que la liquidación del haber económico; el haber moral, las hijuelas afectivas, que valen tanto como los demás bienes.

Sino existen hijos o descendientes, los legisladores bizkainos quisieron que los bienes familiares subieran a la traviesa de donde bajaron, y estatuye que serán herederos forzosos los ascendientes, a falta de los cuales reserva los bienes raíces de abolengo a los parientes tronqueros, para que lo que es de la familia, de la familia no salga, y que se cumpla el saludable precepto que nunca debe de desconocerse: que el tronco vuelva al tronco y la raíz a la raíz. He aquí, pues, los principios cardinales que informan la institución de herederos en la legislación foral del señorío.

Dice la ley 6.ª del título 21: «Cómo el marido y mujer pueden disponer juntos de sus bienes, y cada uno de por sí. Otrosi dijeron: que habían de Fuero y establecían por Ley, que así como marido y mujer ambos juntos, pueden dar y donar, o mandar lo suyo a uno de sus hijos de muchos que hayan o tengan, o descendientes, o (a falta de ellos) a los ascendientes, o tronqueros profincos de traviesa, apartando a todos los otros con poco o mucho de tierra; así y de la misma manera pueden ambos y dos en su fin, y postrimera voluntad, mandarlo y distribuirlo. Y no solamente ambos y dos juntamente, pero cada uno pueda de por sí y apartadamente el uno sin el otro disponer de su mitad entre los dichos sus descendientes, o ascendientes o transversales, según y de la forma que de suso está declarado».

Nótese que la Ley habla sólo de *marido y mujer,* y que añade más; que añade: que puede disponer cada uno de los cónyuges de su mitad en favor de las personos que menciona. Por ello cabe preguntar: ¿Esa necesidad de apartar a los ascendientes y a los tronqueros con poco o

mucho de tierra, cuando a esta clase de parientes haya que nombrarles herederos, subsiste en el caso de que el que disponga de sus bienes, sea un *soltero* o un *viudo,* o solamente lo preceptúa la Ley para cuando la disposición testatoria sea hecha por persona casada, por «marido y mujer, ambos juntamente o cada uno de por sí?» Si la Ley ha de ser interpretada de un modo exclusivamente gramatical y atendiendo al sentido literal de sus palabras, no cabe duda que el apartamiento sólo tienen que hacerlo marido y mujer, pero si atendemos al indudable espíritu de la Ley que comentamos y a su significación lógica, hay que convenir en que el apartamiento deben de hacerlo todos cuantos instituyan heredero a un ascendiente o a un tronquero, sean o no casados los testadores. En efecto: ¿Cuál ha sido el objeto de la especial institución del apartamiento? ¿No ha sido el deseo de la Ley de que los demás herederos forzosos, hijos, ascendientes o tronqueros, puedan decir ante todos: si no quedo yo con los bienes de abolengo, no es por causa de indignidad, (causa que con arreglo a la legislación antigua no tenía necesidad de especificarla ni nombrarla el testador), sino que la causa ha sido el mayor afecto, la mayor actitud del instituído, lo cual, ni nada de bochornoso para mí tiene, ni nada mortificante para mi dignidad significa? (1) Pues si ese fundamento apoya el apartamiento, si el deseo del Fuero es indudablemente dejar en airosa postura a los no instituídos, no vemos la razón por la cual el testador casado, tiene que verificar el apartamiento referido, y el testador soltero está dispensado de él. Y que la ley no tiene el alcance que a primera vista parece se comprueba con la lectura detenida de sus cláusulas. Dice: «que los cónyuges NO SOLAMENTE JUNTOS, SINO SEPARADOS, CADA UNO DE POR SÍ Y APAR-

(1) No todos entienden que este es el fundamento del apartamiento y creen como Angulo en su obra *Derecho Privado de Vizcaya*, que está tomado del derecho Romano que exigía que los hijos no estuviesen preteridos para que no hubiese duda sobre el valor de la manifestación de voluntad del testador. Pero ni el derecho romano exigía apartamiento, ni podría caber duda de la voluntad del testador, si este decía a quién nombraba único y universal heredero. Así pues, tal fundamento no lo encontramos verdad.

TADAMENTE, EL UNO SIN EL OTRO, puede disponer de SU MITAD, en favor de sus descendientes, ASCENDIENTES O TRANSVERSALES». Ahora bien, la Comunidad de bienes en el Fuero únicamente existe cuando hay hijos; solamente adquiere cada cónyuge la mitad de las aportaciones cuando el matrimonio se disuelve con descendencia. Luego si sobreviven hijos, los cónyuges no pueden disponer de su mitad, sino a favor de éstos, no a favor de los ascendientes y tronqueros (lo dice terminantemente el Fuero, «a falta de hijos»). Por tanto, el nombramiento de heredero de un ascendiente o tronquero verificado por un cónyuge en los bienes de «su mitad» es legalmente imposible; si hay hijos porque los hay y éstos tienen que ser los herederos, y si no hay hijos porque no habiéndolos no adquiere el cónyuge la propiedad de su mitad y no puede disponer de ella ni trasmitirla al morir.

Otra Ley del Fuero, la 11.ª del título 20 se ocupa también de «cómo 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. Otrosí dijeron: Que habían de fuero, uso y costumbre y establecían por Ley que cualquier hombre o mujer que hubiere hijos de legítimo matrimonio puede dar así en vida como en el artículo de la muerte a uno de sus hijos o hijas legítimos o a nieto y descendiente de su hijo o hija legítimo que haya 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».

Dejando para más adelante el tratar de la sucesión de los hijos que no son legítimos y de lo que se ocupa el resto de la Ley transcrita, conviene hacer constar aquí la necesidad del apartamiento, tan indispensable, que a nuestro juicio la omisión de él puede dar lugar a cuestiones y a pleitos como ya en alguna ocasión ha sucedido, pues las disposiciones del Código civil, como derecho supletorio, sobre la preterición hay que acomodarlas a la materia que estamos tratando.

Conviene hacer constar que aunque el Fuero sólo dice «apartando a los demás herederos, con algún tanto de tierra, poco o mucho», no

especifica la cuantía ni la clase, y la práctica ha sido la que ha introducido la fórmula o rito de decir: «aparto a los demás herederos con un real de vellón, un palmo de tierra, y una teja». En otros lugares la fórmula varía algún tanto, pues dice: «un real de vellón, un árbol, el más apartado e infructífero, y una teja».

En tiempos como los presentes tan distintos de aquellos en los que el Fuero se escribió, tan poco amigos de formulismos infantiles e inútiles que a nada conducen, no ha sido raro el que algunos testadores hayan omitido *la fórmula* del apartamiento y hayan hecho algo más práctico con los hijos no instituídos: esto es, dejarles cantidades en metálico para que con ellas puedan defenderse en la lucha por la vida, abriendo un comercio, tomando parte en la creación de una industria, o adquiriendo pasaje para América donde puedan dedicarse a trabajos de rendimiento mayor.

Y cabe preguntar: 1.º ¿Existe preterición por no haber dejado el testador el real de vellón, el palmo de tierra y la teja? 2.º ¿Si existe preterición puede anularse la institución de heredero?

El testador—dice el Código civil en el artículo 813—no puede privar a sus herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados en la Ley. Y en el 814 añade: La preterición de algunos o todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

Atendiendo al texto de estos artículos podemos decir que si el testador ha omitido en absoluto todo apartamiento a los demás hijos no instituídos, la institución de heredero es innegablemente nula, entendiendo además que la institución será también manifiestamente nula, *con arreglo a las disposiciones del Fuero,* cuando sólo ha dejado a los demás herederos cantidades en metálico por grandes y cuantiosas que ellas sean, si no ha existido el apartamiento de tierra, *poca o mucha.*

Pudiera objetarse a esto que el artículo 815 del Código no ordena la

nulidad, pues preceptúa que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por *cualquier título,* menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma pero no la nulidad. Y que en el caso que de ejemplo hemos puesto, el testador sólo ha dejado a los demás hijos *menos* de la legítima, puesto que si bien no le ha dejado nada de tierra, le ha dejado, en cambio, cantidades en metálico, las cuales, en último término, equivalen a un legado; y como las palabras de *por cualquier título* que el Código emplea, tanto convienen al *título* de heredero como al *título* de legatario, el heredero preterido en la raíz, la única acción que tiene es la de pedir el complemento de su legítima, pero no la de solicitar la nulidad de la institución.

Esta argumentación, que a primera vista no deja de tener alguna fuerza, se deshace ella sólo al considerar que la legítima del Fuero no consiste, como se dice, en la fórmula vulgar de «un real de vellón, un palmo de tierra y una teja,» en cuyo caso el argumento resultaría irrebatible. La legítima del Fuero consiste en el apartamiento de algún tanto de tierra POCO o MUCHO pero de ALGÚN TANTO DE TIERRA. El Fuero no habla para nada de muebles, ni de metálico, de árboles ni de tejas. En el caso presentado no se ha dejado a los demás herederos forzosos *menos* de la legítima que les corresponde, sino que no se les ha dejado NADA de la legítima que les corresponde, que es una parte *de tierra poca o mucha,* del territorio infanzón. Se les ha dejado otra cosa de naturaleza completamente distinta de su legítima, y por lo tanto, existe preterición absoluta; la institución de heredero es nula aunque no lo son los legados a tenor de la última parte del párrafo 1.º del artículo 814 del Código Civil.

Y por ello, las cantidades en metálico mandadas a los demás (a no ser que se demuestre que la voluntad del testador no fué nombrarles legatarios sino instituirles herederos) serán válidas; la institución de heredero es nula y procede abrir la sucesión abintestato con arreglo al párrafo 1.º, artículo 912 del mencionado Código.

Esto resulta un absurdo enorme, una injusticia manifiesta y una falta

de equidad muy grandes, pero es consecuencia de un derecho positivo, que por estar vigente, hay que acatarle y cumplirle mientras no se derogue. Y confesamos ingenuamente que esta parte del Fuero, aunque buena en sí, resulta altamente injusta concordada con el Código Civil y hay que introducir alguna modificación en la vigencia, para evitar atentados a la justicia absoluta, y a la equidad, de las que nunca debe de separarse la Ley escrita.

Es interesante la sentencia de la Audiencia de Burgos de 19 de Diciembre de 1913, confirmatoria de la del que fué Juez de Durango D. José María Sanz Gomendio que también es igualmente interesante y bien fundada, dictada con fecha 8 de Mayo de 1913, sentencias que resuelven una cuestión análoga a la que estamos tratando, si bien difieren de ella, dados los términos de plantearse los hechos del debate. Deben ser consultadas las dos sentencias por vía de ampliación.

Conviene tener presente en esta materia, lo mismo que en la anterior que acabamos de tratar y creemos nuestro deber consignarlo para consulta de quien lo necesite, que existe una rica colección de sentencias del Tribunal Supremo y de resoluciones de la Dirección de los Registros del Notariado, que no reproducimos por no alargar más esta obra. Las sentencias del Tribunal Supremo llevan fecha de 28 de Enero de 1898, 13 de Junio de 1900 y 3 de Enero de 1905. Las Resoluciones de la Dirección fueron dictadas en 24 de Febrero de 1888, 12 de Marzo de 1892 y 16 de Mayo de 1908. Esta última sienta la siguiente doctrina:

«Que el Fuero de Bizkaya no establece las solemnidades con que las donaciones, tengan o no carácter patrimonial, han de ser otorgadas, debiendo según la ley 3.ª del título 26, determinarse las mismas por las Leyes generales del Reino, para cuyo efecto es de capital importancia distinguir si se trata de un acto INTER vivos o mortis causa; que la ley 11.ª del título 20 del referido Fuero declara que cualquier hombre o mujer que tuviere hijos de legítimo matrimonio, puede dar en vida a cada uno de ellos todos sus bienes muebles y raíces, apartando con algún tanto a los demás hijos, precepto ratificado en la ley 6.ª del títu-

lo 21 al establecer como supuesto y razón de la libre disposición mortis causa, que marido y mujer, ambos juntamente, pueden dar y donar lo suyo a uno de sus hijos, apartando a todos los otros, sin que la cláusula de apartamiento así incluída tenga virtualidad suficiente para cambiar radicalmente el carácter de la donación, toda vez que las leyes civiles admiten en casos análogos, y para facilitar la constitución de la familia por matrimonio o adopción y la distribución de bienes por mejora o partición en vida, algunas declaraciones que puedan afectar al ulterior destino del patrimonio legitimario».

«Que si la donación de que se trata ha de producir sus efectos entre vivos, no puede regirse por las leyes establecidas para la sucesión testamentaria, sino que deben ser aplicadas las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo no determinado, especialmente por el derecho foral o por el común supletorio».

La ley 14 del mismo título 20, complemento de las anteriores, establece: «Otrosí dijeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre y establecían por ley que cualquier hombre o mujer que hubiere bienes muebles, así vacas o bueyes u otros cualesquier ganados y ropas de lino o lanas u oro o plata y otros cualesquier bienes muebles, en caso que tengan hijos o descendientes o ascendientes legítimos, pueda mandar y dispode todo lo tal, hasta el quinto de todos sus bienes muebles y raíces y no más; y a falta de tales descendientes y ascendientes legítimos, pueda disponer de todo el mueble a su voluntad, reservando la raíz para los profincos y tronqueros: con que si deudas hubiese y bienes muebles el que tal raíz tuviere, de lo mueble se paguen las deudas, y no de la raíz».

A esta Ley creadora de la parte de libre disposición en pró de los testadores, se la ha querido poner en pugna con la 18 del mismo título que prohibe, que habiendo descendientes o ascendientes o profincos de traviesa del tronco, se haga donación de BIENES RAICES ALGUNOS. Por tanto—se ha dicho—o el Fuero se contradice consigo mismo o la ley 14 al hablar del «quinto» se refiere al quinto de los bienes muebles, pero no al quinto de los inmuebles o raíces. Los sostenedores de esta doctrina

se apoyan para darla autoridad en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1868 cuyo primer considerando dice:

«Considerando: que si bien la ley 14 del título 20 del Fuero de Bizkaya concede derecho al que no tiene descendientes ni ascendientes legítimos para disponer a su arbitrio de los bienes muebles y semovientes que le pertenezcan, le impone por el contrario en cuanto a los raíces, la obligación de reservarlos para los profincos tronqueros».

No creemos nosotros que existe la menor contradicción entre ambas leyes 14 y 17, sino antes bien, opinamos que lo que existe entre ellas es una íntima armonía y complemento grandes.

La cuestión que se plantea no es otra que la que en el capítulo 2.º hemos expuestos y creído resolver; es decir el *problema batallón* del Fuero, el de si en Bizkaya es troncal toda raíz. Resuelto a nuestro entender allí el problema, aquí sólo nos toca decir: Que la ley 14 permite al testador disponer del quinto de sus bienes raíces y que la ley 18 para aclarar aquella y ponerla en consonancia con todo lo estatuído sobre la troncalidad ha añadido: «de los bienes que puede disponer el testador sólo son aquellos respecto de los que no existan parientes profincos de traviesa, pues de esos bienes, ya se ha dicho en diferentes títulos que no puede disponer porque el tronco tiene que volver al tronco y la raíz a la raíz». Esta ley 18 lejos de contradecir a la ley 14 viene a aclararla, a ponerla en armonía con las demás que había dictado el Fuero, y es precisamente un formidable argumento en favor de la doctrina que tantas veces hemos expuestos referente a que sólo son troncales los bienes de abolengo habiendo descendientes del adquirente de la raíz, parientes del poseedor de ella.

La sentencia del Tribunal Supremo que citan nuestros impugnadores, de 25 de Abril de 1868, la citan mutilada en su parte final en la que se resuelve precisamente la cuestión en sentido diverso de su teoría, pues termina el considerando diciendo: «entendiéndose por tales (por profincos tronqueros) según la ley 8.ª del título 21, los parientes cercanos de la línea de donde los expresados bienes proceden».

Y que se pueden mandar a extraños los bienes raíces, y que no existe, por tanto, contradicción entre las leyes 14 y 17 lo viene a demostrar la ley 5.ª del título 21 que determina..... «Por ende dijeron: Que ordenaban y ordenaron que en ningún testamento ni última voluntad, que no pasare en presencia de escribano público, testador alguno, que tenga descendientes o ascendientes pueda mandar a extraños más de la quinta parte de sus bienes; de la cual quinta parte se han de sacar y hacer las animalías y mandas pías, ante todas cosas: y en caso de que no tenga descendientes o ascendientes pueda mandar el dicho quinto de su hacienda, por su ánima y no más. Y esto se entienda con los bienes raíces.....»

Se ve, pues, que esta ley, sentando por incuestionable el derecho de los testadores para disponer del quinto de sus bienes raíces, hace una excepción solamente para el caso en que se haga la disposición testatoria sin presencia de escribano, porque dice que del legado del quinto que se hiciere en testamento formalizado sólo ante testigos, saldrá el coste de los funerales y mandas piadosas, estando libres de ese gravamen los que consten en instrumentos autorizados por escribano. Y esta disposición del Fuero, que contradice o deja sin efecto la regla general obedece según dice en su primera parte la ley 5.ª citada a que «por cuanto por se hacer los dichos testamentos ante y en presencia de testigos, sin escribano público, en ellos se hacen y cometen muchos fraudes según la experiencia lo ha mostrado..... y muerto el testador el escribiente escribe su memorial (por ventura) como se le antoja añadiendo o menguando a su favor; y los testigos se refieren después a él, no teniendo en memoria lo que dispuso en presencia de ellos el testador: y sobre esto nacen muchos pleitos y debates. POR ELLO, POR OBVIAR TODO ELLO DIJERON.....»

Hemos encontrado en el archivo del Juzgado de Durango una sentencia muy notable dictada con fecha 26 de Marzo de 1877, por el Juez municipal en funciones de primera instancia D. Florentino de Ber-

naola, asesorado por el que fué célebre letrado D. Federico de Areitio. En sus siete primeros considerandos (no transcribiremos los demás por su mucha extensión) se dice así:

«Considerando que si bien la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse como verdadera ley, es requisito indispensable que dicha voluntad se ajuste a las prescripciones del derecho».

«Considerando que el derecho de troncalidad, base de la legítima foral bizkaina, limita la libre disposición de los bienes raíces, para que estos no salgan del patrimonio de la familia».

«Considerando que esta restricción que la libre faculdad de testar encuentra en la obligación de reservar bienes raíces para los profincos tronqueros, principio encarnado en el Código foral, sin embargo no tiene la extensión que se pretende, ni coarta tan en absoluto la voluntad del testador, toda vez que según la ley 14, título 20 «cualquier home o muger que oviere bienes muebles, así vacas o bueyes, u otros cualesquier ganados y ropas de lino o lana, o oro, o plata y otros cualesquier 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 muebles y RAÍCES y NO MÁS».

«Considerando que el estudio de esta ley y sus concordantes, la 18 del mismo título, la quinta y décima del 21, revela claramente su espíritu, que no es otro sino que el testador puede disponer con perjuicio de dichos herederos y a favor de extraños el importe del quinto de toda su hacienda, computando en ella todos sus bienes muebles y raíces y NADA MÁS».

«Considerando que esta interpretación que es la más natural con la letra de dicha ley, se armoniza con el derecho de troncalidad, puesto que dejando íntegro el principio de que no pueden transmitirse ni ser objeto de mandas los bienes raíces—ni aun en beneficio del alma siempre que haya mobiliario conque cubrir y responder del quinto—resuelve la aparente contradicción que parece existir entre las dos partes de que se compone la ley y con lo que preceptúa la décimo octava».

«Considerando que tampoco pueden suponerse más ampliadas las facultades del testador en la segunda parte de la ley que en la primera—lo cual sería realmente un absurdo—puesto que en el primer caso, esto es cuando existen descendientes o ascendientes no puede disponer más que del quinto de todos sus bienes, tomándose en cuenta tan sólo los raíces para hacer la computación, y en el segundo caso cuando carece de tales herederos puede disponer de todo el mueble a su voluntad, bien exceda este del quinto, o constituya casi la totalidad de los bienes».

«Considerando que hasta la construcción material de la ley y de la locución que emplea «de todo lo tal», se deduce claramente que los raíces deben tomarse en cuenta para la computación del quinto, puesto que la enumeración que hace de los bienes muebles y semovientes sólo tiene explicación satisfactoria, entendiéndose que la mente del legislador fué que de aquellos bienes se pague dicho quinto, pero sin que tal sentido sea opuesto ni contrario a que el importe lo constituyan entrando en la computación todos los bienes muebles y raíces y NADA MÁS».

Conviene plantear al llegar aquí, una cuestión muy importante y muy discutida ¿Las legítimas de que el Fuero habla son en favor de los parientes (hijos, descendientes o ascendientes y profincos?) ¿son sólo para los de nacimiento legítimo o también para los ilegítimos? Desde luego el Fuero excluye de la legítima a los hijos adulterinos y espúreos, pues dice terminantemente en la ley 11.ª del título 20: «.....Y si hijos legítimos, ni naturales no hubiere; y hubiere hijos que haya habido el hombre casado de alguna mujer o la mujer casada de algún hombre en vida del marido legítimo o el marido en vida de la mujer legítima, u otros incapaces, que los tales hijos o hijas, enjendrados en dañado ayuntamiento, no puedan suceder ni heredar en vida ni en muerte en bienes algunos del padre; salvo, si fuere legitimado por su alteza. Y en cuanto a la madre tampoco le puedan suceder en vida ni en muerte, hijos que haya habido mujer de clérigo o fraile, ni de tal ayuntamien-

to, por el cual merecía pena de muerte natural; pero en tal caso el padre o la madre PARA EN ALIMENTOS les puedan mandar a los tales incapaces, hasta el quinto de todos sus bienes, y raíces y no más. Y que de este quinto salgan las animalías y mandas gratuitas: pero si la mujer hubiere hijos espúreos de otra calidad, no de clérigo ni de fraile de tal ayuntamiento, porque merezca muerte sino hijos de otra suerte; que a los tales les pueda dar y mandar todo lo suyo que hubiere en mueble o semoviente, pero no la raíz: porque en ello han de suceder los profincos legítimos, según que en adelante se declarará».

Los únicos hijos ilegítimos que tienen la calidad de herederos necesarios son los naturales. «Y si hijos o descendientes legítimos de legítimo matrimonio no hobiere; que por esta misma forma pueda dar y apartar a los hijos naturales, que hobiere de mujer soltera: con que hijos de manceba no puedan suceder, ni heredar en vida ni en muerte con los hijos o descendientes de legítimos matrimonios; excepto si el padre o la madre les mandaren o dieren alguna cosa, en reconocimiento, así en mueble como en raíz: con tanto que no exceda del quinto de todos sus bienes».

De la lectura de estas cláusulas, que pertenecen a la misma ley 11.ª del título 20, se deduce dos cosas: 1.° Que a falta de hijos, o de descendientes legítimos, *pueden* los padres, dar o dejar su hacienda a los hijos naturales. 2.° Que tal clase de hijos no pueden heredar en vida ni en muerte en concurrencia con los hijos o descendientes legítimos.

Ahora bien; ¿los hijos y descendientes naturales son herederos tronqueros? es decir ¿tienen derecho a la troncalidad en los bienes del infanzonado? Esta cuestión está brillantemente expuesta por el jurisconsulto bizkaino del siglo XVIII Martínez Aguirre, citado por el Sr. Chalbaud. Dice el Sr. Martínez Aguirre: «que los hijos y descendientes naturales tienen derecho a la troncalidad en los bienes del infanzonado de este señorío de Bizkaya; de sus ascendientes, más se debió suponer que probar; mas como no hay resolución alguna que no está expuesta a la contradicción de una siniestra interpretación, convenceremos el asunto con este irrefutable argumento; no pueden tener

bienes algunos troncales de Bizkaya, por herencia, legado, donación u otro título lucrativo, quienes no sean parientes del tronco dentro del cuarto grado, por donde se constituye tronco (ley 28, título 20) porque de otra suerte el más profinco tronquero los podía reivindicar contra cualquier disposición (ley 10.ª, título 21, Fuero. GUT. prácт. 3, quæ 17, numer. 271 etc., etc.,) pero los hijos y descendientes naturales pueden obtener por cualquiera de los referidos títulos lucrativos los bienes troncales de Bizkaya (ley 2.ª, título 20) «que por esta misma forma, puede dar y apartar a los hijos naturales que oviere de muger soltera;» luego son tronqueros legítimos. Dos objeciones se oponen a esta interpretación: 1.º Que las leyes 14 y 18, título 20, hablando del derecho de troncalidad en los descendientes y ascendientes piden la calidad de legitimidad; luego los ilegítimos no son tronqueros. 2.º Que la ley 11.ª, título 20, habla de la disposición voluntaria de los bienes, no de la legítima forzosa de los tronqueros, y lo expresa con términos de facultad, PUEDAN, luego no es de *necesidad,* y por lo tanto, no son tronqueros.

El texto literal de la ley 14, título 20 dice: «en caso de que tenga hijos o descendientes o ascendientes legítimos o parientes profincos». De aquí no se desprendería que a los hijos naturales no se les señala como parientes tronqueros comprendidos entre los profincos, a quienes como se vé no se exige el parentesco legítimo, aunque entendiéramos que el adjetivo LEGÍTIMO se aplicaba a ambos sustantivos, y entendemos que no puede aplicarse porque en ambas leyes, *legítimo* sólo se dice de los ascendientes, cuya palabra está separada de las anteriores por la disyuntiva «*o*».

Y esto se confirma en la ley 8.ª título 21, donde dice «hijos legítimos o descendientes» en donde exige la ley en la primera parte «hijos» la calidad de legitimidad con preferencia pero no en la palabra «descendientes»; luego es evidente que no se refiere a éstos la legitimidad, porque o estaban comprendidos en los hijos y entonces resultaba una redundancia, o sino es porque se refiere a cualquier descendencia no rechazada por la ley; máxime que la opinión unánimemente defendida

por los autores del tiempo de la confección del Fuero, era de que en la palabra DESCENDIENTE y otras semejantes, por sí, lo mismo se incluye la descendencia natural que la legítima (Lara de Aniv. libr. 5 cap. 2. Escovar de purit. 1.ª parte, quæst. 4-51; Cardenal de Luc. præmin dis 13; Bart etc., etc.) Idéntica falta de expresión de legitimidad para los descendientes observamos en las muchas ocasiones en que en este asunto los menciona el Fuero. (Leyes 15 y 16 título 20; 6, 7, 8 y 10 título 21). Y el mismo Martínez Aguirre dice que en el pleito que citaba existían seis ejecutorias de sucesión legítima de hijos naturales.

Y aún sobre estos argumentos creo hallar una consideración que me parece fundamental y es la siguiente: La esencia de la sucesión legítima consiste en no poderse alterar en cuanto a su existencia por ningún testador por ser ésta una limitación de sus facultades hechas por la ley; es así que en la ley 11 título 20, se da facultad al padre para disponer de los bienes raíces en favor de los hijos naturales a falta de legítimos «de la misma forma que dispone de la legítima» y por tanto en su totalidad; con lo cual los ascendientes y demás tronqueros, si el padre usa de esta facultad, quedaban privados de toda raíz, luego habíamos de deducir que, o los ascendientes y profincos tronqueros no eran tronqueros por no ser herederos forzosos, toda vez que se les privaba de su legítima con unos extraños a la troncalidad, o esos descendientes naturales eran tronqueros con preferente derecho a los ascendientes y profincos; lo primero pugna con el Fuero en las leyes 14 y 18, titulo 20, luego forzosamente se ha deducir lo segundo.

Muy conformes nos hallamos con esta argumentación del señor Martínez Aguirre, abrillantada por la contundente y hermosa dialéctica del ilustre Chalbaud, uno de los tratadistas este último, a nuestro juicio, más serenos y eruditos que se han ocupado del Fuero, y tan conformes estamos con su opinión sobre el carácter de la legitimidad de los hijos naturales, (opinión que en último término ha venido a confirmar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Febrero de 1898, resolviendo un pleito del juzgado de Durango), como

respecto de su dictamen sobre la legitimidad de los ascendientes y respecto a la de los colaterales. Opina el Sr. Chalbaud, que los ascendientes han de ser legítimos, porque organizada la familia bajo la base estable del matrimonio, quien ataca al mismo con el concubinato comete un verdadero crimen, cuyo autor debe perder el fruto de su delito, que sería recibir una herencia del hijo habido de quien no era su legítimo cónyuge.

