

LA LEGITIMA EN DERECHO FORAL DE VIZCAYA*

Juan Vallet de Goytisolo

1. Los sistemas sucesorios denominados romano y germánico. ¿En cuál se integró el visigótico?

A fin de centrar cualquier sistema legítimo nada es mejor que efectuar, previamente, una confrontación de los sistemas sucesorios prototípicos contrapuestos: el que proclama la voluntad del testador como ley de la sucesión, y aquél que nada deja a esta voluntad.

Por paradigma del primero se señala el sistema romano, en el cual, la sucesión legítima, ya en la ley de las XII Tablas, sólo tenía lugar «*si intestato moritur*». De ahí la importancia social del testamento, testimoniada por Quintiliano (decl. 264): «*interest tamen supremum hominis voluntatem legem facere*». Un brocardo, extractado de un fragmento de Ulpiano¹, enuncia el principio jurídico «*Dicat testator et erit lex voluntas eius*».

Su polo opuesto lo ocupa, según los germanistas², el originario derecho germánico. En él, los herederos eran natos, no elegidos; en tal medida que en algunos derechos ni siquiera podía sustituirse el parentesco de sangre por la adopción. Las disposiciones de última voluntad se desconocían o estaban prohibidas. Esto dimanaba de que el patrimonio doméstico era propiedad en mano común de la familia. Y de ahí, el *Wartrecht*, o antiguo *derecho de expectativa*, y, posteriormente, el *Beispruchrecht*, que exigía el *consentimiento formal* de los herederos más propincuos para cualquier enajenación de bienes raíces.

* Conferencia pronunciada el 20 de mayo de 1993 en el Auditorium de la Universidad de Deusto, organizada por el Instituto de Estudios Vascos.

¹ ULPIANO, *Dig.* 35, 1, 19.

² Heinrich BRUNNER y Claudius von SCHWERIN, *Historia del derecho germánico*, § 57; cfr. versión en castellano, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 244 y ss.

Pienso que la legítima vizcaína, al menos directamente no pudo derivar de ninguno de estos sistemas. Ni el de los romanos —que no llegaron a romanizar Vizcaya— ni el de los germanos; pues ni los visigodos dominaron Vasconia, ni su legítima de los cuatro quintos, con posibilidad de mejorar con el tercio de éstos, era germánica en su sustancia. Como observó Jerónimo González³ en los visigodos llegados a España, resulta demostrado «el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión». La «*abrogata legis illius sententia*», a la que aludió la ley *Dum illicita* del *Liber indiciorum*, se refería a una perdida ley de Eurico que había establecido la absoluta libertad de testar para la población visigoda. En este sentido habían entendido esa referencia Martínez Marina, Sempere y Escriche, y siguió esta opinión García Goyena. Aunque después la entendieran de otro modo Cárdenas, Lacoste, Schultze y Tamassia —quienes creyeron que la norma derogada era el derecho romano—, la crítica historia de Zeumer, Brunner, Schroeder y Ureña retornaría a la primera opinión⁴. Ciertamente, la versión castellana de la *Dum illicita* en (4, 5, 1), después de alegar abusos de padres y abuelos, prescribiría que «*sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio, no podían separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión*».

2. ¿Dónde pueden hallarse las raíces genuinas del régimen vizcaíno?

En el siglo XVI el jurista castellano Juan Gutiérrez⁵ escribía que «*la costumbre inmemorial, usada y guardada generalmente en todo el país de Infanzonado de aquella tierra, es que los padres siempre donan a sus hijos varones mayores la casa y casería principal, y todos los demás bienes raíces que tienen, y apartan a los otros sus hijos, y hijas con un árbol y raíz, distribuyendo entre ellos la dote de la nuera futura o presente*» ... «*aunque lo de elegir y dotar al hijo varón mayor, no sea precisamente obligatorio, sucede raramente lo contrario*»; y que «*todo esto devió ser ley, y costumbre en Vizcaya antes de que ouisse puntos de derecho, y no menos antiguo que su lengua*».

³ Jerónimo GONZÁLEZ, *Observaciones a las conferencias del Doctor Ferrara*, R.C.D.I. 1929, p. 650, o «Estudios de derecho hipotecario y civil», III, Madrid, Ministerio de Justicia, 1948, p. 241.

⁴ Cfr. mis *Apuntes de derecho sucesorio*, I, § 2; Madrid, INEJ, 1955, pp. 14 y ss.

⁵ Juan GUTIÉRREZ, *Practicae quaestiones de nobilitate Hispaniae*, en *Practicarum quaestionum civilium*, lib. III, quaest. XVII, n. 283; cfr. novae editio, Colloniae Allobrogum 1730, p. 135.

Cuando Gutiérrez escribió esto hacía pocas décadas que se había promulgado el Fuero de Vizcaya de 1526, y algo más de un siglo el Fuero Viejo de 1452 que, en los capítulos 62 y 76, permitía elegir heredero entre los tronqueros.

La pregunta que surge en seguida, inquiriere por el origen de esta costumbre.

¿Correspondía a las que ya tenían caristios y bárdulos, del grupo celta, que poblaban Vizcaya cuando llegaron y se mezclaron con ellos los euzkeras —al parecer en la época visigoda después de haber entrado en Guipúzcoa muy avanzado ya el período romano⁶—, o bien éstos trajeron las costumbres que venían viviendo ancestralmente en el Pirineo? Tal vez fueran similares las de unos y otros pueblos fusionados, como las de todos los pueblos primitivos⁷, al menos los del tronco ario. Kaser⁸ pensaba incluso que en el derecho romano primitivo *los domestici heredes*, al morir el *pater*, adquirirían la herencia de un modo automático; y el padre, para evitar el consiguiente desmenuzamiento de las explotaciones agrarias, no tuvo, en un principio, otro expediente que disminuir el número de los *sui heredes*, mediante la *emancipatio*, la dación en *adoptio* a otro *pater familias*, o la entrega, dotándolas, de hijas en matrimonio *in manu*. Sólo más tarde se hallaría el recurso testamentario de la *heredis institutio* de un hijo, con *exhereditatio* de los demás *sui*, originándose un régimen electivo del sucesor en la jefatura familiar entre los *sui heredes*.

O bien, ¿el régimen vizcaíno, simplemente, constituyó la adecuación al medio y al modo de vida apropiada de los pueblos de cultura labradora. No olvidemos las conclusiones que Le Play⁹ extrajo de sus investigaciones histórico-sociológicas, al distinguir: a) la *famille patriarcale*, en la cual se agrupan en torno al padre varias generaciones, al continuar, con él, los hijos aunque se casen —régimen característico de los pueblos pastores, que resulta equitativo en las épocas buenas, pero en períodos de corrupción, son oprimidos sus individuos y se cae en la rutina y la miseria—. b) La *famille instable*, que no se reúne en un hogar estable, pues se deshace en cada generación, abandonándolo los hijos tan pronto como pueden bastarse a sí mismos —régimen característico, en los tiempos

⁶ Esa fue la opinión de Pere BOSCH GIMPERA, *La formación de de los pueblos de España*, México, 1945, pp. 130, 152, 343 y de Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Vascos y navarros en su primera historia*, Madrid, Ed. del Centro 1974, pp. 74 y ss.

⁷ Cfr. Ramón PRIETO BANCES, *Los negocios en la historia de la sociedad legal de ganancias*, en A.A.M.N., IX, pp. 88 y ss.

⁸ Max KASER, *Derecho privado romano*, 65, II, 1 b; cfr. ed. en castellano, Madrid, Reus, S.A., 1968, p. 300.

⁹ Frederic LE PLAY, *L'organisation de la famille selon le vrais modele signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, París 1871, lib. I, cap. I, § 2 y ss. pp. 9 y ss.

primitivos, de los pueblos cazadores, y hoy de las masas de las grandes aglomeraciones urbanas, que caen fácilmente en excesos de individualismo y de los insaciables deseos de novedad—. c) Y la *famille souche*, donde sólo uno de los hijos, una vez casado, continúa en el hogar paterno, conviviendo en él, con los padres, abuelos, hermanos y tíos solteros, continuando con él las tradiciones familiares —sistema que suele ser el de los pueblos labradores—.

En este régimen de la familia solariega, se produce una simbiosis entre el medio geográfico-físico y climático y las casas labradoras, con una cultura ecológica. Esto explica que Joaquín Costa¹⁰ osó decir, hablando del Alto Aragón «la naturaleza existe por la sola virtud del derecho; sin estas costumbres, que tan odiosas os parecen, no habría allí naturaleza productiva»; que Torras y Bages¹¹, refiriéndose a las normas vividas en Cataluña, escribiera: «Leyes de la tierra las llamaban tanto en catalán como en latín, porque lo son, como son de la tierra las montañas y los ríos y las costas; producto e imagen de su sustancia»; que Josep Faus y Condomines¹² advirtiera: «El fundamento del derecho consuetudinario catalán es granítico como obra que es de la naturaleza y de la historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible»; y que Gregorio de Altube¹³, refiriéndose especialmente a Vizcaya y comparándola a la Tierra de Campos, pusiera este título a una de sus conferencias: *El paisaje como fuente del derecho*.

En correlación a lo expuesto, parece cierto, tal como se ha insinuado, que desde el Bajo Medievo se entrecruzaran —no sólo, en algunas regiones francesas, especialmente del Midi¹⁴— la tradición romana vulgarizada, las costumbres germánicas y las nuevas tendencias feudales, produciéndose una tensión entre el derecho de solidaridad familiar y el principio de la libertad civil, conllevando la libre disposición de la casa por el padre de familia. Tensión que sería llevada a un punto de equilibrio al circunscribirlo —con el *privilège d'ainesse*— a los *biens propres*.

Por otra parte, no debe olvidarse que, desde el Bajo Medievo, existió una intercomunicación jurídica entre los distintos países de la Europa

¹⁰ Joaquín COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, cap. V, Madrid, Impr. de la Libr. Gral. de Legislación, 1883, pp. 140 y ss.

¹¹ Joseph TORRAS I BAGES, *La tradició catalana*, lib. II. cap. VII; cfr. 2.ª ed. Vic, Estampa de la Viuda de Ramón Anglada, 1902, pp. 535.

¹² Josef FAUS Y CONDOMINES, *Els capitols matrimonials a la comarca de Guisona (Catalunya Segriana)*, R.J.C. XII, 1907, p. 203.

¹³ Gregorio DE ALTUBE DE IZAGA, *El paisaje como fuente del derecho*, conferencia inédita, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949.

¹⁴ Gabriel LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux libéraux, successions*, 635, pp. 330 y s.; 648, pp. 334 y ss., y 650 bis, pp. 336 y s.

cristiana, que pudo dar lugar a la formación del denominado derecho consuetudinario medieval cristiano¹⁵. Esta intercomunicación ha sido puesta en evidencia en algunas instituciones. Así, el principio de la libertad civil estaba ya enunciado en Inglaterra en las *Leges Henrici*, que se creen anteriores a 1118, en Francia se halla repetidamente en *coutumes* escritas y en ciertos autores del siglo XII —afirmado «*convenence loi voult*» y después «*convenances vainquent loi*» o en latín «*pactum vivit leges*»; en Cataluña, en el XIII, en las *Commemoracions* de Pere Albert, cap. 33, «*les convinences la en us deuen ser servedes per dret*»; en Aragón, en el Fuero de Teruel y en varias *Observancias*, especialmente la 16, que sientan al principio *standum est chartae*; en Navarra, en el *Fuero General de Navarra* 2, 4, 20: «*paramento fuero vienze*» y en el de Noveñera, «*paramiento ley vence*»; en Alemania, donde el testimonio más antiguo conocido es de 1328: *Gedunge bricht Landrecht* o *Willkur bricht Landrecht*¹⁶; y aquí en Vizcaya el ancestral «*Erriak vere lege, etxeak vere ardura*», que incluye otro principio también general en el Medioevo, el *standum est consuetudine*. Una muestra más de esa intercomunicación es el usufructo concedido bajo la fórmula *donna domina poderosa et usufructuaria*, y su concreción según la *consuetudo Bulgari*¹⁷, que trajo el uso del *alkar poderoso*, aquí en Vizcaya, mediante la designación de comisario al cónyuge supérstite con prórroga vitalicia para su ejercicio.

3. Legítimas colectivas de los regímenes desarrollados en territorios ocupados por euzkeras

Ciñéndonos a las legítimas colectivas de los regímenes desarrollados en territorios ocupados por euzkeras, ya sea originariamente en el Alto Aragón y Navarra, ya desde tiempos históricos ancestrales —Vizcaya y

¹⁵ Esta fue la tesis de J.B.V. COCQUILLE, *Les legistas, Leur influence politique et religieuse*, París, Durand Libr. y A. Bray, Libr., 1863, cap. V, p. 294. En España se hicieron eco de su tesis: Ramón CATÁ DE LA TORRE, *Exposiciones razonada y crítica de costumbres jurídicas del Principado de Cataluña o de algunas de sus principales comarcas*, III, R.J.C. XX, 1914, pp. 496 y ss.; y Salvador MINGUIJÓN, *Al servicio de la tradición*, cap. VII, Madrid, Javier Morata, Ed., pp. 95 y ss.

¹⁶ Esta interrelación es mostrada en un trabajo inédito de Juan GARCÍA GRANERO, que fue citado y seguido por José Luis BERDEJO, *El principio aragonés «standum est chartae»*, en A.D.C. XXXIX-III, julio-setiembre 1986, pp. 684 y ss. Cfr. también para Navarra del propio GARCÍA GRANERO FERNÁNDEZ, *Anotaciones de un foralista sobre el libro de un lingüista, Registro del Consejo de Olite, de Ricardo Ciervade*, II, B, 4, en An. Der. Foral, II, Pamplona 1976-1977, p. 346.

¹⁷ Cfr. Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, *Donna, domina, potens et usufructuaria*, en An. Der. Foral II, Pamplona 1976-1977, pp. 97-322.

Alava—, notemos que el uso de designar sucesor a uno de los hijos —en general, el varón mayor— aparece en un régimen que es de plena libertad de elección en el derecho de Navarra y en el *Fuero de Ayala* y, enmarcado como facultad de elección del heredero tanto en el derecho aragonés vigente como en el *Fuero de Vizcaya*, con un régimen de legítima global o colectiva de dos tercios, en Aragón, y de los cuatro quintos, en Vizcaya, incluyéndose en ella todos bienes troncales.

Esta disparidad nos plantea si el régimen originario fue o no el mismo en los cuatro territorios, y cuál sería ese régimen común o bien el peculiar de cada una.

Respecto en Aragón las opiniones son contradictorias. Es cierto que en los *Fueros* de 1307 y 1311 la institución de herederos debía recaer precisamente en uno de los hijos, de lo cual dedujo Lacruz Berdejo¹⁸ que los *Fueros* pretendieron excluir ya sea la obligación de instituir herederos a todos los hijos o bien la automática condición de herederos de todos, «que acaso existiera antes». En cambio, Castán Tobeñas¹⁹, remontándose más atrás, opinaba: «No debió haber, en el derecho aragonés primitivo un criterio uniforme en materia de legítimas, pues, mientras el *Fuero de Jaca* del año 1187 reconoce a los jaqueses la libertad absoluta de testar, el de Daroca de 1142 establece una norma exageradamente restrictiva de distribución igualitaria, prescribiendo que «nadie puede dejar a un hijo más que otro». (Notemos que el ámbito geográfico de Daroca es muy otro que el pirenaico de Jaca.) Marceliano Isabal²⁰ se inclinó por la opinión de Vicenzo Lafuente (*Estudios críticos sobre la historia y el derecho de Aragón*, vol. II) de que la libertad de testar aragonesa no nació en los *fueros* sino que es anterior a ellos; en el Pirineo central, poco aficionados sus habitantes a las cosas de los godos, no debió hacerse del *Libro Judiciorum* el caso, si se hizo alguno, que en Cataluña y Asturias; y, por eso, no ya en tiempos de Sancho Ramírez, sino aún antes de la invasión sarracena, los aragoneses y navarros tenían liberrima libertad de testar y si no la tenían se la tomaban. Frente a la afirmación de Sessé: «*In regno tota hereditas est legitima*», contrapuso el mismo Isabal²¹ la de los antiguos fueristas, invocando la opinión de Molino, que dice haber aprendido de ellos que, si bien, por el *Fuero De exheredatione regnorum* el padre no podía desheredar sin causa legítima a los hijos, la costumbre había

¹⁸ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Las legítimas en la Compilación*, V.R.C.D.I, 44, 1968, p. 513.

¹⁹ José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil, común y foral*, 6.ª ed., Vol. IV, Madrid, Reus, 1947, p. 303.

²⁰ Marcelino ISABAL, *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, voz «Legítima» en Aragón, vol. XXI, p. 253.

²¹ *Ibíd.*, p. 252.

llegado a autorizar esta desheredación, permitiendo la institución de un extraño. Criterio que, a finales del siglo XVIII, estimaban vigente Jordán de Asso y De Manuel²².

El *Fuero Viejo de Vizcaya* de 1452, en sus capítulos CXII y CXXVI refiere las costumbres que regían «faste agora en Vizcaya», en virtud de las cuales los bienes raíces procedentes de la familia debían dejarse forzosamente a los parientes tronqueros entre los cuales el lugar preferente lo ocupaban los hijos pero con facultad de elegir entre ellos el sucesor, y los muebles y las raíces no troncales eran de libre disposición²³.