A esta argumentación podemos añadir nosotros, que la necesidad de que la ascendencia sea legítima lo dice terminantemente la ley 14 del título 20 que exige la condición específica de *legitimidad* y lo mismo la ley 18 que exige también clara y terminantemente el mismo requisito.

Ya hemos dicho que respecto de los colaterales el Fuero no exige la condición o calidad de legítimo, y así opina también el ilustre Chalbaud fundándose en el aforismo «Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus». Pero el Sr. Angulo Laguna en su importante publicación *Derecho Privado de Vizcaya,* rebate este incontestable (a nuestro juicio) argumento, diciendo: «Es cierto que el Fuero no distingue en el caso presente. Pero ¿por qué no distingue? ¿Su falta de determinación, acusa un propósito deliberado de abrir las puertas de la sucesión testada a los colaterales tronqueros ilegítimos? En vez de acudir al conocido aforismo, paréceme más oportuno consultar las circunstancias de la época del precepto legal; y si tenemos en cuenta que la reivindicación de los derechos de familia denominada ilegítima es obra de nuestros tiempos; que en la época en que se formaron los preceptos del Fuero, la conciencia jurídica obscurecida por censurables preocupaciones, empeñábase en desconocer la plenitud de los efectos de las relaciones de familia que no arrancasen del matrimonio legítimo, vendremos a concluir que la indistinción del Fuero, lejos de ser reflexiva y deliberada revela tan sólo una imperfecta expresión, de lo que desde luego, estaba en su intención y en su propósito, según creo. Extraño hubiera sido, en verdad, el que en aquellos tiempos en que se negaba

a los hijos ilegítimos hasta los más elementales derechos, se fuese a conceder a los colaterales de la familia natural nada menos que el carácter de herederos forzosos Podrá el espíritu moderno encontrar más o menos justificado este criterio, podrá también la jurisprudencia ir modificando los preceptos del Fuero; pero no se puede, en mi opinión, sin incurrir en inexactitud histórica, atribuir al viejo texto del derecho civil bizkaino ideas que, no solamente no están en él de una manera expresa, sino que son contrarios al espíritu de su época».

En alta estima tenemos nosotros la opinión y la autoridad del señor Angulo, cuya brillante obra sobre el Fuero de Bizkaya es muy mucho de recomendar a quienes deseen estudiar los principios científicos de ese derecho, pero no podemos compartirla en esta ocasión de ninguna de las maneras, pues nos parece equivocada. El aforismo que combate, admitido por todas las escuelas y por todos los tratadistas, es para nosotros un axioma, y un medio seguro y racional de no equivocarse con el propio discurso. Claro está que al adverbio UBI no puede dársele una localización pequeña, que no ha de concretarse solamente a las cláusulas más o menos expresivas de una ley, y por tanto, si al no distinguir en una parte, el Código distingue en otra, la distinción de esta última hay que aplicarla a la primera. Pero es el caso que el Fuero de Bizkaya no distingue ni en la ley que ahora nos ocupa ni en otra alguna, de la legitimidad de los parientes profincos, y ni en el título 20, ni en el 21, ni en otro alguno exige a los colaterales la calidad de legítimos. Excluye a los hijos adulterinos y a toda clase de hijos ilegítimos, (fuera de los naturales) de la legítima; excluye a los ascendientes ilegítimos en alguna de las leyes que hemos citado; ¿no es natural que si hubiera querido excluir a los colaterales y profincos, lo hubiera hecho también? Las exclusiones, las prohibiciones, por ser materia odiosa, son de restrictiva interpretación y no hay que suponerlas nunca. Y si a esto se añade, el espíritu moderno, más noble, humano y cristiano que el anterior en la protección que dispensa a la familia ilegítima, cuando no se opone a la existencia y decoro de la legítima, si no olvi-

damos que los hijos naturales son una clase de los ilegítimos, hay que convenir con el Sr. Chalbaud en que los parientes profincos no legítimos pueden ser llamados a la sucesión testada, aunque claro está que coexistiendo con profincos legítimos de igual grado, tienen que ser preferidos estos últimos a los naturales como los hijos legítimos a los hijos naturales lo son.

Podría objetarse que si los profincos tronqueros ilegítimos son ascendientes, al ir a la sucesión quedaría vulnerado el precepto del Código que ordena que la ascendencia sea legítima, pero a eso contestaríamos que los tales ascendientes no heredarían como tales ascendientes sino como profincos tronqueros, no como parientes del causante sino como *parientes de la raíz,* si vale la frase. Su derecho se deduce de la ley 8.ª, título 21, que no puede desconocerse nunca; al fin y al cabo son parientes profincos.

Respecto a la computación de grados, rige el derecho civil como ya hemos creído haber demostrado en el capítulo 3.º

La ley 7.ª del título 21, en qué casos se puede poner gravamen a los hijos, dispone: «Otrosi dijeron: Que porque los padres y OTROS disponían de sus bienes y herencias, así en vida como en muerte (allende de la tierra raíz con que apartaban a los otros hijos y profincos y los excluían de sus bienes, legítima y herencia) muchas veces daban y mandaban a los tales hijos y profincos apartados, alguna suma de maravedís u otros cualquier bienes con algún gravamen, que en los tales maravedís y bienes, los padres o disponentes ponían a los tales apartados; y muchas veces se dudaba si el dicho gravamen se podía poner, porque parecía que los tales bienes y maravedís sucedían en lugar de la legítima, en la cual no ha lugar gravamen y se seguían pleitos sobre ello; y por quitar las dichas dudas y evitar los dichos pleitos, dijeron: Que habían de Fuero y establecían por Ley, que los padres u otros cualesquier disponentes en vida o en muerte, no puedan poner en perjuicio de la legítima, y de lo que se debe a aquellos en quien la tal disposición se hace, gravamen alguno, vínculo, sumisión ni restitución en

aquella tierra raíz, con que hacen la dicha apartación y exclusión; porque la tal tierra de apartación sucede en lugar de la legítima y de los bienes debidos; y si lo pusieren, no valga y sea como si no lo hubieren puesto. Pero si los tales padres u otros cualesquier disponentes en vida o en muerte (allende de la tierra de la tal apartación) dieren, donaren o mandaren a los tales hijos o hijas o profincos u otros cualesquiera, alguna suma de maravedís en cualquier cantidad que sea, u otros cualesquier bienes muebles, raíces, semovientes, derechos y acciones (aunque sean para dote o donación, proternuncias o arras de los tales hijos o hijas o descendientes o profincos u otros cualesquiera apartados) valga y haya lugar cualquier vínculo, sumisión, restitución u otro cualquier gravamen y disposición, que los tales padres y disponentes en vida o en muerte pusieren y dispusieren en los dichos maravedís y bienes dados o dejados allende la tierra raíz de la tal apartación».

Se ha dicho por algunos que esta Ley prohibe al testador gravar los bienes que deje al heredero no apartado, y que está por lo tanto en pugna manifiesta con los artículos 858 y siguientes del Código civil. Creemos nosotros que esta crítica que del Fuero se hace es injustificada, porque lo único que prohibe la Ley 7.ª es el gravar el apartamiento de los demás herederos, cosa natural y lógica, porque de no hacerlo, el apartamiento podría resultar una verdadera carga a más de una burla sangrienta, cosa que no es racional y creible que pretendieran hacer los nobles legisladores baskos que redactaron el Fuero. Las prohibiciones no pueden suponerse nunca y mientras el Fuero no lo diga de una manera clara y expresa; creemos nosotros que los testadores infanzones, al igual que los testadores castellanos, pueden gravar los bienes que dejen a sus herederos *universales* con toda clase de legados y de cargas, mientras no contradigan de modo manifiesto la legítima.

Transcribimos por su gran utilidad algunas sentencias, las mas importantes, del Tribunal Supremo sobre los gravámenes de los hijos, que suplen el silencio del Fuero y le interpretan:

«En la Villa y Corte de Madrid, a 28 de Junio de 1862, en los autos pendientes ante Nos por recurso de casación, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda y en la Sala segunda de la Real Audiencia de Burgos, por D.ª Francisca de las Bárcenas, viuda, y por sus hijos D.ª María, D.ª Antonia, D.ª Juana y D. Juan Ortiz, con doña María Josefa Gorrita, también viuda y sus hijos D José, D. Martín, D.ª Laureana y D.ª Anselma Hernández, sobre reclamación de bienes.»

«Resultando que D. Martín de los Heros, dueño por título de compra de una *seve* de castañiza, sita en el Concejo de Zalla, otorgó testamento en esta Corte en 21 de Marzo de 1854 en el que nombró por sus herederos universales a D.ª María Josefa Gorrita, su parienta en séptimo grado civil por línea paterna y a sus hijos e hijas.»

«Resultando que falleció D. Martín en el año 1859, D.ª Francisca de las Bárcenas, prima carnal del citado testador, por la línea materna y sus citados hijos entablaron demanda en 19 de Mayo de 1860, en la que alegando, que con arreglo a las Leyes Forales eran herederos forzosos ex-testamento y abintestato, a falta de descendientes y ascendientes, los parientes tronqueros del difunto, dentro del cuarto grado civil, en el cual se hallaban, y que por lo tanto, la institución hecha en el citado testamento no podía tener eficacia en cuanto pudiera referirse a los bienes que el testador había adquirido en el Concejo de Zalla, pidieron se declarase nula en dicho extremo y se condenase a D.ª María Josefa Gorrita y a sus hijos a dejar los referidos bienes a disposición de los demandantes».

«Resultando que los demandados impugnaron la demanda, fundados en que la Ley del Fuero sólo prohibe donar o transmitir bienes raíces a extraños, y que ellos eran parientes del testador».

«Resultando que dictada sentencia por el Juez de Primera Instancia de Valmaseda que confirmó la Sala segunda de la Real Audiencia de Burgos en 18 de Diciembre de 1880, declarando nula la citada institución de heredero en cuanto a los bienes demandados, y que estos correspondían a los demandantes, con los frutos desde la muerte del

testador, interpusieron D.ª María Josefa Gorrita y sus hijos, recurso de casación, citando como infringidas las leyes 5.ª título 21; 13, título 7.º y 3.ª título 36 del Fuero de Bizkaya; la 6.ª título 13 de la Partida 6.ª y el R. D. de 16 de Mayo de 1835».

«Visto, siendo ponente el Sr. Magistrado D. Sebastián González Nandín».

«Considerando que la ley 5.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya citada en el recurso, dispone, *que testador alguno que tenga descendiente o ascendiente, pueda mandar a extraños más de la quinta parte de sus bienes raíces*».

«Considerando que la ley 18, título 20, en la que se fundó la demanda y con arreglo a la cual se ha dictado la ejecutoria, prohibe *las donaciones y otras mandas de bienes raíces a favor de extraños, existiendo descendientes, ascendientes o parientes dentro del cuarto grado*».

«Considerando que la cuestión objeto del presente recurso versa, en consecuencia de las dos anteriores leyes sobre si han de reputarse como extraños para suceder en los bienes raíces TRONCALES en Bizkaya, los parientes del testador en grado ulterior al cuarto».

«Considerando que es un hecho reconocido en autos que los recurrentes instituídos herederos de los bienes de que se trata eran parientes del testador en cuarto y quinto grado, según la computación canónica y en séptimo y en octavo según la civil».

«Considerando que para que pudiera legalmente sostenerse que los parientes en dichos grados, entran en la calificación de extraños y están, en tal concepto incapacitados para suceder, por testamento, en ciertos bienes, sería indispensable el texto claro y explícito de una ley que así lo declarase».

«Considerando que ninguna de las del Fuero hace semejante declaración, y que la ley 18 título 20, ya expuesta, que es en la que los demandantes fundaron su acción, sólo dispone, que existiendo descendientes, ascendientes o parientes dentro del cuarto grado no puedan donarse ni transmitirse bienes raíces a extraños, disposición de la que

no se deduce rigurosa y lógicamente, como se ha pretendido, la absoluta exclusión de los parientes en grado ulterior al cuarto, ni su inclusión entre los extraños, sino únicamente que a falta de las tres clases de parientes que designa, y cuando sólo aquéllos existan, puedan las personas extrañas al testador, sucederle».

«Considerando que por meras inferencias o deducciones, especialmente en materias más restringibles de suyo, que ampliables no es lícito limitar la facultad del hombre en uno de los actos de más importancia y transcendencia, cual es el de la testamentificación».

«Considerando que en el supuesto de que fuese dudoso el punto en cuestión, que en tal caso, con arreglo a la ley 3.ª, título 36 del Fuero, ha de acudirse a las generales del Reino, y que la 6.ª, título 13, Partida 6.ª, en consonancia con la moderna legislación, ley que ha sido también citada en el recurso, extiende hasta el décimo grado la calificación de parientes, en posición a extraños».

«Considerando, por tanto, que la sentencia ha infringido las disposiciones legales en tal concepto invocadas».

«FALLAMOS que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 18 de Diciembre de 1860 pronunció la Sala segunda de la Real Audiencia de Burgos, devolviéndose a los recurrentes el depósito que constituyeren para la remisión de los autos, etc., etc.»

«En la Villa y Corte de Madrid a 16 de Marzo de 1865, en el pleito pendiente ante Nos por recurso de casación, seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao y en la Sala segunda de la Real Audiencia de Burgos por D. Enrique, D. Justo, D. Severino y D. Angel de Arechavala y Unda con D.ª Ventura de Arriaga sobre reversión de ciertas cantidades y pertenencia de una casa».

«Resultando que D.ª Manuela Agustina de Chábarri otorgó testamento en Begoña a 14 de Octubre de 1831 por el cual mandó, para

después del fallecimiento de su hija D.ª Francisca Andresa, a su hijo D. Bartolomé Luis de Arechavala, la habitación que eligiera en la casa número 38 de la Calle del Correo de Bilbao, con su correspondiente camarote y un cuarto en la cuarta habitación, y que D. Bartolomé Luis de Arechavala en su memoria testamentaria de 5 de Mayo de 1856, instituyó por su único y universal heredero a su hermano D. Manuel Nicolás».

«Resultando que en 26 de Agosto de 1857 y con motivo del matrimonio que habían de contraer y que contrajeron en 6 de Septiembre siguiente, D. Juan Luis de Mella y D.ª María Asunción de Arechavala, hija de D. Manuel Nicolás, y D.ª María de los Dolores Unda, se otorgó escritura en el valle de Gordejuela por la que éstos dieron a su hija 200.000 reales y varias ropas y adornos valuados en 15.828 reales, a cuenta de ambas legítimas que debería traer a colación respecto a los bienes que dejase en donde no alcanzara la legislación foral de aquel suelo bizkaino, pues por lo que hacía a los bienes y derechos en la tierra llana e infanzonado de Bizkaya, desde entonces las exheredaban en forma de todo derecho a ellos, con un árbol el más remoto e infructífero, su tierra y raíz y una teja en cuanto a lo inmueble, y por lo que hacía a lo mueble, con un real de vellón, para que no pudiera pretender otra cosa, siendo condición que si el matrimonio se disolviere sin hijos, o habiéndolos muriesen antes de la edad de testar, o sin verificarlo, cada parte extrajese lo que había introducido y la mitad de gananciales, revertiendo lo del cónyuge premuerto a su respectivo tronco, volviendo si fuese por fallecimiento de D.ª Asunción, lo aportado por la misma a sus padres, si viviesen, y si hubiesen muerto, a la persona que designasen en su disposición testamentaria, y no resultando, en favor del dueño que fuese de su casa principal, bien notoria en aquel valle de Gordejuela, mandándose por último los futuros esposos recíprocamente por vía de arras 2.000 ducados».

«Resultando que fallecida D.ª María de los Dolores Unda el día 6 de Abril de 1848, su marido D. Manuel Nicolás de Arechavala, usando

del poder que aquélla le había conferido, otorgó testamento a su nombre en el citado valle a 3 de Enero de 1851 en el que exheredó de nuevo en los términos indicados a su hija D.ª Asunción, legó a cada uno de sus hijos varones D. Justo, D. Angel, D. Severino y D. Enrique 20.000 reales por vía de legítima materna, con lo cual y una braza de tierra, un árbol y una teja, los exheredó de los bienes de su difunta madre, nombrando heredero de la misma a su hijo D. Manuel Francisco, sustituyéndole para el caso de fallecimiento sin sucesión o teniéndola que no llegase a la edad de testar, a sus hijos, D. Angel, D. Severino, don Enrique, D.ª María Asunción y D. Justo, por este orden y en los mismos términos».

«Resultando que con motivo del matrimonio contratado entre don Manuel Francisco de Arechavala y D.ª Cayetana Loredo, se otorgó escritura en el lugar de Sodupe, Señorío de Bizkaya a 20 de Enero de 1853, en la que D. Manuel Nicolás, padre del contrayente, le hizo donación de la mitad de las fincas que expresó que tenía pro-indiviso con su hijo D. Manuel Francisco, que había heredado la otra mitad de su madre, exceptuando una casa que estaba construyendo, junto a la parroquia de San Juan de Molinar y una porción de terreno labradío, al costado de la del Ayuntamiento de aquél valle, enfrente de la que edificaba y que había destinado para huerta de ella, por reservarla para disponer como creyera conveniente, haciendo también donación a su hijo del capital que tenía en deuda francesa, excluyendo la mitad de los bienes de su casa y los que había adquirido el donante en la villa de Bilbao, por muerte de su madre D.ª Agustina, de su hermano don Bartolomé y de todos los que tenía adquiridos y debían recaer por muerte de su hermana D.ª Andresa, a todos los que no podría pretender derecho alguno el donatario, debiendo pasar a sus restantes hermanos por fallecimiento testado o intestado del donante, ex-heredándole de ellos a mayor abundamiento; siendo por último pacto y condición entre los futuros contrayentes y sus padres, que si el matrimonio se disolviese sin familia, o habiéndola, sin edad para poder testar, o no haciéndolo

aunque la tuviera, volvieran a los respectivos troncos de donde procedían, todos los bienes, con la mitad de gananciales, si los hubiese.

«Resultando que D. Manuel Nicolás Arechavala, falleció el 15 de Agosto de 1853 con testamento que había otorgado en la villa de Bilbao en 27 de Mayo anterior, en el que declaró que al hacer a sus hijos don Justo, D. Manuel y D.ª Asunción, las donaciones que resultaban de sus capítulos matrimoniales habían quedado ex-heredados de todo otro derecho a sus bienes, ex-heredación que ratificaba. Legó a su hija doña Asunción, la casa que había construído junto a la iglesia de San Juan del Molinar, con su huerta que tenía al frente; declaró ser su voluntad que tanto la habitación tercera con la parte del camarote, que su hermano D. Bartolomé había elegido en la casa de la calle del Correo, en virtud de la facultad que le había concedido su madre, como todos los derechos que se le habían transmitido por muerte de su citado hermano, adquiridos de D.ª Andresa y los que le correspondían por su propia persona en los bienes de élla, pasaran en su totalidad a sus hijos menores D. Enrique, D. Severino y D. Angel, a quienes nombró herederos por iguales partes, exheredando a los restantes D. Justo, D. Manuel y D.ª Asunción con lo que respectivamente les tenía entregado y además con la legítima foral.

«Resultando que D. Juan Luis de Mella falleció intestado en 18 de Diciembre de 1856 dejando por hijo a D. Enrique, de trece meses de edad, habido con su esposa D.ª Asunción Arechavala que había fallecido intestada en 8 de Diciembre de 1885».

«Resultando que D. Manuel Francisco de Arechavala falleció en 22 de Abril de 1857 y que en 5 de Mayo siguiente, los comisarios que nombró otorgaron testamento, declarando haber sido su voluntad elegir herederos a su hermano D. Enrique y a su sobrino D. Justo Arechavala y Palacio, por mitad, exheredando a cualquier otra persona que se creyera con derecho a los bienes».

«Resultando que los representantes y herederos de D.ª María Cruz, D.ª Agustina y D.ª Francisca Nicanora Arechavala, hermanas de doña

Manuela Nicolás, D.ª Francisca Andresa y D. Bartolomé Luis, entablaron demanda contra D. Manuel de Arechavala y su cuñado D. Juan Luis de la Mella, que por su fallecimiento continuaron con D. Angel, D. Severiano y D. Enrique de Arechavala y D. Enrique de la Mella y Arechavala, sobre adición al inventario de los bienes pertenecientes a la incapacitada D.ª Francisca Andresa, incluyéndose el ajuar, muebles y alhajas de su madre D.ª Manuela Agustina, y la tercera habitación con su correspondiente camarote y un cuarto en la cuarta habitación de la casa número 38 de la calle del Correo de Bilbao, y que fallecida D.ª Francisca Andresa en 20 de Agosto de 1857, se dictó sentencia por el Juez de Primera Instancia de Valmaseda en 12 de Octubre del citado año, por la que en atención a que habiendo muerto D. Bartolomé Luis de Arechavala antes que su hermana la demente D.ª Francisca, aun cuando aquél había dispuesto en favor de su hermano D. Manuel Nicolás de los derechos que le podían corresponder por la cláusula décimosexta del testamento de su madre, ninguno la había transmitido, no pudiendo por consiguiente el D. Manuel elegir la citada tercera habitación ni mandarla a sus tres hijos D. Angel, D. Severino y D. Enrique, declaró que pertenecía al caudal de la difunta D.ª Francisca Andresa y que debía incluirse en el inventario de los bienes de la misma, toda la casa de alto abajo en el estado en que se encontraba».

«Resultando que fallecido D. Enrique de la Mella y Arechavala en 19 de Abril de 1862, a la edad de seis años, en 5 de Junio siguiente, sus tíos D. Enrique, D. Justo, D. Severino y D. Angel Arechavala, entablaron demanda en el concepto de hijos únicos de D, Manuel Nicolás y D.ª María de los Dolores Unda, en la que fundados en la donación, que con la cláusula de reversión habían hecho a su hija D.ª Asunción con motivo de su matrimonio y alegado que igual condición se había impuesto a D. Manuel Francisco al donarle diferentes bienes, cuando contrajo matrimonio; que D. Manuel Nicolás en su testamento había donado a su hija D.ª Asunción la casería que estaba construyendo en la parroquia de San Juan del Molinar, y que tanto el uno como el otro

habían fallecido con las condiciones previstas de reversión, pasando por consecuencia de ella los bienes troncales incluso la casa principal de que se había tratado en las capitulaciones de D. José Luis y doña Asunción como signo de reversión de su dote, a sus hermanos los demandantes; que D.ª Asunción y D. José Luis habían fallecido intestados; que su única descendencia D. Enrique de la Mella, había muerto de edad infantil y que a su defunción su abuela paterna D.ª Ventura de Arriaga, viuda de D. Juan Gabriel de la Mella, se había constituído por su heredera única y universal; pidieron se la condenase a entregar a los demandantes, con la deducción oportuna los 215.828 reales de dote y arreo aportados por D. Asunción Arechavala a su matrimonio y demás que se desprendía del pacto de reversión con sus intereses, condenándola asimismo a la restitución de la casa nueva planta con sus agregados, que D. Manuel Nicolás había donado por testamento a su hija D.ª Asunción con los frutos y rentas producidas y debidos producir hasta su detentación».

«Resultando que D.ª Ventura de Arriaga impugnó la demanda pretendiendo que se desestimara e impusieran las costas a los demandantes, declarando que si se creían asistidos de algún derecho contra la demandada, lo ejercitasen promoviendo los correspondientes expedientes de inventario y partición de los bienes quedados al fallecimiento de la D.ª María de los Dolores Unda, de D. Manuel Nicolás de Arechavala y de D. Manuel Francisco de Arechavala y que para ello alegó: que en los testamentos de los dos primeros no se había establecido la cláusula de reversión de la dote aportada por D.ª María Asunción; que los citados cónyuges habían poseído bienes en territorio donde no regía la legislación foral; que a la defunción de aquélla la había heredado su hijo D. Enrique, y por su fallecimiento en la edad pupilar, su abuela la demandada; que la disposición posterior derogaba la anterior, y cuando en los testamentos no se imponía a los herederos ningón gravamen, nadie podía imponérsele; que los habitantes del infanzonado tenían que atemperarse a la Ley general para disponer de bienes existentes en

territorios donde no regía la foral; que a los hijos no se les podía privar de su legítima ni imponérseles gravámenes en ella, a no ser que existiese alguna causa para la desheredación, siendo nulo el testamento en que se desheredaba sin ella; y que cuando alguno de los herederos interpretaba una cláusula del testamento de modo que le favorecía y se apoderaba de algunos bienes en virtud de tal interpretación, no podía interpretarse la misma causa en sentido contrario en lo que le perjudicaba».

«Resultando que conforme la demandada, al alegar de bien probado en entregar a los demandantes la casa que reclamaban, limitando su impugnación a la reversión de la dote de D.ª María Asunción, dictó sentencia el Juez de Primera Instancia condenándole a entregar a los demandantes la casa y huerta que en su testamento le había legado a D.ª María Asunción su padre D. Nicolás, con los frutos y rentas producidos y debidos producir desde el fallecimiento de D. Enrique de la Mella y los 215.828 reales que en metálico y arreo habían donado a aquélla para su matrimonio sus citados padres, con deducción de los 22.000 reales que por arras prometió a su esposo, y que pedida aclaración de esta sentencia por D.ª Ventura Arriaga, declaró el juez que D. Manuel Francisco de Arechavala, al disponer de sus bienes en su testamento, lo hizo sin haber partido del principio de que se hallaba suprimida la cláusula de reversión, que le había sido impuesta en su contrato matrimonial».

«Resultando que confirmada la anterior sentencia y el auto aclaratorio por la que en 26 de Junio de 1863 pronunció la Sala segunda de la Audiencia de Burgos, interpuso Dª Ventura Arriaga, recurso de casación, citando como infringidas:

1.º Al sostenerse la existencia de la cláusula de reversión en la escritura matrimonial de D. Juan Luis de Mella y D.ª María Asunción de Arechavala, a la par que la disposición testamentaria de D. Manuel Nicolás, la doctrina admitida por los Tribunales, de que el testamento es el único documento en que se fijan definitivamente los derechos de los

hijos, y la de que el hombre está obligado a saber las leyes, sin que pueda suponerse que haya nada en estado normal ignorándolas».

2.º Aun figurándose que la citada cláusula de reversión pudiera considerarse como una verdadera donación, al aceptarla como realidad, la ley 10, título 12, libro 3.º del Fuero Real, que exige la aceptación formal del donatario; la ley 1.ª título 7.º libro 10 de la Novísima Recopilación, que establece que la donación sea hecha como manda la ley, y la 26 de Toro, título 6.º, libro 10, de la Novísima Recopilación, que dispone que la donación que hace el padre a sus hijos por testamento o por contrato entre vivos se considere como mejora, y por lo tanto como revocable».

3.º Y por último, las capitulaciones matrimoniales de 1853, puesto que en ellas se había establecido el pacto de reversión para el caso de disolverse el matrimonio sin familia, que era precisamente lo que había sucedido en el D. Manuel Arechavala y D.ª Cayetana Loredo; el principio de jurisprudencia que declara que el que admite un documento, en lo favorable, no puede recharle en lo perjudicial, y la regla 25, título 34 de la Partida 7.ª, que dispone que «según derecho natural, aquél debe sentir el embargo de la cosa que há el pró de ella».

«Visto, siendo ponente el Ministro D. Laureano Rojo de Norzagaray».

«Considerando que si bien el testamento es el documento en que se fijan los derechos de los hijos, no es doctrina ésta tan absoluta que no esté subordinada a lo que de una manera irrevocable se hubiese pactado con anterioridad por un contrato entre vivos para determinar y asegurar estos mismos derechos, salva en todo caso la legítima que a dichos hijos corresponde».

«Considerando que en las capitulaciones matrimoniales se pactó y aceptó que la dote y arreo que los padres daban a su hija D.ª Asunción Arechavala, verificados los casos que expresaron, revertieran a los demandantes, en su defecto a la persona que designasen, y no designándola al dueño de la casa principal de Gordejuela; y que este pacto bila-

teral, hecho por causa onerosa, siendo obligatorio e irrevocable, no puede destruirse por un acto unilateral, como es el testamento de don Manuel Nicolás de Arechavala, quien por otra parte no revocó dicha cláusula de reversión; y que por tanto, no se ha infringido la doctrina invocada como primer fundamento del recurso».

«Considerando en cuanto al segundo, que la reversión es un gravamen que pueden imponer los padres a los hijos, no siendo en la legítima foral, con arreglo a la ley 7.ª, título 21 de los Fueros de Bizkaya, y que no habiendo probado ni intentado probar la demandada que los demandantes poseyesen bienes en punto donde no regía la Legislación Foral, que era lo interesante para que tuvieran aplicación respecto a ellos las leyes generales del reino, según dispone la ley 3.ª, título 36 de los citados Fueros, se alegan inoportunamente las Leyes del Fuero Real, de las Partidas y de la Novísima Recopilación, las cuales no han podido infringirse».

«Considerando respecto al tercer fundamento del recurso, que lejos de haberse infringido, se ha respetado lo convenido en las Capitulaciones matrimoniales que invoca la recurrente, porque no sólo debe verificarse la reversión cuando se disuelve el matrimonio sin familia, sino cuando habiendo hijos, éstos no han llegado a la edad de testar o pasando de ella, no testan; casos en los que tiene lugar el derecho de troncalidad, que es lo que sucedió al morir intestados D. Juan Luis de Mella y D.ª Asunción de Arechavala, dejando un hijo en edad pupilar».

«Considerando que el principio de jurisprudencia que se alega, aceptable en otro caso de que el que admite un documento en lo favorable no puede rechazarle en lo perjudicial, no tiene aplicación en el presente, en que no hay contradicción entre lo pactado en la escritura de capitulaciones y el testamento otorgado por D. Manuel Nicolás de Arechavala, pues por ambos documentos tendrían derecho los demandantes a los bienes litigiosos por el uno como tronqueros, y por el otro como herederos ex-testamento, viniendo en ambos casos a reunirse una causa lucrativa por diferentes medios en unas mismas personas».

«Y Considerando por todo lo expuesto, que la sentencia cuya casación se pretende, al condenar a la demandada a la entrega de los bienes litigiosos a los demandantes, siendo como es conforme al Fuero, no infringe ninguna de las leyes, reglas y doctrina citadas en apoyo del recurso».

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al de casación interpuesto por D.ª Ventura de Arriaga a quien condenamos en las costas y pérdida del depósito constituído, etc., etc.

Sentencia de 26 de Enero de 1885.

«En la villa y Corte de Madrid, a 26 de Enero de 1885, en el pleito seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D.ª Sotera de la Mier y Elorriaga, propietaria, vecina de Portugalete, con D.ª Petra de Ariño y Gorostiza, propietaria de igual vecindad, D.ª Mónica de Ariño y Gorostiza, propietaria y de la misma vecindad, en representación de sus hijos menores D. José Zoilo, D.ª Juana Josefa, D.ª Antonia y D. José Roberto de Gorostiza, D Fabriciano de Uraga y Ariño, labrador, vecino del Concejo de Sestao, como padre legítimo de los menores, doña Gervasia, D.ª Facunda, D. Anastasio, D.ª Leona y D.ª Crisanta de Uraga y Landavaro y D. Ricardo de Balparda y Fernández, Abogado, vecino de Bilbao, sobre reivindicación de parte de varias minas por título hereditario; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandante, defendida por el Licenciado D. Aurelio Linares Ribas, y representada por el Procurador D. José María Gordón y Estedia, habiendo sido defendidos y representados en estos recursos los demandados Balparda y consortes por el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. Daniel Doze»:

«Resultando que en 12 de Septiembre de 1885 otorgó testamento D. José Gorostiza en el Concejo de San Pedro de Abanto, en el que distribuyó algunos legados de escasa importancia entre sus sobrinos;

declaró que en su matrimonio con D.ª Sotera de la Mier no había tenido hasta entonces descendencia, y establecido en las cláusulas 12 y 13 que desde principio del año 1844 había pertenecido a la Sociedad de *Ibarra, Mier y Compañía,* del Comercio de Bilbao, habiendo adquirido bastante capital, según resultaría de sus libros y los de la Sociedad, y que durante su matrimonio había comprado con su esposa algunos bienes raíces sitos en el Infanzonado, cuya mitad le correspondía, expresando que toda vez que, según las leyes del Fuero de Bizkaya, debía ser dicha mitad para sus parientes tronqueros, quería que se considerasen y entrasen dichos bienes en los legados que dejaba hechos a su familia, siendo su intención que se pagasen de sus bienes, ya muebles, ya raíces según su esposa dispusiera; en la siguiente nombró sus albaceas, y por último en la 15 declaró que del remanente de sus bienes muebles, raíces sitos fuera del Infanzonado, créditos, derechos y acciones, instituía y nombraba por su único y universal heredero a su esposa D.ª Sotera de la Mier, pudiendo disponer de ellos para después de sus días como mejor su prudencia le dictara, y suplicándole que tuviera presente el estado en que su familia se encontraba».

«Resultando que por codicilo otorgado en Portugalete en 28 de Julio de 1876 declaró el mismo D. José de Gorostiza que quería se cumpliera su testamento e hizo nuevo nombramiento de albaceas, instituyendo algunos legados entre ellos, uno de 10.000 duros en metálico para su sobrino D. Emilio Saracho y Mier, al cual legó además la décima parte de las minas libres que poseía en propiedad en compañía de los Ibarras sus socios».

«Resultando que en la escritura pública otorgada en Bilbao en 3 de Julio de 1875 por D. Luis Zubiría en nombre de D. Juan María y don Manuel María de Ibarra y D. Cosme de Zubiría, únicas personas que componían la Sociedad *Ibarra, Hermanos y Compañía,* y D. José de Gorostiza, se declaró por dichos otorgantes que habían tenido constituída Sociedad mercantil de que se había separado el último en 31 de Diciembre de 1858, en cuya fecha, acordada por los socios la oportuna

liquidación, y verificada ésta, había quedado proindivisa la propiedad de varias minas, quedando su explotación de cuenta exclusiva de los individuos que continuaban formando Sociedad, que puesto de acuerdo en 1.º de Enero de 1864, habían convenido en que representara en la explotación de las minas D. José de Gorostiza una cuarta parte; que las minas que antes se encontraban a nombre de diferentes personas tenían ya en su mayor parte la titulación corriente a nombre de la Sociedad, en cuya consecuencia el citado D. Luis Zubiría reconoció y declaró que en las minas que en totalidad o en parte pertenecían a la Sociedad *Ibarra, Hermanos y Compañía,* tocaba y correspondía a don José de Gorostiza una cuarta parte íntegra, o sea un 25 por 100, declaración que aceptó éste, continuando, sin embargo, la gestión y administración a cargo exclusivo de la Sociedad como hasta entonces».

«Resultando que ocurrido el fallecimiento de D. José de Gorostiza bajo el testamento y codicilo relacionados, se promovió por su sobrina D.ª Mónica de Ariño, en el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda, expediente sobre declaración de herederos tronqueros en los bienes sitos en el Infanzonado de Bizkaya, en cuyo expediente y promovido el juicio de abintestato respecto de aquellos bienes, dictó auto el mencionado Juez de Valmaseda en 11 de Noviembre de 1878, por el cual y fundándose en que, según la ley 8.ª, título 25 de la ley foral, corresponde suceder a los más próximos parientes tronqueros en los bienes radicantes en el Infanzonado de Bizkaya del que muere abintestato, y en que Gorostiza no había instituído heredero de los que en el Infanzonado tenía, limitándose a consignar que los que había comprado durante su matrimonio debían ser en su mitad por sus parientes tronqueros, declaró herederos abintestato de D. José de Gorostiza, respecto de los bienes sitos en el Infanzonado de Bizkaya, a la mencionada D.ª Mónica de Ariño, a los hijos de ésta D. José Zoilo, D.ª Juana Josefa, D.ª Antonia y D. José Roberto de Gorostiza, a D.ª Petra y D.ª Carlota de Ariño, a D. Juan Domingo y D. Pedro Juan de Landavaro, y por fallecimiento de D.ª Ignacia Sotera de Landavaro, a sus hijas D.ª Gervasia, D.ª Ata-

nasia, D.ª Leona y D.ª Melitona, parientes tronqueros todos más próximos de Gorostiza».

«Resultando que pendiente aún el referido abintestato y antes de recaer el auto de declaración de herederos, otorgaron escritura pública en Bilbao en 2 de Noviembre de 1878, D.ª Mónica de Ariño y Gorostiza, de venta y enajenación a D. Ricardo de Balparda y sus sucesores de las dos décimas partes que le correspondían de la herencia de Gorostiza en precio de 35.000 pesetas».

«Resultando que en tal concepto promovió pleito D. Ricardo Balparda, en unión de los demás herederos de D. José de Gorostiza, contra D. Emilio Saracho, sobre petición de herencia, y en su caso declaración de nulidad del legado hecho en el codicilo de la décima parte de las minas que correspondían al testador en compañía con los Ibarra, fundándose en que nadie podía hacer donación ni otra manda a extraños, habiendo parientes dentro del cuarto grado, de bienes raíces de ninguna clase, por lo que era nulo el legado en cuanto a las minas sitas en el Infanzonado, que no eran sino bienes raíces; a lo que opuso D. Emilio Saracho que las diferentes legislaciones sobre minas establecen una diferencia esencial entre el suelo y el subsuelo, perteneciendo o pudiendo pertenecer el suelo al dominio privado, al que alcanzan las disposiciones del Fuero de Bizkaya y el derecho de troncalidad, y perteneciendo al Estado el subsuelo, que nace donde concluye aquél, por lo que no está sujeta a legislaciones forales; y por sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, a cuya casación se declaró no haber lugar en 23 de Febrero de 1882, fué absuelto Saracho en atención a que las minas sitas en el Infanzonado eran bienes libres; que el mismo testador declaró en su testamento que había comprado con su esposa algunos bienes raíces en el Infanzonado, cuya mitad correspondía a sus parientes tronqueros, expresando en otra cláusula distinta que desde 1844 había pertenecido a la Sociedad Ibarra, habiendo adquirido bastante capital, según resultaría de sus libros y los de la Sociedad, cuya diferente expresión de unos y otros bienes, guardando

las leyes del Fuero, respecto de los primeros demostraba el concepto del testador respecto de la libertad de los segundos, y la razón del legado en este sentido de la décima parte a favor de Saracho».

«Resultando que acompañando copia autorizada del testamento y codicilo de Gorostiza, y testimonio de las escrituras de 3 de Julio de 1875 y 2 de Noviembre de 1878, presentó D.ª Sotera de la Mier, en el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda, en 7 de Junio de 1882, la demanda origen de este pleito contra D. Ricardo Balparda y demás herederos de D. José de Gorostiza, solicitando se declarase: 1.º Que las concesiones mineras dejadas por Gorostiza no se hallan sujetas al derecho de troncalidad. 2.º Que la escritura de 2 de Noviembre de 1878 es nula, en cuanto por ella vendieron D.ª Mónica y D.ª Carlota de Ariño a D. Ricardo Balparda, las dos décimas partes de las minas de la herencia de Gorostiza; y 3.º Que D.ª Sotera de la Mier, es heredera única y universal de todos los bienes de su finado marido D. José de Gorostiza, no sujetos al derecho de troncalidad; y se condenase en su consecuencia a D. Ricardo Balparda y demás demandados a que restituyeran a la demandante y dejasen a su libre disposición las nueve décimas partes de las minas correspondientes a la herencia del finado don José de Gorostiza, con más los productos y ganancias percibidos y debidos percibir desde que las poseyeron injustamente, con imposición de todas las costas del interdicto de adquirir la posesión de dichas minas que siguieron los demandados, y de las causadas y que se causen en el pleito; alegando en apoyo de estas pretensiones, que al poco tiempo de ocurrir el fallecimiento de D. José de Gorostiza, había promovido el legatario D. Emilio Saracho, un interdicto de adquirir solicitando la posesión de la décima parte de las minas objeto del legado, que le otorgó el Juzgado de Valmaseda, pero no de la décima parte de todas las minas pertenecientes a la Sociedad *Ibarra Hermanos y Compañía,* sino de la décima parte de lo que en dichas minas correspondía al testador; que declarados los parientes de Gorostiza herederos abintestato y dueño Balparda de la participación que en definitiva correspondiera a

D.ª Mónica y D.ª Carlota de Ariño, habían deducido interdicto de adquirir la posesión de las nueve décimas partes de las minas sitas en el Infanzonado o tierra llana de Bizkaya, posesión que le había sido otorgada bajo el supuesto de que las posesiones mineras eran de Bizkaya bienes troncales, no pudiendo disponer el testador de dichos bienes en favor de personas que no fuesen parientes tronqueros, y en cuyo interdicto se había hecho la distribución, correspondiendo el 75 por 100 a la Sociedad Ibarra, un 12-50 por 100 a la demandante por sus gananciales, 1-25 por 100 a D. Emilio Saracho por su legado, y un 11-25 por 100 para los demás herederos tronqueros, división que inexactamente se suponía hecha de acuerdo con D.ª Sotera de la Mier, y que en todo caso sólo podía invalidar por medio de la demanda de reivindicación; que la voluntad del testador es la ley suprema en materia de testamentos, siempre que no se oponga a las leyes vigentes en el país donde ha de aplicarse, debiendo entenderse las palabras de dichos testamentos llanamente y como ellas suenan, salvo cuando pareciese que la voluntad del testador fué otra; que se debía observar en su consecuencia la línea divisoria establecida por Gorostiza entre las minas que consideró como capital, disponiendo libremente de él, y los bienes raíces sitos en el Infanzonado, que declaró haber adquirido durante su matrimonio, y cuya mitad expresó correspondía a sus parientes tronqueros, carácter que ratificó en el codicilo al legar una parte de las minas a D. Emilio Saracho, que no era pariente tronquero suyo, y que se desprendía del contexto general del testamento y del codicilo, en los que dominaba el pensamiento de instituir heredera única y universal a D.ª Sotera de la Mier, toda vez que de no ser así, a nada hubieran conducido los insignificantes legados dejados a sus parientes, si los legatarios, como parientes tronqueros que eran, habían de disfrutar no sólo de los bienes raíces, sino también de las nueve décimas partes de las minas que absorbían la casi totalidad de la herencia; a nada hubiera conducido la institución de heredera única y universal si no se comprendían las minas en esa institución, y a nada habría conducido la súplica que a su

esposa hacía de que, al disponer de la herencia para después de sus días, no olvidase el estado en que la familia del testador quedaba; que las leyes y la práctica constante del país acusaban que las concesiones mineras no se hallan sujetas al derecho de troncalidad, doctrina que sentaba también la sentencia de este Supremo Tribunal, de 23 de Febrero de 1882, que consigna que al definir la ley 1.ª, título 18, Partida 2.ª, qué cosas son raíces, no comprende las minas, y que marca una línea divisoria entre el suelo de la tierra llana de Bizkaya y el subsuelo de la misma, inferior al Infanzonado, y al que no alcanzan las leyes forales; que ni el Fuero de Bizkaya consignaba si las minas están o no sujetas al derecho de troncalidad, debiendo por tanto acudir a la legislación común, ni se había ejercitado jamás ese derecho en Bizkaya respecto de las minas; que el derecho de troncalidad, como limitativo del derecho de propiedad, debe interpretarse restrictivamente, y que como nadie puede vender lo que no tiene, era nula la venta que D.ª Mónica y D.ª Carlota Ariño, hicieron a Balparda de sus participaciones y nula por tanto la escritura de Noviembre de 1878, por la que aquella venta se efectuó».

«Resultando que D. Ricardo Balparda y consortes contestaron la demanda, pidiendo que se les absolviese de ella, y al efecto alegaron que hacía más de un año y medio que se les había dado la posesión en el interdicto de adquirir, en el que había sido parte la demandante, la que no hubiera deducido la demanda a no recaer la sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1882 en el pleito seguido contra D. Emilio Saracho, que creyó favorable a sus derechos; que los demandados fueron declarados herederos abintestato de los bienes sitos en el Infanzonado, y no herederos tronqueros, no siendo cierto que lo hicieran como si Gorostiza no hubiera otorgado testamento, puesto que lo presentaron precisamente porque de él resultaba que había muerto sin testar, respecto de aquellos bienes; que no era cierto que en el interdicto de adquirir se partiera del supuesto de que las minas de Bizkaya fueran bienes troncales, pues se presentaron como herederos

legítimos abintestato sin invocar la troncalidad, con derecho a heredarle en aquellos bienes que excluyó expresamente de la herencia testamentaria, y respecto de los cuales murió intestado, por cuya razón no invocaban el derecho de troncalidad, a diferencia del caso en que se opusieron a la validez del legado hecho a Saracho, en que lo invocaron porque la ley del Fuero prohibe mandar a extraños bienes raíces, habiendo parientes dentro del cuarto grado; que en el año de 1855, fecha del testamento, sólo tenían Gorostiza y sus socios los Ibarra un escaso número de minas, de lo cual se infería que no pudo referirse a esas minas el testador cuando decía en su testamento que había adquirido en aquella Sociedad bastante capital, sino que se refería a las ganancias metálicas, que en efecto eran cuantiosas, y por cuya razón tampoco era de extrañar que aun dejando Gorostiza a sus hermanos y sobrinos bienes raíces del Infanzonado y las minas que valían pocos miles de reales, les añadiese algunos legados, y no los considerase acaudalados, sino dignos todavía de la consideración de su viuda, heredera de una gran fortuna; que las palabras del testador deben entenderse llanamente y como suenan, razón por la cual, al instituir Gorostiza heredera a su esposa con las palabras «del remanente de mis bienes muebles raíces sitos fuera del Infanzonado, créditos, derechos y acciones», no podía ofrecer duda de que excluía de la herencia de su mujer una clase de bienes, los inmuebles, sitos en el Infanzonado o tierra llana de Bizkaya, que las minas son por su naturaleza bienes raíces o inmuebles, lo cual no ofrecía duda, ya se atendiera a la noción jurídica de los inmuebles y a las sentencias de este Tribunal Supremo de 19 de Abril de 1861, 22 de Marzo de 1877 y 6 de Febrero de 1880, ya también a la invocada de 23 de Febrero de 1882, en la que se declara que las minas no son raíces sujetas al derecho de troncalidad, pero se parte del supuesto de que son bienes raíces, lo que implica una gran diferencia; y si Gorostiza excluyó de la herencia de su mujer los bienes raíces sitos dentro del Infanzonado y las minas son raíces, claro era que no había sido instituída heredera de ellas y pertenecían a los más próximos pa-

rientes y herederos legítimos del finado, y que no se trataba por tanto del Fuero de Bizkaya ni había cuestión sobre la troncalidad de las minas, sino que se trataba del derecho común y de la ley de Partida».

«Resultando que en el escrito de réplica añadió D.ª Sotera a lo alegado en su demanda que los demandados no eran herederos legítimos de Gorostiza, si con ese concepto se quería dar a entender que lo fueran, aun en aquellos bienes no sujetos al principio de troncalidad, que en virtud de las leyes forales que consagran este principio obtuvieron los demandados la declaración de herederos abintestato, y por tanto, el titulo y el derecho de los demandados concluía allí donde terminaba el principio de troncalidad; que aun cuando se concediera que los demandados son herederos abintestato respecto de los bienes raíces sitos en el Infanzonado, sin distinguir que sean o no troncales, ningún argumento favorable se les seguiría, porque todo bien raíz sito en el Infanzonado es troncal y recíprocamente, que las minas que poseyó Gorostiza estaban fuera del Infanzonado, esto es, en el subsuelo del Infanzonado, que es una región completamente distinta, adonde según había dicho el Tribunal Supremo no alcanzan las leyes forales; por lo que D.ª Sotera de la Mier, heredera única y universal de los bienes raíces sitos fuera del Infazonado, no estaba excluída de ellos, y que aun supuesta toda la buena fe posible, deben restituirse siempre los frutos naturales de la tierra, cuyo concepto merecen las minas, porque si bien es necesario el trabajo para explotarlas, son siempre producto espontáneo de la naturaleza».

«Resultando que los demandados reprodujeron al duplicar los fundamentos y pretensiones del escrito de contestación, y practicadas pruebas por ambas partes, se substanció el pleito en dos instancias, y por sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, de 29 de Marzo próximo pasado, confirmatoria de la que había dictado el Juzgado, se absolvió a D. Ricardo de Balparda y consortes de la demanda interpuesta por D.ª Sotera de la Mier, sin hacer especial condenación de costas».

«Resultando que acreditado con el resguardo correspondiente haber constituido el depósito de 1.000 pesetas para las efectos legales correspondientes, interpuso D.ª Sotera de la Mier y Elorriaga recurso de casación por considerar infringidas»:

1.º La ley 5.ª, título 33 de la Partida 7.ª, según la que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan y no debe el juzgador apartarse de la inteligencia de ellas, sino cuando aparezca ciertamente que la voluntad fué otra que la que resulte de la letra escrita; porque las palabras del testador llanamente interpretadas y como ellas suenan querían decir que instituía heredera en el remanente de todos sus bienes, menos los tronqueros, a su esposa, como lo demostraba el ser llano y usual para los hijos de Bizkaya, que todo bien troncal es raíz sito en el Infanzonado y viceversa, axioma que los Notarios de Bizkaya no ignoraban; el que el Gorostiza sabía que las minas no están sujetas al Fuero de troncalidad, y que por tanto no radican en la tierra llana o Infanzonado de Bizkaya; el ser llano y usual que las minas radican en el subsuelo, y que el Fuero no extiende su imperio más allá del suelo, y el haber declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que las minas, aunque bienes raíces, no están sitas en la tierra llana de Bizkaya, y porque resultaba del espíritu del testamento que Gorostiza dispuso de todos sus bienes, reservando los troncales a sus parientes, e instituyendo única y universal heredera a su esposa en el remanente de todos los demás, como así se deducía de la cláusula 12, en que daba el testador a las minas la consideración de capital y establecía entre ellas y los bienes troncales una completa separación, y del hecho de rogar a su esposa que atendiera a sus parientes, sabiendo y consignando que su riqueza la constituían las minas, no concibiéndose además que otorgara un testamento y un codicilo para reservar los bienes troncales a sus parientes, cosa innecesaria, dejando de disponer en ambos documentos de los bienes libres, ni concibiéndose tampoco que se otorgaran el testamento y codicilo para instituir legatarios de 9, 5 y 4.000 reales a los mismos a quienes

había de corresponder, como herederos abintestato, una verdadera fortuna».

2.° La doctrina, confirmatoria de las reglas de sana crítica, según la que la voluntad del testador no ha de deducirse de palabras o conceptos aislados, sino del sentido general del documento, relacionando unas con otras todas sus cláusulas, por cuanto la idea dominante en el testamento y en el codicilo, fué la de instituir heredera única y universal de todos sus bienes no reservables a D.ª Sotera de la Mier, según se deducía de las cláusulas relacionadas y de las observaciones hechas en la infracción anterior».

3.° La ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya y sus concordantes, con arreglo a las cuales todo bien raíz en el Infanzonado es troncal y, recíprocamente, todo bien troncal es raíz sito en el Infanzonado, disposiciones a que daba la sentencia una interpretación extensiva, cuando debían aplicarse restrictivamente y a los casos taxativamente marcados, por restringir el derecho de propiedad, toda vez que entendía que las minas están sitas en el Infanzonado, no siendo sin embargo, bienes raíces sitos en la tierra llana de Bizkaya, ni estando por tanto comprendidos en las leyes del Fuero»; y

4.° La doctrina legal de este Tribunal Supremo, consignada entre otras sentencias en la de 23 de Febrero de 1882, dictada en el pleito seguido por D. Ricardo Balparda y consortes contra D. Emilio Saracho, sobre nulidad del legado de la décima parte de las minas litigiosas, conforme a la cual las minas son bienes libres y troncales; son bienes raíces sitos en el subsuelo y no en la tierra llana de Bizkaya o Infanzonado; todo bien raíz sito en el Infanzonado es troncal, y no son troncales las minas, porque no están sitas en el suelo del Infanzonado, donde rige el Fuero, sino en el subsuelo, donde rige la ley común, puesto que la sentencia recurrida considera las minas en cuestión sitas en la tierra llana o Infanzonado, deduciendo de ese error que la recurrente fué excluída de la herencia de ellas».

«Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón».

«Considerando que según dispone la ley 5.ª, título 33, Partida 7.ª, las palabras del testador deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, salvo cuando apareciese ciertamente que la voluntad del testador fuera otra que no como suenan las palabras que están suscritas».

«Considerando que atendidas las diferentes cláusulas del testamento otorgado por D. José de Gorostiza, en las que declaró que la mitad de los bienes raíces sitos en el Infanzonado correspondían a sus parientes tronqueros; que dichos bienes entrasen en los legados dejados a éstos, y que del remanente de sus bienes muebles, raíces, sitos fuera del Infanzonado, créditos, derecho y acciones, instituía por su única y universal heredera a su esposa D.ª Sotera de la Mier, suplicándola que tuviese presente el estado de su familia, es indudable el propósito del testador de que su mujer le sucediese en todos los bienes que le pertenecían, de cualquiera clase que fuesen, con la sola excepción de aquellos de que no podía disponer conforme a la ley que rige en la tierra llana de Bizkaya, y sin que a esta verdadera inteligencia de la voluntad del finado se oponga el carácter de inmuebles que tienen las minas, ni tampoco el que el derecho de la heredera respecto a bienes raíces, esté limitado a los sitos fuera del Infanzonado, porque estas palabras quieren decir bienes que no sean troncales o que no se hallen sujetos al Fuero especial de aquél país»; y

«Considerando que la sentencia recurrida, al absolver de la demanda a D. Ricardo de Balparda, y litis-socios, fundándose en que D. José de Gorostiza murió parte testado y parte intestado, por estimar que no dispuso de las minas, las cuales deben reputarse como bienes raíces sitos en el Infanzonado, aunque a ellas no es aplicable el Fuero de Bizkaya, infringe la mencionada ley 5.ª, título 33, Partida 7.ª y la doctrina legal que se invocan en los dos primeros motivos del recurso».

«FALLAMOS, que debemos declarar y declaramos haber lugar al de casación interpuesto por D.ª Sotera de la Mier y Elorriaga, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 29 de Marzo de

1884, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos; devolviéndose a dicha recurrente el depósito constituído».

La sentencia de 2 de Julio de 1885, determina «que si bien es cierto que no existe en Bizkaya libertad absoluta de testar, también lo es, que no hay propiamente herederos forzosos, ni por consiguiente legítimas determinadas y uniformes, puesto que el padre puede en vida y en artículo de la muerte distribuir su hacienda entre sus hijos o preferir al que le plazca, apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho a los hijos o hijas o descendientes, aunque sean de legítimo matrimonio, según la ley 11, título 20, del Fuero de aquél país».

Sentencia de 14 de Abril de 1896. «Cuando el testador instituye heredero nominal de los bienes raíces, radicantes en el infanzonado a una sobrina suya, apartando a los demás parientes tronqueros, según el Fuero de aquella localidad, y lega a su mujer todos los bienes muebles, semovientes, créditos, derechos y acciones, no muere intestado con relación a sus particiones mineras, pues aunque no sujetas al derecho de troncalidad, deben considerarse comprendidas en el legado, que si bien circunscrito a cosas muebles parece indicar la voluntad de incluir todo lo no expresado en la institución en la que más bien se ve el propósito de dejar a la heredera los bienes que no podía dejar a la mujer».

Sentencia de 3 de Junio de 1896.

«En la villa y Corte de Madrid a 3 de Junio de 1896, en el juicio declarativo de mayor cuantía, seguido en el Juzgado de Primera Instancia del Partido de Bilbao y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos por D.ª Juana de Arieta y Barriolope, propietaria y vecina de Elorrio, por sí y en representación de su hijo D. Gregorio de Amezua y Arieta, y luego también por este mismo, ya mayor de edad, estudiante y de igual vecindad, con D.ª Carmen de Lazpita y Goicoechea, dedicada a sus labores, D.ª Aurora de Lazpita y Echevarría,

de igual ocupación, representada por su marido D. Antonio de Uriarte y Lejárraga, Médico cirujano, y éste mismo como testamentario de don Francisco de Amezua y Gurbista, propietario, todos vecinos de Zamudio, sobre nulidad de cláusulas testamentarias, entrega de bienes y frutos y formación de inventario extrajudicial; pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada D.ª Carmen de Lazpita, a quien ha representado el Procurador D. Pío Rebollo y dirigido el Letrado D. Enrique Fernández Ucelay; habiéndolo estado los demandantes y recurridos por el Procurador D. Fernando Ramón Luis y el Licenciado D. Acacio Charrín».