Este *fuero* de 1452 modificó ese sistema, en cuenta a considerar los bienes comprados troncales en relación a los hijos (cap. CXII) y permitir el legado del quinto de las raíces a favor del alma, en cuanto con los muebles no se alcanzara a cubrirlo.

El *Fuero Nuevo de Vizcaya* de 1526 amplió los cuatro quintos al conjunto de los bienes raíces y muebles, como derecho colectivo de descendientes y ascendientes, según resulta de las leyes 20, 14 y 18 y 21, 5.

Esto me hace preguntar que diferencia medió entre el originario derecho de Vizcaya y los de sus más afines en estirpe y área geográfica. Siendo, en las costumbres anteriores de que habla el Fuero viejo, de libre disposición incluso entre extraños todos los bienes muebles y los inmuebles comprados, y estando sometidos los raíces troncales al régimen de la troncalidad forzosa, esta última aparece como la única diferencia con el originario derecho tanto de Aragón como de Navarra, que también se regían por el criterio de la troncalidad, pero no forzosa sino subsidiaria, es decir, limitada solamente a la sucesión intestada. Siendo así lo más probable es que tal carácter forzoso de la troncalidad viniera de que en la concreción de las costumbres se diera por forzoso lo que era usualmente y habitualmente vivido. Es decir, el hecho de que no se disponía a favor de extraños habiendo hijos y descendientes²⁴, y el de que, a falta de ellos,

²² Ignacio Jordán DE ASSO y Miguel DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones de derecho civil de Castilla*, Libr. II, tít. III, cap. II, Aragón; cfr. 3.^a, Ed. Madrid, Joachin Ibarra, Imp. 1780, p. 205.

²³ Nada en contrario puede interferirse del capítulo 1.º del *Fuero antiguo de la Merindad de Durango*, que es del siglo XIV y, por ello, probablemente menos antiguo que las costumbres referidas en el *Fuero viejo*. Este capítulo 1.º extiende la indisponibilidad a toda clase de bienes raíces o muebles, sin perjuicio de la facultad de mejorar (palabra tomada de las leyes del Reino) a cualquiera de los hijos. Lo cual, probablemente, sería una innovación de las costumbres, en lo que, en cuanto a los inmuebles comprados, se anticipó al Fuero Viejo de Vizcaya. Con la diferencia de no salvar el quinto a favor del alma, y al Fuero Nuevo, en cuanto a los muebles, con la diferencia de no salvar el quinto.

²⁴ Creo que puede ser esclarecedor lo escrito de la Tierra de Ayala, por Luis María URIARTE Y LEBARIO, *El Fuero de Ayala*, Madrid, Impr. Hijos de M.G. Hernández, 1912.

se respetara la troncalidad, sin perjuicio de la libre disponibilidad del quinto —incluso afectando a los bienes troncales tratándose de las animalías—, llevaría a considerar ese uso como costumbre imperativa. Al ser el Señorío de Vizcaya dependiente del Reino de Castilla, el *Fuero Juzgo* le ofrecía el módulo de los cuatro quintos.

En caso alguno, pues, aparece por parte alguna el *Wartrecht*, en sentido estricto.

4. El aspecto formal del derecho sucesorio vizcaíno. La elección y el apartamiento

La sucesión en el caserío vizcaíno, desde antes del *Fuero viejo*, podía otorgarse en testamento, capitulaciones matrimoniales o donación.

La sucesión podía y solía ordenarse a favor de uno solo de los hijos. Lo cual requería su *elección* y el *apartamiento* de los demás. Igual sucedía entre los ascendientes de cada rama y de los colaterales tronqueros.

a) La *elección*

No tenía fórmula predeterminada. En la terminología del *Fuero Nuevo*, de 1526, hallamos estas expresiones: «*dejar su hacienda*», «*pueden dar así en vida como el artículo de la muerte*»²⁵; «*marido y mujer ambos conjuntamente pueden dar y donar, o mandar...*», y cada uno de por sí «*disponer de su mitad*»²⁶. Este léxico no sólo muestra que el caserío podía transmitirse *inter vivos* o *mortis causa*, sino, además, que no exigía se otorgara a título de heredero aunque, en su terminología, denomina «herederos» a todos los parientes con derecho a la legítima troncal o a ser apartados²⁷ y «heredero principal» a aquel a quien se le «dotare, donare, o en su fin mandare y dejare...»²⁸. Ese empleo de la palabra «heredero» pienso que, ni en uno ni otro caso, tiene significado técnico sino vulgar²⁹. Lo cierto es que en derecho vizcaíno ninguna consecuencia ha tenido nunca que, al atribuir el caserío, se empleen expresiones o formas distintas de «*instituir heredero*»³⁰.

Es cierto que se ha entendido el Fuero en el sentido de que si no establecía que la sucesión de los legitimarios debiera tener lugar a título de

²⁵ *Fuero Vizcaya*, 20, 11.

²⁶ *Ibíd.*, 21, 6.

²⁷ *Ibíd.*, 20, 17.

²⁸ *Ibíd.*, 20, 16 y 19.

²⁹ Cfr. el *Diccionario* de la Real Academia Española que, en la voz «*Heredero*», incluye: «2. Dueño de la heredad o heredades»; y, en la «*heredar*» comprende: «2. Darle a uno heredas, posesiones o bienes».

³⁰ Cfr. mi tratado *Las legítimas*, Madrid, I.N.E.J., 1974, vol. I, cap. VI, 7, pp. 579 y s.

heredero, era porque partía «de un sistema inicial de vinculación de los bienes a la familia y limitada libertad de disponer en favor de los extraños», y que la posibilidad «de asignar la legítima a título de legado no entra en sus previsiones; además, la sucesión troncal es en sí misma una sucesión plural». Estas explicaciones de Lacruz Berdejo³¹ contienen tres razones, más bien inconexas. La última creo que es la certera: el concepto de heredero troncal es diferente del genuino romano, según el cual sería más bien un heredero en cosa cierta³². La penúltima razón parece olvidar que ese tema no preocuparía a los autores del Fuero³³, como tampoco se ocuparon de él sus comentaristas antes de que prendiera en España la preocupación conceptualista por la naturaleza jurídica de las legítimas. Y la primera razón parte de algo que no solamente está sin probar, sino que si siquiera, como hemos visto en el epígrafe anterior; es lo más probable.

La expresión «*herencia forzosa*» que emplea el art. 22 de la *Compilación* de 1959, y la de «*sucesión forzosa*» del epígrafe del cap. II y el art. 53 del tít. II, lib. I de la vigente *Ley de 1992* creo que no tiene ni puede atribuírsele significado conceptual dado que de él carecían el Fuero y las costumbres que éste recogió.

La *Ley de 1992*, ni en el art. 54 ni en ningún otro de sus artículos, exige que la atribución de los bienes ni la elección del sucesor se haga a título de heredero; y, por el contrario, el art. 74, dice: «*Mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto sucesorio otorgada en escritura pública, se puede disponer la sucesión en bienes de los otorgantes, bien a título universal o particular...*»; y, en los artículos siguientes, habla de «*designación de sucesor*» (art. 75), o «*designación sucesoria*» (art. 77, 78 y 80).

Repito lo que escribí hace años³⁴, la función de designar sucesor o sucesores no la realiza el derecho vizcaíno con normas imperativas, sino con la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar, y confiando en el buen criterio del padre o madre de familia, rectamente formado por costumbres sanamente vividas y tradiciones familiares inmemoriales. Lo normal es que el testador instituya heredero único si sólo cuenta con un caserío, y, cabe que si dispone de varios, designe distintos sucesores, uno por cada caserío y respectivos pertenecidos.

³¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., Barcelona, 1973, II, 78, 480, p. 223.

³² Cfr. mi *Panorama del derecho de sucesiones*, 21, en rel. 27; vol. I, Madrid, Civitas 1982, pp. 52 y 67 y ss.

³³ Creo certera la afirmación de la *Exposición de motivos* de la *Compilación* de 1959, de que, «centrando y acotando el derecho foral sobre la unidad de cada caserío y sus pertenecidos», fue *ratio legis* del *Fuero* la «intangibilidad del caserío» y el «sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno». Entiendo, por mi parte, que el concepto romano de herencia fue ajeno a él.

³⁴ *Las legítimas*, I, cap. VI, II, III, 28, p. 581.

Pero, dada esa libertad de testar, básica en el derecho foral, ¿hay óbáculo para que el causante distribuya en legados toda la legítima foral o una parte de ella? Tampoco veo incompatibilidad para ello. En especial cuando el testador carezca de legitimarios descendientes, o bien si se trata de un causante vizcaíno, residente en una villa, que deje bienes troncales en la Tierra llana. Supuestos en los cuales parece perfectamente ortodoxo que se disponga de los bienes troncales a título de legado; y, en el primer caso, que se instituya heredero a un no tronquero, recibiendo éste, en su virtud, los bienes no troncales que pueden ser los más valiosos.

b) El *apartamento*, que es el segundo requisito formal, que acompaña a la elección de sucesor entre los demás integrantes de su mismo grupo de descendientes, ascendientes o colaterales tronqueros, viene siendo objeto de una progresiva desformalización.

El *Fuero de Vizcaya*, 20, 11, como requisito para que el padre o madre dejara toda su hacienda a uno solo de los hijos, dispuso que lo hiciera «*apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho, a los otros hijos o hijas y descendientes...*». En la 20, 13, para la donación a un solo hijo u otro heredero de la casería, requirió que «*intervenga apartamiento de los bienes raíces con tierra a los profincos*». Y la 21, 6 en la designación efectuada por ambos cónyuges en los bienes comunes o por uno de ellos de su mitad, precisó que debía de ser ejercitada «*apartando a todos los otros con poco o mucho de tierra*».

Antes de la *Compilación* de 1959 se plantearon varios problemas: si la falta de *apartamento* expreso equivalía a preterición; si ésta se salvaba con algún legado³⁵; si el *apartamento* equivalía a la desheredación o si la legítima de apartación³⁶ era tangible y podía ser reclamada³⁷.

Estas cuestiones han quedado descartadas con la desformalización producida a partir de la *Compilación* de 1959.

Esta, en su originario art. 23, 2, dijo que los descendientes y ascendientes «*podrán ser excluidos, sin fórmula especial de apartamento, siempre que consta claramente voluntad del testador de separarlos de la herencia*». En el 23, 3 permitió que el *apartamento* de los colaterales tronqueros «*podrá ser expreso o tácico, considerándose tácitamente apartados, aquellos a cuyo favor no se haga la institución*». A estas

³⁵ A ellas me referí en *Las legítimas*, I, cap. VII, I, 3, pp. 640 y s.

³⁶ El *Fuero* 21, 7, dice: «La tal tierra de apartación *sucede en lugar de la legítima*». En esta frase se apoyaron quienes han sostenido que no se trata de una desheredación; y que el apartado puede reclamar la tierra de apartación y continúa siendo heredero aunque sea de rango inferior. Tesis que creo equivocada en base argumental; pues, el *apartamento* sólo se refiere a bienes, aunque agoten toda la hacienda, y no afecta a la sepultura ni a la saca foral.

³⁷ También me he ocupado de esto en *Las legítimas*, I, cap. VII, I, 3, pp. 650 y s.

normas se remitió el art. 30, para el supuesto de deferirse la sucesión «*por capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación*».

La vigente *Ley de 1992* en el art. 54, 2, dice: «*Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de la sucesión*». Esto queda, si cabe, más aclarado aún en el primer apartado del tercer párrafo del mismo artículo: «*En otro caso (del que seguidamente trataremos) la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor, de igual grado menos favorecido*». Es decir, sólo se da valor a la falta de apartamiento cuando *no signifique preterición intencional*; y no da más derecho al preterido que el de *reclamar una cuota igual a la del sucesor, de igual grado, menos favorecido*. Siendo así ¿qué ocurre si alguno de los no nombrados sucesores no han sido apartados? Pienso que, esa falta de apartamiento de alguno pero no de todos equivaldrá a éste, puesto que los apartados son los que menos reciben y a ellos debe asimilarse el no designado. El verdadero problema queda circunscrito al supuesto de que ninguno haya sido apartado o de que, excepto el designado, no exista otro sucesor que debiera haberlo sido.

En su inciso anterior del mismo párrafo tercero se lee: «*Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente*». Es decir, lo «representan», lo cual sólo cabe referirlo, ya sea a cuanto éste le dejó a aquél, o bien en su condición de preterido, en cuyo supuesto —pienso— no pueden ser de mejor condición que los incluidos en el supuesto del inciso que hemos examinado en el párrafo anterior.

5. Contenido objetivo de las legítimas

La legítima del derecho foral de Vizcaya se integra, de una parte, entre las de tipo *rerum*, en cuanto todos los bienes que son raíces troncales; y, de otra; por una *pars bonorum*, de cuatro quintas partes, a la cual se imputan los bienes raíces troncales con preferencia a los demás bienes³⁸.

Según el P. Chalbaud³⁹ la legítima troncal «se diferencia de la legítima común aun en su más amplio sentido, en que la primera es un derecho real, derecho a la cosa raíz determinada que posee el padre como jefe

³⁸ Acerca las clases de legítima por razón de su contenido, cfr. mis libros, *Las legítimas*, I, cap. II, III, 5, pp. 65 y ss.; y *Panorama* I, 246, pp. 540 y ss.

³⁹ Luis CHALBAUD Y ERRAZQUIN, *La troncalidad en el fuero de Vizcaya*, Bilbao, Tip. Sebastián de Amorrortil, 1989, IV, pp. 60 y ss.

de la familia, y la segunda no es sino el derecho a una cuota parte del conjunto de los bienes constitutivos de la herencia, no a cada uno en particular o a una clase específica... «el derecho hereditario es un derecho a una universalidad; el derecho troncal tan sólo se refiere a la raíz»... «fallecido un poseedor de bienes troncales pueden existir tantas sucesiones distintas cuantos sean estos bienes».

Es de notar que esta legítima puede exceder de los cuatro quintos (4/5) si los bienes troncales los superan. Y, en ese caso, la parte de libre disposición será menor que el quinto. Así resultaba de las normas del *Fuero* 20, 14; 20, 18 y 21, 10, referentes a la disposición del quinto, y lo confirma y aclara la Ley de 1992 en su art. 55, 2: «*El quinto restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo*».

Sin embargo, para precisar el alcance de la legítima debemos distinguir antes los distintos grupos de legitimarios.

a) El primero lo constituyen los descendientes que, en el *Fuero* 20, 11, se dividía en dos subgrupos: el preferente, de los hijos y descendientes legítimos: «*hijos de legítimo matrimonio*», incluyendo de conformidad a sus palabras, «*hijos o hijas legítimos o a nieto y descendiente de su hijo o hija legítimo que haya sido fallecido*»; y el supletorio de los hijos naturales: «*Y si hijos, o descendientes legítimos de legítimo matrimonio no oviere; que por esta misma forma pueda dar, y apartar a los hijos naturales que oviere de mujer soltera: Con que hijos de manceba no pueden suceder ni heredar en vida ni en muerte con los hijos o descendientes de legítimo matrimonio; esceto si el padre o la madre las mandare o dare alguna cosa de reconocimiento, así en mueble, como en rayz: Con tanto que no exceda del quinto de todos sus bienes*».

Criterio seguido en la *Compilación* de 1959, en su art. 22: «*La herencia forzosa se defiere por el siguiente orden: Primero: A los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima. Segundo: A los hijos naturales reconocidos y a los legitimados por concesión del Jefe de Estado, con derecho de representación a favor de su descendencia legítima.*»

Pero este artículo ha sido modificado por Ley 6 de 18 marzo 1988, en su art. 2, 1, que dispuso: «*A efectos sucesorios se establece la igualdad de los hijos independientemente de su procedencia matrimonial o extramatrimonial.*»

La actual Ley de 1992 incluye, además, entre los legitimarios, a los hijos adoptivos, al decir su art. 53: «*La sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere por el siguiente orden: 1.º A los hijos, incluso los adoptivos y demás descendientes...*».

Esta ampliación del primer grupo de legitimarios alcanza además a los nietos y descendientes de ulterior grado aunque no hayan muerto el

hijo u otros descendientes intermedios entre el causante y sus nietos o descendientes del grado más remoto. Así resulta del art. 54, 1, que, al regular el reparto de los bienes de la sucesión forzosa entre los comprendidos en cada grupo, o la elección de uno solo de ellos, concluye: «*e, incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo*». Criterio que, aunque contrario al *Fuero*⁴⁰ parece acertado, pues, un abuelo longevo puede tener entre sus nietos alguno más apto y adecuado para llevar el caserío que cualquiera de sus hijos, incluido el padre o la madre del elegido.

Respecto este grupo de sucesores forzosos son troncales todos los bienes raíces del ascendiente causante, incluso los comprados por éste, sitios en el Infanzonado, como reconocía el art. 8, 1.º de la *Compilación* de 1959, y sigue diciendo el art. 22, 1.º, de la vigente Ley de 1992. Es así por propia definición de la troncalidad; ya que todos éstos bienes provienen del propio tronco del que son descendientes los incluidos en este grupo. Y, en cuanto a la *pars bonorum* de los cuatro quintos, es natural que sean computadas deduciendo las deudas hereditarias e incluyendo, para calcularlo, lo donado por el causante.