«Resultando que D. Francisco de Amezua y Gurbista, natural de Elorrio, falleció en Zamudio el día 28 de Diciembre de 1890, habiendo otorgado el día 18 del mismo mes en dicha Anteiglesia de Zamudio, ante el Notario de Bilbao D. Isidro Erquiaga, testamento, en el cual, después de declarar no tener sucesión de su matrimonio con D.ª Carmen Lazpita y Goicoechea y carecer también de ascendientes por la cláusula 4.ª, legó y mandó a dicha su esposa, en significación del cariño que la profesaba, el usufructo de todos sus bienes raíces mientras los días de la misma, y además un crédito de 5.000 pesetas impuesto por el testador sobre las casas Iturriaga y Piscuena, de aquella Anteiglesia y sus terrenos; por la cláusula 5.ª dijo ser su voluntad que su citada esposa, como tal usufructuaria, percibiera durante su vida las rentas y productos de todas las haciendas del testador, a calidad de que atendiera al pago de los réditos del débito que dejase el mismo, a cuya amortización se destinaría la mitad del producto de la leña, siendo la otra mitad para la usufructuaria y su sobrina Aurora de Lazpita y Echevarría; por la cláusula 6.ª, en atención a carecer de ascendientes, nombró heredero tronquero de sus bienes raíces a su sobrino D. Gregorio de Amezua y Arrieta Azcárraga, cuyos bienes raíces respondieran del cumplimiento y pago del débito del testador; que a pesar de dicha amortización, con la mitad del producto de la leña, en la forma

consignada anteriormente, aun quedara pendiente al tiempo de la defunción de la usufructuaria; instituyó heredera única y universal del remanente de todos sus bienes, derechos, créditos y acciones a su repetida esposa D.ª Carmen de Lazpita y nombró albacea y pío ejecutor testamentario a su sobrino político D. Antonio de Uriarte Lejárraga; ordenando que las operaciones de testamentaría se formalizaran sin intervención de la Autoridad judicial, aunque hubiere interesados ausentes, menores e incapacitados».

«Resultando que D.ª Juana de Arieta y Barriolope, por sí y en representación de su hijo menor de edad D. Gregorio de Amezua, propuso en 17 de Octubre de 1891 demanda, en la cual pidió que se declararan nulas y de ningún valor ni efecto las cláusulas 4.ª y 5.ª del testamento de D. Francisco de Amezua y Gurbista, en las cuales se legaba y mandaba a D.ª Carmen de Lazpita, mientras los días de su vida, el usufructo de todos sus bienes del testador, entendiéndose esta demanda respecto de los raíces sitos en el Infanzonado de Bizkaya, o donde rigiera la ley del Fuero, y se ordenaba el pago de los réditos del débito que dejara el mismo testador, a cuya amortización se destinaba la mitad del producto de la leña, siendo la otra mitad de dicho producto para la usufructuaria y su sobrina Aurora de Lazpita y Echevarría; y que también era nula y de ningún valor ni efecto la condición que se imponía en la cláusula 6.ª al heredero tronquero, D. Gregorio de Amezua y Arieta Azcárraga, de responder con los bienes raíces que se le dejaban del débito del testador ni de ninguna parte de él, condenando a la D.ª Carmen y D.ª Aurora y al testamentario D. Antonio de Uriarte y Lejárraga a entregar dichos bienes a la demandante en la representación que ostentaba, con los frutos y rentas producidos y debidos producir desde pasado el año de la viudedad de la D.ª Carmen, procediéndose a formalizar extrajudicialmente, como lo mandaba el testador, a su debido tiempo, el inventario y avalúo de dichos bienes raíces y demás que constituían la herencia para que se pudiera efectuar la entrega y determinar si existían otros bienes raíces; y para ello alegó,

además de otros hechos: que no pudiendo admitir la validez de la disposición testamentaria del D. Francisco de Amezua en cuanto al usufructo de los bienes raíces del Infanzonado de Bizkaya que dejaba a su mujer, D.ª María del Carmen de Lazpita, ni en cuanto al pago de la deuda del mismo, existiendo otra clase de bienes con que satisfacerla, había gestionado con la viuda a fin de que desistiera de su pretensión por lo que hacía a dicho usufructo, y se formalizara el inventario, aun cuando fuese extrajudicialmente, para hacer constar los bienes raíces que pertenecían a la testamentaria y los pueblos o puntos donde radicaran, así como los demás bienes y deudas, para que se supiera lo que correspondía a la viuda en tal concepto y como heredera, si había bienes con qué pagar las deudas sin tocar la raíz del Infanzonado, y por último, lo que correspondía al heredero tronquero; y habiendo sido inútiles todas las gestiones y esfuerzos, se veía precisado a entablar la demanda contra la viuda, contra D.ª Aurora de Lazpita, por la participación que se le atribuía en el producto de la leña, y contra el testamentario don Antonio de Uriarte, porque no hacía nada para ejecutar la voluntad del testador, alegando como fundamento de derecho también, entre otros: que según el Fuero de Bizkaya, los bienes raíces iban siempre y necesariamente a los profincos tronqueros, de manera que quien tenía parientes de esta clase no podía dejar a extraño bienes algunos raíces; estando terminantes sobre este punto casi todas las leyes del título 20 del indicado Fuero y muy especialmente las 14 y 18 y por consiguiente, D. Francisco de Amezua no había podido dejar a su mujer el usufructo de los que tuviera en sitio donde regía el Fuero; que las citadas leyes, y en especial la 14, ordenaban que existiendo deudas se pagasen del mueble y no de la raíz, por lo cual, habiendo dejado otra clase de bienes y valores el D. Francisco, no había podido disponer que su deuda o deudas se pagaran de la raíz; que el usufructo era un derecho real susceptible de ser hipotecado, era una parte o desmembración de la propiedad, y por lo mismo era tenido y considerado como inmueble y no podía menos de serlo, por lo cual estaba sujeto a la legislación de

los bienes raíces; que el derecho que a la mujer daba la ley 2.ª del expresado título 20 del Fuero no contradecía a lo solicitado por la demanda, en la que se respetaba ese derecho; que la condición contraria a la ley se tenía por no puesta en los testamentos y últimas voluntades, según el artículo 792 del Código Civil; que la ley 7.ª, título 21 del Fuero, no tenía aplicación en este caso, porque aquí no se había puesto el gravamen al apartado, dándole algo más de la apartación, que era el caso de la ley, y porque se entendía y se había entendido siempre y resultaba de todas las leyes a que había hecho referencia, que ese gravamen, tratándose de bienes raíces del Infanzonado, tenía que ser a favor de los parientes tronqueros y no de extraños, pues de lo contrario sería cosa facilísima eludir el principio de troncalidad, que era una de las bases principales de la legislación foral, y que con arreglo al número 3.º del artículo 902 del Código Civil la demanda debía entenderse también con el testamentario D. Antonio de Uriarte».

«Resultando que éste, con el expresado carácter, contestó exponiendo, aparte también de otros hechos: que en la herencia de D. Francisco de Amezua, había bienes raíces sitos en la villa de Munguía; y como fundamentos de derecho, asimismo entre otros, que las leyes del Fuero de Bizkaya citadas por la demandante daban a entender claramente el derecho perfecto del testador Amezua, para nombrar usufructuaria de sus bienes a su mujer D.ª Carmen de Lazpita, pues si se reconocía que aún sin testamento podía tener aquélla, como de hecho tenía, el usufructo de los bienes de la herencia durante el primer año de viudedad, no se podía negar que tal usufructo se extendiera más allá por voluntad expresa del testador, máxime cuando en el Fuero no existía ley alguna que lo prohibiera, y debiendo entenderse las disposiciones de ese cuerpo legal según el mismo lo ordenaba en su letra y no en su espíritu, para evitar torcidas interpretaciones; y que no cabía poner en duda que el finado Amezua pudo dejar el usufructo a la propiedad de los bienes radicantes fuera del Infanzonado de Bizkaya, a su mujer D.ª Carmen de Lazpita, por carecer de descendientes y ascendientes que forzosa-

mente debieran heredarles, conforme a la legislación común por la que se regían dichos bienes».

«Resultando que el propio D. Antonio de Uriarte, en representación de su mujer D.ª Aurora de Lazpita, evacuó el traslado de contestación, pidiendo que en definitiva se resolviera en justicia, pues su participación en la herencia era tan insignificante, que a no ser por la necesidad legal de dirigir contra ella la demanda, bien se hubiera podido prescindir de hacerlo, y por esa misma insignificancia ni se oponía ni se allanaba, esperando resolviera en justicia el fallo, que acataría».

«Resultando que D.ª Carmen de Lazpita impugnó la demanda alegando, aparte también de otros hechos, que el contenido del testamento de su difunto marido revelaba bien claramente su firme resolución de favorecerla con la provisión de los medios necesarios para mantener la posición que durante el matrimonio había disfrutado, y era de suponer que el testador habría convertido en metálico o en inmuebles, todos sus bienes raíces si hubiese sospechado que sus disposiciones en ese punto habían de ser atacadas y caber dudas sobre su completa validez; y que no todos los bienes raíces de la herencia estaban sitos en el Infanzonado, pues algunos lo estaban en jurisdicción de la villa de Munguía; y como fundamento de derecho, que la institución de heredero a favor de D. Gregorio de Amezua, abarcaba todos los bienes raíces del testador, varios de los cuales no se hallaban sujetos a la legislación foral, sino a la común, por estar sitos, como iba dicho, en jurisdicción de la villa de Munguía, y bajo este concepto el testador pudo disponer libremente de esos bienes e imponer al legatario o heredero de ellos de los gravámenes que quisiera, siendo por tanto válido el usufructo a ella legado en los mismos bienes y con el que gravó la institución hecha al D. Gregorio, pues ninguna disposición del derecho español lo prohibía a los testadores; que aún en el supuesto de ser todos los bienes del testador de los sujetos al Fuero de Bizkaya, tampoco podría atacarse la validez de ninguna de las cláusulas del testamento, pues la ley 7.ª del título 21 del

Fuero, solamente prohibía poner gravámenes en perjuicio de legítima, pero no en perjuicio de los bienes excedentes de ella ya fuesen muebles o raíces, semovientes, derechos o acciones, cabiendo sobre el exceso cualquier vínculo, sumisión, restitución u otro cualquier gravamen; de donde se deducía que el testador pudo imponer al heredero tronquero que recibía mayor cantidad de bienes que los de la legítima el gravamen del legado usufructuario; que dicha ley 7.ª del título 21, no contenía excepción alguna respecto de gravámenes sobre inmuebles; que lo prohibido por el Fuero, era dejar bienes raíces troncales, a persona extraña con relación al marido, sino persona unida a él con vínculos muy estrechos, y hoy según el Código Civil, tenía derecho a una porción de la herencia de aquél y a sucederle abintestato a falta de descendientes, ascendientes, hermanos e hijos de hermanos; que lo expuesto era también lo que se desprendía de la ley 18 del título 20 del Fuero, pues su prohibición sólo alcanzaba a los extraños, o a las donaciones u otras mandas o disposiciones hechas a los mismos y no a las que se hicieran a los no comprendidos en tal denominación; doctrina establecida en sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1862, según la cual, dicha ley entendía que los parientes, aun cuando fuesen de séptimo u octavo grado civil, no podían ser considerados como extraños a los efectos de la misma, y entre marido y mujer mediaban vínculos más estrechos, y era llamada a la herencia intestada del marido con preferencia a esos parientes; y que no debía olvidarse que, con arreglo al Código Civil, la mujer tenía derecho al usufructo de una porción de la herencia de su marido, y conforme la ley 2.ª, título 20 del Fuero, tenía también, según la misma parte contraria reconocía, el derecho de usufructo por término de un año, y sería absurdo que el propio Fuero que le concedía ese derecho, del cual no podía despojarla ni aún el testador, no permitiera a éste que lo ampliara por mayor plazo o le diera mayor extensión».

«Resultando que la parte actora replicó: que a quien, conforme al Fuero, se podían imponer los gravámenes que expresaba la ley 7.ª del

título 21 era el apartado si se le daba alguna cosa más que la tierra de apartación, que constituía la legítima rigurosa, pero no se admitía tal imposición respecto al heredero tronquero, porque éste representaba el derecho de todos los parientes de esta clase y percibía la legítima general y lata de todos ellos, sin gravamen ni disminución alguna; siendo esto lo que se desprendía del texto literal de la repetida ley 7.ª del título 21, y lo demás sería entrar en interpretaciones peligrosas, y medio poderoso de eludir lo que también literalmente establecían respecto a la troncalidad otras leyes del Fuero; que el parentesco implicaba procedencia común, relación de consanguinidad, y la troncalidad envolvía además la idea de una línea común, por donde venían los bienes, formando tronco en el primero de que procedían, nada de lo cual existía en la mujer, no obstante existir entre ella y su marido otros vínculos sagrados, por los cuales, y no por derecho de parentesco o en consideración a él, se le concedían algunos en determinados casos en los bienes del marido, sin que hubiese sido, ni podido ser jamás, tenida como pariente de aquél, ni mucho menos tronquero, ni se le hubiera contado para nada entre los que lo eran; y que las disposiciones invocadas, como todas las relativas a la sucesión testada o intestada en Bizkaya, eran aplicables a las fincas enclavadas y pertenecientes en lo eclesiástico a las parroquias y feligresías de las Anteiglesias y a las villas en cuanto a jurisdicción, gobierno y administración, las cuales fincas eran conocidas en la historia y en el Fuero con el nombre de cosas censuarias, por el censo que pagaban al Señor».

«Resultando que al duplicar D.ª Carmen de Lazpita negó que las fincas sitas en la villa de Munguía fuesen censuarias, y adicionó asimismo, entre otras cosas: que lo más que podía restringirse la palabra extraño era limitándola a los que tenían (sic) derecho más o menos lejano a la herencia, y la mujer tenía el concepto de heredera abintestato de su marido en el caso a que se refería el artículo 952 del Código civil, y hasta el de heredera forzosa, con arreglo al artículo 834 y siguientes del mismo Código; y que admitido el principio del usufructo, el que

durara éste más o menos tiempo era un mero accidente que no podía vulnerar ni atentar al derecho de troncalidad».

«Resultando que por la parte demandante se suministró prueba testifical, y por la de la demandada, D.ª Carmen de Lazpita, se unió a los autos una certificación que, previo mandamiento, libró el Registrador de la Propiedad del partido con referencia a los libros del Registro, según la cual, en expediente instruído en el Juzgado Municipal de Munguía y aprobado por auto del mismo de 21 de Diciembre de 1880, se acreditó la posesión en que se hallaba D. Francisco de Amezua y Gurbista desde 25 de Febrero de 1879 en que las adquirió por herencia de su padre, de los caseríos nombrados Elorriagagoitia, Vidaurreta y Legarma, con sus pertenecidos, radicantes los dos primeros caseríos en término de Derio, jurisdicción municipal de la villa de Munguía, y el tercero también en término de Derio, barrio de Gueldo, jurisdicción municipal de dicha villa».

«Resultando que el Juzgado de Primera Instancia pronunció sentencia declarando nulas y de ningún valor ni efecto las cláusulas 4.ª y 5.ª del testamento de D. Francisco de Amezua y Gurbista, otorgado ante el Notario D. Isidro de Erquiaga en 18 de Diciembre de 1890, en las cuales legaba y mandaba a D.ª Carmen de Lazpita el usufructo de todos los bienes raíces mientras los días de su vida, entendiéndose esto respecto a los bienes raíces sitos en el Infanzonado de Bizkaya, y se ordenaba el pago de los réditos del débito que dejó el mismo testador, a cuya amortización se destinaba la mitad del producto de la leña, siendo la otra mitad de dichos productos para la usufructuaria y su sobrina D.ª Aurora de Lazpita y Echevarría; y declarando también nula y de ningún valor la condición que imponía en la cláusula 6.ª al heredero tronquero D. Gregorio de Amezua y Arrieta Azcárraga, de responder con los bienes raíces que se le dejaban del cumplimiento y pago del resto del débito del testador, ni de ninguna parte de él; y en su virtud, condenando a la D.ª Carmen y D.ª Aurora y al testamentario D. Antonio de Uriarte y Lejárraga a que entregaran dichos bienes a D.ª Juana

de Arieta en la representación que ostentaban, con los frutos producidos y debidos producir desde pasado el año de la viudedad de la doña Carmen, procediéndose a formalizar extrajudicialmente, como lo mandaba el testador, el inventario y avalúo de dichos bienes raíces y demás que constituyeran la herencia, para que pudiera efectuarse la entrega y determinarse si existían otros bienes para el pago de la deuda, sin hacer especial condena de costas; fallo de que interpuso apelación D.ª Carmen Lazpita, siéndole admitida en ambos efectos, y tramitada que fué sin que se personaran D.ª Aurora de Lazpita ni D. Antonio de Uriarte, y habiéndolo hecho además de D.ª Juana de Arieta, D. Gregorio de Amezua, por sí, como mayor de edad, la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Burgos, en sentencia de 15 de Marzo del año último, confirmó la del Juzgado, con imposición a la apelante de las costas de alzada».

«Resultando que D.ª Carmen de Lazpita ha interpuesto recurso de casación, expresando hallarse comprendido en los apartados 1.º y 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y citando como infringidos»:

1.º El párrafo 2.º del artículo 12 del Código Civil, que dispone que dicho Código «regirá como derecho supletorio del que a su vez lo sea en cada provincia que tenga legislación foral», en relación con el artículo 837 del mismo Código, porque el Fuero de Bizkaya, legislación que rige en la tierra llana de aquella provincia, no prevé ninguna de las cuestiones que se han presentado en esta contienda judicial; no existe en él ley que expresa ni tácitamente sancione las afirmaciones que contiene la sentencia recurrida, ninguna que próxima o remotamente diga que la mujer es extraña completamente a la herencia de su marido no habiendo hijos y mucho menos que impida al cónyuge testador disponer de sus bienes en usufructo en beneficio de su consorte; y no estando previstas, ni menos resueltas, estas cuestiones en la legislación foral, la Sala sentenciadora debió hacer aplicación del párrafo 2.º del artículo 12 y del 837 del Código Civil, y declarar que la recu-

rrente tiene perfecto derecho a la mitad de la herencia que quedó al fallecimiento de su esposo, y al no hacerlo así, ha infringido dichos artículos, por no haberlos aplicado con notorio perjuicio de los intereses de esta parte; siendo de advertir que el Código Civil ha sancionado la teoría antes establecida en la ley 3.ª del título 36 del Fuero de Bizkaya, en el artículo 1.º de la ley de 25 de Octubre de 1839, y en las sentencias de este Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1861 y 23 de Febrero de 1868, que se citaban en segundo término como fundamento de este motivo de casación, y las cuales, de común acuerdo, disponen que «en el caso de no constar disposiciones legales en la colección titulada PRIVILEGIOS, FRANQUICIAS Y LIBERTADES DE LOS CABALLEROS HIJOSDALGO DEL MUY NOBLE Y MUY LEAL SEÑORÍO DE BIZKAYA, que tácitamente prevean una cuestión y la resuelvan, acudan a los Tribunales encargados de hacerlo, a las leyes comunes del Reino;» estando también corroborada la doctrina que sostiene la parte recurrente por la misma sentencia recurrida y por las citas legales hechas en la primera instancia por las partes; pues en el último Considerando se menciona el artículo 902, número 2.º del Código Civil, y en la demanda el 792 y el mismo 902; citas que prueban que cuando la Sala sentenciadora no encontró en el Fuero de Bizkaya la disposición necesaria para cumplir sus funciones, se vió obligada a acudir a otro cuerpo legal que llenara las lagunas, y eso mismo debió hacer en lo referente al usufructo, y a considerar a la viuda como extraño, ya que tampoco lo prevé la legislación foral».

2.º La ley 3.ª del título 36 del Fuero de Bizkaya, toda vez que la Sala sentenciadora afirma haberse acreditado que los caseríos nombrados Elorriagagoitia, Vidaurreta y Legarma, están sitos en la tierra llana o Infanzonado, sin fundamentar debidamente esta afirmación como debía haberlo hecho, ya que este punto merecía la más cuidadosa atención, dada su extraordinaria importancia, pues según fuera la situación de los bienes raíces, así debía ser distinta la legislación que tenía que aplicar; partiendo dicha Sala para llegar a aquél resultado, de una prueba

testifical practicada por los demandantes, en la que, aparte de otros extremos, tres de los cuatro testigos afirman, al ser repreguntados, que no saben en qué consiste el derecho de troncalidad ni conocen ningún caso en que se haya aplicado, y que el terreno donde están los mencionados caseríos siempre ha correspondido al término de la villa de Munguía desde que ésta se refundió; y no tomando en consideración ni apreciando la Sala sentenciadora, la prueba documental de la recurrente, la certificación librada, previo mandamiento judicial por el Registrador de la propiedad, único competente para dirimir la cuestión, y en la cual certificación consta que los caseríos llamados Elorriagagoitia y Vidaurreta, están en término de Derio, jurisdicción municipal de la villa de Munguía, y el denominado Legarma, sito igualmente en el barrio de Gueldo del pueblo de Derio, y que pertenece también al término municipal de dicha villa; con lo que quedaron completamente justificadas las afirmaciones de la recurrente en su contestación a la demanda, de que los bienes objeto de este litigio se hallan fuera de la tierra llana o Infanzonado, y por lo tanto no puede aplicarse la legislación foral, que únicamente rige en Bizkaya en el Infanzonado o tierra llana, llamada vulgarmente anteiglesia, pues no puede admitirse, por la lamentable confusión que resultaría que un mismo terreno donde están situados unos bienes determinados, pertenezca para los efectos municipales y administrativos al término de una villa donde rige el Código Civil, y para que se rigiera por una legislación completamente distinta; y por ello la Sala sentenciadora, que no ha tenido en cuenta ninguna de esas observaciones y ha declarado nulo el testamento de D. Francisco de Amezua, sin tomar en consideración que estando autorizado por un notario de la localidad debía conocer con toda exactitud lo que debía hacerse, ha infringido la citada ley 3.ª del título 36 del Fuero de Bizkaya, en el concepto de haber aplicado la legislación foral sin deber hacerlo, y ha cometido también error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, según consta de documento auténtico, como es la repetida certificación; y

3.º En la hipótesis de que no prospere el motivo anterior, y este Tribunal Supremo decida que los bienes raíces quedados al fallecimiento de D. Francisco de Amezua, están sitos en tierra llana, donde rige el Fuero, siempre resultaría haberse infringido las leyes 14 del título 20 y 1.ª del 21 del mismo Fuero, en la segunda de las cuales se dispone que «si el marido o su mujer hicieran testamento y el otro lo loare o aprobare, que el tal testamento, manda o instituciones, valgan o sean valederas»; porque la Sala sentenciadora ha interpretado equivocadamente la primera de esas leyes, dando al principio de troncalidad un alcance que no le da el mismo Fuero, ni puede ser admitido en buenos términos de derecho; y ha equivocado y confundido conceptos tan distintos como los de propiedad y usufructo, hasta llegar a afirmar como consecuencia de este error que D. Francisco de Amezua, no pudo disponer del usufructo de sus bienes en beneficio de su esposa, cuando debió interpretar aquel concepto, digo precepto, de una manera lo más restringida posible, como es de hacer siempre que la extensión puede ocasionar perjuicio y no hay disposición expresa que lo autorice, pues la recurrente insiste en que el Fuero de Bizkaya no contiene ley alguna de que puedan deducirse las consecuencias sentadas por la Sala sentenciadora al afirmar que la mujer es completamente extraña a la herencia del marido no habiendo hijos, y que aquél no puede disponer ni siquiera del usufructo, porque tiene necesariamente que reservarlo para los herederos tronqueros, todo lo cual tiene por origen la interpretación extensiva de la ley 14, título 20, pues la legislación foral lo único que desea y el principio general que la informa es, no permitir que no habiendo hijos salgan los bienes raíces del tronco, siendo esto lo único que de ella se desprende y lo que dispone la citada ley; y basta leer solamente las cláusulas 4.ª y 5.ª del testamento otorgado por don Francisco de Amezua, para convencerse de que están cumplidas en él aquellas disposiciones, hallándose conforme con el principio de troncalidad, al que no perjudica en lo más mínimo, puesto que no dispuso sino del usufructo en beneficio de su esposa, lo que no le prohibía ninguna

disposición terminante, y nombró heredero tronquero al que lo era, su sobrino D. Gregorio de Amezua, en el cual se consolidó desde luego la propiedad de los bienes raíces del testador, cumpliéndose así el principio de troncalidad, quedando satisfecho el espíritu de la ley, que únicamente quiere vuelvan los bienes a la raíz de donde proceden; y no existiendo ningún vicio que prive de eficacia legal al testamento, el cual revela, por el contrario, que el que lo hizo conocía perfectamente los deberes que le imponía su legislación foral y que en nada los contrariaba, corroborándolo el hecho de no haber visto inconveniente en verificarlo en la forma en que se llevó a cabo, el Notario autorizante, en quien, como todo funcionario público, se supone la capacidad necesaria para desempeñar su cargo, mientras no se pruebe lo contrario; y la infracción de la ley 1.ª del título 21, aparece por completo de manifiesto, pues ella sanciona el principio común de todas las legislaciones que han concedido al hombre el derecho de disponer de sus bienes después de su muerte, y desean que las disposiciones de los testadores se cumplan, siempre que no contengan algún vicio esencial de nulidad que las prive de toda eficacia y las despoje de su valor en virtud de una causa justa terminantemente prevista en la legislación aplicable, a cada caso, por ser principio general de derecho, que a ninguna persona se la pueda despojar de lo que en un testamento se la conceda, sino en virtud de motivo justo sancionado además por una ley; y la Sala sentenciadora declara nulo el testamento de D. Francisco de Amezua, que reune todas las condiciones legales y en el cual no dispuso sino de aquello de que podía disponer o sea del usufructo de sus bienes, ya que nada se lo prohibía».

«Visto, siendo ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón».

«Considerando, respecto del motivo primero, que las disposiciones de la legislación especial de Bizkaya deben atenderse exclusivamente para resolver la cuestión litigiosa, que por referirse a la extensión y efectos del derecho de troncalidad es esencialmente foral y está reducido a declarar si los bienes sitos en el Infanzonado o tierra llana de

aquel país, en los cuales, no habiendo descendientes ni ascendientes legítimos, suceden los parientes propincuos tronqueros, pueden dejarse en usufructo a la mujer del testador y ser objeto de algún gravamen».

«Considerando que la sentencia, al decidir negativamente la cuestión y acceder a la demanda de D. Gregorio Amezua, no infringe las leyes del Fuero invocadas en el motivo tercero, porque la ley 1.ª del título 21, según demuestra su epígrafe, habla del testamento mancomunado del marido y mujer, o del que uno de ellos hace y aprueba el otro, y de los casos en que puede ser revocado por el sobreviviente; y porque el fallo recurrido interpreta y aplica rectamente la ley 14.ª del título 20, la cual ordena que, a falta de descendientes y ascendientes legítimos pueda disponerse libremente de los bienes muebles, reservando los inmuebles para los parientes propincuos tronqueros, y que las deudas se pagarán con los primeros y no con los segundos; siendo indudable, en vista de tan claro precepto, sin necesidad de citar otros en su abono, que los bienes troncales constitutivos de una legítima a favor de aquellos parientes, no pueden 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 pariente 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 plena propiedad que por ministerio de la ley adquiere a la muerte del testador; y

«Considerando que no es de estimar el motivo segundo, toda vez que para alegar como infringida la ley 3.ª, título 36 del Fuero, se parte del supuesto de que los inmuebles de que se trata no radican en la tierra llamada de Bizkaya, en contra de lo que terminantemente establece sentenciadora en virtud del resultado de la prueba testifical que es de privativa apreciación, que sólo puede impugnarse con arreglo a la ley y a la jurisprudencia, por violación de alguna regla de sana crítica, y que no está en contradicción con lo que certifica el Registrador de la Propiedad, que si bien hace constar que los caseríos Elorriagagoitia, Vidaurreta y Legarma se heredaran de su padre por el difunto don

Francisco de Amezua, y que pertenecen a la jurisdicción municipal de la villa de Munguía, no indica siquiera que no se hallen enclavados en la demarcación de la Anteiglesia o parroquia de Derio, la cual, así como las demás Anteiglesias, corresponde, según consigna la sentencia, a la llamada tierra llana en que rige el Fuero, y que es lo que determina el carácter troncal de las fincas».

«FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D.ª Carmen de Lazpita, a quien condenamos al pago de las costas, y si viniere a mejor fortuna, al de la cantidad de 1.000 pesetas, por razón de depósito, a que se dará en dicho caso la aplicación prevenida en la ley; y líbrese a la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, acompañada del apuntamiento que remitió».

No nos parece oportuno terminar este capítulo sobre la institución de heredero y sobre las legítimas en el Fuero, sin ocuparnos de la especialidad de éste en la forma de los testamentos.

Los testamentos especiales en Bizkaya son tres. El testamento mancomunado o de hermandad, el testamento por Comisario y el conocido gráfica y vulgarmente con el nombre de ILBURUCO.

Sabido es, que en la antigua legislación española estaba permitido testar conjuntamente a dos personas en el mismo instrumento y en el mismo acto. Dicho testamento se llamaba *conjunto* si los dos testadores disponían de los bienes en favor de un tercero y *mutuo* si disponían de los bienes en pro el uno del otro. Esta clase de testamentos, que eran frecuentemente otorgados por los matrimonios, daban lugar a grandes abusos y a no pocos pleitos. Era fácil la sugestión del marido sobre la mujer; tenían poco de expontáneos y de libres y mucho de interesados y de contratos. El Código Civil los suprimió con muy buen acuerdo, pero el derecho de Bizkaya les dió vida, y vida tienen en la actualidad.

Dice la ley 1.ª, título 21 del Fuero. «Del testamento que marido y muger hacen juntos, y en qué casos el que queda vivo lo puede revo-

car: Otrosí dixeron: que habían de Fuero y establecían por Ley que si el marido en su fin o enfermedad o sanidad, y su muger hicieren testamento y mandas de un acuerdo y consejo; o el testamento que hiciere el uno, el otro lo loare y aprobare por bueno o ratificare en vida del testador que muere; que el tal testamento o manda e institución e instituciones en el tal testamento contenidas, valgan y sean valederas; y que si el uno de ellos falleciere desde el tiempo del tal testamento, dentro del año y día, el que de ellos quedare vivo, no lo pueda revocar ni vender, ni enagenar bienes algunos de los contenidos en el tal testamento o manda, ni disponer de ellos otra cosa alguna de lo contenido en el tal testamento; ni por deudas que después haga el tal que vivo queda, se vendan, ni egecuten: Conque puedan disponer del usufructo de su mitad, sin daño de la propiedad, todo el tiempo que viviere, a su voluntad: Pero si ambos llegaren a vivir dende año y día, cada uno de ellos lo pueda revocar, y disponer otra qualquier última y postrimera voluntad».

Este testamento como se ve con la lectura de la Ley transcrita es en ocasiones revocable y en otras irrevocable. Acepta, pues, el Fuero una solución intermedia en materia de revocabilidad. Es revocable si los cónyuges viven más de año y día del otorgamiento, no siendo preciso que el cónyuge que revoca el testamento lo ponga en conocimiento del otro, para que sea válida la revocación, como sucede en otras legislaciones forales. Pero si dentro del año y día tiene lugar el fallecimiento del otro cónyuge, el testamento es irrevocable. Los bienes pasan desde el momento del fallecimiento a ser propiedad de las personas sustituídas y no puede disponer el otro cónyuge de los bienes en el testamento comprendidos, ni aun por deudas que contrajere.

Nótese que el testamento de hermandad, sólo puede ser otorgado por marido y mujer, pues así se deduce del epígrafe y del texto de la Ley que acabamos de transcribir. No es necesario según ésta que el testamento sea hecho por ambos cónyuges en un solo acto y en un mismo instrumento, pues también es válido y se considera igualmente manco-

munado, el otorgado por un cónyuge solo, si el otro cónyuge enterado de su contenido «lo loare y aprobare por bueno o ratificare en vida del testador».

¿Este testamento de hermandad está establecido para nombrar herederos solamente a los hijos del matrimonio, o también para nombrar a los extraños?

Algunos autores, entre ellos el Sr. Jado Ventades, opinan, que diciendo la Ley que el cónyuge testador que quedare vivo puede disponer del usufructo de su *meytad*, se deduce claramente que el testamento mancomunado sólo puede hacerse en favor de los hijos, pues solamente cuando hay hijos se opera la comunicación de bienes en el matrimonio, adquiriendo el cónyuge supersite *una meytad* en los bienes. Pero los que de esta manera discurren, no paran mientes en que bien pueden darse las dos cosas en casos distintos. El que el usufructo de la mitad sólo lo tenga el cónyuge cuando haya hijos (lo que por haber en términos generales en los matrimonios, habla en tales términos la Ley), no quiere decir que cuando no haya hijos esté prohibido el testamento mancomunado o de hermandad, y nada implica contra la Ley que para este caso el testador que quedare vivo, no tenga el usufructo de su *meytad,* pues lo prohibe el Fuero en otra parte con términos obligatorios.

El testamento por comisario es otra especialidad de la legislación baska. Así como este testamento dió ocasión en la legislación de Castilla a grandes pleitos y a grandes abusos, la misma institución en Bizkaya no ha sido ni es otra cosa sino una necesidad tan grande, que es el mejor complemento de las leyes que protegen y ayudan la vida del caserío y de la familia tronquera. Se halla tan arraigada en las costumbres del país que sería difícil arrancarle.

Concedido que para que el caserío tenga existencia es de todo punto necesario que en la propiedad de él suceda un solo hijo; indiscutido que el padre debe tener facultad para dejar el caserío al hijo más apto, al más honrado y al más trabajador; el testamento por comisario es co-

rolario de las dos anteriores premisas. ¿Qué sabe el padre ni la madre las condiciones que han de adornar al llegar a la mayor edad a esos sus hijos todavía impúberes al otorgar ellos su disposición testatoria? ¿No es más lógico que un cónyuge diga al otro: «Si yo muero antes que tú y mis hijos, niños aún no han mostrado sus particulares aptitudes, nombra tú, porque yo no lo puedo adivinar, heredero al mejor de ellos. No quiero nombrar yo heredero al mayor, porque la prioridad del nacimiento nada demuestra, ni nada vale, ni nada significa. No quiero que la venerable propiedad de mis abuelos, se deshaga en manos de un heredero mío, por desconocido elegido al azar»? Y el cónyuge supersite en uso de ese poder, tras el lento decurso de unos años pasados con los huérfanos trabajando de continuo en el caserío, ve las aptitudes de éstos y confiere el importante cargo de sucesor de la propiedad al que lo juzga más oportuno. Esta institución peligrosísima en otros países, en Bizkaya no tiene peligro ninguno. Lo dice la experiencia. ¡Buena prueba esto de la necesidad de la subsistencia del derecho histórico que no es fruto de la voluntad de un legislador, sino emanación de las costumbres, hijo de la raza, postulado de las virtudes y cualidades morales de los habitantes de un país!

Dice la ley 3.ª del título 21: «Otrosí dixeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre y establecían por ley, que por cuantos muchos en su fin, no pueden ordenar, ni hacer sus testamentos y mandas, o aunque pueden no quieren declarar su postrimera voluntad y dan poder a algunos, sus parientes o amigos, o mujer al marido, o el marido a la mujer, para que fallecido el que había de testar, hagan los tales Comisarios, el tal Testamento e institución o instituciones de herederos; y puede ser que el tal fallecido ha dejado hijos o descendientes o profincos que le han de suceder, pupilos y pequeños y de tal edad y condición y calidad, que los Comisarios no pueden convenientemente elegir ni instituir entre los tales menores, cuál es el más idóneo o hábil o suficiente o conveniente a la casa para heredar, o regir toda la casa y casería; y a esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, a veces,

no suceden bien. Por ende que establecían que tal poder y comisión valiese; conque los Comisarios, puedan hacer la elección y institución, y nombramiento de heredero, o herederos, si los hijos o descendientes o profincos, y tronquero del testador, fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales comisarios término de año y día para hacer tal institución o instituciones. Pero si los tales hijos o sucesores fueren de edad pupilar, los Comisarios tengan término para instituir todo el tiempo, que los tales hijos o sucesores fueren menores de edad y disposición de se poder casar, y dende un año cumplido, y dentro de este término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección o institución. Y la tal institución que hicieren, vala, no embargante que el testador en su testamento, y postrimera voluntad, no haya nombrado ni declarado a cuál de sus hijos o descendientes o sucesores le hayan de heredar o los Comisarios nombrar y elegir. Pero si acaece que en el transcurso de tiempo, alguno, o algunos de tales Comisarios fallecen sin hacer la dicha elección, que en cualquier o cualesquier Comisarios que vivos quedaren, quede la dicha facultad insólidum».

La ley que acabamos de reproducir faculta para nombrar comisario a cualquier persona, no sólo al cónyuge sino a todo pariente o amigo del testador, pero de este derecho no se hace nunca uso por lo general en Bizkaya, dada la vida autónoma e independiente de la familia tronquera. Sólo se da por lo común facultad de elegir heredero al cónyuge supersite, siendo de advertir que según el Fuero el comisario tiene las mismas facultades que el testador respecto al nombramiento de herederos, pudiendo nombrarse éste entre cualesquiera de las personas que el testador puede nombrar. Respecto del plazo durante el cual el comisario debe hacer la institución, el Fuero distingue según que los sucesores sean al tiempo de fallecer el testador, de edad de SE PODER CASAR o no lo sean. Si los sucesores, son de edad de SE PODER CASAR, el comisario está obligado a nombrar heredero dentro del año y día, pero si son de edad pupilar, los comisarios tienen término de hacer la insti-

tución «todo el tiempo que los tales hijos o sucesores fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, y dende un año cumplido». Ahora bien: ¿cuál ha de ser la edad que ha de tenerse en cuenta? ¿La de 12 o 14 años que establece el Código Civil para contraer matrimonio? ¿La de 25 que encerraba «la edad pupilar» la legislación anterior, o la de 23 en que según el Código Civil comienza la mayor edad?

No creemos que el Fuero que estableció precisamente el testamento por comisario que nos ocupa fundándose en la razón de que «el tal fallecido ha dejado hijos o descendientes o profincos, que le han de suceder, PUPILOS y PEQUEÑOS y de tal edad y condición y calidad que los comisarios no pueden convenientemente elegir ni instituir entre los tales menores cuál es el idóneo» quiera que se haga la institución por el comisario a la edad de doce o catorce años de los sucesores; edad en la cual el propio testador no podía discernir las cualidades del heredero futuro; y esto máxime sobre todo diciendo la misma Ley, que cuando los hijos o sucesores fueren de EDAD PUPILAR tengan los comisarios término para instituirles herederos todo el tiempo que los tales hijos o sucesores sean MENORES DE EDAD. Creemos, pues, que el Código se refiere a la edad pupilar y que al decir «los comisarios tengan de término para instituir todo el tiempo que los tales hijos o sucesores fuesen MENORES de EDAD y DISPOSICIÓN de SE PODER CASAR» incurrió con este último término en una redundancia, pero no en contradicción. Derogada hoy la disposición del derecho común al cual se remitía el Fuero para la determinación de la mayor edad, entendemos nosotros que rige en esta materia el Código Civil, y debe de tenerse en cuenta para hacer la institución por el comisario si los sucesores tienen o no 23 años. En el primer caso el comisario tiene de plazo para nombrarles herederos un año y día. En el segundo tiene un año a contar desde el tiempo en que lleguen a la mayor edad.

Se ha discutido, y así lo apunta el Sr. Manresa en su importante obra *Comentarios al Código Civil Español,* si estos testamentos especiales, principalmente el testamento mancomunado y el por comisario,

que ahora nos ocupa, son válidos desde la publicación del Código Civil. Unos entienden que sólo se trata de una cuestión de forma respecto a la extensión del testamento y opinan que sería válido el otorgado en esas condiciones en territorio aforado, con arreglo al artículo 11 del Código, puesto que según éste, las formas y solemnidades de los testamentos han de regirse por las leyes del país en que se otorguen, conforme al principio *locus regit actum,* sin que sea obstáculo para ello, el precepto del artículo 12, que según dicen, sólo tienen por objeto regular la eficacia extra-territorial de las leyes, ora surja el conflicto entre la ley española y la extranjera, ora entre un precepto del derecho común y otro de derecho foral. De esta opinión ha sido la Dirección General de los Registros, la cual declaró con fecha 28 de Octubre de 1894 que en Aragón tienen eficacia y pueden válidamente otorgarse los testamentos mancomunados, con arreglo a la Observancia 1.ª del Fuero, libro 6.º *De Testamentis,* apesar de la prohibición contenida en el artículo 13 del Código.

Otros autores, por el contrario, opinan que la cuestión no es de mera forma intrínseca, sino que se trata de una formalidad esencial, siendo de interés público la prohibición o prohibiciones contenidas en el Código sobre las antiguas formas de testar, por cuya razón no deben admitirse como válidas las especiales maneras de testar, reguladas en las legislaciones forales.

No da el Sr. Manresa su opinión en el asunto a pesar de prometerlo, pero a nosotros nos parece que los testamentos especiales del Fuero de Bizkaya son perfectamente válidos y subsistentes.

El párrafo 2.º del artículo 12 del Código Civil preceptúa de modo manifiesto y categórico, que a excepción del título preliminar del Código, en cuanto determina los efectos de las leyes y de los estatutos y de las disposiciones del título 4.º del libro 1.º sobre el matrimonio (que son obligatorias en todo el reino), EN LO DEMÁS, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservará por ahora en toda su integridad, SIN QUE SUFRA ALTERACIÓN SU ACTUAL RÉGIMEN JURÍ-

DICO ESCRITO NI CONSUETUDINARIO POR LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO. Si el Código hubiera querido hacer obligatorias las formas y solemnidades que sobre el testamento da en todo el reino y derogar los testamentos forales, lo hubiera dicho claramente, incluyéndolo en la excepción que hace sobre el imperio del derecho foral en lo relativo al matrimonio y a los efectos de las leyes y de los estatutos. ¿Cómo vamos nosotros a crear una excepción que el Código no crea? Por otra parte, argumentando de la manera que lo hacen, los que combatimos, todas las instituciones serían de interés público y habría que considerar derogado el derecho foral entero por el Código Civil. Tal opinión ni es seria, ni científica, ni digna siquiera de que se la refute.

El vigente Código Civil que prohibió el testamento por comisario y el mancomunado, echando por tierra todas las disposiciones del Fuero Real (ley 7.ª, título 5.º, libro 3.º) débilmente restringidas en la ley 11.ª, título 3.º, y en la 29, título 9.º de la Partida 6.ª y en las Leyes de Toro (31 a 39 insertas en el título 19, libro 10.º de la Novísima Recopilación) permite, sin embargo, en el artículo 831, que se pacte en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda, que no haya contraído segundas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de la legítima y de las mejoras hechas en vida por el finado. Pero este artículo que sólo se refiere a DISTRIBUIR y a MEJORAR y que requiere una porción de requisitos para que esa facultad sea válida, tales como sucesión intestada, permanencia en la viudez, etc., etc., resulta insuficiente, por sí sólo, para conservar el caserío, haciendo de los bienes troncales una *única* institución de heredero para en su día con garantías de acierto.

El testamento llamado ILBURUCO, es el tercero y último testamento especial bizkaino que hemos señalado. Toma su nombre este testamento de dos palabras euzkéricas BURU (cabeza) e IL (muerte). Significa «a la cabecera de la muerte» y es el que se otorga por los testadores de tierras montañosas en caseríos apartados, en peligro de muerte.

Ley 4.ª, título 21. «Del testamento que se hace sin escribano. Otrosí dijeron: Que habían de Fuero y establecían por Ley, que por cuanto Bizkaya es tierra montañosa, y los vecinos y moradores de ella, moran desviados unos de otros; y al tiempo que alguno tiene necesidad de hacer testamento, no puede haber copia de escribano público, ni de testigos, tantos cuantos requiere el derecho. Por ende dijeron: Que ordenaban y ordenaron que cualquier hombre o mujer que en los tales lugares de montaña hiciere su testamento y postrimera voluntad, en presencia de dos hombres buenos varones y una mujer, que sean de buena fama, rogados o llamados para ello, valga el testamento y postrimera voluntad. Conque los tales testigos se tomen ante juez ordinario, y con citación de parte (es a saber) de los venientes abintestato más profincos del día que muriere el testador, dentro de sesenta días, siendo el heredero y los testigos en la tierra; o siendo fuera el tal heredero dentro del mismo término. El cual le corra de después que viniere a la tierra. Y que si después fueren tomados, no hagan fé, ni prueba, ni indicio sus dichos, hallándose los testigos en la tierra. Pero siendo fuera del condado, la parte los nombre y pruebe la ausencia de ellos y como eran al tiempo del testamento en la tierra. Y pidiéndolo la parte, el juez le dé término convenible dentro de que los pueda traer. Y tomándoles de otra manera, no hagan fé según dicho es; y si de nuevo la parte los quisiere reproducir lo pueda hacer en la forma que dicha es, y dentro del mismo término. Conque el registro original y lo que hubiere dado de ello, se rompa y rasgue primero, ante y en presencia de los mismos testigos. Y así rasgado que puedan deponer la verdad de lo que saben».

Para que sea válido este testamento, se requieren tres requisitos indispensables: que el testador se halle en peligro de muerte; que se encuentre en lugar o sitio apartado; y que no pueda encontrarse escribano público. No dice el Fuero terminantemente que concurra el primer requisito, pero lo da a entender de modo bien claro al decir «al tiempo que alguno tiene necesidad de hacer testamento» y es natural que tal manera de testar sea permitida en circunstancias muy excepcionales. El

juzgado de GUERNIKA acaba recientemente de declarar no haber lugar a aprobar un testamento ILBURUCO otorgado en lugar no apartado del casco de población.

Respecto a la manera de elevarse a escritura pública este testamento, claro está que hay que tener en cuenta el título 6.º, libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero para armonizarle con el Fuero entendemos que deben ser citados a la práctica del testamento «los venientes abintestato más profincos del día que muriese el testador». Así lo hemos ordenado nosotros en la aprobación de un testamento ILBURUCO en que como juez hemos intervenido en Durango, procedente de territorio aforado de Ochandiano.

No debemos pasar por alto, aunque la mayoría de los que el fuero han comentado lo han hecho, la especial modalidad de la concurrencia de una mujer como testigo en los testamentos *ilburuco*. Cuenta el señor Angulo, único que se ocupa de la cuestión (al menos que nosotros sepamos), que un catedrático de una universidad española decía en su cátedra que la razón por la que el fuero exige la concurrencia de la mujer en este testamento es porque siendo de suyo habladoras las mujeres, garantizábase de este modo que el testamento se cumpliera, ya que sería imposible la connivencia de testigos para ocultar la última voluntad del causante, puesto que la mujer, para satisfacer el puro gusto de hablar, publicaría a todos los vientos lo que el moribundo dispuso. Y a continuación añade el Sr. Angulo que a su juicio no es este el fundamento de la concurrencia de la mujer, sino el deseo del fuero de facilitar el otorgamiento de estos testamentos para lo cual permite, pero no exige, que la mujer concurra. Tampoco en esta ocasión estamos nosotros conformes con el muy notable tratadista cuya obra tenemos en gran estima, por lo mucho que vale, pues creemos que los códigos no pueden ser interpretados de modo distinto que el sentido literal de sus cláusulas, si no nos consta que es otra la voluntad del legislador, deduciendo ésta de otro artículo o de otra ley.

¿De qué otra ley foral deduce el Sr. Angulo su interpretación? ¿No

pudieron haber querido los redactores del fuero que concurriera la mujer al otorgamiento del testamento porque entendieran que el amor a la justicia, la natural honradez, la piedad y el temor a las penas es mayor en la mujer que en el hombre? La ley dice terminantemente que el testamento se haga, «en presencia de dos hombres buenos y UNA MUJER». A la conjunción *y* hay que darla su recto y natural sentido y no sustituirla por la palabra *o* mientras no descubramos una razón legal del mismo fuero y aunque sean encontradas otras muchas razones de carácter moral y especulativas en pro.

La comisión especial de Codificación de Bizkaya no se ocupa del testamento ILBURUCO y propone que se introduzca en el fuero el testamento ológrafo del Código Civil. Este testamento que debe ser escrito todo él de puño y letra del testador, creemos nosotros que tardaría mucho en arraigar en el caserío, donde la instrucción literaria está tan atrasada a causa del tropiezo que encuentra el niño aldeano en la escuela al desconocer el idioma del maestro castellano siempre, así como por la distancia de la escuela a las montañas de los caseríos, más penosa en invierno por la abundancia de lluvias.

Si se admite el testamento *in articulo mortis* del Código Civil, entendemos nosotros que debería de seguir siendo obligatoria la citación de «los venientes abintestato más profincos» para el acto de la adversación, como el fuero establece.

Pero el testamento por Comisario tan necesario para la vida del caserío no debe de desaparecer de la legislación baska.

Este testamento tan detestable para otras regiones españolas, surte en Bizkaya resultados tan admirables que apenas si ha provocado un solo pleito en Bizkaya.

VI

EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN, EXISTE EN BIZKAYA?

La Ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, que regula la sucesión abintestato, da lugar a una interesante cuestión que hasta el presente no ha sido estudiada por ningún tratadista o comentarista del Fuero.

¿Existe en Bizkaya el derecho de representación?

D. Luis Moutón Ocampo, en el tomo 1.º de su *Diccionario de Derecho Civil Foral* (Madrid 1904) se limita a asentar como verdad incontrovertible, que dicho derecho de representación no se da en el infanzonado en ninguna de las líneas.

Barrachina y Pastor, en su *Derecho Foral Español* (tomo 3.º) asienta también, sin demostrarlo, idéntica manifestación, la cual hacen a su vez los señores Angulo en su *Derecho Privado de Bizkaya* (Madrid 1903) y Jado Ventades en su estimable varias veces citada; aunque estos últimos señores no se limitan a exponer escuetamente la proposición negativa como los primeros, pero aún así no hacen tampoco un estudio grande ni chico de tan interesante materia, pues alegan como único argumento, que no puede admitirse el derecho de representación en Bizkaya «porque la ley 8.ª del título 21 llama a los descendientes por su orden y grado a la herencia, con lo que se da a entender que el grado más próximo excluye al más remoto».

Recientemente acaba de suscitarse en el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda en juicio declarativo, cuestión tan interesante, y no queremos nosotros terminar esta obra, próxima ya a ver la luz de la

publicidad, sin tratar al menos, con la pequeña medida de nuestras modestísimas fuerzas esta tesis, que no deja de tener importancia muy grande, por cuanto con facilidad se puede plantear en las declaraciones de herederos abintestato.

En autos de esta naturaleza, el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda, dijo con fecha 7 de Abril de 1914:

«Considerando que en la sucesión intestada regida por el Fuero de Bizkaya, cual la que interesa en este expediente, da preferencia aquel texto legal—ley 8.ª, título 21—a los descendientes, quienes heredarán por su orden y grado, siendo una de las disposiciones que caracterizan la sucesión intestada bizkaina la supresión del derecho de representación que no admite sino sólo el rigorismo del principio de la proximidad de grado, como claramente se desprende del texto de aquella Ley que preceptúa—siquiera sea de una manera tácita—que el pariente más próximo excluye al más remoto, extinguiendo por consiguiente el derecho de éste cuando aquél concurre en la sucesión abintestato, y acumulando en el pariente más próximo el derecho que la legislación común secciona y divide entre los descendientes y colaterales, a quienes en su caso respectivo da derecho a heredar—por extirpes—en virtud del derecho de representación que admite, por lo que, y de conformidad con el dictamen Fiscal, procede hacer la declaración de herederos que se solicita en el escrito presentado por el procurador Pisón.

Apelada esta resolución para ante la Audiencia del territorio, este Tribunal dictó auto con fecha 4 de Enero de 1915 confirmándola y añadiendo a sus consideraciones de derecho la siguiente:

«Considerando además, que contra la doctrina tan acertadamente expuesta por el Juez sentenciador en dichos considerandos, estableciendo la recta y única posible interpretación de la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, no cabe invocar, como por Fidel Rodríguez se pretende, la existencia de un derecho consuetudinario en sentido enteramente opuesto a lo que dicha Ley declara, pues aparte de que no se concibe un derecho consuetudinario de esta clase, es decir, abiertamente con-

trario a la Ley escrita que subsiste hace tantísimos años y que refleja además el espíritu tradicional del Fuero de que forma parte, en cuanto a la aplicación del principio de no reconocer la sucesión testada el derecho de representación que otras legislaciones reconocen; para que ese pretendido derecho consuetudinario se admitiera como válido y eficaz contra Ley, sería necesario que se demostrara en autos su existencia por la aportación de suficiente número de sentencias en que se hubiere reconocido como válida y creadora de un derecho, la costumbre contraria a la Ley».

No han sido estas resoluciones las únicas que en tal sentido se han dictado por el Juzgado de Valmaseda. Existen también otras dos análogas del mismo Juzgado. Una de ellas recaída en el año 1913 (2 de Septiembre) en el abintestato de D.ª Buenaventura Altamira, y otra en el año 1915 en el expediente de declaración de herederos de D.ª Petra Allende.

En cambio, obran en los demás Juzgados de la provincia y en el mismo Valmaseda hasta 28 autos por lo menos, reconociendo el derecho de representación en la línea descendente, y de esas resoluciones CINCO son anteriores a la vigencia del Código y fueron dictadas en un lapso de tiempo de más de 12 años. Así puede verse testimoniado de modo fehaciente en el pleito de mayor cuantía que se sigue en Valmaseda a instancia de D. José Rodríguez Ibargoitia, bajo la dirección del reputado letrado de Bilbao D. Tomás de Eguidazu, contra D.ª Aurora González Hurtado a quien con extraordinaria brillantez defiende un letrado también ilustradísimo, D. Segismundo Ruiz.

Cita D. Tomás de Eguidazu en el pleito, y aparece así compulsado, la lista de los señores Jueces de Primera Instancia de la Provincia que en sus respectivos juzgados concedieron el derecho de representación en varias resoluciones. Fueron dichos jueces, algunos de ellos de innegable competencia en materia foral, los siguientes:

D. Juan del Río, D. Sebastián Miguel, D. Juan Gómez Sanz, D. Miguel Reñaga, D. Justo Sabas Izaguirre, D. Modesto Purón, D. Dionisio

Fernández de Retana, D. José Muñoz Jalón, D. Luis Gutiérrez de la Higuera, D. Jesús E. de Zameza, D. Sebastián Arechabala, D. Eladio de Urdangarín, D. Leodegario Unzeta, D. Isidro de Castejón, D. José María Sanz Gomendio y D. José de Solano (autor de este libro).

Todos estos jueces, 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, como pudo haberse hecho; siendo de notar que algunos de dichos señores jueces ni aún citaron al otorgar la declaración de herederos el título 21, ley 8.ª, pues entendieron, sin duda, que parte de esta ley está en desuso y sin vigencia, como por desgracia lo están también la inmensa mayoría de las que en el Fuero aparecen y que han sido derogadas por Leyes del Poder Central y por el uso en contrario.

Todos los representantes del Ministerio Fiscal que en los 28 expedientes informaron, opinaron unánimemente que procedía el derecho de representación, y buen número de letrados de Bizkaya encanecidos algunos de ellos en el manejo del Fuero, con quienes hemos hablado de tan interesante materia, nos han dicho unánimemente que es un hecho real y patente que la costumbre en Bizkaya tiene desde tiempos remotísimos admitido el derecho de representación en la línea recta en el Infanzonado.

Fuera de los tres autos del Juzgado de Valmaseda, no se encuentra en ningún Juzgado de Bizkaya una resolución siquiera que niegue el derecho de representación en dicha línea.

Esta costumbre inveterada, sostenida, general en todo el país, y concretada por añadidura en resoluciones judiciales y dictámenes fiscales resuelve, a nuestra manera de ver, el problema que hemos planteado, en sentido afirmativo, y lo resuelve porque la costumbre en Bizkaya tiene fuerza de ley.

Es el Fuero de Bizkaya marcadamente consuetudinario y la costumbre no sólo es en él admisible, sino que es su médula misma, su propia

esencia. No es el Fuero bizkaino como el Código de Napoleón y como los demás Códigos, fruto de lucubraciones de derecho, de controversias de legisladores, de discusiones de juristas. Es el Fuero de Bizkaya, una compilación de acertadas costumbres, de sanos y provechosos usos. Algo así como el *Commom Law* inglés. No se redactan las leyes de sus títulos porque procedan en ésta o en aquélla manera, sino sólo porque los representantes de los pueblos lo «habían por uso o por costumbre e franqueza» y por ello lo «establecían por ley». Negar la costumbre en Bizkaya es negar el Fuero de Bizkaya todo.

La vigencia del derecho consuetudinario en el Infanzonado subsiste todavía en Bizkaya, apesar de la publicación del Código Civil, pues el artículo 12 de este cuerpo legal en su párrafo segundo lo reconoce, al decir terminantemente que «las provincias y territorios aforados en que subsiste el 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, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea».

Algunos letrados han alegado, (1) que no rigiendo en Bizkaya la costumbre contra ley, la que haya introducido el derecho de representación en el Infanzonado, es absurda y viciosa, porque tal derecho de representación es opuesto en un todo a la letra terminante de la ley 8.ª, título 21.

«Que la costumbre contra ley—dicen—no se da en el fuero, lo demuestra precisamente el mismo Código Civil en sus artículos 5.º y 12.

En efecto—agregan—el último de estos dos artículos determina que las disposiciones del título preliminar del Código en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos .....son obligatorias en TODAS las provincias del reino». Y aunque es cierto que añade el artículo «en lo demás, las provincias y territorios en que subsiste el derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su

(1) Entre ellos D. Segismundo Ruiz. Pleito citado.

actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario.....» hay que notar que el artículo dice «en lo demás», es decir, en lo demás que no sea el título preliminar del Código que determina los efectos de las leyes. Por lo tanto el título preliminar del Código es obligatorio en todas las provincias y este título preliminar modifica el régimen escrito o consuetudinario de las regiones aforadas en lo referente a los efectos de las leyes. Y como en dicho título preliminar se dice de un modo expreso que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores y no prevalecerán contra su observancia el desuso o la práctica en contrario», hay que convenir — concluyen—que la costumbre contra ley no es admisible en Bizkaya, y por lo tanto, la que contrariando la ley 8.ª, título 21 del Fuero ha introducido en el Infanzonado el derecho de representación no tiene fuerza de obligar; es una costumbre mala, viciosa o como dice la Audiencia Territorial de Burgos en el auto antes reseñado, «inconcebible».

Este argumento se deshace él solo si consideramos que la costumbre que ha introducido en Bizkaya el derecho de representación, no es posterior al Código Civil, sino anterior. En el pleito que se tramita en el juzgado de Valmaseda, aparecen compulsados como hemos visto, cinco autos por lo menos, anteriores al Código Civil en un lapso de tiempo de más de doce años (desde el 1876 inclusive al 1889) y en cambio no aparece compulsado ni se encuentra en ningún juzgado de la provincia según hemos podido enterarnos, ni una sola resolución, auto o sentencia, que niegue el derecho de representación en la línea recta. La costumbre aparece, pues acreditada en un procedimiento contradictorio, suficientemente.

Y que la costumbre contra la Ley existía antes de la publicación del Código Civil y que era ella válida y suficiente para derogar la Ley escrita, no cabe la duda menor. Dejemos la palabra al Sr. Eguidazu, que con la erudicción en él característica, trata esta materia de un modo magistral, mejor desde luego que lo pudiéramos hacer nosotros.

«Es verdad inconcusa que con arreglo a las Leyes de Partida y Jurisprudencia del Tribunal Supremo, las leyes pueden ser derogadas por

la costumbre en contrario y que muchas de ellas se han derogado de hecho por ella. ¿Ejemplos de esa derogación? Inumerables. Así en la legislación general como en la foral bizkaina. En gracia a la brevedad, citaremos uno solo y muy trascendental de aquélla, y otro de ésta.

Las Leyes de Partidas en efecto, lejos de admitir los fideicomisos ocultos, exigieron que el llamamiento del fideicomisario fuese siempre personal y expreso (Ley 14, título 5.º, Partida 6.ª) hasta el punto de que declararon indigno, y por lo tanto privado de la sucesión al fiduciario que se hubiese comprometido a entregar la herencia a un incapaz. (Ley 14, título 4.º Partida 6.ª) Pero viene la jurisprudencia, que es una fuente de la costumbre, y ella no sólo autorizó expresamente estos fideicomisos, prohibidos por la Ley a la cual derogó de este modo sustituyéndola por una norma jurídica contraria, (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1860, 26 de Junio de 1862, 18 de Junio de 1866, 13 de Mayo de 1868, 21 de Mayo de 1890 y 8 de Octubre y 1.º de Noviembre de 1892) sino que ella ella misma declaró (Sentencia de 26 de Junio de 1862) que «*la práctica* ha autorizado que la designación de fideicomisario se haga, ora en cédulas o papeles reservados, ora en la misma persona a quien se da la comisión». La práctica es igualmente otra de las fuentes de la costumbre.

Y pasemos al Fuero de Bizkaya.

¿La madre tiene por ventura en él patria potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados? No: (ley 1.ª, título 22) y sin embargo, es inconcuso que no ha habido ni hay madre en él infanzonada viuda que no ejerza esa potestad sobre ellos desde la promulgación de la Ley del matrimonio civil, NO APLICABLE EN CUANTO A ESE PARTICULAR EN BIZKAYA, a tenor de la ley de 24 de Mayo-18 de Junio de 1870, cuyo artículo primero ordena terminantemente, que el Gobierno publicará como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes, sin perjuicio de lo que se dispone por el derecho foral vigente respecto a los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.

Por consiguiente, ¿no es un error jurídico notorio, y además desconocer las leyes de Partidas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo el afirmar, como afirma el considerando único del auto en vista dictado por la Audiencia Territorial, que «no cabe invocar la existencia de un derecho consuetudinario en sentido enteramente opuesto a lo que declara la ley 8.ª, pues no se concibe un derecho consuetudinario abiertamente contrario a una Ley escrita»? ¿Cómo no se ha de concebir lo que es precepto categórico de una Ley escrita vigente durante tantos siglos? ¿Cómo no ha de ser posible lo que esa misma Ley ordena que se cumpla y se ha cumplido reiteradamente?

La obligación de probar es del que afirma (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 1887, 11 de Febrero y 20 de Mayo de 1905 y 13 de Enero de 1911) según reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de Marzo de 1907) y este es principio de derecho (Sentencia de 16 de Junio de 1908). La prueba de los hechos incumbe al que los afirma, no al que los niega, principio que no está en oposición, sino en armonía con lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil (Sentencias de 3 de Noviembre y 20 de Diciembre de 1902). Por consiguiente, la subsistencia de la ley 8.ª (habiéndose presentado tantos y tantos testimonios de declaración de herederos abintestato en los que no sólo no se la aplica en el Infanzonado sino que ni en la mayor parte de los casos ni aun se la menciona) debe ser probada de modo serio y cabal, pues el hecho de figurar en un libro del Fuero, en vista de lo manifestado, nada de por sí significa. ¡Tantas y tantas leyes figuran en el Fuero de carácter penal, administrativo y aun civil que están por completo paralíticas! Porque es verdad elemental en el derecho racional y en el positivo que las leyes no sólo se derogan por la consuetudo contraria, sino también por la *desuetudo* o desuso».

Ahora bien: qué lapso de tiempo se requiere para que la costumbre derogue la ley? Diez o veinte años según preceptúa la ley 5.ª, título 2.º de la Partida 1.ª (supletoria del Fuero a tenor de su ley 3.ª, título 36, pues no hay en él ley alguna que trate de la costumbre) diciendo: «si en este

tiempo fuesen dados concegeramente dos juicios en ella de omes sabidores e entendictos de juzgar».

El vocablo «concegeramente» es un adverbio modal arcáico que significa «judicialmente, ante el juez, públicamente,» según el Diccionario de la Academia (duodécima edición) al cual hay que acudir para conocer y aquilatar el significado de las palabras (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1900, 20 de Marzo de 1902, 17 de Febrero y 8 de Abril de 1904). Escriche, en su célebre diccionario razonado de legislación y jurisprudencia (tomo 2.º, página 442, Madrid 1874) define «concejeramente» diciendo «palabra anticuada que significa judicialmente, ante el juez, públicamente, sin recato».

Y cuál es la misión ÚNICA de los Jueces y Tribunales?

A los Tribunales y Juzgados—dice el artículo 76 de la Constitución vigente, reproduciendo lo estatuído en el 66 de la del 1845; 67 de la del 1856 y el 91 de la del 1869—pertenece *exclusivamente* la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales sin que pueda ejercer otras funciones que las de JUZGAR y hacer que se ejecute lo juzgado.

La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales—ordena el artículo 2.º de la Ley Orgánica del poder judicial—JUZGANDO y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los Jueces y Tribunales. Quienes, primero, porque nadie puede aplicar lo que no conoce; segundo, por los requisitos de ciencia y probidad, que para su ingreso y ascenso en la judicatura y ejercicio de la misma, exigen la ley citada y disposiciones posteriores concordantes, y tercero, por responder civil y criminalmente de toda infracción de la ley que cometan (artículo 81 de la Constitución y 8.º de la Ley Orgánica) es legal y moralmente imposible que no sean «omes sabidores e entendidos de juzgar» (ley 5.ª, título y Partidas citadas) ni que sus resoluciones se dicten a *furto,* como alegan los defensores de la improcedencia del derecho de representación, respecto a las declaraciones de herederos; porque en primer lugar, las leyes 2.ª y 3.ª del título y Partida antes citados, no se ocupan de la

costumbre, sino exclusivamente del uso; en segundo lugar la frase *nom* debe (el uso) ser fecho a furto ni escondido «tiene su explicación inmediata en la misma ley 2.ª «mas en manera que lo sepan e se paguen los que fueren conocedores de razón e de derecho» y estos conocedores del derecho lo son por razón de sus cargos y profesiones, los jueces que lo declaran, los representantes del Ministerio Fiscal que dictaminan, los abogados y procuradores que solicitan su aplicación y los notarios que intervienen en la confección de mandatos judiciales y todos los que han intervenido en la confección de mandatos judiciales para el mismo fin, así como también D. Manuel de Lecanda y cuantos han vivido la vida del derecho bizkaino en su misma, diaria y constante realidad, no en la letra, muchas veces muerta de un precepto escrito.

Además, ¿cabe clandestinidad en la administración de justicia? ¿Cabe afirmar que no es tolerada o consentida por el legislador? ni que esta sea fecha paladinamente e con gran consejo «consintiéndola y placiéndola?»

La justicia se administra en nombre del Rey, que comparte con las Cortes el poder legislativo, y es el único que tiene la iniciativa de las Leyes y las sanciona y manda ejecutar (artículos 8.º, 32, 41, 50, 51 y 74 de la Constitución y 1.º de la Ley Orgánica) y debe administrarse en el edificio público destinado a este efecto (artículos 23 a 26, 632 y 633 de esta Ley) en un procedimiento que constituye la salvaguardia de los derechos de las partes (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1902, 12 de Noviembre de 1910 y 11 de Noviembre de 1915) con las garantías de publicidad ordenadas en aquella Ley (artículos 649 a 695) y en la de Enjuiciamiento Civil (artículos 249 a 284 y 313 y siguientes) amén de las disposiciones especiales de cada juicio y con las de sanción disciplinaria, civil y penal contra sus infracciones (artículos 223, 266 y 731 a 762 de la Ley Orgánica, 280, 437 a 459 y 903 a 918 de la de Enjuiciamiento y 365 a 368 del Código penal).

Por consiguiente, es absolutamente imposible que haya furto o clandestinidad, así en el demandar como en el otorgar o declarar el derecho

y la justicia, y que el legislador ignore, lo que él mismo ejecuta por medio de sus encargados que, al efecto, nombra para ese exclusivo fin.

¿Cuál es la naturaleza de las declaraciones de herederos hechas por los trámites de los artículos 977 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil?

En primer lugar, para la existencia de la costumbre, nada importa que fueren de la naturaleza que fueren, pues para dicha existencia no exigen las Leyes de Partidas DOS SENTENCIAS uniformes, como alegan los mantenedores de la opinión contraria, sino solamente DOS JUICIOS, esto es, resoluciones dictadas no en el pleito contencioso, sino *concejeramente,* esto es, por la autoridad judicial. Y como es axioma de derecho que «ubi lex nom distinguit nec nos distinguere debemus», es decir, que nadie está autorizado para hacer distinción, es allí donde la Ley no las establece (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 1884, 14 de Abril de 1894, 15 de Abril de 1896 y 18 de Junio de este mismo año, 12 de Julio de 1910 y 25 de Octubre de 1911) es evidente que no hay, entre las Leyes de Partidas, distinción de forma o naturaleza en las resoluciones judiciales creadoras de la costumbre. No puede tampoco llamarse a las declaraciones de herederos, practicadas con arreglo a los artículos 979 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expedientes de jurisdicción voluntaria, porque la única norma que la Ley establece para distinguir las actuaciones de la jurisdicción contencioso y la voluntaria, es el lugar en que la misma Ley los coloca; no la clase de recursos que puedan utilizarse contra las resoluciones que en ella recaigan, ni menos aún, el que pueda o no suscitarse después, pleito ordinario sobre el mismo asunto.

El juicio ejecutivo ¿no es evidentemente contencioso? y la sentencia firme en él recaída ¿no surte exactamente los mismos efectos que la dictada en juicio ordinario para un punto tan trascendental como es la preferencia que a esta clase de resoluciones otorga en los concursos el Código Civil en su artículo 1.924, número 3.º letra B? ¿No lo ha declarado repetidamente así el Tribunal Supremo? (Sentencias 9 y 23 de

Abril de 1894, 12 de Octubre y 22 de Diciembre de 1897 y 23 de Enero de 1898). ¿Dejaría de ejecutarse inmediatamente esa sentencia si lo solicita el ejecutante vencedor, no obstante no producir los efectos de cosa juzgada y quedar franca y expedita la vía ordinaria? (artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Cilvil). ¿Y cómo no será ejecutoria y producirá esa excepción, si el vencido no acude a la vía ordinaria durante el tiempo que perdura la acción?

¿Y no ocurre lo mismo en el juicio de alimentos provisionales? (artículo 1.617 de la Ley civil de enjuiciar). ¿Y con el interdicto de adquirir, y con los de retener y recobrar la posesión y con el de obra nueva? (artículos 1.641, 1.649, 1.658, 1.671 y 1.675 de la Ley mentada). ¿Y dejarán por eso de ser contenciosos esos juicios y de ser resolución firme la recaída en ellos? Pues «ubi est eadem ratio, eadem debet esse legis dispositio» a idéntica razón legal, idéntica debe ser la regla jurídica aplicable, (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1892, 26 de Septiembre de 1896, 30 de Diciembre de 1897 y 13 de Diciembre de 1913) la cual en su segundo considerando, califica a ese axioma de principio de derecho consagrado por la jurisprudencia.

Auto y no sentencia, es la resolución que termina la vía de ejecución de las sentencias recaídas en los juicios ordinarios (artículos 942 y 945 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y así lo ha declarado además el Tribunal Supremo (sentencias de 15 de Junio de 1884). Providencia es la que da fin a igual período del juicio en el caso del artículo 948 de la misma ley, y providencia, auto y sentencia, son aquí, de la propia naturaleza para los efectos legales».

Hasta aquí la brillante argumentación del Sr. Eguidazu y de ella se deduce, teniendo a la vista el pleito de Valmaseda con su compleja y variada prueba: 1.° Que la costumbre contra Ley existía en Bizkaya antes de publicarse el Código Civil. 2.° Que antes de tal publicación había en el Infanzonado costumbre general y uniforme que admitía el derecho de representación; y 3.° Que aunque tal costumbre fuera opues-

ta al texto de la Ley, ha sido suficiente ella sólo para derogar del título 21 del Fuero la tan debatida ley 8.ª, si se ha de tener en cuenta el artículo 12 claro y terminante del Código Civil que preceptúa que apesar de la publicación del mismo subsistirá el derecho foral vigente, bien sea escrito o consuetudinario como lo es el de representación que nos ocupa.

A las elocuentes alegaciones del Sr. Eguidazu tenemos nosotros que añadir una más, de gran peso y de mucha trascendencia, y es que el derecho de representación no es *contrario* a la Ley del Fuero; es sólo *distinto;* se trata de una costumbre «preter legem» no «contra legem».

¿Qué es derecho de representación? Llámase derecho de representación—dice el artículo 924 del Código Civil—el que tienen los parientes de una persona para sucederla en todos los derechos que tendría, si viviera o hubiera podido heredar.

En la línea recta estriba el fundamento de la sucesión intestada, a nuestra manera de ver, únicamente en la voluntad presunta del causante que, mientras otra cosa no se demuestre, ha de inclinarse con el mismo cariño, con igual interés a los hijos de sus hijos fallecidos (que como nietos son dos veces hijos suyos) que a los demás hijos vivos. ¿O es que los nietos del causante son extraños a él y han salido de la parentela?

Ni en la sociedad familiar castellana ni en la bizkaina (aun más familiar si cabe, ésta que aquélla) sucede tal cosa. Los nietos son mirados por sus abuelos con el mismo cariño, con el mismo interés, aun casi con mayor ilusión que sus propios hijos. Son emanación de su persona, en él tienen su tronco y al vivir ellos vive su progenitor dentro de ellos mismos.

Por eso el derecho de representación es sólo una ficción legal como acertadamente, a nuestro entender, le llaman el Código francés (artículo 739) y el Código de Chile (artículo 948). La Ley, al vivir los hijos del muerto, supone que vive su padre cuyo nombre y sangre llevan.

La ley 8.ª del Fuero llama, en la sucesión intestada en primer término, a los hijos y descendientes «por su orden y grado». ¿Y qué quiere

decir «por su orden y grado»? ¿Quiere dar a entender dicha Ley que el grado más próximo excluye al más remoto? De ninguna manera. La Ley que nos ocupa ni excluye ni puede excluir el derecho de representación en la línea recta.

Si acuden con sus tíos a la herencia del abuelo, los hijos de un hijo ya difunto, lo harán o mejor dicho, lo pueden hacer, por su orden y grado, es decir, legalmente. En efecto. Al acudir los nietos, el que acude en realidad es su padre, no ellos, porque los nietos acuden en *la misma forma* que acudiría el padre si viviera, puesto que no acude cada nieto llevando una parte igual a cada hijo, (en cuyo caso tendría valor la argumentación de nuestros adversarios) sino dividiéndose la parte de su padre entre todos ellos. No acuden ellos, pues, sino que por la ficción legal de la que nos hablan los códigos francés y el de Chile, acude su padre. Ellos de acudir acuden por su orden y grado.

El Fuero de Bizkaya, siempre abierto a todo lo noble y provechoso, no pudo cerrar sus brazos a institución tan hermosa y necesaria como era el derecho de representación consagrado por la ley 3.ª, título 13, Partida 6.ª y en todos los países adelantados. Porque como dice Treilhar la ley que excluyese a la representación de la línea recta, descendente, sería una ley impía y contraria a la naturaleza. Y el Fuero de Bizkaya nada tiene de esto. Y esta fué la razón y no otra la que movió al pueblo euzkaldun a introducir entre sus costumbres el derecho que nos ocupa como lo hizo también la legislación de Partidas diciendo: «E non empesce al nieto porque el tío es más propinco del defunto; porque aquella regla de derecho que dize: que el que es más propinco de aquel que finó sin testamento, debe auer los bienes del, ha logar quando el finado non dexa ningún pariente de los descendientes. Otro sí decimos que si estos nietos fuessen muchos nacidos de un padre, todos heredarán en logar del padre con el tío e auran aquella parte de los bienes del auelo, que auria el padre dellos si biuese. E si alguno moriese sin testamento e fincase vn nieto de vn su fijo que fuesse ya muerto, e de otro fijo que fuesse ya finado le fincassen tres nietos o más, este uno solo tanta parte aurá

en la heredad del auelo, como todos los otros sus primos porque pocos o muchos que sean, fincan en logar de su padre, e hereden todo lo que heredaria si biuese». También la Novísima Recopilación reglamentó el derecho que nos ocupa en la ley 5.ª, título 17, libro 10, para la línea descendente, y si los nobles legisladores que redactaron las costumbres del Fuero intentaran ampliar éste con los nuevos usos que el correr de los siglos ha demandado e introducido, bien seguro que no olvidarían que en Bizkaya *se usa* el derecho de representación y con aquellas sus manos que con tanta valentía trazaron la fisonomía familiar baska protegiéndola y amparándola, sancionarían el derecho de representación, poniendo por cabeza en la ley que lo recogieran la consabida fórmula que sería en el presente caso gran verdad. «Otrosí digeron que habían por uso e costumbre e establecían por ley.....»

El derecho de representación existe pues en el Infanzonado y nada implica que durante tantos y tantísimos años se hayan dictado tan sólo tres resoluciones en contrario. Estas tres resoluciones (de un juzgado mismo) son recientísimas y no puede exigirse que una costumbre general, en algún sitio, en algún lugar, en alguna ocasión, no haya sido vulnerada. Se trata de actos aislados que nada en sí mismo significan. ¡Harto extraño es que haya sido interrumpida la costumbre tan contadas veces!

Nótese sin embargo bien, que el derecho de representación del que nos estamos ocupando se refiere sola y exclusivamente a la línea recta. En la línea colateral no puede defenderse ni existe costumbre que le haya admitido.

El texto de la Ley 8.ª es claro y terminante « ... y a falta de descendientes y ascendientes, *los parientes* más profincos o *cercanos* de la línea de donde dependen los tales bienes raíces».

Por otra parte ni en la línea colateral ni aun en la ascendente están de por medio las indesatendibles razones que aconsejan el derecho de representación en la línea recta descendente y que se fundaban en la naturaleza misma. Siendo la representación una ficción de la Ley no

existirá nunca motivo para hacerla en la línea ascendente, porque en el orden natural de la vida fallece antes el abuelo que el nieto, y la representación no cabe del propio modo respecto al primero que respecto al segundo, ya que éste, si el padre a quien representa no hubiera premuerto, le hubiera luego sucedido en los mismos bienes y es por lo tanto muy lógico que le represente. Se opone, además, la representación en la línea ascendente a la letra y espíritu del Fuero, pues sería un modo facilísimo hacer salir el tronco del tronco y la raíz de la raíz en muchas ocasiones en que el nieto hubiese heredado bienes de otro ascendiente o de un colateral de distinta línea que la del ascendiente a quien le correspondería heredar.

La exclusión del pariente más remoto por el más próximo en la línea colateral, lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Junio de 1900, publicada el 21 de Agosto de igual año. He aquí la sentencia:

«En la Villa y Corte de Madrid a 18 de Julio de 1900, en el juicio sobre declaración de herederos abintestato seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Guernika y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. Aureliano de Urquidi y Lequericabeazcoa, comerciante, con D.ª Jacinta de Aransolacalle y Alegría, con licencia de su marido D. Jerónimo de Arego y Zabala, pescador; D. Trinidad de Muniátegui y Alegría, también pescador; D.ª María Alegría y Gorostiaga, vendedora de pescado, y D.ª María Manuela de Ansuátegui y Alegría, sin oficio, todos de dicha vecindad, y el Ministerio Fiscal; pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, que ha interpuesto la parte D.ª Jacinta de Aransolacalle y litis socios, dirigida por el Doctor D. Matías Barrio y Mier y representadas por el procurador D. Juan García Coca; habiéndolo estado el recurrido D. Aureliano de Urquidi, por el licenciado D. Anastasio Rodríguez del Valle, y el procurador D. José María Cordón.

«Resultando que el día 5 de Abril de 1898 falleció en la anteiglesia

de Elanchobe D.ª Anastasia Tremoya y Urquidi, soltera, sin ascendientes ni descendientes y sin haber hecho disposición testamentaria; y con fecha 23 del propio mes y año D. Aureliano de Urquidi y Lequericabeazcoa acudió al Juzgado de Primera Instancia de Guernika con la solicitud de que al mismo y a su hermana D.ª Casimira se les declarase herederos únicos y universales abintestato de la D.ª Anastasia, como sus tíos carnales maternos; apoyando su petición en lo ya consignado, y además en ser los bienes en que consistía la herencia muebles, y algunas fincas procedentes de la madre de la causante, y sus mencionados tíos los únicos llamados a heredarla, por no tener la misma parientes más próximos, pues los de la otra rama eran primos de padre e hijos de primos en quinto grado, y en lo dispuesto por la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, según la cual la sucesión abintestato general de los bienes muebles recae en los parientes más próximos del finado por su orden y grado, en forma absoluta, en defecto de descendientes y ascendientes, y la especial de los bienes raíces de troncalidad en los parientes, también más próximos de la línea de que procedan; y presentó varias partidas sacramentales».

«Resultando que practicada la información testifical y publicados los edictos oportunos, comparecieron D.ª María Manuela de Ansuátegui y Alegría, D.ª María Jesús de Alegría y Gorostiaga, D. Trinidad de Muniátegui y Alegría y D.ª Jacinta de Aransolacalle y Alegría, asistida de su marido D. Jerónimo de Arego y Zabala, en concepto de parientes en tercer grado canónico y quinto civil por la línea paterna de doña Anastasia de Tremoya, solicitando, que en atención a tener el carácter de muebles todos los bienes dejados por la misma y a disponer la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, que los de tal clase se distribuyan a medias por iguales partes, entre los parientes de ambas líneas, paterna y materna, no habiendo ascendientes, se les declarase herederos de la mitad de los relictos al fallecimiento de D.ª Anastasia; y presentaron las partidas y árbol genealógico conducentes a justificar su parentesco con la causante».

«Resultando que D. Aureliano de Urquidi a su vez insistió en la petición que tenía formulada, aduciendo: no ser muebles todos los bienes dejados por D.ª Anastasia, pues existían los inmuebles comprendidos en la relación escrituraria que acompañaba, formalizada con motivo de la incapacidad de aquélla; no haber de discutirse el grado de parentesco del propio D. Aureliano y de su hermana, ni el de los opositores, con relación a la causante, ni lo relativo a los bienes raíces; establecer la Ley antes citada respecto a los muebles el orden de suceder por proximidad absoluta de parentesco, llamando en primer término al padre o madre o a los ascendientes, de defecto de los descendientes, por no existir, en cuanto a tales bienes, la razón de troncalidad que sacrifica el derecho natural de afecto, prefiriendo a los padres y seres más queridos, excepción que no existe al tratarse de los bienes muebles, haciendo en este caso el llamamiento en las dos líneas por su grado y orden, atendiendo a lo en que los estén los de ambas; y ser de aplicación por analogía la doctrina establecida por la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1893».

«Resultando que D.ª Jacinta de Aransolacalle y consortes persistieron en lo que tenían solicitado, manifestando su conformidad en cuanto a corresponder los inmuebles de la herencia de D.ª Anastasia de Tremoya a sus tíos D. Aureliano y D.ª Casimira de Urquidi, según las leyes de troncalidad, y exponiendo respecto a los muebles: que la palabra *orden* empleada en la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, al determinar que en ellos sucedan todos los parientes del padre y de la madre, no puede significar sino *línea*, llamándoles por su grado en cada una de ellas, o sea excluyendo los más próximos a los más remotos, y para evitar interpretaciones torcidas, agrega que si los parientes de una línea son en mayor número que los de otra, los del padre heredarán la mitad, y la otra los de la madre; que dando tal interpretación a esta ley, no se va contra el afecto natural a los más próximos parientes; que la distribución de los muebles entre los de ambas líneas se apoya en el principio de la comunicación estatuída por la ley 1.ª, título 20

del Fuero, explicándose así perfectamente que al hablar de la sucesión de los ascendientes en tal clase de bienes, establezca que hereden por su orden sin ocuparse de grados, o sea por partes iguales; y que la sentencia de 30 de Junio de 1893, no tiene aplicación al caso actual por la diferencia esencial que hay de la forma del llamamiento foral indicada, a la que establece el artículo 293 del Código Civil».