No obstante, el art. 62, 1, 3 dice: «*Sólo serán computables las donaciones no troncales efectuadas a favor de quienes no sean sus sucesores forzosos y todas aquellas en que no medie apartamiento expreso.*» Para que los 4/5 no sean de hecho más de los 4/5 de la suma de relicto líquido y todo lo donado; ni el 1/5 menos del quinto de aquella suma, sería preciso que se *computaran* todas las donaciones. Así se mantendría esa proporción, y no se perjudicaría la libre disposición de quien haya sido generoso en vida con sus hijos y descendientes, o con alguno o algunos de ellos. Para lo cual todo lo donado a los legitimarios, sean o no elegidos, debería *imputarse* a los 4/5 si es raíz conforme el art. 62, 1, 2 y los muebles al 1/5 y, en su exceso, a los 4/5; y lo donado a otras personas al 1/5 y reducirse en su exceso.

Sin embargo, el criterio de la Ley de 1992 en el citado párrafo tercero del art. 62, 1 es el contrario, con lo cual resulta que la parte de libre disposición del causante que haya efectuado donaciones de bienes troncales mediando apartamiento será inferior en un quinto de esos bienes al

⁴⁰ Rodrigo JADO Y VENTADES, *Derecho civil de Vizcaya, Comentarios a las Leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, Casa de Misericordia, 1900, II, III, 3.º I, p. 350, comentó así este punto: «La facultad de elección en este caso de herederos descendientes no se extiende a poder elegir a uno cualquiera de ellos, pues para que el testador pueda dejar todos sus bienes al nieto o descendiente de su hijo o hija se requiere que el hijo o hija haya fallecido, según lo dice la ley». Por ese mismo criterio se inclina Adrián CELAYA IBARRA, *Compilación de Vizcaya y Alava*, art. 22, III, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», vol. XXXVI, Madrid, EDESA 1979, pp. 209 y ss.

quinto calculado conforme el art. 62, 1; y de hecho la legítima colectiva resultará mayor en el montante de cuatro quintos del bien raíz donado mediante apartamiento.

b) El segundo grupo de legitimarios lo integran los ascendientes y su legítima total incluye, así mismo, una *legítima rerum* que se integra en su correspondiente *pars bonorum*, a la cual cabe que supere si los bienes troncales correspondientes a una línea ascendiente superan en valor al de aquélla. Esta *pars bonorum* y la *rerum* de su rama estaba reconocida en el *Fuero* 21, 5, 6 y 10, que, como para los descendientes, señalaba aquélla en los cuatro quintos, y así seguía siéndolo en el art. 21 en relación con el 22, segundo, de la *Compilación* de 1959. La Ley de 1992, conforme destaca su Exposición de motivos, reduce, en el art. 56, a la mitad (1/2) la *pars bonorum* legitimaria de los ascendientes.

En cuanto al carácter de tronqueros de los ascendientes según el art. 7, Tercero de la *Compilación* de 1959: «*También lo serán sin perjuicio de la reserva que establece el artículo 36 de esta Ley, el padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados constante el matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por los hijos de ambos habidos en el matrimonio.*» La Ley de 1992 en su art. 20, 3, modifica esta redacción en cuanto la llamada, que refiere al art. 85, y a su inciso final, en el que en lugar de «*los hijos de ambos habidos en el matrimonio*» dice «*por sus hijos comunes*».

En la sucesión a favor de los ascendientes es de especial encaje el art. 62, 1, 2.

c) El tercer grupo de legitimarios lo constituyen los profincos colaterales tronqueros —*tronqueros profincos de traviesa*, dice el *Fuero* 21, 6—; para los cuales sólo existe una *legítima rerum*, integrada por los bienes del respectivo tronco. Esa legítima troncal les fue reconocida en el *Fuero* 21, 10; que facultó al causante para elegir el sucesor, aunque no fuera el de grado más próximo, «*apartando a todos los otros parientes profincos con algo de raíz, poco o mucho*».

Esta legítima fue regulada por la *Compilación* de 1959 en el art. 24, 2, en rel. con el 7, 4.º, el 9, 2.º y el 8, 3.º, que señaló el límite del cuarto grado. La vigente Ley de 1992 la trata en el 57, 2, en rel. con el 20, 4.º y 22, 2.º.

Es de notar que en ésta, en el art. 20, final, indica que para los hijos adoptivos el parentesco troncal «*se determinará, en las líneas ascendiente y colateral, como si el adoptado fuese hijo por naturaleza del adoptante*». Norma que, creo, debe estimarse referida tanto a la condición de sujetos activos, para suceder, como, a la de sujetos pasivos, para ser sucedidos.

6. La legítima troncal en las sucesiones de no aforados en bienes raíces sitos en el Infanzado

Puede haber lugar a la legítima troncal vizcaína aunque la sucesión se rija por otra ley. Y he defendido⁴¹ que este supuesto no debe reducirse al de los vizcaínos avecindados en las villas que tengan bienes raíces en la Tierra llana.

El *Fuero* en 20, 15 ordenó «*que el tal vecino de villa*»... «*toda lo rayz que tuviere en la tierra llana, juzgado de Vizcaya, sea de la condición, y calidad privilegio y fuero, que la otra rayz que poseen los vizcaínos de la tierra llana troncal*»... «*y tal, que en vida, y en muerte puede disponer el vizcaíno vecino de la tierra llana: Y sean admitidos para la tal rayz los tronqueros profincos, como, y según se admite en los bienes que posean, vendan y manden los vizcaínos, vecinos de la Tierra llana*».

Es de notar que, entonces y hasta el Código civil, conforme la doctrina de los estatutos, a esos bienes raíces debía aplicarse y se aplicaba el estatuto real. Por eso, la misma disposición también era aplicable a la sucesión de cualquier no vizcaíno que tuviera raíces en la Tierra llana. Así lo había estimado la S.T.S. 8 de junio de 1874, y lo habían entendido Alonso Martínez⁴² y Lecanda⁴³. Aunque aquél⁴⁴ rectificaría este criterio, que fue rechazado en el Senado, argumentando ese rechazo el miembro de la Comisión codificadora Paso y Delgado, en su respuesta al senador vizcaíno Martín Zabala⁴⁵.

El originario art. 10, 3 del Código civil, como excepción a la aplicabilidad de la ley personal del causante en las sucesiones, dispuso: «*Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán en las villas, seguirán*

⁴¹ Cfr. *Glosas al § 3.º del art. 10 del Código civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en A.D.C. XII-I, enero-marzo 1959; *Las legítimas*, I, cap. V, III, II, 9, pp. 543 y ss.; *Panorama* I, 323, pp. 669 y ss.; y, asimismo, en mi ponencia al VII Congreso Internacional del Notariado Latino (Bruselas, 1963) II, 14; cfr. en «Estudios de derecho notarial», conmemorativos de la ley del Notariado, vol. II, p. 618; y la efectuada en colaboración con Roberto BLANQUER UBEROS, José Luis MARTÍNEZ GIL y Vicente Luis SIMO SANTONJA, para el X Congreso (Montevideo 1969), II, C, II b; cfr. en R.D.N. LXIV, abril-junio 1969, p. 37.

⁴² Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cap. XI, sec. 2.ª; cfr. ed. Madrid, Ed. Plus Ultra, 1947, pp. 428 y ss.

⁴³ Manuel DE LECANDA, *Memoria de las instituciones civiles que deben quedar vigentes en Vizcaya*, cfr. en «Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Vizcaya», Madrid, Biblioteca Judicial 1833, p. 12.

⁴⁴ Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *Fundamento de la doctrina de algunos preceptos del Código civil español*, Revista de los Tribunales, XXXIII, 1899, pp. 429 y ss.

⁴⁵ Así lo advierte Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE, *El párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil y los abintestatos de los vizcaínos según la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 15 de diciembre de 1953*, en Estudios Deusto, 10, junio-diciembre 1957, pp. 478-464.

sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, Tít. 20 de Fuero de Vizcaya».

El P. Luis Chalbaud⁴⁶ —que invocó la primera opinión de Alonso Martínez y la de Lecanda— advertiría de que esta ley del Fuero «era una ley dada por el Señorío de Vizcaya y que, por tanto, el significado lógico de las disposiciones comentadas era tanto como decir «aquellos de mis súbditos, únicos a quienes puedo obligar que no estén sujetos a las disposiciones civiles de este Fuero, por no ser vecinos de anteiglesia, están, sin embargo, sujetos a ella en materia de troncalidad». Esto implicaba —como implica ese párrafo incluido en el Código civil— el reconocimiento del estatuto real en cuanto se refiere a los bienes raíces del Infanzonado por la forma, modo y facultad de disponer de los indicados bienes en vida o en muerte, «aún cuando sus dueños sean extraños a dicha tierra», como dice Don Manuel de Lecanda en su *Memoria*».

Es muy cierto que, desde el siglo pasado, el derecho internacional tiene por principio el de la unidad de la ley sucesoria, inclinándose por la ley nacional o por la del último domicilio del causante, habiendo seguido el referido art. 10 del originario Código civil aquel criterio.

Sin embargo, en derecho internacional privado, desde el segundo tercio de este siglo, las normas territoriales que protegen la conservación de los patrimonios familiares agrarios —como las introducidas en el *Code civil* francés en 1938, en su art. 832 en rel. con los 827, 860, 866, 859 y 922, para favorecer la transferencia íntegra de una heredad por donación o testamento; y en el *Codice civile* italiano de 1942, en el art. 713, 2 y 3, que posibilita al testador para ordenar que no tenga lugar, la división de su herencia hasta un año después de la mayoría del último nacido—, se estima —según la tesis defendida por Henri Batiffol y por Meyers— que son normas de *interés nacional* —o territorial o de la tierra— que, en lo preciso, deben aplicarse como excepción de la ley personal que rija la sucesión.

La *Compilación* de 1959, en su art. 10, concretó: «*Los vizcaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito “inter vivos” o “mortis causa”, de los bienes troncales en favor de aquellos.*»

La Ley de 1992 creo que debe entenderse partiendo de que es una disposición emanada de la *Comunidad vasca*, por lo cual sólo a los miembros de ella puede imponerse. Por esta razón hace cuanto le cabe para situar en su lugar correspondiente —que, sigo insistiendo, ha de ser de estatuto real, como norma en interés de la tierra— esta regla concreta, que es de estirpe tan rancia como vivo interés social agrario. Así, leemos:

⁴⁶ Luis CHALBAUD, *op. cit.*, III, pp. 56 y ss.

Art. 17, 1: «*La propiedad de los bienes raíces es troncal. A través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio.*»

Art. 17, 2: «*En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros.*»

Art. 23: «*Los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia.*

«*Por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza, derivados de la misma.*»

Art. 25: «*Quienes no sean vizcaínos aforados gozarán de libertad para disponer, a título gratuito, de los bienes troncales en favor de cualquiera de los parientes tronqueros de línea preferente, pero el beneficiario de los mismos no podrá tener participación en los bienes no troncales, mientras que con ellos no esté cubierta la legítima estricta de los demás legitimarios.*»

Es de notar que este último artículo está redactado en términos que otorgan una facultad, que es lo único que una ley vizcaína puede hacer respecto de quienes no sean vizcaínos en relación a bienes sitios en su territorio. Fijemos en que su texto dice: «*Quienes no sean vizcaínos aforados*», y no sólo: «*Quienes sean vizcaínos no aforados*».

Insisto en que esta autorización es aplicable a cualquier no vizcaíno, sea español o extranjero; y que, además, es, conforme el principio de derecho internacional del *interés territorial*. Pero, aun cuando no se pudiera atribuir tal generalidad a esta regla, la creo aplicable, sin la menor duda, en los siguientes supuestos de sucesión:

1. De vizcaínos no infanzones (cfr. art. 12).
2. De los que hayan perdido esa vecindad (art. 23, 2); y de quienes les hayan sucedido en sus derechos y obligaciones.
3. De nacionales de Estados que tengan la *lex rei sitae* por ley de su sucesión.
4. Y cuando la ley que rijan la sucesión no resulte expresamente contraria a la aplicación de la norma del art. 25, 2.

En todo caso, es evidente que esa aplicación plantea las posibles colisiones entre sistemas legitimarios diferentes⁴⁷. Estas pueden resolverse con dos distintos criterios:

⁴⁷ De esta posible colisión he puesto diversos ejemplos, en *Las legítimas*, loc. ult. cit., pp. 545 y s.; y en *Panorama*, loc. ult. cit., pp. 701 y s.

Uno: el de *separación de masas*, una constituida por la sucesoria general de la que se excluyen los bienes troncales; y otra o varias formadas por los bienes raíces de cada uno de los troncos de la sucesión troncal.

Otro: el de la unidad de la sucesión, pero efectuando una *integración complementaria de las normas legitimarias de las leyes personal y real*.

Mi opinión ha sido⁴⁸, y sigue siendo, que deben articularse el principio de la unidad de la sucesión —con todas las particularidades y divisiones de masas que procedan— y el criterio correspondiente al estatuto real en el ordenamiento diferente del de la ley personal del causante. Considerando aquel principio, para esa articulación, como una limitación de esta ley, pero sin producir la ruptura total del principio unitario. Esto me ha llevado a entender que, jurídicamente, las dos masas de bienes no han de considerarse como completamente separadas, sino que respecto del haber total han de conjugarse los dos sistemas legitimarios, aplicando: el de la ley personal del causante al total en cuanto no choque con el estatuto real interferido; y éste a los bienes afectos al mismo, sin perjuicio de que con el resto de la masa, se compensen, en lo posible, las derivaciones cuantitativas y cualitativas producidas por la incidencia del estatuto real en la ley personal.

La solución jurídica interespecial exige el máximo respeto posible a la aplicación concreta de una norma jurídica específica, y viceversa, en todo lo demás el respeto a la norma general reguladora de la sucesión. Las normas de excepción no deben dar lugar a otra sucesión diferente, sino que únicamente ha de dárseles efectividad en cuanto y en tanto lo exija el cumplimiento de la norma específica que les contiene, pero no más.

Creo, por esto, perfectamente orientada la norma del art. 25 de la Ley de 1992, cuando, después de reconocer a quienes no sean vizcaínos aforados la libertad de disponer a título gratuito de los bienes troncales a favor de cualquiera de los parientes tronqueros de la línea preferente, acota: *«pero el beneficiario de los mismos no podrá tener participación en los bienes no troncales, mientras que con ellos no esté cubierta la legítima estricta de los demás legitimarios»*. De no bastar estas líneas para cubrirla entiendo que deberá complementársela con dinero el tronquero que reciba el exceso.

7. Las deudas y cargas de la herencia y las legítimas

La responsabilidad del legitimario y la afección de los bienes con los que se satisface la legítima al pago del pasivo hereditario depende, ante

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 346 y ss., y 702 y s.

todo, de la naturaleza cualitativa de la legítima y del título por el cual sea satisfecha⁴⁹: y tiene relación, naturalmente, con el régimen sucesorio⁵⁰: ya sea éste de continuación de las relaciones patrimoniales del causante por el heredero, aunque con posibilidad de recurrir al beneficio de inventario; ya sea un sistema de previa liquidación⁵¹, o bien de responsabilidad *intra vires*, que en la Edad Media se aplicó en algunas sucesiones troncales y que, hoy, se mantiene en los derechos forales de Aragón y Navarra⁵².

Hemos recordado que la legítima global de la Tierra llana es una legítima *rerum* en los bienes troncales y una *pars bonorum* en su conjunto; pero, de una parte, ésta puede recibirse a título de heredero, y, de otra, es de tener en cuenta que el patrimonio general, en muchísimos casos, puede ser bastante complejo, pues no sólo los labradores aforados son dueños de caseríos.

Aunque el derecho foral de Vizcaya ha tenido como tema principal y básico la conservación del caserío íntegro en la familia, es lo cierto que en Vizcaya el gran desarrollo naviero, minero, industrial, comercial y financiero, ha creado, por su propio efecto, bienes no troncales de gran importancia y que, en gran parte, están representados por títulos mobiliarios. Y esos bienes no sólo se hallan en manos de vecinos de Bilbao, sino de bastantes avecindados en el Infanzonado. Puede haber vecino de las villas cuyo patrimonio principal lo constituye uno o varios caseríos, probablemente dados en arrendamiento; y vecinos de territorio aforado con grandes paquetes de acciones y negocios muy complejos tanto en cuanto su activo como a su pasivo, que pueden ser no menos importante. Por esa razón, no me parece conveniente la aplicación de un régimen de responsabilidad subsidiaria distinta para unos y otros vizcaínos.

Pero la cuestión tiene otro cariz cuando la sucesión es deferida a favor de personas diferentes, atribuyendo la raíz troncal a uno o, a varios, y el patrimonio no troncal a otro u otros. Así el caserío —además de aparecer como cosa cierta y su atribución, en principio, como legado, aunque sea asignado por el causante o por la misma ley, con el honorífico título de heredero—, desde el *Fuero*, ha sido y es objeto específico de protección como vamos a ver.

Por otra parte, aunque la legítima general sea *pars bonorum*, no es lo mismo recibirla ya liquidada que obtenerla integrando una *pars hereditatis*

⁴⁹ Me ocupé ya de esta cuestión en mis *Apuntes de derecho sucesorio*, II, 6.º, F. Madrid, INEJ 1955, pp. 298 y ss.

⁵⁰ Cfr. mi *Panorama*, II, 229, Madrid, Civitas, 1984, pp. 477 y ss.

⁵¹ Cfr. José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, V-I, I, I, 2; cfr. ed. Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1961, pp. 7 y ss.

sin liquidar. De ahí, el interés que puede tener, a veces, la aceptación a beneficio de inventario.

El *Fuero* 20, 14, coherente con su indicada finalidad fundamental, prevenía: «*Conque si deudas oviere y bienes muebles (el causante) que tal rayz tuviere; de lo mueble se paguen las deudas y no de la raíz.*»

Con ese mismo espíritu, la *Compilación* de 1959, en su art. 28, 2, dispuso: «*Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y con las raíces no troncales, y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes y raíces troncales de cada línea en proporción a su cuantía.*» La Ley de 1992, en el art. 63, reproduce lo mismo con algunos variantes textuales; así, en lugar de «*y con las raíces no troncales*», dice «*y de los bienes inmuebles no troncales*»; y suprime la «*y*» que, en el inciso final, separaba «*raíces*» y «*troncales*».

Si el sucesor o los sucesores de los bienes troncales no son diferentes del sucesor de los bienes muebles y raíces no troncales, con aquellos bienes raíces sólo responderá subsidiariamente. Pero, ¿se trata sólo de una afección *cum viribus* o bien de una responsabilidad *pro viribus*? Parece claro que los sucesores en los muebles e inmuebles no troncales sólo responderán *ultra vires* si son herederos —llámeseles así o de otro modo si de hecho su sucesión es universal—; pero en caso de insolvencia de estos sucesores, ¿responderán *ultra vires* quienes suceden en bienes troncales? No, sin duda, si son legatarios; ni si son herederos en cosa cierta pues se les tiene por legatarios.

De todos modos, es evidente —dada la afección o responsabilidad subsidiaria— el interés de éstos en que los acreedores deban hacer previa excusión de los bienes muebles y de los inmuebles no troncales, y en que sus atributarios no los oculten, ni escamoteen de otro modo, ni los enajenen en fraude suyo.

La responsabilidad solidaria de los herederos después de la partición, que previene el art. 1.084 del *Código civil*⁵², evidentemente no puede alcanzar, por lo expuesto dos párrafos antes, a quienes sólo sucedan en raíces troncales.

8. Gravámenes legales o legalmente permitidos al causante afectantes a la legítima global

A) En el derecho histórico y en la *Compilación* de 1959 no se imponía gravamen legal a la legítima general ni a la troncal, pero, evidentemente, existían deberes morales socialmente sancionados, en especial

⁵² Cfr. mi *Panorama* I, 21, pp. 51 y s.; y *El derecho de sucesiones en el Código civil* I, 2, en «*Estudios de derecho sucesorio*», II, 2.^a ed., Madrid, Montecorvo, 1989, pp. 519 y ss.

respecto de los tíos y hermanos apartados que continuarán en el caserío, y la de dotar a las hermanas al casarse. Deberes que, muchas veces eran jurídicamente impuestos y precisados sea en las capitulaciones matrimoniales, o en la escritura de donación o en el testamento del padre. Hoy, la vigente Ley de 1992 determina, en el art. 66, un derecho de alimentos a favor de los descendientes del causante, en situación legal de pedirlos, cuando no haya persona obligada a prestarlos de acuerdo con la legislación civil general que se impone a los herederos en proporción a los bienes recibidos, por cada uno, y sólo *intra vires*.

a) Sin embargo, en el régimen del *Fuero*, para la libre disposición de donaciones, legados y mandas, era aplicable lo que en él se disponía en 20, 14 y 18. Es decir, en caso de tener sucesores forzosos sólo se podía disponer de los bienes muebles —«vacas, o bueyes, o otros cualesquiera ganados, y ropas de lino o lana, o oro, o plata, y otros cualesquiera bienes muebles», dice la ley 14— hasta «el quinto de todos sus bienes muebles o raíces».

b) Asimismo, el *Fuero* 21, 7 determinó, conforme dice su rúbrica: «*En que caso se puede poner gravamen a los hijos*». La redacción de esa ley⁵³, ciertamente, no es nada feliz, por lo que dio lugar a varias interpretaciones.

—Algunos autores⁵⁴ atendieron a que, en ella, la prohibición de poner gravámenes a la tierra de apartación fue establecida como ampliación del impedimento de imponerlos al heredero principal, equiparando así la tierra de apartación a la legítima.

⁵³ Fuero de Vizcaya, 21, 7: «*Que havian de fuero, y que establecían por Ley, que los Padres, u otros cualesquier disponentes en vida, o en muerte, no pueden disponer 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 e los bienes debidos: Y si lo pusieren no valga, y sea como si no lo huvieran puesto. pero, si los tales Padres, o otros cualesquier disponentes en vida, o en muerte (allende la tierra de la tal apartación) dieren, donaren, o mandaren a los tales Hijos, o Hijas, o otros cualesquiera, alguna suma de maravedís en cuanta quier cantidad que sea, o otros cualesquier bienes muebles, rayzes, semovientes, derechos y acciones (aunque sean para dote, o donación, proter-nuncias, o arras de los tales Hijos, o Hijas, o descendientes, o profincos, o otros cualesquiera apartados) valga, y haya lugar cualquier vínculo, sumisión, restitución, o otro qualquier gravamen, y disposición, que los tales Padres, o disponentes en vida, o en muerte pusieren, y dispusieren en los dichos maravedís, y bienes dados, o dexados; allende la tierra rayz de tal apartación*».

⁵⁴ Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína*, Estudios Deusto, VI, 11 de enero de 1958, pp. 155 y ss.; José María DE ESJAVIERRÍA, *El apartamiento en el Fuero y en la Compilación del derecho civil de Vizcaya*, Estudios Deusto, VII, 14 julio-diciembre 1959, nota 45, pp. 435; y Adrián CELAYA IBARRA, *op. cit.*, art. 23 III, pp. 216 y s.; Cfr. mis notas críticas, *Los trabajos de Angel Sánchez de la Torre acerca de la troncalidad abintestato y legítima vizcaína*, II, en A.D.C. XIII-I, enero-marzo 1960, pp. 217 y ss.

—El P. Chalbaud⁵⁵ había observado que de la letra de esta ley podría deducirse que si a aquel a quien sólo se le deja algo, además de la tierra de apartación, se la puede gravar el exceso, tanto más ha de poderse gravar al que se le deja toda la herencia; pero, opinó que debía rechazarse esa interpretación respecto a los bienes troncales, ya que haría ilusoria su sucesión forzosa, a no ser que los gravámenes se establecieran a favor de la propia descendencia.

—La solución defendida por Jado⁵⁶ y por Solano⁵⁷, que sería la predominante⁵⁸, partiendo del criterio expuesto por el P. Chalbaud y de su armonización con los textos del mismo *Fuero* 20, 14 y 18, y 21, 40, estimó que sólo podían imponerse gravámenes a los bienes troncales en favor de otros herederos forzosos del mismo grupo, pero no de extraños a él. Ese criterio parece que fue el recogido por el art. 27 de la primera *Compilación*:

«No podrá imponerse a los hijos, descendientes o ascendientes legítimos, sustitución o gravamen que exceda del quinto de los bienes, a no ser en favor de otros herederos forzosos.

«Tampoco podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales si no a favor de otro heredero tronquero.»

Este mismo criterio sigue la Ley de 1992 vigente en el art. 60, 1 con estas variaciones: suprime la palabra «legítimos»; sustituye «del quinto de los bienes» por «de la parte de libre disposición», y «herederos» por «sucesores»; en el 60, 2 se sustituyen las palabras «otro heredero tronquero» por «otro pariente tronquero de la misma línea».

Después de referir el criterio de Jado y de Solano, he dicho que éste parece ser el recogido en el art. 27 de la *Compilación* de 1959, y, por tanto, en el 60, 1 y 2 de la vigente. Pero hay una diferencia. Aquellos autores creían que la sustitución o gravamen sólo podía imponerse a favor de sucesores forzosos que sean del propio grupo, y esta restricción no se ha expresado en ninguna de las dos *Compilaciones*. ¿Puede gravarse un hijo a favor de un ascendiente o, en un bien troncal, a un descendiente o a un ascendiente a favor de un colateral tronquero? Me atrevo a insinuar que sólo es posible si las sustituciones son establecidas para el caso de que no quedara ningún sucesor forzoso del orden del sustituido. Es decir,

⁵⁵ P. Luis CHALBAUD, *op. cit.*, IV, pp. 64 y ss.

⁵⁶ Rodrigo JADO Y VENTADES, *op. cit.*, II, III, I, p. 355.

⁵⁷ J. DE SOLANO Y POLANCO, *Estudios jurídicos del Fuero de Vizcaya*, cap. V, Bilbao, 1918, p. 270.

⁵⁸ Cfr. S.T.S. 27 de mayo de 1961, y Adrián CELAYA, *op. cit.*, art. 27 I, pp. 233 y s.

creo que debe poderse sustituir bajo la condición de que, al causarse la sucesión, no quedaren descendientes del causante, o, en su caso, ascendientes del mismo.

c) El Fuero, en 20, 18, al final, y en 21, 10, señaló una excepción a lo expuesto, en lo referente a las «animalías», es decir, a las disposiciones por el alma y mandas pias, que no excedan del quinto de la hacienda aunque los bienes muebles no alcanzaren a cubrirlo. Además señaló preferencia a esos legados respecto de cualesquiera otros. Estas normas fueron recogidas en el art. 29 de la *Compilación* de 1959, pero han desaparecido en la Ley de 1992.

d) La costumbre de prorrogar vitaliciamente al cónyuge comisario el plazo para ejercer su cometido daba lugar a su usufructo universal de regencia de toda la herencia, o *alkar poderoso*, como se le denominaba. Todos sabemos la postura del Tribunal Supremo, antes y después de la *Compilación*, rechazando la posibilidad de esa prórroga⁵⁹. Esa dificultad queda resuelta en la Ley de 1992, pienso que de modo definitivo, en el art. 44, 1, inc. 2, en relación con el 105.2.

B) Esta Ley de 1992 trae, además, dos innovaciones en esta materia: Una, la de crear una legítima en usufructo a favor del cónyuge viudo y afectante a las otras legítimas. Y otra, la admisión de que el causante pueda atribuir a su cónyuge viudo el usufructo universal, afectando también a las legítimas.

a) La legítima viudal la dispone el art. 58, fijándola: «*en la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes o ascendientes*» (§1) y, a falta de unos y otros, en *dos tercios* (§2).

Ese usufructo legitimario no corresponderá al divorciado o al cónyuge separado por causa a él imputable (art. 59); y se extingue por ulteriores nupcias, por unión marital de hecho, o haber tenido durante el matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial, «*salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*» (art. 58, 5).

Sólo recae «*en último lugar, sobre los bienes troncales de ambas líneas del causante, en proporción al haber de cada una de ellas*» (art. 58, 3).

En ese caso, se confiere —en el art. 58, 4— a los tronqueros la *facultad de computar al cónyuge viudo este usufructo en la parte recayente en los bienes troncales* «*por un capital en efectivo que será de su libre disponibilidad y no estará sujeto a reserva, ni a devolución en los supuestos de extinción a que se refiere el párrafo siguiente*». Esta libre disponibili-

⁵⁹ Cfr. mi *Panorama*, I, 101, pp. 248 y ss., como referí también en mi comunicación *El régimen económico matrimonial y la comunicación de bienes en el sistema jurídico civil vizcaíno* 5, c.

dad, la creo plenamente coherente con el carácter propio del usufructo conmutado y la naturaleza sinalagmática de la conmutación.

b) La posibilidad de otorgar directamente el usufructo universal al cónyuge viudo es contemplada, como legado, en el art. 61, y, en capitulaciones matrimoniales, en el 82.

Según el art. 61 el legado del usufructo universal «*se extinguirá por las mismas causas que la legítima del artículo 58*».

Esta norma en su inciso 2.º previene: «*Este legado será incompatible con el legado de la parte de libre disposición, pero si el testador los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo*». Pienso que no hay razón para no seguir el mismo criterio electivo entre ambos usufructos aún cuando la disposición fuese acumulativa.

9. ¿Cabe efectuar de algún modo disposiciones de bienes troncales y gravámenes de la legítima prohibidos mediante una propuesta compensatoria a través de una de opción conferida al gravado?

Hace cerca de treinta años me planteé esta cuestión cuando preparaba mi estudio *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*. En mi investigación de sus diversas formas y aplicaciones, utilizadas a lo largo de la historia, hallé que, en los siglos XVI y XVIII, los comentaristas del *droit coutumier* francés plantearon si el heredero forzoso a quien el testador no le hubiere atribuido los bienes *propres* que le correspondían, sino *acquêts*, podía conservar éstos y reclamar aquéllos, o bien, si debía optar por unos u otros⁶⁰. Entre la opinión de que los herederos *reservataires* podían reclamar hasta los cuatro quintos de los *propres* sin necesidad de abandonar la parte disponible, y la contraria, que exigía este abandono para poder reclamar aquéllos, propuso Jean Marie Ricard⁶¹ el temperamento de que el heredero que quisiera retener los cuatro quintos de los *propres*, legados al extraño, no tuviera que abandonar a cambio a los legatarios todos los *acquêts*, sino tan sólo la parte equivalente al valor de los *propres*, o bien su estimación en metálico. Pothier⁶², siguiendo la argumentación

⁶⁰ *Cautelas de opción compensatoria de la legítima* I, A, d, B, en «Centenario de la ley del Notariado», Sec. III, vol. I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España 1964, pp. 451 y ss. o en «Estudios de Derecho Sucesorio», Madrid, Montecorvo, 1981, pp. 299 y ss.

⁶¹ Jean Marie RICARD, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, 3.ª parte, cap. X, sec. I, nn. 1.143 y ss.; cfr. ed. París 1754, vol. I, pp. 764 y ss.

⁶² Robert Joseph POTHIER, *Coutumes des Duché, Baillage et Prevote d'Orleans*, Introd. al tit. XVI, sec. IV, 2, n. 55; cfr. en «Oeuvres de Pothier», vol. XVI, ed. París, Debó Jeune Libr., 1825, p. 317.

de Dufresne (*Journal des Audiences*, lib. III, cap. 42), observó que no cabía aplicar por analogía la regulación del supuesto de heredero gravado con legado de cosa propia, entendiendo que éste no podía facultativamente librarse de satisfacerlo dando en su lugar su estimación, sino que esto sólo subsidiariamente le era permitido. Por lo cual, para evitar toda duda acerca de la posibilidad de la solución compensatoria, aconsejó que los testadores emplearon esta cautela: «*Je legue á un tel un tel héritage, ou tous les biens dont je puis disposer, aun cas que mon héritier voulût la reserve.*»

Esto me hizo pensar en el siguiente supuesto proyectable al derecho de la Tierra llana: Un causante vizcaíno, ya fuera vecino de esa Tierra llana o bien de una villa, propietario de un caserío en aquélla y, además, con una pingüe fortuna en bienes no troncales, podía pretender testar instituyendo heredero a su hijo único y legar el caserío troncal al casero que lo cultivaba. Y me pregunté, dado que el hijo puede, sin duda, reclamar el caserío; si, en ese caso, ¿debería abandonar todos los bienes disponibles —es decir el quinto íntegro— al legatario?, ¿o tan sólo en cuanto al montante del valor del caserío reclamado?, ¿o compensando en dinero esa diferencia de valor con igual límite?, o en fin, si nada tendría que abandonar, ni compensarle el legatario, aunque le reclamara el caserío.

Trasladando hipotéticamente las opiniones y razones que se habían dado para el *droit coutumier*, y observé, en primer lugar, que en la interpretación predominante dada al art. 863, 2, C.c. —aplicable supletoriamente la tierra aforada vizcaína—, se admite la facultad del heredero de satisfacer la justa estimación de la cosa propia legada, reteniéndola, y, advertí que, por lo tanto, no se dan, en nuestro caso, las objeciones puestas por Dufresne y Pothier a la solución de Ricard. Pero aconsejé que, como medida prudencial, el testador empleará una cautela de opción compensatoria con éste o parecido, tenor: «Lego a mi casero A el caserío N, y si mis herederos troncales no lo aceptaren, lego a aquél tales bienes disponibles, o la estimación de aquél calculada de tal modo.»

Claro es que, en caso de que el heredero o herederos troncales no ejercitaran esa opción podría, tal vez entenderse que esa transmisión del caserío no es válida y sólo convalidable por la aceptación del heredero, que lo prefiera a tener que compensarle con otros bienes. Por ello, tal vez, podría entenderse que, en esta convalidación, hay un acto oneroso, por el valor de esa compensación, que se evita el heredero al dar su aprobación del legado. Razón por la cual, cabría que otros tronqueros ejercitaran la saca foral del caserío⁶³.

⁶³ Esta cuestión la reproduce en *Las legítimas*, cap. XI, II, 27, pp. 1.053 y s.

Consideración final

No quiero concluir esta comunicación sin expresar mi mayor encomio a quienes, con tan atinada y magnífica labor, cuidan de la conservación de las instituciones civiles del Infanzonado de Vizcaya y de su genuino espíritu. Es una tarea merecedora de la mayor gratitud por quienes sentimos amor por el ser más íntimo de esa tierra.

Pero los juristas no podemos olvidar que, en la vida social, por muy imprescindible que sea el derecho, éste no lo es todo. Necesita un complemento de usos y de hábitos, requiere un espíritu, un sentido de moral social. Todo esto se inserta en una cultura, en la cual se entrama, y hay que cuidar de mantenerla viva. Esta, hasta ahora, ha venido conservando la tradición familiar, de generación en generación.

Es preciso, por tanto, cultivarla y fomentarla, evitando no sólo el desarraigo de la familia, sino estimulando ese cultivo con el mayor amor y esmero.