«Resultando que el representante del Ministerio Fiscal, expuso que procedía declarar únicos y uuiversales de D.ª Anastasia de Tremoya, a D. Aureliano y a D.ª Casimira de Urquidi, por que la palabra «orden» empleada en la ley 8.ª del título 21 del Fuero de Bizkaya, no es sinónima de línea, lo cual demuestra la ley 2.ª del título 17 del propio Fuero, sino por el contrario constituye el conjunto o agrupación de personas que se encuentran en la misma proximidad de parentesco; y dados a los autos los trámites legales de las dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, dictó en 11 de Diciembre de 1899 sentencia confirmatoria, declarando a D. Aureliano y D.ª Casimira de Urquidi y Lequericabeazcoa, únicos o universales herederos abintestato de la finada D.ª Anastasia de Tremoya y Urquidi, y que D.ª Jacinta de Aransolacalle, D. Trinidad de Muniátegui, D.ª María Jesús de Alegría y D.ª María Manuela de Ansoátegui, no tienen derecho a parte alguna de dicha herencia».

«Resultando que D.ª Jacinta de Aransolacalle, D. Trinidad de Muniátegui, D.ª María Jesús de Alegría y D.ª María Manuela de Ansuátegui han interpuesto recurso de casación, citando en su apoyo el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y como infringidos»:

1.º La ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, que establece al tratar de la sucesión abintestato para los bienes raíces, el principio absoluto de la troncalidad, y consigna respecto a los muebles, que sucedan a falta de otras personas de mejor derecho, todos los parientes del padre y de la madre por su orden y grado, y determina además, hereden la mitad los de la línea paterna y la otra mitad los de la materna, si

los de un lado son en mayor número que los del otro; organizando en el orden de colaterales, para los bienes muebles, una sucesión personal por líneas, sin que directa e indirectamente anteponga los parientes más próximos de la una a los lejanos de la otra; habiéndose entendido así siempre en la práctica el texto de la Ley, y consignándose en idéntico sentido en el Apéndice que la Comisión Codificadora Bizkaina ha redactado como complemento del Código Civil para adaptarla a aquella legislación; por lo que la Audiencia de Burgos ha infringido el precepto legal citado, al aplicarle en forma contraria a su recta interpretación; y

2.º La ley 13, título 1.º de la partida 1.ª, según la cual para interpretar las leyes «deben entenderse bien e derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento de ellas» cuyo sentido se completa con las reglas de interpretación: «verba simpliciter prolata intelligi debent secundum suam propiam significationem, y verba cum effectu sunt accipienda»; por cuanto hablando la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya claramente y sin distingos, de que el llamamiento de los parientes colaterales a la herencia intestada de bienes muebles se distribuyan estos por mitad entre la línea paterna y materna, sin preferencia por razón de mayor proximidad, es lo que debe admitirse y reconocerse sin desvirtuarlos, introduciendo principios, doctrinas e interpretaciones que el texto de la Ley rechaza; y resultando evidente que los recurrentes, como representantes de la línea paterna, tienen derecho a la mitad de los bienes muebles de la herencia de D.ª Anastasia de Tremoya, aun siendo de parentesco más lejano que los de la línea materna, no habiéndolo reconocido así la sentencia recurrida, había infringido notoriamente la mencionada ley de partida.

«Visto siendo ponente el Magistrado D. Vicente de Pinies».

«Considerando que al estatuir la ley 8.ª del título 21 del Fuero de Bizkaya la sucesión abintestato en los bienes muebles, determina con toda claridad y distinción, en primer término, el derecho de suceder o heredar que se concede a los parientes paternos y maternos por su orden y grado, prescindiendo en absoluto de la troncalidad establecida

en cuanto a los bienes raíces, y en segundo lugar, el modo de dividir la herencia entre los llamados a participar de la misma».

«Considerando que la concesión de tal derecho a todos los parientes del padre y de la madre, con la condición precisa de que no habiendo ascendientes, suceden igualmente por su orden y grado, de modo manifiesto implica que el más próximo excluye al más remoto, como prescribe la misma ley respecto a los bienes raíces, dando a las palabras «orden y grado» el sentido de que sucedan los parientes más próximos o cercanos—acepción igual a la que expresamente tienen dichas palabras en la ley 2.ª, título 17 del mismo Fuero—y como demuestra el vocablo «orden» que antepuso a grado, en manera alguna puede significar sucesión por líneas, sino regla y método en la propia sucesión, de suerte que se herede seguida y sucesivamente de grado en grado».

«Considerando que si bien la Ley del Fuero citada establece en segundo término que si los parientes de parte del padre fuesen más que los de la madre, o al contrario, hereden la mitad de los bienes los de una línea y la mitad los de la otra, tal régimen de división está subordinado al caso en que hubiese en ambas líneas parientes de igual grado y con el mismo derecho a heredar, conforme a la repetida ley, ya que según se ha expresado, no se otorga el derecho a la sucesión a los parientes de las líneas, sea cual fuere el grado de parentesco, sino excluyendo el más próximo al más remoto, ni se ordena que precisamente se herede por líneas, sino que en el caso mencionado se divida por ellas».

«Considerando que la Sala sentenciadora, al aplicar la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, como acaba de expresarse, no la ha infringido, y sí interpretado recta y debidamente, como tampoco ha infringido la ley y principios que se citan en al segundo motivo del recurso».

«FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D.ª Jacinta de Aransolacalle y Alegría y demás recurrentes a quienes condenamos al pago de las costas y si viniesen a mejor fortuna, al de la cantidad de mil pesetas por

razón de depósito, a la que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese a la Audiencia de Burgos la oportuna certificación con devolución del apuntamiento que tiene remitido».

SENTENCIA

He aquí la siguiente del Juzgado de Valmaseda en autos que por haber llegado al Tribunal Supremo y haber sido confirmada por éste tiene gran importancia:

«En Valmaseda, a 14 de Diciembre de 1891, el Sr. D. Juan Gómez Sáinz, Juez de Primera Instancia y su Partido, habiendo visto los precedentes autos de juicio universal de abintestato de doña Josefa de Goiri y Yandiola, vecina que fué de Abanto y Ciérvana, promovido por D.ª Luisa de Goiri y Yandiola, viuda, propietaria y vecina de Galdames, representada por el procurador D. Alejandro Pisón, dirigido por el letrado D. Honorio Selva, sobre que se declare a ésta heredera de aquélla de los bienes de que no hubiere dispuesto en su testamento otorgado ante el Notario de Castro-Urdiales D. Manuel Martínez; en cuyos autos ha sido parte el Ministerio Fiscal y como opositores, pretendiendo igual declaración en representación de su finada madre D.ª Eulalia de Goiri y Yandiola, D. Guillermo de Artabe, como marido y representante legal de D.ª Carolina Yandiola y Goyos, casados, comerciantes y vecinos de Bilbao; y D. Francisco y D. Gerardo de Yandiola y Goiri, casados, mayores de edad, vecinos de Sestao, el primero y de Bilbao el segundo, representados por el procurador D. Mariano Murga, dirigido por el letrado D. Lorenzo de Areilza».

«Considerando que interpretando la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya, según las reglas más ortodoxas de interpretación y empapada por decirlo así esta ley en el mismo espíritu y finalidad que informa todo el Fuero de que la raíz vuelva al tronco de que proceda, no ofrece duda alguna la doctrina que sostiene que en Bizkaya no existe derecho de representación en las sucesiones intestadas en cuanto a lo inmueble o raíz en la línea colateral, porque el adverbio comparativo *mas* que

usa la ley citada adjetivando la palabra profinco o cercano excluyente de todo lo menos profinco o menos cercano, siendo preciso concluir que en Bizkaya y en las sucesiones intestadas de lo inmueble o raíz, el hermano como más profinco, excluye al sobrino menos profinco que aquél, del causante».

«Considerando que las palabras de la misma ley 8.ª, título 21, del Fuero de Bizkaya «pero en los bienes muebles le suceden todos los parientes del padre y de la madre igualmente por su orden y grado no habiendo ascendientes, y si los parientes de parte de padre fueren más que los de parte de la madre o en contrario, en tal caso los de parte del padre hereden la meytad y de la madre la otra meytad» parece que está indicando con la frase «por su orden y grado» usado en el texto del derecho de representación en los colaterales como la mismas frases lo establecen en la línea recta; interpretación que se funda además en la frase «le sucedan todos los parientes» que no usaría el Fuero sino hubiera querido establecer el derecho de representación en la sucesión de los bienes muebles; y que tiene su apoyo en el espíritu filosófico del Fuero que siempre distingue entre bienes raíces y bienes muebles, ordenando que aquéllos vuelvan siempre a la rama de que proceden y que éstos los haya la sucesión legítima».

«Considerando que de no admitirse esta interpretación sería preciso concluir que el Fuero de Bizkaya nada legislaba en cuanto a la sucesión colateral en los bienes muebles, pues las frases «todos los parientes» resultarían por lo vagas, viciosas y sin sentido lo que es absurdo, y en el silencio entonces del Fuero sería preciso acudir a la legislación general del Reino, como supletoria de la foral, la cual estatuye el derecho de representación como no se niega por el procurador Pisón».

«Considerando que nada consta en autos, más que la afirmación del procurador Pisón, en cuanto a una resolución de la Excelentísima Audiencia del Territorio, que negó el derecho de representación en la línea colateral; que si el caso resuelto y el actual guardan tanta analogía que sean idénticos; y que salvando todos los respetos no son las

Audiencias Territoriales las llamadas a sentar jurisprudencia en un solo fallo».

«Considerando que está probado en autos, que D.ª Luisa de Goiri y Yandiola, es hermana de doble vínculo de la causante D.ª Josefa, como está igualmente probado que D.ª Carolina, D. Juan Francisco y D. Gerardo de Yandiola y Goyos, son hijos de D.ª Eulalia, hermana de doble vínculo de la causante D.ª Josefa, que D.ª Luisa, ostenta sólo su derecho y debe de suceder a su hermana in-capita, mientras que sus sobrinos obstentan el de su madre ya difunta y deben de suceder a su tía in-stirpe, aquélla sola en la raíz y éstos con aquélla en los muebles de que la causante no dispuso en su testamento, bajo el que falleció».

«FALLO: 1.º Que debo declarar y declaro a D.ª Luisa de Goiri y Yandiola heredera abintestato de su hermana D.ª Josefa de Goiri y Yandiola, de todos los bienes inmuebles de que no dispuso la causante por intesto. 2.º Que igualmente declaro herederos abintestatos de doña Josefa de Goiri y Yandiola en todos los bienes muebles de que no dispuso en su citado testo a su hermana D.ª Luisa de Goyos y Yandiola y a sus sobrinos D.ª Carolina, D. Juan Francisco y D. Gerardo Yandiola y Goiri, aquélla en la mitad o in-capita y estos tres últimos en otra mitad o in-stirpe y en representación de su finada madre D.ª Eulalia Goiri y Yandiola, así por esta mi sentencia, etc ....»

La Audiencia de Burgos dictó sentencia sin hablar nada del Fuero y tratando en su fallo la cuestión en el terreno de la legislación general de Castilla. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo dictó la siguiente

SENTENCIA

Número 250.—«En la Villa y Corte de Madrid a 5 de Julio de 1893, en el pleito seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D.ª Luisa de Goiri Goyos y Yandiola, vecina del Concejo de Abanto con D. Juan Francisco y D. Gerardo Yandiola y Goiri, comerciantes vecinos res-

pectivamente del Concejo de Sestao y de Bilbao, y D. Guillermo de Artabe y Fresnedo, comerciante y vecino de Bilbao, como marido de D.ª Carolina Yandiola y Goiri en cuyo pleito ha intervenido el Ministerio Fiscal pendiente ante Nos, en virtud de casación declarada en este día en el recurso interpuesto por la D.ª Luisa Goiri y en su defensa y representación por el letrado D. Augusto Fernández y el procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez y continuado por fallecimiento de D.ª Luisa por sus hijos y herederos D.ª María y D.ª Clotilde de Taramona y Goiri, en unión de sus albaceas testamentarios D. Miguel Urioste y D. José María San Martín, bajo la misma representación y defensa, no habiendo comparecido la parte recurrida. Visto siendo ponente el magistrado D. Estanislao R. Villarejo. Por los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la anterior sentencia de casación y CONSIDERANDO que estableciéndose cual se establece tan categóricamente en la ley 8.ª, título 21 del Fuero de Bizkaya que en la sucesión abintestato a falta de descendientes y ascendientes hereden por su orden y grado los parientes más profincos o cercanos de la línea de donde proceden los bienes raíces, y que en los muebles sucedan los parientes del padre y de la madre igualmente por su orden y grado, no ofreciendo duda ni deficiencia alguna esta ley que ha de ser por ello exactamente cumplida y aplicada, y excluyéndose por ella al dar preferencia a los parientes más profincos o cercanos la representación en la sucesión de la línea colateral, es incuestionable el derecho de doña Luisa de Goiri Goyos y Yandiola a ser declarada heredera única legítima de su hermana D.ª Josefa en la forma acordada en la sentencia de primera instancia de la que no se apeló, por D.ª Luisa, y cuya forma es la que sostiene aquélla en el motivo sexto del recurso».

«FALLAMOS: 1.º Que debemos declarar y declaramos a D.ª Luisa de Goiri y Yandiola heredera abintestato de su hermana D.ª Josefa de Goiri y Yandiola de todos los bienes inmuebles de que no dispuso la causante por su testamento de 29 de Noviembre de 1881, y 2.º Igualmente declaramos herederos abintestato de la D.ª Josefa en todos los

bienes muebles de que no dispuso en su citado testamento a su hermana D.ª Luisa de Goiri y Yandiola y a sus sobrinos D.ª Carolina, D. Juan Francisco y D. Gerardo Yandiola y Goiri, aquélla en la mitad o in-capita, y estos tres últimos con otra mitad o in-stirpes, y en representación de su finada madre D.ª Eulalia Goiri y Yandiola sin hacer especial condenación de costas. (Siguen las firmas) Antonio Álava.=José de Aldecoa.=Antonio Garijo Lasa =José de Cáceres.=Joaquín González de la Peña.=Salvador Tiada.=Estanislao R. Villarejo».

POST SCRIPTUM

El importante pleito a que hacemos referencia en el capítulo precedente ha sido terminado por sentencia del digno Juez de Valmaseda D. Felipe Gómez y Mariaca.

Es la resolución judicial enteramente opuesta a la doctrina que hemos sustentado nosotros y lleva fecha 26 de Enero de 1918. He aquí sus considerandos:

SENTENCIA

«En la villa de Valmaseda a 26 de Enero de 1918. Vistos por el Sr. D. Luis Felipe Gómez y Fernández-Mariaca, Juez de Primera Instancia de la misma y su Partido, los precedentes autos del juicio ordinario declarativo de MAYOR CUANTÍA promovidos por el Procurador D. José Vitórica, dirigido por el Abogado D. Tomás Eguidazu en nombre de D. FIDEL RODRÍGUEZ IBARGOITIA, casado, pescador, en concepto de pobre, así declarado en sentido legal por sentencia firme de este Juzgado de 4 de Noviembre de 1916, contra D. VÍCTOR BARQUÍN LLAGUNO, jornalero, por sí y en representación legítima de su esposa D.ª Aurora González Hurtado, ocupada en las labores propias de su sexo, todos mayores de edad y vecinos de Abanto y Ciérvana, representados y defendidos por el Procurador D Alejandro Pisón, y el Abo-

gado D. Segismundo Ruiz, sobre que se declare al demandante heredero «jure representationis,» de su abuela paterna D.ª Carlota Hurtado Villa, y otros extremos».

1.º «Considerando que las cuestiones planteadas en la demanda por el actor y que han de ser objeto de resolución en la presente sentencia, se reducen en síntesis a dos: consistente la primera en determinar si el Fuero de Bizkaya otorga en la sucesión abintestato el derecho de representación, y en segundo lugar si la costumbre contra legem tiene valor como fuente de Derecho en oposición con sus preceptos».

2.º «Considerando que ya se estime la representación como una ficción legal o como un derecho, cuestión esta debatida entre las escuelas y que ha trascendido a algunas Legislaciones, es indudable que en todo caso constituye una excepción del principio según el cual *el pariente más próximo en grado excluye al más remoto,* y por lo tanto, debe reputarse como una concesión de la ley, mediante la cual, otorga a determinada persona el grado que le es necesario para reemplazar al heredero directo y ocupar la posición jurídica del llamado inmediatamente a suceder en los casos de muerte o incapacidad de éste, y en su consecuencia, y siquiera reconozca como fundamento, cuando de la línea recta descendente se trata, sentimientos que son connaturales al hombre, como tal sucesión, debe ser una institución expresamente reglamentada en los Códigos».

3.º «Considerando que esto sentado, al establecer el Fuero de Bizkaya en la ley 8.ª del título 21 que los hijos y descendientes legítimos heredarán por su *orden y grado* sancionando en toda su puridad y consecuencias el principio antes expuesto, resulta evidente que no reconoce el derecho de representación en sus disposiciones, puesto que esta expresión en su literal y genuina interpretación, no significa otra cosa sino el llamamiento a la sucesión por el orden y grado que realmente tenga o corresponda y ostente cada heredero en relación con el causante, y no en virtud de la suposición sobre que descansa dicho beneficio, interpretación que dado el texto del Fuero es la única posible que cabe

dar a la expresada ley, siguiendo la regla de hermenéutica que sienta en su ley 13.ª del título 17».

4.º «Considerando que a mayor abundamiento, la propia interpretación negativa se desprende de su antecedente histórico la ley 4.ª del llamado Fuero Viejo, y las mismas alegaciones de la parte actora en el hecho quinto de la demanda y fundamentos que en torno él giran en orden a las actas de las sesiones de la Comisión especial Codificadora de Bizkaya, en el fondo, y después de reconocer la antinomia existente entre las disposiciones del Fuero y lo que ella reputa costumbre en contrario, no implica sino que el derecho de representación no tiene carta de naturaleza en la legislación foral bizkaina».

5.º «Considerando que demostrado por los anteriores razonamientos que el Fuero de Bizkaya no reconoce el derecho de representación, queda por resolver si puede prevalecer contra lo en él estatuído, la costumbre en contrario, y si son de aplicación los preceptos invocados de la ley de Partida o los del Código Civil que respectivamente admiten y rechazan la costumbre contra legem como forma de derecho; y para ello basta tener en consideración el orden de prelación entre las normas jurídicas de aplicación en Bizkaya, como provincia sometida al régimen Foral, y que son: *a)* El título Preliminar del Códico Civil. *b)* Leyes de carácter general. *c)* Los privilegios, franquezas y libertades de los caballeros hijosdalgo del M. N. y M. L. Señorío de Bizkaya, confirmados por la ley de 25 de Octubre de 1839, y *d)* El Código Civil vigente como norma del Derecho común».

6.º «Considerando que aun en la hipótesis de que el título preliminar del Código Civil careciese de aplicación en Bizkaya con posterioridad a todas las demás normas, y no tuviese los términos de generalidad que realmente tiene en cuanto determina los efectos de las leyes, su vigencia y modo de derogación, siempre nos encontraríamos como derecho supletorio del Foral con el llamado común o de Castilla, y en primer lugar el Código Civil con arreglo a su artículo 12 y a la ley 3.ª del título 34 del Fuero de Bizkaya, y por lo tanto, con las citadas

disposiciones del título Preliminar; y si con sujeción al artículo 1976 del Código Civil las Leyes de Partida no tienen valor alguno en concepto de supletorias de las de aquella Compilación, respecto a las materias que expresamente son objeto de ella, con mayor razón carecerán de virtualidad para regular instituciones nacidas al nuevo derecho bajo un régimen no sólo distinto sino antagónico, infiriéndose de todo ello que ya se considere el citado título Preliminar como contenido de leyes directamente obligatorias o como subsidiarias en defecto de las Forales, la preferencia (d) en su aplicación es innegable, por lo que al establecerse en el artículo 5.º del Código Civil que las leyes únicamente se derogarán por otras en contrario y que no prevalecerá contra su observancia el desuso o la costumbre o la práctica en contrario, no puede tener eficacia la ley 6.ª del título 2.º de la Partida 1.ª en manifiesta contradicción con el contenido de dicho artículo».

7.º «Considerando, por último, que si bien la misión del juzgador se desenvuelve gradual y sucesivamente en la triple función de interpretar la ley, completarla y suplirla, tan sólo la costumbre puede constituir forma de derecho cuando no hubiese ley exactamente aplicable al punto controvertido - artículo 6.º del Código Civil—en manera alguna enfrente de disposiciones en vigor claras y terminantes como las invocadas en esta sentencia, por lo que procede desestimar en todas sus partes las pretensiones formuladas en el pedimento de la demanda».

8.º «Considerando en cuanto al documento de los folios 309 al 312, compulsado con citación contraria a los 320 al 323 presentado por el actor en 15 de Diciembre último, después de los escritos de conclusiones que éste pudo y debía conocer su existencia antes del período expositivo de la litis, por cuanto es de fecha de 30 de Julio de 1914, muy anterior a la promoción de aquélla en 10 de Marzo de 1917, sin que por lo tanto quepa reputarle comprendido dentro del espíritu del número segundo del artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y cuya presentación, atendiendo a los demás medios probatorios utilizados en el juicio, no influyen en nada en esta resolución».

9.º «Considerando que no es de aplicar temeridad en el sostenimiento de la presente litis a los efectos de la imposición de costas».

«Vistas las disposiciones legales citadas, las invocadas por las partes litigantes y demás de aplicación;»

«FALLO que debo absolver y absuelvo a D.ª AURORA GONZÁLEZ HURTADO casada con D. Víctor Barquín Llaguno de la demanda presentada por D. FIDEL RODRÍGUEZ IBARGOITIA, imponiendo a éste silencio y callamiento perpetuo, respecto a los extremos en aquella contenidos, sin hacer especial condena de costas. Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.—LUIS FELIPE GÓMEZ.—PUBLICACIÓN.—Dada y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez que la subscribe en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública de que doy fe en Valmaseda a 26 de Enero de 1918.—Ante mi, RAMIRO LÓPEZ.

(Es copia.)

La Comisión nombrada para la codificación del derecho de Bizkaya se ocupó del importante asunto que estamos tratando en la sesión 2.ª, día 10 de Octubre de 1899, según puede verse en el libro de Actas de las sesiones, editado por la Diputación Provincial (Bilbao, imprenta provincial, 1902) en cuya página 66 se lee:

«Ley 8.ª. Trata de la sucesión abintestato en bienes raíces y muebles; y se acordó sostener las disposiciones de la misma, admitiendo el derecho de representación en la línea descendente, mas no en la colateral. Esta es la costumbre que se observa. Las palabras de la Ley han tenido en la práctica esta interpretación confirmada en lo que se refiere a la línea colateral, por sentencia del Supremo, en la que se declaró que en ella no existe el derecho de representación, sino que el pariente más próximo excluye al más remoto. En la línea recta no ha habido cuestión pero 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 dere-

cho de representación en la línea descendente, no obstante el texto de la ley 8.ª que al hablar de los hijos y descendientes los declara herederos de todos los bienes del causante por su orden y grado. Si para aclarar el sentido de esta Ley acudimos al Fuero viejo, nos encontramos con la ley 4.ª del título de las herencias, la cual dice: que si algún hombre o mujer muriese sin hacer testamento y dejare hijos legítimos, que los hijos hereden todos los bienes y si hijos no hubiere, los nietos, etcétera. Como se ve, la Ley es terminante y atenidos 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 la práctica ha venido a reformar disposición tan dura, y hoy pasa como axiomático el principio de que ese derecho existe en la línea descendente pero no en la colateral, que es lo que la Comisión acepta como bueno y acuerda sostener, según se hace constar arriba».

Y en la redacción del proyecto se escribieron los siguientes artículos, incluyéndoles en el título 8.º

ARTÍCULO 63

De igual manera se aplicarán los artículos del Código Civil que tratan del derecho de representación, si bien limitándolo a la línea descendente, pues en la ascendente y en la colateral este Apéndice no admite aquel derecho.

ARTÍCULO 64

La sucesión abintestato corresponde en primer lugar a los hijos legítimos y descendientes legítimos. Los hijos heredan por derecho propio y los descendientes por derecho de representación, de manera que juntos todos los descendientes que sean representantes de un hijo o descendiente que hubiera fallecido, no hereden entre todos más de lo que heredaría su representado si viviera.

Mucho respeto nos merecen siempre las resoluciones judiciales, sobre todo cuando el juez que las dicta tiene la autoridad y el prestigio que el digno juez de Valmaseda, pero con todos los respetos debidos a éste, no podemos menos de reconocer que la sentencia trascrita ha planteado el asunto de un modo equivocado, y equivocado por lo tanto resulta el fallo aunque los considerandos sean verdaderos.

La sentencia hace caso omiso del estado jurídico de la costumbre antes del Código y se ocupa sólo del derecho posterior, olvidando que la fuerza y vitalidad de la costumbre contra la ley, tanto en Bizkaya como en Castilla antes de publicarse el Código Civil, no puede ponerse siquiera en duda por ningún profesional del derecho.

Pues bien. LA COSTUMBRE sea contra lege o preter lege (para el caso es igual) introdujo en Bizkaya el derecho de representación. Con razón o sin ella, acertada o equivocadamente, basándose en la equidad o contrariándola, el caso es que la introdujo. Y esta introducción no es una teoría más o menos admisible, es un hecho real y patente del que no es posible ni dable dudar porque ha quedado documentalmente demostrado en el pleito seguido en Valmaseda con la aportación de varias sentencias dictadas con anterioridad a la publicación del Código Civil español, todas las cuales admiten unánimemente el derecho de representación sin que se haya aportado ninguna que la niegue. No puede pues ponerse en duda si se discurre serena e imparcialmente, que el derecho de representación formaba parte del derecho consuetudinario bizkaino.

Ahora bien, el Código Civil no ha derogado el derecho consuetudinario bizkaino, antes bien le deja vigente en toda su integridad. Lo dice de un modo expreso en el párrafo 2.º del artículo 12. Luego—conclusión natural y lógica—el derecho de representación, admitido por todas las legislaciones, dictado por el derecho natural a todos los pueblos y CREADO POR LA COSTUMBRE EN BIZKAYA ANTES DE PUBLICARSE EL CÓDIGO CIVIL, está vigente en este territorio en «toda su integridad,» porque el Código Civil ni le ha podido derogar ni le ha derogado.

Así entendemos nosotros que debe plantearse la cuestión y resolverse, y no de la manera, que con mejor intención que acierto, lo hace el juzgado de las Encartaciones de Bizkaya, tratando de demostrar puntos indiscutido e indiscutibles como es la falta de vitalidad de la costumbre contra la Ley desde que el Código se publicó.

Y de este modo se ha entendido y se entiende en todos los juzgados de Bizkaya en donde se viene otorgando siempre que se solicita, el derecho de representación en línea recta, sin el menor inconveniente, sin haber creado un solo pleito ni haber causado un arbitraje, una amigable composición ni una sola protesta. Así nos lo dicen varios antiguos abogados del país, con los que del asunto hemos hablado.

Y al pedirse tal derecho en actuaciones de declaración de herederos en los que no interviene solamente el solicitante sino el Ministerio Fiscal, cuya misión es vigilar por el cumplimiento de las Leyes, (artículo 838, párrafo 1.º de la ley orgánica del poder judicial) este Ministerio siempre hasta la fecha ha venido informando no ya su falta de oposición a la concesión, sino pidiendo la declaración de tal derecho por entender que era procedente.

¿Cómo va, pues, a negarse carta de naturaleza en Bizkaya al derecho de representación fundándose en un Código en cuyo título preliminar se ordena la subsistencia del derecho consuetudinario foral el cual «se conservará en toda su integridad sin que sufra alteración por la publicación del Código» etc., Código que a mayor abundamiento regula el derecho de representación de modo tan amplio que le extiende nada menos que a la línea colateral?

Y no se arguya que el párrafo segundo del artículo 12 emplea los términos de «en lo demás», es decir, que da a entender que el derecho consuetudinario foral sólo subsistirá «en lo demás» que no se refiera a los efectos de las Leyes y de los estatutos. Esta argumentación tendría fuerza si se discutiera que el derecho consuetudinario bizkaino tiene fuerza HOY para INTRODUCIR una costumbre contra Ley, pero carece en absoluto de lógica para derogar una costumbre que apesar

de ser contraria a la Ley estaba incorporada al derecho cuando el Código se publicó y tenía por consiguiente toda la autoridad de una Ley cualquiera.

Claro y sencillo nos parece el problema planteado y con verdadero interés esperamos la resolución que en fecha no remota dará la Audiencia de Burgos o el Tribunal Supremo con su altísima competencia y que será lo que en definitiva ha de prevalecer.

APÉNDICE 1.º

Antes de regir el Fuero de Bizkaya, vigente en la actualidad, existía uno, sinó idéntico por lo menos muy parecido, conocido vulgarmente en el foro bizkaino con el nombre de EL FUERO VIEJO.

Era el FUERO VIEJO, una recopilación escrita de las Leyes de Bizkaya que se hizo en Guernika en Junta general el 2 de Junio de 1456, habiendo sido jurado el 2 de Marzo de 1459.

Conserva la Diputación de Bizkaya un traslado o copia autorizada de ese Fuero expedido en la Ciudad de Valladolid el 22 de Octubre de 1742 a petición del Señorío.

El Fuero de Bizkaya actual, está casi calcado del Fuero Viejo y sobre su publicación y ediciones principales vamos a ocuparnos someramente.

Primera Edición del Fuero (1528)

La primera edición que se hizo del Fuero actual, la llevó a cabo el impresor Juan de Junta en la ciudad de Burgos, el año 1528.

Dos años antes, el 5 de Abril de 1526, la Junta general del Señorío, declaró que «El Fuero, fue antiguamente escrito y ordenado en tiempos en que no había tanto sosiego y justicia, ni tanta copia de letrados, ni experiencia de causas en el dicho Señorío como al presente hay; por cuya causa se escribieron en dicho Fuero muchas cosas que al presente no hay necesidad de ellas y otras que de la misma manera según el curso del tiempo y experiencia, están supérfluas y no se practican». Por

ello se acordó encomendar a personas «de letras y de ciencia y conciencia, experimentadas en el dicho Fuero» la reformación de éste, y al efecto fueron nombrados el Bachiller Juan Sánchez de Ugarte, el Licenciado Diego Ochoa de Múgica, el Bachiller Martín Pérez de Burgoa, el Bachiller Urtun Sánchez de Cirarrusta, Lope Ibáñez de Ugarte, Rodrigo Martínez de Velendiz, Ochoa Urtiz de Guecho, Ochoa de Velendiz, Pedro de Baraya (alcalde del Fuero de Bizkaya) Iñigo Urtiz de Ibargüen, Martín Urtiz de Zarra, Martin Sáez de Oynquina, Ochoa Urtiz de Guerra y Pedro Martínez de Luno para que juntamente con el entonces Corregidor de Bizkaya el licenciado Pedro Girón de Loaysa verificaran la reforma del Fuero en el término de 20 dias.

Reuniéronse los nombrados en casa de Martin Saez de la Naja, «que es fuera de la Noble Villa de Bilbao» el 10 de Agosto de 1526 «é dixeron al señor Corregidor que su Merced les habia mandado a entender en la reformación del Fuero de Bizkaya y que ellos obedeciendo a su mandato estaban prestos a hacer todo lo que debiesen».

Habló despues el Corregidor y visto el poder «les mandó que ante todas cosas ficiesen el juramento» y mandando traer una Cruz y el libro de los Evangelios les hizo jurar poniendo las manos en aquellos diciendo: «¿Vosotros y cada uno y qualquier de Vos jurais a Dios, a Santa María y a todos los Santos, Santas de la Corte del Cielo y a la Señal de la Cruz y a las palabras del Santo Evangelio, que con vuestras manos habeis tocado: que de este poder y comisión, que la Junta, Caballeros Escuderos Hijos-dalgo y Procuradores y Concejos de este Noble y Leal Señorio de Bizkaya Vos ha dado para reformar el Fuero de Bizkaya, Usos y costumbres Privilegios y Libertades de ella; usareis bien, fiel y lealmente y sin ningún odio ni parcialidad ni algun dolo ni fraude, entendereis en la dicha reformación y las cosas que vieredes que son útiles y provechosas al servicio de Dios y de Sus Magestades y a la buena gobernación y administración de la Justicia y bien y utilidad de los Moradores de este Señorio de Bizkaya, aquellas ordenareis; y las que nó fueren tales y nó fueren utiles y provechosas

quitareis; y en todo como buenos y fieles cristianos, celosos del prójimo y bien de la Republica usareis en todo lo que ordenaredes como buenos republicos? Y los sobredichos, cada uno de ellos respondieron: Sí juro. Y luego el dicho Señor Corregidor les hechó la confusión del juramento diciendoles: Si asi hicieredes Dios vos ayude en este mundo en los cuerpos, y en lo otro a vuestras ánimas de su Santo Paraíso. Y si lo contrario hicieredes, a cada uno de vos que lo contrario hiciere, vos lo demande mal y caramente en este mundo y en el otro a vuestras animas condene a las penas infernales como a malos cristianos, malos republicos, que juran en vano el Santo nombre de Dios y se perjuran. Y los sobredichos cada uno de ellos respondieron: Amen.

Por mandato del Corregidor se ordenó que las reuniones para la reforma del Fuero tuviesen lugar todos los dias en la misma casa y dos veces cada dia. Por la mañana de seis a diez y por la tarde de una a cinco: total ocho horas.

El dia veinte de Agosto terminó la Comisión su obra; es decir a los diez dias de haberse reunido; en la mitad por lo tanto del plazo señalado, dando asi una buena lección a nuestros presuntuosos legisladores de hoy. En dicho dia los Comisionados digeron que habian pasado del Fuero Viejo lo que mejor les habia parecido y reformado, quitando lo que era superfluo y escrito otras cosas «que tenian de fuero» y costumbre que no estaba escrita. Y para ponerlo todo en buen estilo acordaron nombrar a Martin Perez de Burgoa, letrado del Señorio, y a Iñigo Urtiz de Ibargüen, Sindico. Estos dos señores hicieron la redacción del Fuero y ordenaron este por títulos y capítulos como en la actualidad se ve.

Era preciso llevar el Fuero asi redactado, al entonces Rey de España, que lo era el de gloriosa memoria Carlos 1.º, y de ello se encargaron Iñigo Urtiz de Ibargüen y Pedro de Baraya, marchando a Valladolid donde hicieron la presentación el 8 de Abril de 1527. De la presentación del Fuero al Emperador dió fe el escribano Ramiro del Campo.

Muy gustoso aprobó Carlos I el Fuero que se le fue presentado y «por hacer bien y merced al dicho Señorio de Bizkaya y vecinos de él lo loó, ratificó, confirmó y aprobó..... mandando a los de su Consejo, Presidentes y Oidores de Sus Audiencias, Alcaldes de Su Casa y Corte y al Juez Mayor de Bizkaya y al que fuere Corregidor o Juez de Residencia del Señorio, a su Lugarteniente y a los Alcaldes, Diputados, Procuradores, Prebostes, Prestameros y Merinos, Escuderos y Hombres Buenos del dicho Señorio y Tierra Llana y a otros cualesquier jueces o Justicias y a cada uno de ellos en su jurisdicción que guarden y cumplan lo en tal Carta convenido» pagando como pena si lo contraviniesen, diez mil maravedises para la Real Cámara. Firmaron la autorización del Emperador el licenciado Polanco y otros palatinos de la Cámara y Consejo de Su Magestad.

No era todavía bastante la confirmación del Rey segun lo entonces legislado: faltaba la licencia para imprimir el Fuero y esta la dió también el Rey Don Carlos el 1.° de Junio de 1527. Dícese en la licencia que Pedro de Baraya e Iñigo Urtiz le suplicaron al Rey que «Por hacer mas merced al dicho Señorio de Bizkaya diese licencia para que el dicho Fuero se imprimiera en molde» y el Rey «túvolo por bien y dió licencia a cualquier de los impresores de estos Nuestros Reynos con quien concertaredes para que puedan imprimir e impriman en molde el dicho Fuero de Bizkaya y confirmaciones de el y dareslo impreso por el precio que con el asentaredes, sin que por ello caigan ni incurran en pena alguna».

Cerca de un mes más tarde, el día 3 de Julio de igual año. «Só el arbol de Guernika donde se usan hacer las juntas generales del Muy Noble y Muy Leal Señorio de Bizcaya.... estando en Junta General de los Caballeros y Procuradores de la tierra del dicho Señorio, el noble Señor Licenciado Pedro Girón de Loysa, Corregidor y Veedor del Señorio y sus Encartaciones, por Sus Magestades, y el Licenciado Gudiel de Cerbatos, su Teniente General y el Señor Don Juan Alonso de Múgica y Buitrón, señor de Aramallona, y el señor Don Juan de

Artega y Gamboa, cuya es la Casa y Solar de Artega, y Ochoa Urtiz de Guerra por el señor Martin Ruiz de Avendaño y Gamboa, señor de Villareal, y otros muchos caballeros y escuderos e hijos-dalgo de Bizkaya, los Fieles y Procuradores de los Concejos y anteiglesias de la Tierra Llana de Bizkaya, estando asi juntos só el dicho arbol en Junta General, según que lo han de uso y costumbre, en presencia de Martin Ybañez de Zarra y Pedro Ochoa de Galarza, Escribanos de Sus Magestades y Escribanos de fieles de la Junta y Regimiento del Señorio y de los testigos, parecieron presentes: el licenciado Gudiel de Cerbatos, Teniente de Corregidor y Pedro de Varaya Alcalde de Fuero de Bizkaya e Iñigo Urtiz de Ibargüen procuradores de la dicha Junta nombrados para suplicar a Sus Magestades confirmasen los Privilegios, Fueros y Franquezas y Libertades que este Señorio de Bizkaya tiene. Y asi parecidos hicieron relación, como ellos en nombre de dicho Señorio y Junta, caballeros y Escuderos, hijos-dalgo de el, habian suplicado a Su Magestad el Emperador Rey Nuestro Señor, confirmase el Fuero, Privilegios, Franquezas y Libertades de Bizkaya presentando el dicho Fuero que Bizkaya tiene, que les fue a ellos entregado.

Narraron a la junta la confirmación del Fuero del Emperador y la licencia de éste para imprimirlo en molde, leyendo a continuación Pedro Ochoa de Galarza, los Reales Despachos en voz alta e inteligible de forma que todos entendieron. Y así leído, el Corregidor, los nobles Caballeros y los Diputados, en nombre de la Junta y del Señorío «tomaron la dicha Carta y Provisión Real de Confirmación en sus manos, y quitados sus bonetes la besaron y pusieron encima de sus cabezas y la obedecieron con el acatamiento debido» ordenando en su consecuencia que el Fuero fuera impreso.

Como antes hemos dicho se imprimió el Fuero en la ciudad de Burgos por Juan de Junta, haciéndose con caracteres góticos como entonces era costumbre y encuadernándose en pergamino. La edición debió ser de pocos ejemplares y por eso, sin duda, se conservan hoy muy pocos.

Segunda Edición del Fuero (1575)

La edición anterior que acabamos de reseñar debió agotarse pronto y por completo, puesto que en la edición siguiente, de la que vamos a ocuparnos aquí, se dice... «que se habia acabado la impresión, de manera que en este dicho Señorio ni en Nuestras Audiencias no habia diez cuerpos a cuya causa los vecinos de el recibian agravio».

Por esta causa en Regimiento de la Tierra Llana reunido en Bilbao el dia 15 de Junio de 1574 se acordó que se imprimiera el Fuero con buena letra y buen papel.

La edición la llevó a cabo Francisco del Canto, en Medina del Campo, y se hizo en tamaño de folio español. Vese en la hoja primera el escudo de Bizkaya en madera, con el siguiente título: «Privilegios Franquezas y Libertades de los Cavalleros Hijo-dalgo del Señorio de Bizkaya confirmados por el Rey Don Felipe II, Nuestro Señor y por el Emperador y Reyes sus predecesores».

Y más abajo «En Medina del Campo: por Francisco del Canto. MDLXXV».

Comienza la obra con la autorización del Rey Don Felipe dando «licencia e facultad para que la persona que muestre poder especial para ello toviere, y no otra alguna, pueda imprimir o imprima por esta vez el dicho libro que de suso se hace mención, sin por ello incurrir en pena alguna, con tanto que la dicha impresión se haga conforme al original que presentó en nuestro Consejo que van rubricadas todas sus hojas y firmada al fin de Juan Fernandez de Herrera... y conque después de impreso no se pueda vender ni venda sin que primero se traiga a nuestro Consejo para que se vea si dicha impresión está conforme al original y se os tase el precio a que se ha de vender cada volúmen, so pena de caer e incurrir en las penas contenidas en la dicha Pragmática..... y de 10.000 maravedises para nuestra Cámara. Dado en Madrid a veintisiete dias del mes de Marzo de 1572».

Abajo firman D. E. P. S. Segoviem. El licenciado Rodrigo Vazquez

Arce. Fuen Mayor. El Doctor Francisco Fernandez de Lievana. El Doctor Luis de Molina. El Doctor Aguilera. Y se expresa que Juan Fernandez lo hizo escribir por su mandato con acuerdo del Consejo. Termina la página. «Estos Fueros se imprimieron a costa del Señorio de Bizkaya por mano de Antonio de Zaballa a quien fue cometido »

Antes de comenzar el texto se ve un repertorio tabla de todos los títulos, y termina la obra, «En Medina del Campo por Francisco del Canto. Año de 1575», con un sello, cuya es la siguiente inscripción: «Sic Transit gloria Mundi». Contiene la obra los autos de las Juntas; y los títulos de las leyes van en apostillas.

La persona que llevó el Fuero para la tasa y corrección fué Simón Barrutia, dando cuenta de haberlo verificado el 2 de Abril de 1576. Se llevaron sesenta y dos ejemplares a Madrid para los miembros del Consejo y cincuenta ejemplares al Presidente y Oidores de las Chancillerias de Valladolid y Granada.

El ejemplar que tengo a la vista le posee la Excelentísima Diputación de Bizkaya en su archivo de Bilbao.

Tercera Edición del Fuero (1643)

Esta edición del Fuero es sin duda la más perfecta que existe. La Portada contiene el siguiente título: «El Fuero, Privilegios, Franquezas y libertades de los caballeros hijos-dalgo del Señorío de Vizcaya. Confirmados por el Rey Don Felipe III nuestro Señor y por los Señores Reyes sus predecesores.» Debajo del título aparece el escudo de Bizkaya primorosamente grabado en cobre a costa de Pedro de Esteibar, vecino de Sevilla de donde remitió la lámina, haciendo estampar 3.500 piezas además, para otros tantos ejemplares del fuero, por cuya largueza acordó el Señorío en 23 de Septiembre de 1843 darle las gracias.

El pie de imprenta dice así: «Con licencia Real. A costa del Señorío de Vizcaya. En Bilbao por Pedro de Huydobro impresor del dicho Señorío. M. DCXXXXIII».

La primera hoja de la edición, comienza con la licencia del Rey

Don Felipe dando licencia para imprimir el Fuero: «Por cuanto por parte de vos el nuestro muy Noble y muy leal Señorío de Vizcaya nos fue fecha relación, que nos hallades de presente necesitado de la impresión del vuestro fuero; por no tener más de un cuerpo solo, siendo asi que habiades menester muchos, asi para vuestros hijos naturales, gobierno y observancia de la República como para darlos en Nuestras Audiencias y Tribunales, donde teniades pendientes vuestros negocios: para instruir a los jueces y demás personas que conviniese a vuestra justicia y de vuestros naturales, conforme la disposición de las leyes del dicho fuero».

Lleva la licencia fecha de 18 de Noviembre de 1642 y la firman: D. Diego Obispo, El Marqués de Jodar, El licenciado D. Fernando Pizarro, D. Diego de Zeballos, D Gregorio Lopez de Mendizabal, Pedro Fernández de Herrá y Gaspar Sánchez.

La *tassa* se fija en cuatro maravedis y medio y como tiene 65 pliegos la obra, «monta el dicho libro docientas y noventaidos maravedis y medio en que se ha de vender el papel.» Firma Fernando de Herrá.

El texto de los capítulos comienza con mayúscula historiada y al terminar la transcripcion del Fuero se ven copias de las confirmaciones y juramentos de los Reyes, asi como un repertorio general.

He tenido presente dos ejemplares: uno en el archivo de Astola de Durango (próximo a trasladarse a la Diputacion de Bilbao) el cual carece de portada estando muy averiado, y otro propiedad de la familia del autor de esta obra, en mejor estado de conservación.

Cuarta Edición del Fuero (1704)

El año 1702 acordó la Junta General, só el arbol de Guernica, (6 de Julio) que se imprimera el número de ejemplares necesarios del Fuero, pues ya el año 1686 se había agotado la edición anterior o comenzaba a agotarse, según se desprende de un acuerdo tomado por la Junta en dicho año.

En el acuerdo del 6 de Julio, se dispuso la publicación de la Real Cédula de Felipe V confirmatoria de los Fueros.

La nueva edición del Fuero la llevó a cabo Antonio de Zafra y Rueda, terminando la publicación en los primeros meses del año 1704, toda vez que el 26 de Junio de dicho año acordó la Junta «pagarle lo que se le debía *por la publicación* del Fuero».

Esta edición debió ser muy excasa y es difícil encontrar ejemplares de ella. Se comienza a usar en esta edición por vez primera el repertorio o tabla de leyes del Licenciado Echabarri tan copiado después.

Quinta Edición de Antonio de Egusquiza (1762)

El Rey D. Fernando VI, por Real Cédula de 30 de Marzo de 1761 se había dignado confirmar el Fuero de Bizkaya y por tal razón la Diputación del Regimiento acordó hacer una edición nueva del Fuero. Encargóse al impresor del Señorío, Antonio de Egusquiza, que trajese letra nueva para la reimpresión y que tirase 950 ejemplares encuadernando 150 de ellos. Así se hizo en efecto abonándosele por ello 19.160 maravedís.

Tengo a la vista dos ejemplares: uno de la Diputación de Bizkaya que carece de portada y otro, propiedad de D. José Lloret, de Durango, que tiene una magnífica gravada en cobre. Dicho gravado lo firma Braulio González.

El tamaño de la edición es de folio teniendo el siguiente título: «El Fuero, Privilegios, Franquezas y Libertades de los Cavalleros Hijos-dalgo del Muy Noble y Muy Leal Señorio de Bizkaya confirmados por el Rey Carlos nuestro Señor y por los Señores Reyes sus Predecesores. Año 1762».

Comienza la obra con la certificación de «Don Josef Antonio de Yarza, Secretario del Rey Nuestro Señor, su escribano de Cámara más antiguo y de Govierno del Consejo», referente a la licencia para imprimir el Fuero. Sigue la fe de erratas firmada por el corrector de su Majestad Doctor D. Manuel González Ollero y a continuación se

ve la *tassa*, la cual es de seis maravedís cada pliego, importando en total 519 maravedís por tener la obra 186 y medio pliegos, «sin principios ni tablas».

El texto del Fuero termina en la página 273 viniendo seguidamente Reales Cédulas y Pragmáticas de los Reyes.

Ofrece una particularidad esta edición y es que aparecen tres hojas sin foliar al reproducir la Real Cédula referente a que no se impongan penas afrentosas a los bizkainos.

Sexta Edición de la Viuda de Egusquiza

Esta edición no lleva fecha ni escudo en su Portada cosa harto chocante e inexplicable. Dice solamente «Reimpreso en Bilbao por la Viuda de Antonio de Egusquiza, impresora del Muy Noble y Muy Leal Señorio de Bizkaya». Los tipos de letra y tamaño son idénticos a la edición anterior. El ejemplar que tengo presente, pertenece a la excelentísima Diputación de Bizkaya la cual lo conserva en el archivo provincial de Bilbao.

Séptima Edición del Fuero. Delmas (1865)

Esta edición bien hecha por lo que se refiere a la impresión tipográfica, ofrece la rara particularidad de que está foliada por hojas, en vez de estarlo por páginas, cosa desusada, cuyo por qué no alcanzamos a comprender.

El tamaño es de folio y la portada tirada a dos tintas, dice así: «Fueros, Privilegios, Franquezas y Libertades del M. N. y M. L. Señorio de Bizkaya, reimpresos por orden de su Ilustrísima Diputación General». Viene a continuación el escudo de Bizkaya, y como pie de imprenta se lee: «Bilbao, por D. Juan E. Delmas, impresor del Señorio. MDCCCLXV.

El repertorio es también el de Echábarri y tiene algunas confirmaciones de reyes sin foliar.

Últimas ediciones

Aunque pocas, después de las ediciones reseñadas, se han hecho algunas del Fuero de Bizkaya.

Entre ellas merece citarse la de la Diputación Provincial; ya agotada, la de D. Fermín Herrán, llevada a cabo por la Biblioteca Bascongada (1897), la de la Biblioteca Judicial (que edita la memoria de don Manuel Lecanda y que no transcribe íntegro el Fuero) y alguna otra.

Pero como todas las ediciones se han agotado, sólo en algún puesto de libros viejos puede encontrarse ejemplares, y por ello es de suma precisión que se tire, y pronto, una nueva edición del *Fuero de Bizkaya,* para que no caiga en olvido legislación tan admirable, cuya incorporación al Código, parece por otra parte, que va para largo, por las dificultades que embarazan la redacción del apéndice de ciertas regiones de legislación, también especial.

APÉNDICE 2.º

Informe de la Comisión de Cultura Baska y acuerdo de la excelentísima Diputación Provincial mandando imprimir la presente obra.

En la historia, todos sus períodos han de ser estudiados, si la impresión que nos dé, ha de ser expresión fiel de la vida. Los días brillantes y las épocas de decadencia están solidarizados como las diversas edades del individuo. Nada surge aislado, nada se explica sin que sus antecedentes sean tenidos en cuenta. Y no es menos meritorio quien estudia los períodos de desgracia que aquel que se dedica a los de la magnificencia.

Tal sucede y con más intensidad en el estudio de la vida interna de los pueblos. Para llegar a bien conocerlos, en su religión, en su derecho, en su arte, en sus más simples manifestaciones, no basta historiar las épocas de glorias, también interesa sobremanera estudiar los días oscuros y de crisis.

No es extensa la bibliografía que Bizkaya pueda ostentar respecto a sus instituciones y por eso son más estimables los esfuerzos de quienes trabajan para estudiarlas y darlas a conocer.

El dignísimo y joven Letrado, D. José Solano y Polanco, Juez de 1.ª Instancia de Durango, con amabilidad muy de agra-

decer, eleva a la Excma. Diputación de Bizkaya un documentado estudio sobre nuestro derecho civil en el estado legal vigente. No podemos nosotros buscar una interpretación auténtica e ideal en la que organismos que no son los del mismo Fuero dan de nuestras antiguas leyes; pero como arriba queda reconocido, tampoco es posible pasar en silencio en la historia del derecho de Bizkaya, el tiempo transcurrido desde la pérdida de nuestra libertad, aunque este tiempo no sea el dechado que perseguimos.

La obra del Sr. Solano ha sido examinada por varios señores Diputados-Letrados y oficialmente por el competente Vocal de la Comisión Codificadora, D. Aureliano de Galarza, cuya opinión va condensada en el precedente escrito y puede condensarse en el siguiente párrafo del mismo: «En conclusión: No siempre y en todo punto habremos de participar del criterio y opiniones del Sr. Solano, pero será de justicia reconocer que su libro es meritorio por muchos conceptos, que su trabajo no es menos apreciable que otros análogos ya publicados, y que su autor ha demostrado grandes dotes de laboriosidad, ilustración y competencia».

A todos ha merecido el mismo juicio, es un trabajo que viene a contribuir a una labor tan necesaria como la divulgación del derecho bizkaino, está bien documentada y creemos que será muy apreciada del público competente.

Como es lógico, la suscrita Junta de Cultura no presta ninguna garantía a todo lo que en el libro del Sr. Solano se contiene. Habrá quizás en él juicios y apreciaciones discutibles, otros acaso

no fiel expresión del espíritu de la ley. Nada añade al valor y acierto de las doctrinas el apoyo que para su publicación proponemos se le otorgue en el siguiente

PROYECTO DE ACUERDO

«La Diputación de Bizkaya acuerda imprimir por su cuenta QUINIENTOS ejemplares de la obra de D. José Solano y Polanco sobre *Derecho civil foral*».

V. E. sin embargo, acordará como siempre lo que juzgue más justo y conveniente.—Bilbao, 15 de Junio de 1918.—Excmo. Sr.—*(Firmado)* Manuel de Eguileor.=Luis de Urrengoechea.=Cosme de Elguézabal.

DILIGENCIA.—La pongo yo, el suscrito Secretario para hacer constar que la Excma. Diputación, en sesión de esta fecha, ha aprobado el precedente informe, con la enmienda de que sean MIL en vez de quinientos, el número de ejemplares que se editen.—Bilbao, 27 de Junio de 1918.—*(Firmado)* José María Estecha.

ÍNDICE

Páginas

PRÓLOGO V

CAPÍTULO I.—Personas, cosas y territorios sujetos al Fuero de Bizkaya 1

Cuadro sinóptico. 27

CAPÍTULO II.—La troncalidad bizkaina. ¿Son troncales todos los raíces del Infanzonado? . 33

CAPÍTULO III.—Los llamamientos forales para casos de ventas 93

CAPÍTULO IV.—La comunicación foral 155

CAPÍTULO V.—La institución de heredero y las legítimas en el Fuero. Clases de testamentos en Bizkaya 251

CAPÍTULO VI.—El derecho de representación, ¿existe en Bizkaya? 321

APÉNDICE 1.º 355

APÉNDICE 2.º 367

ERRATAS PRINCIPALES

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
1	18	establecidos	establecidas.
32	3	Yurre - Las dos.	Yurre—La Foral.
86	5	Teniendo nuestra sentencia	Teniendo nuestra sentencia fecha de 16 de Julio de 1915.
94	(nota)	de tres inferiores	de otras inferiores.
95	31	(la de Guecho)	(la de Algorta).
100	31	lo mismo que ella	lo mismo que este.
113	7	En las ventas de bienes troncales . .	en las ventas de bienes troncales dentro de los grupos.
116	9	1526	1528
119	25	esto	esta.
126	20	otro	otra.
151	2	nuestra es anónima.	nuestra que es anónima.
200	25	periódico oficial y Colección Legislativa.	periódico oficial ni Colección Legislativa.
225	21	salva	salvo.
226	9	auto	autos.
257	14	de.	en.
263	19	habla son en favor.	habla en favor.
311	15	lo que por haber	lo que por haberlos
314	14	no podia.	no podría.
315	18	intrínseca	extrínseca.
319	21	adversación	adveración.
352	12	preter lege	preter legem.
352	12	contra lege	contralegem.

OBRAS DEL MISMO AUTOR

Francisco de Solano. Su vida y sus hechos.—Santander 1909. (Agotada).

ESTA OBRA SE ACABÓ DE IMPRIMIR EN BILBAO,
IMPRENTA DE LA CASA DE MISERICORDIA,
EL DÍA 24 DE AGOSTO DE 1918
Y ES PROPIEDAD DE LA
EXCMA. DIPUTACIÓN
DE BIZKAYA




LEHENDAKARITZA
GOBIERNO VASCO
JUSTIZIA, LAN ETA
GIZARTE SEGURANTZA SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL


BFA
DFB
Diputación Foral Alavesa
Diputación Foral de Álava


AVD·ZEA
Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia