LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL DERECHO VIZCAINO

Itziar
Monasterio Aspiri

1993

UNIVERSIDAD DE DEUSTO
TERCER CICLO

FACULTAD DE DERECHO

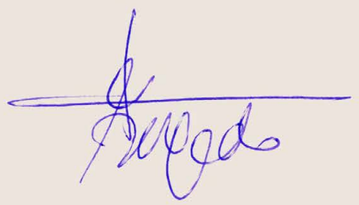
LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL DERECHO VIZCAINO

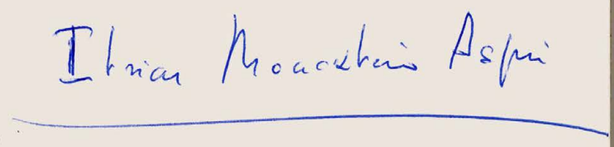
Tesis doctoral presentada por: Itziar Monasterio Aspiri

Dirigida por el Dr.: Jesús Delgado Echeverría

El Director

El Doctorando





INDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCION.....1

PRIMERA PARTE

LA INSTITUCION DE SUCESOR EN VIDA Y LAS DONACIONES UNIVERSALES EN LOS TEXTOS FORALES Y EN LA DOCTRINA.

A) DERECHO VIZCAINO ANTERIOR A LA CODIFICACION.

Capítulo 1º.- **Los primeros fueros particulares y el Derecho consuetudinario.**.....5

I. La libertad de disposición como principio en el que se encuadra la donación inter-vivos de los bienes. 5

1. Que fué de uso y costumbre y se reconoce por ley, el "dar en vida o en el artículo de la muerte todos sus bienes".
2. La libertad de testar: Fuero de Ayala (1373), Fuero de Durango (s. XIV) y Fuero de Albedrío de las Encartaciones (1503).
3. Los modos de ejercicio de la libertad: las donaciones por razón de matrimonio y la donación con carga de alimentos, en los textos.
4. La transmisión íntegra del patrimonio familiar en el Derecho consuetudinario. El "hacer heredero en vida".

II . Límites a la libre disposición de los bienes. 12

5. Límites legales a la libertad de disposición: la troncalidad, la herencia forzosa.

III. La donación universal inter-vivos. 13

6. La libertad en la elección: el criterio de la aptitud.
7. La costumbre de imponer al elegido la dotación de sus hermanos.
8. La elección en el contrato matrimonial: preparación del mismo.

9. El objeto sobre el que versa la donación.
10. La dote que aporta el contrayente del donatario.
11. La reserva de usufructo, la carga de alimentos y la obligación de dotación de los hermanos.
12. La asociación de ambos matrimonios: el régimen acasarado.
13. La reversión de los bienes donados para un matrimonio: supuestos.
14. La frecuencia de la donación en el contrato matrimonial del elegido.
15. Ventajas de la elección de un único sucesor y del régimen acasarado.

Capítulo 2º.- **El Fuero Viejo de 1452, el Nuevo de 1525 y las opiniones de la Doctrina.** 21

I. La libertad de disposición de los bienes de la herencia. 21
16. La libertad de testar en los fueros.
17. Fundamento y finalidades a las que atiende esta libertad de testar.
18. Su ejercicio: normas unitarias que regulan las disposiciones en vida y en artículo *mortis*.

II. Límite en su ejercicio: la herencia forzosa. 25
19. Quiénes son los herederos forzosos.
20. Libertad de elección dentro de la línea y grado: el heredero principal y los apartados.
21. La cuantía de la cuota legitimaria y caracteres de la cuota de libre disposición.
22. La naturaleza colectiva de la legítima.
23. Exigencia del apartamiento de los no favorecidos.
24. El apartamiento con algo de tierra.
25. El apartamiento y las consecuencias de su omisión.

III. Límite en su ejercicio: la troncalidad 31
26. La troncalidad en los textos legales.
27. Elementos de la la troncalidad: personal y real.
28. Parientes tronqueros.
29. Bienes sujetos a la troncalidad: los bienes raíces.
30. Exigencia de que sean bienes raíces sitos en tierra llana.
31. Exclusión de las minas del régimen de la troncalidad.
32. Inclusión de la raíz comprada en la troncalidad: distintas opiniones doctrinales.
33. La corriente ultratroncalista.
34. La corriente moderada.

IV. Límite que se deriva del carácter reservable de los bienes 42
35. Reserva de los bienes dotados o donados para un matrimonio.
36. Bienes que comprende la reserva: raíces y mejoras.
37. Reserva de los bienes heredados de un descendiente.

V. Las donaciones inter-vivos de todo o parte de los bienes. 46
38. Las donaciones universales en los Fueros.
39. Las donaciones universales con motivo del matrimonio del hijo elegido.
40. Prohibición de las retrodonaciones, tratándose de una donación universal al hijo contrayente.

a) Otorgamiento de la donación.
41. Regulación de la donación universal de padres a hijos en los Fueros.

42. La donación del padre al heredero forzoso: ¿Cabe la donación al nieto en vida del hijo? Interpretación favorable de Hormaeche.
43. La interpretación favorable de Lezón.
44. Interpretación negativa de Jado y la opinión mayoritaria de la doctrina.
45. La libertad en la elección y su fundamento.
46. Capacidad de los otorgantes.
47. La vecindad en villa o Anteiglesia de los otorgantes.
48. Carácter de la actuación de los donantes: conjunta o separadamente.
49. La actuación del donante en uso del poder testatorio.
50. La exigencia de su otorgamiento en escritura pública.
51. Frecuencia de estas donaciones en la escritura de capitulaciones matrimoniales.
52. Exigencia del apartamiento de los no favorecidos con la donación.

b) Contenido de la donación
53. La universalidad de los bienes raíces y muebles.
54. Cláusulas más frecuentes en este tipo de donaciones: la reserva de usufructo y la carga de alimentos.
55. Contenido de los alimentos.
56. Naturaleza real de la carga de alimentos.
57. Prohibición de enajenar los bienes donados con carga de alimentos. Inembargabilidad de los mismos por deudas del donatario.
58. Supuesto de un defectuoso cumplimiento: tasación de los alimentos por la autoridad judicial.
59. La revocabilidad de la donación por incumplimiento de la carga de alimentos: requerimiento previo.
60. Premoriencia del donatario dejando descendencia: los nietos como sustitutos vulgares tácitos o como representantes de sus padres premuertos.
61. La reserva de usufructo a favor del donante: características.
62. El pacto de asociación de donantes y donatarios no figura en el Fuero.
63. El pacto de comunidad y la jefatura de la misma.
64. La reversión de los bienes.
65. La imposición de la carga de dotación de los hermanos.

c) Eficacia de las donaciones
66. Gradación legal de sus efectos y las opiniones de la doctrina.

d) La revocabilidad de la donación.
67. Causas de revocación.

Capítulo 3º **Instituciones de posible aplicación en Vizcaya relacionadas con los pactos sucesorios.** 77

I. Nociones sobre la evolución en el empleo del título sucesorio y del donacional.....77
68. Necesidad de liberar a estas categorías jurídicas de los moldes conceptuales de la actualidad.
69. El título sucesorio en el Derecho romano justinianeo.
70. El título sucesorio en el Derecho romano vulgar.
71. La sucesión en el Derecho español de la Alta Edad Media.
72. Pluralidad de masas patrimoniales en la herencia del medioevo.

73. Aparición de las formas sucesorias contractuales en las regiones forales en la Baja Edad Media.
74. La donación en el Derecho romano: como causa de distintos negocios y como negocio típico.
75. La donación *mortis causa* .

II. Donatio post-obitum. y Donatio reservato usufructo 82
76. El empleo de la donación en el campo sucesorio en el derecho post-clásico
77. La "summa divisio" de las formas de sucesión voluntaria en el derecho romano vulgar: disposiciones revocables e irrevocables.
78. La *donatio post obitum* y la donatio *reservato usufructo* en las fuentes legales vulgares.
79. Consideración de las donaciones *post obitum* y *reservato usufructo* como pactos sucesorios.
80. Alta Edad Media: las donaciones *post obitum* y la *donatio reservato usufructo* a favor de la Iglesia.
81. Tratamiento unitario de ambos tipos donacionales en la *lex Visigothorum.*
82. El auge de estas donaciones en la Alta Edad Media y el comienzo de su agonía con la recepción del Derecho romano.
83. Recuperación de la *donatio post-obitum* en la Baja Edad Media con el genuino carácter germánico: formalización y efectos.
84. La naturaleza de la *donatio reservato usufructo* según Hubner.

III. La mejora en las leyes de Toro. 92
85. Innovación introducida por la Ley XVII de Toro. Importancia de esta modificación dado el carácter supletorio del Derecho castellano .
86. La mejora en el Derecho castellano como ventaja legitimaria de la que se dispone *mortis causa.*
87. La regulación de la mejora en las leyes de Toro.
88. La disposición de la mejora por actos *inter-vivos:* La mejora revocable y como excepción la irrevocable.
89. Interpretación que da la doctrina a los supuestos de mejora revocable.
90. Naturaleza y efectos en los tres supuestos legales de mejora irrevocable. La ley XVII de Toro.
91. La mejora irrevocable otorgada en el contrato matrimonial: caracteres y efectos.
92. La mejora tácita regulada en la ley XXVI de Toro: supuestos.
93. La promesa de mejorar y no mejorar: ley XXII de Toro. Apertura hacia el reconocimiento del pacto sucesorio.
94. Eficacia de la promesa de mejorar.
95. Las promesas negativas: primeras en su producción..
96. Las promesas positivas: interpretación doctrinal de la ley XXII de Toro.
97. Requisitos en el otorgamiento de las promesas de mejorar y no mejorar.
98. La exigencia de la actuación personalísima en la disposición de la mejora: Ley XIX de Toro.
99. El reconocimiento legal de la facultad de elección del nieto en vida del hijo: Ley XVIII de Toro. Ruptura de la representación sucesoria.
100. Interpretaciones doctrinales a la ley XVIII de Toro.
101. Cuantía de la mejora, cálculo.
102. La mejora del tercio y quinto en los documentos examinados.
103. La facultad de gravar la mejora: destinatarios del gravamen.

B) EL DERECHO VIZCAINO DESDE LA CODIFICACION HASTA LA COMPILACION DE VIZCAYA Y ALAVA DE 1959.

Capítulo 4º.- **Los Proyectos de Apéndice y la Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava de 1959.** 119

104. La política unificadora y centralizadora propia del movimiento codificador y la decadencia foral.
105. El art.12 del Código civil. Los Proyectos de Apéndice. El movimiento Compilador.

I. La libertad de institución de heredero o sucesor en los bienes. 122
106. La institución de heredero o sucesor en los bienes mediante donación, dote o capitulaciones matrimoniales.
107. Observaciones de Jado al Art. 14 del Proyecto de 1900.
108. La libertad de institución de heredero en el texto compilado.

II. Límite en su ejercicio: la herencia forzosa. 126
109. La herencia forzosa y la cuota de libre disposición: tendencia aperturista.
110. El cálculo y aplicación de la cuota de libre de disposición y sus excepciones
111. El reconocimiento legal del derecho de representación en la línea descendente en el texto compilado.

III. Límite en su ejercicio: la troncalidad. 129
112. Bienes troncales por naturaleza: identificación de bienes raíces y de los bienes troncales en los Proyectos de Apéndice.
113. Apertura de la troncalidad a otros bienes. El Congreso de Oñate.
114. Bienes troncales por naturaleza en el texto compilado.
115. Bienes troncales por razón de su procedencia: la raíz comprada.
116. Bienes permutados con los troncales y bienes troncales adquiridos dentro de la familia.
117. Parientes tronqueros.
118. Los Proyectos de Apéndice: Parientes tronqueros en relación a la raíz comprada.
119. La exigencia de legitimidad en el parentesco en la línea descendente.
120. Requisitos legales en la sucesión troncal de la línea ascendente.
121. El carácter tronquero del padre o madre supérstite: innovación que introducen los Proyectos.
122. El parentesco troncal en la línea colateral: ampliación hasta el 6º grado.
123. Aplicación de la computación civil en el grado de parentesco.

IV . Límite que se deriva del carácter reservable de los bienes 141
124. La reserva a favor de la descendencia de los bienes dotados y donados para un matrimonio.
125. La reserva de las mejoras incorporadas a los bienes dotados o donados para un matrimonio.

V. La institución de heredero mediante donación, dote y capitulaciones matrimoniales. 144
126. Se le instituye heredero o sucesor al donatario.
127. Regulación de la donación en los Proyectos de Apéndice y en la Compilación.
128. La donación *inter-vivos* y *mortis causa* como modos de institución de heredero.
129. La institución de heredero mediante donación: Interpretaciones dadas por la doctrina.
130. El artículo 11 de la Compilación y la interpretación que recibe.
131. Capitulaciones matrimoniales y escritura de dote como modos de designación sucesoria.

132. Nuestra interpretación de los artículo citados.

a) Otorgamiento.
133. Las partes otorgantes: La donación de los padres a los herederos forzosos.
134. La capacidad del donatario y el carácter de la actuación del donante.
135. Su otorgamiento en escritura pública y su inscripción en el Registro.
136. El apartamiento de los no favorecidos.

b) El contenido.
137. La institución de heredero o sucesor en bienes instrumentalizada mediante la donación.
138. Objeto sobre el que versan las donaciones universales.
139. Frecuencia de la modalización de la donación. El carácter oneroso de la donación.
140. La donación con carga de alimentos: medios para garantizar su cumplimiento.
141. La falta de regulación de los alimentos del donante supérstite.
142. El cumplimiento defectuoso de los alimentos.

c) Eficacia.
143. Su carácter irrevocable y la entrega de bienes de presente.
144. Algunos autores ponen de relieve su eficacia mortis-causa.
145. Aspectos que se regulan relativos a la eficacia de estas donaciones.
146. Premoriencia del donatario sin que dejare descendencia.
147. Prohibición legal de enajenar los bienes donados.
148. Reserva de los bienes donados a favor de la descendencia.
149. La reversión de los bienes donados para un matrimonio: causas.

d) La revocación y resolución.
150. Causas de revocación.
151. Causa de resolución.

C) SU REGULACION EN LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO DE 1 DE JULIO DE 1992.

Capítulo 5º.- **Regulación sustantiva de los pactos sucesorios.** 165

152. Antecedentes: El Anteproyecto del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao y el de la Real Socidad Bascongada de los Amigos del País.
153. Aspectos que ponemos de relieve en esta regulación y criterio que siguió la Comisión al elaborar el texto articulado.
154. Los pactos sucesorios como un modo de delación sucesoria.

I. Otorgamiento..... 168
155. Partes otorgantes.
156. Forma *ad solemnitatem*.

II. Contenido. 168
157. Institución sucesoria: modalidades de pactos sucesorios.

III. Eficacia. 169
158. Eficacia revocatoria.
159. La transmisión a la descendencia.

160. Vinculación del causante.
161. La disponibilidad de los bienes.
162. Muerte de uno o de ambos instituyentes e instituidos.

IV. Causas de revocación y resolución. 171
163. Causas de revocación.
164. Causas de resolución.

V. Modificabilidad del pacto. 171
165. Requisitos.

SEGUNDA PARTE

ANALISIS DE LOS DOCUMENTOS

Capítulo 6.- **Materiales examinados: contratos matrimoniales y escrituras de donación. Método que se ha seguido en su análisis jurídico.** 173

166. Necesidad de acudir al estudio de los documentos.
167. Nuestros documentos. Archivos de donde se han tomado.
168. La escritura de capitulaciones como instrumento jurídico.
169. Los contratos matrimoniales en Vizcaya: acogiéndose al Fuero o a las leyes del Reino.
170. Método que se sigue en el análisis de los documentos.
171. La informatización de los materiales y la creación de una base de datos.
172. Estructura interna del documento.
173. Su otorgamiento *ante nupcias* y *post-nupcias*.

Capítulo 7.- **Otorgantes: capacidad, carácter de su actuación y vecindad**..... 185

I. Otorgantes..... 185
174. Pluralidad de otorgantes. Pluralidad de disposiciones.
175. Los padres y los hijos contrayentes.
176. Los familiares como otorgantes de la disposición de los bienes.
177. El curador del contrayente como disponente.
178. Existencia del vínculo de consanguinidad entre los otorgantes.
179. Los contrayentes: la aceptación de los bienes.
180. Los contrayentes: aportan los bienes al matrimonio: supuestos.

II. Capacidad , licencia paterna y marital..... 195
181. Regulación de la Capacidad en el Fuero Nuevo de Vizcaya.
182. Fórmula que contiene la concesión de la licencia.
183. La licencia paternal. Regulación en la Novísima Recopilación y en la Pragmática 10 Abril 1803.
184. La licencia marital para el otorgamiento por parte de la mujer casada.

III. Carácter de su actuación. 201
185. Modos de actuación que aparecen en las escrituras.
186. Actuación mancomún e insolidum: régimen legal de las obligaciones solidarias y mancomunadas
187. La actuación mancomún e insolidum en las escrituras.
188. Actuación en uso del poder testario por vecinos de Villa y de Anteiglesia.
189. Actuación en uso del poder otorgado ante el Cura Párroco y testigos.
190. Actuación del otorgante que dispone de los bienes con el consentimiento del usufructuario.

IV. Vecindad de los otorgantes..... 210
191. La vecindad de los otorgantes.
192. La vecindad originaria y derivativa en el Fuero Nuevo de Vizcaya.
193. Contratos matrimoniales de otorgantes vecinos de villa, de Anteiglesia y con vecindad mixta.

Capítulo 8.- **Preámbulo al corpus de la escritura y clasificación de los títulos de disposición empleados.** 215

194. Causas que dan origen a la celebración de contrato matrimonial.
195. Estructura organizativa del corpus del contrato matrimonial.
196. Clasificación de los títulos empleados en las disposición de los bienes a favor de los contrayentes.

Capítulo 9.- **La donación universal de los bienes.** 221

197. Volumen de escrituras que recogen la donación universal y bienes que constituyen su objeto.
198. La prohibición de las donaciones universales en el Derecho castellano.
199. Ubicación de la disposición en las donaciones inter-vivos.
200. Ubicación de la disposición en las donaciones propias.
201. El requisito de la insinuación.
202. El reconocimiento de la validez de las donaciones universales en el Fuero y su regulación.
203. La donación universal del patrimonio troncal en la escribanía de Gondra.
204. ¿Que bienes comprende la donación del patrimonio troncal?
205. La aceptación de los bienes donados y las asunción de obligaciones por parte del donatario.
206. La donación universal del patrimonio troncal como fórmula que responde fielmente a la letra del Fuero.
207. La donación universal del patrimonio mueble.
208. Modalidades de la donación universal del patrimonio mueble: pura y condicionada.
209. La donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos del patrimonio mueble.
210. La donación universal del patrimonio mueble sujeta a condición.
211. La donación universal del patrimonio mueble de los arrendatarios.
212. La fórmulas donacionales empleadas por el arrendatario.

Capítulo 10.- **La designación de sucesor tronquero en bienes vinculados. Aspectos del régimen jurídico de los vínculos que inciden en esta fórmula**..... 241

I. Aspectos del régimen jurídico de los vínculos, extraidos de los textos legales, doctrina y documentos...... 241
213. La designación de sucesor tronquero en bienes vinculados. Volumen de escrituras y tipo de vínculos que contienen.
214. Las vigencia de las leyes vinculadoras en la década 1823-1833.
215. La vinculación y la importancia de los vínculos electivos en Vizcaya.
216. Reglas jurídicas que rigen a los vínculos regulares.
217. Reglas jurídicas que rigen a los vínculos electivos.
218. Los Patronatos y Capellanías y su presencia en nuestros documentos.
219. La irrevocabilidad de la fundación de un vínculo llevada a cabo por causa onerosa de matrimonio.
220. Los derechos de primogenitura en la sucesión de los vínculos regulares.
221. La designación de sucesor en el vínculo electivo acogiéndose al Fuero y al Derecho.
222. Diferencias entre el régimen sucesorio de los vínculos regulares y de los irregulares.
223. La carta fundacional de los vínculos electivos como norma suprema. Requisitos que se establecen en la designación de sucesor.

II. La designación de sucesor en bienes troncales vínculados. 258
224. Acreditación del título posesorio que le legitima para disponer.
225. La designación de sucesor en el Mayorazgo Regular en contrato matrimonial.
226. La designación de sucesor tronquero en el vínculo electivo en contrato matrimonial.
227. La designación de sucesor en el vínculo electivo acogiéndose al Fuero de Vizcaya.
228. Límitaciones a la facultad de elección: parientes dentro del cuarto grado.
229. El principio de libertad en la elección en los vínculos electivos.
230. La elección de sucesor haciendo uso del poder testario.
231. El apartamiento de los no elegidos y la aceptación por parte del instituido.
232. La designación confiere al instituido el título de sucesor con carácter irrevocable.
233. La eficacia *post- mortem* de la designación en los Mayorazgos.
234. La característica de sucesión en el Mayorazgo: se sucede por derecho de sangre y no por derecho hereditario.
235. La eficacia *post-mortem* de la designación de sucesor simple en el patrimonio troncal vinculado.

Capítulo 11.- **La institución de heredero en la universalidad de los bienes**..... 271

236. La institución de heredero universal en contraste con la designación de sucesor tronquero.
237. La institución de heredero universal en los documentos.
238. Características del título de institución de heredero universal.
239. La institución de heredero o alternativamente la donación de la mitad del patrimonio mueble.
240. Bienes que comprende la institución de heredero.
241. Eficacia de la institución de heredero universal.

Capítulo 12.- **La designación de sucesor tronquero y la donación pura, mera, perfecta, irrevocable que el Derecho llama inter-vivos.....279**

242. La designación de sucesor tronquero con donación inter-vivos del patrimonio troncal.
243. Acreditación del título de propiedad que le legitima para disponer.
244. La fórmula de designación.

I . La designación de sucesor tronquero. 284
245. La categoría de sucesor.
246. Su carácter de sucesor tronquero.

II. La donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos. 287
247. La donación inter-vivos del patrimonio troncal.
248. Cláusulas que acompañan a la designación de sucesor con donación de los bienes.
249. Cláusulas que deben acompañar a la donación perfecta, según Febrero.
250. El desistimiento y la cesión de acciones.
251. La *traditio* de los bienes.
252. Solemnidades que se requieren en las donaciones de bienes raíces.

III. La designación del contrayente y su descendencia 294
253. La elección de hijo contrayente y su descendencia.
254. La descendencia como sustitutos vulgares.

IV . La aceptación y asunción de obligaciones por parte del instituido......298
255. La aceptación y asunción de obligaciones por parte del instituido.
256. Frecuencia de la modalización: la reserva de usufructo y la asociación de ambos matrimonios.
257. Cláusulas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones.
258. El patrimonio troncal como objeto de esta disposición: bienes que comprende, deudas y bienes futuros.
259. Las características de la designación de sucesor con donación inter-vivos de los bienes.
260. Eficacia de la designación de sucesor tronquero con donación inter-vivos de los bienes.

Capítulo 13.- **La designación de sucesor tronquero y la mejora en el tercio y quinto de los bienes. Variantes de la fórmula de designación de sucesor tronquero con donaciones singulares.....307**

261. La designación de sucesor tronquero y la mejora en el tercio y quinto de los bienes.
262. Características de esta fórmula.
263. La designación de sucesor en el patrimonio troncal y donación singular de los bienes libres.
264. La designación de sucesor tronquero con donación *inter-vivos* y la donación *post-mortem* de la herramienta mayor.
265. La designación de sucesor tronquero y varios tipos de donaciones singulares.

Capítulo 14.- **La fórmula "dona, promete y manda".....313**

266. La formula "dona, promete y manda".
267. Las mandas en el Fuero.

268. Volumen de escrituras que recogen este tipo de disposición.
269. Características de este tipo de disposición.
270. Acompaña a la designación de sucesor tronquero en algunas escrituras.
271. Bienes objeto de donación, promesa y manda.
272. El apartamiento de los no favorecidos.
273. La aceptación.
274. Momento en el que esta disposición produce sus efectos.
275. El uso alternativo adicional de otras fórmulas.

Capítulo 15.- **La dote como cláusula compensatoria de la designación.....323**

276. La aportación de la dote en remuneración de la designación causada.
277. Volumen de escrituras que recogen la dote.
278. La dote en el Fuero.
279. La dote en las Partidas.
280. El carácter voluntario de la dote en Vizcaya.
281. Características de la dote en Vizcaya.
282. Quiénes figuran como dotantes en las escrituras
283. En Vizcaya el dotado puede ser el varón .
284. Frecuencia de que sea dotada la mujer.
285. La dote en dinero.
286. Bienes que acompañan a la dote.
287. Momento en el que puede constituirse la dote y su pago aplazado.
288. El pago de la dote: recuento y carta de pago.
289. Frecuencia de su aplazamiento parcial al momento en el que se designe el sucesor de la familia.
290. Medios que garantizan su pago aplazado.
291. La entrega anticipada de la dote y la renuncia a las leyes de Partidas.
292. Receptor de la dote: el padre instituyente.
293. El apartamiento de los restantes hijos.
294. Finalidades a las que atiende la dote.
295. La función de la dote en esta etapa.
296. La devolución y la reversión de la dote.
297. Causas que dan origen a la reversión dotal y modo de llevarlo a cabo.
298. El obligado a la reversión de la dote.
299. El reversionario de la dote.
300. Medios que garantizan la reversión dotal.
301. Bienes que acompañan a la dote en su reversión.

Capítulo 16.- **La fórmula "se contrata" con los bienes para el matrimonio que va a celebrar. 343**

302. La contratación con los bienes para el matrimonio.
303. El contrato oneroso de matrimonio a la luz de los intérpretes de las leyes de Toro.
304. Bienes que aportan al matrimonio en el Derecho de Castilla.
305. Escrituras que contienen el capital aportado por el marido y la dote de la mujer en Castilla.
306. Bienes privativos y gananciales en Castilla.
307. Bienes gananciales y privativos comunicables en Vizcaya.

308. Efectos que se derivan en el derecho vizcaíno de la fijación de los bienes que aportan al matrimonio.
309. ¿Qué relación existe entre el contratarse con los bienes y la celebración del contrato matrimonial?.
310. Alcance de los términos "se contratan y se obligan".
311. La fórmula "se dotan y contratan".
312. La fórmula "se contratan" en relación con la reversión de los bienes y el pago de las arras.

Capítulo 17.- **La comunidad de vida entre instituyentes e instituidos.** 355

313. Frecuencia de este pacto. Relación de escrituras que lo incorporan y tipo de disposición que contienen.
314. La comunidad de vida como cláusula accesoria y su valor normativo.

I. Las comunidades familiares históricas y coetaneas. 356
315. Presencia del régimen de comunidad en el Fuero Nuevo.
316. Precedentes históricos de la comunidad o asociación familiar: la arcaica "*societas erto non cito*" u la sociedad universal en el Derecho clásico romano.
317. La sociedad universal en los textos de la Edad Media.
318. La comunidad "*taisible* " en el Derecho consuetudinario francés y la propiedad en mano común "*Gesammte Hand* " germánica.
319. La "*communione tacita familiare*" en el Derecho italiano.
320. La comunidad familiar en el Derecho castellano anterior a la codificación y en las regiones forales.
321. La comunidad o sociedad familiar como la cuarta institución del sistema según Vicario de la Peña.

II. La asociación familiar y la designación de heredero en vida. 362
322. El pacto de asociación familiar.
323. La asociación va precedida de la designación: el "heredero en vida".
324. La asociación pactada. Familia foral, familia troncal.

III. *Constitución de la comunidad o sociedad.* 365
325. La constitución de la asociación como pacto usual en Vizcaya y la trascendencia de su mantenimiento.
326. Modalidades de la comunidad o sociedad.
327. La comunidad de vida y trabajo. Características.
328. La constitución de la comunidad de vida: supuestos en que tiene lugar.
329. La comunidad de trabajo y sus características.
330. Miembros que constituyen la comunidad.
331. Familiares que se incorporan a la comunidad.
332. La comunidad constituida por los padres arrendatarios con sus hijos.
333. Miembros de la comunidad: caracteres que presentan.
334. La titularidad de los bienes dispuestos en el contrato matrimonial en relación con el patrimonio de la comunidad.
335. El patrimonio de la comunidad.
336. Los bienes vinculados como patrimonio en explotación y disfrute por parte de la comunidad.
337. Los bienes troncales como patrimonio en explotación y disfrute por la comunidad.

338. La dote aportada por el otro contrayente pasa excepcionalmente a ser patrimonio de la sociedad.
339. La casería en arrendamiento como patrimonio de la sociedad.
340. La comunidad de vida y trabajo de los arrendatarios. Su mantenimiento como condición a la que se sujeta disposición.
341. La mitad reservada en usufructo como patrimonio de la comunidad.

IV. Régimen jurídico de la comunidad o sociedad. 388
342. Participación de los socios en los resultados de la comunidad.
343. Derechos y deberes de los socios.
344. Los ingresos de la comunidad.
345. Los ingresos obtenidos por el trabajo fuera de la comunidad por parte de uno de los socios.
346. Gastos de la comunidad.
347. La partición tanto de la ganancia como de las pérdidas.
348. Régimen conjunto en el gobierno de la comunidad.
349. Responsabilidad mancomunada de los socios.

V. La disolución de la comunidad..... 401
350. Causas de disolución de la comunidad.
351. La disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres.
352. Legitimación para solicitar la disolución de la comunidad.
353. Aspectos que han de tenerse presentes al analizar las consecuencias de esta disolución.
354. Disolución por no congeniar: partición de los bienes para su disfrute independiente.
355. Disolución por no congeniar: derecho de elección de su mitad.
356. La reserva de usufructo de la mitad en previsión de la disolución por no congeniar.
357. La partición de los bienes por no congeniar como regla general en todo tipo de pactos sucesorios.
358. Disolución de la comunidad por muerte de ambos instituyentes: diversos supuestos.
359. La premoriencia del instituido sin descendencia.
360. Supuestos de disolución: régimen de los frutos pendientes.

VI. El mantenimiento de la comunidad. 414
361. Mantenimiento de la comunidad: supuestos.
362. El régimen de la asociación y su incidencia en el pacto sucesorio.

Capítulo 18.- **Reservas que establece el instituyente o donante**..... 417

I. Del usufructo de la mitad de los bienes..... 417
363. Volumen de escrituras que recogen la reserva de usufructo de la mitad; título de disposición al que acompañan.
364. Concurrencia de esta reserva con la asociación.
365. La reserva de usufructo y el disfrute independiente de la mitad de los bienes.
366. La reserva de usufructo y el título de disposición empleado.
367. Leyes del Fuero que regulan aspectos del derecho de usufructo.
368. La reserva de usufructo de la mitad a favor de los padres.
369. Las reserva de usufructo: su carácter vitalicio e íntegro.
370. La prórroga del usufructo hasta el término del ejercicio económico.
371. Fecha de comienzo y término del usufructo.

372. La reserva de usufructo o de los bienes en función de la distinta naturaleza de los mismos.
373. Obligaciones del usufructuario.
374. El usufructo compartido de los padres y de los abuelos en los documentos.
375. Facultades del usufructuario.
376. En estado de necesidad puede disponer de la mitad reservada.
377. La sustitución del usufructo por una renta periódica.

II. La reserva de usufructo de los montes. 430
378. Usufructos especiales: el usufructo de montes.

III. La reserva de bienes. 432
379. Naturaleza de los bienes reservados.

Capítulo 19.- **Cargas y obligaciones que se le imponen al instituido.** 435
380. Volumen de escrituras en las que el instituido asume el cumplimiento de unas cargas.

I. Alimentos y exequias fúnebres del instituyente. 437
381. La carga de los alimentos del donante.
382. El pago de las exequias fúnebres del último de los donantes.
383. Los gastos de enfermedad de carácter extraordinario.

II. Entregas de dinero a los instituyentes. 439
384. El instituido se obliga a efectuar entregas de dinero al instituyente.

III. La dotación de los restantes hermanos. 440
385. La costumbre consistía en que los restantes hijos recibieran una dote.
386. La dotación de los hermanos como carga que se le impone al instituido.
387. La dotación de los hermanos compartida con el instituyente.
388. La cuantía de la dote de los hermanos.
389. La dotación se lleva a cabo en el momento de su acomodo.
390. Medios que garantizan la obligación de dotar.
391. Los hermanos gozarán del derecho de habitación y alimentos en la casa hasta su acomodo.

IV. Cargas reales y varias. 447
392. Obligación de atender las cargas reales que gravitan sobre los bienes.
393. El pago de las contribuciones.

Capítulo 20.- **La reversión de los bienes donados.** 451

394. Volumen de escrituras que recogen la reversión convencional.
395. La reversión legal: supuestos.
396. La reversión convencional y su fundamento.
397. Otorgantes del pacto de reversión.
398. Características del pacto de reversión.
399. Causas adicionales que incorpora la reversión convencional.
400. Tiempo en el que tiene lugar la reversión.
401. Bienes objeto de reversión.

402. Particularidades en la reversión de los bienes troncales y vinculados.
403. El patrimonio industrial, el patrimonio del arrendatario y el patrimonio profesional como objeto de la reversión.
404. Los reversionarios de los bienes.

TERCERA PARTE

LOS DOCUMENTOS ESTUDIADOS EN EL MARCO GENERAL DE LOS PACTOS SUCESORIOS.

Capítulo 21.- **La sucesión contractual o pacto sucesorio en el Derecho español.** 467

I. Código Civil. 467
405. Los modos de delación sucesoria y el concepto de pacto sucesorio.
406. Clasificación de los pactos sucesorios.
407. Precedentes históricos del pacto sucesorio.
408. Fundamento de la institución y crítica que recibe.
409. La prohibición del pacto sucesorio Art. 1271- 2º C.c., y sus excepciones.

II. Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores, Ley de 24 de diciembre de 1981. 476
410. Regulación del pacto sucesorio en la ley de 24 Diciembre de 1981.
411. Carácter preferente de la sucesión contractual; semejanza en su regulación con la sucesión agraria europea.
412. Partes otorgantes.
413. Forma.
414. Objeto.
415. Clases de pactos.
416. Contenido.
417. Efectos que se producen antes de abrirse la sucesión del causante.
418. Efectos que sobrevienen en el momento de la apertura de la sucesión.
419. Causas que dan origen a la revocación y resolución del pacto.

III. Legislaciones forales. 486
420. Admisión de los pactos sucesorios.
421. Líneas generales de la regulación del pacto sucesorio en Aragón.
422. Líneas generales de la regulación del heredamiento a favor de los contrayentes en Cataluña.
423. La regulación de los pactos sucesorios en el Derecho civil de Baleares.
424. El pacto sucesorio y las donaciones *propter nuptias* en el Derecho navarro.
425. La mejora de labrar y poseer en el Derecho gallego.

Capítulo 22. El contrato o pacto sucesorio en general.....503
426. Diferenciación entre los negocios jurídicos a causa de muerte y los negocios de última voluntad.

I. Otorgamiento. 504
427. Partes otorgantes.
428. Capacidad de los otorgantes.
429. Actuación personalísima.
430. Otorgamiento en escritura pública.

II. Contenido del pacto sucesorio. 509
431. Institución de heredero obligatorio; cláusulas que le acompañan.

III. Modalidades de pactos sucesorios. 511
432. Criterios de clasificación.

IV. Eficacia del pacto sucesorio. 512
433. Eficacia del pacto sucesorio y el ejercicio de la libertad civil.
434. Modalidades del pacto y fases.

V. Eficacia de pacto sucesorio post-mortem. 513
435. Eficacia revocatoria.
436. La vinculación del causante.
437. Efectos a la apertura de la sucesión.

VI. Pactos sucesorios con eficacia de presente.....518
438. Efectos adicionales en vida.
439. Efectos a la apertura de la sucesión.

VII. La revocación y extinción del pacto.....521
440. Causas de revocación y extinción de los pactos sucesorios.
441. La interpretación y modificación del pacto.

VIII. Naturaleza jurídica. 522
442. Características.
443. Criterios que sigue la doctrina.

Capítulo 23. El pacto sucesorio en el Derecho civil de Vizcaya. 529

I . Otorgamiento. 529
444. Partes otorgantes.
445. Capacidad de los otorgantes.
446. Legitimación para instituir sucesor.
447. Carácter de la actuación.
448. La aceptación por parte del instituido.
449. Otorgamiento en escritura pública.
450. No se exige su extensión en papel sellado.
451. El otorgamiento de las capitulaciones ante nupcias o post nupcias.

II. Contenido del pacto sucesorio. 537
452. Derechos hereditarios a título universal o particular.

a) Donación e institución de heredero.
453. La institución de sucesor en las Capitulaciones examinadas.

b) Variedad de títulos sucesorios.
454. Títulos sucesorios universales y particulares; con eficacia post mortem y eficacia de presente.

c) Donación universal de los bienes.
455. Donación universal de los bienes presentes y futuros.

d) La designación sucesoria simple o con eficacia post mortem.
456. Sentido de la universalidad de la sucesión en Vizcaya.
457. Caracteres del título de heredero o sucesor en bienes.
458. Naturaleza jurídica del título de heredero.
459. La designación de sucesor en los bienes vinculados.
460. La institución de heredero universal pura o condicionada.
461. Institución de sucesor tronquero y mejora de un tercio y quinto de los bienes sitos en villa.

e) Institución de sucesor con eficacia de presente.
462. La institución de sucesor tronquero con donación inter-vivos de los bienes.
463. El título de sucesor tronquero en los bienes conlleva la jefatura familiar.
464. Designación de sucesor en el vínculo y donación inter-vivos de los bienes libres.
465. Institución sucesoria acompañada de donaciones singulares inter-vivos.

f) La institución sucesoria a título particular.
466. El empleo de la fórmula "dona, promete y manda".

g) La fórmula del apartamiento.
467. El apartamiento de los que no han sido elegidos.

h) Reservas a favor de los instituyentes
468. La reserva de bienes.
469. Reserva de usufructo de la mitad.

i) La asociación de vida y trabajo entre instituyentes e instituidos.
470. La asociación de ambos matrimonios: Estatuto de funcionamiento.
471. La asociación o comunidad pactada y su encuadramiento como sociedad universal de ganancias.
472. Caracteres de la asociación de vida y trabajo como sociedad universal de ganancias.
473. La disposición de los bienes por actos inter-vivos.
474. Modificaciones personales y disolución de la comunidad.
475. La disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres.

j) La asociación como modo y como condición.
476. Consideraciones generales acerca de la modalización del pacto.
477. Aspectos en los que puede incidir la modalización.
478. Reconocimiento del principio de libertad de estipulación en el texto vigente.
479. La comunidad como modo.
480. El modo: acepciones y regulación.
481. La expresión de la aplicación que haya de darse a lo dejado por el instituyente.

482. El mantenimiento de la sociedad de vida y trabajo como condición.
483. La comunidad como modo y su mantenimiento como condición.

k) Cargas que asume el instituido.
484. Tipos de carga. Diferenciación de la contraprestación.
485. La carga de la dotación de los hermanos.
486. La cuantía de esta dote.
487. Garantía del cumplimiento de la obligación de dotar.
488. Carga de alimentos y exequias fúnebres del donante.

l) La reversión de los bienes.
489. Causas que dan origen a la reversión convencional y finalidad a la que atiende.
490. Tiempo en que ha lugar y consecuencias que se derivan de la reversión.

III. Efectos. 580
a) Anteriores a la apertura de la sucesión.
491. La cláusula de irrevocabilidad.
492. Revoca la disposición sucesoria anterior y vincula la facultad de disposición mortis-causa del instituyente.
493. Adquisición del título de sucesor por el instituido.
494. La disposición de los bienes por actos inter-vivos.
495. La premoriencia del instituido dejando descendencia.
496. La transmisión de los bienes a la descendencia en el supuesto de premoriencia del instituido.
497. No estamos ante un supuesto de transmisión.
498. La descendencia del instituido como sustitutos vulgares.
499. Premoriencia del instituido sin que dejare descendencia.
500. Deudas del instituyente anteriores al otorgamiento.
501. Bienes futuros al otorgamiento.

b) En el momento de la apertura de la sucesión.
502. Muerte de ambos instituyentes.
503. Adquisición de la herencia ipso iure.
504. Efectos del pacto sucesorio con respecto a las deudas del instituyente.
505. Los bienes futuros.
506. Cabe impugnar los actos que hizo en fraude del pacto sucesorio.

IV. Causas de revocación y de resolución del pacto..... 599
507. Causas de revocación.
508. La revocabilidad del pacto como sanción por el incumplimiento.
509. Revocación por causa de indignidad.
510. Causas de resolución.
511. El resarcimiento de las mejoras costeadas por el instituido y la reversión de los bienes a la familia de origen.

CONCLUSIONES..... 605

INDICE DE LAS ESCRITURAS EXAMINADAS..... 609

BIBLIOGRAFIA. 617

ABREVIATURAS.

FA.:	Fuero de Ayala
FD.:	Fuero de Durango.
FE.:	Fuero de Albedrío de las Encartaciones.
FV.:	Fuero Viejo.
FN.:	Fuero Nuevo.
FJ.:	Fuero Juzgo.
FR.:	Fuero Real.
P.:	Partida.
Nva. R. :	Nueva Recopilación.
NR.:	Novísima Recopilación
Toro:	Leyes de Toro.
P. 1900:	Proyecto de Apéndice de 1900.
P. 1928:	Proyecto de Apéndice de 1928.
AHDE.:	Anuario Historia del Derecho Español.
ADC.:	Anuario de Derecho civil.
ADA.:	Anuario de Derecho aragonés.
AAMN.:	Anales de la Academia Matritense y del Notariado.
RGLJ.:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RDN.:	Revista de Derecho Notarial.
RJC.:	Revista Jurídica de Cataluña.
RCDI.:	Revista crítica de Derecho inmobiliario.
RDP.:	Revista de Derecho privado.
RDC.:	Revista di Diritto Civile.

INTRODUCCION

El estudio de los pactos sucesorios o sucesión contractual, como categoría jurídica, encierra especial dificultad. Se trata de una institución, que desde sus orígenes ha tenido que salvar la prohibición legal que pesaba sobre ella, por lo que, respetando formalmente la dicción de las leyes, ha ido forjándose como institución nueva mediante el empleo de formas jurídicas aparentes, reconocidas por el sistema.

Por la razón apuntada, el desarrollo histórico de la institución es eminentemente consuetudinario, configurándose en el tiempo y lugar en respuesta a las necesidades de cada sociedad en concreto.

Su prohibición legal y la regulación consuetudinaria de su desenvolvimiento histórico determina, por una parte, el que la doctrina no se ocupe de ella y, cuando lo hace, sea con notoria superficialidad, siendo unos pocos los que han profundizado planteándose toda su problemática. Por otra parte, el conocimiento científico de su desenvolvimiento histórico sólo pueda alcanzarse a través del estudio de los documentos de aplicación del derecho.

Teniendo presente este marco general, abordamos el estudio que hoy presentamos.

La hipótesis de nuestro trabajo consiste en acreditar que las donaciones universales, reguladas en los textos forales históricos y comentadas por parte de la doctrina vizcaína, encerraban una verdadera disposición sucesoria mediante pacto.

Existen elementos objetivos que nos llevan a entender que así fuera. La reserva de usufructo vitalicio a favor de los donantes o la reversión de los bienes donados, ambas de carácter legal (por citar unos ejemplos), nos indican que esas donaciones no llegaban a consumarse en vida del donante, que no se trataban de unas donaciones inter-vivos comunes, aunque así se denominaran. No parecía coherente, por otra parte, que en un sistema en el que el linaje se perpetúa de generación en generación a través de la

troncalidad, el título transmisorio empleado para llevarlo a cabo fuera el donacional. Era necesario profundizar en todo ello, acreditar el carácter sucesorio de la disposición y explicar el modo de llevarlo a cabo.

Para el conocimiento inmediato de esta institución, habida cuenta del carácter consuetudinario de nuestro sistema jurídico, era necesario acudir al documento, que nos daría noticia de su existencia y del nuevo Derecho en formación.

A partir de este conocimiento histórico podíamos iniciar nuestra tarea específica, es decir, el ir calificando jurídicamente, a la luz de los textos de la época, los contenidos escriturarios, de tal modo que nos permitieran ir creando, mediante abstracción, un sistema de conceptos suficientemente seguro y preciso, que nos sirviera de plataforma para la reconstrucción jurídica de la institución, en lo que corresponda al período histórico seleccionado.

Por último, era necesario someter a la institución recuperada a una nueva calificación. A tal efecto, se llevó a cabo el estudio dogmático de los pactos sucesorios, como categoría jurídica general, y teniendo éste marco conceptual y trazados los perfiles dentro de los que se mueve la figura, procedimos a encuadrar, dentro de la misma, la institución de heredero de nuestro Derecho histórico.

Animados con este propósito y conocedores de que en la etapa que precede a la codificación la escritura de Capitulaciones Matrimoniales forales (calificada como verdadero Estatuto familiar), era el instrumento en el que se recogía la donación universal a favor de los contrayentes, resolvimos acudir a las fuentes directas notariales.

Se examinaron un total de 501 escrituras de Capitulaciones Matrimoniales y donaciones, correspondientes a la primera década del s. XIX, pertenecientes, esencialmente, al Duranguesado y una muestra significativa de las distintas Merindades de Vizcaya y de la villa de Bilbao.

La amplitud y variedad de cláusulas que recoge este tipo de escrituras, en la que se articula jurídicamente la estructuración presente y futura de toda la familia, nos animó a iniciar entonces, lo que ya era un objetivo proyectado para el futuro, y así emprendimos personalmente la tarea de la informatización exhaustiva de datos y contenidos jurídicos de las mismas con los que creamos una base de datos.

La tarea jurídica de calificación de todos sus contenidos, que emprendimos a continuación, nos abría un vasto horizonte de conocimiento, habida cuenta del entrecruzamiento entre los contenidos propiamente sucesorios, objeto de nuestro estudio, y los económicos familiares que a los mismos aparecían concatenados. Con motivo de la designación de sucesor se estructuraba jurídicamente, tanto la situación presente como la futura de todos los miembros de la familia del instituyente.

Se calificaron jurídicamente los contenidos escriturarios y posteriormente la institución, previamente reconstruida, en la forma anteriormente expuesta.

El trabajo que presentamos se compone de tres partes:

En la primera parte, vamos a recoger el estado de la cuestión; es decir, qué sabemos hasta el momento presente sobre estas donaciones universales, tanto a la luz de los textos forales como de la doctrina.

La segunda parte, consistirá en la presentación del material documentario y en el análisis y calificación jurídica del mismo a la luz de los textos y doctrina de la época.

Finalmente, la tercera parte, abordará la calificación jurídica de la institución recuperada y su encuadramiento en la categoría general de los pactos sucesorios.

PRIMERA PARTE

LA INSTITUCION DE SUCESOR EN VIDA Y LAS DONACIONES UNIVERSALES EN LOS TEXTOS FORALES Y EN LA DOCTRINA.

A) DERECHO VIZCAINO ANTERIOR A LA CODIFICACION.

Capítulo 1º. Los primeros fueros particulares y el Derecho consuetudinario.

I. La libertad de disposición como principio en el que se encuadra la donación inter-vivos de los bienes.

1. **Que fué de uso y costumbre y se reconoce por ley, el "dar en vida o en el artículo de la muerte todos sus bienes".-** Parece evidente que antes de 1450 no había en Vizcaya un fuero escrito general sino que regía la costumbre[1], existiendo únicamente, en materia de legislación escrita, el fuero o pacto de Don Juan Núñez de Lara elaborado en 1342 por la Junta general de Guernica, cuyo fuero no es una compilación general, sino tan sólo la concreción de las costumbres o fueros vigentes en lo que respecta a las relaciones del Señor con el Señorío, en cuanto a la administración de justicia y a la propiedad de los montes[2].

---

[1]LABAYRU, E., *Historia general del Señorio de Bizcaya* T. I, la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1968, 397.

[2]CHALBAUD ERRAZQUIN, L., *La troncalidad en el Fuero de Bizcaya*, Tipografía de Sebastián Amorrortu, Bilbao, 1898, 10.

Existían fueros particulares correspondientes a determinadas regiones o territorios en los que podemos considerar dividida Vizcaya antes de la incorporación al Señorío, así el Fuero Antiguo de Durango, el Fuero de las Encartaciones y el Fuero de Ayala en Alava[3].

Se trata de una etapa en la que rige en el Señorío el Derecho consuetudinario, históricamente primera fuente del Derecho[4].

Habida cuenta que no existen colecciones de costumbres[5] y que las referencias relativas a esta fuente, hechas por algunos autores a comienzos del siglo XIX, no establecen una periodificación en su transformación es poco riguroso lo que podamos decir sobre la costumbre de este período, por lo que las referencias a la misma tendrán un valor meramente orientativo.

La figura objeto de estudio aparece recogida en estos textos legales primitivos, es decir, no se trata de una institución que nace como fruto del desenvolvimiento normativo

---

[3]El Fuero Antiguo de Durango (s. XIV), LABAYRU, E., ob. cit., T. II, 775-786; Fuero de Albedrío de las Encartaciones (1503), QUADRA SALCEDO, F. de la, *Fuero de la M.N.y L. Encartaciones*, Bilbao, 1916, 175-229; Fuero de Ayala (1373), URIARTE LEBARIO, L. M., *El Fuero de Ayala* , Diputación Foral de Alava, Vitoria, 1974, 123-142. Los referidos textos pueden encontrarse en un volumen de recopilación de la *Legislación Foral de Bizkaia*, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1991.

[4]Preámbulo del FUERO VIEJO 1452 (en lo sucesivo FV.): "dicho Corregidor bien sabía que los vizcaínos habían sus privilegios y franquezas e libertades entre otros fueros que eran de albedrío y no estaban escritos é en cuantos daños é males é errores eran caidos é caian de cada día los dichos vizcaínos ....por no tener las dichas franquezas é libertades é fueros é costumbres que razonablemente se pudieren escribir....los dichos vizcaínos estando en su junta general....dieron su poder á ellos para que en uno con el oidor ó corregidor ordenasen é declarasen é escribiesen las dichas franquezas é libertades, é usos é costumbres é fueros, é albedrío". Puede observarse que precede a cada ley del Fuero la frase: "que habían de Fuero, uso y costumbre y establecían por ley...".

[5]Refiere MADARIAGA, R., ("El derecho foral de Vizcaya en relación con la organización familiar", Conferencia explicada en Pamplona el día 5 Septiembre último, con ocasión de los curso de verano organizados por la Sociedad de estudios vascos, Tipografía del Norte, Bilbao, 1932,8) que al ser un Derecho eminentemente consuetudinario falta el coleccionar las costumbres. Recoge VICARIO DE LA PEÑA, N., (*Derecho consuetudinario*, Imprenta Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1901, 28) una colección de costumbres sistematizadas, correspondientes al campo del derecho privado: area del Derecho de familia, de la propiedad, de la sucesión y de la contratación. Recogen el Derecho consuetudinario de Vizcaya: TRUEBA, A ., "Bosquejo de la Organización Social de Vizcaya", Delmás, Bilbao, 1867, reeditada bajo el título "Organización social de Vizcaya en la primera mitad del s. XIX", por La Gran Enciclopedia Vasca T. II, Fasc.1 y 2, Bilbao, 1968, respectivamente pags. 603 y 350; ALLENDE SALAZAR, *Biblioteca del Bascófilo*, Edit. Gerardo Uña, Bilbao, 1987, en su prólogo; ARTIÑANO, A., *El Señorio de Bizkaya*, Establec. tipográfico de Mariol y Lopez, La Península, Barcelona, 1885, cap. IV; UNAMUNO, M., "El Derecho consuetudinario", RGLJ., T. 88, 1896, 42.

del sistema, ni de una figura importada, sino que estuvo presente en la costumbre y más tarde se pasó a un fuero escrito[6].

La fórmula que lo reconoce se condensa en estos términos:

"pueden dar en vida o en el artículo de la muerte todos los bienes".

Tomando estos textos como punto de partida, el análisis contextual de los correspondientes a la época con los posteriores nos posibilitará, en primer lugar, el integrar su regulación y posteriormente, esbozar el perfil que adquiere la institución en su desenvolvimiento histórico.

2. La libertad de testar: Fuero de Ayala (1373), Fuero de Durango (s. XIV) y Fuero de Albedrío de las Encartaciones (1503).- El reconocimiento de la libertad de testar -principio en el que se asientan las donaciones objeto de análisis- se remonta a la fuentes legales medievales de Vizcaya y Alava del s. XIV y XV; la forma en la que aparece recogida es la siguiente:

FD. 1: " Otrosi todo hombre o muger estando en su sana memoria puede mandar todo lo suio o parte dello a quien quisiere por Dios, e por su alma o por servicio que le fizo"

FE. 3, 23: "que hemos de fuero y costumbre que qualquier hombre o muger .....que hobiere hijos legítimos puedan ansi en vida como en el articulo de la muerte, mandar a uno de sus fijos o fijas todos sus bienes muebles y raices dando y apartando ...con algun tanto de tierra á los otros"[7].

Estos textos ponen de relieve distintos aspectos relativos al ejercicio de la libertad de testar: discrecionalidad en la elección de sucesor, libertad en la distribución del *quantum* y finalmente en el modo de llevar a cabo la disposición, presentando las siguientes particularidades:

---

[6]Según MADARIAGA, R., (ob. cit., 9 ss.) el empleo del término ley en el Derecho foral histórico no tiene correspondencia con el sentido actual, no se trata de una fuente de producción normativa distinta, puesto que la fuente única era la costumbre, siendo la ley la plasmación por escrito de lo que nace en la costumbre. El fuero es una colección de costumbres escritas, confirmadas por el Señor, entonces Rey de Castilla.

[7]Corresponden los textos transcritos respectivamente al FUERO DE AYALA (en lo sucesico FA.), 28 y al FUERO DE ALBEDRIO de las ENCARTACIONES (en lo sucesivo FE.), 3, 23. En términos semejantes en el FUERO DURANGO (en lo sucesivo FD.), 1: "Primeramente dijeron que si alguno hobiere á dar su casería que pueda dar franco é quito á sus hijos legítimos que hobiere de la primera muger é sital fijo no hobiere que herede el mas propincuo que fuere por parte de la heredad á esta caseria tal que así se hobiere á dar que hayan mayor grado norio". Los subrayados que figuran en los textos que transcribimos en este trabajo son nuestros.

1) La elección ha de llevarse a cabo a favor de los herederos forzosos, siguiendo el siguiente orden: descendencia legítima (hijos y nietos); en defecto, la descendencia natural y en defecto de ambas, a favor de los parientes dentro del cuarto grado[8]. Este orden de prelación da preferencia a la línea legítima descendente, no figura la línea ascendente y limita al cuarto grado la colateral. En la tierra de Ayala no existe herencia forzosa, en consecuencia la libertad de testar es plena.

2) Dentro de estas líneas, grado y cualidad, goza el padre de plena discrecionalidad en la distribución de todos sus bienes muebles y raíces[9], teniendo en cuenta que en Vizcaya existe una legítima colectiva de las cuatro quintas partes de la herencia[10].

3) Como requisito formal *ad solemnitatem* se le exige el apartamiento de los herederos no favorecidos[11].

4) Tratándose de bienes raíces troncales la regla es que deberán mantenerse dentro de la familia[12] siempre que existan parientes dentro del cuarto grado, que desciendan del tronco de donde proviene la raíz[13].

---

[8]FD. 1: "si alguno hobiere á dar su casería que pueda dar franco é quito á sus hijos legítimos que hobiere de la primera muger é sital fijo no hobiere que herede el mas propincuo que fuere por parte de la heredad"; FE. 3, 27: "si alguno moriere sin hijos y descendientes legítimos é sin dejar por su testamento por heredero á hijo natural é dejare hermanos de padre y de madre, é hermanos que en tal caso todos los hermanos ansi los que son de padre y madre como los que son solo padre ó de sola madre hereden igualmente en el mueble...".

[9]FD.1: "si fuere la voluntad del testador que puedan mejorar á qualquier de los fijos de cuanto por bien tobier é que los otros hermanos no le puedan poner demanda"; FE. 3, 23: "pueda mandar a uno de sus hijos o fijas todos sus bienes muebles é rayces dando y apartando é mandando dar algun tanto de tierra poco o mucho á los otros sus fijos o fijas aunque sean de legitimo matrimonio".

[10]FE. 3, 24: "ecepto el quinto que del tal quinto de sus bienes puede el testador facer lo que quisiere é mandarlo á quien quisiere ó por su ánima".

[11]FE. 3, 23: "apartando é mandando dar algun tanto de tierra poco o mucho á los otros sus fijos"; FA. 50: "parta con ellos a cavezas salvo si el Padre lo apartase con cosa cierta ....".

[12]FD. 1: "é sital fijo no hobiere que herede el mas propincuo que fuere por parte de la heredad á esta caseria tal que así se hobiere á dar que hayan mayor grado norio"; FE. 3, 27: "empero en la raiz que hereden todos los hermanos de parte de padre aunque sean medio hermanos igoalmente los que veniere de parte de padre é los hermanos de parte dc la madre aunque sean medio hermanos hereden igoalmente con los hermanos enteros en la raiz ...que la raiz finque siempre a los parientes mas propincuos del tronco de donde depende la tal raiz é si la raiz fuere ganada por el tal hermano ó medio hermano moriendo sin testamento que todos los hermanos y medio hermanos hereden igoalmente ansi como en el mueble"; FA.50: "...e toda herencia sin fijos o nietos e dende a juso torne al tronco..." y 76: " ...e le da en casamiento casas e heredades o otros bienes, si por ventur muere el uno de ellos sin aber fixos que tornen los tales casas y heredades e bienes al Padre o la Madre que lo tales bienes le dió y había en casamiento".

[13]Al regular el derecho de adquisición preferente de los bienes troncales se les reconoce tal derecho a los parientes del tronco dentro del cuarto grado de donde proviene la raíz. FE. 3, 2: "cualquier

5) El modo de llevar a cabo esta disposición es: "assi en vida como en el artículo de la muerte"[14].

3. Los modos de ejercicio de la libertad: las donaciones por razón de matrimonio y la donación con carga de alimentos.- Se deja constancia en los textos legales que existen dos modos de disposición de la herencia y uno de ellos es en vida del causante. Traducido a terminología actual, diríamos que el sistema admite dos modos de delación sucesoria, en vida y en *artículo mortis*.

No existe una regla de cómo ha de llevarse a cabo la disposición en vida, sin embargo aparecen reguladas la donación con motivo del matrimonio del hijo elegido[15] y la donación con carga de alimentos[16], lo que nos hace entender que eran éstos los instrumentos jurídicos comúnmente empleados en la época.

Los fueros particulares regulan detalladamente la donación con carga de alimentos; se concreta cuál es el contenido de los alimentos, la obligación de garantizar su cumplimiento con fiadores y la posibilidad de fijación de su cuantía, para el caso de cumplimiento defectuoso, sujetándolo al juicio de hombres buenos[17]. La carga de alimentos va acompañada de las exequias fúnebres de los donantes, que habían de celebrarse en la forma acostumbrada en la localidad a personas de su condición.

La atención de los alimentos del titular de los bienes es una necesidad que trataba de atenderse dentro de la familia, dando lugar al empleo de instituciones que han

---

propincuo que venga del tronco de aquella heredad pueda parar fiadores en ella conque sea el tal pariente dentro del cuarto grado..."; en idéntico sentido FE. 3, leyes 3 y 4.

[14]FE. 3, 23.

[15]FA. 76: "Otrosi qualquier hombre o muger que casare a su fixo o fixa, e le da en casamiento casas o heredades o otros bienes, si por ventura muere el uno de ellos sin aber fixos que tornen las tales casas y heredades e bienes al Padre o la Madre que los tales bienes le dio y había dado en casamiento...."

[16]FD. 2: "este tal que hobier á dar casería con su mayor grado como dicho es que haya su mantenimiento para en toda la vida sobre el dicho mayor y que el hijo que hobier de tomar el dicho mayor grado que sea tenido de dar fiadores de le dar su mantenimiento en toda su vida é de le enterrar é de facer sus enterrorios y cumplimiento segun fuero de Durango "; FA. 76.

[17]FD. 1, 2. y 3: "que si alguno hobiere á dar su caseria que pueda dar franco e quito.....este tal que hobier á dar casería con su mayor grado como dicho es que haya su mantenimiento para en toda la vida sobre el dicho mayor y que .....sea tenido de dar fiadores de le dar su mantenimiento en toda su vida é de le enterrar é de le facer sus enterrorios y cumplimiento segun fuero de Durango y este mantenimiento que sea y lo haga en esta manera: de la cuartana Toledana que faga cinco panes y de un pan de ellos de la cuarta parte en la noche y dia, y en el otro mantenimiento asi como de carne fresca ....e si sobre esto tal hobiere querella del fijo que no la mantienen segun que deben si la tal caseria fuere infanzonazgo ...que tomen dos homes buenos hijosdalgo y un home bueno labrador y que le de su mantenimeinto segun estos tres homes buenos fallaren".

desaparecido con los años; el Fuero de Albedrío de las Encartaciones recoge una institución peculiar bajo el título "De los que se dan a mantenencia". En virtud de la cual se permite solicitar públicamente los alimentos en la Misa Parroquial por tres Domingos consecutivos, comprometiéndose a cambio el anunciante a instituir por heredero al alimentista[18].

La presencia de esta institución nos permite aventurar que éste sería el vehículo jurídico usual en la época para garantizar los alimentos, en defecto de parientes cercanos con los que se pudiera pactar la sucesión con esta carga, y nos permite cuestionarnos si cabe que los derechos derivados de la troncalidad pudieran, en su función, alterarse.

Estos textos recogen lo que estaba vigente por uso y costumbre.

4. **La transmisión íntegra del patrimonio familiar en el Derecho consuetudinario. El "hacer heredero en vida".-** La libertad de testar y el modo en el que tiene lugar la transmisión íntegra del patrimonio familiar en Vizcaya, según la costumbre, fué uno de los temas que presentó D. Antonio Trueba, cronista del Señorío, en la Exposición Universal de París en 1867. Suscitaron interés estas cuestiones y una viva discusión entre los participantes, quienes analizaron sus repercusiones en aspectos sociales y económicos[19].

Según refiere este autor, era costumbre inveterada el que esta libertad de disposición de toda la herencia a favor de los hijos se instrumentalizara mediante donación inter-vivos o mortis-causa[20], teniendo lugar, con frecuencia, en el momento de contraer matrimonio.

---

[18]FE. 3, 22: "....qualquier hombre o muger que sea en bieja edad ó enfermedad impedido de cuerpo se quiere dar á mantenencia que descalonando sus bienes muebles y raices en tres domingos en la Iglesia Parroquial publicamente ....en los tres Domingos á renque....diciendo como los descaloña para darse con ellos a mantenencia ....é cualquier heredero que quisiere dar la mantenencia é diere fiadores de la cumplir que el tal que hansi la diere herede todos los bienes é rayces de aquel que ansi se dá á mantenencia...".

[19]Recoge TRUEBA (ob. cit., fasc. 2, 351 ss.) la Memoria estractada y resumida que se publicó en el Boletín de la Societé International des Etudes Practiques de Economie sociale, siendo recogidas las discusiones que tuvieron lugar en las sesiones 12 Enero y 8 de Febrero 1868, tomando parte activa en la misma el economista Sr. Le Play. Se recoge asimismo la correspondencia que se cruzó con tal motivo entre el Sr. Le Play y Trueba; Según TRUEBA (ob. cit., fasc. 1, 617) esta práctica es laudable por varias razones, unas de tipo económico, por cuanto permite la conservación indivisa de la propiedad en su prístino estado, determinando, en Vizcaya, una prodigiosa distribución de la misma, otras, de tipo social de las que se infiere que la autoridad del padre rodeada de la facultad de legislar, respecto a la disposición de los bienes entre los hijos, es un saludable freno a las malas inclinaciones de la naturaleza.

[20]TRUEBA, ob. cit., 417; en idéntico sentido UNAMUNO, ob. cit., 48

Según Artíñano, es muy raro el matrimonio que no ejercita el derecho de donación, que el uso y la costumbre establecieron desde antiguo[21].

Unamuno, confirmando la existencia de esta costumbre, añade que el padre puede distribuir los bienes entre sus hijos como quiera o donar todos a un solo hijo[22]. En esta segunda opción, que es la más frecuente, elige al más idóneo para el manejo de la labranza[23], nombrándole por heredero al donarle todos los bienes en el contrato matrimonial e imponiéndole ciertas cargas y condiciones[24].

Es el título donacional el empleado para la disposición en vida de los bienes de la herencia, según se desprende de los textos y de las opiniones de la doctrina, si bien presenta la particularidad de que, al donarles todos los bienes o un patrimonio concreto (el troncal, el mueble etc..), les nombran por herederos[25].

Puede entenderse que, en la época objeto de análisis, la disposición en vida se hacía exclusivamente a través del empleo del título donacional, por varias razones: el Fuero Nuevo dedica un título completo y leyes dispersas a su regulación[26], es habitual su utilización en otros sistemas jurídico-forales y finalmente, el empleo de este título corresponde a la fase embrionaria de la institución sucesoria en vida.

II Límites a la libre disposición de los bienes.

5. **Límites legales a la libertad de disposición: la troncalidad y la herencia forzosa.-** La libertad de disposición de los bienes no es absoluta, sino que debe ejercitarse dentro de unos límites.

En primer término, ha de respetar los derechos inherentes a la troncalidad[27], los límites derivados de la herencia forzosa[28], así como los derivados del carácter reservable

---

[21]ARTIÑANO, ob. cit., 344.

[22]UNAMUNO, ob. cit., 48; TRUEBA, ob. cit., 618.

[23]TRUEBA, ob. cit., 617.

[24]VICARIO, ob. cit., 31.

[25]Según los autores VICARIO (ibídem), TRUEBA (ob. cit., 617) y UNAMUNO (ob. cit., n. 3, 48) la costumbre consistía en "nombrarles por herederos al donarles todos los bienes".

[26]Este Fuero respondía a la necesidad de actualizar los textos antiguos suprimiendo lo que ya no estuviere en vigor.

[27]FD. 1: "é sital fijo no hobiere que herede el mas propincuo que fuere por parte de la heredad á esta caseria tal que así se hobiere á dar que hayan mayor grado norio" y 7: "y de como es propincuo y natural de la casa que demanda fasta el cuarto grado .."; FE. 3, 27: "empero en la raiz que hereden todos los hermanos de parte de padre aunque sean medio hermanos igoalmente los que veniere de parte de padre é los hermanos de parte de la madre aunque sean medio hermanos hereden igoalmente con los hermanos

de ciertos bienes en virtud de disposición legal[29]. Es preceptivo el apartamiento de los restantes hijos respecto a los bienes raíces donados. La fórmula del apartamiento fijada por la costumbre consistía en apartarles con un árbol y una teja o un palmo de tierra y una teja[30].

III. La donación universal inter-vivos.

6. La libertad en la elección: el criterio de la aptitud.- El padre, en calidad de legislador doméstico elige al sucesor sin que rija el principio de masculinidad ni primogenitura. El criterio que establece la costumbre es el de la aptitud para la explotación del patrimonio y condiciones para dejar descendencia[31]. Las hijas pueden ser

---

enteros en la raiz ...que la raiz finque siempre a los parientes mas propincuos del tronco de donde depende la tal raiz é si la raiz fuere ganada por el tal hermano ó medio hermano moriendo sin testamento que todos los hermanos y medio hermanos hereden igoalmente ansi como en el mueble"; FA.50: "...e toda herencia sin fijos o nietos e dende a juso torne al tronco..." y 76: "...e le da en casamiento casas e heredades o otros bienes, si por ventur muere el uno de ellos sin aber fixos que tornen los tales casas y heredades e bienes al Padre o la Madre que lo tales bienes le dio y había en casamiento". Según TRUEBA (ob. cit., 356) y UNAMUNO (ob. cit., 32 y 48) los bienes no pueden salir fuera de la familia existiendo parientes dentro del cuarto grado.

[28]FD.1: "si alguno hobiere á dar su casería que pueda dar franco é quito á sus hijos legítimos que hobiere de la primera muger é sital fijo no hobiere que herede el mas propincuo que fuere por parte de la heredad".

[29]FE. 3, 25: "Que si el home promete en arras a su muger e la tal arra se hace en Torre ó en raiz sus hijos de la tal han de heredar la tal arra esto es todo lo en arreado é no los que despues hubiere fecho é tome de otra muger".

[30]UNAMUNO, ob. cit., 48, n. 3; FA. 50: "Otrosi todo home que ficiere fijos sin casar sean herederos en los bienes del Padre e aunque aya otros fijos de muger de bendición que parta con ellos a cavezas salvo si el Padre lo apartase con cosa cierta ...."; FE. 3, 23: "apartando é mandando dar algun tanto de tierra poco o mucho á los otros sus fijos". Según LALINDE ABADIA *(Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona 1978, 830) en Navarra y Aragón se reconoce a comienzos del s. XIV la posibilidad del apartamiento como privilegio de las clases elevadas, en sus comienzos sólo perjudicaba a unos legitimarios frente a otros, la fórmula del apartamiento empleada en Navarra era "cinco sueldos febles carlines y sendas robadas de tierra en los montes comunes" y en Aragón en virtud de la promulgación de los Fueros de 1307 y 1311 en los que se estableció la libertad de distribución de la legítima entre los hijos, los descendientes no favorecidos deben recibir, según costumbre, "cinco sueldos por sitios y cinco muebles".

[31]TRUEBA, ob. cit., 617; en el mismo sentido: UNAMUNO, ob. cit., 48 y FAIREN GUILLEN, V., "El Fuero del Señorío de Vizcaya en los s. XVIII y XIX", RGLJ., Marzo 1946, 3. Añade VICARIO (ob. cit., 31 y 32) que "el padre vizcaíno al llegar a la madurez de su edad, teniendo un hijo o una hija en condiciones de casarse y con aptitud suficiente para sostener y fomentar el cultivo de sus propiedades, de su caserío, de la finca arrendada, de la industria o comercio por el fundado, busca, según la circunstancia, una novia o un novio, cuyas condiciones morales y cuyos recursos materiales guarden correspondencia con la posición que él tiene".

elegidas, si bien, es poco frecuente que sean las favorecidas con la donación, es decir, que sean acasaradas.

Se entiende por régimen acasarado el régimen de convivencia entre donantes y donatarios que nace como consecuencia de la donación y que queda regulado en el contrato matrimonial; es decir, al contraer matrimonio el hijo favorecido no crea un nuevo hogar, porque no saliendo la casería del poder de la familia, los nuevos cónyuges vienen a ocupar un puesto en el hogar paterno, preparándose por medio del trabajo a ser los sucesores de los que actualmente gobiernan la casa[32].

7. La costumbre de imponer al elegido la dotación de sus hermanos.- Esta amplia facultad de elegir a uno y excluir a los demás hijos, sin otra ni más causa que la voluntad paterna, dice Trueba, se ve contrarrestada por la costumbre de imponer al sucesor la obligación de la dotación de sus hermanos, a quienes entregará una cantidad en metálico, prudencialmente fijada por el padre, a fin de guardar una igualdad o nivelación de fortuna[33]. Expone el modo fijado por la costumbre, que aquí tiene fuerza de ley[34], a fin de conjugar esta libertad en la elección de un solo heredero con la atención a los restantes hijos[35].

---

[32]ARTIÑANO, A., *El Señorío de Vizcaya* , Establecimiento tipográfico de Mariol y Lopez, Barcelona, 1885, 339; Refiere VICARIO (ob. cit., 41 ss), que la donación de los bienes al contrayente determina que el hijo quede asociado y se inicie la vida en común de ambos matrimonios, donantes y donatarios, formando un sólo hogar. Añade UNAMUNO (ob. cit., 47), que la naturaleza del suelo y la pobreza han impuesto el cultivo intensivo y el régimen acasarado, lo que los franceses llaman *domaine agglomeré à foyer central*. Recoge LAFOURCADE, M., (*Mariage en Labourd sous l´ancien regime*. Bilbao, 1989, 58) esta asociación, bajo la fórmula *à meme pot et feu*.. En términos parecidos GAUDEMET, J. *Les communautés familiales*, Paris, 1963, 84 ss.. Según TRUEBA (ob. cit., 607) contribuye al éxito del régimen acasarado, creado por la aplicación de las instituciones civiles (donación y consiguiente asociación de ambos matrimonios), la división del trabajo entre todos sus miembros (la mujer trabaja en las labores del campo como los hombres), la existencia de varias fuentes de ingreso, salarios fuera de la casa, pequeña industria doméstica (telar, apicultura y ganadería) y la venta de la cosecha propia en el mercado. Transcribe ECHEGARAY, B. ("Errores en la interpretación del derecho civil vasco ", Yakintza. Revista de cultura Vasca 1933-36, vol. I, La gran Enciclopedia Vasca. Bilbao, 1977, 120) un contrato matrimonial, en el que se donan lo bienes a favor de una hija.

[33]TRUEBA, ob. cit., 617. Añade VICARIO (ob. cit., 34) que la dotación de hermanos por parte del sucesor es una obligación que le ha sido impuesta por sus padres siendo como una especie de indemnización al excluirlos de la sucesión de los bienes raíces de la familia. En idéntico sentido ARTIÑANO, ob. cit., 339.

[34]TRUEBA, ob. cit., 354.

[35]Presenta TRUEBA (ibídem) este ejemplo del modo igualitario en la distribución de la herencia: si el padre tiene cuatro hijos, dos varones y dos mujeres y su patrimonio asciende a 1.000 ducados, instituye heredero a uno de los varones con la obligación de dar 200 ducados de dote, en plazos escalonados, a cada uno de sus hermanos. El sucesor contrae matrimonio con una joven que trae una dote

8. La elección en el contrato matrimonial: preparación del mismo.- Cuando la elección tiene lugar con motivo del matrimonio, la formalización del contrato matrimonial va precedida de una serie de conversaciones entre los padres de los contrayentes, quienes negocian y discuten qué llevará cada uno [36]. Era comprensible el que así fuera, pues del éxito, en la equilibrada contribución de ambas familias, dependía la posibilidad de una adecuada atención de los restantes hijos de cada una; sólo cuando ya quedaban acordadas la aportación de cada familia, se acudía a la escribanía en la que se recogían la donación y la dote que aportaban al matrimonio los contrayentes, recibida de los padres en el mismo acto[37].

Era costumbre común el que se propiciara en las familias la boda de un sucesor con un contrayente que llevara una dote dineraria por valor equivalente, siendo excepcional (supuesto de hijos únicos) el matrimonio entre dos sucesores[38].

Se recogen las aportaciones de cada uno en el contrato matrimonial, salvo en las Encartaciones donde se acuerda verbalmente[39].

No es condición necesaria el que se done en el contrato matrimonial, sino que en otros casos se trata de la disposición en escritura de donación al hijo soltero, determinando que las obligaciones que asume con tal motivo le orienten al matrimonio[40].

9. El objeto sobre el que versa la donación.- Pueden donarse todos los bienes o bienes singulares. Tales donaciones no sólo tienen lugar en las caserías manejadas por sus propietarios sino también entre inquilinos. En Vizcaya tiene vigencia la transmisión vía donacional del arrendamiento rústico, cual si fueran propietarios[41].

---

proporcionada a los bienes que él posee, con la que atiende, junto a sus recursos, al pago de la dote de sus hermanos.

[36]Según refiere UNAMUNO (ob. cit., 49), la boda es uno de los más importantes negocios, ajustado no pocas veces por intervención de casamenteros de profesión, y después de largas y reñidas deliberaciones entre los padres de los prometidos; en el mismo sentido VICARIO, ob. cit., 48.

[37]Refiere VICARIO (ob. cit., 48) que formalizada la petición de la mano de la novia y dada la conformidad tenía lugar la salida de los padres en la que concertaban el enlace "cual si fuera un contrato, procurando siempre el mejorar, buscando para ello un consorte que tenga otro tanto, o si es posible más que el solicitante".

[38]TRUEBA, ob. cit., 354.

[39]VICARIO, ob. cit., 34.

[40]TRUEBA ibídem.

[41]Según TRUEBA (ob. cit.,fasc. 1, 612) la mayoría de las caserías están explotadas por colonos o inquilinos . Existe un vínculo cuasifamiliar entre propietariso e inquilinos debido a que el inquilinato perdura en una familia de generación en generación. Las rentas son pequeñas. UNAMUNO, ob. cit., 71; GALINDEZ *El Derecho vasco*, Edit. Ekin, Buenos Aires, 1947, 97; ARTIÑANO ob. cit. 339. Según VICARIO (ob. cit. 33) es frecuente que al concertarse el matrimonio entre hijos de colonos figure en el contrato la cláusula de que el futuro cónyuge llevará en arrendamiento la casería, y esta cláusula se instituye de acuerdo con el propietario, a quien puede considerársele socio capitalista del inquilino.

Si el inquilino hace la elección y recae sobre una hija, constituye parte de su dote la condición de que el yerno ha de continuar o le ha de suceder en el caserío, condición que se establece de común acuerdo con el propietario, quien no se opone si el joven con quien se va a casar no le parece indigno de la familia[42].

10. La dote que aporta el contrayente del donatario.- La dote, que a su vez aporta el futuro cónyuge del sucesor, cumple en Vizcaya una finalidad peculiar. La entrega frecuentemente el padre del cónyuge del sucesor al del instituyente, a fin de "compensarle económicamente de la disposición causada"[43]. El destino de la dote es la atención de la dotación de los restantes hijos[44].

La dote consiste en una cantidad en metálico que aporta indistintamente la mujer o el hombre (futuro cónyuge de un sucesor o sucesora). Su cuantía guarda proporcionalidad con el patrimonio que por vía donacional recibe el sucesor[45] y frecuentemente su pago es escalonado, posibilitando de este modo, el que pueda pagarse con los ingresos que se fueran generando en el futuro.

La dote, tanto si la aporta la mujer como si lo hace el varón, va acompañada del arreo. La composición del arreo de la mujer[46] y la presentación del mismo era una

---

[42]VICARIO, ob. cit., 33 y TRUEBA, ibídem.

[43]Según UNAMUNO (ob. cit., 49) la dote puede entregarla el padre del cónyuge del sucesor a su consuegro por vía de compensación. En tiempo de Iturriza (1787), los hijos de una buena casería llevaban de dote 1.000 ducados, los de posición modesta 600 o 700 ducados. En 1896, dice Unamuno, a una buena casería se llevaría de dote de 3.000 hasta 6.000 ducados

[44]Dice TRUEBA (ob. cit., 355) que estos hermanos con sus dotes contraerán matrimonio con sucesores. Refiere VICARIO (ob. cit., 45) que en el caso de que fuera el padre instituyente quien recibiera la dote, podrá destinarla al pago de deudas generadas en la crianza de los hijos, a dar un oficio o dote a otro hijo o destinarla a la adquisición del equipo de quien emigró a América o al centro de España.

[45]Refiere VICARIO (ob. cit., 49) que si la novia es dueña de uno o varios caseríos, el que ha de casarse con ella es preciso que traiga una gran dote que represente tanto o más que lo que aporta la novia; TRUEBA, ob. cit., 354.

[46]Según VICARIO (ob. cit. 34) el arreo consistía en aperos de labranza, ganado, ropa de uso y metálico. Refiere LABAYRU (*Historia general de Vizcaya*, T. 1, 485) que el arreo se compone de piezas de lienzo blanco sin estrenar, el catre de madera de cuyo testero pendía la rueca, el huso con su trozo de lino en hilaza, las abarcas y un sombrero. La costumbre de hilar (ardartseta) fué muy antigua en la mujer vizcaína y se conservó hasta que el progreso industrial sustituyó estos hábitos.

formalidad con la que la doncella (batsaya) era entregada al varón. La conducción del arreo hasta el nuevo hogar constituía un ritual obligado tras la celebración de la boda[47].

Del contenido de estas costumbres se deduce que la dote es el elemento divisible y fungible por excelencia que permite la transmisión indivisa del patrimonio familiar y la atención de las necesidades de todos los hijos.

La organización de las familias a este respecto, según recoge Trueba, es la siguiente. El padre instituye sucesor en el patrimonio familiar. El heredero se casa con una joven que aporta una dote y con ésta y los recursos que se van generando se pagan las dotes de los hermanos en plazos escalonados. Las hijas con esta dote encuentran un novio con casa propia como en su hermano ha encontrado su cuñada, y a su vez el hijo apartado se casa con una joven que no teniendo hermanos varones ha heredado la casa paterna[48], adquiriendo por este medio recursos para satisfacer las dotes de sus hermanos[49].

11. **La reserva de usufructo, la carga de alimentos y la obligación de dotación de los hermanos.-** Según estos autores acompañan a la donación una serie de reservas, cargas y condiciones. Estas cláusulas gravitan sobre los efectos que de la donación se derivan y tienen por beneficiarios los ancianos padres o los restantes miembros de la familia.

Según costumbre muy antigua, los padres al donar a los hijos todos sus bienes establecen la reserva de la mitad en usufructo, denominado en euskera *etxebasterra* . Este vocablo, que significa orilla o borde de la casa, es voz superviviente de una época en la que el padre se reservaba un trozo de terreno en torno a la casa[50]. El usufructo de la mitad

---

[47]Para VICARIO (ibídem) la dote se compone de una cantidad en metálico y del arreo. El mismo día de la celebración la comitiva nupcial van a casa del que se separa de sus padres a hacer la despedida con el almuerzo o desayuno, y desde allí se encaminan al nuevo hogar, seguidos de tres o mas carros cargados del dote y arreos, carros conducidos por las mejores yuntas de bueyes de raza del país, adornados con muchas campanillas,y se procura que los carros canten mucho, para indicar el extraordinario peso de lo que transportan.

[48]TRUEBA, ob. cit., 354.

[49]Refiere TRUEBA (ibídem) que el padre, al instituir por heredero al hijo más digno de sucederle, no deshereda a los restantes hijos sino que impone al sucesor un gravamen y de este modo evita el desmembramiento de la propiedad y al mismo tiempo hace a todos los hijos partícipes de los bienes paternos.

[50]UNAMUNO, ibídem; MADARIAGA, R., ob. cit., 4.

de los bienes tiene carácter vitalicio y se conserva íntegramente en tanto sobreviva uno de los donantes[51].

La carga de alimentos y las exequias fúnebres de los donantes es una cláusula que aparece con frecuencia, tratándose de padres ancianos. Su regulación legal es detallada, como hemos expuesto en el nº 3 de este trabajo.

Según estos autores, era costumbre que se le impusiera al sucesor la carga de dotación de los hermanos, salvo que hubiera sido el padre donante quien recibió la dote aportada al matrimonio.

12. **La asociación de ambos matrimonios: el régimen acasarado.-** Los padres, al elegir entre los hijos el que conceptúan más apto para el trabajo del campo, le asocian a ellos al contraer matrimonio, surgiendo entonces una verdadera sociedad entre los dos matrimonios, dando lugar a la familia compuesta o doble que no aparece regulada en las leyes sino en el contrato matrimonial[52]. Esta escritura pública se constituye en la ley del contrato que recoge las reglas de gobierno y funcionamiento[53].

Esta familia, formada por tres generaciones -abuelos, hijos y nietos- pertenecientes a una casa se identifica en el campo público con la foguera, siendo las fogueras el único dato archivístico, indicativo de la demografía de Vizcaya hasta mediados del s. XVIII[54].

Ambos matrimonios, cada pareja[55], son miembros natos de la asociación; la muerte de una de las personas no da origen a la disolución de la misma sino que se

---

[51]VICARIO, ob. cit., 50.

[52]Refiere VICARIO (ob. cit., 35), que siguiendo la costumbre local se regirá esta asociación, por el contrato matrimonial del elegido o verbalmente. En las Encartaciones no es costumbre otorgar contrato. No se fijan las aportaciones que introducen al matrimonio cada consorte, sino que en documento privado se señala lo que lleva de dote el cónyuge que entra en la nueva familia. Las bases de la asociación se fijan verbalmente. En el resto de Vizcaya se otorga contrato matrimonial, siempre en escritura pública, en la que se consigna la donación y donde se establece el régimen de la asociación.

[53]Recoge VICARIO (ob. cit., 35 a 66) el estatuto por el que se rige la asociación. Miembros que la componen; patrimonio; régimen de gobierno; causas de disolución y sus consecuencias y en que casos se mantiene la comunidad.

[54]TRUEBA, ob. cit., 355.

[55]Según PEDREGALy CAÑEDO, M., (en COSTA, J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, T. II, 101- 106) en Asturias donde existe esta asociación de matrimonios, son miembros independientes el marido y la mujer. Añade TUERO BERTRAND, F., *(Instituciones tradicionales en Asturias*, Asturias, 1976, 128), que las ganancias o perdidas obtenidas se distribuían por

mantiene con el supérstite. Tiene lugar la disolución de la asociación por muerte de ambos donantes[56].

El patrimonio de la sociedad, el capital, lo aportan los padres donantes, además de su experiencia; los donatarios aportan el trabajo[57].

Los autores que recogen el derecho consuetudinario, no hacen referencia al régimen de esta familia compuesta en el período histórico objeto de estudio, sino que la examinan en el contexto normativo del Fuero Nuevo.

La constitución de una comunidad de vida entre donantes y donatarios está marcada por la presencia de una jefatura moral en los ancianos padres y una jefatura activa en el donatario al frente de la casa, quien asume la responsabilidad de atender los alimentos de sus padres y de sufragar las exequias fúnebres[58].

Según Vicario los actos de administración los ejercen juntos o separadamente, siendo obligatorios para la sociedad los que uno y otro hicieren[59]; sin embargo la jefatura suprema la ostentan los donantes o el donante, quien conserva la autoridad de cabeza de familia[60].

---

cabezas y no por matrimonios. La muerte de un miembro daba origen a la liquidación de la sociedad familiar.

[56]VICARIO, ob. cit., 36.

[57]Detalla VICARIO (ob. cit., 37) que el capital aportado por el padre está representado por la propiedad del caserío, el mobiliario y semovientes existentes en él y la valiosa experiencia adquirida en su años, en tanto que los hijos llevan rara vez, siendo inquilinos, otro capital que su juventud y el deseo de mejorar los bienes paternos, criar y educar a sus hijos con mayor holgura.

[58]FD. 2:"este tal que hobier á dar casería con su mayor grado como dicho es que haya su mantenimiento para en toda la vida..."; FE. 3, 22: "...el tal que hansi le diere herede todos los bienes é raices de aquel que ansi se dá á mantenencia é sea obligado á lo mantener honestamente según a persona de su estado conviene segun el uso de la tierra é de le facer su enterramiento é honras y ecsequias como á persona de su estado conviene según que a semejantes personas se hacen en la tierra".

[59]VICARIO, ob. cit., 38.

[60]Añade este autor (ob. cit., 38 a 41) que además de la jefatura doméstica el aitón vascongado es el instructor o maestro que enseña las costumbres del país, la historia de su familia y de su patria, cimentando la felicidad y las virtudes del pueblo en las virtudes familiares. Según ECHEGARAY, B., ("La vida civil y mercantil de los vascos", Revista Eusko- Ikaskuntza, año 17, T. XIV, nº 1, imprenta de la Diputación de Guipuzcoa, San Sebastían, 1923, 55), la autoridad natural de los padres no se pierde y es a veces decisiva la del hijo que se muestra en plenitud desde que se casa. Según GALINDEZ (ob. cit. 92) al transmitir la propiedad del caserío al hijo elegido el viejo *Etxeko-jaun*, conjuntamente le transmite la jefatura reservándose el usufructo y la jefatura que por edad, paternidad y experiencia le correponde.

13. La reversión de los bienes donados para el matrimonio. Supuestos.- Quedan sujetos a la reversión legal los bienes donados en casamiento[61] con independencia de su naturaleza mueble o raíz. Las causas que la dan origen son la falta de descendencia en ese matrimonio o que teniéndola hubieren muerto antes "que sean de hedad" (se refiere a edad de testar). Junto con los bienes revierten las mejoras a ellos incorporadas. Esta reversión trata de garantizar la aplicación de la troncalidad y evitar el abintestato.

14. La frecuencia de la donación en el contrato matrimonial del elegido.- Lo frecuente es que la donación se efectúe con motivo de la celebración del matrimonio del hijo o hija elegido[62], si bien queda sujeto a la discrecionalidad paterna la fijación del momento adecuado[63].

El contrato matrimonial del hijo agraciado es el acto más importante de la vida civil, representa el verdadero y bien meditado testamento. En dicho instrumento se incorpora la donación de todos los bienes con carácter inter-vivos e irrevocable. En toda la región de Durango, Gernica y Arratia, el nombramiento de sucesor rara vez se hace en testamento; en las Encartaciones no es costumbre otorgar contrato sino que se conviene verbalmente[64].

15. Ventajas de la elección de un único sucesor y del régimen acasarado.- Según Vicario, las ventajas de la asociación familiar y de la donación inter-vivos de todos los bienes, se presentan en una doble vertiente:

1) Económica: posibilita la indivisión de la propiedad en un territorio en el que las unidades mínimas de cultivo se encuentran armónicamente distribuidas entre sus

---

[61]FA. 76: "Otrosi qualquier hombre o muger que casare a su fixo o fixa, e le dá en casamiento casas e heredades o otros bienes, si por ventura muere el uno de ello sin aber fixos.que tornen las tales casas y heredades e bienes al padre o la madre que lo tales bienes le dió y había dado en casamiento. E si este que así muere dejare algunos huerfanos y herederos de aquella muger o de aquel hombre que tales bienes le dieron en casamiento e murieren antes que sean de hedad que tornen los tales bienes a los Abuelos que los obieron dado y esso mesmo sea de otras labores qualesquiera que ficieren en Solar del uno o del otro ...".

[62]VICARIO, ob. cit., 52; UNAMUNO, ob. cit., 49.

[63]Según TRUEBA (ob. cit. 354), en algunos casos se trata de la designación del hijo soltero, quien se orienta al matrimonio a fin de atender a las obligaciones que ha asumido.

[64]Recoge VICARIO (ob. cit., 152) varias minutas de contrato matrimonial.

habitantes, en una tierra de pequeños propietarios. Garantiza el mantenimiento de los donantes y permite un adiestramiento del sucesor en el cargo.

El régimen acasarado facilita la división del trabajo y la especialización.

La recepción de la dote en metálico da liquidez a una economía familiar en la que se tiende a la capitalización de los beneficios y posibilita el pago de las deudas y el que algunos de sus miembros trabajen fuera.

2) Existen ventajas morales cifradas en el fomento de vínculos de cariño y auxilio y de atención a la generación naciente[65].

[65]VICARIO, ob. cit., 30 y 31.

Capítulo 2º. El Fuero Viejo de 1452, el Nuevo de 1525 y las opiniones de la Doctrina.

I. *La libertad de disposición de los bienes de la herencia* .

16. **La libertad de testar en los Fueros.-** En los Fueros generales se recoge la libertad de testar en términos semejantes a como lo hicieran en los antiguos, la fórmula empleada es la siguiente:

FV. 105: "...que cualquier home ó mujer que hobiese fijos legitimos de legítimo matrimonio, pueda dar, assi en vida como en articulo de la muerte, á uno de los sus fijos é fijas todos sus bienes muebles y raices, dando é apartando con algun tanto de tierra...e si fijos non hobiese á los nietos...é si fijos legítimos nin nietos ..non hobiese á los naturales... empero fijos de manceba non puedan heredar con los fijos de legítimo matrimonio..."[1].

FV. 20, 11: "que qualquier Hombre, ó muger, que oviere Hijos de legítimo Matrimonio, pueda dar, assi en vida, como en el artículo de la muerte á uno de sus hijos, ó Hijas legitimos, ó á nieto, y descendiente legitimo, que haya seydo fallecido, todos sus bienes, muebles, y rayces, apartando ...Y si Hijos ó decendientes legitimos de legitimo Matrimonio no oviere....pueda dar e apartar a naturales ...con que hijos de manceba no puedan suceder, ni heredar en vida, ni en muerte"[2].

Los principios de libertad en la elección de heredero y en el modo de delación sucesoria que recogen estos textos, no son absolutos, sino que aparecen limitados por otras instituciones del sistema.

Según Hormaeche, en ciertos aspectos esenciales las normas sobre sucesiones y donaciones son idénticas, por lo que las leyes del Fuero las tratan conjuntamente. Existe otra razón y es que en Vizcaya la mayor parte de las disposiciones *mortis causa* se otorgan en el contrato matrimonial del hijo elegido y en aquel acto se hace por vía de donación la designación del heredero tronquero, por lo que habrá que reunirlas en una

[1]Fuero Viejo de Vizcaya (en lo sucesivo FV.).

[2]Fuero Nuevo (en lo sucesivo FN.).

síntesis superior a fin de conocer, no sólo la relación que guardan entre sí, sino también el espíritu que les presta unidad y vida[3].

Los Fueros hablan a la vez de los modos de disposición donacional y testamentario, siendo la forma donacional la común al disponer los padres a favor de uno de sus hijos por razón de matrimonio[4].

17. **Finalidades a las que atiende.**- A través de la libertad de testar, la ley civil está en aptitud de procurar la realización por medios individuales del fin social que a la propiedad afecta. En Vizcaya en materia sucesoria, la ley trata de coordinar y atender los intereses de la familia y de la propiedad. En virtud de ello el testador o donante pueden fijar la cuantía de la disposición a favor de los miembros de la familia atendiendo a sus circunstancias personales y a la naturaleza de los bienes[5].

La legislación vizcaína se corresponde con el tipo de sistema sucesorio de libertad testamentaria[6]. El vizcaíno goza de un grado de autonomía legislativa doméstica, que le permite poner la legalidad al servicio de sus particulares necesidades. Este principio de vigencia de la libertad civil en el ámbito familiar queda recogido en el adagio *"erriak bere lege etxeak bere ardura"* (los pueblos con sus leyes, las casas a su particular gobierno)[7].

La libertad de testar o disponer en vida corresponde a todos los vizcaínos, sin diferenciación social[8].

---

[3]Añade HORMAECHE, R., (*Leyes Civiles de Vizcaya*, Bilbao, 1891, 178) que estas leyes están trabadas y combinadas de tal manera que forman un organismo completo.

[4]JADO VENTALES, R., *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1923, 328.

[5]ANGULO y LAGUNA, D., *Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, 72.

[6]Presenta JADO (ob. cit., 240) los caracteres de los sistemas sucesorios de conservación forzosa, partición forzosa y libertad testamentaria.

[7]Según ESCAGÜES Y JAVIERRE, I., (*El derecho hereditario en el Fuero de Vizcaya*, Bilbao, sin fecha, 27), en otras regiones esta libertad es privilegio de la clase noble. Refiere CHALBAUD, ("La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca", en Primer Congreso de Estudios Vascos. Recopilación de los trabajos de dicha asamblea, celebrada en la Universidad de Oñate, del 1 al 8 de septiembre de 1918, bajo el patrocinio de las Diputaciones vascas, Bilbao 1919, 56) que esta institución no se da por igual en todo el territorio vasco, en Ayala existe plena libertad y en Navarra se les concedió a los nobles como un privilegio. Añade HORMAECHE (ob. cit. 57), que en Vizcaya, eludiendo la normatividad existente, es costumbre el que se transmita íntegramente la propiedad mediante elección de heredero único.

[8]ECHEGARAY, B., "La vida civil y mercantil de las vascos", ob. cit., 34; Según ELORRIETA y ARTAZA, T., ("El espíritu del régimen foral vasco", San Sebastian, sin fecha, 18), al igual que el proverbio ingles "My house is my kingdon", vienen a expresar la aplicación del principio de libertad de testar.

Las razones que justifican esta libertad, a juicio de la doctrina son las siguientes:

Posibilita que el patrimonio familiar se mantenga unido[9]; este patrimonio constituye la unidad mínima productiva en muchos casos[10]. La elección de un único sucesor hábil será el modo idóneo de potenciar la explotación de este patrimonio pequeño o grande[11]; el mantenimiento de esta unidad patrimonial mediante la transmisión a un sucesor, afianza la estabilidad de la familia[12], quienes conservarán, como una especie de religión, el patrimonio paterno de generación en generación.

No existe precepto alguno que obligue a la indivisión, sino que la legislación procura medios hábiles que la propician y garantiza el ejercicio de esa libertad[13]. Trasciende su acción al campo público, puesto que las normas forales propician el que a través de la elección de un sucesor único y de la óptima explotación del bien se contribuya a la mejora de la producción nacional[14].

Justifican el ejercicio de esta libertad, la competencia de los testadores y la incompetencia del Estado para determinar en cada caso concreto la forma más idónea de distribución de los bienes, unido al reconocimiento de los atributos que confiere la patria potestad[15].

18. **Su ejercicio: normas unitarias que regulan las disposiciones en vida y en artículo *mortis*.-** Las normas que con carácter unitario regulan ambos modos de disposición, vienen a fijar los límites y condiciones a los que ha de sujetarse el

---

[9]Así lo reconocen SOLANO Y POLANCO, J., (*Estudios jurídicos del Fuero de Bizkaya*, Bilbao, 1918, 251); ECHEGARAY, B., "La vida civil y mercantil de los vascos", 40; CHALBAUD, "La familia..., ob. cit., 56; del mismo autor, "Derecho Privado Vasco", Congreso de Oñate, 1918, 68; ESCAGÜES, "El derecho hereditario en el Fuero de Vizcaya", 5; VICARIO y de la PEÑA, N., *Derecho consuetudinario de Vizcaya* , Madrid 1901, 159; ANGULO LAGUNA, D., *Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, 120; FAIREN GUILLEN, V., "El Fuero del Señorío de Vizcaya en lo civil durante los s. XVIII, XIX", RGLJ, 1946, 3.

[10]ARTIÑANO Y ZURICALDAY, A., *El Señorío de Bizcaya, histórico y foral*, Barcelona, 1885, 367.

[11]ESCAGÜES, ob. cit., 3.

[12]JADO, ob. cit., 246.

[13]ANGULO, ob. cit., 45; JADO, ob. cit., 246.

[14]SOLANO, ob. cit., 251.

[15]ANGULO, ob. cit., 116.

testador o donante, y por otra parte constituyen los principios en los que se asienta el régimen sucesorio:

1. La elección entre los tres grupos de herederos forzosos, siguiendo el orden preferencial legalmente establecido[16].

2. La libertad de testar, o más exactamente, la libertad en la elección de sucesor o donatario[17].

3. La fórmula del apartamiento de los restantes herederos que debe acompañar a toda disposición[18].

4. La sujeción a las reglas de la troncalidad[19].

[16]FV.105 vid supra, Nº16. FV. 114: "non pueda facer donación á persona extraña habiendo herederos descendientes ó parientes propincuos de traviesa que hayan derecho de heredar los bienes rayces algunos"; FV. 111: " ...qualquier home o mujer que hobiese bienes muebles, ansi....puedan dar é mandar todos los tales bienes, ó parte de ellos, á cualquier o cualesquier persona ó personas que quisieren, aunque sean extrañas ó parientes, ó facer de ello lo que quiere ...aunque hayan hijos legitimos ó otros descendientes ó ascendientes, ó de traviesa..."; FN. 20, 14: "...qualquier home, ó Muger que oviere bienes muebles ....., en caso que tenga Hijos, o descendientes, ó ascendientes legitimos, pueda mandar, y disponer de todo lo tal, fasta el quinto de todos sus bienes muebles y rayces y no mas...; FN. 20, 18: " ..no pueda facer donación, ni otra manda, ó disposición á estraño, haviendo decendientes, ó acendientes legitimos, ó parientes profincos de traviesa del tronco dentro del quarto grado de bienes rayces algunos. Pero de lo mueble pueda disponer á su voluntad, como quisiere: conque haviendo decendientes, ó acendientes legítimos, no exceda del quinto de sus bienes..."; FN. 21, 6: "que assi como marido, y muger ambos juntamente pueden dar, y donar, ó mandar lo suyo á uno de sus Hijos de muchos que hayan, y tengan, ó decendientes, ó (á falta de ellos) á acendientes, ó tronqueros profincos de traviessa, apartando...". Según JADO (ob. cit., 218) rigen las leyes 14 y 18 del título 20 del FN en las donaciones a los herederos forzosos.

[17]FV. 105; FN, 20, 11, vid. supra, Nº 16; En JADO (ob. cit., 327) puede verse un comentario de estas leyes.

[18]FV.105; FN. 20, 11; En JADO (ob. cit., 328) pueden verse comentadas.

[19]FV. 114: "non pueda facer donación á persona extraña habiendo herederos descendientes o parientes propincuos de traviesa que hayan derecho de heredar"; FN. 20, 14: "...pueda disponer de todo lo muebles, reservando la raíz para los profincos tronqueros...."; FN. 21, 10: "no pueda dar, ni mandar en vida, ni en muerte de los bienes raízes....salvo á sus herederos profincos, y tronqueros, que conforme á este Fuero deban heredar..."; FN. 20, 18 "...no pueda facer donación, ni otra manda, ó disposición á extraño, haviendo decendientes, ó ascendientes legitimos, ó parientes profincos de traviesa del tronco dentro del quarto grado de bienes rayces. Según HORMAECHE (ob. cit., 105) la afirmación de que en Vizcaya toda la raíz es troncal, no implica, sino es la capacidad que tiene de serlo; CHALBAUD, *La troncalidad*. ob. cit., 57.

II. Límite en su ejercicio: la herencia forzosa.

19. **Quiénes son los herederos forzosos.**- A la luz de los textos transcritos difieren sus facultades en función de la existencia o no de herederos forzosos. Al disponer de los bienes de la herencia, bien por testamento o por donación, ha de hacerlo, teniendo herederos forzosos, a favor de éstos.

Sanchez de la Torre entiende que en Vizcaya la delación legal es meramente cualitativa, dado que la norma prescribe a qué grupo de personas está destinada la herencia, quedando concretado el *quantum* por voluntad del testador. La determinación cualitativa de los parientes es legal pero el *quantum* objetivo queda sujeto a la decisión del testador[20].

No contienen una declaración expresa acerca de quiénes son los herederos forzosos. De un examen contextual de las leyes citadas se extrae el orden legal de herederos[21]. El Fuero Nuevo fija el siguiente:

Hijos y descendientes legítimos; hijos naturales; ascendientes legítimos; los demás parientes profincos tronqueros de la rama de donde procedan los bienes hasta el cuarto grado[22]. Dentro de cada uno de los grupos enumerados, el testador posee la libertad de elegir, pero no la tiene para escoger uno cualquiera de los grupos pues cada uno de ellos tiene derecho a la legítima por su orden.

No puede concurrir la filiación natural con la legítima[23]. La filiación ilegítima por expresa disposición legal (ley 11 del título XX del Fuero Nuevo) no puede recibir los bienes de la herencia[24]; tampoco pueden recibir una donación universal, si bien se les reconoce la posibilidad de recibir cierta cantidad de bienes muebles y alimentos[25].

En defecto de hijos y descendientes el donante puede elegir un ascendiente[26] y en el caso de que faltasen parientes de estos dos grupos, puede elegir un pariente profinco tronquero.

[20]SANCHEZ DE LA TORRE, "Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína", Estudios Deusto, 2 época, V-VI, Enero-Junio, 1958, Nº 11, 115.

[21]JADO, ob. cit., 292; HORMAECHE, ob. cit., 173.

[22]SANCHEZ DE LA TORRE, ob cit., 115; ESCAGÜES, ob. cit., 7.

[23]Sin embargo JADO (ob. cit., 370) entiende que la filiación natural tiene carácter preferente respecto a los ascendientes.

[24]SOLANO Y POLANCO, ob. cit., 263.

[25]HORMAECHE, ob. cit., 173.

[26]La ley FN. 21, 10 que reconoce a los ascendientes como herederos en defecto de descendientes no tiene precedente legal en el FV.

20. **Libertad de elección dentro de la línea y grado: el heredero principal y los apartados.-** Dentro de cada uno de estos grupos pueden entregar todos los bienes a una persona o distribuirlos, sin otra limitación que la de apartar a los demás, para dar a conocer de una forma inequívoca la voluntad del testador[27].

El derecho cualitativo que todos tienen se convierte en cuantitativo en favor del miembro escogido en el grupo, los apartados nada pueden reclamar siempre que a otro u otros del mismo grupo se les entregue intangible la globalidad de los bienes[28].

Del examen de las leyes 4, 13 y 19 del título XX, así como las leyes 6, 7 y 10 del título XXI y 2 del título XXXVI, se desprende la existencia del heredero favorecido con la designación y los apartados. La ley 19 del título XX denomina al primero heredero principal; Escagües y Sánchez de la Torre establecen la distinción entre heredero principal y herederos apartados, y en función de la misma fijan, que la globalidad de los bienes constituye la legítima del primero, mientras que la tierra de apartación es la de los apartados, llegando desde ahí a una serie de conclusiones[29].

21. **La cuantía de la cuota legitimaria y caracteres de la cuota de libre disposición.-** Los herederos forzosos lo son respecto a una cuota legitimaria. En el Fuero Nuevo la fijación de su cuantía no está tasada de antemano, sino que viene

---

[27]HORMAECHE, ob. cit., 168.

[28]Según SANCHEZ DE LA TORRE (" Variabilidad. ob. cit.119) las leyes del Fuero (FN. 20, 4, 13 y 19; 21, 6, 7 ,10 y 36) nos permiten conocer que en la sucesión vizcaína existen varios tipos de heredero, un heredero principal y otros apartados. Entienden en sentido contrario ECHEGARAY ("Derecho Foral Privado", Biblioteca Vascongada de los Amigos del País, San Sebastian, 1950, nº 3, 44) y ESJAVIERRA, J., ("El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil de Vizcaya", Estudios Deusto, vol. VII, nº 14, Julio-Diciembre 1959, Bilbao, 1959, 422), para quienes no existe el heredero principal y los herederos apartados, considerando la tierra de apartación como legítima de los segundos. La apartación equivale a la exclusión de la herencia, la tierra de apartación no puede ser legítima, sino algo que se da a los apartados en lugar de aquélla. Entendiendo que existen diferencias entre la tierra de apartación y la legítima: 1) La cuota de apartación es debida a todos menos al instituido. La legítima es debida a uno sólo. 2) La cuota de apartación es regulable, en tanto que la legítima está regulada por la ley que la fija en función de la naturaleza del bien y de los parientes existentes. Por nuestra parte, entendemos que los textos legales al referirse al heredero principal ponen de relieve que en la sucesión vizcaína pueden coexistir varias sucesiones, es decir, tratándose de un sistema sucesorio eminentemente patrimonialista, "de sucesión en los bienes", permite que una persona pueda designar varios sucesores o donatarios. El que recibe el patrimonio familiar puede entenderse es el que el Fuero denomina heredero principal que tiene el "derecho de assentar en la cabezera de la sepultura familiar" (FN. 20, 19).

[29]ESCAGÜES, ob. cit., 168

determinada en función de la clase de herederos que existan con derecho a ella y de la calidad inmueble o mueble de los bienes[30].

Atendiendo a estas dos circunstancias se fija la cuota legitimaria.

A la luz de los textos transcritos puede apreciarse que la regulación de su cuantía ha experimentado una evolución en sentido regresivo, pudiendo resumirse en estos términos:

En lo orígenes la regla general establecía el carácter reservable de los bienes. Hizo su aparición como excepción legalmente reconocida, primero la facultad de disposición del quinto pro-ánima y más adelante, la apertura de la libre disposición del quinto a favor de extraños.

En los antiguos textos legales no aparece recogida la cuota de libre disposición[31]. En el Fuero Viejo se fija el quinto pro-ánima que ha de sacarse de lo mueble y en defecto del inmueble, y fija la libertad de disposición de los bienes muebles[32]. Será en el Fuero de las Encartaciones de 1504 donde se recoge abiertamente el quinto de libre disposición[33]. La fijación de la cuota de libre disposición en el Fuero Nuevo y la consiguiente cuantificación de la legítima vendrá determinada por la naturaleza de los bienes y por la existencia o no de los herederos forzosos[34]. Atendiendo a estas circunstancias se darán los siguientes supuestos:

1. Si existen descendientes o ascendientes legítimos del testador o donante, no puede disponer sino de un quinto de sus bienes[35].

---

[30]FN. 20, 11, 14 y 18; Tít. 21, 5, 6 y 10.

[31]FD. y FA. 2 se establece como excepción a la obligación de reservar todos los bienes, la facultad de disponer de un quinto pro ánima; FV. 126: "por cuanto habían de uso e costumbre, que home nin mujer que non hobiese herederos descendientes non pudiere dar por su alma ni otra manera alguna raíces algunos que hobiese de abolengo, salvo á los parientes cercanos de la línea, é de los bienes muebles que puede facer lo que quisiere, lo cual entienden que era de enmendar, é enmendaron, ...ordenaban que establecían que todo home o mujer que non hobiese tales herederos descendientes pueda mandar é dar por su alma la quinta parte de los tales bienes raíces, non habiendo bienes muebles, é si bienes muebles hobiesen, fasta la montanza de la quinta parte de los tales bienes raíces....".

[32]FV. 111, 114 y 126.

[33]FE. 3, 24.

[34]FN. 20, 18.

[35]FN. 20, 14 y 21, 5; ARTIÑANO, ob. cit., 366 ; JADO, ob. cit., 292 y ANGULO LAGUNA, D., ob. cit., 83.

2. Si no existen descendientes o ascendientes legítimos queda en libertad de disponer de todos sus bienes muebles, pero reservando los raíces para los profincos[36].

El patrimonio familiar en su totalidad constituye la legítima de los descendientes y ascendientes[37]. Esta afirmación nos aleja de la consideración de la legítima de corte romano, y por el contrario evidencia el carácter reservable de los bienes, propia de los sistemas de corte germánico. Los herederos pueden recibir lo que por legítima les corresponde mediante donación universal de bienes, institución legalmente reconocida[38].

La legítima mínima de los ascendientes y descendientes consistía en cuatro quintos de la herencia[39].

22. **La naturaleza colectiva de la legítima.-** Para la asignación efectiva de esta legítima el Fuero se limita a designar grupos de familiares dentro de los cuales ha de escoger el testador o donante.

Inicialmente todos los pertenecientes al grupo preferencial tienen un derecho cualitativo idéntico, de modo que cuando el testador o donante se proponga individualizarlo se convertiría en la legítima del miembro o miembros escogidos[40].

Ese derecho cualitativo idéntico a ser llamados a recibir los bienes, que tienen los parientes del mismo grado, permite calificarla como legítima de carácter colectivo, claro está, utilizando el término legítima con salvedades[41]. Según los autores, la tierra que se

---

[36]FN. 20, 14; 21, 5; JADO, ob. cit., 29; Según SOLANO (ob. cit., 259) parece existe una antinomia entre la ley 14 y la 18 , Tit. 20 al establecer respectivamente las limitaciones en la disposición de los bienes raíces del donante y del testador. No existe tal, sino que la ley 18 es completiva de la anterior, al concretar que la prohibición de disponer de los bienes raíces hace exclusiva alusión a los "raíces troncales", de lo que se deduce que toda raíz no es troncal, sino en tanto en cuanto existan tronqueros.

[37]SANCHEZ DE LA TORRE "Régimen jurídico de la legítima vizcaína", Estudios Deusto, 2 época, v. VI, Enero-Junio 1958, Nº11, 414.

[38]Según ESCAGÜES (ob. cit., 8) los Fueros (FV. 110 y FN. 20, 13) recogen que tal donación general valga si es a favor de los herederos y se ha hecho el apartamiento de los no favorecidos.

[39]ESCAGÜES, ob. cit., 7; En el mismo sentido SOLANO, ibídem; ARTIÑANO, ob. cit., 365.

[40]ESCAGÜES, ob. cit., 8.

[41]Según SANCHEZ DE LA TORRE (Régimen jurídico, ob. cit., 418), esta denominación conlleva el que se le atribuyan una serie de características y consecuencias propias de los sistemas romanizados. Tal atribución resultaría incongruente, dado que los principios en los que se asienta el sistema son antagónicos. El sistema legitimario vizcaíno, en contraposición con el castellano, aspira el robustecer el patrimonio, entendiendo que toda la libertad del testador ha de emplearse mientras pretenda esa finalidad.

recibe como apartamiento es algo que se da en lugar de la legítima[42], mientras que para otros constituye la legítima de los apartados[43]. Por tanto, el margen de liberalidad ha de ser empleado, no en la disfunción "familiares-extraños", sino en la elección de uno o unos entre los primeros[44].

23. **Exigencia del apartamiento de los no favorecidos.-** Los Fueros establecen que los no favorecidos por la elección han de ser apartados[45].

Entiende la doctrina que es una fórmula conciliadora que aúna términos contradictorios -libertad de elegir a uno y respeto al derecho de los demás-, de tal modo que posibilita el ejercicio de la libertad de testar o donar dentro de un sistema en el que se declaran herederos forzosos a los descendientes, ascendientes y colaterales tronqueros, mediante la exclusión de la herencia con una legítima aunque sólo fuese de pura fórmula[46].

La disposición de bienes a favor de un heredero con apartamiento de los demás no tiene por objeto el mejorar a aquel en perjuicio de éstos, sino el procurar el mantenimiento íntegro de la casa como unidad física y moral[47]. Evita el que la omisión se atribuya a indignidad[48].

No envuelve este apartamiento una exclusión de los derechos comunes, de los que continuará disfrutando el apartado en tanto trabaje en beneficio de la casa[49].

24. **El apartamiento con algo de tierra.-** No existe una fórmula legal de apartamiento, si bien se exige sea con algo de tierra. No se puede suplir esta cantidad de bien raíz con ningún otro bien[50].

---

[42]ECHEGARAY, B., "Derecho Foral .." ob. cit., 44 y ESJAVIERRA, ob. cit., 422.

[43]En este sentido SANCHEZ DE LA TORRE, ob. cit., 416; ESCAGÜES, ob. cit., 7; JADO, ob. cit., 328; SOLANO Y POLANCO, ob. cit., 256 y HORMAECHE, ob.cit., 176. ESCAGÜES, ob. cit., 7;

[44]SANCHEZ DE LA TORRE, "Variabilidad.., ob. cit., 420.

[45]FV. 105; 126. FN. 20, 11; 21, 6 y 7; 36, 2 las leyes dicen: "apartando con un tanto de tierra, poco, o mucho á los otros Hijos, ó Hijas y decendientes...".

[46]JADO, ob. cit., 329; SOLANO, ob. cit., 252.

[47]ECHEGARAY, "La vida civil y mercantil de los vascos", 15; ESJAVIERRA, ob. cit., 417.

[48]SOLANO, ob. cit., 254.

[49]ECHEGARAY, "La vida civil, ob. cit., 56.

[50]JADO, ob. cit., 224

La indeterminación de las leyes del Fuero en cuanto a lo que constituye la tierra de apartación ha sido suplido por la costumbre; consiste en un palmo de tierra, o bien en un árbol, una teja y un real de vellón, para expresar así, que se les excluye con toda clase de bienes[51].

25. **El apartamiento y las consecuencias de su omisión.-** La exigencia de esta fórmula en todas las disposiciones sucesorias y donacionales, y por otra parte lo equívoco del término apartamiento, ha dado origen a la necesidad de una aclaración por parte de la doctrina. El apartamiento no equivale a la desheredación:

1. La desheredación exige causa.

2. Si equivaliera a desheredación el título de heredero principal sobraría en el Fuero, bastaría con decir heredero[52].

Para apartar no hace falta justa causa, dice Acillona, para desheredar sí[53].

El apartamiento es una formalidad que garantiza la existencia de una voluntad consciente y libre en el testador[54].

El apartamiento pretende evitar la preterición.

Es esencial en la donación universal de bienes en base a lo dispuesto en la ley 13 del título XX, que lo exige como requisito necesario para su validez, al decir que "sea válido con que intervenga apartamiento de los otros profincos", incidiendo en lo que dispone la ley 11 del título XX[55].

En la donación universal el apartamiento de los bienes raíces con algo de tierra impide la declaración de su inoficiosidad, del mismo modo que la apartamiento hecho en testamento evita la preterición de los apartados[56].

---

[51]ESCAGÜES, ob. cit., 211; SOLANO, ob cit., 255.

[52]JADO, ob. cit., 328.

[53]Dice ACILLONA, J., (Erróneas interpretaciones dadas a la Jurisprudencia Vizcaína por el Tribunal Supremo, ADC, 1959, 676) que el Fuero Nuevo, ley 7, tit XXI establece que la tal tierra sucede en lugar de la legítima, por lo que no es excusable sin desheredación; SANCHEZ DE LA TORRE, "Variabilidad e intangibilidad .." ob. cit., 120.

[54]SANCHEZ DE LA TORRE, ibídem.

[55]ACILLONA, ob. cit., 676.

[56]ANGULO, ob. cit., 125.

La apartación es un requisito esencial de la institución de heredero, y por consiguiente, su omisión determina la nulidad de la disposición[57].

El heredero no apartado podrá pedir la nulidad de la disposición, ya que esta cuota que puede ser formularia no es excusable sin desheredación[58].

Angulo se cuestiona si la sanción con nulidad no implica un rigorismo excesivo, tan sólo capaz de resucitar arcaísmos jurídicos, que el buen sentido y la interpretación moderna hacen desaparecer[59].

La doctrina vizcaína se inclina por la nulidad de la designación por entender ha existido preterición[60].

Solano entiende que esta sanción resulta absurda e injusta, pero es consecuencia de un Derecho positivo que hay que acatar[61].

Si el apartado recibió bienes muebles, dote, dinero, etc..., (circunstancia que se da con frecuencia) ¿qué ocurrirá si posteriormente es preterido en la raíz? Solano y Polanco entienden, que dado que la legítima vizcaína consiste en el apartamiento con algo de tierra, poca o mucha, no se le ha dejado nada de la legítima, por lo que no cabe el complemento hasta la cuota legitimaria y en consecuencia la institución es nula[62]. Jado critica esta solución en un Fuero, que le permite repartir los bienes como quisiere, cuando el preterido ha recibido ya bienes[63].

III. Límite en su ejercicio: la troncalidad .

26. **La troncalidad en los textos legales.-** La troncalidad constituye otro límite o frontera de la libertad de disposición de la herencia. La existencia de este vínculo determina un régimen sucesorio peculiar -instrumentalizado mediante testamento o

---

[57]ANGULO, ob. cit., 127.

[58]JADO, ob. cit., 329.

[59]SANCHEZ DE LA TORRE, ob. cit., 120; En igual sentido SOLANO y POLANCO, ob. cit., 255; CHALBAUD, "La familia....." ob. cit., 54.

[60]SOLANO, ob. cit., 257.

[61]ARTIÑANO, ob. cit., 329; CHALBAUD, "La familia ..", ob. cit., 176.

[62]Entiende JADO (ob. cit., 334) que de prosperar ésto se llegará a un formulismo absurdo, pues no habría preterición del hijo a quien el testador sólo le dejaba la legítima de fórmula y sí al no apartado a quien anteriormente ha dejado bienes.

[63]SOLANO, ob. cit., 270; En igual sentido HORMAECHE, ob. cit., 176; ARTIÑANO, ob. cit., 370.

donación- compatible con el de propiedad privada[64]. Condicionan la disposición sucesoria de los bienes en el sentido de impedir que salgan de la familia de origen. Aparece regulada en el Fuero Viejo y Nuevo en estos términos:

FV. 114: "non pueda facer donación á persona extraña habiendo herederos descendientes ó parientes propincuos de traviesa".

FN. 20, 14: " ....pueda disponer de todo lo muebles, reservando la raíz para los profincos tronqueros".

FN. 21, 10: "no pueda dar, ni mandar en vida, ni en muerte de los bienes raízes....salvo á sus herederos profincos, y tronqueros, que conforme á este Fuero deban heredar...".

FN. 20, 18: "no pueda facer donación, ni otra manda, ó disposición á estraño, haviendo decendientes, ó acendientes legitimos, ó parientes profincos de traviesa del tronco dentro del quarto grado de bienes rayces"[65].

Esta concepción familiar de la propiedad troncal[66] es propia de otras etapas históricas; en el Derecho histórico castellano se recoge con caracteres parecidos al Derecho vizcaíno[67].

Matiza Chalbaud, que existe una sucesión troncal cuando tiene lugar por derecho a cosa determinada, cuando esto se verifica por derecho al conjunto hay una sucesión meramente hereditaria[68].

27. **Elementos de la la troncalidad: personal y real.-** La lectura de los textos forales dió lugar a que la doctrina distinguiera en la troncalidad dos elementos: una cualidad personal, el parentesco de consanguinidad, y otro real, por la existencia de un inmueble que fué propiedad del ascendiente o tronco del que ambos parientes proceden[69].

---

[64]MADARIAGA, *Derecho Foral de Vizcaya en relación con la organización familiar*, Bilbao, 1932, 26.

[65]En concordancia con FE. 3, 27; FA. 91 y 95.

[66]Según CHALBAUD (*La troncalidad en el Fuero de Bizcaya*, Bilbao, 1898, 17) puede entenderse como una ligadura que se establece entre la propiedad raíz y la familia que la posee para que nunca salga de ella; GALINDEZ, *El Derecho Vasco*, Ekin, Buenos Aires, 1947, 94.

[67]Según AREITIO ("Derecho Civil de Vizcaya", Enciclopedia Seix, 327) el principio de la troncalidad en los bienes queda reflejado en el Fuero Juzgo (en los sucesivo FJ) 3, 1, 3 concordado con el Fuero Real (en lo sucesivo FR) 3, 6, 1; Partida (en lo sucesivo P) 6, 13, 3; leyes 7 y 8 de Toro y Nueva Recopilación (en los sucesivo Nva. R) 20, 2.

[68]CHALBAUD, ob. cit., 61.

[69]Indica HORMAECHE (ob. cit., 99) "que nadie puede llamarse tronquero sino con relación a determinados bienes, pues éste nombre implica una cualidad mixta de personal y de real que además del

No se extiende a todo el parentesco sino tiene una limitación en la línea y grado del mismo[70].

Respecto al elemento real, no se aplica a los bienes muebles, sino a los raíces[71]. Dentro de éstos, según Chalbaud, no a todos[72] sino a aquellos que en función de su localización, de la extensión que se conceda al derecho de propiedad o por razón de su procendencia, queden sometidos a las reglas de la troncalidad.

28. **Parientes tronqueros.-** El orden de parentesco troncal lo establece el capítulo 114 del Fuero Viejo al fijar: "non puedan facer donación a persona extraña habiendo herederos descendientes o parientes propincuos de traviesa que hayan derecho de heredar los bienes raíces algunos que haya". El orden de llamamiento abintestato del capítulo 106 reconoce: "que en defecto de hijos y descendientes sean llamados los parientes más cercanos de la línea donde penden los tales bienes... sin parte de los parientes de la otra línea aunque sean más cercanos".

El Fuero Nuevo en la ley 14 y 15 del título 20 establece el siguiente orden de parentesco troncal: descendientes, ascendientes legítimos o parientes profincos de traviesa dentro del cuarto grado. La ley 14 al establecer dos clases de bienes raíces, unos troncales y otros simplemente raíces, deja en duda si sus disposiciones comprenden a todos los bienes raíces sin distinción entre troncales y no troncales o si debemos entenderla así tan solo cuando haya descendientes o ascendientes, ya que al hablar de profincos o colaterales habla de profincos tronqueros[73].

Viene a completar el contenido de la norma anterior la ley 18 del expresado título, al establecer que habiendo descendientes, ascendientes legítimos o parientes profincos de traviesa de tronco dentro del cuarto grado, el titular de los bienes raíces no puede disponer a favor de extraños.

En consecuencia, este parentesco troncal queda limitado legalmente a los parientes profincos de traviesa de tronco que se encuentren dentro del cuarto grado[74].

---

parentesco de consanguinidad entre dos personas supone la existencia de un inmueble que fué propiedad del ascendiente o tronco del que ambos parientes proceden".

[70]GALINDEZ, ob. cit., 94.

[71]ECHEGARAY, B., "Ritos funerarios", Imprenta de la Diputación, San Sebastián, 29.

[72]CHALBAUD, ob. cit., 20.

[73]JADO, ob. cit., 293.

[74]Según CHALBAUD (*La troncalidad*, ob. cit., 44), de aquí resulta que los herederos forzosos de una raíz no son sino los tronqueros dentro del cuarto grado de parentesco con el poseedor. Esta limitación del cuarto grado la encontraremos en la ley 3 del título 17 en el ejercicio de retracto foral: "los parientes de

La legitimidad en todo el parentesco[75], independientemente de la línea y grado, es una exigencia constante; a los hijos legitimados y a los hijos naturales, en defecto de legítimos se les reconoce los derechos derivados de la troncalidad[76].

La naturaleza troncal de la sucesión en la línea descendente fué un tema controvertido[77]. En cambio, la sucesión ascendente y colateral fué unánimemente reconocida, siempre que concurrieren los requisitos legales de proveniencia de los bienes[78] y proximidad de grado[79].

De lo expuesto se desprende, que estos parientes tronqueros podrán exigir, que en la disposición de los bienes troncales se siga el orden legalmente establecido de

---

la otra línea, do no depende, o proviene la tal heredad (aunque sean muy cercanos del tal vendedor) sean havidos por estraños, en quanto á la troncalidad; pero a falta de los tales profincos, se admitan al retracto ....conforme a las leyes del Reyno.". FN. 17, 3: "en la venta de bienes rayces no acudiere pariente alguno mas propincuo del vendedor que los otros profincos, qualesquiera de aquel tronco y línea, dentro del cuarto grado"; En idéntico sentido FN. 21, 8 al tratar de la sucesión abintestato.

[75] La descendencia ilegítima queda excluída de la sucesión voluntaria en dichos bienes, en consecuencia no pueden ser tronqueros. Según CHALBAUD (ob. cit., 49) y SOLANO, (ob. cit., 267) los ascendientes en virtud de lo dispuesto en las leyes 14 y 18 del título 20 han de tener la condición de legítimos, en tanto que no se exige legitimidad a los colaterales por una interpretación restrictiva de las leyes; Según ANGULO (ob. cit., 167) "en el contexto de la mentalidad reinante en la época, la coincidencia jurídica bajo su influencia, ignoraba los efectos de las relaciones familiares que no provenían de un legítimo matrimonio, y la falta de determinación en el texto se debe a una falta de precisión y tecnicismo".

[76] Reconoce CHALBAUD (ob. cit., 46) el carácter de tronquero en la filiación natural, en base a lo dispuesto en la ley 11 del título 20. Este tema, según refiere Chalbaud, dió origen a un importante pleito en el siglo XVIII en el que el jurisconsulto Don Carlos Martínez de Aguirre y Zalduendo, reconoce la condición de tronqueros a los hijos naturales, en defecto de filiación legítima, interpretando las leyes 28 y 2 del título 20 y 10 del título 21.

[77] Recoge CHALBAUD (ob. cit., 24) un informe del Sr. Echevarría Goiri que le negaba esta naturaleza, por entender que la verdadera sucesión troncal exige dos genealogías, la de la persona y la de la cosa. Cuando esas dos genealogías se reunen en un mismo tronco, entonces existe la verdadera sucesión troncal; Sigue esta orientación ANGULO (ob. cit., 129 a 143). En sentido contrario CHALBAUD (ob. cit., 27- 28); JADO, ob. cit. 311. SOLANO ("Estudios jurídicos del Fuero de Bizkaia" , ob. cit., 39) añade que de la lectura del Fuero se desprende que el jefe de familia adquiere una propiedad, no para si, sino para sus hijos y descendientes.

[78] En la línea colateral debían reunir la condición de profincos; el FV. 85 define qué se entiende por propincuo: "por propincuo hagan el pariente mas cercano que viene de la línea de donde depende la tal heredad e non otro ninguno..."; Añade HORMAECHE (ob. cit., 230) no hay que confundir profinco con tronquero. El primero desciende ciertamente de un tronco común, pero esta palabra expresa una relación puramente personal sin consideración a determinados bienes; por añadidura el tronquero es aquél que pertenece al tronco o línea de donde provienen los bienes sobre los que se tiene un derecho.

[79] FN. 20, 18.

parentela, e impedir por cada grupo de parientes, que se disponga a favor de otros que no sean pertenecientes al grupo preferencial[80].

Dentro de los parientes de la misma línea y grado el disponente tiene libertad a la hora de la elección del sucesor y en la asignación del *quantum* de la herencia[81]. Se seguirá la computación civil por aplicación de las Partidas con carácter supletorio[82].

29. **Bienes sujetos a la troncalidad: los bienes raíces.**- La troncalidad se aplica -según las leyes del Fuero- a los bienes raíces, lo que obliga a descubrir qué se entiende por tales en el período objeto de estudio.

El Fuero Viejo de Vizcaya en el capítulo 107, bajo la rública "Títulos de fermamientos e de las mandas y herencias ", dice: "que si algun home ó mujer hobiese muchas casas é ferrerias ó molinos é ruedas é heredamientos é los quisieren donar al su fijo ó vender, o enagenar a otra persona alguna"[83].

Las leyes del Fuero Nuevo clasifican los bienes en raíces, muebles y semovientes, pero no se ocupan de definir el derecho de propiedad ni de hacer una clasificación de las cosas, ya consideradas en si mismas, ya por razón de las personas a quienes pertenecen.

La ley 14 del título 20 de Fuero Nuevo deja claro en su preámbulo que no todas las raíces son troncales[84]. Establece una doble categoría: raíces y troncales.

La equiparación de la raíz comprada a la troncal amplía el ámbito de la troncalidad, quedando reflejada en la ley 1 del título 20 del Fuero Nuevo que dice: "toda raíz es troncal", y desarrollada en concordancia en las leyes 15 y 16 del mismo título y en la ley 25 del título 11.

---

[80] CHALBAUD, ob. cit., 53.

[81] Según HORMAECHE (ob. cit., 111) esta libertad de elección viene a compensar la restricción impuesta como consecuencia del sistema de troncalidad que a juicio del autor no sería defendible si no estuviera contrarrestada por aquélla. Este perfecto ensamblaje de ambas instituciones responde a las necesidades de la familia y a la unidad del patrimonio.

[82] JADO ob. cit., 349. Por el contrario CHALBAUD (ob. cit., 45) mantiene que se sigue la computación canónica.

[83] FE. 2, 4 establece como criterio de distinción del bien raíz la altura de la casa o torre; Entiende QUADRA SALCEDO (Fuero de las M.N. y L. Encartaciones, Bilbao, 1916, 55) que esto se debe al carácter guerrero de las Encartaciones, unido al hecho de ser lugar de asentamiento de familias de linaje que levantaban las torres en medio de patrimonios seculares.

[84] FN, 20, 14: En que manera se puede disponer de los bienes muebles, y rayces y tronqueros haviendo hijos y no los haviendo.

El Fuero Nuevo en la ley 12 del Título 20 al tratar de cómo se han de declarar los bienes que se venden o se donan ante escribano, se refiere a la casa con sus pertenecidos, ferrerias o molinos, de las "fuessas y asentamientos" en las Iglesias.

La industria de ferrería, los molinos y las presas reciben una regulación legal detallada en nueve capítulos del Fuero Viejo[85].

Los bienes raíces que figuran en las leyes son de variada tipología, formando parte del patrimonio de los particulares[86]; no se circunscribe al patrimonio agrícola, sino que abarca todos aquellos patrimonios industriales propios de la época en que dichos textos fueron aprobados.

La doctrina vizcaína de comienzos de siglo es prolija en sus continuas referencias a la casería, justificando la existencia de las instituciones alrededor del símbolo constituido por la familia troncal y la casería, circunstancia que determina una lectura sectorizada de los Fueros. Contribuye a que cristalice esta apreciación la calificación dada por Balparda, para quien el Fuero "es la ley del caserío". Simplemente queremos dejar constancia que esta apreciación no se corresponde con la realidad histórica, tanto la que aparece regulada en los Fueros como la examinada a través de los documentos.

30. **Exigencia de que sean bienes raíces sitos en tierra llana.-** No son troncales todos los bienes raíces sino aquellos que se encuentren sitos en tierra llana.

---

[85]La troncalidad se aplica a estas industrias propias de la época, ocupándose el Fuero de su regulación: FV. 48, sanciona con pena de muerte de quién quebrantare "á sabiendas rueda ó ferrería ó molinos ó calces ó anteparas"; FV. 154 a 160, regulan los plazos de prescripción, la ubicación, instalacion y régimen de funcionamiento de dichas industrias de la siguiente manera: FV. 154, "...por cuanto los egidos é usas de Vizcaya son del señor é de los fijosdalgos, é algunos hechan vidigazas en los rios é arroyos é pasan por los tales ejidos, é ponen eso mesmo abeurreas para poner en tal lugar en donde la tal vidigaza echaren alguna presa de ferrería ó molino ó rueda. é en el logar donde la tales abeurreas pusieren poner la tal ferrería ó molino ó rueda.....teniendo la tal vidigaza é las tales abeurreas un año é un día ocultamente....."; FV. 150 establece el régimen de ubicación y funcionamiento de las ferrerias e ruedas e molinos; FV. 31. trata de los Alcaldes de ferrerias. Se crea una nueva jurisdicción al objeto de atender los conflictos en las relaciones laborales entre ferreros y braceros; FV. 201y 113 regulan respectivamente el derecho de adquisición de los montes comunales reconocido a las ferrerias y la prohibición de las ventas en los caminos en perjuicio de las ferrerias, así como la fijación de los pesos que deben usarse en las citadas industria; en estas tres últimas disposiciones el objeto consiste en casas, ferrerias ó molinos é ruedas é heredamientos: FV. 107 trata de los fermamientos é de las mandas é herencias; FV. 108 de las donaciones a los hijos; El FV. 109 de las mandas para Dotes; Estas industrias aparecen en el FV. como bienes troncales, de los que el padre puede disponer en vida o en el artículo de la muerte a favor del hijo elegido.

[86]FV. 107, 108 y 109.

Ha entendido la doctrina que la ley 15 del título 20 del Fuero Nuevo[87] establece la vigencia a ultranza del estatuto real[88], siendo por otra parte doctrina generalizada en la época la aplicación de este estatuto en materia sucesoria, tanto si residía el disponente en el extranjero como dentro de la península, en provincias o territorios de diferente legislación civil[89].

31. **Exclusión de las minas del régimen de la troncalidad.-** Se califica como troncal un bien raíz en función de la extensión que se da al derecho de propiedad.

Debido al desarrollo que alcanzó la riqueza minera, de antaño se planteó la cuestión de si las minas se consideraban bienes raíces y si estaban sujetas a las reglas de la troncalidad. Es indudable que la ley consideraba a la mina como un bien raíz y así lo recoge las Partidas (P. 2, 17, 1)

Afirma Chalbaud, "que Bizkaya en su dominación foral fué acérrima sostenedora de la escuela del derecho civil, y en virtud de ello las minas eran del dueño de la raíz", regla que se mantuvo a ultranza hasta el año 1827, fecha en que se acordó en Juntas

---

[87]FN. 20, 15: "Que ordenaban y ordenaron que el tal vecino de Villa, do los bienes (según Ley del Reino) son partibles; que toda la raíz, que tuviere en la tierra llana y juzgado de Vizcaya, sea de la condición y calidad, Privilegio y Fuero, que la tal raíz, que poseen los vizcaínos de la tierra llana troncal. Y tal que en vida y en muerte pueda disponer de ello, como podía disponer el vizcaíno, vecino de la tierra-llana...".

[88]Según ALLENDE SALAZAR, A., ("El dualismo en la legislación civil de Vizcaya", RGLJ, T. 54, año 1879, 67) quedara patente en la sucesión de una persona, en función de que el causante tuviere bienes en villa y en el Infanzonado; DE LA PLAZA, "Duplicidad de leyes civiles en los Municipios de Vizcaya", Imprenta de la Misericordia, Bilbao, 1912, 6. Añade ACILLONA ("Erróneas interpretaciones dadas a la Jurisprudencia Vizcaína del T. S., A.D.C. 1959, 55) que en la Sent de 8 Junio 1874 en la que se solicitaba la nulidad del testamento de una Sra. vecina de Madrid que instituyó sucesor a un extraño, existiendo bienes troncales en la herencia y familiares tronqueros, prosperó la demanda y el T.S. admitió la petición. Según SANCHEZ DE LA TORRE ("El párrafo 3º del art. 10 del Código Civil y los abintestatos de los vizcaínos", Edic. Deusto, Bilbao, 2 época, v. V , Nº 10, Julio-Diciembre 1957, 477) de darse una interpretación restrictiva a la (FN. 20, 15) nada añadiría esta ley en un Fuero que dado para vizcaínos sólo podía referirse a ellos; Así lo entiende ALONSO MARTINEZ (*El código Civil en su relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1947, 253) quien agrega que esta ley viene a anticiparse a las ideas modernas de los Estatutos del Derecho Internacional Privado y que aparecen recogidas en el Proyecto de Código Civil de 1882.

[89]JADO, ob. cit.,133 y ECHEGARAY, B., "Derecho Foral Privado", 32. Añade DE LA PLAZA, ("Duplicidad de leyes Civiles en los Municipios de Vizcaya ", 5 y 6) que el proyecto del Código Civil de 30 Abril 1851 en su art. 8 establece, que los bienes inmuebles aunque estén poseidos por extranjeros se rijan por las leyes españolas. Si bien no prosperó este proyecto, sin embargo, regía el estatuto real en los inmuebles porque eran los principios enraizados en todo el mundo.

Generales un Reglamento de minería muy semejante a las leyes sobre minas, que se aprobaron con posterioridad[90].

Este criterio se hizo patente con motivo de la Real Cédula de 24 Enero 1519; la Reina Dña Juana concedió todas las minas de Bizcaya y Guipuzcoa a un particular como si se tratara de una concesión, hecho que motivó que la Diputación no le diera el pase Foral[91], y que se querellara contra tal disposición y obtuviera a favor Sentencia definitiva por Real Cédula de 24 de Septiembre de 1596[92].

Es indudable a juicio de la Doctrina Vizcaína, que la Ordenanza de Felipe II de 22 de Agosto 1584[93], que vino a establecer una excepción a la regla de la accesoriedad mediante la reserva de los metales preciosos en beneficio de la Corona[94], no tuvo aplicación en Vizcaya.

En la segunda mitad del s. XIX se produjo un debate doctrinal y jurisprudencialen en torno a la naturaleza troncal de las minas; eran razones económicas e ideológicas las que dieron origen a la aparición de posturas encontradas, prevaleciendo finalmente el criterio de que las minas no eran bienes raíces sujetos a la troncalidad[95], y por otra parte eran propiedad del Estado, quien por concesión cedía sus derechos al particular denunciante, constituyendo a partir de este momento propiedad regulada por el derecho civil.

---

[90]Añade CHALBAUD (ob. cit., 21) que el Fuero de la troncalidad se refiere a toda la raíz sita en el Infanzonado. Existían "tres escuelas que se disputaban en derecho la regulación de la minería: la escuela llamada del derecho natural; la regalista y la del derecho civil".

[91]SAGARMINAGA, F., *El gobierno y el Régimen foral de Bizkaya*, Bilbao, 1892, T. I, 157; Puede verse en CHALBAUD (*La troncalidad*, ob. cit.,22) la referencia de una nueva concesión que se hizo en idénticos términos en 1743 y ante la que se opuso igualmente la Diputación en estos términos: "se opone a las Franquezas y Fueros de Señorío respecto de lo que tienen que satisfacer los Bizcainos a su Señor y de la propiedad de los montes y ejidos de su distrito en que están comprendidos los minerales".

[92]CHALBAUD, ob. cit., 22; Puede verse mas detalles en SAGARMINAGA, F., *Régimen foral de Vizcaya*, T. 1, 157.

[93]Recogida en Novísima Recopilación, (en lo sucesivo NR) 9, 18, 4.

[94]HORMAECHE, ob. cit., 315; CHALBAUD, ibídem, recoge en la nota nº 3 una remisión a la obra de Mario de Basterra *Vizcaya minera*, (sin referencia de lugar de edición y fecha), donde puede encontrarse desarrollada la legislación Foral minera.

[95]Reiteradas Sentencias del T. S. vienen a consagrar la exclusión de las minas como bienes raíces sujetos a la troncalidad Sent. T. S. 22 Marzo 1877 declaró "que el Decreto de 29 de Diciembre de 1868 establece en su art. 6º, que el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado. Sent.T. S. 23 Febrero 1882 declara que las Minas por sus circunstancias especiales no están comprendidas entre los raíces sujetos a la troncalidad.

La ley de Minas de 6 Julio 1857 y art.1 del Decreto-Ley de 29 de Diciembre de 1868 tuvo aplicación en Vizcaya[96].

32. **Inclusión de la raíz comprada en la troncalidad: distintas opiniones doctrinales.-** Pese a la proclamación del principio de que toda raíz es troncal, ¿se aplican las reglas de la troncalidad a los bienes que no son de abolengo sino comprados? ¿tienen derecho a los mismos todos los herederos tronqueros? La calificación como troncal de la raíz comprada dió origen a un debate que determinó el que se dividiera la doctrina.

El Fuero Viejo modificó el fuero o costumbre existente de equiparar a los bienes muebles los bienes raíces adquiridos, por entender que con esta equiparación se le siguen grandes perjuicios a los herederos forzosos. Se establece en el capítulo 112[97] que los bienes comprados a extraños hasta entonces considerados como muebles, en lo sucesivo sean tenidos por raíces.

Esta equipación de los bienes raices comprados a los bienes muebles aparece asimismo recogida en el derecho de Castilla[98].

Como precedente de la ley del Fuero Viejo, el Fuero de Albedrío de las Encartaciones establece que estos bienes pierden su condición mueble a la muerte de su titular pasando a ser considerados raíces[99].

El Fuero Nuevo en su ley 16 del título 20 establece: "antes sea havido y contado por raíz, como si lo oviesse havido de Patrimonio y no pueda ser dado ni mandado a

---

[96]CHALBAUD, ob. cit., 21.

[97]FV. 112: "De los bienes raíces comprados o adquiridos en vida. Otrosí dijeron por cuanto fasta agora en Vizcaya había por uso e costumbre que todos los bienes raíces que algunos compran e fuesen habidos en vida por bienes muebles para facer de ellos lo que quisiere, e dados como los otros bienes muebles lo cual dijeron que era gran perjuicio de los fijos legitimos herederos, por ende dijeron que ordenaban e establecieron por ley que toda tierra o heredad e bienes raíces que ansi fueren comprados sean habidos por bienes raíces no puedan ser dados ni mandados a extraño nin otros algunos, salvo a heredero o herederos que de derecho deban haber e heredar sus bienes, según que los otros bienes raíces que hobiere".

[98]Refiere S.P ("Apuntes sobre las limitaciones que según Fuero de Vizcaya tiene la facultad de disponer de los bienes raíces del infanzonado", Revista de Jurisprudencia, T. LXII, 438) que el derecho castellano calificaba de mueble la raíz comprada, según se desprende del Fuero Real de Castilla NR, 10, 13, 3. Según este autor la limitación que experimenta la disposición de los bienes por razón de troncalidad, se circunscribe a los bienes poseídos por título hereditario y en ningún caso a los adquiridos; Igual criterio sigue JADO, ob. cit., 314.

[99]FV. 3, 6: "que cualquier que comprare heredad o raíz fuera del su tronco en estrañez que en su vida que lo haya por mueble e la pueda enagenar segun mueble sin descalonar e después de sus dias que les quede a sus herederos por raíz".

extraño, salvo al heredero y profinco que de derecho conforme a este Fuero lo debe heredar"[100].

A la luz de estas leyes se crea una división de criterios entre sus intérpretes y surgen dos corrientes doctrinales[101]. Los puntos de discusión eran los relativos:

1) Aclarar si toda la raíz es siempre y en todo caso troncal o por el contrario si sólo es troncal el bien que viene de abolengo.

2) Quiénes son en el primer supuesto los destinatarios de estos bienes.

33. **La corriente ultratroncalista.-** Este sector mantiene que toda raíz es troncal en Vizcaya, de lo que se desprende:

1) Que los inmuebles, sea cual fuere el título de su adquisición estaban sujetos a la troncalidad.

2) Que los parientes colaterales dentro del cuarto grado no necesitaban la condición de tronqueros de traviesa de tronco para ser herederos forzosos[102].

Esta orientación determina una ampliación de la troncalidad de manera que la disposición de los bienes adquiridos debía hacerse respetando los derechos de los herederos forzosos. Según refiere Chalbaud, el jurisconsulto vizcaíno don Pedro de Echevarria y Goñi mantuvo en un brillante informe que la raíz comprada, si bien no es troncal por carecer de genealogías, no puede ser mandada a extraño sino que ha de quedar a falta de ascendientes dentro de los parientes del cuarto grado paternos o maternos, entre los cuales será preferido el que se quiera[103]. Artíñano sigue esta corriente[104].

---

[100]En concordancia FN. 25, 11 viene a establecer de modo expreso el carácter troncal de los bienes raíces a la vez que la regla de sucesión: "por ser como son e fueron siempre aca troncales y tales que según el privilegio y Fuero de la tierra el tronco vuelve al tronco y la raíz a la raíz".

[101]ANGULO, ob. cit., 137 a 142 y 179 a 184; SOLANO, ob. cit., 34 a 39 tratan con cierto detenimiento sobre la naturaleza troncal de la raíz comprada; SOLANO detalla quienes son los herederos tronqueros de ésta, tanto en la sucesión testada como en la intestada, análisis que dasarrolla a fin de interpretar el último párrafo de la ley 16 del título 20 del Fuero Nuevo que se refiere al destino de los bienes comprados a los parientes profincos tronqueros dentro del cuarto grado.

[102]ANGULO, ob. cit., 179.

[103]Este jurista, según refiere CHALBAUD (ob. cit., 26) opina que desde el momento de la adquisición de la raíz a un extraño se limita la facultad de disposición por parte de su titular y no se han de heredar del mismo modo que establece el Fuero para los demás bienes raíces, puesto que solamente los pueden heredar los profincos de traviesa del tronco o tronqueros.

[104]ARTIÑANO, ob. cit., 356.

Ha sido recogido por esta dirección doctrinal el fundamento en el que se basan las referidas conclusiones[105]. Los seguidores de esta doctrina reconocen que se vincula toda la raíz de Vizcaya, pero a su entender responde a una genuina interpretación del Fuero[106].

34. **La corriente moderada.-** Otro sector doctrinal entiende, que la pretensión de la ley 16 del título 20 era evitar definitivamente la costumbre de considerar a la raíz comprada como mueble en cuanto a la facultad de disposición, de tal modo que el padre no pudiera disponer de esos bienes porque formaban parte de la legítima de los hijos que son herederos forzosos troncales[107].

Esta ley, no tiene por objeto modificar el contenido de las leyes 14 y 18 del título 20, es decir, no se ocupa de determinar quiénes han de ser los herederos forzosos troncales. No deroga ni modifica estas leyes sino que manda hacerlas extensivas a la raíz comprada[108].

Esta orientación recibe una serie de objeciones a las que Angulo da respuesta[109]. Entiende este autor "que la voluntad del legislador no puede hacer variar a su arbitrio la naturaleza íntima de las cosas, ni puede hacer que se adjudique por líneas como los bienes que proceden de abolengo, la raíz comprada, ni que se apliquen reglas donde faltan términos hábiles para aplicarlas"[110].

Según Chalbaud los bienes comprados se han de heredar del mismo modo que el Fuero dispone "para los otros bienes rayces que oviere", es decir, sólo podrán heredar los tronqueros. Sólo serán tronqueros los hijos y descendientes del comprador si se trata

---

[105]Recoge CHALBAUD (ob. cit., 25) los siguientes argumentos: A) En el texto de la ley "sean havidos como de patrimonio y abolengo". B) Todo bien raíz lleva en su naturaleza la limitación en cuanto a la disposición. C) La raíz puede ser: 1) troncal *(paterna paternis, materna maternis,* 2) casi troncal: la comprada a parientes, 3) no troncal: la comprada a ajenos. En esta distinción de las tres clases de bienes se funda FN. 20, 8 y 15 . La ley 18 del título 20 prohibe la disposición de bienes raíces a extraños. La expresión profincos tronqueros se refiere al tronco personal para designar la línea colateral como lo hace la ley 6 del título 21.

[106]Recoge CHALBAUD (ob. cit., 26) la opinión de Don Pedro Echevarría Goiri quien entiende que es una exageración el seguir esta orientación, pero es ley.

[107]CHALBAUD, ob. cit., 29; En idéntico sentido HORMAECHE, ob. cit., 125; ANGULO, ob. cit., 180.

[108]CHALBAUD, ob. cit., 29; HORMAECHE, ob. cit., 125; ANGULO ob. cit., 180.

[109]Según refiere HORMAECHE, ob. cit., 126.

[110]Añade ANGULO (ob. cit., 179) que lejos de ampliar el principio troncal afirma que todo raíz puede ser troncal cualquiera que sea el título de su adquisición, cuando concurran las circunstancias necesarias para que la troncalidad exista.

de compra a extraño[111], y si la compra ha sido a un tronquero le sucederán aquellos parientes en los que se cumplan las reglas de la troncalidad[112].

Para Jado los hijos y descendientes son los herederos tronqueros respeto a la raíz comprada. La ley 16 del Título 20 establece una ficción legal que posibilita esta respuesta[113].

IV. Límite que se deriva del carácter reservable de los bienes .

35. **Reserva de los bienes dotados o donados para un matrimonio.-** La disposición de los bienes experimenta una nueva limitación legal, cuando se tratare de bienes con los que fué dotado o donado su titular para el matrimonio. Esta limitación consiste en que dichos bienes sólo pueden disponerse a favor de los hijos del matrimonio a cuyo favor se hizo la donación, dote o arra.

Esta reserva queda recogida en los Fueros, del siguiente modo:

FV. 103: "que si el marido ó la mujer que ansi fueran casados é enarrados fijos de consuno hobiesen, estos fijos á tales hereden los bienes de que ansi es fecha la arra é non otros fijos algunos, aunque hayan otros fijos herederos, casando el marido con otra mujer por muerte de la primera mujer á quien fizo la arra, ó la mujer con otro marido por muerte del primer marido".

FN. 20, 3: "Que havian de Fuero, y establecían por Ley, que si acaeciese, que padre, ó madre en Vizcaya, ó otro alguno con fijo ó fija ó con otra persona alguna en casamiento dotare y donare, ofreciere, y mandare por contrato público algún solar suyo ó Casa ó Casería con rentas y pertenecidos de ella, ó otros bienes rayces algunos; y efectuado el tal casamiento (andando el tiempo) fuere disuelto con fijos, y descendientes de aquel Matrimonio, quedando vivo el padre ó la madre; y el tal , que vivo quedare, casare segunda vez, ó más y oviere fijos, ó descendientes de tal casamiento segundo ó tercero: no puedan haver parte con los fijos del primer Matrimonio .....".

---

[111]Añade CHALBAUD (ob. cit., 37) que estos bienes comprados a extraños no son troncales aunque tenga hijos el comprador, "porque sólo serán troncales cuando hay un tronco a que referir.....pues será absurdo decir de unos bienes que son troncales para mí porque el tronco está en mí" y añade, esta ley recoge una ficción para salvar este obstáculo; Comenta esta solución ANGULO, ob. cit., 137 ss.

[112]Dice CHALBAUD (ob. cit., 32), la raíz comprada puede tener más profincos tronqueros que los descendientes. Los supuestos en los que al sucesor se da carácter de tronquero figuran en la ley 4 del título 20 que recoge el supuesto de compra de heredades, edificios y mejoramientos provenientes del tronco o en las leyes 2 del título 17 cuando se compraron o adquirieron porque venían y dependían del tronco.

[113]JADO, ob. cit., 349.

Es decir, tratan de garantizar que los bienes que se dan en dote o donación para un matrimonio, en el supuesto de disolución por muerte y de segundas nupcias del supérstite, queden reservados a favor de la descendencia habida en el mismo. No sólo los bienes sino también las mejoras incorporadas durante el matrimonio[114].

36. **Bienes que comprende la reserva: raíces y mejoras.-** Según Jado el texto de la ley es claro. La obligación de la reserva se limita única y exclusivamente a los bienes raíces que fueron dotados y donados por escritura pública para aquel matrimonio, bien se efectúe la donación por el padre, la madre u otro pariente o extraño. Pero si no consistiese en bienes raíces o no se hubiese hecho en escritura pública, o si los bienes pertenecen al padre o madre que contrae segundas nupcias por otro título, no hay obligación de reservarlos[115].

Esta obligación de reservar se hace extensiva a las mejoras: "Si durante el segundo o posterior matrimonio se hacen mejoras en los bienes donados, ya edificando, plantando o por otras causas, aunque la propiedad de estos bienes ha de reservarse necesariamente a los hijos del primer matrimonio, vienen éstos obligados a pagar al marido o mujer, que vino al nuevo matrimonio, el importe de la mitad de todas las mejoras, a justa tasación de tres hombres buenos, cuya paga efectuarán dentro del año en que tomen posesión de los bienes, dando fiadores llanos y abonados, que estarán en poder del ejecutor, como fiadores de remate"[116].

La *ratio legis* de estos preceptos reside, según Angulo, en el respeto y protección a la propiedad familiar[117]. Añade Hormaeche, que con este precepto se ha tratado de

---

[114]FV.101: "si algunos mejoramientos ó compras é edificio ficiese el marido con la segunda mujer...que todo lo que asi comprasen o mejorase, é conquistasen, dentro de los términos donde fuere fecha la tal arra, todo sea é finque, para los hijos de la primera mujer o marido ..."; FN. 20, 4: "...siendo rayces los tales bienes dotados ó donados en el primer Matrimonio, de que quedan fijos, ó decendientes, si el padre ó la madre, que vivo quedare se casare segunda ó más veces, y en tal segundo ó tercero casamiento marido ó muger ficieren algunos edificios plantíos ó mejoramientos, en los bienes assi dotados, y donados en el primer Matrimonio, la propiedad de todos ellos hayan los hijos del primer Matrimonio, con los dichos edificios, plantíos y mejoramientos: Con que sean tenudos los tales hijos de pagar el precio de la meytad de lo assi mejorado".

[115]JADO ob. cit., 444.

[116]ARTIÑANO, ob. cit., 347; HORMAECHE, ob. cit., 181.

[117]Añade ANGULO (ob. cit., 238) que aunque sobreviva aquel por quien los bienes se dieron ú ofrecieron, estos formaban parte del patrimonio de una familia, y no deben pasar al de otra, así, sin fundado motivo y arbitrariamente. Se limita el principio de comunidad, puesto que el viudo tiene merma en sus facultades dominicales cuando sobreviva a los hijos y descendientes. Vulneraría el espíritu del Fuero si el principio de la comunicación sirviese de motivo para que los bienes raíces pasasen de una a otra familia.

paliar el peligro que cuando hubieren contraido segundo o tercer matrimonio, teniendo descendencia de uno y de otros, el padre o la madre dejen de inspirarse en el sentimiento de justicia al distribuir los bienes [118].

El principio presente en el Fuero Viejo (capítulo 130)[119], que "quien recibe las ganancias debe contribuir a los gastos" junto a las reglas de la accesoriedad constituyen el fundamento de estos preceptos. La aplicación de la troncalidad en su sentido más amplio es una consecuencia del tenor de los mismos[120].

Estas reglas sólo tienen aplicación respecto a los bienes que aportan al matrimonio, y no se aplican a los bienes que se pueden adquirir constante el segundo o tercer matrimonio. Respecto a estos bienes podrán disponer a favor del hijo que prefieran[121].

37. **Reserva de los bienes heredados de un descendiente.-** Por último, la libertad de disposición de los bienes aparece limitada en el supuesto recogido en la ley 9 del Título 21 del Fuero Nuevo[122] (norma que no tiene precedente en el Fuero Viejo).

---

[118]FN. 20, 4; Según HORMAECHE (ob. cit., 183) es innegable que bajo la influencia del padrastro o de la madrastra puede perjudicarse a los hijos del primer matrimonio. Las leyes citadas tratan de evitarlo, máxime en un sistema en el que rige la libertad de testar. Estas leyes soslayan el peligro, unidas a la limitación por razón de troncalidad y a mayor abundamiento por la aplicabilidad de las reservas de derecho común, en lo que respecta a los bienes muebles y somovientes.

[119]FV. 130: "é tales fijos quisieran gozar del tal mejoramiento, que sean tenidos de pagar la mitad de las tales deudas, ó en escojencia sea de los fijos pagar la mitad de las tales deudas é haber la mitad de las tales ganancias, ó dejar las ganancias é non pagar las deudas".

[120]ARTIÑANO, ob. cit., 370.

[121]FN. 20, 4: "si la muger durante el segundo y tercero matrimonio huvieren hijos ó descendientes en uno y hicieren algunas compras de bienes rayces ó los conquistaren ó heredaren; los tales bienes sean comunes entre ellos y los puedan mandar ó dar qualesquiera de sus hijos y decendientes aunque sean del dicho segundo ó tercero matrimonio, apartando a los otros fijos con alguna parte de raíz poca ó mucha; aunque lo tal comprado ó conquistado sea dentro de los límites del contrato del primer matrimonio".

[122]FN. 21, 9:" Si acaeciere, que turbada la orden natural, el padre ó la madre (habiendo dos, tres o mas hijos) a alguno de los tales hijos heredare, ó haya heredado los bienes, y herencia, que assi tenía el hijo por fin y muerte de su padre, ó madre, y assi heredando el tal padre, ó madre á su hijo , se casare segunda , ó más vezes y hubiere hijo del tal matrimonio segundo ó tercero, que en tal caso el tal padre ó madre no pueda dar , ni mandar en vida, ni en muerte ningunos bienes rayces, que assi heredó del hijo del primero matrimonio á hijo , ni descendiente alguno del segundo, ni tercero matrimonio, salvo a los hijos del primer Matrimonio".

Esta ley hace referencia a la reserva de los bienes que el padre o madre supérstite hubiere heredado de un hijo, cuando provinieren de la herencia del progenitor premuerto. Esta reserva se establece cuando el padre o madre supérstite contrajere segundas nupcias. La reserva troncal que la referida ley contiene, a juicio de Chalbaud, presenta una clara antinomia con la ley 25 del Tit. 11 y demás expuestas de la troncalidad.

Para la aplicación de las reglas de la troncalidad era forzoso que viniera del padre o la madre de donde procedía la raíz, supuesto que echa abajo la misma ley cuando dice "Herencia que así tenía el hijo por fin y muerte de su padre ó madre"[123].

La interpretación e inteligencia de los supuestos que pudieran subsumirse bajo tal precepto normativo sigue dos directrices doctrinales:

Angulo mantuvo que la sucesión en línea recta no es troncal sino que exclusivamente atiende al parentesco; para llegar a sentar esta conclusión. toma como elocuente testimonio argumental la ley 9 del Título 21 del Fuero, entre otros. Dice este autor: "El supuesto de hecho a que alude esta ley sólo puede darse admitiendo que no es troncal, puesto que si lo fuese, no habría tal obligación de reservar a favor de los hijos del primer matrimonio, dado que no se puede concebir que un heredero tronquero pueda venir obligado a tales reservas, ni que el derecho que la troncalidad implica se resuelva en un derecho eventual, transitorio, sujeto a una verdadera condición resolutoria"[124].

Jado reconoce que esta ley adolece de falta de claridad. Entiende que las disposiciones que contiene comprenden todos los bienes del hijo, sin distinción de clases. Su tenor literal, alude a la procedencia de los bienes según se desprende de la frase "por fin y muerte de su padre o madre". Y por último se establece que la obligación de reservar quedará circuscrita a los bienes raíces[125].

Entiende este autor, que los reformadores del Fuero Viejo al redactar la ley objeto de examen quisieron decir más porque la redactaron inspirándose en las Leyes de Toro[126].

No es conforme con el espíritu del Fuero, según Jado, el que se permita que el padre que pasare a segundas nupcias pueda disponer libremente de los bienes raíces que

---

[123]CHALBAUD, *La troncalidad* , ob. cit., 68.

[124]ANGULO, ob. cit., 132 y 133.

[125]JADO, ob. cit., 438.

[126]Según JADO (ob. cit., 439) los redactores del Fuero Nuevo tuvieron en cuenta estas leyes, v. g. la 6 del Tit. veinte sobre los gananciales y la disposición final de la ley 4 del Tit. veinte, que eximen al padre o madre sobreviviente de la obligación de reservar su mitad de gananciales para los hijos del primer matrimonio, preceptos que fueron tomadas de las leyes 14 y 15 de Toro.

no fueren troncales[127]. Del tenor literal de la ley, "por fin y muerte de su padre o madre", hay que admitir que parte del supuesto de que el padre puede heredar del hijo bienes raíces que éste había heredado de su madre, y vice-versa la madre, supuesto que solamente se da si el padre y la madre fueren tronqueros entre sí[128].

Existiendo el vínculo del parentesco troncal entre los padres reservistas se salva la antinomia que ponía de relieve Chalbaud[129]. Las normas derivadas de la troncalidad tendrán aplicación, tanto si se hereda la raíz del hijo por sucesión testada o intestada[130].

V. Las donaciones inter-vivos de todo o parte de los bienes.

38. **Las donaciones universales en los Fueros.-** Las leyes del Fuero siempre que tratan de la disposición universal de los bienes, recogen junto a la disposición *mortis causa* la donacional.

FV. 105: " ....que cualquier home ó mujer que hobiere fijos legitimos de legitimo matrimonio pueda dar, assi en vida como en artículo de la muerte todos sus bienes muebles y rayces".

FN. 20, 11: ".... que qualquier Hombre, ó Muger, que oviere Hijos de legitimo Matrimonio, pueda dar, assi en vida, como en artículo de la muerte á uno de sus Hijo, o Hijas legítimos...".

FN. 21, 6: "...que assi como Marido y Muger ambos juntamente pueden dar, y donar, ó mandar lo suyo á uno de sus Hijos de muchos que hayan, y tengan, ó decendientes....assi, y de la mesma manera puedan ambos, y dos en su fin, y postrimera voluntad, mandarlo y distribuirlo".

Las donaciones universales figuran en el fuero Viejo y Nuevo y tienen como precedente los Fueros particulares[131].

---

[127]JADO, ob. cit., 439; LECANDA, M., Memoria sobre las institucions civiles de aquel País, *Legislación Foral de España. Derecho civil de Vizcaya*, Biblioteca judicial, Madrid, 1888, 162.

[128]JADO, ob. cit., 440.

[129]Según CHALBAUD (*La troncalidad*, ob. cit., 67) la ley 9, tít. 21 presenta antinomía con la ley 25, tít. 11 y demás de la troncalidad.

[130]Añade JADO (ob. cit., 441) tampoco para los que entienden, como Angulo y Laguna, que la sucesión testamentaria de los ascendientes no es troncal, que no se rige por las reglas de la sucesión intestada, tendría aplicación la ley de la reserva, sino que resultaría también imposible tal obligación por parte del padre y de la madre, dado que no heredan necesariamente al hijo por testamento.

[131] FD otrosí 1º: "Que si alguno hobiere á dar su caseria que pueda dar franco é quito a sus hijos legítimos"; FE. 3, 23: "que cualquier home ó muger en los Valles de Salcedo y Gordejuela que hobiere

El Fuero Viejo dedica 10 leyes a regular las donaciones. El Fuero Nuevo desarrolla estos contenidos en dos títulos y en leyes dispersas[132].

Desde el punto de vista sistemático, la regulación de las donaciones se encuentra ubicada en el título correspondiente a las herencias o bien junto a la regulación de la dote. Es frecuente el empleo de la fórmula legal del que "da lo suyo en vida", dando a conocer con ello el carácter universal de la donación.

La validez de la donación universal, controvertida en el Derecho común, figura reconocida legalmente en el Fuero y así lo entendió la doctrina[133] .

FV. 110: "Por cuanto alguno ferma á alguno fijo suyo ó fija, é á otro heredero alguna casa o casería, con todos los bienes muebles é raices á ella pertenecientes ponen duda si dación general de bienes muebles vale ó non, ordenaban que tal dacion general, é tal fermamento de la tal casería, é bienes raices valé en cuanto á la dacion general de los bienes muebles non vale, salvo si dieren nombrada é declarada cada cosa sobre si ....".

FN. 20, 13: "que había de Fuero, y establecían por Ley, que por quanto acaece que alguno dá á su Hijo, ó otro heredero su casa, y Casería, con todos sus pertenecidos, y con todos los bienes muebles y rayces: Y ponen duda si tal donación general de los bienes muebles vale, ó debe valer, y á qué bienes muebles se ha de extender....dixeron: Que ordenaban que el tal contrato valga, y sea valido: Con que intervenga apartamiento de los bienes rayces ...Y en cuanto á la donación de los bienes muebles, que el que dá, y dona, pueda reservar lo que quisiere...Y no reservando cosa alguna, la tal generalidad de bienes á el pertenecientes, se entienda solamente todo el aderezo, y alhajas necessarias para regir la tal Casería que oviere...".

A juicio de la doctrina, los que elaboraron los Fueros la reglamentaron para alejar cuestiones y precisar bien el derecho de cada uno, máxime cuando la cualidad troncal de los bienes raíces podía ser causa de complicaciones, si los donatarios fallecían antes que los donantes, sin dejar sucesión [134]; Por otra parte la doctrina reconoce que es muy raro

---

hijos legitimos de legitimo matrimonio puedan ansi en vida como en el articulo de la muerte mandar a uno de sus hijos ó fijas todos sus bienes muebles é raices...."; FV. 108: "que alguno ó algunos dan á sus fijos ó á otros cualesquiera una casa ó ferrería fermando en la manera sobre dicha, é todos los bienes raices que hobiere generalmente"; FV. 110: "por cuanto alguno ferma á alguno fijo suyo ó fija, é á otro heredero alguna casa ó casería, con todos los bienes muebles é raices a ella pertenecientes ponen duda si dación general de bienes muebles vale ó non, é por quitar esta duda dijeron que ordenaban é establecían que tal dación general, é fermamento de la tal casa é casería, é bienes raices vala, é en cuanto á la dación general de los bienes muebles non vala salvo si dieren nombrada é declarada cada cosa sobresí"; FV. 105: "puede dar asi en vida ó en el articulo de la muerte".

[132]Los títulos veinte y veintitres cuyos preámbulos dicen: FN. Tít. 20: "De las dotes y donaciones y profincos y ganancias de entre marido y muger"(leyes 11, 12, 14 y 17); Tít. 23: "De los alimentos, y mantenimiento de los padres, y abuelos" y leyes dispersas en otros títulos. FN. 21, 6 y 7: "puedan dar lo suyo, assi en vida como en el articulo de la muerte".

[133]AREITIO de D., ob. cit., 331.

[134]ARTIÑAÑO, ob. cit., 344.

el matrimonio que no ejercita el derecho de donación, que el uso y la costumbre establecieron desde antiguo[135].

Este derecho sustantivo que aparece recogido en el Fuero fija qué bienes comprende la donación universal[136] y cuáles son las formalidades que se han de cumplimentar para su validez[137] ; se regulan las donaciones universales modalizadas con carga de alimentos o reserva de usufructo, sus efectos y garantías[138] ; se preveen las consecuencias de la premoriencia del donatario con descendencia y sin ella; se fija asímismo la causas de revocación de estas donaciones[139] y los supuestos de reversión de los bienes al donante [140].

La donación universal o general de todos los bienes (así la denominan en algunas leyes)[141], se lleva a cabo con motivo del matrimonio del hijo elegido, según se desprende de los textos legales [142], y frecuentemente se modaliza con la carga de los alimentos del donante [143].

Las leyes posibilitan la donación de bienes singulares, sin embargo no reciben regulación específica, por lo que se regirán por el derecho común[144].

Los Fueros establecen la prohibición de donar a extraños habiendo hijos y descendientes[145] . Entendiendo los autores, que no son objeto de regulación la donación a extraños, por lo que deberá regirse igualmente por el Derecho castellano[146].

---

[135]ARTIÑANO, ibídem.

[136]FV. 108 y 110; FN. 20, 13.

[137]FN. 20, 12.

[138]FV. 113, 183; FN. 17, 8; 20, 17; 23 las tres leyes.

[139]FV.116; FN. 23, 1.

[140]FV. 113; FN. 20, 1 y 7.

[141]FV. 110; 113 y 184. FN. 17, 8; 20, 13 y 17; 23, 1 a 3; 34, 22.

[142]FV. 109; 137 , 183 y 184. FN. 20, 3, y 23, 1 a 3.

[143]FV. 113; 115; 137 y 183. FN. 17, 8; 20, 13 y 17; 23, leyes 1 a 3; 34, 22.

[144]JADO, R., ob. cit., 218.

[145]FV.114: "que home alguno ni mujer non pueda facer donación á persona extraña habiendo herederos descendientes ó parientes propíncuos de traviesa que hayan derecho a heredar los bienes raíces algunos que haya"; FN. 34, 22: "que no se pueda hacer donación ni otra manda o disposición a extraño, habiendo descendientes o ascendientes legítimos o parientes profincos; FN. 20, 11 y 18.

[146]JADO, ob. cit., 218. Añade ARTIÑANO (ob. cit., 412) que efectivamente se regirán por las leyes del Reino, si bien respetando las leyes forales si son inmuebles y las leyes sucesorias.

39. **Las donaciones universales con motivo del matrimonio del hijo elegido.-** Coinciden los autores al indicar que es frecuente que tales donaciones universales se lleven a cabo con motivo del matrimonio del hijo elegido[147] , y que se recoja en la escritura de sus capitulaciones matrimoniales. El caudal de los cónyuges en el Infanzonado consiste ordinariamente en la casería que uno de ellos aporta al matrimonio, siendo frecuente el que lo reciba por donación de sus padres[148] . En Vizcaya la elección de heredero se hace realmente en las capitulaciones matrimoniales de aquel a quien los padres consideran más conveniente para conservar la hacienda[149].

Angulo, reconociendo la frecuencia de estas donaciones en las capitulaciones del hijo elegido, agrega que, comúnmente se pacta la asociación de padres e hijos, de tal suerte que se aúna al servicio de la explotación familiar la experiencia de uno y la fortaleza del otro [150].

Los padres, cuando llegan a una edad avanzada y no se bastan por sí solos para la explotación de la casería, hacen uso de las leyes que el Fuero les concede para conservar a su lado a uno de los hijos y crear una nueva familia que venga a sustituirles en el manejo y labranza de aquella. Para lograrlo, los padres hacen donación de la casería por vía de dote o donación *propter nupcias* a la hija o hijo que va a contraer matrimonio, documentándola en el contrato matrimonial que a tal efecto se hace [151].

La celebración del matrimonio opera como *ratio sufficiens* del contrato[152], siendo condición necesaria para su eficacia [153]. Garcia Royo la encuadra como donación *propter nuptias* [154] .

Esta donación, a la que Justiniano cambió de denominación y de llamarse *ante nuptias* pasó a llamarse *propter nuptias*, se recogió en las Partidas entendiéndose por tal la

---

[147]JADO, ob. cit., 220; ARTIÑANO, ob. cit., 339; ECHEGARAY, B., ob. cit., 45; HORMAECHE, ob.cit., 196. Existen varias leyes que hacen referencia a la donación general con motivo del casamiento: FV. 109, 137, 183, 184; FN. 20, 3; 23 leyes 1 a 3.

[148]BALPARDA HERRERIAS, G., *El Fuero y el caserío*, Bilbao, 1913, 8.; JADO, ob.cit., 221. HORMAECHE, ibídem.

[149]Según AREITIO, D., (ob. cit., 47) la designación se contiene en dichas capitulaciones, donde se recogen la cuantía y calidad de las aportaciones de los futuros cónyuges y se establece el régimen de la sociedad en que han de convivir con los padres donantes.

[150]ANGULO, ob. cit., 252 y 258.

[151]JADO, ob. cit., 220.

[152]GARCIA ROYO, *Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas* , Vitoria, 1952, T. II, 258

[153]Según GARCIA ROYO (ob. cit., 76) la doctrina no es uniforme al calificar la naturaleza suspensiva, resolutoria o *condicio iuris* al hecho de la celebración matrimonial, a cuya producción se supedita la eficacia de la donación.

[154]GARCIA ROYO, ob. cit., 258..

dote que da el varón a la mujer[155] . La primitiva denominación como donación *propter nuptias* dió origen a que Alonso, al enjuiciar este tipo de donaciones en el Derecho de Navarra[156] , las considerara como la dote del marido, y no en su verdadero sentido de donación que se hace con motivo del matrimonio a favor del hijo o hija contrayente, sentido que se corresponde con el seguido por la doctrina vizcaína.

Realiza el padre una donación *propter nuptias* con motivo de la celebración del matrimonio del hijo elegido; consiste en la transmisión de los bienes de la familia, siendo la forma usual de elegir sucesor en el patrimonio familiar[157] .

La doctrina vizcaína caracteriza la donación *propter nupcias* de la siguiente manera: en primer lugar, no puede encuadrarse en la donación común y en su función aplicarse las normas generales[158] .

Es una donación con causa y no un negocio de mera liberalidad; lo que explica su especial configuración, es decir, no admite la revocación por ingratitud del donatario, ni por superveniencia de hijos [159]; incluso la obligación de liberar a dichos bienes de gravámenes es prueba concluyente que no es una donación de mera liberalidad, sino hecha en expectativa del matrimonio del elegido y respondiendo a una finalidad onerosa; la onerosidad consiste en la asignación a la vida económica de la nueva sociedad conyugal[160] .

Las donaciones por causa *nupcias* sólo son revocables por incumplimiento por parte del donatario de las obligaciones que le han sido impuestas, asimismo los bienes donados, deben reservarse a favor de los hijos de ese matrimonio, de manera que si el cónyuge sobreviviente contrajere nuevas nupcias queda obligado legalmente a reservar dichos bienes a favor de los hijos del primer matrimonio [161]. Este tipo de donaciones producen una estabilidad especial[162].

---

[155]GARCIA ROYO, ob. cit., 76.

[156]Según ECHEGARAY, B., ("Errores en la interpretación del Derecho Civil Vasco", Yakintza, Revista de Cultura Vasca 1933-36, La gran enciclopedia Vasca, v. I, 119, Bilbao, 1977) la influencia ejercida por su formación en el Derecho castellano le movió a explicar la donación *propter nupcias* de su tierra natal por la regulación en el Derecho de Castilla (en las leyes de Toro) y no a la luz del Derecho consuetudinario.

[157]ECHEGARAY, B., ibídem..

[158]GARCIA ROYO, ob. cit., 79..

[159]GARCIA ROYO, ob. cit., 259; ARTIÑANO, ob. cit., 412..

[160]GARCIA ROYO, ob. cit., 258.

[161]ARTIÑANO, ob. cit. 412.

[162]GARCIA ROYO, ob. cit., 259.

La premuerte del donatario sin que dejare descendencia, cuando la donación se hizo con carga de alimentos y exequias, dará origen a la reversión legal de los bienes[163].

40. **Prohibición de las retrodonaciones, tratándose de una donación universal al hijo contrayente.**- Tanto el Fuero Viejo como el Nuevo establecen la prohibición de las retrodonaciones en el capítulo 184 y en la ley 1 del Título 26; respectivamente se declara nula toda obligación que se concierte antes o después del matrimonio relativa a los bienes objeto de donación universal[164].

a) Otorgamiento de la donación.

41. **Regulación de la donación universal de padres a hijos en los Fueros.-** Las leyes se refieren con carácter preferente a la donación de padres a hijos:

FV. 105: "que hobiese fijos de legítimo matrimonio ... pueda dar, á uno de sus fijos é fijas todos sus bienes muebles y rayces, ...e si fijos non hobiese á los nietos en aquella forma, é si fijos legitimos nin nietos legitimos non hobiese, que por esta mesma forma pueda dar e apartar á los hijos naturales, empero los hijos de manceba non puedan heredar con los fijos de legitimo matrimonio salvo si el padre ó la madre les mandaren dar ó dieren alguna cosa en reconocimiento".

---

[163]FV. 113: "que si tal hijo muriese antes que el que hizo la tal donación, non habiendo herederos descendientes, que la tal herencia del que ansi muriese sea tornada á padre". En términos semejantes FN. 20, 17.

[164]FV. 184: "acaece que algunos dan e firman á algun su hijo ó fijos é fijas algunas casas e heredades en casamiento ó en otra manera cualquiera, é despues del tal casamiento parece á las veces que el padre antes del tal firmamiento se hubo obligado al tal fijo ó á otro fijo que tenga, ó el fijo al padre de dar algunas cuantías ó de facer alguna cosa, é esto facen engañosamente.....que ninguna obligación que el padre ó la madre ó alguno de ellos ficiere al fijo, ó el fijo al padre ó a la madre non vala"; FV. 109: "Algunos casan é desposan sus fijos é fijas por palabras de presente, los tales padres ó madres ó parientes de los que ansí se casan les han de mandar é les mandan alguna casa ó ferrería ó otra heredad cualquiera é despues de ansí casados e desposados, dan ó ferman á otros fijos ó á otras personas la tal casa ó casas ó heredades que ansí primero mandaron, lo cual se facia en daño é en perjuicio de aquellos á quien fué primero mandado; por ende dijeron que establecian é ordenaban, que cuando quier que el tal casamiento fuere trazado, é los tales mandamientos de los tales bienes é heredades, que ansí mandó por razón del tal casamiento, non pueda dar a otro alguno lo que ansí primero mandare"; FN. 26, 1: "acaece que padre ó madre que tienen hijos, casan á alguno de ellos y le dotan é mandan toda su casa e casería: y alguno de ellos antes que se case el hijo, hacen hacer al tal hijo en su favor alguna obligación de alguna quantía, ó el mesmo padre, ó madre al tal hijo que casa, ó otro hijo que tengas, se le obliga por alguna cuantía; y esto hacen con cautela, y por defraudar ó a la tal nuera que viene por casamiento, por haverla mejor, y mas honrada; ó por defraudar a los acreedores, ...que ninguna obligación que el padre ó la madre ó alguno de ellos hiciere al hijo, ó el hijo al padre ó a la madre non valga la tal obligación, fuere antes ó al tiempo del dicho casamiento".

FN. 20, 11: "pueda dar, assi en vida....a uno de sus Hijos, ó Hijas legitimos, ó a nieto, y descendiente de su Hijo, ó Hija legitimo, que haya seydo fallecido.....I si hijos, ó decendientes legitimos de legitimo Matrimonio no oviere; que por essa mesma forma pueda dar, y apartar á los Naturales, que oviere de Muger soltera;....I si hijos legitimos, ni naturales no oviere, y oviere hijos que haya habido el home casado de alguna muger, ó la muger casada de algun home....no puedan suceder....".

FN. 20, 13: "...que por quanto acaece que alguno dá á su Hijo, ó otro heredero su Casa, y Casería, con todos sus pertenecidos...".

La existencia de una legítima colectiva amplia unido a la aplicación de las reglas de la troncalidad determinará que necesariamente, habiendo hijos o descendientes, sean éstos los beneficiarios de los bienes; en todo caso, las leyes se refieren expresamente a la donación a favor del hijo y de la descendencia.

Los autores vizcaínos reconocen unánimemente la frecuencia de estas donaciones universales de padres a hijos.

42. **La donación del padre al heredero forzoso. ¿Cabe la donación al nieto en vida del hijo? Interpretación favorable de Hormaeche.-** La doctrina vizcaína al interpretar estas leyes se planteó la cuestión de si dentro de la línea descendente era necesario respetar la proximidad de grado, o si por el contrario, existía libertad de elección.

Los textos forales, tanto al establecer las reglas relativas a la disposición de los bienes , como al orden en el llamamiento abintestato[165] fijan las líneas preferenciales y dentro de la línea, la proximidad de grado determina su prioridad respecto al más remoto.

Este criterio, mantenido en el Fuero Viejo, queda confirmado en el Fuero Nuevo en las Leyes 11 del Título 20 y 8 del Título 21, al establecer la posibilidad de elección del nieto y descendiente, sólo cuando su progenitor hubiere fallecido, y al fijar el orden preferencial por líneas.

---

[165]FV.106: "Otrosi dijeron que habían de fuero é de costumbre que si algun home ó mujer muriere sin facer testamento ó sin manda é dejase fijos legitimos aquellos fijos hereden todos sus bienes é si fijos no hobieren los nietos, é si nietos non hobiere los parientes más cercanos de la línea donde penden los tales bienes"; FN. 21, 8: "y dexare Hijos legítimos ó decendientes, aquellos hereden todos sus bienes por grado y orden: Y a falta de los Hijos y decendientes, le sucedan los ascendientes por su grado, y orden en los bienes rayces".

Hormaeche, al comentar las leyes 14 y 18 del Título 20 del Fuero Nuevo[166] , dice: "son herederos forzosos los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos y los parientes tronqueros dentro del cuarto grado. Los herederos del primer grado excluyen a los del segundo, los del segundo a los del tercero, pero el testador, dentro de cada uno de estos grupos, puede designar el sucesor tronquero que mejor le parezca, aunque no sea el más próximo en parentesco, apartando a los demás, con algún tanto de tierra, como lo dispone la ley 11 del Título veinte" [167].

43. **La interpretación favorable de Lezón.-** Entiende este autor que la limitación y excepción contenidas en la citada ley no está en consonancia con el espíritu foral de libertad de testar y de elección de heredero, por lo que mantiene que el testador podrá elegir libremente entre sus descendientes sin que tenga que atenerse necesariamente al grado de proximidad en el parentesco [168].

Agrega Lezón, no menos chocante que la examinada restricción en contra del nieto, hijo del padre vivo, era la excepción a su favor, en el supuesto de que su padre le hubiere premuerto, viendo en esta disposición mortis causa del abuelo a favor del nieto la existencia de una sustitución vulgar tácita[169] .

---

[166]FN. 20, 14: "en caso que tenga Hijos, ó descendientes, ó ascendientes legitimos, pueda disponer de todo el mueble a su voluntad..."; FN. 20, 18: "que home alguno, ni muger no pueda facer donación, ni otra manda, ó disposición á estraño, haviendo decendientes, ó acendientes legitimos, ó parientes profincos de traviesa del tronco dentro del quarto grado de bienes rayces algunos".

[167]HORMAECHE, ob. cit., 111.

[168]Según LEZON NOVOA, R. ("¿Puede ser nombrado heredero único el nieto vizcaíno viviendo el padre? Boletín Colegio Nacional de Registradores, año 1975,1011ss) puede entenderse afirmativamente, en primer lugar se basa en la interpretación que da Hormaechea de las leyes citadas, entendiendo que dentro de la línea, el testador puede elegir, aunque no sea el más próximo en parentesco.

En el Fuero imperaba el principio de libertad de distribución dentro del grupo de descendientes, puesto que dentro de este círculo se hallaban mezclados los hijos, los nietos y demás descendientes legítimos de ulterior grado, con igualdad de expectativas a la vocación y delación de la herencia. La inexistencia en Vizcaya de la legítima individual determina que los cuatro quintos de la legítima colectiva aparezcan como una reserva global a favor de los descendientes legítimos, con el peculiar rasgo, según Lezón, de atribuir al causante libertad de distribución dentro del grupo de los legitimarios, siendo factible, por tanto, el que pueda recaer en descendientes legitimos, aunque vivan los de grado intermedio. Negar al padre la posibilidad de posponer los descendientes de primer grado a los de grado menor (nietos, bisnietos etc.) dejando a alguno de estos últimos el patrimonio rural íntegro, cuando ninguno de los primeros reuniera condiciones para poder desempeñar la gerencia de la empresa familiar, era una censurable anomalía de la Ley 11.

[169]LEZON, ob. cit., 1014.

44. **La interpretación negativa de Jado y la opinión mayoritaria de la doctrina.-** La interpretación dada por otro sector de la doctrina es justamente la contraria. Jado se expresa en estos términos: "La facultad de elección en el caso de que haya hijos y otros descendientes no se extiende a poder elegir a uno cualquiera de estos, pues para que el testador pueda dejar todos sus bienes al nieto o descendiente de su hijo o hija se requiere que ese hijo o hija haya fallecido" [170].

A tenor de esta orientación, ciertamente más conforme con la literalidad de los Fueros escritos, no cabe la donación universal a un nieto o descendiente cuando existan hijos del donante. Jado sigue este criterio; sin embargo, reconoce que en el supuesto de premoriencia del hijo donatario sucederán los nietos, y en este caso no sucederán por derecho de representación, derecho que no aparece regulado en los Fueros [171]. A juicio de la doctrina mayoritaria, la descendencia -los nietos- reciben estos bienes, entendiendo que será por derecho propio en algunos casos, pero inciden en reconocer este derecho sólo se dará cuando los hijos hubieren premuerto.

45. **La libertad en la elección y su fundamento.-** No está condicionada la elección del donatario por criterios de primogenitura ni de masculinidad [172]; siguiendo la orientación que aparece en el Fuero, la elección vendrá determinada por ser "el más idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente á la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa y Casería"[173] .

La finalidad a la que atiende esta libertad de elección reside en dotar a la casa de un sucesor idóneo, paladinamente reconoce que sólo el testador puede analizar el grado de "competencia" de los presuntos sucesores y en absoluto puede hacerlo la ley[174] .

Esta libertad de elegir un heredero único es necesaria para que pueda permanecer íntegro el caserío [175]. Contribuye a la vigorosa constitución de la familia en los

---

[170]JADO, ob. cit., 327; En idéntico sentido los siguientes autores: GARCIA ROYO, ob. cit., T. 3, 14; SCALA, "La herencia de nietos en el Derecho Foral Vizcaíno". trabajo inédito; CHALBAUD, *La troncalidad* , 54; OLEAGA Y ECHEVERRIA, F. J., "Herencia de los nietos con padres sobrevivientes". Colegio de Abogados . Señorío de Vizcaya, 1978.

[171]Según JADO (ob. cit., 416), el capítulo 106 del Fuero Viejo y FN. 21, 6 no reconocen el derecho de representación en la sucesión ab-intestato.

[172]IRUJO, ob. cit., 114.

[173]FN. 21, 2.

[174]ANGULO, ob. cit., 120.

[175]CHALBAUD, "La familia como forma típica..", ob. cit., 54; ANGULO, ob. cit., 120.

siguientes aspectos: autoridad paterna, continuidad del trabajo, estabilidad del hogar y conservación de la unidad rural de la casería, como base de la prosperidad agrícola [176].

Coincide la doctrina al calificar a nuestro sistema jurídico no como un sistema en el que rige la libertad de testar, sino la libertad de elección de heredero [177] y asimismo al estimar de mayor valor la conservación de esta libertad respecto a la troncalidad[178] .

46. **Capacidad de los otorgantes.-** En lo que respecta a la capacidad de donar o recibir se seguirán las normas generales que establece el Fuero en materia de capacidad y con carácter supletorio las que establece el derecho castellano.

En los textos forales no se requiere una capacidad especial para llevar a cabo o aceptar estas donaciones universales. Se requerirá en el donatario la capacidad para aceptar y obligarse, en el caso de que la donación universal esté modalizada con la carga de los alimentos del donante y en el donante la capacidad de obrar plena. Los autores vizcaínos no se ocupan de desarrollar esta cuestión.

En el Fuero la mayoría de edad y la capacidad de obrar plena se adquiere a los veinticinco años[179] . Respecto a la capacidad del hijo donatario, si éste no ha alcanzado la mayoría de edad ha de tenerse en cuenta las siguientes supuestos y leyes que los regulan.

El padre tiene poderío paternal concedido por la ley del Fuero hasta que el hijo alcance la mayoria de edad o se emancipe mediante el matrimonio. El poderío paternal no es igual a la patria potestad del Derecho común; a la madre no se le reconoce legalmente este poderío; se ejercerá "en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar", de lo que se infiere que una de las causas de emancipación es el matrimonio del hijo[180] . En virtud de este poderío el padre -y no la madre- es el usufructuario y legítimo administrador de los bienes de los hijos hasta su emancipación [181].

---

[176]HORMAECHE, ob. cit., 169; ESCAGUES Y JAVIERRE, I., "El Derecho hereditario en el Fuero de Vizcaya", Gráficas Ellacuría, Bilbao, sin fecha, 7.

[177]RUIZ SALAS, "El Derecho Civil foral de Vizcaya y la época actual", Zumárraga nº 6, 1956, 17; AREITIO, "El Derecho Civil de Vizcaya", Separata Seix, 30.

[178]HORMAECHE, ob. cit., 185.

[179]FN. 22, 2: "...los tales curadores tienen en su poder á los tales menores, y á sus bienes, fasta que hayan los veinte y cinco años.."

[180]Añade JADO (ob. cit., 189) si bien el sobreviviente tiene bajo su poder las personas y bienes de los hijos en concepto de tutor ó curador. FA.49 reconoce idéntico precepto.

[181]FN. 22, 1: "La madre no goze, ni lleve el tal usufructo, ni sea tenuda de alimentar á los hijos....; y esto, porque el padre tiene poderío paternal en los hijos, en todo el tiempo que el hijo

Es posible que algunos menores, mayores de 18 años, hayan salido de la curatela por petición formulada ante la autoridad judicial; en el caso de que les fuera concedida, se le entregará los bienes y sus frutos [182]..

Si se trata de menores huérfanos de padre o de ambos progenitores, estarán sujetos hasta la edad de 25 años a la tutela ejercida por la madre en el primer supuesto, o por los que han sido designados curadores[183] .

En el supuesto de que fallecieren ambos progenitores dejando hijos en edad pupilar, la ley 1 del Tit. 22 establece la tutela testamentaria; y en defecto, la legítima. La celebración de las segundas nupcias por parte del progenitor da origen al nombramiento de tutores [184].

Atendiendo a las distintas situaciones (de minoría o mayoría de edad) en las que se encuentre el donatario requerirá, tanto para aceptar la donación como para obligarse, la

---

estuviere por casar, pero no la madre .... que la madre no goze, ni lleve el usufructo, ni sea tenida de alimentar a los hijos (sino quisiere) en caso que ellos tengan con qué; sino que hecho el tal inventario y la solemnidada de tutriz, tenga en su poder a sus hijos y a sus bienes, governándolos, y criándolos, y arrendando aliñando los bienes de ellos, todo el tiempo que estuviere en hábito viudal; Según ARTIÑANO (ob. cit., 349) el Fuero de Bizcaya priva a la madre de patria potestad y en contraste, en defecto del marido le concede la autoridad en la casa.

[182]FN. 22, 2: "qualquier home ó muger que fuere de edad de dieciocho años cumplidos, pueda comparecer ante el juez, y darle información de como es de la dicha edad, y de tal entendimiento, sagaz y diligente, que bien puede por si regir, y guardar, aliñar y administrar a si y a sus bienes, sin los tales curadores; y el Juez havida información (constándole de la dicha edad y suficiencia) le declare por tal, y le mande sacar del dicho poderío de los tales curadores"; El precedente de esta Ley es FV. 136, en el se faculta al menor, mayor de 18 años a que solicite al alcalde de Fuero el salir del sometimiento de sus curadores.

[183]Examina JADO (ob. cit., 180 y 198) las diferencias existentes entre la tutela ejercida por el padre, respecto a la ejercida por la madre (quien no ostenta la patria potestad, ni el usufructo) en base a la interpretación dada a la Ley FN. 22, 1; El FE. 3, 28 y 29 regula la tutela testamentaria y la ejercida por la madre viuda o por la abuela; Añade MADARIAGA ("El Derecho Foral de Vizcaya en relación a la organización familiar", 24) que si bien legalmente la madre tutora tiene menos derechos sobre los bienes del menor que el padre, la conciencia jurídica vizcaína ha dejado en desuso esta ley y la madre viuda goza de los derechos de la patria potestad. Comenta SANCHO TELLO (*Lecciones de Derecho Civil*, 17) que en las Leyes Vizcaínas no se regulan las relaciones jurídicas que provienen de la patria potestad y sin embargo se considera un sistema que es espejo de la familia patriarcal, ello es debido a que serán las normas derivadas de la tradición y la costumbre; Puede verse en ARTIÑANO (ob, cit., 348) los rasgos que caracteriza a la patria potestad vizcaína; AREITIO,D. , "Derecho Civil de Vizcaya", 321

[184]FN. 22,1: "pero en casándose padre ó madre los menores sean luego proveídos de otros tutores ó defensores, uno de partes del padre, otro de la madre, según de suso está declarado. Y que todo lo suso dicho haya lugar, en caso que el padre no haya proveído en su testamento á sus hijos de tutor ó defensor: ca en tal caso, aquellos assí proveídos se prefieran a la madre y a todos los otros parientes ó profincos"; En JADO (ob. cit., 179 a 197) se comentan las leyes 1 y 2 citadas

licencia paterna o la asistencia por parte del curador o tutor, o bien actuará sin ella en nombre propio.

47. La vecindad en Villa o Anteiglesia de los otorgantes.- Tiene especial trascendencia la vecindad de los otorgantes, en Villa o Anteiglesia, en cuanto que determina la sujeción al Derecho común o al foral.

El Fuero reconoce la existencia de vecinos y naturales, si bien no establece una diferenciación expresa de una y otra condición [185]. Se reconoce la existencia de una vecindad originaria que ostentan los hijos de vizcaínos y los naturales del país[186] .

Se adquiere la vecindad vizcaína por establecimiento en el territorio con ánimo de ganar domicilio, siendo necesario el que se acredite la limpieza de la sangre [187].

---

[185]FN. 1, 6: "...que todas las tierras, y mercedes y Monasterios, é Oficios de Vizcaya su Alteza diesse, e hiciesse Merced de ellas a los cavalleros, escuderos, Hijosdalgo, naturales y vecinos de Vizcaya y Encartaciones é Merindad de Durango ...."; Según ARTIÑANO (ob, cit., 209), regulan la adquisición de la vecindad las leyes XII, XIII y XIV del Tit. primero y el Capítulo 8 y 9 de la carta de la Unión y Concordia suscrita entre el Señorío y sus villas y ciudad de 11 Setiembre 1630, confirmada por Cédula 3 Enero 1633 y su Reglamento 19 Julio 1758; Según ECHEGARAY, B. ("La vecindad en el País Vasco " 5,9 y 10), la vecindad al pasar de la vida pastoril a la agricultura, queda constituida por el vínculo que une a la casa y la tierra circundante; el Fuero General de Navarra la asigna a los habitantes de "una casa cubierta con 3 vigas en luengo". Su últerior evolución pone de relieve en la vecindad la nota de proximidad y en este sentido establece unas fases: 1.- La que une a dos ó más familias como una relación extraña a toda idea de agrupación. 2.-La fase colectiva en la que se establece vínculos asistenciales mutuos entre las familias de un entorno.

[186]SANCHO TELLO y BURGUETE, V., *Lecciones de Derecho Civil Foral* , Valencia, 1886, 13.

[187]FN. 1, 13: "Que por quanto todos los Vizcaínos son hombre hijos-Dalgo y de Noble linaje, e limpia sangre é tenían de sus altezas Merced, y Provissión Real e porque algunos pueden venir de Reinos de Castilla, é no siendo conocidos, ni haviendo noticia de su linaje y genealogía, se podría cometer fraude contra la dicha Merced y Provissión, e para evitar el dicho fraude, dixeron: que querian haber por ley é Fuero, que qualquier, que assi viniere á morar y a avecindar a Vizcaya, tierra llana, e villas y Ciudad y Encartaciones é Durango, sea tenido de dar información bastante al corregidor y veedor de dicho condado, ó a su teniente, juntamente con los dos Diputados de este Condado, de su Linaje y Genealogía: Por la qual, parezca é se averigue ser de limpia sangre.....la qual información dé y preste dentro de sesenta dias despues que ansi entrare en Vizcaya, ...perseverando en la dicha vecindad seis meses"; CARRANDI, F. A., "La vizcainía originaria y la vecindad en Vizcaya", Revista de Estudios Vascos, Número extraordinario, Zumárraga, Bilbao, MCMLII, 58.

48. **Carácter de la actuación de los donantes: conjunta o separadamente.**- Los padres al donar a sus hijos todos los bienes pueden actuar de forma conjunta o separadamente en virtud de lo dispuesto en la ley 6 del Título 21 del Fuero Nuevo:

FN. 21, 6: "Marido y Muger ambos juntamente pueden dar, y donar, ó mandar lo suyo á uno de sus hijos de muchos que hayan y tenga decendientes ó (a falta de ellos) a los acendientes ó tronqueros profincos de traviessa, apartando a todos los otros con poco ó mucho de tierra....Y no solamente ambos y dos juntamente pero cada uno de ellos pueda por sí y apartadamente el uno sin el otro disponer de su meytad".

Solano al comentar esta ley indica que el nombramiento de un ascendiente o de un tronquero es legalmente imposible, puesto que la Comunidad de bienes en el Fuero sólo existe si hay hijos, y en este caso estos serían los llamados a suceder por imperativo legal. La objeción de Solano responde a su posición personal ante uno de los temas más debatidos por la doctrina: el relativo a cuándo comienza la comunicación foral.

La ley 9 del Título 20 establece que toda disposición de los bienes comunicados ha de realizarse con conocimiento y licencia del otro cónyuge, siendo dicho consentimiento requisito necesario para su validez [188]. Esta norma es consecuencia lógica de la aplicación del régimen de comunicación, regulado en la Ley I del mismo Título, en el que se reconoce -constante matrimonio- un derecho en potencia respecto a los bienes del otro cónyuge[189] .

Estas leyes tratan específicamente de la disposición de marido y mujer, por sí o conjuntamente, acompañándose de la fórmula del apartamiento.

49. **La actuación del donante en uso del poder testatorio.**- En ejercicio de lo dispuesto en la Ley 3 del Título 21 del Fuero Nuevo puede disponerse de los bienes en uso del poder testatorio[190] .

---

[188]FV. 122: "que ningunos bienes raíces que a la muger pertenecieren en la su mitad, non pueda vender ni enajenar el marido sin otorgamiento de la muger é si lo ficiere non vala, aunque los tales bienes vengan de parte del marido".FN. 20, 9: "constante Matrimonio, el Marido no pueda vender bienes algunos raízes, muebles, y semovientes, que no sean ganados durante el Matrimonio, pertenecientes en la su mitad á la muger, sin otorgamiento de la Muger, aunque los bienes provengan de parte de el Marido". Añade VICARIO (ob. cit., 41) al ser la comunicación un especie de condominio que prohibe al marido la venta de bienes raíces, muebles o semovientes que no sean gananciales, en la mitad correspondiente a la mujer no puede hacerlo sin licencia y consentimiento expreso de ésta, de modo que una gestión desacertada no pueda perjudicarle.

[189]HORMAECHE, ob. cit., 218

[190]FN. 21, 3: "dan poder á algunos, sus partes, ó amigos, ó Muger al Marido, ó el Marido a la Muger, para que fallecido el que havía de testar, hagan los tales Comisarios el tal testamento".

Era costumbre enraizada el que los cónyuges se confirieran en capitulaciones matrimoniales poder recíproco para testar, a fin de disponer en el momento oportuno tanto por vía donacional como testamentaria de la totalidad de los bienes de la herencia[191] .

Siendo, por tanto, frecuente que el cónyuge viudo dispusiera de los bienes, por testamento o por donación, de la mitad por sí y de la otra mitad como apoderado comisario [192].

50. **La exigencia de su otorgamiento en escritura pública.-** El Fuero Nuevo exige para la validez de la donación de padres a hijos -tratándose de bienes raíces- el otorgamiento en escritura pública, en tanto que en el Fuero Viejo era suficiente la presencia de fiadores [193]. El otorgamiento ante Escribano público es una exigencia formal *ad solemnitatem* para todo acto de disposición que verse sobre este tipo de bienes raíces:

FN. 20, 12: "...si algún home ó mujer oviere muchas casa, ferrerias ó moliendas ó otros heredamientos, y los quisiere dar, ó donar, ó vender, ó enagenar a fijos ó otra persona alguna, que lo tal haga en presencia de Escribano público";

FV. 109: "que algunos casan a su hijos por palabras de presente les mandan alguna casa ó ferrería ó heredad ....a la hora que asi mandase el tal donador, que dé cuatro fiadores llanos y abonados de dar é fermar...";

Es frecuente el que se otorgue en escritura de capitulaciones, sin que ello sea obstáculo para que pueda donar en escritura en otro momento de la vida:

FN. 32, 1: "en casamiento o por otra vía".

---

[191]JADO, ob. cit., 257. Según manifiesta HORMAECHE (ob. cit., 228) es raro el que se designe como comisario a otros parientes ó a extraños.

[192]JADO, ob. cit., 520; Según HORMAECHE, (ob. cit., 225) en las capitulaciones matrimoniales suele hacerse uso del poder testatorio al que se refiere la ley FN. 21, 3.

[193]Recogen en términos semejantes: FV. 110, 183 y 184 "dan los padres a los hijos ó á otros herederos en casamiento algunas casas ó caserías e ferman las tales heredades algunos para despues de sus dias".

51. **Frecuencia de la consignación de estas donaciones en la escritura de capitulaciones matrimoniales.**- Es unánime la doctrina al constatar la frecuencia de estas donaciones con motivo del contrato matrimonial o capitulaciones del hijo elegido, resaltando la función de estas capitulaciones en la estructuración de la familia[194].

Las escrituras de capitulaciones matrimoniales tienen en la tierra llana una importancia que excusamos encarecer, dice Jado, pues aparte de que nos muestran uno de los caracteres distintivos de la familia vizcaína -la estabilidad- por la continuación no interrumpida de los miembros de una misma familia en la casería suelen comprender también, con una minuciosidad y concisión verdaderamente admirables y gran sentido previsor, una serie de instituciones tan diversas que a primera vista nos parecen un tanto confusas y que, sin embargo, se desarrollan con la mayor sencillez sin encontrar ningún obstáculo; tales son la donación de bienes, institución de heredero, reserva de usufructo o de alimentos, sociedad familiar, fijación de dotes para todos los hijos del donante, poder para testar y reversión de bienes[195].

52. **Exigencia del apartamiento de los no favorecidos con la donación.**- En virtud de disposición legal el apartamiento de los no favorecidos es un requisito de validez de la donación universal de bienes. Las leyes 11 y 13 del título 20 disponen que tanto la disposición testamentaria como la donación de todos los bienes vaya acompañada del apartamiento de los no favorecidos.

La presencia del apartamiento en la donación no altera su naturaleza inter-vivos, porque estas donaciones, añade Jado, producen sus efectos para el donante y el donatario, son irrevocables, salvo justa causa, lo que impide se puedan considerar como acto de disposición testamentario[196].

La ley 13 establece que la exigencia del apartamiento es preceptiva no sólo en las donaciones de padres a hijos, sino también cuando se trate de la disposición de un soltero o de un viudo[197].

---

[194]Según JADO (ob. cit., 220) no es frecuente en Vizcaya el que los padres esperen al fin de sus días para disponer por testamento, sino que hacen donación de la casería por vía de dote o por donación *propter nupcias* a la hija o hijo que va a contraer matrimonio.

[195]Recoge JADO (ob. cit., 453 ss) varias minutas de contratos matrimoniales.

[196]JADO, ob. cit., 291; Al tratar del límite a la libertad de testar por razón de la herencia forzosa (Nº 23 a 25 de este trabajo) hemos expuesto el sentido y alcance del apartamiento.

[197]Según SOLANO (ob. cit., 254) la necesidad del apartamiento es condición necesaria a todo acto de disposición de bienes raíces, atendiendo al fundamento en el que se asienta dicha fórmula.

b) Contenido de la donación

53. **La universalidad de los bienes raíces y muebles.-** El Fuero Nuevo delimita que bienes comprende este tipo de donaciones en estos términos:

FN. 20, 12: "...si algun home, ó Muger oviere muchas Casas, Ferrerías, ó moliendas, ó otros heredamientos, y los quisiere dar, ó donar nombrando en el tal contrato la tal Casa, ó Casas, ó Ferrerías, ó Moliendas que dá.y linderos específicamente; y si diere Casa con sus pertenecidos.....en tal caso baste la generalidad que dá la tal Casa con todos sus pertenecidos ..."

FN. 20, 13: "...en cuanto a la donación de los bienes muebles el que dá ...pueda reservar lo que quisiere....Y no reservando cosa alguna, la tal generalidad de bienes á él pertenecientes, se entienda solamente todos el aderezo, y alhajas necesarias para regir la tal Casería que oviere, y las cubas, y camas que oviere en la tal Casa, que dona, eceto lo reservado".

Hormaeche entiende, que la ley 13 del Título 20 del Fuero Nuevo, viene a completar el sentido y alcance de la Ley 11 del referido Título, al confirmar la validez de la donación universal de padres a hijos[198] .

Artíñano dice que la donación puede ser general o determinada y añade "cuando se dona una casería o finca, con todos sus pertenecidos y con todos los bienes, muebles y raíces, que á ella corresponden, se entiende donarse toda la raíz y de los muebles todos los efectos de la casa, arcas, cubas y camas que existían en la casería. Si es concreta, han de fijarse en el contrato de donación los bienes que la constituyen y los que el donante se reserva"[199].

De la lectura de la ley 13 se desprende que la donación puede comprender la generalidad de los bienes raíces del donante o un patrimonio determinado, como es el patrimonio troncal. A fin de delimitar, cuando nos encontramos en un caso u otro, la citada ley exige que se identifiquen en la escritura los bienes raíces que se donan, con expresión de sus linderos, salvo que se trate de la casa y sus pertenecidos en cuyo caso basta identificar la casa.

En la delimitación de los bienes muebles que comprende esta donación universal se sigue un criterio restrictivo. Se entenderán comprendidos los bienes que existan en ese momento en la casa y que figuren inventariados, exceptuando los que el donante se haya reservado para sí y en defecto de reserva se entenderán comprendidos exclusivamente los bienes que constituyen el aderezo y alhaja de la casería [200].

---

[198]HORMAECHE, ob. cit., 175.

[199]ARTIÑANO, ob. cit., 344.

[200]Según GARCIA ROYO (ob. cit., T. II, 70) se entiende por el aderezo y alhajas el menaje o ajuar de la caseria, los útiles indispensables para la vida, los aperos de labranza, el ganado necesario para la

En la donación universal de los bienes raíces queda comprendida la "fuessa y assentamientos" en las Iglesias y cualesquiera bienes raíces pertenecientes a la casa [201].

54. **Cláusulas más frecuentes en este tipo de donaciones: la reserva de usufructo y la carga de alimentos.-** Reconoce la doctrina que falta una regulación unitaria del contenido de la donación en los textos legales. En los Fueros se recoge la donación con carga de alimentos y exequias fúnebres o con reserva de usufructo a favor de los donantes[202].

La modalización de la donación con carga de alimentos ha merecido una atención especial en todos los textos forales [203].

Puede considerarse que era un tipo de carga muy frecuente cuando se aprobaron los Fueros. El Fuero Nuevo dedica un capítulo a las donaciones con carga de alimentos y varias leyes dispersas; estos textos regulan todas las situaciones personales previsibles, tanto de los donantes como de los donatarios, y establecen el régimen jurídico de los bienes donados, en tanto vivan los donantes.

El Fuero Nuevo se ocupa de regular algún aspecto de la reserva de usufructo a favor del padre donante (FN. 17, 9); del mismo modo, reconoce que quien dona puede reservar lo que quisiere y para quien quisiere al establecer la validez de las donaciones universales del patrimonio mueble (FN. 20, 13).

---

misma existente en la casería al tiempo de hacerse la donación; al donatario hay que entregarle todo lo necesario para regir la casería. El Fuero Viejo (FV. 110) delimita legalmente el contenido de la donación universal del patrimonio mueble en estos términos: "tal donación general de muebles non vala, salvo si dieren nombrada cada cosa sobre sí. Pero por tal donación general...se entienda haber dado los bienes que el fuero de Vizcaya antiguo manda *Urde urdaonde, caecía etondo* quiere decir las castas de los puercos que fueren en casa, é el pan que hobiesen cojido en casa, ansi trigo como borona ó cebada que haya cojido en aquel año, é esto no se entienda del pan que trujiere de fuera aparte, nin los tocinos por muchos que tengan, salvo el que estuviera encentado en una cuba que tengan en la despensa nin del arca en que tenga el pan cocido, é la caldera que trujiere cada día ó los manteles, é las layas ó azadas, é hacha, e cosas menudas de labrar, que hobiere en casa, é la cama de ropa de las comunes que hobiere en casa".

[201]FN. 20, 12.

[202]Recoge JADO (ob. cit., 221) las cláusulas más frecuentes tales como la carga de alimentos y exequias de los donantes, la reserva de usufructo a favor de los donantes y la asociación entre los matrimonios de donantes y donatarios.

[203]FD. 2 otrosi; FE. 3, 22.; FV. 113 y 183; FN. 17, 3; 20, 17 y 23, 1 a 3, se transcribirán algunas de estas leyes al desarrollar su contenido concreto.

55. **Contenido de los alimentos.-** De la lectura de los textos legales [204] se desprende que en la carga de alimentos se entendía comprendido el sustento, vestido, y atenciones necesarias para evitar la enfermedad o curarla.

Se llevaba a cabo su cuantificación siguiendo un criterio relativo; es decir, se atendía a la condición personal del donante y a la cuantía de lo donado. Los alimentos comprenden también las exequias fúnebres de los donantes, atendiendo a su condición social de propietario o inquilino. Esta carga tienen carácter vitalicio, en tanto sobreviva alguno de los donantes[205].

Si muere uno de los donantes, el supérstite tendrá derecho a ser alimentado, pudiendo demandar su mantenimiento de los bienes de la mitad del finado, salvo que se haya pactado otra cosa en contrato[206].

56. **Naturaleza real de la carga de alimentos.-** La carga de los alimentos una carga real que grava los bienes a fin de que respondan de su cumplimiento. Al regular este tipo de donación, las leyes del Fuero se proponían asegurar los alimentos del donante con tal firmeza que autorizaban la venta de los bienes donados si el donatario no cumplía esta obligación (FN. 23, 2 y 3). En el caso de premoriencia del donatario, si dejaba hijos menores, sin capacidad para regir la casa y atender el deber de alimentos, el donante podía exigir de los tutores una garantía o promover la venta (FN. 23, 1).

---

[204]FD. 2 Otrosi: "Este tal que hobier á dar la caseria con su mayor grado como dicho es que haya su mantenimiento para en toda la vida sobre el dicho mayor y que el hijo que hobier de tomar su vida é enterrar é de le facer sus enterrorios y cumplimientos segun fuero de Durango y este mantenimiento que sea y lo haga en esta manera: de la cuartana Toledana que faga cinco panes y de un pan de ellos que de la cuarta parte en la noche y día y en el otro mantenimiento asi como de carne fresca y de otra cosa que pase según que pasare el hijo que hobiere de heredar el mayor grado.."; FE. 3, 23: "sea obligado á lo mantener honestamente segun á persona de su estado conviene segun el uso de la tierra é de le facer su enterramiento é honras y exequias como á persona de su estado conviene segun que a semejantes personas se hacen en al tierra"; FN. 23, 3: "donacion *propter nupcias* con cargo de sus alimentos, vestido y calzado.....havida consideración á la persona del donador, y a la cantidad mucha ó poca de los bienes que donó.... contanto que el donador se pueda mantener honestamente de aquello que le tasare, de forma, que por falta de alimentos no pueda venir á peligro de muerte, ni enfermedad"; FN. 22, 1: se dá el concepto de alimentos el "criar, alimentar y enseñar y rezar y leer y lo que conviene al tal padre para con sus hijos".

[205]Según JADO (ob. cit., 224) no importa que los bienes donados sean propiedad del padre o de la madre, los alimentos o el usufructo se deben a ambos, viniendo de ese modo a compensar los derechos que le corresponderían al cónyuge sobreviviente, según las leyes del Fuero sobre la comunicación de bienes, leyes que no tienen aplicación si se dispuso por donación"; Añade GARCIA ROYO (ob. cit., t. II, 80) la particularidad reside que el donatario es el alimentista y el donante, de edad el beneficiario.

[206]FN. 23, 1.

La carga de alimentos es una obligación impuesta al donatario, en la confianza de que éste rinda lo suficiente para atender a la subsistencia de todos, y en función de las especiales cualidades que concurren en su persona y su aptitud para el trabajo[207].

Esta carga real tiene acceso al Oficio de Hipotecas, establecimiento que se creó en Vizcaya en 1768, primer establecimiento de los actuales Registros de la Propiedad [208].

57. **Prohibición de enajenar los bienes donados con carga de alimentos. Inembargabilidad de los mismos por deudas del donatario.-** A fin de garantizar la posible reversión de los bienes, en los casos de resolución o revocación de la donación, el Fuero Nuevo impone al donatario dos prohibiciones.

No puede disponer de los bienes donados por actos inter-vivos o mortis causa, en tanto vivan los donantes, exceptuando si lo hace a favor de su descendecia.

Ordena que en vida de los tales donantes o de cualquiera de ellos, por ninguna deuda, ni delito del dicho donatario, ni de sus descendientes no se pueda vender, ni enajenar los bienes así donados, pudiéndose oponer el donante con su contrato e hipoteca anterior. Se recogen en los textos del siguiente modo:

FN. 20, 17: "....que alguno dá lo suyo en su vida á su hijo ó a otro heredero, con cargos alimentos y obsequias; y el tal hijo, ó heredero muere en vida del tal padre ó donador, sin que dexe hijo, ni decendiente; en tal caso, dixeron: que ordenaban, que la tal donación sea tornada al padre, ó al que la dió para usar, y hacer, como de sus bienes propios; y que el tal donatario no pueda á falta de los herederos decendientes disponer de los tales bienes donados en vida, ni en muerte".

---

[207]BALPARDA, *El Fuero de Vizcaya en lo civil*, 28.

[208]VICARIO, Transcripción de la Real Pragmática de 5 de Febrero de 1768, publicada en la villa de Madrid estableciendo el Oficio de Hipotecas en las cabezas de partido del Reino. El Síndico Procurador General de este N. Señorío el 23 de Febrero de 1768 emitió informe en el que dice: que puede practicarse porque su cumplimiento no se opone a las Leyes del Fuero de este M.N. y M. L. Señorío, sin perjuicio de lo establecido en ellas, en orden a las solemnidades con que debe procederse a las ventas y empeños de los bienes raíces que radican en su infanzonado tierra llana y se acuerda en Bilbao a 29 de febrero de 1768 se guarde y cumpla y execute cuanto se contiene y en su virtud se crean 5 Oficios de Hipoteca en Bilbao, Guernica, Durango Ciudad de Orduña y Avellaneda. Al frente de cada Oficio se encuentra un escribano Real. El denominado Oficio de hipotecas constituye el primer establecimiento en Vizcaya de los actuales Registros de la Propiedad; esta información y copia de la Real Pragmática se encuentra en los materiales inéditos del Sr. Vicario, cuyo manejo nos ha sido facilitado por la familia. Hemos tenido oportunidad de manejar los libros de Hipotecas en el Archivo Histórico Provincial de Bikaia.

FN. 23, 2: "Y los tales donatarios que assi reciben los dichos bienes con el dicho cargo, y sus hijos y ó succesores en vida de los donadores hacen, y contrahen deudas y obligaciones: con que despues los acreedores hacen execución en los tales bienes, y los quieren vender , y enagenar, y se oponen a la execución los donadores con su contrato, ó hypoteca anterior: Pero alega el acreedor que con la mesma carga de alimentos quiere los bienes y los puja en remate: Y porque no está en razón, que los tales donadores (especialmente siendo padre, ó madre de los tales donatarios, de quien havian de recibir alimentos) los reciban de extraños. Por ende, que ordenaban, que en vida de los tales donadores, ó de qualquier de ellos, que pretenda semejante hypoteca, ó título de alimentos (sin consentimiento del tal donador) por ninguna deuda, ni delito del dicho donatario, ni de sus descendientes se pueda vender, ni enagenar los bienes assi donados, ni parte alguna de ellos".

En los Fueros, la donación universal con carga de alimentos está sujeta a una condición legal de tipo resolutorio[209]; la premoriencia del donatario sin descendencia es el hecho constitutivo de condición, si la condición se cumple la donación se resuelve, dando lugar a la reversión de los bienes. El donante tiene una expectativa de derecho sobre estos bienes, que figura salvaguardada mediante las prohibiciones que hemos expuesto.

La inembargabilidad de los bienes donados por deudas que contrajere el donatario en vida de los donantes figura recogida en el Fuero Viejo[210]. Si el acreedor está dispuesto a asumir la obligación de los alimentos del donante, y puja en remate, no prosperará su pretensión, pues no se puede forzar al donante a recibir los alimentos de extraños.

La carga real con la que están gravados los bienes y la posible reversión de los mismos por premoriencia del donatario exigen que los bienes donados se mantengan intactos.

---

[209]FV. 113: "muchos dan la suya á sus fijos en vida, é los fijos han de dar mantenimiento en vida é facer los enterramientos en la muerte, é la tal donación ansi fecha acaece muchas veces que muere primero el fijo ó los fijos ó aquel á quien le dió, que non el padre, non habiendo fijos legítimos nin otros descendientes en tal caso dijeron que ordenaban é establecian ley....que la tal herencia del que ansi muriese sea tornada á padre ó a otro por quien fuere fecha la tal donación, non embargante que fasta aquí fué usado lo contrario....".

[210]FV. 183: "e despues los tales fijos ó herederos á quien es fecha la tal donación é fermamiento en cualquiera de las maneras sobredichas facen deudas é obligaciones sobre sí é sus bienes, é los acreedores de las tales deudas é obligaciones facen ejecución, é venden los tales bienes fermados por deudas de los tales fijo ó heredero, lo cual dijeron que se facía é era muy gran perjuicio de los tales donadores, é cosa desaguisada que el padre ó la madre sean depuestos de sus bienes en su vida, nin que reciban mantenimiento de persona extraña pudiendose mantener por sí é sus bienes. Por ende dijeron que habian de fuero uso é costumbre e establecían por ley .....que por deuda nin por obligación alguna que el fijo ó otro cualquier heredero que ansi ficiere non puedan ser vendidos nin enajenados los tales bienes ansi dados e fermados, nin parte de ellos en vida del padre é la madre que ansi dijeron é fermaron en vida de cualquier de ellos, aunque el uno de ellos muera".

58. Supuesto de un defectuoso cumplimiento: tasación de los alimentos por la autoridad judicial.- Los Fueros dotan de recursos jurídicos al servicio del donante que no recibe los alimentos a satisfacción[211].

FN. 23, 3: "...que muchas veces algunos dán y donan sus bienes á sus hijos, ó á otros qualesquiera por título de dote ó donacion *propter nupcias*, ó en otra manera con cargo de sus alimentos, vestido, y calzado; y después ó por mal contentamiento del donador, ó porque el tal hijo, ó donatario no dá bien al tal donador sus alimentos, vestido y calzado .....cuando semejante pleyto se moviere entre el tal donador, y el donatario; que el Corregidor ó su teniente ó Alcalde del Fuero ó otro Juez, ante quien pendiere la causa (havida consideración á la persona del donador y a la cantidad mucha, ó poca de los bienes que donó) tasse moderadamente los alimentos de cada día del tal donador y su vestido y calzado. Con tanto que el tal donador se pueda mantener honestamente de aquello que le tassare, de forma, que por falta de alimentos no pueda venir á peligro de muerte, ni enfermedad".

Se trata de un cumplimiento defectuoso de la obligación de alimentar al donante; la apreciación del defecto y la cuantifiación de los alimentos queda sujeta a la apreciación judicial; se tasarán los alimentos de cada día, vestido y calzado, atendiendo a los criterios expuestos, relativos a las condiciones personales del donante y cuantía de la donación causada. Se trata de dar unas condiciones de vida modesta y prever posibles riesgos para la salud del donante. El juez apreciará si el donante se encuentra en estado de necesidad derivado de este cumplimiento defectuoso y caso de estimarlo ordenará la devolución de los bienes.

59. La revocabilidad de la donación por incumplimiento de la carga de alimentos: requerimiento previo.- El incumplimiento de la obligación de alimentos por parte del donatario faculta al donante a resolver la donación y da lugar a la reversión de los bienes

En los supuestos de incumplimiento, con carácter previo deberá ser requerido el donatario y ordenado por el Juez a que cumpla el contrato; si no lo cumpliere, queda facultado a iniciar el procedimiento fijado en el Fuero, que concluirá con el remate de los bienes en presencia de escribano público, a favor de quien se comprometa a dar los alimentos. Si no hubiere quien se los diere reviertan los bienes al donante.

FN. 17, 8: "que si acaeciese, que alguno que tenga sus alimentos y obsequias, sobre algunos bienes, que por ventura donó ó doto; y por que no se le acude con los tales alimentos como se debe, él hace llamamientos, y los pone en venta , diciendo: Que el los vende para se mantener del precio, y quien los quiere comprar: ...y en presencia de Escribano público en la Iglesia y al tercer Domingo, á quien los dichos alimentos le diere, se rematen los dichos bienes, y no en otra manera".

[211] En términos semejantes: FV. 137.

60. Premoriencia del donatario dejando descendencia: los nietos como sustitutos vulgares tácitos o como representantes de sus padres premuertos.- La premoriencia del donatario dejando descendencia determina que los bienes pasen a ésta con la carga de los alimentos del donante.

FN. 23, 1: "...dan lo suyo en su vida á hijos, ó parientes en casamiento, ó por otra vía, con cargo alimentos y obsequias: Y en vida de los donadores mueren los hijos ó donatarios a quien donaron los tales bienes, dexando hijos ó sucessores menores; y los tales donadores a veces por defraudar á los tales menores, y hacer heredar lo que assi donaron a sus hijos, ó a alguno de ellos, que quedan vivos, agora por otras causas hacen llamamientos en la Iglesia, quien los quiere alimentar y tomar aquellos bienes por ellos donados por los alimentos, y lo hacen ocultamente.....y tambien dicen lo tales donadores, que sus alimentos no los han de tomar de extraños sino de sus hijos ó de parientes cercanos. Y por obviar los dichos fraudes, y dar remedio al uno, y al otro, dixeron, que los tales llamamientos hagan los tales donadores en la Iglesia Parroquial do son los tales menores, y a sus tutores y administradores y assi hechos los tales llamamientos , los tales tutores sean habidos de darles mantenimiento, y si no los dieren, los donadores pidan licencia del juez, para que mande hacer de los tales bienes lo que quisiere."

La doctrina al enjuiciar este supuesto y analizar en virtud de qué título recibe estos bienes la descendencia, adopta las siguientes posturas: será por admisión, como derecho consuetudinario, del derecho de representación en la línea descendente[212] , o considerando su ingreso en la herencia en virtud de un llamamiento especial del abuelo, o bien, basándose en la existencia de una sustitución vulgar tácita, implícitamente contenida o sobreentendida en toda disposición *mortis causa* del abuelo a favor del nieto[213].

Si tiene lugar la premoriencia del donatario dejando descendencia de corta edad, las leyes citadas tratan de evitar que el donante pueda actuar en fraude de los menores alegando que no queda atendida la obligación de sus alimentos, y por otra parte posibilita a que éste resuelva la donación cuando realmente dicha obligación no queda atendida. Este supuesto aparece regulado en el capítulo 137 del Fuero Viejo y en la Ley I del Título 23 del Fuero Nuevo[214].

[212] Así lo entiende GARCIA ROYO (ob. cit., T. 3, 14), que apoya su manifestación en el criterio seguido por Balparda, Chalbaud, Solano, Angulo y Hormaeche.

[213] LEZON, ob. cit., 1014.

[214] FV. 137: "porque non es cosa guisada que los padres que ansi dan sus bienes sean menguados de su mantenimiento, sin que los tales menores pierdan su derecho por minoridad, por ende ordenaron é establecieron que si el fijo muriere ante que el padre ó la madre que ansi dan su bienes, é fijos de el quedaren, que el padre ó madre que ansi dieron sus bienes puedan demandar si quisieren el tal

En este supuesto se procederá a dar audiencia a los tutores o curadores de los menores, mediante llamamientos en la Iglesia Parroquial, con mandamiento del Juez, notificando a los tales menores y a sus tutores y administradores a fin de que se obliguen a dar los alimentos o a garantizarlos con fiadores, y caso de no hacerlo, el donante pedirá licencia al juez para que mande hacer de los bienes lo que quisiere. El juez estimará el grado de necesidad del donante, y apreciará si no puede alimentarse con los frutos que dichos bienes generen, y en última intancia le facultará para que libremente pueda dar dichos bienes a otro hijo o heredero o a quien le pareciere[215].

61. **La reserva de usufructo a favor del donante: características.-** La reserva de usufructo a favor del donante está autorizada por la costumbre. Las leyes del Fuero la dan por supuesta y regulan un tipo de usufructo en la ley nueve del Título diecisiete del Fuero Nuevo[216]. La ley citada regula el usufructo de árboles y establece que será la adecuada explotación del bien la que marque el límite o medida en el disfrute del mismo [217].

Este derecho de usufructo tiene unas características peculiares respecto al Derecho común:

---

mantenimiento á los tutores é curadores de los tales menores, ante el alcalde del fuero, que les faga dar el mantenimiento de los bienes de los tales menores, ...é si los tales tutores ó curadores non quisieren dar el tal mantenimiento llamen en la Iglesia en tres domingos é si los tales tutores e curadores ó otros parientes de los tales menores en su nombre recudieren, é dieren fiadores de dar su mantenimiento acostumbrado ....si los tutores ó curadores non recudieren pidan que vayan al Alcalde de Fuero é pidan licencia para que manden hacer de los tales bienes lo que quisieren".; FN. 23, 1, vid. supra. Nº 60 donde se ha transcrito.

[215]FV. 133: "establecen que mediante llamamientos en la Iglesia Parroquial, con mandamiento del Juez, se notificará a los tales menores y a sus tutores y administradores, a fin de que se obliguen a dar los alimentos garantizándolos con fiadores. Solo en el caso de que los tutores ó curadores de los menores no garanticen el cumplimiento de los alimentos, la autoridad judicial analizará la situación de necesidad del donante y en aplicación podrá estimar resuelta la donación"; FN. 23, 1: "...I si el Juez viere que sin fraude lo piden y con necesidad, no se podiendo mantener con el usufructo de ellos, declare que libremente los puedan dar á otro hijo, ó heredero, ó á quién les pareciese".

[216]FN. 17, 9: "...por quitar algunos pleitos que recrecen entre algunos padres, que son usufructuarios en su meytad en algunas caserías, y entre sus hijos, y donatarios, diciendo el hijo ó donatario, que los robles que nunca esquilmaron, los tales padres donadores, no puedan esquilmar; y oir quitar semejantes pleytos, ordenaron, y mandaron, que el tal donador pueda rozar todo roble, que estuviese suficiente para rozar: Salvo si el tal roble fuere antiguo, y nunca fue rozado, y estuviese dexado sin rozar, para que traiga bellota, y fruto; que esto tal no se roze, y goze el grano á medias".

[217]Refiere JADO (ob. cit., 210) que era muy frecuente que entre los bienes sobre los que se constituía el usufructo de la mitad, existieran robledales, que eran una fuente de riqueza para Vizcaya, pues de ellos se sacaba la madera para las edificaciones, la leña, el carbón, y además se utilizaba la corteza para la fabricación de curtidos.

1) Se trata del usufructo de la mitad [218], es decir, supone un disfrute compartido de los bienes entre donantes y donatarios.

2) Tiene carácter vitalicio. La doctrina entiende que esta reserva subsiste, salvo pacto en contrario, por toda la vida de los padres, aún cuando el hijo donatario fallezca antes que cualquiera de aquellos y dejare descendientes. No importa que los bienes donados sean propiedad del padre o de la madre; el usufructo se debe a ambos, y en su caso al supérstite aunque los bienes hayan pasado a los nietos[219] .

En el supuesto que se hubiera establecido la reserva de usufructo o la carga de alimentos, dicha reserva o carga se mantienen íntegros a favor del donante supérstite. A juicio de Jado, venían a compensar de este modo los derechos que le corresponderían al cónyuge sobreviviente, según las leyes del Fuero sobre la comunicación en los bienes de su difunto consorte, leyes que no pueden tener aplicación cuando se ha dispuesto de esos bienes por donación [220].

Se contempla la atención de los alimentos del donante supérstite:

FN. 32, 1: "Y si el Abuelo donador fuere muerto, y la Abuela viva, ó en contrario, el que vivo quedare, pueda demandar su mantenimiento de los bienes de la meytad del finado, salvo si por contrato, ó convención de partes fuere puesto, y assentado otra cosa".

62. **El pacto de asociación de donantes y donatarios no figura en el Fuero.-** La doctrina de comienzos de siglo reconoce que en estas donaciones universales era frecuente el pacto de comunidad de vida entre donantes y donatarios.

Los textos legales no hacen mención expresa a este pacto. Desconocemos si era un pacto reconocido en el Derecho consuetudinario de esa época. La doctrina reconoce que el hecho de efectuar la donación universal a favor del contrayente lleva implícita la constitución de esta comunidad[221] , y conocen la forma de organización de esta comunidad a través del manejo de las escrituras de contratos matrimoniales, que en ocasiones transcriben en sus libros.

---

[218]FN. 17, 9: trata del usufructo de la meytad que se reservan los padres respecto a los bienes donados; JADO, ob. cit., 224; HORMAECHE, ob. cit., 237.

[219]JADO, ob. cit., 224. y 231; FN. 23. 1: "y si el Abuelo donador fuere muerto, y la Abuela viva, o en contrario el que vivo quedare, pueda demandar su mantenimiento de los bienes del meytad del finado".

[220]JADO, ob. cit., 224.

[221]Analiza ANGULO (ob. cit., 243 a 256) dos escrituras de capitulaciones matrimonialesen las que se recoge la cláusula de comunidad de vida.

El Fuero Nuevo al regular la disolución del régimen de comunicación con descendencia (la ley I del Título 20 del Fuero Nuevo) establece el nacimiento de una comunidad entre el viudo y los hijos habidos en el matrimonio, y presenta un modelo de comunidad familiar en el que existe "hermandad y compañía de todos sus bienes".

63. **El pacto de comunidad y la jefatura de la misma.-** Según la doctrina los términos de su constitución son los siguientes: "Convienen todos los otorgantes y los futuros contrayentes, que vivirán juntos en la casería, manejando a una mano la labranza y el ganado, alimentándose con sus productos y con lo demás que adquieran del trabajo en una mesa y compañía, y que, cubiertas las atenciones comunes, partirán a medias el sobrante, ayudándose mutuamente así en enfermedades como en sanidad, con el amor y cariño propio de personas tan allegadas"[222] .

Donantes y donatarios constituyen una sociedad "y se comprometen a morar en la casa donada, trabajando todos lo que buenamente les permita su disposición, en beneficio y aumento de los bienes donados de cuyos productos deberán ser alimentados, vestidos y calzados"[223].

Se establece que los bienes donados serán el patrimonio de la comunidad, integrándose con los que adquieran en el futuro [224].

La jefatura de la comunidad formalmente la mantiene el padre donante, porque la autoridad natural del padre no se pierde por el hecho de haber donado el patrimonio familiar, y a veces esta autoridad es decisiva. La del hijo heredero se muestra en su plenitud desde que se casa, y aún hasta entonces es respetada por sus hermanos[225] . Eran reconocidos por todos como *etxeko-jaunak* los padres y *etxeko - semeak* o *premuak* los hijos sucesores.

Se entendería transmitida la jefatura doméstica en cada caso concreto, atendiendo al momento en el que la donación surte sus efectos[226].

---

[222]ANGULO, ob. cit., 247; JADO, ob. cit., 456.

[223]ECHEGARAY, "La vida Civil y Mercantil de los vascos", 55.

[224]GARCIA ROYO, ob. cit., T, II, 260, asimismo 456. ARTIÑANO, (ob. cit., 339) la casería en arriendo como bien de la comunidad.

[225]ECHEGARAY, B., "La vida civil ..", ob. cit., 55.

[226]GALINDEZ, *El Derecho Vasco*, 92.

La disolución de la comunidad tiene lugar por muerte de sus miembros o por causa voluntaria[227]. En el primer supuesto, si tiene lugar la premuerte del donatario sin descendencia dará lugar la reversión de los bienes.

Si la disolución fuere por causa voluntaria, por desavenencias entre ambos matrimonios, la solución, según la doctrina, sería divergente:

García Royo entiende que si existen desavenencias que dan origen a la disolución, existe una presunción *iuris tantum* que éstas son imputables al donatario y según este autor, a la luz de la Doctrina Común, dan origen a la rescisión de la donación[228]; Jado, tomando la respuesta del Derecho Francés dice que se dividen los bienes muebles y los inmuebles en dos lotes iguales, de los que cada familia disfrutará por separado y del mismo modo la vivienda. En Guipuzcoa el matrimonio joven sale de la casa mediante la entrega de una cantidad algo superior a la legítima estricta, pero perdiendo el derecho de mejora; o bien una cantidad determinada más la mitad de los gananciales habidos en la sociedad, o de un tanto como salario de cada año de convivencia[229].

64. La **reversión de los bienes.-** La reversión legal tiene lugar por premoriencia del donatario sin que dejare descendencia[230]; por revocación de la donación por incumplimiento de las cargas o por haber incurrido en causa de indignidad.

Jado y Angulo analizan la reversión convencional por muerte de los contrayentes[231]. Angulo toma unas escrituras de capitulaciones matrimoniales otorgadas en Marquina en 1890[232].

Las causas de reversión convencional son: por muerte del donatario sin descendencia, o teniéndola si ésta fallece antes de llegar a la edad de testar o habiendo llegado si fallece abintestato. En estos tres casos los bienes revierten a los donantes o al que de ellos sobreviva y a falta de ambos, a sus hijos, o a su descendencia por partes iguales.

---

[227]JADO, ob. cit., 457; ANGULO, ob. cit., 249.

[228]GARCIA ROYO, ob. cit., 264.

[229]JADO, ob. cit., 102.

[230]FV. 113 y FN. 20, 17, vid. supra. Nº 57.

[231]JADO, ob. cit., 102.

[232]ANGULO, ob. cit., 243.

65. **La imposición de la carga de dotación de los hermanos.-** Era frecuente, según Jado, que estas donaciones con motivo del matrimonio del hijo elegido, se gravara la donación con la obligación de la dotación de los hermanos, y en virtud de ello el donatario asumiera la obligación de entregar a éstos ciertas cantidades en metálico, ya que habían sido apartados o excluídos[233] .

Se establecía la obligación de estas entregas en concepto de dote en el momento en que alcanzaran la mayoría de edad o tomaran estado. Por otra parte, estas asignaciones debían entregarse ya en concepto de alimentos, carrera ú oficio, ya como dote, de tal manera que vinieran a constituir una compensación que nivelara el haber hereditario de todos los hijos [234].

Era frecuente el que se estableciera que alguno de los hermanos menores del novio donatario pasara a vivir en comunidad con éstos en la casería objeto de donación [235].

Eran los padres donantes quienes asumían la obligación de dotar a los hijos no elegidos si ellos habían recibido la dote en metálico aportada por el cónyuge del donatario[236] . La liquidez de la dote entrante en el patrimonio paterno permitía atender la necesidad de dotación de los restantes miembros, manteniendo intacto el patrimonio.

c) Eficacia de las donaciones.

66. **Gradación legal de sus efectos y las opiniones de la doctrina.-** En el Fuero Viejo la eficacia de la donación podía suspenderse o escalonarse en el tiempo, bien quedando pospuesta hasta el fallecimiento del donante, recibiendo la mitad de presente y el resto al tiempo del fallecimiento, o recibiendo la totalidad de presente. El Fuero Viejo lo regula del siguiente modo:

FV 183: "Acaece muchas veces en la tierra llana de Vizcaya que dan los padres é las madres a sus hijos ó á otros sus herederos en casamiento algunas casas ó caserias, é otros bienes aparte de su mantenimiento, é su enterramiento, é ferman los tales heredades algunos para despues de sus días é algunos de la hora que ansi ferman la mitad, é la otra mitad

[233]Añade JADO (ob. cit., 221 y 247) la elección de un sucesor responde a la necesidad de evitar la desmembración del patrimonio, pero ello no entraña olvido de los demás hijos, a cuyo favor se establece la obligatoriedad de satisfacer una cantidad; En idéntico sentido ARTIÑANO, ob. cit., 368 y HORMAECHE, ob. cit., 189.

[234]JADO, ob. cit., 222, 453 y 461; ARTIÑANO, ob. cit., 368.

[235]JADO, ob. cit., 461.

[236]JADO, ibídem.

para después de sus días é otros dan todos los tales bienes enteramente desde la hora del fermamento".

En Fuero Nuevo no recoge este antecedente legal, sino que se limita a expresar que "puede dar en vida o en artículo de la muerte" y regula distintos tipos de donación.

La doctrina vizcaína de comienzos de siglo al interpretar las leyes del Fuero califica estas donaciones como donaciones inter-vivos[237] , es decir, donaciones que producen todos sus efectos de presente.

En este sentido, nos dice Jado: "La donación de que venimos hablando no tiene el carácter *mortis causa*, sino que es una verdadera donación inter-vivos, pues se hace con entrega de bienes de presente; concurre la aceptación del donatario y produce todos sus efectos desde luego, sin esperar a la muerte del donante; y sobre todo tiene carácter irrevocable, no puede quedar sin efecto por sólo la voluntad del donante, sino que es necesario que haya alguna causa determinada en la ley o en la misma escritura de donación, circunstancia que impide se le considere como donación *mortis causa* " [238].

Solano Polanco entiende que la cláusula del apartamiento, exigida como requisito *ad solemnitatem* en las donaciones, no tiene virtualidad suficiente para cambiar radicalmente el carácter de la donación[239] . A este respecto, añade Jado que a la obligatoriedad del apartamiento se le agrega, a mayor abundamiento como la cláusula que eligen y nombran sucesor tronquero al hijo o hija donatario, "pero esto no obstante, el acto y documento en que consta es una donación que produce sus efectos en vida del donante y que es irrevocable" [240].

En los modelos de contratos matrimoniales de finales del s. XIX, que Angulo incorpora a su obra, el título transmisorio empleado es: "nombran como inmediato sucesor tronquero de los inmuebles, causándole a la vez donación entre vivos e irrevocable de ellos" [241].

Jado explica de este modo la presencia de ambas cláusulas: "Exige el Fuero el apartamiento en la donación porque hay que dejar a salvo la legítima foral de los demás hijos, ya que se ha hecho donación de los bienes a uno de ellos; y la cláusula de nombrar heredero al hijo donatario, que se pone en las escrituras de capitulaciones matrimoniales,

[237]En este sentido: JADO, ob. cit., 223; ARTIÑANO, ob cit., 344; GARCIA ROYO, ob. cit., t. II, 68; HORMAECHEA, ob. cit., 175; Puede verse en ANGULO (ob. cit., 251) que sigue idéntico criterio de calificación y presenta como muestra dos escrituras de Capitulaciones Matrimoniales

[238]JADO, ob. cit., 223.

[239]SOLANO POLANCO, ob. cit. 259.

[240]JADO, ob. cit., 291.

[241]ANGULO, ob. cit., 244 y 250.

no tiene otro objeto que el de ratificar, dar mayor fuerza a la donación que le hacen los padres, hacer ver que es su última voluntad y que el hijo o hija donatario es también heredero o sucesor" y agrega, "en rigor el empleo de esta fórmula de designación de sucesor le resta fuerza, digásmolo así a las donaciones, puesto que siendo estas irrevocables si quisiera dárseles el carácter de disposición testamentaria, serían esencialmente revocables"[242] .

Agrega Balparda que "no es Foral el dar esta nota sucesoria a estas donaciones porque desvirtúa el carácter irrevocable que a las mismas quieren dar los otorgantes"[243] .

Concluye Jado: "Del que ha dispuesto de sus bienes todos por donación a favor de uno de sus herederos, puede decirse que ha sido heredado en vida" [244], frase que usa el Fuero en varias de sus leyes, pues éste al disponer de sus bienes por donación se acomodó a las facultades que tenía para disponer por testamento. No obstante la donación no tiene carácter *mortis causa,* sino que es donación inter-vivos, pues se hace con entrega de presente, concurre la aceptación del donatario y sobre todo tiene caracter irrevocable .

d) La revocabilidad de la donación.

67. **Causas de revocación.-** El Fuero Nuevo regula dos causas de revocación de la donación:

1. El donatario, que habiendo recibido todos los bienes incurriere posteriormente en alguna de las causas de ingratitud que facultan a la desheredación, queda sujeto a la posibilidad de que el donante ejercite contra él la acción revocatoria de la donación causada.

Las causas de desheredación, de denegación de alimentos, revocación de la dote o de donación, que pueden dar origen a la revocación del contrato, deberán entenderse las que aparecen reguladas en el Derecho común, que en defecto de norma Foral se aplicarán

[242]JADO, ob. cit., 292; criterio compartido por GARCIA ROYO, ob. cit. T. III, 276.

[243] BALPARDA, *El Fuero de Vizcaya en lo Civil*, 39, en n. 1.

[244]Añade JADO (ob. cit., 223) que se resolvió en este sentido por la Dirección General de los Registros de 16 Mayo 1908. En este caso el Registrador denegó la inscripción de la donación de una caseria por entender no reunía los requisitos exigidos para los actos *mortis causa*, entendiendo que la cláusula del apartamiento supone un acto legitimario que ha de surtir efectos a la muerte del causante. La Dirección resolvió ordenando la inscripción, entendiendo no existían tales defectos.

con carácter supletorio. La ley del Fuero menciona expresamente la causa del donatario que pusiere " manos ayradas en el donante" [245].

El ejercicio de la acción revocatoria ha de hacerse en el plazo de un año y día. Por convivencia ulterior con el donatario se considera que éste ha sido perdonado[246] .

2. El incumplimiento grave de la carga de alimentos (FN. 23, 1 y 3) faculta a la revocación de la donación, si bien será la autoridad judicial quien estime la gravedad en el incumplimiento.

FN. 23, 1: "Si el juez viere que lo piden por necesidad declare libremente los puedan dar a otro hijo".'

FN. 17, 8: " Si no se acude con los tales alimentos como se debe, él hace llamamientos, y los pone en venta.....y a quien los dichos alimentos le diere, se rematen los dichos bienes".

[245]FV.116: "que si aquel ó aquella fija á quien por el padre ó por la madre fueren dados aquellos bienes en la manera sobredicha ficiere por mano airada al padre ó la madre que ansi les dió sus bienes, seyendo probado con buenos testigos é de buena fama, que el tal desagradeciente pierda los bienes que ansi le fueron dados e fermados, seyéndole demandado é probado por buena verdad dentro de año é día, é si dentro del año é día non querellase ó probase, é despues que ansi ficiere le fallare ó comiendo ó bebiere con el en una mesa, que dende en adelante non pueda querellar, nin el fijo pierda los tales bienes ó herencia que había ó le fueron dados, pero si el padre ó la madre querellaren por alguna otra ingratitud ó injuria que dijeren que les fizo por tal razon le pueda desheredar de los bienes que le hobiese dado, é non vala la daccion ó fermadumbre que ansi les fuera fecha".

FN. 34, 22: "el donatario que pusiere manos ayradas en el padre ó en la madre, ó en aquel quien le dono ó dotó lo suyo ó cometiere otras causas de ingratitud, por las cuales el derecho manda desheredar, ó denegar alimentos, ó revocar la tal dote, ó donación; que constando de esto y quejandose de ello el tal injuriado, y ofendido, dentro de año y día , pierda el tal fijoó descendiente, pariente ó donatario la tal herencia, ó bienes que assi le fueron dotados y donados: Con que el tal ofendido no le haya remitido ó perdonadola ofensa..., assi como comiendo ó bebiendo con él en una mesa...Y que los tales bienes vuelvan al tal donador ofendido ó injuriado".

[246]FV. 115, FN. 34, 22.

Capítulo 3. Instituciones de posible aplicación en Vizcaya relacionadas con los pactos sucesorios.

I. Nociones sobre la evolución en el empleo del título sucesorio y del donacional.

68. **Necesidad de liberar a estas categorías jurídicas de los moldes conceptuales de la actualidad.-** Somos conscientes que el trazar el hilo conductor que explique, de forma suficiente, la evolución en el empleo del título sucesorio como del donacional, desde el pasado hasta comienzos del s. XIX, constituye por sí mismo una tarea ardua y compleja, materia suficiente para varias investigaciones[1], que no es posible ni corresponde hacer en este trabajo; sin embargo, consideramos útil establecer simplemente el marco evolutivo en el empleo del título sucesorio, como del donacional, de modo que permita liberar a ambos títulos, de las fronteras conceptuales trazadas por la legalidad presente, para detenernos en aquellas figuras que constituyen un precedente de la figura sucesorio-donacional, objeto de examen, y en instituciones coetaneas, pertenecientes a los territorios forales y específicamente del derecho castellano.

69. **El título sucesorio en el Derecho romano justinianeo.-**. La palabra *successio* tenía en el lenguaje jurídico de los compiladores justinianeos, un sentido amplio equivalente a traspaso de derechos, abarcando tanto a la sucesión intervivos como la *mortis causa*. Hoy, sin embargo puede decirse que tal concepto de *successio* es propio del Derecho Romano tardío[2].

---

[1]Según GARCIA GALLO ("El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española", AAMN. T. X, 252), se echa en falta una historia del Derecho español de sucesiones y recoge referencia bibliográfica de los trabajos existentes en aquel momento, relativos a aspectos parciales del derecho sucesorio.

[2]ARIAS RAMOS, ARIAS BONET, *Derecho Romano*, T. II, 17 ed, Madrid, 1984, 763, con citas de C. LONGO BIDR, 14 (1901),.126 ss. y 224 ss., y 15 (1903), 282, BONFANTE V. varios trabajos recogidos en el vol. I de sus *Scritti giur*, pp. 101 a 323, y *Corso*, 3 ss. Y también RABEL. en ZSS, 50 (1930),. 265. DE FRANCISCI, *Il transferimento della propietá*, Padua, 1924. Una información sobre trabajos posteriores referentes al tema de la successio puede verse en ROBBE, *La successio e la*

En el Derecho clásico *successio* es la *successio in universum ius*, consistente en que una persona se colocase en la misma posición jurídica en la que antes había estado otra, produciéndose la adquisición como la mera consecuencia de esta suplantación. Esta adquisición podía producirse por diversos títulos. El único tipo de sucesión universal, que partiendo de la *successio* clásica, ha pasado, a través del Derecho Justinianeo, a las legislaciones modernas, es la sucesión a título universal que se da en la *hereditas* [3]. Se sigue, por tanto, un criterio personalista, siendo el heredero quien subentra en la posición que ocupare el *de cuius* [4].

70. **El título sucesorio en el Derecho romano vulgar.-** En el derecho romano vulgar al tratarse de la disposición voluntaria de los bienes de la herencia, existe una intercambiabilidad de las formas donacionales y las testamentarias, tanto en las condiciones exigidas para su validez, como en la unidad temática de sus fuentes[5], siendo el elemento diferenciador la revocabilidad o irrevocabilidad de los distintos modos transmisorios[6]. En la mayoría de las fuentes pertenecientes a la época, la *heredis institutio* ha dejado de ser solemnidad en los términos *testamentum y donatio* unidos generalmente por una conjunción disyuntiva, aparecen como equivalentes, para indicar que unos

distinzione fra succ. in ius e succ. in locum, I, Milan, 1965, donde el autor examina los aludidos escritos de C. LONGO y de BONFANTE, proponiendo algunas correcciones.

[3]ARIAS RAMOS, ob. cit., 764.

[4]LALINDE ABADIA, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1978, 808.

[5]Según SAMPER POLO, ("Las disposiciones *mortis causa* en el Derecho Romano Vulgar", AHDE, T. 38, 1968, 94) cabe clasificar estas disposiciones en dos capítulos: 1) Donaciones revocables, incluye en el mismo las formas testamentarias, las donaciones imperfectas, la *donatio mortis causa*, las donaciones de padres a hijos, donaciones de patrono a liberto y donaciones entre cónyuges. 2) Pactos sucesorios, incluyendo en el mismo *donatio post obitum y la donatio reservato usufructo , sponsalitiae lagitatis* y las donaciones universales. En el primer capítulo incluye este autor tanto los testamentos y codicilos como las donaciones *mortis causa* y las donaciones inválidas que se hacen firmes con la muerte del donante. Las donaciones de patrono a liberto, cuya evolución final las acerca más a los pactos sucesorios que a las donaciones revocables, las ha incluido en este primer capítulo por razones de vecindad con las donaciones de padre a hijo. Entre los pactos sucesorios ha incluido a las donaciones con reserva de usufructo, a las donaciones *post-obitum* y a la *sponsalitia largitas*- cuya frecuente función pactual advirtió Arangio Ruiz, y se nota aún hoy claramente en derechos que tienen un parentesco estrecho con el romano vulgar, tal y como es el derecho navarro. Las donaciones universales son más que una forma, un contenido de pacto sucesorio, pero los incluye Samper en este capítulo como réplica a la doctrina dominante y como elemento que ayude a configurar la desaparición de los límites entre donación y testamento.

[6]Añade SEMPER POLO (ob. cit., 166) que el tipo de disposiciones *mortis causa* en el Derecho romano vulgar está determinado en relación con la posibilidad o no de revocar: donaciones revocables en las que la bilateralidad aparece deprimida, como en las donaciones imperfectas, donaciones ofrecidas y no aceptadas y donaciones irrevocables en las que la bilateralidad perfecta e irrevocabilidad aparecen íntimamente unidas.

mismos son los efectos o las condiciones de ambos[7]. La palabra *testamentum*, adquiere en el habla vulgar otras acepciones; en este período histórico se difundió la acepción amplia de *testamentum* como declaración solemne y firme, bien unilateral o bilateral, con independencia de que sus efectos quedasen aplazados hasta la muerte[8].

Ni la motivación ni la ocasión *mortis causa* permiten identificar los documentos relacionados con el sistema sucesorio, será la finalidad del acto, cuando con él se persiguen determinados efectos para el momento de la muerte, la que hace suponer que se trata ya sin duda de documentos sucesorios[9].

71. **La sucesión en el Derecho español de la Alta Edad Media.-** El concepto de sucesión, en el Derecho romano español y en el de la Alta Edad Media, abarca sólo a la sucesión legítima, la testamentaria no supone en rigor una sucesión, no se usa la palabra *successio* cuando se habla de la delación de una herencia por testamento[10].

La idea generalizada de que en los primeros siglos de la Reconquista las formas donacionales -*la donatio post obitum* y *la donatio reservato usufructo*-, fueron las únicas formas de disposición sucesoria[11] ha sido superada en base a autorizadas investigaciones[12] que acreditan que coexistieron con las formas testamentarias[13].

[7]En SEMPER POLO (ob. cit., 112) donde aparecen transcritos textos legales de la época pueden contrastarse estas diferencias.

[8]GARCIA GALLO, ob. cit., 266.

[9]Según GARCIA GALLO (ibídem), la idea de la muerte obsesiona al hombre medieval y por ello se halla presente en multitud de actos. Hay que identificar a través de la declaración de voluntad los que aspiran a una finalidad sucesoria independientemente de su carácter *intervivos*, asi vemos con la *perfilatio* o con las donaciones *post-obitum*.

[10]Según GARCIA GALLO (ob. cit., 257), la expresión *successionen* se opone a *ex testamento*, citando a A. DORS (*Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid 1953, 405), y añade, para comprender ésto no hay que olvidar el peculiar carácter de la familia romana, ni la posición que en ella ocupa el pater familia, en quien se centran y personalizan cuantos derechos y deberes corresponden a aquélla o adquieren y contraen sus miembros. La muerte del padre no supone una transmisión de bienes -por referirnos sólo al aspecto patrimonial-, sino que los restantes miembros de la familia entran en el ejercicio activo de los derechos que en potencia tenían sobre los mismos.

[11]LALINDE ABADIA, ob. cit., 811.

[12]ALONSO LAMBAN, "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media", RDN, 5-6, 1954, 1-190 y 9-10; 1955, 1-158; Según GARCIA GALLO (ob. cit., 255) esta idea erronea se debió a la trasposición de lo que ocurriera en los paises germánicos, donde no existía tradición de disponer por testamento.

[13]Seguiremos a RUBIO ("Donatio post obitum y Donatio reservato usufructo en al Alta Edad Media de León y Castilla" AHDE, T. IX, 1932, 1 a 25).

72. **Pluralidad de masas patrimoniales en la herencia del medioevo.**- En este período histórico, el concepto de *hereditas* se modifica. Aparecen dentro de la herencia la división de masas patrimoniales, no sólo atendiendo a su naturaleza mueble o inmueble, sino por razón de su procedencia, en bienes de abolengo, de parentela, gananciales etc.[14]. La concepción personalista y universalista del Derecho romano postclásico y visigodo que renació en la Edad Media a través del Derecho común hasta llegar a la codificación, tiene que luchar porfiadamente y compartir su puesto con los conceptos patrimonialistas que imperan en los reinos hispánicos desde el siglo X, trás un período de dos siglos en los que el Derecho sucesorio, como tal, ha desaparecido.

En virtud de la concepción patrimonialista, la sucesión no tiene lugar en la persona, sino en los bienes, considerando la naturaleza o procedencia de los mismos, por lo que la herencia se disgrega en un número variable de sucesiones: a) La sucesión familiar; b) La sucesión troncal; c) La sucesión señorial; d) la sucesión profesional[15].

73. **Aparición de las formas sucesorias contractuales en las regiones forales en la Baja Edad Media.**- A partir del s. XIII, aparecen en ciertas regiones españolas, cuyos sistemas jurídico propios posibilitan el empleo de formas no específicas del campo sucesorio, el empleo de formas contractuales como medio adecuado para evitar la disgregación de los bienes familiares, que se produce con la sucesión testada o intestada. La regulación de dichas formas contractuales es eminentemente consuetudinaria y su presencia en las fuentes legales de la época cuando la hay, es indirecta y fraccionaria. Las figuras a las que se hace referencia son las siguientes:

El heredamiento Catalán, regulado en el cap. 24 en la Commemorations de Pere Albert.

La donatio omnium bonorum y *la donatio mortis causa* recogida en las Observancias de Aragón (Obs. 7 y 18 *De donationibus*, libro IV).

La Donatio propter nuptias regulado en el cap. IV, tít. IV, lib. 2 del Fuero General de Navarra.

Las donaciones universales en Mallorca (recogidas en la Memoria sobre instituciones del Derecho Civil de las Baleares, publicada en 28 de Diciembre de 1880).

Todas estas figuras tienen un denominador común: la disposicion de los bienes de la herencia se hace mediante acuerdo con el heredero o sucesor, la aceptación de los

---

[14]GARCIA GALLO, ob. cit., 271.

[15]LALINDE ABADIA, ob. cit., 809.

bienes y la asunción de ciertas obligaciones por parte del heredero, acentúa la bilateralidad del pacto y hace patente la irrevocabilidad del mismo. Es frecuente que se lleve a cabo con motivo del matrimonio del sucesor y se instrumentalice en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

74. **La donación en el Derecho romano: como causa de distintos negocios y como negocio típico.**- Las donaciones presentan dificultad de ubicación en el sistema jurídico[16]. Se debe a la tan discutida naturaleza de la donación. En la exégesis de los textos romanos, los antiguos intérpretes la encuadraron entre los contratos, que para ellos era la categoría jurídica más amplia. Contra esta sistemática, reaccionó la Pandectística y Savigny que vino a considerar la donación no como contrato típico, sino causa de ciertos negocios patrimoniales[17]. Parece ser el criterio seguido por los romanistas actuales.

La prohición de las donaciones establecida por la lex Cincia del 204 a. C. obligó a la individualización de la *causa donationis*, en su aspecto negativo, de este modo consigue perfilarse la figura de la *donatio* no como acto o negocio jurídico eficaz, sino como causa prohibida[18].

La antigua prohibición da origen en la época clásica a la revocabilidad de la donación en los límites autorizados por la ley[19]. Una importantísima fase en la historia de la donación está representada por una constitución de Constantino del 323, aboliendo la lex Cincia; la donación deja de ser causa de distintos negocios y pasa a ser negocio típico reconocido como tal por la ley; para garantizar la voluntariedad del acto se establecen requisitos formales para su perfeccionamiento, tales como la escritura y se elabora un régimen jurídico específico para su regulación [20]. El *ánimus donandi* y la bilateralidad del negocio pasan a ser caracteres típicos del contrato.

---

[16]Según BIONDI (*Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, 645) esta dificultad puede apreciarse desde las fuentes clásicas y es constatable ante cualquier reforma legislativa. Recoge este autor bibliografía, fuentes y documentos sobre esta materia.

[17]BIONDI, ob. cit., 646.

[18]BIONDI, ob. cit., 647.

[19]Según BIONDI (ob. cit., 659) no se trata de una revocabilidad general, tampoco que el donante puede anular el acto, sino más bien que está en situación de ejercitar algunos medios jurídicos que tienen efectos determinados y determinada esfera de aplicación, encaminados a impedir o a destruir las consecuencias del acto.

[20]Puede verse en BIONDI (ob. cit., 661) una exposición de todo este proceso con abundante bibliografía; expone el autor que se continúa hablando de *donatio perfecta*, de *exceptio*, de *modus donationis*, de *exceptae personae*, pero si la terminología no ha variado, los conceptos son muy distintos; se trata de concepciones nuevas que no tienen nada en común con las antiguas. El centro del instituto es

75. **La donación *mortis causa*** .- La donación sirvió no sólo a finalidades familiares -donación *ante-nupcias* -, sino que se singularizó desde tiempos muy antiguos por su empleo en finalidades sucesorias -*donatio mortis causa* - . Este instituto tuvo la función histórica de sustituir en la práctica al testamento o a algunas disposiciones testamentarias[21], fundamentalmente cuando se trataba de hacer una atribución patrimonial a título particular[22].

Abierta la posibilidad de atender a finalidades sucesorias a través de la donación, ambos institutos aparecen hermanados, tanto desde el punto de vista normativo como funcional. La figuras donacionales que se desarrollaron a partir de este momento histórico son las que hemos referido al tratar de la evolución de la relación sucesoria.

La donación aparece en el campo sucesorio, y asimismo, atendiendo finalidades del área familiar y contractual. Esta diversificación de la figura a fin de atender diferentes finalidades se deriva de su carácter gratuito, susceptible de modalización con condiciones, cargas y reservas, lo que dota a la figura de una adaptabilidad a las necesidades del donante.

Actualmente, por contraste, bajo idéntica denominación alberga una realidad diferente, siguiendo una acepción esencialmente formalista, y así, de la donación que en el pasado atendía finalidades familiares, sucesorias y contractuales, actualmente se circunscribe al campo contractual gratuito, que corresponde a los negocios de disposición, por lo que constituye un modo de adquirir el dominio. En las donaciones que han de producir efectos intervivos se regirán por las disposiciones generales de las obligaciones y los contratos.

II. Donatio post-obitum y Donatio reservato usufructo .

76. **El empleo de la donación en el campo sucesorio en el derecho post-clásico.-** Nos interesa analizar, como precedentes de la figura objeto de nuestro estudio, aquellas donaciones que si bien se celebran intervivos, cumplen una finalidad sucesoria.

---

ahora la forma y en ésta se refieren todos los otros términos y así *donatio perfecta* es la donación respecto a la cual han sido satisfechas las formas de la ley.

[21]Según BIONDI (ob. cit., 719), antes de la introducción del fideicomiso cualquier atribución patrimonial a título particular se podía hacer sólo por testamento, lo que explica la difusión alcanzada por la *donatio mortis causa* para lograr tal finalidad sin hacer testamento.

[22]BIONDI, ibídem.

Trataremos de la evolución que experimenta la *donatio post obitum* y la *donatio reservato usufructo*, distinguiendo tres etapas: en el Derecho romano vulgar, en la Alta Edad media y en la Baja Edad Media española.

Como sucede con otras instituciones en la época post-clásica, también la donación -no ya causa sino negocio típico desde la Constitución de Constantino de 323[23]- sigue un proceso de desintegración en diversas categorías, por las siguientes causas:

La Constitución del 323 da cobertura jurídica a varios tipos donacionales[24], por otra parte, la Jurisprudencia clásica venía reconociendo la validez de ciertas donaciones calificadas como imperfectas[25] y así mismo se había reconocido legalmente la convalidación de ciertas disposiciones efectuadas *donationis causa* [26].

A partir del s. VIII la *donatio mortis causa* queda desvirtuada por prácticas más accesibles a espíritus con menor finura en el análisis jurídico. Pierde su autonomía y caracteres de revocabilidad [27], y da origen a tipos donacionales como la *donatio reservato usufructo*, con la que surge confusión[28], lo que hace necesario el establecimiento de los caracteres diferenciales, fundamentalmente, respecto a su revocabilidad y eficacia.

La apertura que experimenta la donación *mortis causa* con mutación de su centro de gravedad, es el resultado de dos presiones simultaneas ejercidas sobre el antiguo concepto de donación: por un lado la relevancia que toma la voluntad obliga a buscar

---

[23]En SAMPER POLO (ob. cit., 219) puede verse en castellano la INTERPRETATIO a Código Teodosiano 8, 12, 1.

[24]Tomado de SAMPER POLO (ob. cit., 223) en el Apéndice 11 la Interpretatio a CTh. 8,12,1; en primer lugar establece que "La donación es o bien directa, o bien se redacta por causa de muerte" y añade, "hay donación *mortis causa* cuando el donante, mientras vive, se reserva la cosa que dona, escribiendo: si muriese antes que tú pase a tí mi cosa y de manera que si muere antes aquél a quien *mortis causa* se ha donado la cosa, permanezca ésta en la propiedad del donante"; "hay otra clase de donación, en que el donante obliga a aquel a quien dona a hacer o no hacer algo"; "hay otra clase de donación, en la que el donante reserva para sí la posesión por cierto tiempo".

[25]Según SAMPER POLO (ob. cit., 218), se daba validez a la donación mediante expediente al considerarlas convalidadas por la muerte del donante.

[26]Según SAMPER POLO (ob. cit., 218), el año 206 la Oratio divi Severi da validez a las donaciones entre cónyuges"*post mortem donatoris*", siempre que éste no haya revocado en vida. Hacia el 211 se logra el mismo efecto respecto a las donaciones hechas en contravención a la " ley Cincia", mediante el principio conocido por la fórmula "*morte Cincia removetur*". En la misma época se da similar solución para la donación hecha por una mujer sin la "*auctoritas*" de su tutor, y después de una serie de vacilaciones, se llega, en la segunda mitad del s. III, a considerar que las donaciones hechas por el padre a un hijo "*in potestate*" valen para después de la muerte del padre si éste persevera en su voluntad.

[27]ABOUCAYA C., "Les differentes conceptions de la Donatio Mortis Causa chez les romanistes mediévaux", RHDFE, 1966, Paris, 84.

[28]SAMPER POLO, ob. cit., 123.

acomodos jurídicos que tiendan a salvar el mayor número posible de donaciones hasta entonces consideradas inválidas; por otra parte, la función que comienza a tomar la donación de anticipo sucesorio coloca en pugna su carácter irrevocable con la doctrina clásica de libertad testamentaria que se manifiesta, entre otras cosas, por la prohibición de los contratos sucesorios[29].

Unas razones unidas a otras, determinan los siguientes resultados:

1. Existe gran variedad de tipos donacionales.

2. Adquiere importancia la donación como instrumento de disposición sucesoria.

3. No existen unos criterios claros de diferenciación de las distintas donaciones.

77. La "summa divisio" de las formas de sucesión voluntaria en el derecho romano vulgar: disposiciones revocables e irrevocables.- Para el Derecho vulgar, a juicio de Samper Polo, la *summa divisio* en las formas de sucesión voluntaria son: por una parte, las disposiciones sucesorias revocables-incluyendo en las mismas los testamentos y las donaciones revocables- y por otra, actos que se hacen irrevocables desde su celebración, recibiendo la genérica denominación de pactos sucesorios[30].

En consecuencia, dentro del campo de la disposición *mortis causa*, interesa delimitar el ámbito de la facultad de revocación por parte del disponente y tratar de establecer hasta qué punto las donaciones presentan una similitud con las disposiciones testamentarias, por tener un común denominador, su revocabilidad *mutata voluntate*.

Es necesario abordar la difícil tarea de delinear qué constituye pacto sucesorio en el derecho romano vulgar por varias razones:

1. Pesa sobre él la tradicional prohibición.

2. El desuso a partir del s. V de la *heredis institutio* y asimismo del testamento, determina que no quepa la formal *heredis institutio* contractual.

---

[29]SAMPER POLO, ibídem.

[30]Según SAMPER POLO (ob. cit., 94 a 96) se incluyen entre los pactos sucesorios: las donaciones con reserva de usufructo, las donaciones *post- obitum* y a la *sponsalitia largitas*.

3. La generalización de la disposición sucesoria mediante el instrumento donacional dificulta la distinción de cuáles constituyen pacto sucesorio[31].

Desecha este autor el tomar como pauta definitoria, para fijar lo que se entiende por pacto sucesorio en el derecho romano vulgar, la categoría perteneciente a otros sistemas o épocas, por el contrario, trata de delimitar la figura ajustándose a los presupuestos jurídicos propios de la época.

Reconoce, que siendo la revocabilidad el criterio diferenciador de las disposiciones *mortis causa* , en las donaciones revocables puede constatarse -pese a su carácter contractual- que la bilateralidad está reducida a la mínima expresión o grandemente deprimida[32], por el contrario, otras donaciones presentan una bilateralidad perfecta en su celebración, lo que a su juicio determina su carácter irrevocable: "en el Derecho vulgar cuando la bilateralidad es perfecta, también el acto es irrevocable y es en este caso que nos es dable hablar de pacto sucesorio". Para nosotros, dice Samper Polo, "cualquier acto perfectamente bilateral -y por tanto irrevocable- que tenga por fin de alguna manera regular el destino del patrimonio de una persona viva después de la muerte de ésta, sea a título universal, sea a título singular, constituye un pacto sucesorio" y agrega, "que tenga por fin regular el destino del patrimonio de alguien, con lo que queremos subrayar la importancia del resultado propuesto mucho más que de la estructura del medio empleado"[33]. Coincidimos plenamente con esta última afirmación del autor.

78. **La donatio *post obitum* y la *donatio reservato usufructo* en las fuentes legales vulgares.-** En las fuentes legales vulgares, al igual que en las documentarias, la expresión *post obitum relinquere* u otras similares no ha de entenderse referido específicamente a la *donatio post obitum*, más bien suele ser una designación

---

[31]Según SAMPER POLO (ob. cit., 163) al no existir una noción unicomprensiva de los pactos sucesorios, los autores han recurrido a esquemas doctrinarios *a priori* o aplicaciones de criterios vigentes en épocas posteriores, lo cual equivale a renunciar a la búsqueda de la solución conforme los presupuesto históricos y jurídicos de la propia institución. Este autor no sigue a Vismara ni Amelotti ni los criterios que se siguen en el Código Italiano. Nos llama la atención que los criterios que mantiene admitirían comparación con el Derecho Navarro.

[32]Cita SAMPER POLO (ob. cit., 166) como ejemplo la donación ofrecida pero no técnicamente aceptada, ya sea porque la nulidad o ineficacia inicial permite que en cualquier momento el donante pueda retractarse en virtud de esta propia ineficacia de manera que su voluntad permanece ambulatoria mientras viva. En las donaciones "*mortis causa*", entiende que la bilateralidad e irrevocabilid están debilitadas.

[33]SAMPER POLO (ob. cit., 167). En sentido contrario VISMARA (ob. cit., 2) considera requisitos necesarios en el pacto sucesorio la bilateralidad y su eficacia *post mortem*, siendo la irrevocabilidad elemento natural que por voluntad de los otorgantes puede ser modificado.

genérica para toda disposición *mortis causa* [34], de igual modo en la *Interpretatio* de algunos textos del Código Teodosiano se llega a oscurecer la *donatio post obitum* [35].

La *donatio reservato usufructo*, aparece en las fuentes postclásicas a propósito de la tradición[36], su vigencia está asegurada en nuestra península con posterioridad a la disolución del Imperio. De una Constitución dada el 417 recogida en el Código Teodosiano, VIII, 12, 9 pasó a la Lex Romana Visigot. VIII, 5, 2 [37]. Esta disposición extiende al caso de reserva de usufructo la esfera de aplicación del *constitutum possessorium*, de lo que se deriva no es necesaria la tradición corporal de la cosa para transferir la propiedad[38].

79. **Consideración de las donaciones *post obitum y reservato usufructo* como pactos sucesorios.-** Tomando como premisa el concepto expuesto, establece que "Parece ocioso desde el punto de vista del derecho vulgar, negar la calidad de pacto sucesorio a una *donatio usufructuaria* por el hecho que la transferencia de la propiedad sea inmediata"[39] y añade, no es posible separar en este caso el efecto económico del efecto jurídico[40], máxime en el Derecho vulgar en el que aparece confundida posesión y propiedad, usufructo y posesión. Será la finalidad pretendida por los otorgantes en lo que ha de fijarse y a este respecto, lo que realmente quieren las partes es que el donante siga gozando en vida de la cosa y que el donatario tenga la seguridad de que le será dejada a la muerte del donante, y esto lo obtienen mediante un acuerdo irrevocable, que determina el destino del patrimonio de una persona viva después de su muerte[41].

---

[34]Según SAMPER POLO (ob. cit., 176) no es de extrañar que esto ocurra puesto que al disolverese las categorias técnicas se cae en ambiguedad.

[35]Según SAMPER POLO (ob. cit., 176 y 177) ITh 3, 8, 2; CTh 3, 8,3; ITh 3, 8, 3; CTh 3, 13, 3; ITh 3, 13, 3, estos textos al dar un trato inadecuado al usufructo, llevan a oscurecer la naturaleza de la *donatio post obitum*.

[36]Según SAMPER POLO (ob. cit., 172), aparece en los Fragmentos Vaticanos 47 y 50 , textos que si bien aparecen en una recopilación postclásica pertenecen a la época de los Severos; estos textos exigen para la constitución del usufructo un modo de adquisición propio de las cosa *"mancipi"*, cuando se constituye por "*deductio*", en todo caso, la cosa de la cual se deduce ha de ser transferida.

[37]Recoge RUBIO (ob. cit., 8), parcialmente este texto.

[38]RUBIO, ob. cit., 9.

[39]SAMPER POLO, ibídem.

[40]VISMARA, *Storia dei Patti successori*, Milano, 1986, 20.

[41]Según SAMPER POLO (ob. cit., 168, nota. 11), el carácter de pacto sucesorio que contienen algunos papiros ravenneneses está fuera de toda duda. En Tjader, doc. 14-15, se trata de donaciones usufructuarias universales, ofrecidas y aceptadas, y reconocidas expresamente como irrevocables.

El Derecho romano clásico rechazó determinados tipos de pactos sucesorios positivos, por razones técnico-jurídicas[42]. El criterio clásico, se opone igualmente a los pactos sucesorios renunciativos, porque equivale a renunciar a la calidad de *suus*, lo que resulta incompatible con la estructura familiar romana.

80. **Alta Edad Media: las donaciones *post obitum* y la *donatio reservato usufructo* a favor de la Iglesia.-** En la Alta Edad Media la *donatio post obitum* -que en principio estaba prohibida [43]- y la *donatio reservato usufructo* son las modalidades donacionales a favor de la Iglesia[44], con destino *pro anima*, que atienden al deseo de vincularse en vida con eficacia post-mortem.

Tomamos de Hubner[45] la definición de la *donatio post obitum* como transmisión patrimonial a título gratuito efectuada bajo condición suspensiva[46]. De la naturaleza inter-vivos se deriva su irrevocabilidad desde su celebración[47]. La condición a la que se sujeta, por lo demás, era de carácter peculiar, puesto que se trata de un acontecimiento que, si bien era *incertus quando* era, sin duda, *certus an*, por tratarse de donaciones a la Iglesia

---

[42]Según SAMPER POLO (ob. cit., 169), los pactos sucesorios de carácter universal eran contrarios a estos dos principios: 1) El principío reza: *"supremis indiciis constringere non possit"* (D. 17, 2, 52, 9) alterado por la irrevocabilidad de la donación. 2)*"Hereditas extraneis testamento datur"* (CI. 5. 14, 5) y la institución contractual de heredero es incompatible con el ordenamiento sucesorio del pueblo romano.

[43]Según M. ALONSO LAMBAN ("Las formas testamentarias en la Alta Edad Media en Aragón"RDN. Año nº 5 y 6 Julio- Diciembre 1954, 40), en un principio estaba prohibida esta modalidad donacional porque al hacerlas el causante no tomaba de si la cosa donada, sino que privaba de ella a los herederos; Según RUBIO (ob. cit., 5, nota 6) entrañaba el reconocimiento de una cuota de libre disposición, lo cuál está en contradicción con los principios de Derecho germánico más antiguo.

[44]Así lo recogen ABOUCAYA (ob. cit., 385); M. ALONSO LAMBAN (ob. cit., 40); VISMARA (ob. cit., 207); Según RUBIO (ob. cit., 5), la Iglesia fomentó el quebrantamiento del principio de la inexistencia de la facultad de libre disposición de la herencia denegando la absolución de quien muriere sin haber hecho donación en favor de la Iglesia. Según recoge esta nota, Schultze, en una excelente monografía " Augustin und der Seeteil des germanischen Erbrechts, Studien zur Geschichte des Freiteilrechtes" (Leipz Abhand, XXXIII, Nr. IV, 1928), ha negado toda relación genética entre "*pars mortui*" y cuota de libre disposición; afirma que la cuota de libre disposición ha nacido en el campo de la "Teología de la Iglesia primitiva de Occidente, con su doble característica jurídico-moral", al reconocer la doble cualidad de Cristo, como hijo de Dios y hermano del hombre, de lo que resulta su situación de coheredero.

[45]"Die Donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbbrauchs (Gierkes Untersuechungen, XXVI, 1888), que a su vez recogen RUBIO (ob. cit., 6), y ALONSO LAMBAN (ob. cit., 40).

[46]Según VISMARA (ob. cit., 230), la fórmula donacional era *"ut si me...Dominus migrare de seculo isto iusserit et...super me adviver merueris* (CDL 287)

[47]RUBIO, ob. cit., 8.

(hipótesis más frecuente), y en consecuencia segura la supervivencia del donatario. La condición se aproximaba en tal caso en grado extremo al *dies* o término[48].

81. **Tratamiento unitario de ambos tipos donacionales en la *lex Visigothorum*.-** La lex Visig, V, 2, 6, por efecto de una interpolación, parece regular en este texto tanto la *donatio post obitum* como la *donatio reservato usufructo* [49], lo que determina se le dé un idéntico tratamiento en lo que respecta a la detentación de la posesión del bien, considerando que en ambos supuestos donacionales la posesión jurídica de la cosa corresponde al nudo propietario y por el contrario el usufructuario tiene la posesión natural, si bien, el usufructuario la ejerce en beneficio (no económico sino jurídico) del nudo propietario. Por la muerte del usufructuario recobra el derecho de propiedad su plenitud por efecto de la elasticidad inherente a este derecho, y en consecuencia no es necesaria la entrega de la cosa del usufructuario al nudo propietario[50].

Hay que tener presente que el Derecho germánico no había alcanzado a la sazón el grado de abstracción necesario para formar sus conceptos con arreglo a una estricta lógica jurídica, -a semejanza del romano- depurando pulcramente su naturaleza formal y desprendiéndose de los elementos materiales o económicos[51], estableciendo de este modo, categorías jurídicas propias, bien de tenencia, expectativa o grado de derecho *in fieri* como grados de eficacia de estos tipos donacionales.

La identidad de finalidades económicas y la unidad de tratamiento que reciben ambos tipos donacionales en la ley Visig. ley V, 2, 6 dió como resultado un producto mixto. El elemento romano queda representado por el carácter revocable que la nueva donación conserva, si bien experimenta una germanización en épocas mas avanzadas[52].

[48]RUBIO, ob. cit., 6 y 7.

[49]Puede verse en RUBIO (ob. cit., 7, nota 17) la reconstrucción del fragmento por Zeumer y el análisis del texto interpolado. Añade Samper al respecto, que el donante aparece como poseedor *"nomine alieno"*, siendo carácteristica fundamental de este tipo de donación que la reserva la hace el donante para sí, quien conserva mientras viva los mismos medios de subsistencia que tenía antes de la donación. Ciertamente asegura Rubio fué la identidad económica la única explicación de esta interpolación.

[50]Añade RUBIO (ob. cit., 11), los términos de la misma *"ut eandem rem ipse qui donat usufructuario iure possideat"* carecen de sentido interpretados conforme al Derecho romano, en cuanto la propiedad se transfiere.

[51]RUBIO, ob. cit., 13.

[52]RUBIO, ibídem.

82. **El auge de estas donaciones en la Alta Edad Media y el comienzo de su agonía con la recepción del Derecho romano.-** La Alta Edad Media supone la consagración de la germanización de estas donaciones. Por efecto de la recepción del Derecho romano (tibia en la traducción del Liber Iudiciorum, plena en las Siete Partidas y en las glosas de los comentaristas) aflora de nuevo la *donatio mortis causa* romana, determinando la agonía de la *donatio post obitum*, de tal modo que en el derecho castellano no queda vestigio de la misma, en tanto que la *donatio mortis causa* romana se recoge en La ley 6 Tit. XII del Fuero Real y pasa a la Nov. Recop. en la Ley 1, Tit. VII, lib. X.[53]

83. **Recuperación de la *donatio post-obitum* en la Baja Edad Media con el genuino carácter germánico: formalización y efectos.-** El régimen jurídico de la *donatio post obitum* en la Baja Edad Media está marcado por la recuperación de su genuino carácter germánico y máximo esplendor, presentando las siguientes notas:

El objeto es siempre un inmueble, circunstancia que tiene importancia tanto a la hora de la formalización de la donación como en los efectos jurídicos de la misma.

La transmisión de un inmueble en el Derecho germánico requiere una serie de formalidades. Estas solemnidades pueden consistir en la entrega -investidura- real o incorporal, siendo frecuente en las donaciones la simbólica entrega *per cartam* . El negocio se perfecciona desde la redacción del documento y éste tiene el valor de símbolo jurídico. Elemento esencial de la redacción es la *traditio cartae*. La redacción y tradición solemne del documento produce ahora los efectos de la antigua investidura, según pone de relieve Rubio[54].

[53]NR. 10, 7, 1: "Donaciones se hacen de dos maneras, ó por manda en razón de muerte, ó en sanidad sin manda; la que es hecha por manda, puede aquél que la hizo dar a otro o retenerla para sí, si quiere; y la que es hecha de otra guisa, no la puede quitar aquél que la dió sino por las razones que manda la Ley".

[54]RUBIO, ob. cit., 18, con citas de GIERKE, *Privatrecht*, II, 266-274. las formalidades equivalentes a la traditio romano son Sala e investidura , siendo la nota diferencial entre ambas que la investidura va acompañada de solemnidades, tomado de RUBIO (ibídem, 16); BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte*, 113-130, según BRUGI, ("Transferimento di propietà mediante il documento di alienazione nel Diritto romano"), (Atti del'Instituto veneto, LXXV, 1916, 1089s.) en el Derecho romano tardío es posible adquirir la propiedad por el mero consentimiento, tomada de RUBIO (ob. cit., 17, nota 31); BRUNNER, *Grundzuge der deutschen Rechtsgeschichte*, 7 ed., (cuidada por E. Heyman), 1921, 19, nota 34 puede encontrarse bibliografía y opiniones sobre la naturaleza diplomática de la carta, tomado de RUBIO (ob. cit., 17 nota 32).

Los efectos jurídicos son los siguientes:

La perfección del negocio, en virtud de la *traditio cartae* determina la irrevocabilidad del mismo[55]. Este autor establece un nexo entre perfección del negocio e irrevocabilidad del mismo, en tanto que Samper Polo deriva la irrevocabilidad de la bilateralidad perfecta de la donación. A nuestro entender no existe contradicción entre ambas opiniones sino que son complementarias, es decir, la perfección del negocio se deriva del cumplimiento de los requisitos exigidos para su existencia. Si existe y es bilateral solo será modificable concurriendo ambas partes. Perfección y naturaleza del negocio son realidades distintas pero complementarias.

En la fase *pendente condicione* el donatario tiene una "expectancia"[56] del derecho, que determina una vinculación de la cosa. Como todo derecho real, en Derecho germánico está revestido de una *Gewere* [57], si bien tiene el carácter de vestidura eventual[58]. El propietario ostenta la Gewere dominical, que le faculta a usar de ella, sin que tenga libertad de disposición de la misma[59].

La eficacia de la donación está determinada por el cumplimiento de la condición suspensiva o más bien, del término[60]. Se extingue *ipso iure* la *Gewere* dominical que hasta entonces ostentaba el propietario y sin necesidad de acto alguno transmisorio la adquiere el donatario [61]. Respecto a la posible retroactividad de los efectos, Hubner mantiene que eran retroactivos *ex tunc*, es decir se retrotraen al momento de la perfección de la donación[62]. Mitteis, tomando la solución de la doctrina general para los negocios

---

[55]RUBIO, ob. cit., 16.

[56]Según RUBIO (ob. cit., 22) la "expentancia" o vestidura eventual -correlativo posesorio de ese derecho- no significa una relación de utilidad económica. Entendemos que dado el caracter irrevocable del negocio tiene una protección jurídica a fín de salvaguardar su derecho *"in fieri"*.

[57]Recoge RUBIO (ob. cit., 20, nota 30) el sentido de la "Gewere" como signo aparente o envoltura exterior de todo derecho absoluto sobre una cosa, como describiéndola antes que definiéndola. Se recoge bibliografía sobre el tema.

[58]Según RUBIO (ob. cit., 20, nota 30) *eventuelle, bedigte, anwartschaftliche Gewere* es la forma de denominarla empleada por *Gierke Privatrecht*, II, 201.

[59]La limitación a la hora de disponer el bien se deriva de la existencia de la "expentancia" en el donatario.

[60]RUBIO, ob. cit., 19.

[61]Según RUBIO (ob. cit., 20) la propidad y vestidura habían sido transmitidos al donatario por la solemne *"Traditio cartae"*.

[62]Resalta RUBIO (ob. cit., 21) la radicalidad de esta respueta que determinaría la obligatoriedad de devolución de los frutos percibidos "*pendente condicione*", solución que es contraria a la finalidad de estas donaciones a la Iglesia.

obligacionales como para los dispositivos, entiende que los efectos se produce *ex nunc*, es decir a partir del cumplimiento de la condición[63].

84. **La naturaleza de la *donatio reservato usufructo* según Hubner.-** La naturaleza de la *donatio reservato usufructo* presenta los siguientes caracteres:

Según Hubner, hay que distinguir dos negocios jurídicos distintos ***in abstracto***, bien que exteriormente se manifiesten en un solo acto[64]. La donación con reserva de usufructo es, en primer lugar, una donación, y una donación pura y simple, sin condición. Propiedad y posesión son transferidas por el donante al donatario desde el momento de la perfección del negocio. Pero la donación se efectúa con una reserva: el donatario viene obligado en virtud de los términos mismos de la convención a conceder el usufructo de la cosa donada -en general un fundo- al donante o a otra persona. Siendo en la mayoría de los casos el donante el llamado a usufructuar la cosa, se comprende que la mayor parte de estos negocios se realizarán sin hacer entrega de la posesión al donatario, al cual habría de restituírla inmediatamente el donante. Es decir, el negocio es una aplicación del *constitutum possessorium*: la posesión jurídica de quien hasta aquí había sido propietario se convierte en mera detentación[65]. Se distinguen dos negocios jurídicos distintos[66], si bien se manifiestan en un solo acto: la donación pura y simple[67], con eficacia de presente y la constitución por parte del donatario, -ya propietario de la cosa donada- de una relación germánica de precario -en que se convierte aquí el usufructo romano- en favor del donante o de una tercera persona[68].

---

[63]MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, 1908, 172-178, tomado de RUBIO (ob. cit., 21, nota 42).

[64]RUBIO, ob. cit., 7, nota 8 y cita de HUBNER, ob. cit., 76 ss. ; VISMARA ob. cit., 232; SAMPER POLO, ob. cit., 179.

[65]Recoge RUBIO (ob. cit., 7, nota 7) las ideas de Hubner respecto al momento en que tiene lugar el *constitutum possessorium* en las "*donationes reservato usufructo*", y añade, pero sólo para establecer la filiación jurídica originaria de la institución, puesto que en su posterior desarrollo la posesión del usufructo es una posesión *iuris germanici* , una Gewere.

[66]Según VISMARA (ob. cit., 288), en los papiros de Ravenna y en el Cartulario Longobardo las donaciones con reserva de usufructo constituyen un único negocio en el que se aplica el principio *"licet rei suae legem dicere"*, es decir reserva para sí el usufructo detrayéndolo del objeto de la donación. Entendemos que desde el punto de vista técnico-jurídico, parece más coherente esta apreciación.

[67]Recalca VISMARA (ob. cit., 285) que es un negocio no sujeto a condición y que produce por tanto plenos efectos transmisorios en el momento de su perfeccionamiento, de modo que la cosa pasa inmediatamente a la propiedad del donatario.

[68]Toma RUBIO (ob. cit., 22, nota 45), de Hubner"Donationes", 89-98, la existencia de los dos negocios que jurídicamente, *"in abstracto"* constituyen la *donationes reservato usufructo*, se desdoblan en dos actos separados por un intervalo de tiempo.

En la *donatio reservato usufructo* las relaciones posesorias correspondientes a los derechos de ambas partes son las siguientes: ostentarán respectivamente una *Gewere* usufructuaria o dominical el donante y el donatario[69]. En el caso de que el donante se reserve el usufructo de forma gratuita, según Gierke nos encontramos con una *Gewere* tácita, que constituye un medio de publicidad necesario para la "legitimación de los derechos reales", habla en estos casos de la apariencia de Derecho, que para quebrantarla es menester demostrar por vía judicial la ilegitimidad[70]. Todos los Derechos modernos han heredado el concepto de vestidura en esta función, siendo ésta, precedente de la publicidad formal registral.

A la muerte del donante o de la última persona a cuyo favor se ha reservado el usufructo el derecho del donatario se consolida definitivamente sin necesidad de ningún acto ulterior[71].

III. La mejora en las leyes de Toro.

85. **Innovación introducida por la Ley XVII de Toro. Importancia de esta modificación dado el carácter supletorio del Derecho castellano.-** Las leyes de Toro amplían el ámbito en el ejercicio de la libertad de testar, al establecer la posibilidad de asignar el tercio de mejora legitimaria mediante contrato inter-vivos, es decir, con carácter irrevocable.

Esta innovación marca un evidente paralelismo entre la designación de sucesor con donación inter-vivos de los bienes en el contrato matrimonial, propia del Derecho vizcaíno, y la facultad de disponer del tercio de mejora con carácter irrevocable.

El análisis de la mejora queda justificado por una doble circunstancia:

1. Al ser el Derecho castellano supletorio del vizcaíno, su conocimiento puede sernos siempre útil, y en algunos casos necesario, siempre que existiendo laguna de Derecho no exista contradicción de principios.

---

[69]Según RUBIO (ob. cit., 24, nota 51), en algunos casos el donatario propietario percibe un canon, en otros casos el propietario en vida del usufructuario no percibe utilidad alguna, no obstante la relación sigue siendo la misma. No es esta la opinión de Heusler, *Institutionem*, II, 120, el cual niega toda distinción jurídica entre "*donationes post obitum* "y "*donationes reservato usufructi*"en el supuesto de que no se haya constituido un censo.

[70]RUBIO, ob. cit., 25, nota 53, quien cita a GIERKE *Privatrecht*, II, 190, 193 s.

[71]VISMARA, ob. cit., 294.

2. A fin de mostrar este precedente que pone de relieve la cercanía existente entre ambos sistemas, afinidad que se escindió con la codificación.

Nos fijaremos exclusivamente en la mejora contractual y su regulación en las ley XVII de Toro, vigente hasta la codificación, por incorporación a la Novisima Recopilación.

XVII Toro: "Quando el padre, ó la madre mejorare a alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por algun otro contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoria ó no, fasta la hora de su muerte pueda revocar quendo quisiere: salvo si hecha la dicha mejoría, por contrato entre vivos oviere entregado la posesión de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien la hiciere, ó a quien su poder oviere. O le oviere entregado ante Escribano la escriptura dello. O el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero asi como por vía de casamiento, ó por otra cosa semejante, que en estos casos, mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar sino reservase el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa que según leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas, y con derecho fechas se pueden revocar"[72].

La semejanza puede apreciarse en los siguientes órdenes:

1. En la naturaleza de ambas disposiciones: negocio inter-vivos, irrevocable, finalidad sucesoria.

2. En la identidad de sus otorgantes -disponente y beneficiario-.

3. En el modo, tiempo y condiciones en el que se ejercitan.

86. **La mejora en el Derecho castellano como ventaja legitimaria de la que se dispone *mortis causa*.-** La mejora es una institución tradicional en el Derecho castellano[73]. Presenta desde sus orígenes una característica que ha perdurado

---

[72]XVII Toro (NR. 10, 6, 1).

[73]Según LACOSTE (*La mejora*, Madrid, 1913, 1y 6), la carta de Origen fué la ley 1, tít. V, lib. IV de la *lex Visigothorum: Dum Inlicita*, promulgada por Chindasvinto (641-652) por la que el monarca se proponía corregir la libertad de desheredación existente en su época. Esta ley establece el régimen sucesorio de reserva, opuesto al existente de libertad de testar. Con la reserva legal aparece la mejora. La mejora tiene una naturaleza ecléctica, teniendo a la vez de la libertad de testar y de la sucesión forzosa. Esta hipótesis parte de una premisa que a juicio del autor es dudosa consistente en la admisión que el régimen sucesorio en esta etapa en la Península era el de libertad de testar y por otra parte el admitir un cambio radical al sistema de reserva forzosa.

hasta el momento presente, la de ser una ventaja que se produce en la misma reserva; una ventaja legitimaria[74]. Podemos caracterizarla como una facultad de disposición, que no puede ejercitarse más que dentro de la reserva legal y en beneficio de los herederos naturales[75]. Su destino a los herederos legitimarios no tiene el carácter de legítima forzosa, es a título gratuito por lo que admite las condiciones que quiera poner el testador[76]. La independencia de la mejora determina que se pueda aceptar ésta y repudiar la herencia y asimismo, que si el testamento en el que se dispone de la mejora incurriere en nulidad, por preterición o causa de deheredación, no afectare a la validez de la mejora del tercio y quinto[77].

La mejora como ventaja legítimaria[78] tiene un régimen particular que la diferencia de la legítima estricta[79], hasta el s.XVI sólo puede tener lugar en testamento[80], y en consecuencia, su naturaleza *mortis causa* determina su esencial revocabilidad [81].

87. **La regulación de la mejora en las leyes de Toro.-** Las leyes de Toro reconocen inherente a la naturaleza de la mejora la "posibilidad" de disposición de un tercio de la herencia entre sus hijos y descendientes; la "posibilidad" de privar de ella a alguno de los reservatarios y la "posibilidad" de imponer, en el círculo trazado por el legislador, limitaciones, condiciones y sustituciones sobre los bienes objeto de mejora[82], agregando a esta serie de "posibilidades" el que se pueda disponer convencionalmente, y que cuando se dispone de este modo, en determinados supuestos, sea irrevocable.

---

[74]LACOSTE, ob. cit., 4 .

[75]LACOSTE, ob. cit., 9.

[76]Según GUTIERREZ (*Codigos ó Estudios fundamentales* , T. III, Madrid, 1881, 538), esto se desprende de la ley de Chindasvinto 1, tít. V, lib. IV del Fuero Juzgo: "ni el fijo, ni el nieto lo que oviere de aquella tercia non puede facer ninguna cosa, si non lo que mandó el padre ó el abuelo".

[77]Ley XXIV de Toro.

[78]Según LACOSTE (ob. cit., 156), acredita el carácter reserva legitimaria del 4/5 mediante la siguiente prueba: supongamos que el padre de familia no haya usado de la facultad de aventajar que la ley le concede, de la masa de los 4/5 la fracción sobre la cual debiera haber incidido la mejora, en caso de ser atribuida, volverá a los herederos de primer grado.

[79]MOREL, "Mejoras", R.G.L.J., 264, hablando de la naturaleza histórica de la mejora dice: es una parte de la legítima, nace de ella, pero en cuanto se destina a mejora, ya no es legítima adquiere personalidad distinta e independiente. Rodea a la mejora un régimen jurídico de libertad en contraposición a la legítima estricta en que preside el rigorismo legal.

[80]Según LACOSTE (ob. cit., 251) aparece regulada de este modo en todos los textos legales anteriores a las leyes de Toro. *Dum Inlicita de Chindasvinto* (Liber, 4, 5, 1) texto reformado de Ervigio. Fuero Juzgo y más tarde el Fuero Real.

[81]LACOSTE, ob. cit., 253.

[82]LACOSTE, ob. cit., 217.

Asimismo admite la posibilidad de la mejora tácita y la facultad de hacer una promesa de mejorar o no mejorar, sobre las que trataremos más adelante.

Las leyes de Toro dedican 10 leyes a la regulación de la mejora -Leyes17 a 27- que pasan a la Nueva y Novisima Recopilación. En este último cuerpo se encuentran recogidas en las leyes 1 a 11, Tít. 6, lib. 10[83].

88. **La disposición de la mejora por actos *inter-vivos:* La mejora revocable y como excepción la irrevocable.-** La disposición de la mejora por actos inter-vivos en la ley XVII de Toro, recoge varios supuestos:

1. Establece como regla general la facultad de disposición inter-vivos de la mejora, atribuyendo a dicha disposición carácter revocable.

2. Con carácter excepcional posibilita la mejora irrevocable.

En el primer supuesto, se trata de una convención entre el padre de familia y uno de los hijos. Es una disposición a título gratuito, en virtud de la cual podrá entrar el hijo beneficiario en pleno goce y disfrute de dichos bienes, sin embargo, dicho disfrute será en precario. Si no existe entrega de los bienes el beneficiario sólo tiene una espectativa, puesto que está sujeto a condición; el hecho constitutivo de condición consiste, que si muere el donante sin haberla revocado la convención estipulada en vida producirá todos sus efectos, a la muerte del donante y la mejora quedará consolidada[84].

Junto a este tipo de mejora convencional revocable, como excepción se recoge en esta ley la mejora irrevocable.

Por disposición legal tiene tal carácter en los siguientes supuestos:

1. Si hecha la mejora por contrato inter-vivos hubiese entregado al mejorado la cosa o cosas en que consiste.

2. Si le hubiese entregado ante escribano la escritura[85].

---

[83]NR. 10, 6, 1 a 11.

[84]Según LACOSTE (ob. cit., 254) esta donación que se dá en calidad de mejora encierra gran semejanza con la donación *post obitum* y asimismo con la designación de sucesor con donación *mortis causa* de bienes.

[85]Según NOLASCO LLANO (ob. cit., 82), para que la mejora sea irrevocable no es necesario que la entrega se realice por actos físicos, sino que bastan los fictos, tales como por cláusula de constituto, vista y presencia del interesado, entrega de las llaves, retención de usufructo y demás que previenen las disposiciones legales. El hecho que en la ley XVII sólo se refiera a la entrega de la escritura

3. Si el contrato se hubiese celebrado por causa onerosa con un tercero, así como por vía de casamiento[86].

Sala engloba estos tres supuestos en una categoria, y concluye: la mejora tiene carácter irrevocable cuando se da en concepto de donación "inter-vivos"[87].

89. **Interpretación que da la doctrina a los supuestos de mejora revocable.-** Al comentar los autores[88] el supuesto general, la mejora revocable, regulada en la ley XVII de Toro, que pasa a ser recogida en la Novísima Recopilación plantean varias cuestiones:

Si la mejora participa del carácter de última voluntad ¿Cómo es qué puede hacerse mediante contrato? ¿Es válida esta mejora que consiste en donación de padres a hijos?, ¿La mejora procedente de una obligación puede ser revocada?

Los comentaristas de las Leyes de Toro dan unas respuestas, a nuestro entender, no del todo convincentes[89]. Respecto a la primera, entienden que también se dan algunas

---

no quiere decir que se excluyan los demás modos sino que se debe a que antiguamente para transferir la posesión por este modo, no solo se había de entregar el nuevo instrumento del contrato, sino tambien todos los títulos de la cosa o derecho que por él se enajenaban, estableciendo esta ley era suficiente la entrega de la escritura.

[86]Recoge GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 545 a 550) la Sentencia TS. 7 Febrero 1874, en la que se citan los tres casos en los que la mejora es irrevocable y explica: 1) si entregó los bienes, ejecutó ya el deseo de mejorar abdicando el derecho de cambiarla. Sobre el particular, la doctrina se cuestionaba sobre la posibilidad de tradición verdadera si la mejora no es en cosa concreta, dada su naturaleza incierta. 2) La *traditio* simbólica aparece tradicionalmente regulada en la ley 1 Cod. ; ley 2, tít. XII, lib.III F.R. ; Ley 8, tít. XXX, Partida 3, en esta última por entrega de la escritura de pertenencia o de donación. 3)La interpretación doctrinal en primer lugar entiende no basta que se trate de un negocio con un tercero sino que ha de ser a título oneroso. Los intérpretes al analizar el ejemplo dado por el legislador, "sea por vía de casamiento", no acaban de comprender y se cuestionan el caso de la dote. La dote de la mujer no puede ser mejora por existencia de una Prágmatica de Madrid que prohibe mejorar a la hija en concepto de dote, de la que daremos noticia más adelante.

[87]SALA, *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano* , Valladolid, 1868, T. II, 159.

[88]GUTIERREZ, ob cit., T. 3, 543.

[89]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 545), la validez era contraria a los principios del Derecho romano y es unánime la opinión de los comentaristas de las leyes de Toro, Matienzo, Gregorio Lopez etc. al entender que esta ley XVII viene a modificar los principios anteriormente existentes; NOLASCO DE LLANO, *Compendio de los comentarios a las leyes de Toro*, Madrid, 1795, 78, añade que si bien de antiguo no valía la donación de padre a hijo sin entrega de posesión, dada la identidad de donante y donatario; subsistiendo aquella en la que se verique tradición, había de confirmarse por muerte del donante; por el contrario, considera firme la donación que hace el padre o la madre al hijo emancipado y añade que

disposiciones sucesorias particulares mediante contrato y la mejora es una de ellas, por disposición legal. La respuesta dada a las dos siguientes preguntas, es radical, entienden que el legislador de Toro rompió la tradición romana con sus preceptos, e inició un nuevo camino, tanto en principios generales como en reglas jurídicas[90].

El legislador, introduce un nuevo modo de asignar la mejora, es decir, un nuevo modo de asignar los bienes de la herencia en el "quantum" que supone el tercio de mejora, en algunas leyes hace alusión al tercio y quinto de mejora[91].

Se trata de la disposición por acto inter-vivos mediante contrato con el hijo mejorado. En este caso, se trata de una disposición de la mejora condicional, sujeta a condición suspensiva, la condición consiste en la no revocación de la misma antes de la muerte del padre o madre disponente. Si la condición se cumple recibirá la mejora a título sucesorio.

Esta modificación trasciende, a nuestro entender, y modifica los principios de derecho sucesorio en los que se asienta el sistema. Se admite en las leyes de Toro que el principio recibido del Derecho romano que reza "la voluntad es ambulatoria hasta el momento de la muerte" pueda quedar en su aplicación al arbitrio de los particulares, puesto que cuando lo crean conveniente podrán comprometer en vida los bienes de la herencia, respetando, en todo caso, la legítima forzosa.

Los intérpretes de esta ley se fijan en el medio empleado, y no en las finalidades que aspira el precepto. Se fijan en el instrumento donacional y por ello se plantea el problema de la prohibición de celebración de este contrato entre padre e hijos y asimisno el incumplimiento de la obligación de dar -en el supuesto de la donación al hijo emancipado- al que posteriormente se le revoca la mejora.

Conviene tener presente que la mejora no es un modo de disposición, como fuere por ejemplo el legado o la donación, sino una cualificación de cualquier disposición, es una calidad[92], que en todo caso necesita de una forma transmisoria.

Ahora bien, si esto es así, ¿qué añade la mejora contractual a la testamentaria?

---

como la mejora no es propia y rigurosa donación, sino cierta asignación y elección entre los hijos, no repugna su validación y subsistencia.

[90]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 543), la ley 26 añade declara como donaciones a ciertas mejoras.

[91]Se ocupan de la mejora del tercio y quinto las leyes XIX, XX, XXI, XXII, XXV, XXVI y XXXIX de Toro.

[92]LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil , V , Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, 447.

La participación en su celebración del propio mejorado determina la existencia y validez de la mejora "ab initio", desde su celebración, como contrato bilateral, con mayor o menor grado de participación del mejorado, en algunas ocasiones acordando las condiciones en las que se formaliza la mejora, e incluso dejando sin vigor o modalizando la revocabilidad establecida por imperativo legal. Esto será así, cuando lo acuerden las partes. La mejora por contrato "inter-vivos" es útil, dice Lacoste, para recompensar un mérito mitigar una desgracia, y además, servir de indicación del porvenir, puesto que puede recompensar[93].

90. **Naturaleza y efectos en los tres supuestos legales de mejora irrevocable. La ley XVII de Toro.**- Las escrituras que se otorgan en los tres supuestos de mejora irrevocable contienen un contrato bilateral, de recíprocas obligaciones y derechos para ambos otorgantes: y verificándose el fundamento de la mejora, el mejorado adquiere derecho a ella, y el mejorante contrae el deber de hacerla efectiva, debiendo cumplir esta obligación los herederos[94].

El mejorante que no tienen la facultad de revocar la mejora, tampoco la tiene para dejarla sin efecto y hacerla irrealizable, enajenando a una persona extraña y de modo absoluto el derecho de usar, labrar y cultivar lo bienes en que consiste; en su consecuencia, el mejorado puede reclamar legítimamente la nulidad de la enajenación[95].

A la muerte del mejorante recibirá en plena propiedad a título *mortis causa* los bienes objeto de mejora, consolidándose su derecho. En el supuesto de premuerte del que recibió la mejora con carácter irrevocable, según Jurisprudencia reiterada, se transmitirá a quien le haya de suceder por testamento o abintestato[96].

---

[93]LACOSTE, ob. cit., 275.

[94]GUTIERREZ, ob. cit., 549 en la que recoge S. TS. 19 Diciembre 1862.

[95]GUTIERREZ, ibídem, comenta la S. TS. 8 Enero 1869.

[96]Recoge LACOSTE (ob. cit., 296), S. TS. 19 Diciembre 1862, por aplicación estricta de la ley XVII de Toro que establece la irrevocabilidad de la mejora cuando esta resulta de contrato hecho por causa onerosa con un tercero; Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 549), adquirido el derecho de mejora en virtud de contrato oneroso puede transmitir el que lo tenga, ya en vida o ya en muerte, al que le hubiere de suceder por testamento o abintestato. Si el mejorado así es un hijo y fallece antes que su madre, a ésta se transmite dicho derecho en el concepto de heredera forzosa, como pudiera serlo otro cualquier extraño, a quien se hubiera transmitido por algún título legítimo de los reconocidos por el derecho.

91. **La mejora irrevocable otorgada en el contrato matrimonial: caracteres y efectos.**- Vamos a detenernos en la mejora inter-vivos por contrato de matrimonio.

Conforme al sentir jurídico de la sociedad del s. XVI, el contrato de matrimonio es un contrato a título oneroso celebrado con un tercero, por entender que en las capitulaciones matrimoniales entra un tercero como parte, es decir, el cónyuge del hijo beneficiario de la mejora o sus padres, y con relación a éstos, el contrato es verdaderamente un acto a título oneroso[97].

La mejora del tercio o promisión de ella, hecha por vía de matrimonio, a favor de un hijo o hija, es irrevocable si se trata de la mejora para la celebración del matrimonio con una persona concreta, mientras que si se hace a favor del hijo y de su futuro cónyuge o a favor del matrimonio ya celebrado se puede revocar, porque en estos casos cesa la razón y causa impulsiva recogida en la ley 17[98].

No cabe la mejora en concepto de dote de la mujer, porque existe una prohibición en la Pragmática de Madrid[99].

También la mejora perfeccionada mediante contrato puede ser gravada con restituciones, fideicomisos, mayorazgos, vínculos, sumisiones y sustituciones[100], si bien los beneficiarios de los gravámenes han de ser la familia, en la línea y orden establecido en esta ley[101]. No debemos olvidar el origen de la mejora, como cuota que se detrae de la

---

[97]Según LACOSTE (ob. cit., 255), la ley XVII de Toro tenía razón al incluir los contratos celebrados con ocasión del matrimonio entre los actos a título oneroso celebrados con un tercero. GASCO BLASCO, F., *La mejora irrevocable* (Análisis de la mejora ordenada por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero), Valencia, 1990, 152.

[98]NOLASCO, ob. cit., 83 entiende no se dá la onerosidad de un contrato celebrado con un tercero.

[99]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 458) esta es la respuesta legal, si bien recoge el autor referencia de distintas interpretaciones dadas porlos comentaristas; NR. 10, 3, 5: "Y mandamos que ninguno pueda dar ni prometer, por vía de dote ni casamiento de hija, tercio y quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos; so pena que todo lo que demás de lo que aqui contenido diere y prometiere según dicho es, lo haya perdido y pierda".

[100]Agrega LACOSTE (ob. cit., 284) "de otra manera no puedan poner gravamen alguno". Entendemos que esta frase de la ley XXVII no se refiere al tipo de gravamen sino que por su sentido y ubicación en el texto se refiere al beneficiario, que necesariamente deberá respetar el orden preferencial establecido: descendientes legítimos y a falta de estos, descendientes ilegítimos que hayan derecho a heredar y a falta parientes y a falta de parientes extraños y de otra manera no puedan poner gravamen alguno".

[101]ley XXVII de Toro (NR 10, 6, 11): "Mandamos que quando el padre ó la madre mejoraren a alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento ó en otra qualquiera última voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisiere, así de restitución, como de fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vínculos y sumisiones, y

reserva, dotando al padre de libertad de distribución entre los reservatarios, finalidad que puede quedar burlada, si existiendo éstos, se admiten cargas en beneficio de extraños[102].

El beneficiario de la mejora en vida de mejorante, tiene un derecho irrevocable al tercio de mejora -bien sea en bienes ciertos o en la cuota-, la Jurisprudencia al respecto es clara, manifestándose en los siguientes términos: puede impugnar los negocios intervivos celebrados por el mejorante[103] y las disposiciones testamentarias que en ambos supuestos lesionen su derecho,[104] respecto al disfrute del bien deberá atenerse a las condiciones convenidas. Según criterio Jurisprudencial, el mejorado puede transmitir, *inter-vivos* o *mortis causa* su derecho a la mejora a los que le hayan de suceder por testamento o abintestato[105]. En los supuestos en los que la mejora es irrevocable, sólo podrán revocarse cuando el mejorante se hubiere reservado esta facultad; por el contrario, podrá revocarse si el mejorado hubiere incurrido en alguna de las causas de revocación de las donaciones perfectas[106].

---

substituciones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legítimos, y a falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar, y a falta de los dichos descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes y a falta de los susodichos puedan hacer las dichas submisiones entre sus parientes y a falta de parientes entre los extraños, y de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condición en el dicho tercio; Según LACOSTE (ob. cit., 188) establece un orden de preferencia entre los beneficiarios eventuales de estas cargas; El mismo autory obra (166), al permitir la ley XXVII el mejorar a extraños, es atribuir a la mejora los caracteres de la cuota libre, si bien con un carácter especial. Esta concepción nueva no ha podido nacer sino el día en que se ha creido poder hacer pasar a la mejora el límite de los reservatarios para darla a descendientes privados de todo derecho.

[102]Según LACOSTE (ob. cit., 169) esta facultad de gravar a favor de extraños que confiere el texto legal, puede interpretarse como una innovación que marca un progreso decisivo en la libertad de testar. No compartimos esta idea, así sería si el disponente de la mejora pudiera gravar *ab initio* a favor de extraños, cosa que no ocurre pues está obligado a seguir un orden preferencial. Sólo en defecto de parientes podrá gravar a favor de terceros y en este caso porque los bienes tienen ya la consideración de libres.

[103]Según GOMEZ DE LA SERNA y MONTALVAN (*Elementos de Derecho Civil y Penal* , Madrid, 1874, T. II, 83), el mejorado puede reclamar legítimamente la nulidad de la enajenación realizada por el mejorante, puesto que al hacerse la mejora en contrato oneroso, éste no tiene facultad de revocar la mejora, ni de dejarla sin efecto y hacerla irrealizable. (S. TS. 30 Octubre 1869).

[104]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 549), la S. 19 Diciembre 1862 recoge que por un testamento no puede revocarse una mejora consignada en una escritura, porque el testamento es un acto unilateral, y éste no es bastante eficaz para destruir la fuerza de un contrato bilateral; pues entonces estaría al arbitrio de uno de los contratantes separarle y prescindir de las obligaciones constituidas por su parte. La Sentencia que se separa de estos principios infringe la presente ley.

[105]Recoge GOMEZ DE LA SERNA y MONTALVAN (ob. cit., T. II, 83) la S. TS. 19 Diciembre 1862 que dice: "Los derechos adquiridos por el hijo mejorado, cuando la mejora es irrevocable, pueden ser transmitidos por aquél, ya en vida, ya en muerte, al que haya de suceder por testamento ó abintestato".

[106]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 550), parte de estas causas están contenidas en FR. 3, 12, 1 y P. 5, 4, 10 y añade que al tratar las leyes de Toro de la mejora del tercio y quinto, se cuestiona si ese quinto también se verá protegido por la regla de la irrevocabilidad, a lo que responde negativamente, la

92. **La mejora tácita regulada en la ley XXVI de Toro: supuestos.-** Las leyes de Toro, en esa tendencia aperturista hacia la libertad en el ejercicio de la facultad de testar, van más allá de regular la mejora convencional irrevocable, al reconocer la mejora tácita y regular la promesa de mejorar y no mejorar.

Las leyes XXVI y XXII de Toro regulan respectivamente la mejora tácita y la promesa de mejorar y no mejorar. En virtud de las mismas las donaciones de padres a hijos, se entenderán en concepto de mejora, salvo manifestación en contrario, y en lo que respecta a la promesa de no mejorar y de mejorar, cuando se cumplan las solemnidades exigidas en el texto equivalen a un acto definitivo contra el cual nada puede la voluntad del donante. Estos actos son susceptibles, respectivamente, de asegurar el mantenimiento de una justa igualdad entre los miembros de una familia o de cumplir las veces de mejora, cuando el patrimonio del mejorante sea exiguo, recayendo sobre sus bienes futuros.

De la introducción por las leyes de Toro de las mejoras tácitas se deriva que toda donación de padres a hijos sea considerada como tal.

XXVI Toro: "Si el padre ó la madre en testamento ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donación a alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entiendase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes; y que la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a el ni a otro no pueda mejorar más de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta en la quantidad del dicho tercio y quinto, y legitima de que debían aver de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en más"

Las mejoras tácitas y sus condiciones aparecen por primera vez en la ley XXVI de Toro[107]; si por testamento o por donación dispusiere el padre o madre a favor del hijo, dicha disposición o donación se considera mejora tácita del tercio y quinto, con las reservas establecidas en la ley XXV de Toro[108].

---

irrevocabilidad se limita al tercio de mejora; Según GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALVAN (ob. cit., T. II, 83, nota 2) entienden que en ningún caso son revocables si se hizo por contrato oneroso, según opinión de Palacios Rubios, Matienzo, Llamas y Molina quienes entienden que la NR. 10, 6, 1(XXII de Toro) es clara y establece su carácter irrevocable.

[107]Ley XXVI de Toro, (NR. 10, 8, 10).

[108]Ley XXV de Toro (NR, 10, 6, 8): "El tercio y quinto de mejoria fecho por el testador no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias* ni de otras donaciones que los hijos ó descendientes traxeren a colación ó partición".

Las que constituían mejora, no habían de tratarse de liberalidades a las que está obligado el padre[109], sino liberalidades sin causa ostensible, de modo que hecha la donación, cuando muriere el padre sin revocarla se le asignará el carácter de mejora. Como la mejora tiene un límite conocido, la ley tiende a hacer imposible el exceso, señalando en su segunda parte el orden que se ha de seguir para imputar la donación: primero en el tercio[110], después en el quinto, y luego en la legítima. Es, doctrina legal que las mejoras de los hijos se han de pagar primero del capital del tercio, a fin de no limitar el derecho del testador a disponer del remanente.

Escriche refiere nueve supuestos en los que se entiende hay mejora tácita, [111]citamos algunos casos:

1. Cuando los padres hicieren donación inter-vivos a cualquiera de sus hijos siempre que no se hable de ella en el testamento.

2. Cuando el padre hiciere a cualquiera de sus hijos alguna donación remuneratoria en premio de algun servicio que de él hubiese recibido[112].

3. Toda disposición gratuita de padre a hijos, no existiendo obligación jurídica legal o convencionalmente contraida, tendrá la consideración de mejora tácita.

93. **La promesa de mejorar y no mejorar: ley XXII de Toro. Apertura hacia el reconocimiento del pacto sucesorio.-** La regulación que hacen las leyes de Toro de la promesa de no mejorar y de mejorar en la ley 22[113], supone

[109]Según LACOSTE (ob. cit., 263), la dote y donaciones matrimoniales por su propia naturaleza carecen de aptitud para llegar a ser tácitamente mejoras, puesto que en cierta manera son liberalidades forzosas; Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 583), las donaciones tanto las simples, como las donaciones *ob causam*, es decir aquellas que se llevan a cabo no por virtud de una necesidad jurídica, sino moral, se considerarán mejora en el momento de la muerte del padre.

[110]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 584), la respuesta entre los intérpretes era coincidente respecto a de donde debe sacarse el tercio, si bien las razones que la fundamentan eran divergentes.

[111] Recoge ESCRICHE (ob. cit., T. II, 572) varios supuestos de gastos con fines de estudios superiores, de establecimiento, alimentos, compras a nombre del hijo.

[112]ESCRICHE, ob. cit., T. II, 572.

[113]Ley XXII de Toro: "Si el padre ó la madre ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos, de no mejorar a alguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría del tercio ni del quinto, y si la hiciere que no vala. Y asimismo mandamos que si prometió el padre ó la madre algunos ascendientes de mejorar a alguno de sus hijos ó descendientes en el dicho tercio y quinto por vía de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados a lo cumplir y hacer y sino lo hicieren, que pasados los días de su vida la dicha mejoría ó mejorias de tercio y quinto sean habidas por hechas".

un avance definitivo hacia el reconocimiento legal de la posibilidad de otorgar pactos sucesorios[114].

Este reconocimiento en el plano legal no tiene acogida por parte de la doctrina, quienes los rechazan unánimente "por estar prohibidos por el derecho"[115], tratando de levantar la sanción máxima que pesa sobre la ley 22 de Toro.

Gómez alega "las razones para considerar esta ley justa en sus dos extremos - promesa de no mejorar y de mejorar-, no obstante lo alegado contra tales pactos, siendo la razón mas decisiva que la ley o estatuto particular pueda alterar la disposición general, mayormente si como en este caso acontece el pacto no es opuesto a las costumbres, ni dá lugar a malas sospechas: que en la promesa de no mejorar, se consulta la igualdad de los hijos, y en la de mejorar, el interés de un tercero"[116]. Queda claro que, para este autor, la ley general, que tipifica la facultad de mejorar y de no mejorar no tiene justificación posible, sólo puede admitirse si el estatuto particular la ejercita de una manera justa.

Gutierrez entiende "Que aunque implica en términos de justicia que el padre se obligue a sus hijos cuando no tiene posibilidad de celebrar con ellos contrato, no es ilegal la promesa de mejorar o no mejorar, porque equivale a una especie de transacción entre padres e hijos sobre derechos sucesorios respecto a los cuales aparecen estos revestidos de cierta independencia, de cierta personalidad: tampoco es inútil, pues la promesa de no mejorar, promesa negativa, les garantiza la herencia sin disminución"[117].

94. Eficacia de la promesa de mejorar.- La promesa de mejorar o no mejorar queda regulada por primera vez en la ley 22 de Toro (NR. 10, 3, 6). El precepto

[114]Según NOLASCO (ob. cit., 90) este texto encierra cuatro especies de pactos: "primero de no suceder privándose alguno del derecho futuro; segundo, sobre suceder en que se trata de adquirirlo; tercero, en razón de conservar el que se tiene para heredar a alguna persona; cuarto el que determina se practique la división de alguna herencia futura". Según GUTIERREZ (ob. cit., t. 3, 568) parece extraño que Llamas y Palacios pasaran en silencio el origen de esta ley, porque el derecho constituido interesa aquí menos que la razón constituyente. Pero los pactos de *succedendo* están prohibidos por el derecho y añade ¿tiene alguna relación la promesa con esos pactos?, Gómez por prurito de romanizar, se entretiene acaso más de lo conveniente en el examen de los pactos sucesorios. Estos pactos presentan cuatro formas: de no suceder, de suceder, de conservar y de dividir, -y añade- Gómez desarrolla las razones que existen para considerar la ley justa, no obstante lo alegado contra tales pactos; Según GARCIA GOYENA (*Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, T. I, 105), al comentar el Art. 658 del Proyecto de 1851 reconoce el carácter de pacto sucesorio de la promesa de mejorar y no mejorar, estando prohibida esta institución en el Art. 994 de dicho cuerpo.

[115]GUTIERREZ, ob. cit., T. 3, 568.

[116]GUTIERREZ, ob. cit. T. 3, 569.

[117]GUTIERREZ, ibídem.

se mantiene exacto en la Novisima Recopilación, con una salvedad que fué objeto de reñida polémica entre sus intérpretes, se trataba de responder si la ley, llamada de Madrid (NR. 10, 3, 6) que prohibió dar ni prometer a la hija, por vía de dote o casamiento, el tercio y quinto, era aplicable a los restantes hijos, en los mismos casos y referenciados a la promesa de no mejorar[118].

La facultad de hacer promesa de mejorar o no mejorar se deriva de la posibilidad de hacer mejora mediante contrato. Las causas que les dieron origen así como la utilidad que representa, ocuparon a la doctrina. ¿Qué valor puede tener la promesa de mejorar, si el padre de familia tiene el derecho de hacer, por convención y sin entrega inmediata de bienes, toda clase de mejora?, tiene el valor de un acto definitivo contra el cuál nada pueda la voluntad del promitente[119].

Estas promesas, al igual que las mejoras tienen que celebrarse entre el padre y los reservatarios.

95. **Las promesas negativas: primeras en su producción.-** En el orden de prioridad, las promesas negativas debieron ser las primeras en producirse. Y es de notar que en la ley XXII de Toro son éstas las que se mencionan primero, y aquellas cuyo empleo aparece más fácil, con la única condición: la de hacer constar dicha voluntad en escritura pública.

Nolasco, al comentar la promesa de mejorar dice: "que el primer pacto se verifica quando el hijo u otro descendiente o pariente que se halla con próximo derecho de suceder al padre, ascendiente, o consanguineo, prometió no sucederles haciendo renuncia del derecho que en los bienes de estos tenía; cuyo pacto es inválido por derecho, por presumir la ley, que mediante una corta cantidad que de pronto recibe el renunciante, se quita una herencia opulenta para en adelante; siendo importante a la causa pública que cada uno sepa dirigir sus derechos y hacienda en términos que no la disipe con tanta facilidad"[120], añadiendo que por esta misma razón, los padres tampoco pueden renunciar a la herencia futura de los hijos, ni que testen en su perjuicio, excepto si aquellos en vida hubiesen percibido su legítima y del mismo modo ocurre con los hijos respecto a la herencia de sus padres.

---

[118]Según GARCIA GOYENA (ibídem), la finalidad de esta prohibición era frenar la costumbre de hacer cuantiosas dotaciones con cargo al tercio y quinto.

[119]LACOSTE, ob. cit., 255.

[120]NOLASCO, ob. cit., 90.

Nolasco entiende que ni los hijos pueden pactar sobre no suceder a sus padre, ni estos a aquellos; no cabe la renuncia de un derecho futuro. El acto que contravenga esta regla es inválido.[121]

Febrero mantiene, que el padre está obligado a cumplir la promesa de no mejorar, en todos los casos en que la mejora es irrevocable. También está obligado a cumplir la promesa de no mejorar en los casos expresos en esta ley, ya se haga en contrato oneroso con tercero, ya con el hijo solamente[122]. Pone de relieve este autor, que con las promesas de no mejorar se propicia la igualdad de trato a todos los descedientes.[123]

Gutierrez [124]niega que sea contrato entre padre e hijo, por lo que entiende que la promesa de mejorar "no es ilegal" porque equivale a una especie de transacción entre padre e hijos sobre derechos sucesorios.

A nuestro entender, este autor, trata de eludir el carácter sucesorio de la relación y adopta por ello una calificación imprecisa. Todos los autores tratan de evitar el profundizar en el tema y calificar su contenido como pacto sobre la herencia futura.

Lacoste, en lo que respecta a la promesa de no mejorar, es más exacto y manifiesta que nos encontramos en presencia de un pacto sobre sucesión futura[125].

96. **Las promesas positivas: interpretación doctrinal de la ley XXII de Toro.-** Las promesas positivas, quedan reguladas en las leyes de Toro, de la siguiente manera:

XXII Toro: " Y ordenamos igualmente que si el padre, ó la madre, ó ascendientes, han prometido mejorar a uno de sus hijos ó descendientes con el tercio y quinto, por vía de casamiento ó por cualquier otra causa onerosa, estarán en ese caso

---

[121]Según NOLASCO (ob. cit., 91) esta es la regla general; a continuación presenta una serie de supuestos en los que cabe la renuncia.

[122]Recoge FEBRERO (ob. cit., T. 2, 8 y 3) criterios contradictorios respecto a la promesa que hace el padre a la hija o al yerno de no mejorar a los demás, pues por este pacto se ve mejorada ésta, y a continuación varios supuestos de promesa de no mejorar, asi como las consecuencias que conlleva su contravención, apartados que trataremos más adelante.

[123]LACOSTE, ob. cit., 255; FEBRERO, ob. cit., T. 2, 3.

[124]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 569) aunque este pacto implica que el padre se obligue a sus hijos, no implica contratatación con los mismos.

[125]Según LACOSTE (ob. cit., 255), cumple varias finalidades: evitar la captación de la voluntad por parte del hijo que ejerce influencia sobre el padre. En otros caso propicia la igualdad entre todos los hijos.

obligados a cumplir su promesa; y si no lo hacen, dicha mejora del tercio y quinto será a su muerte tenida por hecha".

En el fondo, esas promesas equivalen, a las mejoras hechas, en iguales circunstancias, por capitulaciones matrimoniales o por escritura a título oneroso con un tercero. Unas y otras poseen un carácter definitivo e irrevocable, todo lo que se puede observar es que las promesas de mejorar llenarán su papel allí donde las mejoras efectivas serán incapaces de producir algo útil[126].

La doctrina, en el período que precede a la codificación, o bien se limita a transcribir las leyes de Toro o emite un juicio, en cierto punto condenatorio del precepto: "El pacto de suceder, por el que alguno ofrece el instituir a esta o esotra persona, es nulo: lo primero, por ser contra buenas costumbres, como inductivo de ocasión para delinquir, dándose muerte al promitente por el heredero para sucederle; y lo segundo, porque impide la libertad de testar que qualquiera tiene hasta fin de sus días; y por lo mismo tampoco tendría efecto aunque fuese pacto jurado"[127].

Gutierrez declara, que los "pactos succedendo" están prohibidos por el Derecho. Al objeto de no tachar de ilegal a la ley 22, califica a la promesa de mejorar como transacción entre padres e hijos sobre derecho sucesorios[128].

Febrero, Sala, Gómez de la Serna y Escriche prestan poca atención a la promesa de mejorar, sin emitir juicio alguno respecto a su validez [129].

Febrero presenta una serie de dudas a que da lugar la promesa de mejorar:

---

[126]LACOSTE, ibídem.

[127]Según NOLASCO (ob. cit., 94), se exceptúan de esta prohibición las promesa hechas por los soldados, quienes hallándose en expedición de guerra pueden hacer dicho pacto e institución recíproca. También será válida la institución recíproca que se hagan cualesquiera otros aunque no sean soldados, cuando no proceda pacto para ello, con advertencia, que si dos v.g. prometieren instituir a Ticio, y el uno lo cumpliere por su parte, no obstante que el pacto sea nulo y muriese, debe subsistir esta institución por más que se diga haberse hecho con el respecto de que el superviviente cumpliera tambien lo ofrecido, lo qual no lo executó, mediante a que no habiéndose hecho con Ticio convención alguna, no se le puede imputar a este mismo cosa alguna.

[128]GUTIERREZ, ob. cit., T. 3, 568 y 569.

[129]Recoge FEBRERO (ob. cit., T. 2, 9) dos supuestos en los que habiendo prometido mejorar, no está obligado a ello: Si el hijo renunció el derecho adquirido mediante pacto ó murió en vida del padre ó madre con quien lo hizo sin dejar descendientes; SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, 178; GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., T.2, 84; ESCRICHE, T. 2, 574.

1. Si basta que la promesa de mejorar se haga al hijo o es necesario que se haga a la nuera[130]. Entendemos, que tal y como mantuvimos al tratar de la mejora, para que ésta sea irrevocable, por razón de casamiento, debe mencionarse al cónyuge del mejorado, en otro caso se tratará de mejora revocable[131]. Lo que es exigible para la mejora, igualmente lo será para obligarse a mejorar.

2. El padre recobrará su derecho si muere el hijo a quien prometió mejorar, y de este modo podrá mejorar libremente a cualquiera de sus hijos o nietos. Sobre este punto la doctrina es unánime, si hubiere dejado descendientes, el padre no podrá mejorar a uno en perjuicio de otros, porque todos indistintamente representan el lugar del difunto y deben suceder en aquella mejora que, por virtud del contrato, estaba obligado el padre a hacer a su hijo: de modo que los hijos no la reciben como mejora del abuelo, sino como parte de los bienes de su padre[132].

3. Bajo la propia hipótesis del fallecimiento del mejorado, se preguntan los autores si podrá disponer de la mejora en favor de un extraño. Según califiquen a la mejora de beneficio personal o no, responderán en el primer caso que el padre se exime de la obligación contraida muriendo el hijo a quien hizo la mejora [133]. La respuesta que da Llamas nos parece acertada: "Nadie ignora que el heredero es sucesor de todo el

---

[130]Recoge GUTIERREZ (ob. cit., 575) las respuestas que da la doctrina: Gómez entiende que es necesario. Llamas opina lo contrario, basándose en que nada exige la ley . Ayora entiende que en el caso de no tenga que mencionarse resulta la promesa de mejorar mas eficaz que la mejora(Part.2, cuest, 14, nº 43).

[131]Recoge GUTIERREZ (ob. cit., 548), varias opiniones: Gómez para interpretar rectamente en el casamiento del hijo, que es el único que puede ser mejorado, (recuérdese que la Pragmática de Madrid prohibe la mejora de la hija en concepto de dote), conviene no perder de vista que la mejora se ha de hacer al hijo por dicha causa y con tercera persona. Es indiferente que el pacto se haya verificado ó con el hijo ó con la nuera, siempre que preceda al matrimonio. Matienzo, según recoge el autor, añade que la mejora será revocable si el matrimonio no llega a verificarse, y del mismo modo cuando se haga sin designación de persona, pues la ley consulta el interés del tercero, que tal vez sin esa condición no habría aceptado aquel compromiso (Glosa 8, nº 5 y 9).

[132]Recoge GUTIERREZ (ob. cit., 575) las opiniones de Gómez y Matienzo, este último lo suscribe en la glosa 4, nº 3; Añade NOLASCO (ob. cit., 96) que premuriendo la persona a quien prometió la mejora, este derecho pertenece igualmente a sus hijos nietos del promitente, sin preferencia alguna. Y aunque la ley 18 de Toro da facultad al abuelo para que pueda mejorar a uno de sus nietos, sin tener precisión de hacerlo con todos los que hubiere del hijo, cesa su disposición precediendo pacto de mejorar a éste; En idénticos términos ESCRICHE (ob. cit., T. 2, 574).

[133]GUTIERREZ (ob. cit., 575) cita a Matienzo y recoge la opinión de Tello Fernandez en sentido afirmativo, pues el contrato produjo sus efectos, de tal suerte que se tiene por hecha la mejora si el que la prometió no cumple su promesa: *"omnis enim acquisitio quae fit ex contractu prodest contrahendi el ejus haeredibus"*.

derecho que competía al difunto: con que teniendo el hijo acción para haber exigido de su padre la mejora, es claro que esta acción se ha trasferido al heredero"[134].

Premuerto el hijo sus descendientes tienen derecho a exigir la cuantía de la mejora, si fué mejora de cuota o a impugnar la venta efectuada por el abuelo, en el supuesto que la herencia fuere insuficiente para el pago del tercio, y se trate de mejora en cosa cierta, dejando asentado, eso si, que sólo será exigible la mejora a la muerte del mejorante. A fin de proteger sus derechos, caben las anotaciones y medidas registrales pertinentes para garantizarlos según Llamas[135].

97. **Requisitos en el otorgamiento de las promesas de mejorar y no mejorar.-** Para que la promesa de no mejorar en contrato inter-vivos surta efectos se requiere su otorgamiento en escritura pública; por contraste la promesa de mejorar -que la ley XXII trata a continuación-, requiere se efectúe vía casamiento o por contrato oneroso. Esta diferencia en cuanto a exigencia de formalidades dá origen a diversidad de opiniones sobre si caben otros medios probatorios[136].

Según opinión doctrinal mayoritaria se requiere escritura pública "pro forma ad solemnitatem"[137].

El legislador de Toro veía claras diferencias entre los dos tipos de mejora, las promesa de mejorar exigía una causa onerosa -por vía de casamiento o por cualquier otro título oneroso-, mientras que las de no mejorar, no lo exigían; en ambos casos, la forma exterior era la misma: un acto auténtico.[138]. La tradición, la lógica y el buen sentido nos

---

[134]GUTIERREZ, ob. cit., 576, recoge la opinión de Llamas en el nº 168 ss, Sent. 30 Octubre 1869; en este mismo sentido Gutierrez, reconociendo que es lógica la deducción, se cuestiona si Llamas parte de un supuesto cierto y pregunta ¿el hijo premuerto, cuándo o en que tiempo ha podido exigir al padre que le cumpla la promesa?.

[135]GUTIERREZ, ob. cit., 576.

[136]Recoge GUTIERREZ (ob. cit.,T. 3, 570), los argumentos de Llamas al respecto, quien entiende que existe un defecto en la redacción de la ley, porque no tiene sentido hablar de las promesas por contrato de no mejorar y otorgamiento de escritura, ¿a quién ha de prometer? ¿para prometer a sus hijos es necesario otorgarles escritura?. Lo lógico es que hiciera estas promesas por la celebración del matrimonio, por lo que concluye que las promesa de no mejorar deberán ser vía casamiento y otorgadas en escritura pública y mantiene que la interpretación de Llamas es incorrecta. Según ESCRICHE (ob. cit., 575), no existe razón alguna que justifique la diferencia en el tratamiento jurídico de un tipo y otro de mejora, por lo que mantiene se formalizará en escritura pública.

[137]ESCRICHE, ob. cit., T. II, 574; Según GUTIERREZ (ob. cit., 571), se cuestiona la doctrina sobre si cabe la prueba mediante testigos o que ocurríria si después de otorgar escritura ésta se perdiera.

[138]LACOSTE, ob. cit., 259.

dicen al unísono que el lugar para las promesas de no mejorar no son las capitulaciones matrimoniales, en cambio es la sede natural donde tienen lugar las promesas de mejorar. Ahora bien, no sólo en capitulaciones matrimoniales sino que se amplía "o por otra causa onerosa".

La finalidad que desempeñaban cada tipo de mejora es diferente. Mientras que la promesa de mejorar tendrá lugar cuando el promitente tuviere un patrimonio actual exiguo y bien por casamiento u otro contrato oneroso, desea comprometer una cantidad mayor en concepto de mejora, la promesa de no mejorar, en un principío era un arma en manos de los hijos para ayudarles a luchar contra el favoritísmo, sirvió más adelante para que triunfase el principio de igualdad en las sucesiones[139].

A las promesas de no mejorar les conceden una mayor amplitud, atendiendo a que no es necesario, una ocasión concreta, ni una compensación -lo que no es óbice para que en algunos casos se diera-[140], pueden realizarse en todo tiempo; ahora bien además del otorgamiento de la escritura es necesario que exista un contrato intervivos, es decir un acuerdo de voluntades entre los otorgantes, una participación directa de ambos.

Estas consideraciones, justifican el que las formalidades exigidas fueran diferentes en uno y otro tipo de promesa.

En el proyecto del Código Civil de 1851 se exigía la aceptación expresa por parte del destinatario de la promesa de mejorar, como requisito de validez [141]. En las Leyes de Toro se admitió la aceptación tácita, presumiéndose el concurso del beneficiario de dicha promesa al acto de escritura [142]. Entendiéndose que no es que se presuma el concurso, el concurso es cierto,-se ha de formalizar la promesa bien por contrato de matrimonio o contrato oneroso-, lo que se presume es la aceptación tácita.

98. **La exigencia de la actuación personalísima en la disposición de la mejora: Ley XIX de Toro.-** La ley XIX de Toro regula en el párrafo último, la exigencia de una actuación directa de los otorgantes en la formalización de la promesa

---

[139]LACOSTE, ob. cit., 258 ss., en términos semejantes.

[140]Puede verse en NOLASCO (ob. cit., 91), que algunos de los supuestos en los que admite la promesa de no mejorar a un hijo determinado, refiere "aunque el renunciante no perciba por ello cosa alguna".

[141]GARCIA GOYENA, ob. cit., T. 1-2, 105.

[142]LACOSTE, ob. cit., 258.

Se entiende que la facultad de mejorar es un derecho personalísimo por lo que no cabe delegación [143]. Esta regla aparece exceptuada en la ley 31 de Toro que regula las facultades del comisario testamentario[144], y el principio jurídico "quidqui potest quis facere per se, potest etiam per alium", lo que da lugar a variadas interpretaciones por parte de la doctrina[145].

XIX Toro: "El padre y la madre y abuelos en vida ó al tiempo de la muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacieda el tercio y quinto de mejoría en que lo aya el hijo ó hijos ó nietos que ellos mejoraren: con tanto que no exceda el tercio de lo que montare, ó valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna"[146].

En lo que respecta a la facultad de mejorar por comisario, del examen contextual de las leyes XXXI y XIX de Toro y considerando que la segunda ley contiene una norma especial respecto a la primera que es precepto general[147] extraemos las siguientes ideas:

1. El mandato general que una persona da a otra con el fin de hacer testamento no lleva aparejado el poder constituir mejoras.

2. Podrá delegarse la facultad de mejorar mediante poder especial con especificación de los bienes con los que debe constituirse la mejora[148].

---

[143]NOLASCO, ob. cit., 86.

[144]Ley XXXI Toro (NR, 10, 19, 1): "...no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni del quinto ni desherederar a ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda subsistir vulgar ni pupilar, ni exemplarmente .....salvo si el que le dió poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre a quien manda que el comisario haga heredero, y en quanto a las otras cosas señalando para que le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no más."

[145]Trata GUTIERREZ (ob. cit., 558) de las distintas posturas: Matienzo, Palacios Rubio distinguen entre la mejora en cosa específica en la que cabe delegación y la mejora de cuota en la que no cabe. Pacheco entiende, que en todo caso, cabe tal delegación. Gutierrez añade que en la delegación de mejorar en cosa específica, a su vez puede subdistinguirse dos supuestos: que el testador diese comisión a tal persona para que mejore a tal de mis hijos en la finca específica que, a bien tuviere ó con especificación de la finca dejando al comisario la facultad de elección; la delegación contenida en el primer supuesto no es válida porque contraviene la ley que prohibe delegar la facultad de señalar el tercio y quinto, la de la segunda si, porque la designación es del testador.

[146]Ley XIX Toro (NR. 10, 6, 3)

[147]GUTIERREZ, ob. cit., 559; Según LACOSTE (ob. cit., 190) la fórmula de apoderamiento especial y detallado sería de este tenor: "Doy poder a N. para constituir una mejora del tercio en provecho de mi hijo Pedro. Y para llenar esta condición de la mejora se le hará donación de la tierra que poseo en tal sitio" ó se dira´: "Esta mejora se constituirá con el grupo de bienes que poseo en tal parte".

[148]En términos parecidos LACOSTE, ob. cit., 190.

Lo que la ley no permite, ni aún al comisario, con mayor razón debe prohibirlo al hijo[149], opinión que no comparte Sala, quien entiende que el hijo no queda incluido en la prohibición [150], pareciéndonos más razonable el seguimiento de la primera opinión, mediante aplicación analógica del precepto.

99. El reconocimiento legal de la facultad de elección del nieto en vida del hijo: Ley XVIII de Toro. Ruptura de la representación sucesoria.- Respecto a quienes pueden ser beneficiarios de la mejora, la ley XVIII de Toro introduce una innovación al establecer la posibilidad de designación de los nietos, viviendo los hijos.

XVIII Toro: "El padre ó la madre, ó qualquier dellos pueden si quieren hacer el tercio de mejoria que podían hacer a sus hijos, ó nietos conforme a la ley del fuero a qualquier de sus nietos, ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padre de los dichos nietos, ó descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impediamento alguno" [151].

Esta innovación deshace la idea de la representación sucesoria en orden a la mejora[152], y confiere el carácter electivo y voluntario de la misma en concurrencia con el de representación sucesoria para los supuestos en los que no existe mejora[153], suponiendo una ruptura con el sistema tradicional de las mejoras[154].

---

[149]GUTIERREZ, ob. cit., 559.

[150]Según SALA (*Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1820, 180), cabe la opinión contraria, basándose en los siguientes argumentos: 1) La ley usa palabras generales "a otra persona alguna" sin hablar del hijo que es el destinatrio de la mejora y que sin duda lo hubiera citado de querer excluirle . 2) que la facultad de señalar los bienes versa en utilidad dc los mismo hijos.y en consecuencia se debe ampliar en beneficio de ellos .

[151]Ley XVIII Toro (NR. 10, 6, 2)

[152]Según LACOSTE (ob. cit., 155), el princicipio de representación sucesoria está presente en todos los textos anteriores. El Fuero Juzgo, traduciendo fielmente el *Liber Judiciorum*, lo había respetado. El Fuero Real lo sostenía tambien en la fórmula "ningun home que hubiere fijos, ó nietos, ó dende ayuso, que hayan de heredar" (El término ayuso quiere decir abajo), por tanto para poder heredar es preciso ser colocado por la ley entre los reservatarios y solo pueden colocarse a los hijos en representación de su padre, según la Ley de Estilo 214; Según NOLASCO (ob. cit., 85), aunque los nietos y demás descendientes, viviendo el padre, no tienen derecho de suceder al abuelo, esta ley permite sean mejorados en el tercio.

[153]En idéntico sentido LACOSTE (ob. cit., 156).

[154]Según GONZALEZ REBOLLAR ("Sobre mejoras a los nietos en vida de su padre", citado por LACOSTE, 155), las leyes de Toro modificaron el Fuero Real, que hasta entonces reguló las mejoras del Derecho castellano, y admitió que los ascendientes pudiesen mejorar a aquellos descendientes que no tienen la consideración de herederos forzosos, es decir a los nietos viviendo los hijos.

Teniendo en cuenta el carácter supletorio del Derecho castellano[155], esta innovación introducida por las leyes de Toro encierra especial interés en la interpretación de las leyes vizcaínas.

100. **Interpretaciones doctrinales a la ley XVIII de Toro.-** La ley XVIII de Toro fué objeto de varias interpretaciones:

1. Una interpretación legalista considera a esta regla una reforma ilógica porque se opone en alguna medida a principios inveterados y preestablecidos en las leyes.

2. Una interpretación finalista busca la razón filosófica de esta innovación, considerando se trata de una concesión parcial a la idea romana de libertad de testar[156]. La finalidad de esta innovación encierra un gran valor práctico y ciertamente responde su aparición a la acción de las necesidades cotidianas [157], sin embargo, escrutando la vida, la innovación viene impregnada de la poderosa y secreta lógica de las cosas y a imperativos de equidad[158].

La facultad de mejorar compete a los padres respecto de sus hijos legítimos, aunque sean habidos en diferentes matrimonios; esta facultad se extiende tambien a los abuelos respecto de su nietos y demás descendientes legítimos, no sólo en el tercio sino en el quinto[159] .

---

[155]Puede verse los nº 42 a 44 de este trabajo la opinión de los autores que mantuvieron la posibilidad de elección del nieto en vida del hijo, al interpretar el Fuero de Vizcaya.

[156]Según LACOSTE (ob. cit., 165), la facultad de elección del nieto en vida del hijo es una concesión a la idea romana de libertad de testar, y si bien al principio esta concesión no había tenido más campo que el reducido y limitado concedido por el rey Chindasvinto, andando el tiempo, las cosas cambiaron, y a medida que la cuantía de la mejora adquiría más movilidad e independencia, puede afirmarse que la idea romana ganaba terreno hasta llegar a la victoria completa que señala la ley XVIII de Toro y los principios contenidos en la ley XXVII. (En esta monografía existe un estudio histórico periodificado de la legislación sobre las mejoras).

[157]Según LACOSTE (ob. cit., 164), esta ley tiene un origen consuetudinario, derivado pobablemente de una interpretación extensa y lata de un pasaje del Fuero Juzgo relativo a las cargas y condiciones con que el padre de familia podía gravar por testamento la mejora que hacía a favor de los hijos, unido a que las leyes de Toro fueron elaboradas en León, y que dicho país no había cesado de regirse por el *Liber Judiciorum*; por todo ello, parece evidente que estas costumbres regían en el s. XV.

[158]Según LACOSTE (ob. cit., 158), evitando que quedara descartada toda posibilidad de mejora y por otra parte que el patrimonio se disipara, en los supuestos de hijos único y varias nietos y el hijo único fuera inhabil o incapaza para dirigir sus asuntos.

[159]ESCRICHE, ob. cit., T. II, 569.

El padre que tiene un sólo hijo, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, en el cuál sucede como heredero forzoso, pero puede mejorarle en el quinto[160].

Teniendo el abuelo un solo hijo y muchos nietos ¿podrá mejorar a cualquiera de estos en el tercio? Antonio Gómez[161] entiende que en tal caso el abuelo no puede mejorar a ninguno de los nietos, pues a su entender la ley 18 concede al abuelo la facultad de mejorar en el tercio, cuando tenga varios hijos, y éstos o alguno de ellos, varios nietos[162].

Mejorando a un nieto cuyo padre fuere disipador, puede el abuelo privar a éste del manejo de los bienes que constituyen la mejora, siempre que haga constar aquél defecto[163].

La madre viuda puede hacer mejora irrevocable del tercio; aunque viva el marido ejecutándola de los bienes en que éste no tiene usufructo [164].

101. **Cuantía de la mejora, cálculo.-** La ley XIX de Toro establece la cuantía máxima de la mejora en un tercio de los bienes, "con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte" [165]; este precepto es claro a la hora de fijar el límite en una doble vertiente:

1. Es válida la designación de cierta cosa o parte de su hacienda en tanto que dicha cosa o parte no exceda de lo que montare o valiere la tercera parte de sus bienes.

---

[160]Según ESCRICHE (ob. cit. , 569), éste es el criterio que unánimemente sigue la doctrina a excepción de Parladorio.

[161]Según recoge ESCRICHE (ob. cit., 569), la opinión de Gómez aparece en la ley 17 de Toro.

[162]Según ESCRICHE (ob. cit., 569) la razón que aduce es que el tercio de mejora es legítima; Covarrubias, Tello, Matienzo y Llamas defienden la postura contraria entendiendo que es legítima frente a extraños, pero no lo es respecto de los nietos y demás descedientes y añaden que si esta es la razón tampoco podía tener lugar la mejora del tercio en los nietos cuando el abuelo tuviese muchos hijos, porque no menos es legítima de los hijos cuando son muchos o uno solo.

[163]ESCRICHE, ob. cit., 569. .

[164]Añade NOLASCO (ob. cit., 85) porque si tuviere el usufructo, aunque sea válida e irrevocable por la traslación de posesión no debe ser privado de aquél derecho hasta su muerte, reflejando que la madre sólo puede disponer del que tenía en todo los citados bienes.

[165]Ley XIX de Toro (NR, 10, 6,3): "El padre ó la madre y abuelos en vida ó al tiempo de la muerte puedan señalar en cierta cosa , ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo aya el hijo ó hijos, ó nietos que ellos mejoraren: contanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare, ó valiere la tercera parte de sus bienes al tiempo de su muerte....".

2. Que la mejora se ha de computar según el valor que tengan los bienes al tiempo de la muerte.

En consecuencia, la mejora puede constituirse en cosa cierta, sin designación de cuota; ya designando cuota, v.g. tercio y quinto o sin señalamiento de cosa, ya determinando la cuota y señalándola en cosa particular. Si sólo expresare que mejora, se presume que en el máximo que le permiten las leyes, es decir el tercio y quinto[166].

102. **La mejora del tercio y quinto en los documentos examinados.-** La presencia en diversas Leyes de Toro [167] y en documentos de aplicación del derecho, de la fórmula "mejoro en el tercio y quinto", creó confusión entre sus intérpretes sobre el alcance jurídico de la misma.

La fórmula empleada, mejora del tercio y quinto, mezcla y parece identificar dos nociones: la mejora propiamente dicha y el quinto de libre disposición. Ahora bien, estas dos masas no tienen de común más que la posibilidad de poderse encontrar en manos de un único destinatario. Son distintas tanto en su origen, como en su naturaleza y caracteres.

¿Es que acaso las Leyes de Toro quisieron crear un nuevo tipo de mejora, que viene a expresarse con la referida fórmula?

La perfecta separación trazada entre el tercio y el quinto en ley XX disipa toda posible duda[168]. Esta ley ha querido simplemente abrogar la regla de no acumulación de la mejora del tercio y del quinto de libre disposición dictada por el Fuero Real o ha querido sentar de manera evidente que el heredero favorecido con la mejora del tercio, pueda recibir el quinto, sin pretender modificar el concepto tradicional de mejora ni del

---

[166]ESCRICHE, ob. cit., 571; Según LACOSTE (ob. cit., 170), en algún aspecto también fué reformadora la ley de Toro, en el sentido que abole la prohibición dictada en el Fuero Real y mantenida por las Leyes de Estilo, de la acumulación en manos de un heredero del tercio de mejora y del quinto de libre disposición El Fuero Real establece una separación absoluta entre el tercio de mejora y el quinto de libre disposición, los herederos que ya han recibido la mejoras no pueden recibir el quinto, le ley concluye el quinto puedan dar por su alma,"o en otra parte do quisiere, e no a ellos". Esta prohibición podía ser interpretada en un doble sentido: prohibición de dar el quinto a los reservatarios ó respecto a aquel reservatario que ha recibido la mejora.

[167]Leyes XIX, XX, XXI, XXII, XXV, XXVI y IXXX de Toro que tratan de la mejora del tercio y quinto.

[168]Ley XX de Toro: "los hijos ó nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio ni del quinto de mejoría que el testador oviere hecho á alguno de sus hijos ó nietos, ó quando mejorare en el quinto á otra persona alguna, sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio y quinto ó quando no le señaló en la parte de la hacienda que el testador dejare ...."

quinto de libre disposición si bien las leyes de Toro hacen posible la atribución del quinto de cuota disponible a los reservatarios[169].

Hipotéticamente nos parece probable, que la infundada prohibición del Fuero Real, pudo haber generado algunas fórmulas que en la práctica jurídica eludieran su aplicación, no deja de ser un mera hipótesis, que nos aventuramos a exponer en base a dos argumentos:

1. De las 10 leyes que regulan la mejora en 7 emplean la fórmula de la mejora del tercio y quinto.

2. En los documentos notariales examinados, siempre que se mejora, aparece con un alcance del tercio y quinto.

103. **La facultad de gravar la mejora: destinatarios del gravamen.-** La facultad de constituir la mejora en bienes señalados se complementa con el derecho de gravar la mejora con determinadas cargas[170]. De interpretarlo mal, si no se traza un límite claro, se llega a soluciones exorbitantes, que pueden llegan a contradecir el principio de libertad que encierra la misma mejora[171].

La ley XXVII de Toro regula esta materia e introduce una doble innovación con respecto a los Códigos anteriores:

XXVII Toro: "Mandamos que quando el padre ó la madre mejoraren a alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisiere, así de restitución, como de fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vínculos, y sumisiones, y

---

[169]Completa LACOSTE, (ob. cit., 179) la explicación con referencias ilustrativas de la legislación precedente.

[170]Según LACOSTE (ob. cit., 283), la facultad de gravar aparece en la *Dum Inlicita* reformada por Ervigio y promulgada en el 681. Recogida posteriormente en el Fuero Juzgo, a mediados del s. XIII, estableciéndose la obligatoriedad de asumir la carga. No se especifica la naturaleza de las cargas permitidas ni qué personas pueden ser beneficiarios de las mismas, las disposiciones de la *Dum Inlicita* menciona a los herederos reservatarios, si bien en la Edad Media se entendió que podían ser mejorados otros herederos además de los forzosos.

[171]Según LACOSTE (ob. cit., 157), al hacer accesible a la mejora a los descendientes de segundo grado, ó de un grado ulterior, la reserva que corresponde a los herederos de primer grado. Desde este momento han atentado a los derechos absolutos que tenían los reservatarios, en la cuantía a que asciende la mejora. Esto no impedirá que el derecho de los nietos al tercio de mejora acarree una disminución real de la reserva colectiva, y , en general de los herederos directos, y aquí precisamente se presenta el atentado a los principios dominantes y a la noción primitiva de mejora.

substituciones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legítimos, y a falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegitimos que hayan derecho de les poder heredar, y a falta de los dichos descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes, y a falta de los susodichos puedan hacer las dichas submisiones entre sus parientes, y a falta de parientes entre extraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condición en el dicho tercio. Los quales dichos vínculos y submisiones, ora en el quinto mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el testador declarare, sin hacer diferencia de quarta ni de quinta generación"[172].

1.º Las cargas con que el padre o la madre pueden, ya por acto de última voluntad, ya por actos "inter-vivos" gravar la mejora que señalan a uno de sus hijos o descendientes, son: restituciones, fideicomisos, mayorazgos o vínculos y sustituciones. Fuera de esos casos, no podrán "imponer sobre el tercio de la mejora ninguna carga ni condición".

2.º Serán beneficiarios de estas cargas, por orden de preferencia: a) Los descendientes legítimos. b) Los descendientes naturales llamados por ley a suceder. c) Los ascendientes. d) Los parientes. e) Los extraños.

La ley XXVII, establece el ámbito de los posibles beneficiarios de las cargas, y lo hace respetando los derechos de los legitimarios, pues en ningun caso permite que sean beneficiarios los extraños, en presencia de aquellos, sino en su defecto; la literalidad de la norma lo confirma de forma reiterativa : "en defecto de descendientes", "en defecto de ascendientes", "en defecto de parientes". No solo respeta los derechos de los legitimarios sino de los parientes [173], sólo, en defecto de todos ellos, pueden ser beneficiarios los extraños.

Por el contrario, responde a la correcta interpretación de esta ley, que en lo que respeta al tercio de mejora se amplía el campo de los posibles beneficiarios, mediante la posibilidad de favorecer, de una manera indirecta y por vía de intermediario a personas que no son puros reservatarios ni descendientes de reservatarios, desprovistos de derechos a la sucesión, sino a los ascendientes, a los colaterales y hasta extraños.

---

[172]Ley XXVII de Toro (NR. 10, 6, 11).

[173]Según SALA (*Ilustración del Derecho Real*, Madrid, 1820, 228), los parientes que tienen derecho a la sucesión abintestato serán en base a la Instrucción para la recaudación de los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos, mandada observar por Real Decreto de 27 Noviembre 1785 (NR, 6, 22, 10), los que no pasen del cuarto grado, y en su defecto vaya al Fisco. Dice el autor que habiendo examinado el cap. 9 de dicha Instrucción, duda sobre esta afirmación, entendiendo debe extenderse a grados ulteriores, siguiendo la computación canónica. Por nuestra parte entendemos que el término parientes no se limita a los que han de ser llamados abintestato, sino a todos los que tengan vínculo de parentesco de consanguinidad y afinidad. No habiendo parientes serán los extraños los posibles beneficiarios de las cargas.

Los autores ven con cierta reticencia esta innovación[174].

Desde el punto de vista práctico, entendemos que lo que se pretende con esta ley, -dado el carácter subsidiario del llamamiento de los parientes y extraños a la mejora-, es fortalecer la apertura que dió a los descendientes posibilitando a que sean directa o indirectamente favorecidos con la mejora otras personas, en vida de sus padres[175]. El puesto privilegiado que se concede a los descendientes legítimos permite pensar que fueron, sobre todo los nietos, los que se beneficiaban con las cargas, restituciones y sustituciones con que los padres podían gravar la cuota de mejora.

---

[174]Añade GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 586), nada hay que oponer a esta ley, nada tampoco que decir contra su disposición, sin embargo choca que la mejora introducida en beneficio de los descendientes pueda dejarse a los ascendientes, a los colaterales y aún a los extraños. Recoge este autor la opinión de Matienzo que dice: si bien se examinan las palabras y el espíritu de la ley no carecen de razón, ni nada hay que oponerle: el gravámen de restitución impuesto sobre la mejora de un hijo, habiendo otros descendientes, respecto de los cuales no puede llamarse con propiedad legítima, es un gravámen impuesto a su favor: las demás sustituciones y llamamientos de extraños surten su efecto que ha perdido ya el nombre de legítima; lo que una vez ha sido enajenable, es alienable perpetuamente una vez que ha salido de la familia; de ahí es según nuestra ley que pueda venir a los descendientes ilegítimos, a los ascendientes, a los otros parientes y aún a extraños; Según SALA (ob. cit.,179), no teniendo el testador descendientes, sino sólo ascendientes, se sacarán del tercio de sus bienes estas cargas de gastos de entierro y legados; Añade LACOSTE (ob. cit., 169), esta innovación es contraria al espíritu que presidió la creación de la mejora. No importa que el orden de llamamiento de los extraños y de los colaterales sea muy subsidiario: el hecho innegable es que una cuota que forma parte integrante de la reserva legal de los hijos, de forma indirecta, puede favorecer a individuos a los que la ley no garantiza ninguna reserva.

[175]Ley XVIII de Toro.

B) EL DERECHO VIZCAINO DESDE LA CODIFICACION HASTA LA COMPILACION DE VIZCAYA Y ALAVA DE 1959.

Capítulo 4º. **Los Proyectos de Apéndice y la Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava de 1959.**

104. **La política unificadora y centralizadora propia del movimiento codificador y la decadencia foral.**- La coexistencia de diversos Ordenamientos jurídicos-civiles dotados de órganos para su renovación y aplicación en la etapa foral, dió tránsito, a partir de los Decretos abolitorios de Felipe V, a una política centralizadora y a una actitud cercenadora de la potestad legislativa propia de los territorios forales, abocando finalmente al mantenimiento mínimo y coyuntural de las instituciones[1].

La política unificadora y centralizadora, que tiene lugar en España a partir de las Cortes de Cádiz, consolida la trayectoria iniciada por la dinastía borbónica, modificando la estructura jurídica del Antiguo Régimen.

La unificación del Derecho se presentó en dos ámbitos diferenciados entre sí, aunque sin duda relacionados. Por un lado, la unificación del Derecho civil; por otro, la de las instituciones político-administrativas, militares y tributarias.

El Señorío de Vizcaya, las provincias de Guipuzcoa y Alava junto con Navarra llegaron al final del Antiguo Régimen con sus ordenamientos jurídicos completos. Tenían no sólo su propio Derecho civil (que a lo largo del siglo XIX no fué expresamente derogado) sino todos sus órganos político-administrativos, tributarios y en algún caso,

---

[1]Tratan de la evolución histórica, de los objetivos de la Codificación, su significado y propósitos: LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil* I, *Parte General del Derecho Civil v. I Introducción* , 89 a 94; TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1980, 559 a 577; DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español I, Parte General* , 228 a 258.

militares. Vizcaya mantuvo su capacidad legislativa, aunque su importancia y actividad fueron escasas[2].

La Constitución de Cádiz de 1812 propugna la creación de unos Códigos, civil, penal y de comercio únicos para la monarquía, y los proyectos de Código civil a lo largo de la primera mitad del siglo siguieron esta orientación. La disposición final del Proyecto de 1851 decía expresamente "que quedaban derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código".

105. **El art. 12 del Código civil. Los Proyectos de Apéndice. El movimiento Compilador.-** Entre otras causas, el temor a ocasionar un recrudecimiento de la agitación política en Cataluña y Vascongadas determinó el abandono del Proyecto de 1851, unido a la favorable acogida que se dispensó al Congreso Jurídico Español de 1886; en él, si bien triunfó la idea de la unificación jurídica, fué haciéndola compatible con la conservación de las instituciones jurídicas forales que estuvieren arraigadas en cada territorio. Fué necesaria la conjunción de ambos criterios, para que prosiguiera la tarea codificadora[3].

Resultado de esta política legislativa es el art. 5 de la Ley de Bases de 1888 inspirado por Silvela, según el cual "las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales"[4].

El art. 12 de la edición revisada del Código Civil, recoge el contenido del art. 5 de las Bases y agrega se conservará por ahora "el derecho foral escrito o consuetudinario", términos que de modo inequívoco nos dan a conocer la conservación inalterada del "actual régimen jurídico"[5].

Por otra parte, la Base 6 de 1888 prevé la creación de unos Apéndices al Código civil, conteniendo las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios forales[6].

---

[2]TOMAS Y VALIENTE, ob. cit., 564.

[3]DE LOS MOZOS, ob. cit., 244.

[4]SILVELA, *Discursos* (*Legislatura 1884-1885)*, Madrid, 1886, 413.

[5]LACRUZ BERDEJO, ob. cit., 95.

[6]SILVELA, *Discursos*, ibídem.

En Vizcaya no llegó a aprobarse el Apéndice foral. Se elaboraron dos Proyectos, uno por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, bajo la dirección de D. Carlos de la Plaza y Salazar en 1900[7] y el segundo, por el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao en 1928[8].

No prosperó la idea de recoger las instituciones forales en Apéndices al Código, por el contrario, el Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza de 1946 sentó en sus conclusiones, que hasta que se elaborara el Código General de Derecho civil se compilarían las instituciones forales de cada territorio.

Respondiendo a esta nueva orientación, la primera Compilación que vió la luz fué la de Vizcaya y Alava, siendo aprobada por las Cortes Españolas mediante Ley de 30 de Julio de 1959.

Los derroteros que sigue en general la vigencia del Derecho foral van a ir enmarcados en esta trayectoria minimizadora de sus contenidos. El Derecho vizcaíno es particularmente sensible a esta circunstancia en virtud de un mal endémico que padece, consistente en la dualidad legislativa dentro del propio territorio.

Este tema preocupó a los foralistas vizcaínos de comienzos de siglo, que dieron unos criterios para su solución buscando por distintos caminos la unificación del Derecho[9]. En el texto compilado no prosperaron ninguna de las soluciones propuestas, por lo que la dualidad persistió con el carácter progresivamente regresivo, que suponía la aplicación del artículo 2 de la Compilación respecto a la vigencia de las leyes forales.

Nos encontramos en un período de inflexión del Derecho foral, en el que la aprobación del Código civil le afectó en los siguientes aspectos :

1) El Código se separa del Derecho tradicional castellano, lo que conlleva una alteración sustancial de sus principios jurídicos, circunstancia que se hace palpable en el campo sucesorio[10].

---

[7]LIBRO DE ACTAS de las Sesiones celebradas por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, Bilbao, Imprenta Provincial, 1902, en el que se recoge un diario de las sesiones celebradas por la Comisión, discusión sobre las instituciones que interesa recoger en el Proyecto de Apéndice, razones que justifican el llevarlo a cabo de una concreta manera y redacción del texto normativo que aparece transcrito al final del volumen.

[8]Proyecto de Apéndice de 1928, Imprenta Casa Dochao, Bilbao, 1928.

[9]Recoge DE LA PLAZA (*Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil*, Imprenta y Encuadernación de Andrés P. Cardenal, Bilbao, 1899, T. II, 134), la memoria que presentó a la Comisión en la que se recogen los lugares donde rige el Fuero y donde el Derecho común.

[10]Téngase en cuenta que las leyes de Toro, posteriormente recogidas en la Nueva y Novisima Recopilación, giran bajo los principios de delegabilidad de la facultad testatoria e irrevocabilidad de su

2) Establece la vigencia en todo el territorio del Título Preliminar y tiene el carácter de Derecho común.

3) Constituye la *ratio scrita* , operante desde el punto de vista conceptual en los juristas de la época, quienes responden en sus apreciaciones a los moldes dogmáticos del Derecho codificado.

4) Los Derechos forales se mantienen coyunturalmente, quedando centralizada la potestad legislativa en las Cortes de la Nación.

I. La libertad de institución de heredero o sucesor en los bienes.

106. **La institución de heredero o sucesor en los bienes mediante donación, dote o capitulaciones matrimoniales.-** Lecanda, al redactar la Memoria sobre las instituciones forales vizcaínas que se encuentran arraigadas en el país manifiesta, que la libertad de testar contenida en el párrafo 1º de la ley 11 del Titulo veinte del Fuero Nuevo, es una de las más importantes del Fuero de Vizcaya e interesa conservar. El reconocimiento de esta libertad diferencia nuestro sistema jurídico respecto a Castilla y por otra parte lo acerca a Aragón y Navarra[11]. Los Proyectos recogen esta facultad del siguiente modo:

P. 1900, art. 14: "La institución de heredero ó sucesor en todos los bienes ó parte de ellos, podrá hacerse indistintamente por testamento, manda, legado ó donación *mortis causa*.

También podrá efectuarse la designación y hacerse el nombramiento en escritura de dote ó capitulaciones matrimoniales ó por donación *inter vivos*.

En todo caso, en la redacción del documento en que se haga, se observarán las formalidades ó 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".

P. 1928, Art. 13: "La institución de heredero sucesor de todos los bienes troncales ó parte de ellos podrá hacerse por testamento, ó donación mortis causa.

ejercicio en algunos casos, al reconocer el testamento por comisario y la mejora y promesa de mejorar irrevocable.

[11]Según LECANDA (*Memoria sobre instituciones civiles de aquel País. Legislación Foral de España, Derecho Civil vigente en Vizcaya*, Biblioteca Judicial, Madrid 1888,12 y 118 ss), la ley 11 del Título 20 contiene varios preceptos que justifican su mantenimiento:1) La facultad de dar todos los bienes por actos *inter-vivos o mortis-causa*. 2) La prohibición de que los hijos naturales concurran con los legítimos. 3) La incapacidad de los hijos adulterinos para suceder a los padres. Las disposiciones contenidas en los apartados 2 y 3 no son hoy aceptables porque envuelven un principio discriminatorio.

También podrá hacerse el nombramiento de sucesor tronquero en escritura de dote ó capitulaciones matrimoniales ó por donación inter vivos.

En todo caso, en la redacción del documento en que se haga, se observarán las formalidades ó requisitos extrínsecos que para su validez respectiva exija la ley general, con relación a cada uno de aquellos en particular.

Las disposiciones de estos artículos se aplicarán también a la sucesión de los bienes no troncales".

Esta libertad es limitada, teniendo por objeto la facultad de instituir heredero o designar sucesor en los bienes. Presentan una relación de modos e instrumentos a través de los cuales puede llevarse a cabo el ejercicio de esta libertad; la donación, la escritura de dote y las capitulaciones matrimoniales[12].

Los redactores de estos textos analizan la realidad de su tiempo y la incoporan a la ley, reconocen que cabe la institución de heredero en vida utilizando otros modos e instrumentos adicionales al testamentario, este reconocimiento supone un avance en relación a la etapa anterior.

Los Proyectos de Apéndice y el texto Compilado reconocen la libertad de institución de heredero a través de distintos modos e instrumentos, y cuando tal disposición se lleva a cabo la designación del beneficiario se hace en calidad de heredero o sucesor.

La redacción del precepto es mimética reproducción, si bien excesivamente simplificada, de lo que es vigente como Derecho consuetudinario y como tal aparece reflejado en los documentos de aplicación del Derecho.

Circunstancia que da lugar a que Vicario ponga de relieve que, tratándose de la institución en capitulaciones matrimoniales, su lectura puede llevar a equívoco, puesto que no son los que contraen matrimonio los que recíprocamente se instituyen herederos, sino que en estas escrituras los padres de uno o de los dos cónyuges al hacer la donación de bienes al hijo que se casa le eligen o designan por heredero tronquero, proponiéndo, este autor, como texto alternativo el siguiente:

"Los padres o el que de ellos viva podrán hacer designación y nombramiento de heredero tronquero en la escritura de capitulaciones matrimoniales del hijo que eligen o

[12]Según LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Sucesiones, I, Parte General, Sucesión voluntaria*, Barcelona, 1971, 751) estos textos representan un avance, respecto a la etapa foral, en el reconocimiento del pacto sucesorio de institución de heredero.

asocian a la casa paterna, donándole todo o parte de su hacienda o bien por donación intervivos causada a favor de uno de sus descendientes"[13].

El texto transcrito recoge estas particularidades:

1) Yuxtapone a la categoría de la institución de heredero la de sucesor en los bienes, cuando se trata de la designación en los troncales.

2) Recoge el título donacional, *inter-vivos* y *mortis causa* como un modo adicional al testamentario de institución de heredero.

3) Enumera los instrumentos en los que tal designación se recoge, escritura de dote, de donación o capitulaciones matrimoniales.

4) Establece la posibilidad de instituir sucesoriamente a título universal o particular.

107. **Observaciones de Jado al Art. 14 del Proyecto de 1900.-** A la vista del art. 14 del Proyecto de 1900, Jado hace dos observaciones, una relativa a su ubicación y otra al contenido.

Se trató de su ubicación, al discutirse por parte de la Comisión el Anteproyecto, entendiéndose finalmente, que se mantenía en el Título de la troncalidad para que sirviera de enlace entre éste título y el tercero, relativo a las sucesiones. Jado mantiene, por su parte, que en nada incide en la troncalidad y que su sede es el título de sucesiones.

Respecto al contenido, según refiere este autor, no ve que el Fuero autorice la institución en esos actos o instrumentos, si bien, añade, pudo influir en la Comisión el que era costumbre enraizada el que se instituyese heredero con motivo de la celebración del matrimonio del elegido, y a mayor abundamiento se añadía que elegían y nombraban sucesor tronquero al hijo o hija donatario[14].

---

[13]VICARIO, "Observaciones al Proyecto de Apéndice civil para Vizcaya y Alava de 1900", elaborado el 31 de diciembre 1899, 19, manuscrito inédito que se ha podido consultar por amabilidad de la familia; en idéntico sentido GARCIA ROYO, *Foralidad civil de las Provincias vascongadas*, Vitoria, 1952, T. II, 37.

[14]JADO Y VENTALES, R., *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las Leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1923, 290; Se discutieron y recoge el LIBRO DE ACTAS (ob. cit., 141) las razones que justifican la ubicación de su regulación tal y como aparecen en el texto del Proyecto, siendo modificada la primera redacción.

Garcia Royo incidiendo en el argumento dado por Vicario, aclara el contenido del art. 14, 2º del referido Proyecto, en los siguientes términos. El hecho de hacer el nombramiento en escritura de dote o capitulaciones está en pugna con la práctica notarial y con la costumbre, que no es la de designar heredero o nombrar sucesor los que se casan, sino que son los padres de uno o de los dos cónyuges, quienes al hacer la donación de bienes al hijo que se casa le eligen o designan por heredero tronquero.

Balparda, al comentar este artículo constata igualmente su mala colocación y agrega que el párrafo 1º es una repetición innecesaria de la declaración que hace el art. 764 del Código civil, donde se establece que puede disponerse por testamento de los bienes sin necesidad de que en él exista institución de heredero y agrega que el párrafo 3º, en el que se fijan las formalidades en la designación, es superfluo, pues queda regulado en la legislación general.

Para este autor, la intención de este artículo no es otra que la de consignar la libertad de repartir por donación entre los herederos tronqueros todos los bienes, como lo autorizan las leyes 11 y 13 del Tit. 20 y 6 del Tit. 21 del Fuero Nuevo, y agrega, que ésta sea la intención del art.14 se deduce de la falta de precedente en el Proyecto, de la incongruencia en las palabras del párrafo 2º y de lo impropio de la frase nombrar heredero o sucesor por donación. Por todas estas razones, concluye diciendo: "resulta que aún cuando sea con el carácter de irrevocabilidad propio de tales actos, el art. 14 autoriza a contraer una obligación que no ha de tener sus efectos en vida del otorgante sino después de su muerte en la persona de su sucesor, lo cual es cosa distinta de la donación general[15]".

108. **La libertad de institución de heredero en el texto Compilado.-** La Compilación recoge este precepto en el art. 11. De su tenor literal se desprende, que en contraste con el Código civil, reconoce otras formas de disposición *mortis causa*, adicionales a la testamentaria. Según Celaya, la presencia de las mismas es un claro reconocimiento de la sucesión contractual, si bien no puede admitirse este principio sino con las siguientes matizaciones:

La donación foral es un acto inter-vivos, dado que surte efectos inmediatos e irrevocables, sin esperar a la muerte del causante[16]. Si bien se puede disponer tanto a

---

[15]BALPARDA, G., *El Fuero de Vizcaya en lo Civil* , 39.

[16]CELAYA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Compilación de Vizcaya y Alava*, Edersa, T. XXVI, 129, siguiendo a autores como VICARIO Y DE LA PEÑA, N., *Derecho Consuetudinario de Vizcaya* , Madrid, 1902, 55; JADO Y VENTADES, R., ob. cit., 219. En sentido contrario GARCIA ROYO, L., ob. cit., T II, 278.

favor de los herederos como de extraños, reconoce que las leyes del Fuero sólo se ocupan de la otorgada a favor de los herederos y por supuesto, añade, la equiparan al testamento[17].

A la luz de estos razonamientos, Celaya mantiene que si bien del tenor literal del art. 11 puede encuadrarse, dentro de su régimen, un auténtico contrato sucesorio, la donación Vizcaína, en su forma consuetudinaria, no tiene esta naturaleza[18].

II. Límite en su ejercicio: La herencia forzosa.

109. **La herencia forzosa y la cuota de libre disposición: tendencia aperturista.-** Debe tenerse presente el *quantum* disponible por donación en función las cantidades legalmente reservadas como herencia forzosa.

Vamos a examinar si se mantienen los criterios forales en lo que respecta a la herencia forzosa y en caso negativo en qué medida quedan modificados.

En el Título 6º, al tratar de la sucesión testada, fija en los arts. 39, 40 y 54 que habiendo hijos, descendientes y ascendientes, la libre disposición ascenderá al quinto de la herencia.

P. 1900, Art. 39: "Teniendo hijos legítimos, el testador podrá disponer libremente del quinto de todos sus bienes.

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

Art. 40: "No habiendo hijos legítimos, ni descendientes de igual clase, pero sí ascendientes legítimos, el testador podrá también disponer libremente del quinto de todos sus bienes.

Para suceder en los otros cuatro quintos, se observará lo que disponen los artículos siguientes, según que la sucesión sea ó no de bienes troncales".

Art. 54: "El quinto de libre disposición del testador, cuando éste tuviere hijos ó descendientes ó ascendientes, todos ellos legítimos, se computará teniendo en cuenta el valor de todos los bienes que dejare, después de hecha deducción de deudas, pero será inoficiosa en lo que exceda de los bienes no troncales".

---

[17]Según criterio mantenido por JADO, ob. cit., 219.

[18]CELAYA, ob. cit., 130.

110. **El cálculo y aplicación de la cuota de libre de disposición y sus excepciones.-**Según Angulo, así como en el Fuero, si había hijos, descendientes o ascendientes, el quinto de libre disposición se tomaba de los muebles, siempre que ese quinto cupiera dentro del valor de los mismos y si no había hijos, descendientes o ascendientes podía disponer de todo lo mueble; en el Proyecto, sustituye la fuente de procedencia del quinto, y en lugar de tomarse de los bienes muebles se establece puede hacerse de los bienes no troncales[19].

Angulo no considera digna de aplauso esta innovación, y pone de relieve que la misma determina un aumento o disminución de la cuota de libre disposición, y no faltarán casos en los que la anule totalmente, teniendo en cuenta que con relación a la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados tienen la consideración de troncales[20].

Se fija idéntica cantidad como legítima de los ascendientes en el Art. 40 y 36 de los Proyectos objeto de análisis. Hubiera sido una ocasión propicia, añade Angulo, para que ajustándose a los criterios de la sucesión testamentaria, se hubiera modificado la cuantía de la legítima y en su función la de libre disposición, cuando faltando descendientes, sólo existieran ascendientes[21].

Balparda entendía que debía haberse ampliado en el Proyecto la parte de libre disposición al tercio habiendo hijos y a la mitad habiendo sólo ascendientes, sin contrariar las tradiciones y costumbres del país y el carácter permisivo de la ley[22]. Balparda mantuvo este criterio ante la Comisión especial de Codificación de Vizcaya y agregó que ello se llevaría a la práctica sin menoscabo de la troncalidad. Sin embargo, no prosperó su idea[23]. A los restantes hijos ilegítimos, en base a lo dispuesto en el art. 60 del Proyecto,

---

[19]Según ANGULO (ob. cit., 89), la razón de esta modificación es debida a la convicción, por parte de los comisionados de que todo el Derecho de Vizcaya gira en derredor de la troncalidad.

[20]Según ANGULO (ob. cit., 89), no es acertada esta norma, si tenemos presente que la relación de bienes troncales que fija este Proyecto determinará que en algunos casos no exista cuota de libre disposición por absorción por parte de los bienes troncalesy en todo caso, determina falta de certeza al ser variable.

[21]Añadiendo ANGULO (ob. cit., 90), que esta redacción rompe el equilibrio que el Fuero había establecido entre las legítimas y la parte de libre disposición, no atiende a las razones que la ciencia recomienda, ni moderniza sus leyes; En idéntico sentido ARTIÑANO, *El Señorío de Vizcaya, histórico y foral*, Barcelona, 1885, 414; JADO, ob. cit., 390.

[22]BALPARDA, *El Fuero de Vizcaya en lo Civil*, ob. cit., 32.

[23]JADO, ob. cit., 39.

por vía de alimentos se les podrá dejar hasta el quinto de los bienes[24]. La sucesión de los colaterales es exclusivamente troncal, no teniendo derecho a otros bienes de la herencia.

El texto compilado recoge en los Arts. 21 y 22 la cuantía de la legítima colectiva y la relación de herederos forzosos. No modifica la cuantía ni sustancialmente el orden de prelación. Dando preferencia a la filiación legítima, concede derecho a la legítima a los hijos naturales, tanto en ausencia de hijos o descendientes como en concurrencia con los distintos órdenes de herederos forzosos.

En la Sesión novena, se fijó el criterio a seguir para el cálculo del quinto de libre disposición, acordándose que se tendría en cuenta el importe total de los bienes, pero sólo se pagaría con lo mueble y raíz no troncal, y por consiguiente, que cuando estos bienes no llegaran a cubrir el quinto, el exceso se entenderá inoficioso y quedaría sin efecto. Las deudas se pagarían con lo mueble y raíz no troncal, y sólo cuando estos bienes no bastaren se acudiría a la raíz troncal para pagarlas[25]. El contenido de los preceptos relativos al quinto de libre disposición, pasa al Proyecto de 1928, arts. 35, 36 y47[26]y posteriormente a la Compilación en los Arts. 21 y 28.

Como indica Celaya, si bien la cuota de libre disposición es un quinto de la herencia, esta regla tiene excepciones a la luz de la Compilación yaque la troncalidad incide decisivamente en la existencia de esa cuota que solamente existirá si no excede de los bienes troncales.

---

[24]Según JADO (ob. cit., 377) por ese concepto de alimentos se les puede dejar no sólo bienes muebles y raíces no troncales, sino también troncales, pues no se exceptúan estos, y además ese quinto no sufre deducción alguna.

[25]LIBRO DE ACTAS, ob. cit. 56.

[26]PROYECTO 1928(en lo sucesivo P. 1928), 35: "El testador que tenga hijos legítimos ó descendientes legítimos podrá disponer libremente del quinto de todos sus bienes, con la limitación a que se refiere el art. 47. Los otros cuatro quintos serán para los hijos y descendientes legítimos cuyo padre ó madre hayan fallecido, entre los cuales el causante podrá repartirlos como tenga por conveniente, ó elegir a uno de sus hijos ó descendientes y apartar a los demás. No será necesaria fórmula especial de apartación, pero sí que conste claramente la voluntad del testador de separar de la herencia a los hijos y descendientes no instituidos".

Art. 36: "No habiendo hijos legítimos, naturales reconocidos, ni descendientes legítimos, el testador podrá tambien disponer libremente del quinto de todos sus bienes".

Art. 47: "El quinto de libre disposición, cuando el testador tenga hijos, descendientes ó ascendientes, todos legítimos, se computará teniendo en cuenta el valor de los bienes que deje, después de hecha deducción de las deudas, pero será inoficiosa la institución en lo que exceda de los bienes no troncales".

En la sucesión en la línea colateral no existe tal cuota ya que todos los bienes no troncales son de libre disposición[27].

111. El reconocimiento legal del derecho de representación en la línea descendente en el texto compilado.- Dentro de la línea descendente coloca en el mismo orden a los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación. Según Celaya, la alusión al derecho de representación se establece en previsión de que el descendiente elegido premuera al testador sin dejar sustituto, lo que ciertamente es una novedad introducida en la Compilación, si bien no debe hacernos pensar que se sigue la línea de la ley 11 Título 20 del Fuero Nuevo[28].

Según algunos autores esta redacción permite interpretar que el padre puede elegir al nieto en vida del hijo[29].

III. Límite en su ejercicio: la troncalidad.

112. Bienes troncales por naturaleza: identificación de bienes raíces y bienes troncales en los Proyectos de Apéndice.- La prohibición absoluta contenida en los artículos 13 y 12 del Proyecto de 1900 y 1928, respectivamente, de disponer de los bienes troncales por actos *inter-vivos* o *mortis causa* en favor de quien no fuere tronquero[30], nos obliga a analizar el alcance de esta limitación y con ello delimitar el ámbito de ejercicio de la libertad de elección de heredero.

La limitación que experimenta la troncalidad en este período histórico, conlleva una sensible ampliación de la libertad de disposición de los bienes.

---

[27]Según CELAYA (*Comentarios..*, ob. cit., 214), teniendo en cuanta que las deudas se pagan de los bienes muebles y de los no troncales será frecuente que los troncales absorban la totalidad de la herencia.

[28]CELAYA, ob. cit., 208.

[29]Según LEZON ("¿Puede ser nombrado heredero único el nieto viviendo su padre?", Boletín Colegio Nacional de Registradores, 1975, 1011), el principio de libertad que ilumina la elección de sucesor y la similitud entre la legítima vizcaína y la mejora, determinan que no pueda entenderse que el nieto vizcaíno esté en peor situación que el sujeto al Derecho común. En sentido contrario OLEAGA, J. "Elección del nieto en vida del hijo", trabajo inédito; CELAYA, ob. cit., 209. Este tema ha sido expuesto en los Nº 40 a 42 de este trabajo.

[30]Constituye límite a esta prohibición los Arts. 55 y 48 de los Proyectos de 1900 y 1928 respectivamente, en los que se establece que el quinto a favor del alma en el supuesto de que no existiesen bienes muebles o inmuebles no troncales, se sacará de los bienes troncales.

El Título II, arts. 7 al 14 de ambos Proyectos se ocupan de regular la troncalidad. No la definen como una concepción familiar de la propiedad en el art. 7, sino que se refieren a ella como un tipo de vínculo parental. Por lo demás la limitación que entraña dicho vínculo tiene una expresión inexacta en el art.13 y 12 de los Proyectos de 1900 y 1928; la prohibición de disponer en vida y por muerte de los bienes troncales, habiendo parientes tronqueros, se refiere tan sólo a las transmisiones a título gratuito[31].

Los Proyectos al hablar de bienes troncales identifican éstos con los bienes raíces. La Comisión pensó en la oportunidad de sustituir la denominación de bien raíz por bien inmueble, atendiendo a la clasificación general establecida en el Código civil y a la naturaleza inmueble de los mismos. No prosperó la idea, porque se entendió que los bienes raíces no son en realidad más que una de tantas clases de inmuebles, pero no todos y adicionalmente ésta denominación había recibido la sanción de los tiempos[32].

García Royo consideró oportuno el empleo de una renovada técnica terminológica, entendiendo que la denominación precisa y absorbente es la de "finca"[33].

En una lectura final del proyecto, observaron que no habían elaborado una relación de los bienes troncales y ante el silencio de la Ley se aplicaría, como derecho supletorio, el art. 334 del Código civil en su integridad, lo que no era deseable. La redacción final del art. 7 del Proyecto de 1900 incorporó la relación de bienes troncales, mediante transcripción de los apartados 1º al 7º del citado art.334 del Código civil[34].

No se incluyó el apartado 8 del art. 334 que se refería a las Minas[35]. Puede entenderse que unido a razones de índole económica defendidas por un sector social, pudo determinar esta exclusión, el hecho de que tanto el régimen de explotación de las minas, necesitado de capital como de mano de obra ajeno a la familia, su naturaleza agotable y la falta de periodicidad de sus rendimientos, llevó al ánimo de los Comisionados, como en su día llevara al de los jueces, a excluirlas del ámbito de la troncalidad, probablemente por no estar en correspondencia con la finalidad perdurable y familiar que la institución aspira.

---

[31]Según GARCIA ROYO, (ob. cit., 35) se desprende esta conclusión del Tit. 12 que regula la compraventa y permuta de los bienes troncales.

[32]LIBRO DE ACTAS, ob. cit.,140. Según ECHEGARAY, Bonifacio (*Derecho Foral Privado*, San Sebastián, 1950, 28), se mantiene raíz porque se particulariza la cualidad de los inmnuebles, coincidiendo con lo que el Código llama inmuebles por naturaleza.

[33]GARCIA ROYO, ob. cit., 36.

[34]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 235.

[35]En el Nº 31 de este trabajo hemos recogido la polémica que se suscitó en el siglo pasado en torno al carácter troncal de las Minas, así como la Jurisprudencia sentada con tal motivo.

Hay que recalcar la supresión en esta relación de los saltos de agua, en Vizcaya donde era tradicional su uso en las ferrerías y molinos y de las servidumbres y derechos reales, que como cosa accesoria deben regirse por la misma Ley que la principal[36]. Asimismo quedaron excluidas las caserías censuarias, por entender que habiendo desaparecido el censo que motivó la disposición también debía desaparecer ésta.

113. **Apertura de la troncalidad a otros bienes. El Congreso de Oñate.**- El Congreso celebrado en Oñate en 1918, en una búsqueda del espíritu o fundamento a que responde la troncalidad y tratando de adaptarla a las necesidades del momento presentó nuevos campos de aplicación[37].

Recogiendo lo que era Derecho consuetudinario vigente, el Congreso subrayó la oportunidad de recoger en el texto legal la ampliación de la troncalidad a los arrendatarios o inquilinos de las caserías[38].

En la Conclusión 10 y 11 se acordó, respectivamente, la oportunidad de ampliar la troncalidad a la habitación, instrumentos y participación en embarcaciones del pescador y del mismo modo a las casas y talleres o comercios del pequeño industrial y comerciante vasco, sea cualquiera el lugar de nuestro país en que estén situados[39].

Parece desprenderse de estas posibles aplicaciones de la troncalidad, de las que no fué ajeno el protagonismo del P. Chalbaud, que la finalidad de la troncalidad era la

---

[36]GARCIA ROYO, ob. cit., 35. Según refiere LECANDA (*Memoria sobre las instituciones civiles de Vizcaya*, ob. cit., 187 y ss.) todas las leyes del Tit. 24 que regulaban detalladamente el aprovechamiento y régimen de los saltos de agua al servicio de las ferrerías, tratándose de una industria de la mayor importancia en Vizcaya, su regulación presenta similitud con lo dispuesto en el Derecho común.

[37]Según CHALBAUD ERRAZQUIN, Luis, ("Estabilización de las clases sociales vascas" en *Primer Congreso de Estudios Vascos. Recopilación de los trabajos de dicha asamblea, celebradas en la Universidad de Oñate, del 1 al 8 de septiembre de 1918, bajo el patrocinio de las Dipuiaciones vascas*, Bilbaina de Artes gráficas, Bilbao, 1919, 89), cabe la adaptabilidad de la troncalidad a las villas, como un medio idóneo que pudiera garantizar la estabilidad familiar de las diferentes clases sociales, así presenta fórmulas concretas a fin de que el obrero pueda llegar a ser propietario de su vivienda y pueda hacer troncal a ésta su propiedad.

[38]Defiende CHALBAUD ("La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca", Congreso de Oñate, ob. cit., 61), que el inquilino ocupante del caserio, hijo de inquilinos, cumple las condiciones previas de la troncalidad y considera tiene un derecho de retracto foral preferente al de los tronqueros que no se comprometan a habitar y cultivar el caserio; En idéntico sentido ARTIÑANO (*El Señorio de Bizcaya*., 339)," está admitido en el derecho consuetudinario que en Bizcaya se sucedan en el arrendamiento de las fincas rústicas las generaciones, cuál si fueren propietarios", como puede comprobarse en las escrituras de capitulaciones matrimoniales en las que se les nombra sucesores a los hijos.

[39]Congreso de Oñate, ob. cit., 310.

estabilidad en la titularidad de los bienes, durante sucesivas generaciones, de modo que pudieran hacerlos productivos, incidiendo en un marcado carácter familiar.

114. **Bienes troncales por naturaleza en el texto compilado.-** La Compilación establece en el art. 6º cuáles son los bienes raíces, y recogiendo el criterio seguido en los proyectos de Apéndice, se incluyen los apartados 1º al 7º del art. 334 del Código civil, mediante fórmula de remisión.

El texto compilado no recoge la ampliación a otros bienes, tal y como quedó acordado en el Congreso de Oñate.

Por respeto a la tradición foral incluye, como tales, las sepulturas de las Iglesias[40].

115. **Bienes troncales por razón de su procedencia: la raíz comprada.-** Se planteó el examen de la naturaleza troncal de la raíz comprada por parte de la Comisión especial de Codificación de Vizcaya del Proyecto de 1900.

Partieron los comisionados de los criterios trazados por la doctrina al interpretar las leyes del Fuero Nuevo y teniendo presentes las dos corrientes doctrinales a que dió lugar la misma[41]. La Comisión, en su sesión 11, trató sobre si debía o no aplicarse a la raíz comprada las normas de la troncalidad. Bolivar proponía una solución intermedia

---

[40]Según CELAYA (*Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones* , ob. cit., 84), el carácter troncal de las sepulturas (FA, 20, 19), es una clara demostración de que la institución de un heredero único y el apartamiento de los demás no significa que se les separe de la familia, teniendo poca aplicabilidad esta norma, porque tal y como recoge el Proyecto de 1900 (en lo sucesivo P. 1900), art. 127, subordina los derechos de sepulturas a las leyes de Sanidad; Refiere JADO (ob. cit., 286) que lo único que queda de este derecho es la costumbre que las mujeres se coloquen en las fiestas religiosas y durante la Misa Mayor en el lugar que ocuparen las supulturas de sus antepasados.

[41]Según GARCIA ROYO (ob. cit., 22 a 30), los argumentos que esgrime la nueva corriente ultratroncalista para llegar a afirmar que en Vizcaya toda raíz es troncal y debe ser considerada como habida de patrimonio o abolengo a todos los efectos, se basan: 1) en la interpretación de FN. 20, 1, 15 y 16 y S. TS. 27-I-1913. 2) del examen de FN. 20, 14 en el que se preceptúa que en la disposición de los bienes, en defecto de descendientes y ascendientes pueden disponer de todo lo mueble a su voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros. 3) Del entendimiento de quiénes son los herederos forzosos y los profincos tronqueros. La tesis restrictiva, según este autor, se basa: 1) en una interpretación de FN. 20, 18 en la que se limita la disposición a favor de los descendientes, ascendientes o tronqueros profincos de traviesa. 2) en la *ratio legis* implícita en FN. 20, 16. 3) Varias SS. que se dá una con interpretación restrictiva de la ley (FN. 20, 16). EL autor aporta su opinión. Vease en los Nº 32 a 34 de este trabajo las orientaciones doctrinales que surgieron al respecto.

entre las dos posturas adoptadas por la doctrina, es decir, que se considerara troncal siempre que haya un principio de troncalidad, es decir, siempre que en la herencia haya bienes troncales, en los cuales venga a confundirse lo que se compra[42].

De la Plaza, entendía que la propuesta de Bolivar, era aplicable cuando en las herencias solo hubiese bienes troncales de una línea[43] y añadía una objeción adicional al cuestionarse, qué solución se daría cuando el comprador tuviere bienes troncales procedentes de la línea paterna únicamente y procediere la raíz comprada del tronco de la madre[44].

El criterio que se siguió y se plasmó en el art. 12 del Proyecto fué propuesto por De la Plaza, entendiendo que: en aplicación del principio de la troncalidad, para que una raíz comprada fuese troncal era menester que procediese del tronco, o lo que es lo mismo, que la raíz comprada a extraños no tenía aquel carácter. Añadía, que de un examen del epígrafe de la ley 16 del Tit. 20, que dice, "que la raíz comprada sea de la condición que ha heredado" "se desprende que la raíz comprada es troncal, no es menos troncal que la raíz heredada, pero tampoco es más. Es troncal en el caso y con las condiciones y requisitos en que lo sea la raíz heredada"[45].

La Comisión tuvo presente al redactar el art. 12 del Proyecto[46], además del criterio precedente, el mantenido en reiteradas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que exigía la concurrencia del parentesco tronquero para tener derecho a los bienes raíces comprados[47]. Finalmente adoptó un criterio intermedio, entre los que

---

[42]LIBRO DE ACTAS, ob. cit.,73. Se dividió la opinión de los Comisionados. El Sr. Bolivar entendía que el verdadero sentido de la ley 16 del Tit. 20 del Fuero, consistiera en agregar los bienes comprados a los otros bienes raíces que hubiere el causante.

[43]Añade LIBRO DE ACTAS (ibídem), siendo lo más frecuente el que hubiera bienes troncales por ambas líneas, y habiendo doble principio de troncalidad no se sabe a cuál de ellas aplicar la raíz comprada. A esta objeción respondía el Sr. Bolivar que por mitades. Criterio que no se admitió por entender que la troncalidad supone exclusión de una línea por otra, luego no admitía ese reparto.

[44]Puede verse LIBRO DE ACTAS (ob. cit., 74) que este criterio de concesión del carácter troncal a la raíz comprada por agregación no tuvo aceptación por presentar dificultades de aplicación, que la hacían inviable.

[45]LIBRO DE ACTAS, ibídem.

[46]LIBRO DE ACTAS (ob. cit., 194).

[47]Recoge el LIBRO DE ACTAS (ob. cit.,108) un resumen de la *ratio decidendi* del fallo; en una de las Sentencias no hubo lugar al recurso por entender que el bien no había pertenecido nunca al tronco común de los litigantes, por lo que no concurría el requisito de la troncalidad. En la S. 27 de Diciembre de 1895 refiere que por el hecho de haberse transmitido dentro de la familia la propiedad troncal no ha perdido su naturaleza troncal, puesto que la propiedad patrimonial de abolengo no pierde este carácter mientras se conserve en la familia; Según LECANDA (*Memoria..*, ob. cit., 120) la ley 16 se limita a establecer que la raíz comprada sea de la misma condición que la heredada, y, por tanto, se rija por idénticas reglas que los inmuebles "habidos en patrimonio y abolengo"; Recoge JADO (ob. cit., 302 a

entendían que los bienes raíces adquiridos por compra quedaban equiparados a los heredados[48] y los que mantenían que sólo quedaban equiparados respecto a los hijos y descendientes del comprador, quedando recogido como sigue:

Art. 12: "Tienen la consideración de troncales :

1º 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 .

2º Con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces 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 hubiere hecho a parientes tronqueros.

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

Se reputaban troncales los bienes comprados siempre que haya descendientes y consecuentemente estos tenían derecho a los mismos; y con relación a los ascendientes y colaterales cuando la compra se hizo a otros parientes tronqueros[49], en cuyo caso estos eran tronqueros respecto a los bienes comprados.

Por el camino legal y Jurisprudencial de forma coincidente, quedó tratado y resuelto, en los términos expuestos, el tema de la naturaleza de la raíz comprada. Si no existen parientes tronqueros el bien pierde su potencial naturaleza troncal.

116. **Bienes permutados con los troncales y bienes troncales adquiridos dentro de la familia.**- El art. 9 de la Compilación recoge de forma sustancial el contenido del art. 12 del Proyecto de 1900, e incluye como un último supuesto el de permuta con bienes troncales, en cuyo caso los permutados se subrogan en el lugar de los primeros, adquiriendo su naturaleza.

306) la interpretación dada a la ley 16 del Título 20, en SS de 27 de Diciembre de 1895, 29 de Noviembre de 1913, 10 de Marzo de 1914.

[48]Así GARCIA ROYO (ob. cit., 20) mantuvo la corriente ultratroncalista, que entendía que toda la raíz sita en el Infanzonado es troncal sin distinción alguna entre bienes adquiridos por compra a un extraño y los heredados.

[49]Recoge GARCIA ROYO (ob. cit., 36) una opinión, en muchos aspectos coincidente con la que se sigue en el Proyecto.

La correcta interpretación de la Compilación en este nº 3 del art. 9, referente a la permuta de los bienes, exige unas matizaciones, que garanticen el cumplimiento de las reglas de la troncalidad y eviten el fraude[50].

Incide Celaya en el mismo criterio expuesto por De la Plaza, entendiendo que en la redacción de este artículo, más que distinguir entre bienes heredados y comprados, hubiera sido preferible establecer la distinción entre adquiridos de extraños y los adquiridos dentro de la familia. No hay que poner el acento en que la raíz sea comprada, dice éste autor, sino en el hecho de que se compró a quien es familiar[51], y añade que en nada afecta el título de adquisición a efectos de troncalidad, sino que ésta viene determinada si existen parientes tronqueros, parientes que provengan de un tronco común[52].

117. **Parientes tronqueros.**- La necesaria interacción entre bienes troncales-familiares tronqueros, nos obliga a plantearnos si la legalidad de este período histórico modifica quienes son considerados como tronqueros.

P. 1900, Art. 8: "En la línea descendente todos los hijos y descendientes legítimos. En la ascendente, los ascendientes legítimos de la línea paterna ó materna de donde proceda la raíz de que se trate. En la colateral, los parientes legítimos que lo sean por la propia línea paterna ó materna de donde proceda la raíz de que se trate".

En su redacción originaria el párrafo 1º de este artículo decía: "En las líneas descendente y ascendente, el parentesco troncal no tiene límite y se prolonga cualquiera que sea el grado a que se llegue", de la Plaza puso de relieve que podía darse el caso que el ascendiente no fuera tronquero, por lo que modificaron el texto en los términos en que aparece transcrito[53].

Angulo, al comentar este artículo, lo relaciona con el 41, perteneciente al título que reglamenta la sucesión testada. El art. 8- 1º establece que son parientes tronqueros, en la línea descendente, todos los hijos legítimos y descendientes legítimos. El art. 41 dice, que cuando se trate de bienes troncales, los ascendientes tronqueros de cada una de

[50]Según CELAYA (ob. cit., 109) los bienes que entran ocupan el lugar de los salientes por subrogación real. 2) Consecuentemente respecto a los permutados que provinieren de compra a extraño, sólo serán troncales para la descendencia del permutante. 3) Si se permutan bienes procedentes de la familia troncal, serán tronqueros los ascendientes y colaterales. 4) Será requisito necesario, que los bienes adquiridos estén situados en territorio aforado.

[51]CELAYA, ob. cit., 106; en idéntico sentido se expresa JADO, ob. cit., 107.

[52]CELAYA, ob. cit., 108.

[53]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 140.

las líneas paterna o materna heredarán los bienes que procedan de su respectiva línea; si en alguna de las líneas no hubiese ascendientes tronqueros, los bienes troncales de la línea en que esto suceda serán para los colaterales tronqueros de la misma; y no habiendo colaterales tronqueros en alguna de las líneas, los bienes troncales de la misma dejarán de tener esta consideración, y el modo de sucederse en ellos se acomodará a lo que se dispone con relación a los bienes no troncales.

Según Angulo, de la lectura de estos dos artículos se deduce que el Proyecto de Apéndice, influído por el criterio del Sr. Chalbaud, introdujo una verdadera innovación[54]. Es decir, consagró el principio de la sucesión troncal en la línea recta[55], Angulo, considera esta innovación vulnerable ante una elemental crítica[56].

Siguiendo a Chalbaud, respecto a la sucesión en la línea recta descendente, puede decirse que con independencia de la procedencia de los bienes,- sean comprados o heredados- se consideran troncales y en consecuencia los descendientes son llamados a su sucesión [57].

Respecto a la línea ascendente lo serán si provienen de la línea paterna o materna de donde proviene la raíz y tengan la cualidad de parentesco legítimo.

En la línea colateral se seguirá el mismo criterio que en la línea ascendente, extendiéndose el parentesco hasta el 6º grado, y así se recoge en el Art. 9º de ambos Proyectos, de acuerdo con el límite que el Código civil y la jurisprudencia posterior han fijado en la sucesión *ab-intestato* [58] y que en este punto modifica del criterio legal existente en la legalidad castellana anterior a la Codificación.

---

[54]ANGULO, ob. cit., 142.

[55]Según CHALBAUD (*La troncalidad en el Fuero de Bizcaya*, ob. cit., 61) en las transmisiones gratuitas y onerosas, reguladas en las leyes 14 y 18 del título 20 y en la ley 6 del título 17, la razón de suceder o de tener preferencia en las compras no se debe a razón de parentesco de consanguinidad, sino por derecho a una cosa determinada, por ello denomina sucesión troncal.

[56]Refiere ANGULO (ob. cit., 134 a 136), los argumentos en que se basa para negar el carácter troncal a la sucesión en línea recta. El nucleo argumental reside en estimar que no existe tronco común en la línea recta, sino que uno procede del otro, para obviar este obstáculo Chalbaud tiene que acudir a una ficción legal, al objeto de justificar el carácter troncal de la sucesión en línea recta respecto a la raíz comprada.

[57]Recoge CHALBAUD (*La troncalidad en el Fuero de Vizcaya* , ob. cit. , 29) diversos argumentos para justificar el carácter troncal de la raíz comprada, respecto a la línea descendente, criterios, que tomaron como base los comisionados.

[58]VICARIO, "Observaciones al Proyecto", ob. cit.,18.

118. Los Proyectos de Apéndice: Parientes tronqueros en relación a la raíz comprada.- Respecto a la raíz comprada, como se ha expuesto, la Comisión adoptó un criterio intermedio, entre los que entendían que los bienes raíces adquiridos por compra quedaban equiparados a los heredados[59] y los que mantenían que sólo quedaban equiparados respecto a los hijos y descendientes del comprador[60].

Consistía este criterio en reputar troncales los bienes comprados siempre que hubiere descendientes y consecuentemente éstos tenían derecho a los mismos.

Con relación a los ascendientes y colaterales cuando la compra se hizo a otros parientes tronqueros[61], en cuyo caso, éstos eran tronqueros respecto a los bienes comprados.

119. La exigencia de legitimidad en el parentesco en la línea descendente.- En el Proyecto de1900 sólo la filiación legítima merece la consideración de tronquera[62], en tanto que en el Proyecto de 1928 reconoce tal carácter a la filiación natural.

P. 1928, Art. 8º: "Se considerarán parientes tronqueros:

1º En la línea descendente, los hijos legítimos y descendientes legítimos.

2º A falta de estos, lo serán los hijos naturales y los legitimados por concesión real y los descendientes legítimos de unos y otros, respecto al padre ó madre que los hayan reconocido.

3º En la ascendente, los ascendientes legítimos de la línea paterna ó materna de donde proceda la raíz de que se trate.

---

[59]Recuerda GARCIA ROYO (ob. cit., T. II, 20) que la corriente ultratroncalista mantuvo que toda la raíz sita en el Infanzonado es troncal, sin distinción alguna entre bienes adquiridos por compra a un extraño y los heredados.

[60]Según GARCIA ROYO (ob. cit., 25) de una interpretación de la ley 16 del Título 20, se desprende que estos bienes raíces comprados, si bien no se pueden mandar a extraño, añade "salvo al heredero y profinco que de derecho conforme a este Fuero lo deben heredar según que los otros bienes rayces que tuviere". Sobre la interpretación que ha de darse a este inciso final, nos remitimos a lo ya expuesto en los Nº 32 a 34 inclusive de este trabajo.

[61]Recoge GARCIA ROYO (ob. cit., 36) una opinión en muchos aspectos coincidente con la que adoptan los comisionados encargados de la elaboración del Proyecto.

[62]Según refiere JADO (ob. cit., 352) no fué objeto de comentario por parte de la Comisión la exigencia de la legitimidad en el parentesco troncal, no ofreciendo duda a sus miembros, que los ilegítimos no tienen derecho a suceder como herederos tronqueros.

4º También lo será, sin perjuicio de la reserva del artículo 43, el padre ó madre superviviente, respecto de los bienes comprados ó ganados en constante matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por los hijos de ambos habidos en el matrimonio.

5º En la colateral, los parientes legítimos que lo sean por la línea paterna ó materna de donde proceda la raíz de que se trate".

El Artículo 8º introduce un orden preferencial, en virtud del cual, en defecto de descendencia legítima -antes que los ascendientes- son parientes tronqueros los hijos naturales y los legitimados por concesión, así como los descendientes legítimos de unos y otros.

La Compilación en su artículo 7º sigue sustancialmente el contenido del referido artículo 8, e incorpora a los legitimados por subsiguiente matrimonio.

Es decir, los dos Proyectos, dejan patente la disparidad de criterios doctrinales de la época, respecto a la inclusión o no de los hijos naturales como tronqueros[63].

Jado, criticó el Proyecto de 1900, no sólo porque no reconociera el carácter de tronquero a los hijos naturales, sino porque en su art. 57 no les reconoce el carácter de herederos forzosos.

Añade este autor, que cuando hubiere hijos o descendientes legítimos, los hijos naturales no pueden heredar bienes raíces algunos -porque esta clase de bienes son siempre troncales para la línea descendente- y aún cuando se permita el que les dejen el quinto previsto el art. 58, la computación del mismo se haría como si se tratase del quinto de libre disposición[64].

A la luz del texto compilado, merece el que se hagan unas precisiones respecto a los derechos a la troncalidad de la descendencia natural, según Celaya:

1º Solamente son tronqueros a falta de descendientes legítimos; pero lo son, con preferencia y, en su caso, exclusión, de ascendientes y colaterales.

---

[63]Según CHALBAUD (*La troncalidad en Bizcaya*, 48) y JADO (ob. cit., 375) los hijos naturales son herederos tronqueros; Por el contrario, ANGULO LAGUNA (ob. cit., 166), y BALPARDA (*El Fuero de Vizcaya en lo Civil* , 13) entienden que no.

[64]Según JADO (ob. cit., 376) supone un retroceso respecto al Fuero la regulación de los derechos de los hijos naturales, ya que en el texto Foral, en concurrencia con la filiación legítima podían recibir hasta el quinto de todos sus bienes sin deducción alguna, aparte del quinto de libre disposición; Según CELAYA (*Comentarios* .., ob. cit., 93), la comisión redactora del primer Apéndice permitía, que en defecto de hijos y descendientes, los padres podían dejar todos sus bienes a los hijos naturales. En la sesión de 10 de Noviembre de 1899, el Sr. Olano dijo que estos derechos debían extenderse a los descendientes legítimos de unos y otros, y así se acordó.

2º El concepto válido de hijos naturales ha de tomarse del Código civil, dado su carácter supletorio.

3º Son parientes tronqueros no sólo los hijos naturales, sino también sus descendientes legítimos[65].

La Compilación ignoró totalmente a los hijos adoptivos, pese a que la Ley que regula la adopción de 24 de Abril de 1958 casi resultaba coetanea al texto compilado.

Según Celaya, los hijos adoptivos no pueden ser tenidos por parientes tronqueros, puesto que la troncalidad se basa en la consanguinidad y la ficción legal que crea la adopción no puede llevarse más lejos de las declaraciones legales expresas; mientras la propia ley no lo permita, añade, la omisión legal del art. 7º no puede ser casual[66].

120. **Requisitos legales en la sucesión troncal de la línea ascendente.**- En defecto de hijos y descendientes son parientes tronqueros los ascendientes. Ambos Proyectos exigen tanto la legitimidad en el parentesco como su procedencia de la línea de donde proviene la raíz. Asimismo, establecen un límite en el parentesco troncal, en el primer ascendiente que poseyó la raíz.

La exigencia de la legitimidad en los ascendientes se consignó en el Proyecto de 1900, de donde pasó al Proyecto de 1928 y a la Compilación. Parece que la opinión mantenida por Chalbaud al respecto influyó en los Comisionados[67]. Es una exigencia el que los bienes provengan de la misma línea y que el ascendiente que pretenda ser tronquero, proceda del tronco o bien que el tronco lo sea el propio ascendiente[68].

121. **El carácter tronquero del padre o madre supérstite. Innovación que introducen los Proyectos.**- El Proyecto de 1928, estableció en el apartado 4º del art. 8, el carácter tronquero del padre o madre supérstite, respecto de los bienes

---

[65]CELAYA, *Comentarios* .., ibídem.

[66]CELAYA, *Comentarios* .., ibídem.

[67]Según CHALBAUD (*Troncalidad en el Fuero de Vizcaya*, 49), 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. Según CELAYA (*Comentarios*.., ob. cit., 95), no le parece una exigencia justa, contemplando los supuestos de padres que transmitieron, en vida, parte de sus bienes a los hijos naturales.

[68]CELAYA, ob. cit., 96.

comprados o ganados constante su matrimonio, así como de heredados del premuerto por los hijos. Este precepto pasó a la Compilación, al art. 7- 3º.

Según García Royo, se dictó la regla de este precepto por la necesidad de aclarar la duda, tantas veces suscitada, sobre si han de ser considerados tronqueros los padres, respecto a los bienes comprados constante matrimonio; se evita, dice este autor, que por una exagerada ampliación de la troncalidad, se tenga por preferente el derecho sucesorio del hermano respecto al del padre o madre, en los bienes raíces que no pertenecieron a la familia hasta que los padres los adquirieron[69].

Entiende Celaya, que la disposición legal aclaratoria está formulada de tal manera que restringe el carácter troncal de los bienes, provoca confusión y lo circunscribe a un campo en el que hace necesario la concurrencia de unos requisitos para que la misma sea aplicable[70].

122. **El parentesco troncal en la línea colateral: ampliación hasta el 6º grado.**- Los parientes de la línea colateral son tronqueros, según el art. 8 y 9 del Proyecto de 1900 cuando sean legítimos, provengan de la misma línea que los bienes y se encuentren dentro del 6.º de consanguinidad.

El Proyecto de 1928, recoge idénticos preceptos en los artículos 8, 9 y 10.

La familia troncal, según el Fuero no alcanzaba más alla del 4º grado, los Proyectos la extienden hasta el 6º, excluyendo en cambio de ella a los hijos ilegítimos. A juicio de Garcia Royo, la prudencia aconsejaba que no se hubiesen ampliado las restricciones del Fuero, y en todo caso de haberlas ampliado, limitándolas al derecho a suceder *ab-intestato* [71].

Celaya, por el contrario, entiende que el límite del 4.º de la etapa Foral resultaba bastante corto, si tenemos en cuenta otras legislaciones coetáneas que hacen llamamientos, mucho mas amplios, incluso, la Ley de Mostrencos en 1835, tratando de fijar límites a la sucesión intestada, establecía los llamamientos hasta el décimo grado[72].

---

[69]GARCIA ROYO, ob. cit., 39.

[70]Según CELAYA (ob. cit., 96), los requisitos son:1º Que se trate de bienes comprados o ganados por los padres, 2º Que hayan sido heredados del cónyuge premuerto. 3º Que hayan sido heredados por los hijos comunes.

[71]GARCIA ROYO, ob. cit., II, 35.

[72]Según CELAYA (ob. cit., 102) el no reconocer parentesco troncal fuera de este cuarto grado, resulta excesivamente limitativo para la troncalidad.

En el texto compilado, en el artículo 8º, se fija el cuarto grado de parentesco troncal y se confirma el criterio, anteriormente adoptado, de la computación civil.

123. **Aplicación de la computación civil en el grado de parentesco.**- Los miembros de la Comisión especial de Codificación, se plantearon en la Sesión 14, que criterio se había de seguir para el cómputo de los grados. El Sr. Bolivar se cuestionó cuál resultaba más acorde con el criterio foral y por otra parte aclaró que la corriente del momento era la de computación civil.

Bolivar, alegó argumentos legales, Jurisprudenciales y aportó pruebas escriturarias, que corroboraban que el criterio foral era el de computación canónica. Quintana y De la Plaza insistieron en que la computación de grados debía ser la civil, tanto por ser el criterio seguido en el derecho constituyente, como por ser conforme a Fuero, aportando, a su vez, a los comisionados pruebas que lo acreditaban[73].

El tema fué muy discutido, llegándose a una fórmula transaccional: la computación sería la civil y el grado de parentesco troncal se fijó en el 6º grado en las tres líneas[74].

IV. Límite que se deriva del carácter reservable de los bienes .

124. **La reserva a favor de la descendecia de los bienes dotados y donados para un matrimonio.**- Los restantes artículos de este título establecen la reserva a que están sujetos los bienes dotados o donados para un matrimonio.

Manuel Lecanda entiende que no puede prescindirse de esta reserva a favor de los hijos del primer matrimonio, cuando el cónyuge sobreviviente pasa a segundas nupcias y la dote o donación se hubiere otorgado en escritura pública. Añade este autor, que para la obligatoriedad de la misma ha de tenerse presente dos circunstancias: debe tratarse de bienes raíces aportados al matrimonio en concepto de dote o donación y deben constar en escritura pública. En la Memoria elaborada por este autor agrega, y no sólo deben reservarse los bienes sino también las mejoras que a los mismos le hubieren sido incorporadas [75].

---

[73]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 109 y 110.

[74]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 111; PROYECTO 1900, Art. 10: "La computación de los grados para las tres líneas será la civil".

[75]LECANDA, *Memoria*..., ob. cit., 10.

Jose Marcelo Lecanda, por el contrario, decía que no había una razón que justificara la extraña disposición de dicha ley, que es contraria a los principios que inspiran el Fuero: contraria a la comunicación, a la troncalidad y a la libertad de testar y apostilla la idea agregando, es contraria a la libertad de testar porque la anula, en beneficio de los hijos y descendientes del primer matrimonio[76].

Trata de hallar este autor "*la ratio legis* " del precepto en la presunta voluntad de que quien da o dota para un matrimonio concreto, quiere que estos bienes sean para "el mismo casamiento y sus resultas". Concluye diciendo, que por razones de justicia entiende que esta ley debía ser derogada [77].

Jado, por su parte no ve necesaria la conservación de la reserva de los bienes dotados o donados para un matrimonio, por lo que entiende debe aplicarse la legislación general[78].

Existió discusión entre los miembros de la Comisión respecto a detalles del cómo regular esta reserva y finalmente se acordó el texto del artículo 100, en el que se establece era necesario que constaren en escritura pública los bienes con los que un matrimonio era dotado y aclarando que sólo se entenderán dotados para el matrimonio los bienes que consten en dicha escritura[79].

Según García Royo, para que exista la obligatoriedad de la reserva al requisito de su formalización en escritura pública, debe añadirse que la donación tenga por causa este matrimonio concreto[80].

En la Sesión 21 se acordó que los bienes dotados y donados para un matrimonio no pueden ser objeto de gravamen, puesto que dichos bienes están enteramente reservados a los hijos y descendientes; acordaron, que si fuere impuesto un gravamen, a favor del cónyuge viudo o de tercera persona que no fuesen los hijos de dicho matrimonio, sería nulo[81].

---

[76]Refiere JADO (ob. cit., 446) la existencia de un trabajo sobre la Comunicación foral de bienes del jurista Jose Marcelo Lecanda, sin que exprese lugar ni fecha de edición de este trabajo.

[77]JADO, ob. cit., 447 de este texto tomó las ideas de Jose Marcelo Lecanda.

[78]Según JADO (ob. cit., 447) esta ley no se inspira en el verdadero fundamento de la reserva, pues no son bienes que el padre o madre sobreviviente adquirió de su difunto consorte o de uno de los hijos habidos en el matrimonio, sino que son bienes del propio reservista.

[79]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 47.

[80]Añade GARCIA ROYO (ob. cit., 82) que ha de aplicarse poco, dado que estas donaciones especiales son raras.

[81]Consta en LIBRO DE ACTA, (ob. cit., 66) que el cónyuge viudo con poder testatorio al pasar a segundas nupcias utilizaba éste gravando la herencia con cierta cantidad en favor suyo. La Comisión acordó por unanimidad que con arreglo a la ley foral, el cónyuge viudo no puede gravar dicho bienes.

125. **La reserva de las mejoras incorporadas y el pago a quien contribuyó a generarlas.**- Las mejoras, edificios y plantaciones seguirán la suerte de los bienes dotados o donados para un matrimonio, por aplicación del principio de accesoriedad[82].

La regla *"superficies solo cedit"* se impone en este caso, si bien por un criterio de justicia se fija una compensación a favor de quién contribuyó a su formación.

De la lectura del art. 101 del Proyecto de 1928 se desprende: Se trata de mejoras incorporadas a los bienes dotados. Dichas mejoras se han llevado a cabo durante el segundo o tercer matrimonio. La propiedad será para los hijos y descendientes del primer matrimonio o el que de ellos haya sido elegido heredero. Se establece como condición la de pagar la mitad del importe de las mejoras, en el plazo de un año y un día.

El criterio legal que se sigue en la compensación que debía percibir el que contribuyó a las mejoras es uniforme, tanto en el art. 90 como en el 101 de los Proyectos; consiste en la mitad de su valor actual, con pago en el plazo de 1 año y un día, a favor del cónyuge que contribuyó a su creación o en su defecto a favor de los herederos.

Según García Royo, al conceder a los reservatarios el derecho de no pagar más que la mitad del importe de las mejoras hechas en los bienes raíces reservados se atuvo la Comisión al criterio foral establecido en la primera parte de la Ley 4 del Titulo veinte[83].

La Compilación recoge en los art 38 la reserva de los bienes raíces donados o dotados para un matrimonio, a favor de los hijos habidos en el mismo. La jurisprudencia justifica esta reserva no en los principios generales reguladores de la troncalidad, sino en el nacimiento de una propiedad familiar asignada a los hijos y descendientes del matrimonio para el que los bienes fueron donados, sin atender para nada al tronco de su procedencia[84].

---

[82]JADO, ob. cit., 446.

[83]Según GARCIA ROYO (ob. cit., 82) puede apreciarse que este criterio está en pugna con lo que establece el párrafo 2º de esa ley, que excluye de la reserva hasta las ganancias hechas en el matrimonio para el que se donaron los bienes reservados, por entender que las mejoras o son producto de aportaciones no reservables o de trabajo. Además, con ese beneficio concedido a los reservatarios se estorba al mejoramiento del caserío.

[84]S. TS. 4 de octubre de 1962.

V. La institución de heredero mediante donación, dote y capitulaciones matrimoniales.

126. **Se le instituye heredero o sucesor al donatario.-** La regulación de la donación en el Código civil supone un reduccionismo de la figura. Se encierra en la pequeña atmósfera de los negocios unilaterales de mera liberalidad. La donación por razón del matrimonio tiene todavía una substancia unilateral más acentuada, puesto que en ella el donatario no tiene ni el mínimo esfuerzo de las donaciones comunes: poner la mano. La ley dispensa al desposado de toda conducta encaminada a la perfección del contrato: no necesita aceptación[85].

Sostienen la mayoría de los autores que la liberalidad es la causa suficiente de la donación. De aquí, el destierro -en las donaciones puras- de toda acción invalidadora basada en la falsedad de los motivos determinantes[86].

En contraste, en los textos vizcaínos no se contempla la donación *in genere* sino referenciada a la donación a un heredero forzoso, de parte o de la totalidad de la herencia. Se trata de una donación en la que se le instituye heredero o sucesor al donatario; se establecen unas reservas a favor del donante o se le imponen unas cargas a las que debe sujetarse el donatario, cuyo cumplimiento queda garantizado mediante fórmulas legales excepcionales. El conjunto de estas circunstancias evidencia que no se trata de una donación común; la donación vizcaína no presenta las notas de unilateralidad y gratuidad propias de la regulación de la donación en el Código civil.

En los textos que vamos a examinar se ubica la donación como uno de los modos de institución de heredero o sucesor en bienes, es decir, como instrumento al servicio de una finalidad sucesoria.

El Derecho codificado, en su cometido de Derecho supletorio, en ocasiones puede distorsionar la lectura que hagamos de los textos forales en el período que estamos examinando. Ambos emplean el término donación o capitulación, sin embargo la categoría a la que responde, presentando un perfil conceptual único, tiene asignadas, en uno y otro sistema, finalidades diferentes e incluso antagónicas, que llegan a configurarlas con caracteres propios.

---

[85]GARCIA ROYO, ob. cit., 67. (Naturalmente, escribe antes de la reforma de 1981).

[86]GARCIA ROYO, ibídem.

127. **Regulación de la donación en los Proyectos de Apéndice y en la Compilación.-** Ambos Proyectos de Apéndice (de1900, 1928) y la Compilación regulan la donación en los siguientes Títulos y artículos:

1) En los dos Proyectos el Título 9º tiene como encabezamiento -De las donaciones-, razón por la que pudiera entenderse que va a tratar de la donación en general, sin embargo, la mayor parte de sus disposiciones son reproducción de las leyes del Fuero, regulándose la donación a los herederos forzosos, de todo o parte de los bienes, con imposición de la carga de alimentos o mediante reserva del usufructo a favor del donante[87].

2) Los Proyectos, dedican el Título 11 a la donación a favor de quien va a contraer matrimonio. El Proyecto de 1900, bajo el epígrafe "De los bienes dotados para un matrimonio", mientras que el de 1928 reza "De los bienes donados para el Matrimonio". Según algunos autores, la índole de la materia no justifica la formación de un título aparte y resulta destacable la falta de homegeneidad en su contenido[88]. El título comprende los artículos 99 a 102 inclusive[89]; los tres primeros artículos relativos a las reservas de los bienes donados para un matrimonio, así como las mejoras a ellos incorporadas, reproducen las Leyes 3 y 4 del Título veinte del Fuero Nuevo, y el último establece la obligatoriedad de su otorgamiento en escritura pública y acceso al Registro.

3) En ambos Proyectos en el Título de la troncalidad, Arts. 14 y 13 respectivamente, aparece recogida la donación como un modo de institución de heredero o sucesor en los bienes[90].

---

[87]En este mismo sentido JADO, ob. cit., 219.

[88]GARCIA ROYO, ob. cit. 81, puede entenderse que más bien no hay correspondencia entre el epígrafe y la materia que regula.

[89]P. 1900, Art. 99: "Sea quien fuere el donante, padre, madre ó extraño, los bienes raíces sitos en el infanzonado que fueren dotados ó donados especialmente para un matrimonio, serán exclusivamente para los hijos legítimos y descendientes legítimos de dicho matrimonio".

Art. 100: "Si el matrimonio se disuelve con hijos y el cónyuge viudo contrajere segundo ó últerior matrimonio, ...los bienes serán todos para los hijos y descendientes del primer matrimonio que fuesen instituidos ó declarados herederos".

Art. 101: "Si durante el segundo ó tercer matrimonio el cónyuge viudo del primero hiciere algunos edificios, plantíos y mejoras será también para los hijos y descendientes del primer matrimonio ó el que de ellos sea elegido heredero, con la condición de pagar la mitad del importe de los edificios, platíos y mejoras al otro cónyuge ó a sus herederos, dentro del plazo de año y día contados desde el siguiente al en que se les pónga en posesión de los edificios, plantíos ó mejoras".

Art. 102: "Para que tenga efecto lo determinado en los tres artículos que preceden será condición indispensable la de que la donación de bienes raíces para un matrimonio se haga por escritura pública a fín de que el documento pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad ".. P. 1928: en el Título 9, arts. 66 a 70 inclusive se regula en términos semejantes.

[90]Los arts. 14 y 13 de los P. 1900 y 1928 aparecen transcritos en el Nº 106 de este trabajo.

4) La Compilación dispensa, comparativamente una menor atención a las donaciones. Les dedica los arts. 11,12, 20, 30, 38 y 39 . Sigue el precedente de los Proyectos al incluirla en el Art. 11.como un modo de institución de heredero o sucesor en los bienes. Su regulación se limita a establecer qué bienes quedan comprendidos en la donación general; la posibilidad de donar en ejercicio del poder testatorio; la exigencia del apartamiento; la reserva de los bienes a favor de los hijos del donatario y la reversión de los mismos por premoriencia del mismo.

128. **La donación *inter-vivos* y *mortis causa* como modos de institución de heredero.-** En la Sesión 9º de la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, se acordó sin discusión el conservar la libertad de disposición de la herencia, contenida en la ley 11 del Titulo 20, por ser una de las principales del Fuero. El artículo 14 del Proyecto de 1900 recoge la donación, la escritura de dote y las capitulaciones matrimoniales como uno de los modos e instrumentos para la institución de heredero[91]. Toma literalmente su texto el Proyecto de 1928 (Art. 13).

Al estudiar en la Comisión la redacción de este artículo, sólo se plantearon cuestiones de carácter formal. No queda constancia en el Libro de Actas de cuál fué la razón que les llevó a incluir la donación, en su doble vertiente -*inter-vivos y mortis causa*- como un modo de institución de heredero o sucesor en los bienes, ni se expuso la razón por la que junto a la misma, como si se tratara de una realidad con idéntica transcendencia ante el Derecho, se incorporan las escrituras públicas de constitución de la dote y de capitulaciones matrimoniales[92].

129. **La institución de heredero mediante donación: Interpretaciones dadas por la doctrina.-** La doctrina vizcaína, salvo excepciones, pone de relieve la incongruencia de instituir sucesor mediante donación en estos términos:

"Aparte de los impropio de la frase nombrar heredero o sucesor por donación, resulta que aún cuando sea con el carácter de irrevocabilidad propio de tales actos, el art. 14 autoriza a contraer una obligación que no ha de tener sus efectos en vida del otorgante sino después de su muerte en la persona de su heredero o sucesor, lo que es cosa distinta de la donación general de bienes "[93].

---

[91]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 55.

[92]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 141.

[93]Según BALPARDA (*El Fuero de Vizcaya en lo Civil* , 39), que sea la intención del art. 14 el incluir la donación como un modo de delación sucesoria se desprende, de la falta de una disposición de esta especie en el Proyecto y de la incongruencia en las palabras del párrafo 2º.

Añade este autor que, siendo la donación general de bienes pilar básico del sistema sucesorio, requiere un desarrollo normativo mayor[94].

Jado, al analizar el contenido de este artículo, añade que debe entenderse que la norma autoriza la institución o nombramiento de sucesor por donación inter vivos a uno de los herederos forzosos, de todos los bienes, troncales y no troncales bien sin causa o bien por vía de dote o donación *propter nuptias* y que estas donaciones son irrevocables[95]. Agregando que lo frecuente es que tales disposiciones se efectúen con motivo del matrimonio del hijo sucesor y queden consignadas en las capitulaciones matrimoniales, que con tal motivo se otorgan[96].

Jado, no ve que el Fuero autorice la institución o nombramiento de heredero tronquero en esos actos o instrumentos que figuran en el art. 14 del Proyecto, aunque sí el que se pueda hacer donación *inter-vivos* de todos los bienes, troncales y no troncales, a uno de los herederos forzosos, bien sin causa o bien por vía de dote o donación *propter nuptias* [97]. A su juicio si la Comisión incluyó como modos de designación de heredero tronquero la escritura de dote o las capitulaciones matrimoniales, puede deberse a que los padres al constituir la dote, si consiste en bienes raíces hacen apartamiento de los restantes herederos y añaden la fórmula que eligen sucesor tronquero[98].. Por otra parte, al interpretar las cláusulas que aparecen en las capitulaciones matrimoniales el apartamiento de la donación junto a la claúsula de institución de heredero al donatario tiene la finalidad de ratificar la donación, sin embargo, a juicio de este autor, con tales cláusulas lo que se hace es restársela pues dá a la disposición una nota testamentaria y como tal revocable[99].

García Royo mantiene la tesis contraria y entiende que es auténticamente foral tal forma de designación, en virtud de lo dispuesto en los textos Forales y desarrollado en el derecho consuetudinario[100].

Jado expresa cuál era la realidad que venía a ser regulada por estos precepto. "Los padres no esperan a que llegue el fin de su vida para disponer de los bienes en favor de sus hijos, cuando no se bastan por sí sólos para que la casería produzca los debidos

---

[93]Según BAPARDA (ob. cit., 40) las instituciones que recogen la libertad de disposición son: 1)el derecho de hacer donación general. 2) La libertad de elección . 3) El testamento por comisario.

[94]BALPARDA, ibídem.

[95]JADO, ob. cit., 291.

[96]JADO, ob. cit., 220.

[97]JADO ob. cit., 291.

[98]JADO, ibídem.

[99]JADO, ob. cit., 292.

[100]GARCIA ROYO, ob. cit., 278.

rendimientos, hacen uso del medio que le concede el Fuero para conservar a su lado a uno de los hijos y crear una nueva familia que venga a sustituirles en el manejo y labranza de aquella, sin que ellos se vean en la indigencia, y dicho queda con esto, añade Jado, la importancia y necesidad de que se conserven y subsistan en el Apéndice las leyes del Fuero que tienden a conseguir ese fin". Para lograrlo, hacen los padres donación de la casería por vía de dote o *donación propter nuptias* a la hija o hijo que va a contraer matrimonio y se reservan el derecho de alimentos o el usufructo de la mitad de los bienes donados, de este modo se asegura la subsistencia de los padres donantes, añade este autor[101].

130. **El artículo 11 de la Compilación y la interpretación que recibe.-** La Compilación recoge este precepto en el art. 11. Subraya Celaya, que tanto por la referencia a la donación como a las capitulaciones matrimoniales o constitución de dote suele interpretarse como un claro reconocimiento de la sucesión contractual, pero esta tesis no puede admitirse sin matizaciones, y añade, la donación en Vizcaya es siempre irrevocable, no tiene la consideración de un acto de disposición *mortis causa*, dado que surte efectos inmediatos e irrevocables, sin esperar a la muerte del causante[102].

Añade este autor, la facultad de disposición del donatario, tratándose de la donación con carga de aliementos, queda muy restringida, tanto que el proyecto de apéndice interpretó, con acierto, la citada Ley 2 del Título XXIII como auténtica prohibición de disponer, por lo que está mucho más próximo a un heredero que a un donatario propiamente tal".[103]

En obras posteriores reconoce este autor la existencia del pacto sucesorio en Vizcaya[104].

131. **Las capitulaciones matrimoniales y la escritura de dote en la designación sucesoria.-** Respecto a la inclusión de las capitulaciones matrimoniales en este artículo y la escritura de dote como modos de designación sucesoria, según Garcia Royo, no son modos adicionales, sino más bien, el instrumento del que se sirven los

---

[101]JADO, ob. cit., 220 y 221.

[102]Añade CELAYA (*Comentarios* .., 128 a 130) el Fuero emplea la expresión "del que ha dispuesto de sus biene todos puede decirse ha sido heredado en vida. Transcribe a continuación unas cláusulas notariales, tomadas de Vicario en la que nombran al hijo sucesor tronquero, causándole donación perfecta e irrevocable.

[103]CELAYA, *Comentarios* , ob. cit., 133.

[104]CELAYA. *Derecho Foral y Autonómico Vasco*, Bilbao, 1984, 206.

padres de los contrayentes para consignar la donación que hacen a sus hijos, teniendo en cuenta que la finalidad que desempeñan las capitulaciones en Vizcaya, supera a la consignada en el art. 1.315 del Código civil[105] (anterior a la reforma de 1981) y explica este autor cual es el contenido de esas escrituras matrimoniales.

"En esas capitulaciones matrimoniales, los padres de uno o de los dos cónyuges, al hacer donación de bienes al hijo que se casa y que asocian con su esposa o esposo a la casa paterna, le eligen o designan por heredero tronquero y al causar tal nombramiento, apartan a los demás con las dotes compensatorias, generalmente en metálico, con que gravan al donatario que debe entregarlas a los demás en prudentes plazos que le señalan"[106].

La conclusión 5 del Congreso de Oñate, establecía la oportunidad de examinar las capitulaciones matrimoniales con las estipulaciones relativas a la designación de herederos futuros y asimismo el estudio de las donaciones universales hechas a los herederos tronqueros con carga de alimentos y reservas de usufructo[107].

132. **Nuestra interpretación de los artículos citados.-** A nuestro entender, la comisión encargada del Proyecto de 1900 se limita a recoger lo que está admitido y enraizado en el Derecho consuetudinario de su época, -realidad, por demás, unánimemente reconocida por la doctrina-, y sin pararse a analizar, encuadrar y justificar conceptualmente la figura de la institución de sucesor en vida, se limitan a recogerla en el texto legal. Cabe instituir heredero o sucesor en los bienes en vida del causante mediante los instrumentos jurídicos empleados en la práctica Notarial que son: la donación, la escritura de dote y las capitulaciones matrimoniales. Los miembros de la comisión, introducen el pacto sucesorio de forma más explícita que lo que aparece en el Derecho histórico; pasa esta norma a la Compilación.

Toman de los Fueros la regulación de las donaciones universales: la necesidad de su otorgamiento en escritura pública; la indisponibilidad e inembargabilidad de los bienes; la reserva de los bienes a favor de la descendecia; la revocabilidad de los mismos por incumplimiento de las cargas y la reversión por premoriencia del donatario sin hijos.

Estos textos legales recogen junto al título de heredero el de sucesor en bienes troncales. Asímismo reconocen la posibilidad de instituir a título universal o particular.

---

[105]GARCIA ROYO, ob. cit., 37.

[106]GARCIA ROYO, ibídem.

[107]CONGRESO DE OÑATE, ob. cit., 309.

a) Otorgamiento.

133. **Las partes otorgantes: La donación de los padres a los herederos forzosos.**- Los Proyectos en los Arts. 72 y 65 respectivamente no se refieren a las donaciones en general sino que regulan las donaciones de los ascendientes a favor de los descendiente, con establecimiento de la carga de sus alimentos y exequias fúnebres. Se trata de la donación universal hecha a los herederos forzosos, como entrega de la herencia hecha en vida del testador[108].

No hacen referencia a la donación a extraños, supuesto que, dada la limitación que tiene la cuota de libre disposición, sería extraordinario[109]; al regular las donaciones con motivo del matrimonio (Arts. 99 y 90 de los Proyectos) establecen la posibilidad de la donación por parte de un extraño.

La Compilación no hace expresa referencia a esta circunstancia.

Los textos legales establecen con fidelidad absoluta a los Fueros el principio de libertad en la elección[110]; respecto a la cuestión de si cabe la elección del nieto en vida del hijos, la interpretación se corresponde con la doctrina que se ha expuesto[111].

Según Celaya la ley vizcaína sigue en esta materia una posición intermedia entre los sistemas en los que rige la sucesión forzosa y los que dejan libertad de testar. Hasta el punto de que con frecuencia se habla de que el sistema de Vizcaya es de libertad de testar, aunque en realidad es un sistema de libre elección de heredero, pero dentro del grupo designado por la ley; de libertad amplia, pero limitada en cuanto a las personas entre las cuales se puede elegir; la legítima es fuerte, pero la libertad también[112].

Del tenor literal de los textos legales se desprende, que son otorgantes los padres quienes disponen a favor de sus hijos de los bienes raíces. El ámbito de esta libertad será variable y quedará fijado por la existencia o no de herederos dentro de la línea y grado.

---

[108]GARCIA ROYO, ob. cit., T. II, 68; JADO ob. cit., 291.

[109]CELAYA, *Comentarios..*, 131; Según LECANDA (ob. cit., 127) como desenvolvimiento del principo de troncalidad, en Vizcaya no se puede donar bienes raíces a extraños sino en defecto de descendientes, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado.

[110]Los Proyectos 1900 y 1928 (Arts. 39 y 35 respectivamente) y Art. 23 de la Compilación dejan a la libre discrecionalidad paterna el que opte por distribuir los bienes entre los hijos o elegir a uno de ellos.

[111]Nº 42 a 44 y 11 ha de tenerse en cuenta que los autores vizcaínos de comienzos de siglo interpretan interpretan el Fuero que es el Derecho vigente.

[112]CELAYA, *Comentarios* .., ob. cit. 216.

Con frecuencia la donación se efectúa con motivo del matrimonio del hijo elegido[113].

134. **La capacidad del donatario y el carácter de la actuación del donante.**- Cabe plantearse si se establecen reglas especiales en materia de capacidad para donar y aceptar, a las que hubieran de sujetarse los otorgantes.

Vicario deja sentado que en la regla contenida en el Art. 38 del Proyecto de 1900, sobre fijación de la mayoría de edad, se sigue el criterio de remisión al Código civil, lo que resuelve la duda suscitada por algunos letrados, de si en Vizcaya la mayoría de edad después del Código eran los 25 o los 23 años. De la primera solución eran partidarios todos los comentaristas del Código civil y expositores del derecho de Castilla, en cambio de la segunda eran muchos letrados vizcaínos que opinaban que la ley 2 del título 22 del Fuero no fijaba la mayoría de edad a los 25 años, sino que dicha ley daba por establecido su límite por el Derecho común[114].

El otorgante puede actuar conjuntamente con su consorte o en ejercicio del poder testatorio; al ser la donación uno de los modos de delación sucesoria se le aplicarán las reglas generales que regulan la capacidad para testar (Tít. 4 y 5 del Proyecto de 1900 y 5 y 6 en el de 1928). La Compilación no se ocupa específicamente de los requisitos personales de la donación, salvo la referencia en el artículo 20 a la posibilidad de donar en ejercicio del poder testatorio.

135. **Su otorgamiento en escritura pública y su inscripción en el Registro.**- En la institución de heredero o sucesor, en función del modo de instrumentalizarlo, se observarán las formalidades o requisitos extrínsecos que para su validez respectiva exija la ley general, en relación a cada uno de aquéllos en particular.

La donación o dotación con carga de alimentos ha de otorgarse en escritura pública, con la finalidad de que tenga acceso al Registro de la Propiedad (art.102)[115]; manteniéndose en ambos Proyectos el carácter real de dicha carga (Arts. 71 y 64

---

[113]GARCIA ROYO ob. cit. T. II, 76. JADO, ob. cit., 291.

[114]VICARIO, "Observaciones al Proyecto..", 28.

[115]P. 1900 (Arts. 14, 71 y 102) y P. 1928 (Arts. 13, 64 y 90) establecen respectivamente que en el nombramiento de sucesor tronquero por donación, dote o capitulaciones matrimoniales se observarán en la redacción del documento las formalidades y requistos extrínsecos que para su validez respectiva exija la ley general con relación a cada uno de ellos. El otorgamiento en escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

respectivamente)[116]. y su publicidad registral. Adicionalmente la exigencia de escritura pública y su inscripción en el registro se deriva del carácter reservable de los bienes a favor de la descendencia (Art. 102 y 90 Proyectos1900 y 1928).

Vicario considera que este artículo debía modificarse, porque no debe ser motivo de ineficacia la falta de inscripción, teniendo en cuenta que las personas contra quien ha de invocarse no tienen el concepto de terceros para los efectos civiles e hipotecarios, añadiendo que la exigencia de escritura pública, requerida por el Derecho común puede evitarse si por otros medios puede acreditarse la procedencia de los bienes y el fin con que fueron mandados[117].

Advirtió Jado que bajo el epígrafe del Título veinte "De las dotes y donaciones"[118] aparecían en el Fuero algunas leyes sucesorias interpoladas en la normativa sobre régimen económico, estas particularidades denotan que la obligatoriedad del otorgamiento de la dote o donación en escritura pública pueda deberse a la existencia de un mayor trasfondo jurídico, en el empleo de estas figuras.

En los Proyectos, al establecer la posibilidad de la institución de heredero mediante donación, se sigue la regla establecida en materia sucesoria y su otorgamiento en escritura pública.

En la Comisión, se discutió sobre los requisitos formales de escritura pública en las donaciones, entendiendo que no era necesaria su regulación por estar sujetas a las disposiciones dadas sobre la redacción de documentos públicos [119].

No se recoge específicamente los requisitos formales a cumplimentar en este tipo de donaciones, por entender que la ley de Notariado fija los criterios para la redacción de los instrumentos públicos y la ley Hipotecaria ha uniformizado la materia[120].

---

[116]PROYECTO 1900, Art. 102: "Para que tenga efecto lo determinado en los tres artículos que preceden será condición indispensable la de que la donación de bienes raíces para un matrimonio se haga por escritura pública, a fin de que el documento pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad". Art. 71"...Para evitar que el derecho del donante sea burlado, esta clase de donaciones será nula si no se hace constar por documento público, a fin de que la carga de alimentos se inscriba en el Registro de la Propiedad".

[117]VICARIO, Observaciones al Proyecto, ob. cit.,40.

[118]JADO, ob. cit., 452.

[119]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 55.

[120]LECANDA, ob. cit., 112.

136. **El apartamiento de los no favorecidos.-** A los encargados de del Proyecto de 1900 les ofreció duda el mantener la exigencia del apartamiento y sus consecuencias para el caso de contravención. Quedando suprimido en el artículo 75 del Proyecto de 1900; se incorporó en el art. 70 del Proyecto 1928 cuando se trate del apartamiento de las donaciones[121].

La Compilación exige el apartamiento expreso, exceptuando la línea colateral, en la que tácitamente se considerarán excluidos los que no han sido favorecidos con la designación[122].

b) El contenido

137. **La institución de heredero o sucesor en bienes instrumentalizada mediante la donación.-** Como ya hemos indicado, l os textos no se ocupan de establecer el derecho sustantivo correspondiente a la institución de heredero o sucesor en vida, sino que se limitan a tomar de los Fueros la regulación de las donaciones universales; la Compilación la regula de forma muy fragmentaria y los Proyectos con mayor fidelidad los preceptos del Fuero Nuevo.

Regulan la donación general de la casería y sus pertenecidos y establecen qué bienes muebles quedan comprendidos en la misma[123]; la donación de bienes raíces con carga de alimentos y la donación que se lleva a cabo con motivo del matrimonio del elegido.

Vicario pone de relieve que este tipo de donación con carga de alimentos, que históricamente era frecuente, por el contrario no era usual en el momento en el que se elaboró el Proyecto, por lo que hubiera sido más adecuado que se hubieran tomado las donaciones de padres a hijos contrayentes, recogidas en el contrato matrimonial de estos, en los que se acuerda la constitución de una comunidad o sociedad entre donantes y donatarios o alternativamente se establece la reserva de usufructo de la mitad de los bienes. Se trata de una donación remuneratoria que lleva consigo muchas cargas[124].

Según refiere Jado el contenido esencial de estas donaciones es igual para todos los vizcaínos de la tierra llana. Una vez que se ha concertado el matrimonio, los padres hacen donación de la casería al hijo que ha de contraerlo y le designan como heredero

---

[121]PROYECTO 1928, Art.70: "El apartamiento de las donaciones se hará en la misma forma establecida en los artículos 35 y 40".

[122]Comp. 1959, Art. 23.

[123]Arts. 74. 67 y 12 de los Proyectos de 1900, 1928 y Compilación.

[124]VICARIO, Observaciones al Proyecto de 1900, ob. cit., 33.

tronquero con el apartamiento foral de los demás hijos, imponiéndoles la carga de alimentos por los días que los mismos padres viviesen, o bien reservándose estos la mitad o una parte menor del usufructo de los bienes donados. También suelen imponerle la obligación de pagar los gastos de entierro y funeral de ellos, de los padres o cuando menos del que fallezca el último; y la de satisfacer a los hermanos con alguna cantidad en metálico, según vayan casándose, ya que fueron apartados para suceder en la casería y demás bienes donados. A veces, la dote en metálico que aporta la novia pasa a poder de los padres del novio, sin perjuicio de quedar hipotecada la casería donada en garantía de la devolución de la misma, si llegase el caso, en cuyo supuesto serán los padres los que dotarán a los restantes hermanos del donatario. También se estipula que el futuro matrimonio y los padres y hermanos menores han de vivir haciendo vida y trabajo en común[125]

Cabe la donación de bienes futuros a la luz de los textos examinados[126].

La doctrina reconoce que era cláusula frecuente el que se acordara la asociación de ambos matrimonios[127].

138. **Objeto sobre el que versan las donaciones universales.-** Los Proyectos al tratar de estas donaciones a favor de los herederos forzosos se refieren a la donación de bienes raíces, separándose en este punto de la trayectoria del Fuero que habla de quien dá todo lo suyo o parte. Se trata de una disposición del patrimonio productivo a favor de un heredero forzoso, que viene a ser como la entrega de la herencia, en parte o en todo, hecha en vida[128].

---

[125]JADO, ob. cit., 221.

[126]GARCIA ROYO, ob. cit., T. II, 76; Art. 14 y 13 de los Proyectos de 1900 y 1928 y art. 11 de la Compilación.

[127]Añade GARCIA ROYO (ob. cit., 37) que asocian al hijo donatario con su esposa o esposso a la casa paterna, le eligen o designan por heredero tronquero y al causar tal nombramiento apartan a los demás con las dotes compensatorias, generalmente en metálico, con que gravan al donatario que debe entregarlas a los demás en prudentes plazos que le señalan; Recoge HORMAECHE (*Leyes civiles..*, ob. cit., 236) la existencia de la asociación; VICARIO ("Observaciones..."ob. cit., 61 ss.) expone las características de esta asociación: 1) Nace de pacto. 2) Tiene por base patrimonial la donación de los padres al hijo. 3) Cargas e ingresos de la asociación. 4) Se fijan las causas de disolución. 5) se establecen las consecuencias de la disolución.

[128]JADO, ob. cit., 218; Añade GARCIA ROYO (ob. cit., 37) que los padres al hacer la donación "inter vivos" de su hacienda a favor del hijo que se casa, disponen de su patrimonio, y acostumbran elegir por heredero al hijo que vivirá en la casa paterna.

El artículo 74 delimita qué se encuentra comprendido cuando el donante dispone del caserío con todos sus pertenecidos[129].

El art. 74 contiene una norma dispositiva supletiva, al delimitar que se entiende comprendido en la donación general (cuyo precedente es la Ley 13 del Título 20 del Fuero). La fórmula empleada por la Comisión parece acertada: "bienes que deban considerarse necesarios para regir la casería".. La doctrina detalla qué bienes muebles por su vocación al destino de la explotación de la casería deben considerarse comprendidos[130].

139. **Frecuencia de la modalización de la donación. El carácter oneroso de la donación.-** La doctrina entiende que la donación es una liberalidad por parte del donante, pero no lo es por parte del donatario. La realización de la liberalidad es una cara del contrato y la adquisición provechosa, la otra. El Código civil desatiende esta última y mira sólo la liberalidad[131].

García Royo pone de relieve el carácter remuneratorio de estas donaciones, "que llevan consigo numerosas cargas; por una parte el donatario y su esposa o entregan en el acto cierta cantidad en dinero o se obligan a entregarla en determinadas épocas y con tipo estipulado, y por otra los padres no se desprenden de su patrimonio en absoluto, sino con prudentes reservas como son la de percibir la mitad de los frutos y ganancias que realizara el nuevo matrimonio en unión del anciano si congeniaran e hicieran vida común y si no la hicieran los padres se reservan el *echebasterra* o mitad del usufructo, consistente en la mitad de la casa y mitad de la tierra de cultivo y cuanto exista, así como algunos bienes para gastos extraordinarios..."[132].

García Royo entiende que en el Derecho vizcaíno preside el sinalagmatismo, frente a la pura liberalidad como causa de la donación; ésta es la filosofía que subyace cuando el Fuero expone cómo se han de entender la donación general; la reversión de la donación con carga de alimentos; el impedir el fraude de los hijos menores del donatario y

---

[129]P. 1900, Art. 74: "Cuando se dona un caserío con todos sus pertenecidos, se entenderán incluídos en la donación no sólo las heredades, sino también el mobiliario y los animales y aperos de labranza, siempre que por otro lado no se hubieren dispuesto de ello".

[130]Según JADO,(ob. cit., 220) los aperos y útiles de labranza deben considerarse aderezo, puesto que son necesarios para cultivar la tierra. Las cubas también por estar destinados a la industria de la producción de sidra y chacolí. Las arcas para el almacenamiento de la harina . Asimismo los muebles en general".

[131]GARCIA ROYO ob. cit., t. II, 67.

[132]VICARIO, "Observaciones al Proyecto..", ob. cit. , 33.

la manera de resolver las cuestiones si el donante se queja de que no le prestan los alimentos[133].

140. **La donación con carga de alimentos: medios para garantizar su cumplimiento.-** La donación con carga de los alimentos del donante aparece defectuosamente regulada en los arts. 71, 72 y 73 del Proyecto de 1900[134].

Se suprimió en estos textos el contenido de las leyes 1º y 3º del Título 23 y de la ley 22 del Título 34 del Fuero Nuevo, que regulaban específicamente este tipo de donaciones y establecían las consecuencias de un defectuoso cumplimiento y reconocían al donante supérstite el derecho a sus alimentos .

Sobre la este tipo de donación, arraigada en la etapa de los Fueros nos hemos ocupado en los Nº 54 a 59 de este trabajo.

Su incumplimiento da derecho a ejercitar la acción revocatoria, determinando con ello la reversión de los bienes donados libres de cargas[135]. Queda regulado del siguiente modo:

P.1900, Art. 71: "El donante de bienes raíces tendrá el derecho de anular la donación hecha con carga de alimentos, si el donatario no cumple la obligación de darlos.

Anulada la donación, volverá la finca a su primitivo dueño libre de tal carga, cualesquiera que hubieren sido las transmisiones de que hubiesen sido objeto lo bienes donados.

Para evitar que el derecho del donante sea burlado, esta clase de donaciones será nula si no se hace constar por documento público a fin de que la carga de alimentos se inscriba en el Registro de la Propiedad "

García Royo pone de relieve que se establece con carácter uniforme la sanción de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 71 y 73 del Proyecto -por incumplimiento de la carga y premoriencia del donatario sin descendencia-, y no contienen ninguna disposición especial en materia de troncalidad[136].

---

[133]Según GARCIA ROYO (ob. cit., 68) el carácter real de la carga de alimentos determina que por premoriencia del donatario sus herederos asuman su cumplimiento. Su incumplimiento posibilita a la revocación de al donación; CELAYA, *Comentarios*, ob. cit., 133.

[134]El P. 1928, recoge en términos semejantes al anterior en los Arts. 64 a 67 ambos inclusive, en tanto que la Compilación sólo le dedica el Art. 39 que regula la premoriencia del donatario sin descendencia y la reversión de los bienes donados.

[135]CELAYA, *Comentarios* ., 133.

[136]GARCIA ROYO, ob. cit., 73.

Balparda añade que, no es tan sólo una carga real sobre los bienes de la que responden con sus productos, sino una obligación contraída por el donatario y a su aptitud para el trabajo de modo que quede gantizada la subsistencia de todos.

La carga de alimentos y la reserva de usufructo, tanto por su establecimiento en el derecho escrito, como en el Derecho consuetudinario, perdura durante la vida de los padres, aún cuando hubiere muerto el hijo donatario[137].

141. **La falta de regulación de los alimentos del donante supérstite.-** Se omitió la regla que garantizaba el mantenimiento del abuelo o abuela que quedare supérstite y que en su día donó sus bienes con carga de alimentos(ley 1 del Título 23), siendo considerada dicha norma como una de las más previsoras del Fuero[138]. Se justificó por parte de los miembros de la Comisión indicando que era una materia que que estaba regulada por el Código civil y por tanto se remitían a dicho texto.

Los miembros de la comisión no se detuvieron a analizar si las donaciones con carga de alimentos, objeto de regulación, abarcaban todo el patrimonio del donante o bienes singulares, circunstancia que viene a configurar el tipo donacional y cuyo tratamiento jurídico, si se trata de una donación universal, requiere medidas excepcionales que garanticen el cumplimiento de la carga, siendo esta la razón por la que en la Sesión 11, entendieron que se podían prescindir del Tit. 23[139].

Pudo pesar en el ánimo de los miembros de la comisión lo que en su día mantuvo Lecanda, al entender que las reglas de este título eran de carácter procedimental y no de derecho sustantivo, y que estando ya en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil, la conservación de este Título era inútil. La preferencia del que donó con carga de sus alimentos respecto a los demás acreedores regulada en la ley 2 del Título 23 se suprimió asímismo, remitiéndose a lo dispuesto en la ley Común[140].

---

[137]JADO ob. cit., 224.

[138]Según BALPARDA (ob. cit., 28) de donde se deriva que los donantes puedan exigir que se les garantice mediante fiadores llanos los alimentos, en el supuesto de premoriencia dejando hijos menores y por otra parte el que tengan derecho los abuelos de los bienes que constituían la mitad perteneciente al finado, derechos que se derivan de la Ley 1 del Tit. 23 que fué suprimido.

[139]LIBRO DE ACTAS, ob. cit., 78.

[140]LECANDA, ob. cit., 185.

142. **El cumplimiento defectuoso de los alimentos.-** Debido a la supresión de la ley 3 del Título 23 del Fuero Nuevo, no queda regulado en el Proyecto el supuesto del donante que no recibe adecuadamente los alimentos[141].

A juicio de Balparda, era una medida de prudencia la conservación de este precepto, en el que se preveía la fijación de la cuantía de los alimentos por tasación judicial, en evitación de la rescision de donaciones debidas a mala inteligencia en el donatario más que a torcida voluntad[142].

c) Eficacia.

143 **Su carácter irrevocable y la entrega de bienes de presente.-** Jado pone de relieve la característica de esta donación como negocio bilateral, ya que se perfecciona con asistencia del donatario quien acepta[143]. La irrevocabilidad se deriva de su naturaleza bilateral, pero en ésta reside también la posibilidad de su revocación, ya como condición, ya por mutuo disenso de los paciscentes[144].

Es irrevocable (R.D.G.R. 16-V-1908); no teniendo la claúsula del apartamiento virtualidad suficiente para el cambio del carácter de la donación[145].

Es una donación inter-vivos a favor de un heredero forzoso con aceptación por parte del donatario y consiguiente entrega de bienes de presente[146].No obstante, consta en el documento se trata de una donación que produce sus efectos en vida del donante y que es irrevocable[147].

---

[141]El art. 71 previene el supuesto de incumplimiento de la carga de alimentos, pero no, como lo hiciera la Ley I del Título 23, en la que se regula su defectuoso cumplimiento y se establece la forma de subsanarlo mediante tasación judicial; GARCIA ROYO, ob. cit., 73.

[142]Comenta BALPARDA (*El Fuero de Vizcaya en lo Civil* , 28) la ley 1 del Titulo 23 en la que se establecen los resortes al alcance del donatario, que sin acudir a la revocación de la donación, podía quedar garantizado su derecho y su adecuado cumpliento.

[143]JADO, ob. cit. 219; Toma CELAYA,(ob. cit., 129) de los autores vizcaínos estas características; GARCIA ROYO, ibídem.

[144]GARCIA ROYO, ibídem.

[145]GARCIA ROYO, ob. cit., T.II, 69; JADO, ob. cit., 291.

[146]GARCIA ROYO, ob. cit., T. II, 68 y 69; JADO ob. cit., 291 y 218 a 238 donde desarrolla las donaciones inter-vivos a los herederos forzosos. JADO, ob. cit. 219. Toma CELAYA (ibídem, 129) los carácteres de pacto sucesorio propios del sistema germánico a) Ser una ordenación *mortis causa*, en consideración a la muerte, y por ello, con efectos dependientes de la muerte del causante. b) Ser irrevocable.

[147]JADO Y VENTALES, R., *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las Leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1923, 290; Se discutieron y recoge el LIBRO DE ACTAS (ob. cit., 141) las razones que

El reconocimiento de la irrevocabilidad aparece recogida de forma unánime por parte de la doctrina vizcaína, quien entiende que nos encontramos ante una donación *inter-vivos*, irrevocable y en consecuencia con eficacia en vida del donante[148], pero esas donaciones producen sus efectos desde luego, lo mismo para el donante que para el donatario, son irrevocables, salvo justa causa, lo que impide que se las pueda considerar como actos de disposición testamentaria[149].

Celaya, al interpretar el artículo 11 de la Compilación, deja formulada la respuesta en forma condicional, "si los efectos de la donación son inmediatos, sin esperar a la muerte, estamos ante una simple donación" y agrega que, no importa que los bienes vuelvan al donante si el donatario fallece antes que él, ni el que la donación comprenda todos los bienes del donante[150].

No desconocen estos autores el contenido de las escrituras de capitulaciones matrimoniales de mediados del s. XIX, puesto que las transcriben en algunas de sus obras, por lo que pudieron apreciar que junto al título donacional se incorpora el nombramiento de sucesor tronquero y que adicionalmente se modalizan con cláusulas de reserva de usufructo, asociación familiar, dotes a favor de los hermanos etc.[151].

144. **Algunos autores ponen de relieve su eficacia mortis-causa.-** García Royo pone de relieve la tesis contraria y encuadra estas donaciones bajo la categoría de negocio bilateral *mortis causa* , detallando que el carácter *mortis causa* no consiste tanto en la circunstancia de que produzca los efectos a la muerte del causante, como el que los efectos estén condicionados a la pervivencia del causa-habiente[152].

---

justifican la ubicación de su regulación tal y como aparecen en el texto del Proyecto, siendo modificada la primera redacción.

[148]VICARIO DE LA PEÑA, *Derecho consuetudinario* , ob, cit., 55; JADO, ob. cit., 219; CELAYA, *Comentarios* .., ob. cit. 127; GARCIA ROYO, ob. cit., II, 68 y 69.

[149]JADO, ob. cit. , 291; Según JADO (ob. cit., 219) está realidad nos permite afirmar que quien así recibe los bienes puede decirse que ha heredado en vida.

[150]CELAYA (ob. cit., 130 y 124 a 135) comenta el art. 11 e incorpora un resumen de las opiniones doctrinales al respecto.

[151]Recoge VICARIO, (*Derecho consuetudinario* , ob. cit., 55)y ANGULO, (ob. cit., 244) varias minutas de contratos matrimoniales otorgados en la última década del s. XIX, que vienen a decir: "Que en consideración al proyectado enlace de su hijo...con ...nombran a dicho hijo sucesor tronquero de la casería, sus pertenecidos y demás fincas antes descritas, causándole a la vez donación perfecta e irrevocable de las mismas, así como de la mitad de los ganados vacunos, herramientas de labranza, efectos de mobiliario .....cuya donación no es inmensa, por cuanto la verifican bajo las reservas siguientes.....el elegido da las debidas gracias y acepta".

[152]GARCIA ROYO, ob. cit., T. II, 130.

Según Lacruz Berdejo, las donaciones inter-vivos con reserva de usufructo o con obligación de alimentos, con relación a los bienes futuros, tienen un indudable carácter de sucesión contractual[153].

Balparda entiende que el art. 14 del Proyecto autoriza a contraer una obligación que no ha de tener los efectos en vida del otorgante sino después de su muerte en la persona de su heredero o sucesor, cosa distinta de la donación general de bienes[154].

Celaya afirma que un donatario que no puede disponer de los bienes donados y que ha de aplicarlos a alimentar al donante mientras viva, está mucho más próximo a un heredero que a un donatario propiamente tal[155].

Esta donación no puede quedar sin efecto por la sola voluntad del donante, sino que es necesario que haya alguna causa determinada en la ley o en la misma escritura de donación y concluye diciendo "del que ha dispuesto de sus bienes todos a favor de uno de los herederos puede decirse que ha sido heredado en vida"[156], frase que toma del Fuero.

Reconocen unánimente que lo habitual es que se disponga de la herencia mediante donación. Añade Vicario que entre marido y mujer, teniendo hijos, no es costumbre testar conjuntamente, sino que se dá el nombre de testamento al hecho de disponer ambos de sus bienes en el acto de donar toda su hacienda al hijo que se casa y eligen para vivir en su casa y compañía, estableciéndole las reservas que consideren oportunas[157].

145. **Aspectos que se regulan relativos a la eficacia de estas donaciones.-** A la luz de los textos legales y de la doctrina, podemos sistematizarlos de la siguiente manera:

1) Limitación legal de la facultad de disposición del donatario en relación a los bienes donados.

2) Imposición legal de la reserva de los bienes donados y sus mejoras, a favor de los hijos habidos en el matrimonio para el que fueron donados.

---

[153]LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones.I, Parte General, Sucesión volun taria,* Barcelona, 1971, 751.

[154]BALPARDA, *El Fuero de Vizcaya en lo Civil* , 39.

[155]CELAYA, *Comentarios* .., ob. cit., 133.

[156]JADO, ob. cit. 219; CELAYA, ibídem, 129.

[157]VICARIO, "Observaciones al Proyecto..", ob. cit., 22.

3) Reversión legal a favor del donante en los supuestos en los que tenga lugar la revocación o la resolución de la donación.

146. **Premoriencia del donatario sin que dejare descendencia.-** Se prevén las consecuencia de la premuerte del donatario sin que dejare descendencia y se establece como consecuencia la resolución de la donación y la reversión de los bienes al donante con todos y cada uno de los derechos con que salieron de su poder[158].

Cuando tenga lugar la premuerte del donatario sin descendencia, la falta de descendencia opera, a juicio de Jado, como condición resolutoria de la donación[159].

Tanto los Proyectos como el texto Compilado limitan los supuestos en los que tiene lugar la reversión a las donaciones de bienes raíces[160], como detallaremos más adelante.

Esta situación claudicante del derecho del donatario y la correspectiva expectiva en el donante determina el que se impida mediante prohibiciones la disposición de los bienes[161] .

147. **Prohibición legal de enajenar los bienes donados.-** Los bienes raíces donados con carga de alimentos no podrán ser objeto de ningún acto de disposición o gravamen por parte del donatario. Esta es una medida legal que viene a garantizar la eventual reversión de los mismos al donante.

Los Proyectos circunscriben esta normativa a la donación de bienes raíces.

P. 1900, Art. 72: "En la donación con carga de alimentos hecha por un ascendiente a su descendiente, si el donatario fallece en vida del donante, sin dejar hijos ni descendientes legítimos, los bienes raíces donados volverán al donante, con todos y cada uno de los derechos con que salieron de su poder.

En su consecuencia mientras viva el donante, el donatario no podrá vender, enajenar, ni gravar ni hipotecar los bienes en que consiste la donación, ni disponer de ellos, no siendo en favor de sus hijos o descendientes legítimos".

La titularidad que se transmite al donatario le confiere la tenencia y disfrute de los bienes -plena si no existe reserva de usufructo-, pero en ningún caso le faculta a realizar ningún acto de disposición o gravamen.

---

[158]Art. 72 y 65 de los Proyectos de 1900 y 1928 respectivamente y Art. 39 de la Compilación.

[159]JADO, ob. cit., 233.

[160]CELAYA, *Comentarios* .., ob. cit., 303.

[161]Art. 72 del Proyecto de 1900, en términos semejantes se recoge en el Art. 65 y 39 del Proyecto de 1928 y en la Compilación respectivamente.

Para garantizar su cumplimiento se exige la inscripción de la donación con expresión de las cargas en el Registro de la Propiedad, con lo que queda salvaguardada la buena fé de los terceros y se garantiza la posición que ostenta el donante.

Los Proyectos prohiben todo acto de disposición, tanto a título oneroso como gratuito, sin embargo en el texto compilado se limita a los actos a título gratuito[162], lo que supone una innovación respecto al contenido de los Proyectos.

La excepción a esta regla prohibitiva la explicita la propia norma al decir "no siendo a favor de sus hijos y descendientes".

148. **Reserva de los bienes donados a favor de la descendencia.**- Los restantes artículos de este título establecen la reserva a que están sujetos los bienes dotados o donados para un matrimonio.

Hemos desarrollado en el nº125 de este trabajo las características de esta reserva y las opiniones vertidas por la doctrina sobre la oportunidad de su mantenimiento en los Proyectos; allí nos fijábamos en lo que supone de límite a la libertad de disposición de su titular y en las razones que justifican su reconocimiento legal aquí en lo que respecta a los destinatarios de la misma.

149. **La reversión de los bienes donados para un matrimonio: causas.**- El derecho de reversión a favor del donante aparece regulado en los Proyectos en lo siguientes artículos:

1) Art. 72 del Proyecto de 1900, que regula el supuesto de premoriencia del donatario sin que dejare descendencia, cuyo precedente es la Ley 17 del Título 20 del Fuero.

2) En los Arts. 71 y 73 del mismo Proyecto, para el supuesto de incumplimiento de la carga de alimentos y consiguiente revocación de la donación, cuyo precedente es la ley 1 del título 23 del Fuero.

La reversión legal tiene lugar cuando concurriendo las causas citadas fueren raíces los bienes donados.

---

[162]Comp., Art. 39.

La Comisión en el primer Anteproyecto estableció que los bienes retornaban al donante en plena propiedad y libre de la carga; este texto se modificó quedando así: "los bienes raíces donados volverán al donante, con todos y cada uno de los derechos con que salieron de su poder".

Se agregó a este artículo el párrafo 2º, que viene a garantizar el que la reversión, llegado el caso, pueda hacerse efectiva: "el donatario no podrá vender, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes en que consista la donación, ni disponer de ellos no siendo en favor de sus hijos o descendientes legítimos"[163].. Este precepto quedó transcrito en el art. 65 del Proyecto de 1928 y pasó a la Compilación al art. 39.

El derecho de reversión, regulado en el Art. 39 de la Compilación, presenta las siguientes características:

a) El donante ha de ser ascendiente, en cualquier grado. La reversión no tiene lugar cuando la donación venga de otros parientes o de extraños. La Compilación rectifica la Ley 17 del Título 20 de Fuero Nuevo que preveía la reversión siempre que el donatario fuere heredero forzoso.

b) La reversión tiene lugar si fallece el donatario sin dejar hijos ni descendientes legítimos.

c) La reversión se limita a los casos en que se trate de donación de bienes raíces.

d) Se requiere que el donante sobreviva.

e) El derecho a recibir los bienes en reversión es preferente a cualquier otro derecho que tuviere otro ascendiente.[164]

d) La revocación y resolución

150. **Causas de revocación.-** Las causas de revocación son:

1º Por incumplimiento de la obligación o carga que le ha sido impuesta al donatario, de la que hemos hablado al tratar del incumplimiento de la carga de alimentos[165].

---

[163]ACTAS ob. cit., 165 y 208 .

[164]CELAYA, *Comentarios*, ob. cit., 302.

[165]P. 1900, Art. 71 establece el derecho a anular la donación por incumplimiento de la carga de alimentos, determinando que reviertan los bienes al donante libres de toda carga, cualesquiera que hubiesen sido las transmisiones de que hubiesen sido objeto los bienes donados.

2º Por ingratidud o por haber incurrido el donatario en causa de desheredación[166].

La ingratitud no es una condición resolutoria, porque las condiciones impuestas por la Ley no son condiciones, sino requisitos y asimismo porque el art. 648 del Código Civil considera esta revocación por causa de ingratitud como elemento que tiene una función causal[167].

El Fuero menciona la causa de poner manos airadas en el donante en la ley 22 del Título treinta y cuatro, precepto en el que se inspira el art. 73 del Proyecto.

Al tratar de la ingratitud en el donatario, no se distingue si se trata de una donación por razón de matrimonio o de una donación común y en consecuencia no se determina un tratamiento diferenciado[168]. El art. 73 y 68 de ambos Proyectos, remite a las causas de desheredación del Código civil, a no ser que hubiere mediado perdón.

151. **Causa de resolución.-** La causa de resolución se deriva de la premoriencia del donatario, sujeto a carga de alimentos, sin que dejare descendencia. Para tal supuesto se establece legalmente la reversión de los bienes, aspecto del que hemos tratado en el nº 149 de este trabajo.

[166]P. 1900, Art. 73: "También tendrá el donante el derecho de anular la donación de bienes raíces si el donatario incurre en causa de desheredación con arreglo al Código Civil, a no ser que hubiere mediado perdón"; En términos semejantes: P. 1928, Art. 66.

[167]GARCIA ROYO, ob. cit., 79.

[168]Según GARCIA ROYO (ob. cit., 79) tampoco distingue el Fuero; por el contrario en el Derecho común el tratamiento, a la hora de la exigencia o no de la gratitud en el donatario, es radicalmente opuesto.

C) SU REGULACION EN LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO DEL 1 DE JULIO DE 1992.

Capítulo 5. **Regulación sustantiva de los pactos sucesorios.**

152. **Antecedentes: El Anteproyecto del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao y el de la Real Socidad Bascongada de los Amigos del País.-** Con motivo de la organización de la Semana de Derecho Foral que tuvo lugar en Bilbao el 30 de Noviembre de 1979[1], la sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Vizcaya) constituyó un seminario de trabajo integrado por abogados, notarios, profesores y licenciados bajo la dirección del Profesor Adrián Celaya Ibarra. En este seminario iniciamos varios estudios y trabajos previos cara a una futura reforma de la Compilación de Vizcaya y Alava de 1959.

Como fruto del trabajo del seminario se presentó un Anteproyecto de reforma en el primer Congreso de Derecho vasco sobre "La actualización del Derecho civil", celebrado en San Sebastian en 1982[2]. En este primer trabajo del seminario trató de una toma de conciencia de la situación entonces vigente y de la acomodación de las instituciones recogidas en la Compilación. Se programó para una segunda fase el analizar las instituciones simplemente enunciadas en dicho texto legal, como es el pacto sucesorio (Art. 11 de la Compilación). Posteriormente, en las Jornadas de Vizcaya ante el s. XXI. Actualización del Derecho civil vizcaíno, presentamos un trabajo sobre la sucesión

[1]SEMANA DE DERECHO FORAL, FORU-LEGEDI ASTEA, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, (Comisión de Vizcaya). Sección de Vizcaya y Alava del Instituto Español de Derecho Foral. Bilbao-Guernica, 1979, Imp. Diputación foral del Señorío de Vizcaya, 1982.

[2]PRIMER CONGRESO DE DERECHO VASCO: La actualización del Derecho civil, Oñati-1983.

contractual en Vizcaya, como fruto del estudio de documentos llevado a cabo en los Archivos Históricos Notariales de Vizcaya[3].

Los trabajos del seminario de la Sociedad Bascongada prosiguieron y se plasmaron en un segundo Proyecto de Reforma de la Compilación, en la que sí estuvieron presentes los pactos sucesorios, si bien con una regulación enraizada en las estipulaciones tradicionales.

Al mismo tiempo, el Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao preparó un Proyecto de reforma de la Compilación bajo la dirección de Don José María Arriola Arana, Decano de dicho Colegio.

Con el propósito de impulsar y aunar los esfuerzos de quienes estábamos trabajando en la preparación de tales Proyectos, la Diputación Foral de Bizkaia constituyó una comisión de juristas el 17 de Junio de 1988, con el objetivo de preparar un texto de reforma, siendo confirmada esta encomienda por la Comisión Parlamentaria en dicha legislatura. En el Proyecto que elaboró esta Comisión se regularon los pactos sucesorios, dedicándoles el cap.IV, Tit. III, lib. I, Arts.74 a 84 .

El día 22 de Enero de 1991 la Diputación Foral aprobó el texto de "Actualización urgente del Derecho civil de Bizkaia y Araba" y dió cuenta a la Juntas Generales de Bizkaia en orden a que las mismas formularan una Proposición de Ley ante el Parlamento Vasco.

El 21 de Marzo de 1991 las Juntas Generales de Guernica aprobaron el Nuevo Fuero Civil elaborado por la Comisión de Juristas y se dió traslado del mismo al Parlamento Vasco. Con motivo de esta aprobación se celebraron unas Jormadas Internacionales sobre Instituciones Civiles, en las que se expusieron por parte de los miembros de la Comisión los aspectos tenidos en cuenta al elaborar el texto articulado[4].

Finalmente, el Parlamento Vasco aprobó el 1 de Julio la ley 3/1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

---

[3]VI JORNADAS VIZCAYA ANTE EL SIGLO XXI, II, Actualización del Derecho civil vizcaíno, Bilbao 1988, "La sucesión contractual", 291.

[4]JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE INSTITUCIONES CIVILES VASCAS, Bilbao, 1991, Mesa redonada sobre el tema "Libertad civil y derecho sucesorio", 152

153. **Aspectos que ponemos de relieve en esta regulación y criterio que siguió la Comisión al elaborar el texto articulado.-** 1. La facultad de disposición de los bienes en vida aparece reconocida en todos los textos forales hasta la Compilación, si bien no figura encuadrada como pacto sucesorio, ni recibe legalmente una regulación sustantiva suficiente. Históricamente se había instrumentalizado a través de las donaciones universales, de la dote y directamente mediante la institución sucesoria. En el texto legal se da un paso más: se institucionaliza y se le reconoce como un modo propio de delación sucesoria.

El pacto sucesorio institutorio aparece regulado como institución con perfiles propios, como categoría "a se", pacto en virtud del cual el instituyente puede disponer su sucesión a título universal o particular de común acuerdo con el instituido, no pudiendo el instituyente revocar dicha ordenación unilateralmente, dando con ello certeza de su elección al instituido.

2. La Comisión tuvo en cuenta al llevar a cabo esta tarea el genuino derecho vizcaíno, el Derecho consuetudinario, cuya recuperación es posible a través del análisis de los documentos de aplicación del Derecho.

Evitó cuidadosamente el incurrir en el error de cristalizar el pasado histórico en la regulación actual y simplemente se limitó a tener en cuenta los principios en los que se inspiraba el pacto sucesorio foral, que consisten en: la libertad plena en la modalización del mismo, eventualidad de los efectos que tienen lugar en vida del instituyente y disfrute compartido de los bienes entre instituyentes e instituidos, salvo pacto en contrario.

En esta parte del trabajo vamos a limitarnos a presentar las líneas generales de la regulación del pacto sucesorio en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, aspectos que serán desarrollados en la tercera parte.

154. **Los pactos sucesorios como un modo de delación sucesoria.-** El artículo 23 de la Ley civil del País Vasco reconoce que la designación de sucesor en bienes, sean o no troncales, tiene lugar por testamento, por ley, por pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación. En el texto legal se le reconoce al pacto sucesorio como categoría propia, es decir, se desvincula su instrumentalización de la escritura de capitulaciones matrimoniales o escritura de donación y se admite su otorgamiento en escritura.

I. Otorgamiento.

155. **Partes otorgantes.**- Han de ser otorgantes del pacto el que instituye y el que acepta. No se pensó el que fuera un tercero el favorecido con el mismo, ni se exige que los otorgantes estén unidos por vínculo de parentesco. En cuanto a la capacidad requirida se entiende ha de ser la necesaria para contratar y para obligarse. Puede instituirse sucesor mediante pacto en ejercicio del poder testatorio, este último aspecto constituye una peculiaridad derivada del sistema sucesorio de Vizcaya.

156. **Forma ad solemnitatem.-** Cabe su otorgamiento en escritura de capitulaciones matrimoniales, escritura de dote y donación o simplemente en escritura. Art.74: "Mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública se puede disponer la sucesión en bienes de los otorgantes, bien a título universal o particular, con las modalidades, reservas, sustituciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que se acuerden. Los otorgantes podrán, asimismo, ordenar la transmisión actual de todos los bienes presentes, o parte de ellos, o bien diferirla al momento de la muerte".

II. Contenido

157. **Institución sucesoria: modalidades de pactos sucesorios.-** Recoge básicamente el pacto institutorio, tanto a título universal como particular. Puede consistir en un pacto en el que todos los efectos se produzcan a la muerte del instituyente o con eficacia de presente. Se deja amplia libertad para modalizarlo o no y se recogen a título meramente enunciativo las cláusulas modalizadoras que se utilizaban históricamente.

En Vizcaya la institución sucesoria a título universal era frecuente que se llevara a cabo con motivo de la celebración del matrimonio del hijo elegido. En determinadas familias era el vehículo sucesorio empleado de generación en generación por tradición.

Se empleaban diferentes títulos sucesorios de carácter universal. Respondiendo a las dos modalidades de pacto sucesorio que aparecen en el Derecho histórico, se recoge tanto el pacto institutorio simple, es decir, con eficacia *post-mortem* , como el pacto sucesorio con eficacia de presente.

III. Eficacia .

158. **Eficacia revocatoria.-** Revoca el testamento anterior. En este punto han de tenerse en cuenta dos peculiaridades en el pacto de Vizcaya.

1. No revoca la disposición sucesoria anterior otorgada por los cónyuges en testamento mancomunado, si uno de ellos hubiere muerto dentro del plazo de un año a partir de la celebración de dicho testamento, ya que las disposiciones mancomunadas se han convertido en contractuales.

2. Teniendo en cuenta la división de masas patrimoniales dentro de la herencia de Vizcaya, cabe el que coexistan con plena validez pactos sucesorios y testamentos, siempre que versen sobre distintos bienes. Cuando el testamento no queda revocado, por ser las disposiciones del contrato sucesorio complementarias o por estipularse su validez en lo que no sea incompatible con el contrato; la revocación o el mantenimiento de las singulares disposiciones testamentarias habrán de juzgarse, en cuanto afecten a lo pactado, no según la voluntad del testador sino según la presumible común voluntad de los contratantes.

159. **La transmisión a la descendencia** - Cuando el pacto sucesorio se ha otorgado a favor de un contrayente, por premoriencia de éste no se entenderá ineficaz el pacto, sino que en virtud de lo dispuesto en esta ley se transmite su derecho a los hijos y descendientes.

160. **Vinculación del causante.-** El causante no puede aminorar o suprimir unilateralmente el derecho del sucesor o legatario contractual, por medio de ulteriores disposiciones *mortis causa* . Por consiguiente, serán nulas la institución de heredero o legado en cuanto estén en contradicción con aquel derecho.

161. **Disponibilidad de los bienes** .- El instituyente por el hecho de haber pactado sobre su herencia no queda privado de la disposición *inter-vivos* de sus bienes, sino en la medida que los actos de disposición perjudiquen directamente la expectativa del instituido. Habrá que analizar en cada caso los pactos que ha incorporado a la institución, la naturaleza del pacto (eficacia de presente o post-mortem) y en consecuencia la manera en la que queda configurada su voluntad de instituir. Tratando de mantener esta regla general, el texto legal, establece ciertas normas:.

Art. 77. "La designación sucesoria con transmisión de presente de los bienes confiere al sucesor la titularidad de los mismos, con las limitaciones pactadas en interés de los instituyentes, de la familia y de la explotación de los bienes, por lo que, salvo pacto en contrario, todo acto de disposición o gravamen requerirá para su validez el consentimiento conjunto del instituyente e instituido".

Art. 78 "La designación sucesoria con eficacia *post mortem* confiere al instituido la cualidad de sucesor en los bienes, que será inalienable e inembargable. Si la designación se hizo a favor del hijo que va a contraer matrimonio, éste podrá disponer de su derecho a título gratuito, por actos *inter vivos* o *mortis causa* , a favor de sus hijos y descendientes. Si bien los instituyentes conservan la propiedad de los bienes, sólo podrán disponer de los mismos a título oneroso".

En función de si se trata de una u otra modalidad de pacto, la ley distingue:

1. En el pacto sucesorio de presente, si figura modalizado con pactos en interés del instituyente, de la familia o del patrimonio familiar, se establece, salvo estipulación en contrario, la necesidad de disposición conjunta de los bienes, por parte del instituyente y del instituido.

2. Si el pacto institutorio fuere con eficacia *post-mortem*, el instituyente conserva la titularidad de los bienes y sólo podrá disponer de los mismos a título oneroso, en cuyo caso por efecto de la subrogación real no cabe quede burlada la expectativa del instituido.

El instituido recibe el título de sucesor, que es inalienable e inembargable, en razón a su carácter personalísimo, no pudiendo negociar su titularidad, porque ello constituiría un contrato sobre la herencia futura de un tercero. El instituido podrá disponer por actos *inter-vivos* o *mortis causa* a favor de su descendencia, respondiendo con ello a un principio enraizado en el Derecho histórico.

162. **Muerte de uno o ambos instituyentes e instituidos.-** Si se pactó comunidad de vida, reserva de usufructo u otras facultades análogas, si muere un instituyente el cónyuge supérstite conservará íntegro este derecho con carácter vitalicio, en virtud de los dispuesto en el Art. 82 de la nueva ley, recogiendo con ello el Derecho histórico.

Si premuere el instituido la respuesta legal difiere, en función de si existiere descendencia o no la hubiere. En el primer supuesto, en virtud de lo dispuesto en el Art. 83 el derecho se transmite a la descendencia, en tanto que en el segundo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2º del mencionado artículo, los bienes revierten al instituyente. La explicación del porqué de esta respuesta antagónica reside en los principios del sistema: la

voluntariedad en garantizar un sucesor para la familia y el deseo de que los bienes se mantengan dentro de la familia.

IV. Causas de revocación y resolución.

163. **Causas de revocación.-** El pacto sucesorio sólo puede ser revocado por las causas que figuran en el art. 79. Unas se derivan de haberse pactado expresamente o, del incumplimiento de las condiciones o modos que se han incorporado. Otras se derivan de la aplicación de reglas generales que rigen en el ámbito sucesorio, es decir, por haber incurrido el instituido en indignidad o causa de desheredación. Por último por haber desaparecido el elemento causal que le dió origen: sería el caso del pacto que se otorgó en atención a un determiando matrimonio si éste se disuelve por diversas causas.

164. **Causas de resolución.-** El Art. 80 dispone la resolución del pacto:

1. Por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba sujeto.

2. Por fallecimiento del instituido sin que dejare descendencia.

3. Por acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública.

V. Modificabilidad del pacto .

165. **Requisitos.-** En virtud de los dispuesto en el apartado 3 del art. 80 y en el párrafo 2 del art. 75, el pacto sólo puede ser modificado o resolverse por acuerdo o nuevo pacto formalizado en escritura pública por los propios otorgantes o sus sucesores.

SEGUNDA PARTE

ANALISIS DE LOS DOCUMENTOS.

Capítulo 6. Materiales examinados: contratos matrimoniales y escrituras de donación. Método que se ha seguido en su análisis jurídico.

166. **Necesidad de acudir al estudio de los documentos.-** La hegemonía absoluta de la ley en la vida del Derecho durante los últimos siglos ha determinado que el empleo del documento sea relativamente poco frecuente en la investigación del Derecho privado histórico, dándose por sentado que el documento no hará más que reflejar fielmente el Derecho contenido en la ley.

Esta creeencia, infundada para cualquier época, resulta particularmente erronea si la aplicamos a la investigación de una institución forjada en el pasado y en el seno de un sistema cuya originaria fuente de creación normativa es la costumbre.

El Fuero Nuevo de Vizcaya reconoce de forma expresa que las leyes que contienen no son sino un mero reconocimiento o sanción de normas consuetudinarias vigentes de mucho tiempo atrás:

"Que havían de Fuero, uso y costumbre, y establecian por Ley"[1].

---

[1]Este encabezamiento precede a las Leyes del Fuero Nuevo.

Aquí el documento es el instrumento único -insustituible a la par que el más seguro, puesto que nace directamente de las prácticas jurídicas-[2] y el que nos permite constatar la existencia de una institución y apreciar su evolución histórica en el tiempo y lugar.

167. **Nuestros documentos. Archivos de donde se han tomado.-** Con esta convicción se acudió a las fuentes documentarias.

Los materiales seleccionados corresponden a escrituras de capitulaciones matrimoniales y de donación pertenecientes a la década 1823-1833. Se han examinado la totalidad de las escrituras capitulares otorgadas en la Merindad de Durango en estas fechas[3] y una muestra de escrituras de donación, que se seleccionó con la finalidad de contrastar su contenido con el de los contratos matrimoniales.

También se ha tomado una muestra de contratos matrimoniales pertenecientes a las Merindades de Uribe, Zornoza y Arratia; Encartaciones y al término municipal de Bilbao[4].

Resulta notable el número tan elevado de contratos matrimoniales, lo que nos indica que era usual el que se dispusiera de los bienes en este instrumento.

Con respecto a la muestra de contratos matrimoniales tomados de las Encartaciones, se pudo comprobar su escaso interés, circunstancia que según Vicario se debe a que no existe costumbre de capitular, sino que lo habitual es que se acuerde verbalmente lo que lleva al matrimonio cada contrayente[5].

---

[2]RUBIO, J., "Donaciones post obitum y donaciones reservato usufructo en la Alta Edad Media de Castilla y León", AHDE., T. IX, Madrid, 1935, 3.

[3]*Diccionario Geográfico-Histórico de España,* Sección I, T. II, Madrid, 1802, reedición La gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1980, 226, el Duranguesado es un territorio que estaba formado por trece Anteiglesias, encontrándose ubicadas en el mismo varias villas, cuya creación se debe a razones comerciales y de defensa. Hasta 1630 se componía de 12 Anteiglesias , pero en 1800 tan solo eran 11: Abadiano, Verriz, Mallavia, Mañaria, Yurreta, Garay, Zaldua, Arrazola, Axpe, Apata-Monasterio e Izurza y la villa de Elorrio a la que se agregó la de S. Agustín de Echevarría en virtud de dos cédulas reales obtenidas en 23 y 31 de enero de 1630.

[4]*Enciclopedia General Ilustrada del País Vasco,* cuerpo A. Diccionario Enciclopédico Vasco, v. XXVIII, Auñamendi, 122, según Iturriza y Zamácola las Merindades surgieron en Vizcaya en el s. VIII. Hay que remontarse al s. XIV para encontrar la demarcación geográfica de la Merindad. El Fuero Nuevo de Vizcaya menciona siete Merindades: Busturia, Uribe, Arratia, Vedia, Zornoza, Marquina y Durango. Cada Merindad tenía su propio Merino y su cometido principal era el impartir justicia.

[5]VICARIO, "Observaciones al Proyecto de Apéndice", ob. cit., inédito, 5.

Se han tomado algunos testamentos de aquellos otorgantes cuyo contrato matrimonial hemos examinado, lo que nos permite tener una idea de cómo dispuso de la totalidad de su herencia. Hemos examinado las escrituras de capitulaciones matrimoniales de Guipuzcoa, pertenecientes al Archivo privado del Sr. Navajas[6].

La plenitud foral y la búsqueda del Derecho consuetudinario más reciente fueron los criterios que nos determinaron a elegir este período histórico.

Se acompaña un índice en el que se comprende la totalidad de las escrituras examinadas, relación de escribanos autorizantes, con referencia del Archivo Histórico de Protocolos Notariales de donde se han tomado los documentos[7].

168. **La escritura de capitulaciones como instrumento jurídico.-** El otorgamiento de capitulaciones no ha tenido históricamente la finalidad de recoger la elección del régimen económico, tal y como establece el Art. 1315 del Código civil. Este instrumento era empleado con otras finalidades en el período que precede a la codificación.

Según Escriche, "las capitulaciones matrimoniales son los conciertos que se hacen mediante escritura pública entre las personas que están tratadas de casar para ajustar el matrimonio. En ellas suele expresarse los bienes que trae cada uno de los contrayentes, y el derecho que estos se traspasan recíprocamente, ya sobre los mismos bienes, ya sobre los que puedan adquirir después durante el consorcio. Llámase tambien Capitulaciones la misma escritura por la que se autoriza este contrato"[8].

Históricamente se denomina al *instrumentum* capitulaciones matrimoniales y del mismo modo al contrato que contiene, cuyo objeto es "ajustar el matrimonio" y para ello expresa cada contrayente los bienes que aporta al mismo.

---

[6]El acceso a este archivo ha sido posible gracias a la amabilidad de la familia.

[7]vid. al final del trabajo el índice de escrituras.

[8]ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1847, T. 1, 498; LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, 728; Del mismo autor *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, 1965, 21; Según LALINDE ("Pactos matrimoniales catalanes", AHDE., nº 33, 209 a 217), aparece el término "capitulos" en los textos legales catalanes, concretamente, en la Constitución de Fernando II de 1506 y en Aragón en el fuero "Que los menores de veynte años", dado en Monzón en 1564; hasta estas fechas queda constancia que existían "cartas nupciales" y "cartas de arras", donde se contenían donaciones esponsalicias . FN. 20, 3: "si acaeciere que padre ó madre en Vizcaya, ó otro alguno con fijo ó fija, ó con otra persona alguna en casamiento dotare ó donare, ofreciere y mandare por contrato público algun solar suyo ó casa.....".

En el *instrumentum* nupcial caben pactos de muy diversa índole, por de pronto, y aún sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es matrimonial, ya dentro de éste, las dotes y donaciones *propter nuptias* y la expresión del régimen de la sociedad conyugal[9]. Como puede apreciarse no todo este contenido pertenece a la esencia de los capítulos.

Es unánime la doctrina al reconocer que las legislaciones forales, en ésta como en otras materias, se rigen por el principio de libertad civil. Los padres, con motivo del matrimonio de sus hijos arreglan por pactos solemnes todo lo concerniente a los bienes que aporta cada uno, destino de los mismos, derechos que se reservan y hasta el modo de transmitirse por sucesión.

En la constitución del patrimonio familiar han seguido criterios diferentes las leyes comunes y las leyes forales. Las leyes de Castilla "daban casi todo arreglado a los cónyuges, y por el contrario las legislaciones especiales, abandonan a los cónyuges y a sus padres el cuidado de arreglar por pactos libres la fortuna conyugal"[10].

La doctrina de la época, que comenta el Derecho civil común y foral, no hace referencia a la existencia de capitulaciones o contratos matrimoniales en Vizcaya. Los textos legales forales nada dicen al respecto; su silencio fué interpretado por los autores como inexistencia de un régimen especial en esta materia, cuando precisamente quería decir todo lo contrario, es decir que queda a la libre discrecionalidad de los particulares su regulación: "no hay límites legales a la libertad de pacto, que será integrado por el derecho consuetudinario".

En las regiones forales comúnmente se le denomina contrato matrimonial a esta escritura[11]. Las capitulaciones, según el tenor de estos documentos, son los pactos que al respecto se suscriben y que se consignan en la escritura consecutivamente numerados.

---

[9]Según LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia* I, Barcelona 1978, 3 ed.,151) existen las estipulaciones capitulares que representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges, y las atribuciones concretas de bienes por actos *inter-vivos* o *mortis causa*. Entre unas y otras puede existir un cierto condicionamiento.

[10]Según FALCON (*Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español, Comun y Foral*, Barcelona 1897, T. 1, 182) quedan estructurados cada uno de los sistemas con instituciones que le son propias. Este autor recoge una síntesis del modo de capitular en Cataluña, Aragón y Navarra. En idéntico sentido GUTIERREZ (ob. cit., T. 6, 145).

[11]VICARIO, "Observaciones al Proyecto de Apéndice", Bilbao 1899, inédito, 69; Según LALINDE *(Iniciación Histórica al Derecho Español*, 1983, 728), la denominación de capítulos aplicado a los contratos matrimoniales proviene de la normal división en capítulos de la escritura, como documento único dirigido a la regulación tendencialmente plena de la economía familiar. En los protocolos notariales examinados se denominan contrato matrimonial, si bien en el contenido de sus cláusulas se hace referencia a las Capitulaciones, que son, como refiere Lalinde, derivación semántica de los capítulos en los que se divide dicha escritura.

Antes de la codificación este instrumento contenía la relación de bienes que aportaban al matrimonio cada uno de los contrayentes, siendo frecuente el que con tal motivo los recibieran de sus padres.

> "Que tienen tratado que los mencionados sus hijos contraigan matrimonio; y habiendo determinado darles diferentes bienes a fín de que puedan desdempeñar las obligaciones de su estado, para que tengan efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorgan que pactan estipulan lo siguiente.."[12].

169. **Los contratos matrimoniales en Vizcaya: acogiéndose al Fuero o a las leyes del Reino.-** En el preámbulo se expresa, que se otorga el instrumento para que en todo tiempo se tenga constancia de los bienes que aportan al matrimonio y se añade:

> " y por cuanto las cargas de dicho estado son grandes y necesarios bienes temporales para sobrellevarlas con la decencia que correponde a su notoria Nobleza, y demas apreciables calidades que concurren entre los contrayentes, para que siempre consten los que de cada parte introducen, por el presente instrumento fuerza y autoridad de él en la vía y forma que mejor proceda y haya lugar en fuero y derecho ....hacen las siguientes donaciones, dotaciones, mandas y capitulaciones ..."[13].

El Fuero Nuevo indica que la donaciones y dotaciones matrimonio a favor de los contrayentes se hacen en "contrato público"[14], siendo preceptivo si contiene la donación de bienes raíces[15].

Los contratos matrimoniales de Vizcaya suele recoger la transmisión íntegra del patrimonio familiar, mediante la designación de sucesor tronquero en la persona del contrayente -hijo o hija-, acompañada en ocasiones de la donación de los bienes; en otros casos contiene una donación singular y es muy frecuente que se constituya una dote a favor de uno de los contrayentes.

---

[12]Este Preámbulo ha sido tomado de FEBRERO, ob. cit., T. 1, 77.

[13]AREITIO, 27-2-1832, (44).

[14]FN, 20, 3: "que si acaeciere que padre ó madre en Vizcaya, ó otro alguno con fijo, ó fija, ó con otra persona alguna en casamiento dotare, ofreciere, y mandare por contrato público algun Solar, o Casa o Casería ....".

[15]FN. 20, 12: "...que si algun home ó mujer oviere muchas casas, ferrerías ó moliendas ó otros heredamientos y los quisiere dar, ó donar ó vender ó enagenar a fijos ó a otra persona alguna, que lo tal haga en presencia de Escribano público, nombrando en el tal contrato la tal casa ...".

Se ha constatado que el contenido de las capitulaciones forales es muy amplio, contiene pactos que -en cierto sentido- son ajenos a la celebración de matrimonio, como la concesión del poder testatorio, otros, que son atributivos de bienes a favor de los contrayentes, como las donaciones, dotaciones o institución de sucesor o de heredero, y finalmente contiene un reglamento familiar, es decir pactos de carácter normativo, como son la constitución de la comunidad de vida con los padres instituyentes o la reversión de los bienes.

Como bien dice Lacruz, existe un condicionamiento de unas estipulaciones respecto a las otras, puesto que la disposición de bienes a favor de los contrayentes queda subordinada al cumplimiento de unas reglas que viene a estructurar los derechos y deberes, que con motivo de la institución o donación del patrimonio familiar, se atribuyen a todos los miembros de la familia.

170. **Método que se sigue en el análisis de los documentos.-** Esta parte de nuestro trabajo tiene por objeto la recuperación histórico-jurídica de las donaciones universales e institución de heredero, presentes en los documentos. No se trata simplemente de constatar su presencia, sino de interpretarla a la luz de las leyes y doctrina de la época, institucionalizarla y ubicarla dentro del sistema del pasado. Hemos seguido básicamente el metódo trazado por Lacruz Berdejo[16]. Nuestro propósito era el llevar a cabo esta tarea siguiendo rigurosamente y en su total proyección el método expuesto por el Profesor Lacruz Berdejo[17]; entendemos que es el método idóneo, probablemente no superable y a esta razón se unía otra poderosa, y es que el Profesor Lacruz encauzó los primeros pasos de esta investigación, nos animó a acudir a las fuentes directas de aplicación del Derecho, a los Archivos de Protocolos Notariales y Judiciales, nos explicó su método de forma directa. Esta era la oportunidad de poner en práctica sus enseñanzas y de rendirle homenaje, con nuestro modesto trabajo.

En la medida posible y con la extensión abarcable se han seguido este método, que comprende las siguientes fases:

a) Análisis naturalístico o funcionalista.

---

[16]El método adoptado sigue las directrices trazadas por LACRUZ BERDEJO, J. L., "Objetivos y método de la Codificación Aragonesa", RDI- 1- 1968, 285 a 318. Pueden encontrarse sugerencias metodológicas en GARCIA GALLO, "El problema de la sucesión mortis causa en la La Alta Edad Media española" AAMN T. X, pp. 249 a 276. 1959 . Se recogen en GARCIA GALLO (*Manual de Historia del Derecho Español* II, Madrid 1959, pp. I a LV) reglas de metodología jurídica y en LALINDE ABADIA *Iniciación Histórica al Derecho Español"*, Barcelona 1978 pp.1 a 10; .

[17]LACRUZ BERDEJO, J.L., "Metodología del Derecho privado de Aragón", ADA. 1945, 107 a 135.

b) Análisis dogmático.

c) Estudio de Derecho comparado.

a) El método naturalístico constituye una superación del método puramente histórico. Parte de la posibilidad de distinción en los fenómenos jurídicos, de la estructura y la forma, por una parte, y la función y finalidad, por otra.

"Considerando que en el mundo espiritual, como en el orgánico, las formas antiguas al adaptarse a los nuevos fines conservan, sin embargo, la traza de la antigua finalidad a que sirvieron, podemos afirmar que el jurisconsulto que en el estudio histórico de una institución tenga presentes todas las normas que la regulan en un determinado momento, y conozca su valor y circunstancias de la aparición de cada una de ellas podrá, distinguiendo los principios rancios y los elementos obscuros y aberrantes, esto es, inútiles y hasta repugnantes a las funciones actuales, atribuir a la institución en su orígenes una función o una naturaleza diversa. Y conforme a esta función y a esta naturaleza primitiva puede reconstruir la antigua figura de la institución".

b) Aplicación de los métodos dogmáticos.

"Si se entiende por dogmática el conjunto de principios y conceptos fundamentales que permiten construir unitaria y sistemáticamente un orden jurídico dado, como resultado de una abstracción realizada sobre sus instituciones jurídicas, no tenemos inconveniente en afirmar que es consustancial con el estudio de cualquier ordenamiento jurídico antiguo y moderno.

Se eludirá la aplicación de una perspectiva dogmática abstracta, de principios de valor universal propia del desarrollo y perfección alcanzadas por la técnica jurídica actual, el servirse de este complejo de conceptos y principios modernamente elaborados, llevaría su preparación, su propia mentalidad jurídica, a unos estudios que deben emprenderse sin prejuicio alguno.

Esta dogmática -dice el Profesor Lacruz, refiriéndose al Derecho aragonés en 1945- no se ha construído todavía, y de construirse es necesario haber creado un sistema de conceptos suficientemente preciso y seguro. Sobre estos conceptos -producto ya de abstracción- y no sobre los datos históricos inmediatos no sometidos a elaboración científica, ha de apoyarse el investigador. Paralelamente, se ha de rechazar el uso de aquellas categorías jurídicas que no tiene equivalente en la legislación propia".

Coincidiendo con las ideas expuestas, debemos tener presente que en el mundo jurídico, los conceptos tienen significado real, y en el viven actuando socialmente, por ello, sus vicisitudes, su flujo o reflujo histórico, en contacto con los distintos ideales de la

vida, le matizan en cada período y en cada país, lo que no puede ser olvidado, si se quiere apreciar su auténtico significado[18].

Siguiendo estas directrices procederemos a la construcción jurídico- dogmática del material examinado, a la luz de la legalidad y de la dogmática del momento histórico, buscando en todo momento, no sólo su perfecta concatenación y estructuración jurídica, sino los principios jurídicos en los que se asienta.

c) "Pretendemos -dice el Profesor Lacruz- utilizar los Derechos extranjeros y los nacionales distintos del nuestro, como piedra de toque para inducir la evolución del Derecho (objeto de estudio) por una parte y, por otra suscitar y resolver en él los problemas planteados en instituciones semejantes a las propias existentes en aquellos".

Se fija Lacruz en dos aspectos: la presencia de procesos semejantes en los fenómenos culturales que atraviesan los pueblos, lo que permite la utilización, con prudencia, de las fuentes foráneas para colmar las lagunas. Por otra parte, el análisis comparativo con otros ordenamientos jurídicos puede suministrarnos ideas, plantearnos cuestiones sobre instituciones que presenten semejanza con las del Derecho objeto de estudio.

Siguiendo estas directrices procederemos a la construcción jurídico- dogmática del material analizado. A la hora de llevar a cabo esta tarea nos hemos encontrado con dificultades adicionales a las que planteara en su artículo el Profesor Lacruz.

No existe una versión crítica del Fuero Nuevo, -legalidad aplicable, en última instancia, a los documentos examinados-. No existen colecciones de costumbres y por último, no han existido escuelas. Hemos tenido que reconstruir de forma elemental, conceptos jurídicos básicos del campo sucesorio, necesarios para la comprensión de la institución objeto de estudio.

Para llevar a cabo esta tarea hemos tratado de salvar dos obstáculos:

a) La falta de una bibliografía foral vizcaína de la época y la inexistencia de una versión crítica de los textos forales, que nos auxiliara en la interpretación de los documentos.

b) La necesidad de salir de los moldes conceptuales que nos vienen impuestos por nuestra formación, propios de un sistema jurídico fuertemente romanizado y

[18]GUTTZWILLER, " Gegenwart und Zukunft der Privatrechswissenschaif (Staat und Recht), 1927, citado por DE CASTRO *Derecho Civil de España*, Parte general, T. 1. 3 ed. Madrid 1955. n. 1, p. 495.

extranjerizado a partir de la codificación, momento que supuso una ruptura con las categorías del Derecho histórico castellano.

Puede entenderse que la doctrina vizcaína de comienzos de siglo incurrió en este defecto, al medir con moldes actuales y propios de un sistema romanizado las instituciones del pasado de corte autóctono. Defecto que, según Lacruz, ha de evitarse a toda costa[19].

La lectura de estas cláusulas y documentos ha de hacerse "con los ojos del jurista del pasado", es decir, no podemos proceder a su análisis, acudiendo a los esquemas del Derecho vigente y proyectarlos al pasado; tampoco buscar en las fuentes que lo regulan (algunas de una antigüedad de siglos, en todo caso pertenecientes a distintos períodos históricos) la concordancia con preceptos de su regulación actual, mediante una praxis homogenizadora, formalista y en suma, simplificadora.

Por otra parte, hemos de tener presente que la regulación de las instituciones, no constituye en sí un sistema sino una secuencia, cuyo perfil caracterológico va configurándose en el tiempo, de modo que, partiendo de un nucleo inicial, las normas, tanto escritas como consuetudinarias que vienen a regular las instituciones, van imponiendo una evolución y marcando distintos caminos[20], de lo que se desprende, que dado que una institución concreta puede experimentar mutaciones sensibles, tanto en su estructuración como en sus funciones, su análisis obliga, a una periodificación histórica del instituto, para llegar de este modo a su conocimiento global.

171. **La informatización de los materiales y la creación de una base de datos.-** Como tarea previa se procedió al examen de los contenidos de las 501 escrituras, en las que era posible la presencia de 1002 pactos sucesorios, pues en cada contrato matrimonial se recoge la disposición a favor del novio y de la novia. Se constató la existencia de un número considerable de cláusulas, unas circunscritas al pacto sucesorio, otras de un ámbito de acción mayor y otras que de forma incidental se incluían en la escritura; todo ello evidenciaba la importancia de la escritura que manejábamos: el contrato matrimonial contenía el estatuto de la familia.

[19]Añade LACRUZ BERDEJO ("Contribución a la metodología", ob. cit., 126 y 129), las instituciones jurídicas abarcan, muchas veces mas de una época: nacen, se desarrollan, se transforman....es indispensable si queremos conocer exactamente cada instituto, y sobre todo caracterizarlo frente a las particulares condiciones políticas, económicas y sociales de cada una de las épocas por las que atraviesa, y añade este autor, que se sufren graves errores por el hecho de encuadrarlas en los conceptos propiso del momento presente.

[20]LACRUZ BERDEJO, "Metodología del Derecho privado de Aragón", ADA., 1945, 115.

A la vista de estos contenidos y de las variantes que presentaban cada una de las cláusulas, entendió el Profesor Delgado Echeverría, Director de esta tesis, que ofrecía interés la informatización y creación de una base de datos con todos estos contenidos, de modo que su manejo quedara facilitado, se pudiera apreciar la concurrencia de unas cláusulas junto a un tipo de disposición, cuadros estadísticos de frecuencia, posibilidad de acceso para otras investigaciones u otros investigadores etc.., y en general, utilizar algunos de los recursos de la informática sobre documentos de aplicación del Derecho pertenecientes al pasado histórico.

Se utilizó el programa File-Maker sobre Macintosh, se creó una plantilla de escritura y se recogieron en una doble vertiente las disposiciones a favor del novio y de la novia.

172. **Estructura interna del documento.-** Se va a examinar el documento siguiendo el orden en el que ha sido redactado, por parecer el más adecuado, desde un punto de vista técnico.

En el contrato matrimonial se distinguen tres partes:

1. El encabezamiento, en el que se indica el lugar y fecha del otorgamiento, nombre del escribano autorizante -indicándose si se trata de un escribano Real o de Número-[21], nombre y dos apellidos de los otorgantes, estado y circunstancias personales de los mismos, carácter con el que actúan y referencia a la presencia de los testigos.

2. El "corpus" ocupa la parte central de la escritura; de ordinario va precedido de un preámbulo en el que se expresa el motivo por el que se otorga. Se recoge la institución de heredero o sucesor, las donaciones o dotaciones a favor de los contrayentes; a

[21]Según ESCRICHE (ibídem, T. 1, 724), "Escribano es el oficial ó secretario público que con título legítimo está destinado a redactar y autorizar con su firma los autos y diligencias de los procedimientos judiciales, como asimismo las escrituras de los actos y contratos que se celebran entre partes", añade, hay varias clases de escribanos: los reales pueden ejercer su profesión en todo el reino, menos donde los haya numerarios. Los escribanos numerarios solo pueden ejercer su oficio en el pueblo ó distrito a que estan asignados, pero lo ejercen allí con exclusión de otros cualesquiera, y se llaman numerarios por ser fijo y determinado el número de los que hay en cada punto. Los escribanos de Ayuntamiento ó de concejo son los que están encargados de asistir a las juntas ó sesiones de este cuerpo y autorizar sus acuerdos ó resoluciones; los escribanos de cámara los que actúan ante los tribunales superiores; El Fuero Nuevo dedica el Título sexto a la regulación de este oficio. FN. 20, 3 y 12, establecen la obligatoriedad de la presencia de escribano en la constitución de las dotes y en las donaciones; La regulación del oficio de escribano aparece recogida en P.3, 19; Recoge, MURO, *Guía del Escribano* , Valladolid, 1847, T. 1, 1 ss. una exposición sobre clases de escribanos, y desempeño de la función; Puede verse en BONO, José *(Historia del Derecho Notarial español,* 2 vol. Madrid, 1979, 299) la competencia general y competencia local de los escribanos Reales y del Número.

continuación se recogen las cláusulas y condiciones que se le imponen y en consecuencia la asunción de ciertas obligaciones por parte del favorecido con la donación o designación sucesoria.

3. La parte final está compuesta por una serie de cláusulas que sin tener especial relación con el contrato matrimonial se insertan en el mismo, tales como, la concesión recíproca de poder testatorio y la constitución de arras; concluye el documento con las cláusulas que garantizan el fiel cumplimiento de su contenido. En prueba de conformidad se recoge la firma de los otorgantes, firma y rúbrica del Escribano actuante y de los testigos.

173. **Su otorgamiento ante nupcias y post-nupcias.-** Se ha podido constatar que el 17% de las escrituras examinadas fueron otorgadas "post nuptias", siendo por otra parte idéntica la proporción de las suscritas por vecinos de Villa y de Anteiglesia. Esta comprobación nos permite indicar que no existía precepto que prohibiera esta modalidad de otorgamiento, tanto en el Fuero como en el Derecho común.

En Vizcaya existe el régimen patrimonial legal de comunicación foral, que rige con carácter imperativo, al que se sujetan los bienes que se aportan al matrimonio.

Este régimen es impuesto por la ley y en ningún caso puede ser sustituido por otro que contravenga sus reglas, pero sí cabe -así consta en muchos contratos matrimoniales-, el que se pacte un régimen familiar (que abarque a otras personas además de los cónyuges), que en cierta manera embeba al primero y lo encuadre en una sociedad de ámbito mayor; por otra parte, cabe que el caudal de los bienes comunicados experimente mutaciones, sin que ello altere la naturaleza jurídica de dicho régimen.

Las razones que esgrimía la doctrina, antes de la reforma de 1975, para fundamentar la inmodificabilidad de los contratos matrimoniales[22], no tenían razón de ser en los derechos forales. Los contratos examinados contienen básicamente las disposiciones sucesorias de los padres a favor de los hijos.

En Vizcaya, la modificabilidad de un contrato matrimonial por otro posterior, vendrá condicionado por la comparencia de todos los otorgantes, en base al carácter

[22]Según resume LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil, Derecho de familia* I, Barcelona, 1978, 150) se trataba de garantizar que uno de los cónyuges no quedara sometido al otro y evitar que dichos pactos postnupciales sirvieran de instrumento de fraude de terceros.

pactado que el mismo encierra [23], y esto sí, será irrevocable su contenido de forma unilateral.

Tiene su razón de ser el que existiera la creencia de que los contratos matrimoniales, tanto en el Derecho común como en el foral, eran inmodificables, aunque la causa determinante sea distinta; en Vizcaya como ha quedado expuesto, contenía una donación o institución de sucesor pactada y en base a su naturaleza inter-vivos, queda afecta a la regla de su irrevocabilidad unilateral.

[23] INUNCIAGA,4 -10-1823,(288): Que de dicho su matrimonio (manifiesta el otorgante disponente) no han tenido los expresados Martin de Aldecoa Otalora, y Maria Rosa de Orovio Urruti, hijos algunos, ni esperan tenerlos. En tales circunstancias, los mismos marido y muger, con la citada Magdalena de Ibarrondo su madre y suegra respectibe y los demás interesados de una y otra parte comparecen y otorgan.

Capítulo 7º. Otorgantes: capacidad, carácter de su actuación y vecindad.

I. Otorgantes.

174. **Pluralidad de otorgantes. Pluralidad de disposiciones.**- Hemos indicado anteriormente que en el contrato matrimonial, comúnmente, se recogen varios negocios además del específico matrimonial, lo que hace necesario que diferenciemos quiénes son los otorgantes en cada uno de estos. Distinguiremos los otorgantes del pacto sucesorio y los otorgantes del contrato matrimonial.

Los padres de cada uno de los futuros cónyuges acompañados de éstos, respectivamente, comparecen ante el escribano para otorgar la escritura; actúan en calidad de parte otorgante del contrato matrimonial.

Se entiende que son partes otorgantes del pacto sucesorio, el que dispone de la herencia y el que la acepta; a la luz de estos documentos, los padres que disponen de la herencia y el hijo contrayente que la acepta; este pacto queda recogido en el contrato matrimonial del instituido.

Teorícamente, si el objeto de nuestro trabajo son los pactos sucesorios, cabe entenderse que podíamos olvidarnos de los restantes otorgantes y de los negocios que éstos llevan a cabo y ceñirnos a los otorgantes del pacto y al contenido del mismo, pero no es así.

Dice Lacruz, que existe un cierto condicionamiento entre los negocios que se recogen en el contrato matrimonial, y se pactan normas reglamentarias que afectan a una pluralidad de otorgantes[1], en consecuencia, al analizar uno de los negocios que se llevan a cabo ha de tenerse presente todos los elementos del conjunto que aparecen en esta escritura, con el fin de tener una cabal comprensión del que es objeto de estudio.

[1] LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia*, I, 1978, 3 ed., 151.

En este capítulo vamos a centrarnos a examinar quiénes son los otorgantes del pacto; más adelante analizaremos algunos aspectos del contrato matrimonial que inciden en la institución objeto de estudio.

La composición plural de cada parte otorgante del contrato matrimonial, tanto por lo que respecta al novio como a la novia, constituye un rasgo común a los contratos matrimoniales vizcaínos, así como a los castellanos anteriores a la codificación[2].

Como regla general los comparecientes acuden en calidad de otorgantes (de uno o varios negocios) y no debe entenderse que su presencia responde al cumplimiento del deber asistencial, en unos casos, o de simple aceptación, en otros, sino que acuden a prestar su consentimiento y a obligarse como acreditaremos más adelante.

Los intervientes en este complejo negocio que trasciende del mero contrato para convertirse en la paccionada concertación de un régimen familiar y sucesorio, asumen y confieren obligaciones y derechos en una cuádruple dirección:

1. Disposición de bienes de unos otorgantes a favor de los contrayentes.

2. Aceptación de los bienes por parte de éstos y asunción de obligaciones, que previamente han sido concertadas con los disponentes.

3. Cada uno de los contrayentes se contrata con los bienes recibidos para el matrimonio que se va a celebrar.

4. Los otorgantes que han dispuesto de sus bienes a favor de los contrayentes, asumen entre sí ciertos derechos y obligaciones.

---

[2]Según GARCIA GOYENA (FEBRERO *ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid, 1841, T. I, 49) en las escrituras castellanas, si el marido lleva capital al matrimonio a fin de que estos comprueben su valor real, concurrirán al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales los padres de ambos contrayentes acompañados de estos; Refiere ALVARADO Y DE LA PEÑA (*Compendio Teorico-Práctico de la Librería de Escribanos de Don José Febrero* , Madrid, 1834, T. I,31) que las Capitulaciones Matrimoniales son una escritura que suele otorgarse por los novios o futuros esposos, y sus padres o curadores pactándose la dote, arras y capital que cada uno ha de llevar al matrimonio; Según LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia*, Barcelona, 1974 , 2 ed, 169), si comparamos estas Capitulaciones con las actuales será una nota distintiva la comparecencia de los padres; En idéntico sentido, LALINDE ABADIA *Capitulaciones y Donaciones matrimoniales en Derecho Catalán* , 22; y NAGORE YARNOZ, Capitulaciones matrimoniales, en el Libro de *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán*, T. 4, Pamplona, 1969, 520.

175. **Los padres y los hijos contrayentes.-** Comparecen los padres acompañados, respectivamente, de sus hijos contrayentes. Se expresa a continuación las circunstancias personales de unos y otros, estado civil y vecindad.

Intervienen los padres de ambos contrayentes en el 50% de las escrituras (255), mientras que lo hacen sólo los padres de uno de ellos en otro 12% (59). Si comparece sólo el contrayente o acompañado de familiares es frecuente el que se deje constancia que se trata de contrayente huérfano[3] o que contrae sus segundas nupcias.

De 264 escrituras otorgadas por vecinos de Anteiglesia comparecen los padres en 179 (67%), en tanto que de 171 escrituras de vecinos de villa comparecen los padres en 109 (63%), es decir, es ligeramente superior el porcentaje de padres otorgantes con vecindad de Anteiglesia, pero no se trata de un diferencia significativa. En las escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor del Código civil el que comparezcan los padres es lo común, con independencia de su vecindad[4].

La comparecencia de los padres tiene una doble finalidad: conceder la licencia paternal y llevar a cabo la disposición de los bienes a favor de su hijo contrayente.

El hijo contrayente comparece siempre. Respecto a la edad y estado civil, la regla general es que fuera inferior a los 25 años y la soltería. Son poco frecuentes las capitulaciones de quienes contraen sus segundas nupcias,18 escrituras, no llegando a un 3%[5].

---

[3]LANDABURU, 3-3-1832, (92): "Ante mí el escribano de su número y testigos Pedro Antonio de Meabe Yurrebaso soltero natural y residente de villa de Durango, menor de 25 años, hijo legítimo y de legítimo matrimonio de D. José Joaquin de Meabe y de Dña. Maria Teresa de Yurrebaso difuntos vecino que fueron de ella, con asistencia e intervención de su tío....; En idéntico sentido : LANDABURU, 5-11-1831, (88); ASTIAZARAN, 22-2-1823, (130); ASTIAZARAN, 17-10- 1823, (135).

[4]Presenta GARCIA GOYENA (FEBRERO, ob. cit., T. I, 77) un formulario de Capitulaciones Matrimoniales. Tras un encabezamiento semejante a las escrituras examinadas, figura la comparecencia de los padres, acompañados de los hijos, se recoge la promesa de matrimonio. Los padres del novio le hacen entrega de una cantidad, en concepto de adelanto de la legítima. Los padres de la novia le hacen entrega de la dote, de la que se dá la preceptiva carta de pago. El novio ofrece a la novia cierta cantidad en concepto de arras ó aumento de dote. Tanto en la carta de pago de la dote como en la del capital del novio, se procede a deslindar minuciosamente la dote y el capital entregados por los padres, lo que fueren cantidades que adicionalmente se llevan al matrimonio como patrimonio propio, para que quede fijado para futuras colaciones o disolución del matrimonio. Finalmente se incorporan las cláusulas de garantía. En general puede entenderse que, los padres otorgantes de villa comparecen al objeto de dotar a las hijas o de hacer una donación al hijo con cargo a la legítima .

[5]Refieren que al pasar a segundas nupcias el viudo hace inventario de los bienes y posterior liquidación de la comunidad, y el binubo aporta al matrimonio lo que le correspoda; En terminos semejantes: LANDABURU, 24-4-1830, (81) y LANDABURU, 1-8-1831, (85): José de Opacoa y Josefa Antonia de Ania vecino y natural de Salinas (Provincia de Guipuzcoa)y Anteiglesia Abadiano respectivamente . Manifiesta el novio "Que estuvo casado con Damiana Zalduechevarria que falleció

Se constata la condición de filiación legítima en el hijo contrayentes a favor de quien se dispone, regla que sólo se exceptúa en dos escrituras[6]; circunstancia que puede derivarse, de la aplicación de la Ley 11 del Tit. 20 que confiere a la filiación legítima un rango preferencial en el destino de los bienes de la familia. Se trata de hijos del matrimonio de los otorgantes y no de las primeras nupcias de uno de ellos; lo que parece indicar la costumbre de liquidar la sociedad conyugal anterior, con carácter previo a la celebración de las segundas nupcias (1 del Tit. 22 y leyes 1, 3 y 4 del Tit. 20 del Fuero Nuevo).

Se indica la vecindad de los padres otorgantes. Al referirse a los hijos se expresa de dónde son naturales o residentes. La coexistencia en Vizcaya, de dos vecindades civiles justifica el que a este tema le dediquemos especial atención más adelante.

---

dejándole una hija, por cuya razón en el mes de Marzo último por testimonio de D. Tomás Ingunza Escribano Real se llevó a cabo inventario judicial de los bienes comunes de ambos consortes, importando los raices .....los ganados....los muebles... las deudas...y ahora se contrata para el matrimonio con lo que le corresponda en dichos bienes; BARANDICA, 31-5-1829, (382): "Contrato Matrimonial de José de Osma y Maria Antonia de Ibarguengoitia vecinos de la Anteiglesia de Gorocica y de la de Muxica. Jose Osma expuso que de su matrimonio anterior le quedaron actualmente 5 hijos, que antes de pasar a segundas nuptias en lo que concierne a los bienes formalizó un inventario extrajudicial de ellos el día 20 de Mayo 1829, con intervención y a presencia de Antonio de Irazabal, de esta vecindad como curador de los hijos nombrado por la madre en el testamento que otorgó ante Barandica el 28 Julio 1826; cuyo memorial ó minuta, con la tasación de los mismos bienes ejecutada por dos vecinos de esta localidad que estan al igual que el curador presentes, elegidos para el efecto de común conformidad, se pone por cabeza de esta escritura para insertarlo en sus traslados: que según esta tasación importan todos los bienes comunes inventariados que quedaron despues de haberse separado de la masa lo que se espendió en los funerales de la finada.."; GANGUTIA, 29-10-1832, (322), "Que cuando contrajo matrimonio con su difunta mujer D. Maria Catalina de Capanaga no hicieron escritura de Capitulaciones matrimoniales, pero que en unión de ella otorgó su testamento conjunto el 10-10-1831 en testimonio de D. Jose María de Astiazarán Escribano de S. M. público del número en propiedad de la villa de Durango, por el que en caso de disolverse su matrimonio y no tuviesen sucesión se instituyeron herederos de los bienes muebles, créditos y acciones de ellos para el que, ó la que sobreviviese con otras declaraciones que al efecto hicieron ...que del enlace quedó una hija de 11 meses .Que deseando saber el caudal que le quedó por fallecimiento de la referida consorte ha hecho inventario judicial de todos los bienes raices sueltos y ajuares, ropas alhajas de casa, créditos en escrituras de censos y de obligaciones y demas derechos que les correspondían a ambos en testimonio de Gangutía el 16-Octubre, a excepción de la casería de Berriozalgoitia y todos sus pertenecidos sita con ellos en la barriada de Miota....y ahora en contemplación a este matrimonio que intenta contraer e hijos ....se dotaba y contrataba y se dotó y contrató con la expresada casería y con la cantidad de .....que le corresponden en dichos bienes inventariados y en las mismas cosas y especies que por menor resultaran en las diligencias de su razón y son mitad de los expresados 74.300 reales y se obliga a aportar".

[6]BARRENECHEA, 5-1-1828, (253): "María Olabarrieta viuda de Manuel Ibarrondo vecino que fué y lo es de la Anteiglesia de Garay, acompañado de Mariano de Ibarrondo y Olabarrieta, su hijo natural.....le promete dona y manda como dote dinero"; ORBETA, 20-6-1826, (471): "comparecen de una parte Dominica de Azcueta madre de su hijo natural Domingo de Esjenola y Azcueta y Francisco de Urrutia padre adoptivo ....le dona, manda y contrata con dinero...".

176. **Los familiares como otorgantes de la disposición de bienes.-** Además del de paternidad, existe el vínculo de parentesco entre los otorgantes en 35 escrituras (7%) del total de las capitulaciones examinadas. En 25 escrituras (5%) son otorgantes los hermanos del contrayente, en 5 (1'5%) los tíos y abuelos[7].

Cuando comparecen los hermanos para disponer de sus bienes a favor de los contrayentes, se ha podido constatar su condición de sucesores en el patrimonio familiar; actúan en cumplimiento de la obligación de dotar que les fué impuesta al ser designados[8]. En otros casos, se trata de hermanos sucesores que no han tenido descendencia en su matrimonio, ni tienen posibilidad de tenerla; disponen por tanto del patrimonio familiar a favor del contrayente, en el que concurre la circunstancia de ser reversionario de los bienes de este sucesor[9].

---

[7]ASTIAZARAN, 5-9-1828, (184), INUNCIAGA, 23-10-1823,(291) y ZAVALA, 1-6-1828,(498).

[8]Siendo frecuente que el pago de la dote se escalone en el tiempo, AREITIO, 6 -3-1832 (45): "El hermano sucesor manifiesta: " Que Antonio .., y por ella la enunciada Dña. Francisca ... hizo a favor de Don. Joaquín elección de sucesor tronquero y donación de la casería titulada de Azcarratazabalgoicoa y sus pertenecidos, que son de vínculo electivo radicantes en dicha Anteiglesia con diferentes gravámenes y condiciones y entre ellos la de que debería entregar a la expresada Dña. Josefa ... seiscientos ducados de vellón en efectivo y otros efectos que resultan de la misma escritura para ayuda de su acomodo, y ahora cumpliendo con el expuesto gravamen, ambos consortes juntos de mancomún a voz de uno y cada uno por el todo insolidum con renunciación de las leyes del caso, se obligan con todos sus bienes habidos y por haber a satisfacer a la insinuada Dña. Josefa....y su marido Dn. José Manuel...o su representación los expresados ducados de vellón en dinero moneda metálica y no en otra especie...y ahora cumpliendo con el expuesto gravamen...y por haber a satisfacer a la insinuada Dña. Josefa y su marido o su representación los expresados 600 ducados de vellón en dinero efectivo y no en otra especie creada, ni por crear a saber 100 de ellos para Pascua de Resurrección del presente año y los restantes 500 dentro de 10 años siguientes, entregando 100 en cada dos años, sin premio ni interés alguno, como lo juran en legal forma, se comprometen sin excusa ni dilación, pena de ejecución y demás rigores de derecho".

BARRENECHEA, 18-9-1826, (245): El hermano otorgante manifiesta: "Que en la escritura de Capitulaciones que otorgó el relacionante por testimonio del Escribano Barrenechea el 10-6-1826 para el que contrajo con María Agustina...de la dote de 3.200 ducados de vellón en dinero efectivo que le donaron y mandaron sus padres, reservó 1.200 ducados para disponer de ellos a su voluntad entre sus hermanos para ayuda de sus respectivos acomodos y ahora para el que intenta celebrar la misma María Manuela ..le promete, dona y manda 400 ducados de vellón en dote en dinero efectivo metálico a entregar a los esposos dentro de un año"; MEABE, 1-2-1827 (336), El contrayente manifiesta: "Sus expresados padres en su último testamento legaron al exponente para tomar estado 1.400 ducados de vellón y que esta cantidad, con la cual se contrata para su citado matrimonio, debe entregarle su hermanos Juan Miguel de Ariño vecino y propietario de la insinuada Anteiglesia de Berriz. Y hallándose tambien presente este, dice que en conformidad del convenio verbal que tiene celebrado entre todos los concurrentes a esta escritura se obliga a entregar en este acto 700 ducados de vellón a la referida María Garro (futura suegra de su hermano) y los restantes 700 para completo pago del citado legado a su nominado hermano, en el mismo día de la efectuación de su matrimonio. '

[9]INUNCIAGA, 4 -10-1823,(288): "Que de dicho su matrimonio (manifiesta el instituyente) no han tenido los expresados Martin de Aldecoa Otalora, y Maria Rosa de Orovio Urruti, hijos algunos, ni esperan tenerlos. En tales circunstancias, los mismos marido y muger, con la citada Magdalena de

Comparecen como otorgantes para disponer de sus bienes los familiares más próximos, tratándose de un contrayente huérfano[10] o en calidad de apoderados de los padres[11].

Los tíos del contrayente comparecen como otorgantes, si ostentan el cargo de sucesor en el patrimonio familiar y no tienen descendencia, por lo que designan al sobrino[12], en otros casos, tratándose de tíos solteros[13], que ostentan el cargo de curador del contrayente [14] o por ser el pariente más próximo del contrayente huérfano[15].

Ibarrondo su madre y suegra respectibe y los demás interesados de una y otra parte, trataron del sobredicho casamiento entre el insinuado Domingo de Aldecoa Otalora e Ibarrondo hermano de dicho Martin, y primer llamado a la sucesión de la hacienda de Otalora por muerte de él sin hijos..".

[10]GANGUTIA, 3-4-1828 (301): "El Licenciado Dn. José Maria..., Abogado de los Reales consejos y Alcalde y Juez ordinario de esta villa de Elorrio y vecino de ella, y su hermana Dña. Cristina ... soltera natural de la misma, mayor de los veinticinco años de edad, huérfana, precedida la licencia paternal que ha sido pedida por Eugenio, y por Dña. Cristina, sin embargo de ser mayor de edad, a su hermano el Lizdo. Don José María como interesado mas cercano..."

[11]AREITIO, 18-8-1831, (43), el hermano otorgante dice: "que vive en unión de dicho su padre Ignacio en la casería Zubirueta, en la que vive tambien con ellos el citado Jose María futuro contrayente. Que todos los bienes muebles, ganados y demás que existen en ella los disfrutan entre ambos padre e hijo indistintamente, cultivando en unión toda la labranza y ahora por si mismo y en nombre de su padre Ignacio y con arreglo a las instrucciones que le tiene dadas dona, promete y manda al contrayente..."

[12]GANGUTIA, 29-7-1830, (310), Manifiestan los tíos otorgantes: "que en la escritura. Matrimonial que otorgaron los relatantes el 19 Enero de 1795 en testimonio de Dn.. Francisco Antonio Zamácola hicieron elección y nombramiento de sucesor tronquero en propiedad y posesión en el compareciente Dn. Baltasar.. de la indicada casa solar Infanzona de Lequericabena, su accesoria, orreo y todos sus pertenecidos, con el referido Patronato de Capellania y en su consecuencia son dueños y poseedores únicos del referido vínculo electivo y han estado y están en quieta y pacífica posesión de ellos ... Que los relatantes no habían tenido sucesión alguna constante matrimonio ni esperaban tenerla por la avanzada edad, pero les facultaba la Fundación de dicho vínculo para hacer la elección y nombramiento de sucesor de él y de dicha casa y casería y de todos sus pertenecidos honores y preeminencias que la tocan y corresponden en los parientes dentro del 4º de la línea del compareciente Dn. Baltasar Mariano y siendo el expresado Dn. José María su sobrino carnal e hijo legítimo de los referidos Dn. Domingo...y Dña. Teresa.., hermano este del mismo relatante y valiendose de las facultades que les concede la Fundación y leyes de este M. N. y M. L. Señorío de Vizcaya querían causar en dicho su sobrino por causa onerosa de matrimonio hacían elección, llamamiento y nombramiento de dueño sucesor y tronquero legítimo...."; En idéntico sentido : GANGUTIA, 18-7-1832, (321); AREITIO, 6-3-1832, (45), BARANDICA, 13-5-1822, (380).

[13]MEABE, 11-7-1827, (357): Comparecen por parte de la novia "Ramon y María Antonia de Ugarte hermanos, solteros, vecinos de la Anteiglesia de Abadiano, con su sobrina carnal Dominga ... hija legítima de Domingo y de su conjunta María Antonia ya difuntos ...Todos los interesados concurrentes de un acuerdo y conformidad establecen por pacto expreso que los contrayentes desde el día en que se efectúe su matrimonio en adelante han de vivir y mantenerse en la misma casa, compañía y mesa de los expresados hermanos Ramon y María Antonia de Ugalde, formando entre todos una sociedad...".

[14]INUNCIAGA, 23-12-1823, (291) comparece el tío del otorgante en calidad de curador "ad litem".

[15]AZTIAZARAN, 5-9-1824, (184).

Del volumen total de escrituras examinadas sólo en tres de ellas figura como otorgante un abuelo. En dos escrituras en calidad de pariente más próximo del contrayente huérfano[16] y en la tercera, lo hace con la finalidad de designar sucesor al nieto[17].

Esta última escritura por su carácter excepcional, -tratándose de la designación del nieto en vida del hijo-, al ser una una disposición que vulnera el orden preferencial de delación (ley 11 integrada por la ley 14 y 18 del Título veinte del Fuero Nuevo), objeto de controversia por parte de la doctrina, la estudiaremos al tratar de los criterios de elección de sucesor.

177. **El curador del contrayente como disponente.**- En quince escrituras uno de los contrayentes es huérfano por lo que comparecen acompañados del curador.

La curatela, en esta etapa histórica es una institución encargada de la guarda de los huérfanos, que habiendo salido de la edad pupilar (14 años), no alcanzaren la mayoría de edad, es decir los 25 años y los que siendo mayores de esta edad, estuviesen locos o desmemoriados.

Hasta la edad de 14 años se encomendaba al tutor la defensa de los menores[18].

El Fuero Nuevo dedica el título veintidos a regular la tutela y curatela[19]; con carácter supletorio, en ausencia de norma foral, se aplicará el Derecho Castellano.

---

[16]AZTIAZARAN, 5-9-1824 (184); INUNCIAGA, 23-12-1823, (291).

[17]ZAVALA, 1-6-1828, (498) Comparecen: "Agustina de Chavarry, viuda de D. Domingo Pedro de Arechabala, vecina de dicha Anteiglesia de Begoña con su nieto legítimo Don Francisco Sales de Salcedo .....a quien desde ahora para siempre jamás cede, dona y manda al expresado su nieto Don Francisco todos los bienes raices heredados por ella de su legítimo hermano....cede dona a favor del indicado su nieto Don Francisco, sus hijos y legítima representación, separando y apartando, como desde ahora separa quita y aparta a cada uno de sus hijos, nietos y demás que pudiera tener y pretender derecho en todo ni en parte a los bienes raices cuya donación lleva causada en este instrumento en favor del nieto" hace apartamiento con un árbol infructífero, su tierra y raíz y su real de vellón, a los hijos, nietos y demás que pudiern tener ó pretender derecho alguno.

[18]Según GOMEZ DE LA SERNA (*Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Madrid 1874, T. 1, 533), la definición que da la ley P. 6, 16, 1 de tutela como "poder de protección a las personas y bienes de los huérfanos impúberes que por su edad no pueden dirigirse". La asistencia de los tutores alcanza hasta la edad de 14 años del pupilo, recogiendo la existencia de distintas clases de tutela. A partir de los 14 años hasta la mayoria de edad a los 25 quedan bajo la custodia de los curadores; GUTIERREZ, *Códigos y Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Madrid, 1881, T. I, 799, comenta la regulación dada por las Partidas a la Tutela.

[19]FN. 22, 1, 2 y 3; FN, 22, 1: "fallecidos marido y mujer, quedando hijos ó descendientes de ellos; el padre ó madre que vivo quedare, sea el legítimo tutor y administrador de los tales hijos: conque en

En Vizcaya, la curatela ejercida por el padre o la madre tiene un régimen jurídico diferente, no sólo en lo que respecta a la atribución del cargo, sino también en los derechos que el mismo conlleva. El padre será en todo caso curador, cuando salen los hijos de la edad pupilar, tiene el usufructo de sus bienes y la obligación de alimentarlos hasta la emancipación, en tanto que la madre será curadora, en defecto del padre o si los hijos la eligen y no gozará del usufructo de sus bienes ni estará obligada a alimentarlos. La causa de la que se deriva este diferente tratamiento es que la madre no ostenta la patria potestad, en tanto que el padre si[20].

El Fuero Nuevo, prevé varios tipos de curatela: testamentaria, legítima y dativa. En defecto de designación testamentaria[21], el marido o la mujer quedando descendencia serán los legítimos tutores y curadores.

El juez nombrará a los curadores, uno por parte del padre y otro de la madre, en caso de orfandad o segundas nupcias del padre o padre viudo.

178. **Existencia del vínculo de consanguinidad entre los otorgantes.-** Se ha constatado que el vínculo que une a los otorgantes es el de consanguinidad. En el volumen total de escrituras examinadas existe un caso en el que une a los otorgantes del pacto el vínculo de afinidad[22] y un segundo, que si bien no existe formalmente vínculo alguno es aplicable el de consanguinidad por analogía[23].

---

el término de la ley, haga inventario y con la caución y fianza, el tal padre goce y lleve el usufructo de los bienes de sus hijos todo el tiempo, que él, ó sus hijos ó qualquiera de ellos estuviere sin casar. Otrosí que la madre no goce, ni lleve el tal usufructo, ni sea tenida de alimentar a los hijos en caso de que ellos tengan con que...y los tengan todo el tiempo que estuviere con hábito vidual ; y esto porque el padre tiene poderío paternal en los hijos , en todo tiempo que el hijo estuviere por casar; pero la madre no. ....Pero siendo los menores salidos de edad pupilar, y de poder nombrar curador, expire la tutela y administración de la madre: Con que dando cuenta de la administración que tuvo con pago a sus hijos, y si ellos la nombraren por curadora, lo pueda ser: Pero el padre, aunque salgan sus hijos de la dicha edad pupilar pueda ser libremente su legítimo administrador hasta que ellos sean emancipados"; Regula la tutela y curatela P. 6, 16, 1 a 13. GARCIA GOYENA, *Febrero ó Libreria de Jueces, Abogados y Escribanos* , Madrid, 1841, T.1, 109 ss; SALA, *Ilustración del Derecho Real de España* , T. 1, Madrid, 1820, 109 a 127; GUTIERREZ, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español* , T. 1, Madrid, 1881, 865.

[20]FN, 22, 1.

[21]FN, 22, 1: prevé la posibilidad de que el padre designe tutor o defensor en su testamento, nada dice respecto a la madre, pudiendo entenderse que en defecto del padre dicha elección podrá ser realizada por la mujer; P. 6, 16, 12 y 13 establece no cabe la curatela testamentaria en el Derecho común que requerirá de la confirmación judicial.

[22]BARRENECHEA, 17-9-1826,(244): "la contrayente aseguró que su difunto marido de primeras nuptias falleció sin otorgar disposición alguna dejándole una hija que falleció hace un año y en su compañía vivieron ambos en la casa y casería titulada Alegría en la Anteiglesia de Abadiano, con

La regla es que los otorgantes estén unidos por vínculos de consanguinidad, excepcionalmente les une otro tipo de parentesco[24].

179. **Los contrayentes: la aceptación de los bienes.-** Los propios contrayentes son parte otorgante en una doble proyección: como aceptantes de los bienes que se disponen a su favor y que se consigna en esta escritura -como otorgantes del pacto sucesorio-; como parte en el contrato matrimonial, al aportar los bienes a su matrimonio.

Como otorgantes del pacto, los contrayentes aceptan los bienes y a su vez se obligan al cumplimiento de las pensiones y condiciones impuestas, al tiempo que se sujetan a las reservas y modos establecidos[25]. El cumplimiento de estas obligaciones será exigible con todo rigor de derecho y en la vía ejecutiva[26].

180. **Los contrayentes aportan los bienes al matrimonio: supuestos.-** Los contrayentes aportan los bienes al matrimonio; se contratan con los bienes (términos empleados en el documento), sea con bienes propios o con los bienes que le han sido donados, detallándose cuáles son éstos:

Simón de Baseta y Nicolasa de Uribelarrea, consortes sus suegros y así bien actualmente vive la contrayente en la mesa y compañía de ellos trabajando mancomunadamente en las labores de la propia hacienda raiz asociada de dicho Rafael su marido de segundas nuptias y encontrándose presentes igualmente a esta pública escritura.los citados Simón ... y Nicolasa ..., consortes digeron que en atención a que eran dueños de..... y a causa de que no tenían hijos ni ascendientes que forzosamente les puedan heredar, prometen, donan y mandan la mitad de todos sus bienes a su expresada nuera para si misma e hijos que tubiese en su segundo matrimonio, con expresa condición de que hubiesen de vivir según al presente juntos en dicha casa mesa y compañia u otra cualquiera que arrendasen".

[23]ASTIAZARAN, 20-6-1827, (164):"Domingo y Maria consortes, legítimos dicen, que por cuanto la citada Maria crió a sus pechos al nominado Josef Ramon de Bravo, y después le han tenido por hijo, y al donar la casería y pertenecidos de Arguinzoniz reservaron la facultad de llevar a la mitad reservada a cualquiera, han determinado llevar a la mitad reservada a dicho Josef Ramon de Bravo y su futura consorte para vivir juntos trabajando lo que cada uno buenamente pueda, y partiendo a medias lo que sobre...".

[24]En las 501 escrituras examinadas no existe ninguna que haya sido otorgada por un extraño a favor del contrayente.

[25]BARRENECHEA, 2 -5-1826, (242): "Que aceptando como desde ahora aceptan las donaciones, dotaciones y mandas que les dejan causadas en su favor, con las reservas, pensiones y condiciones que van especificadas, para usar de ellas a su voluntad, se obligan con sus personas y bienes habidos y por haber a cumplir exactamente todas ellas, se contratan con estos bienes para el matrimonio que van a celebrar".

[26]BERGARA, 22 Diciembre 1828, (413): "Que se obligan en forma a cumplir las pensiones a que se han constituido, a cuyo fin quieren y consienten ser compelidos por todo rigor de derecho y vía ejecutiva".

"a fin de que siempre conste los bienes que cada parte introduce al matrimonio, se contrata con dinero efectibo, con ganado, erramienta(sic) .....y se obliga a aportarlos a su matrimonio luego de su celebración"[27].

Se contratan para el matrimonio con bienes propios, adquiridos con anterioridad a la celebración del contrato en un porcentaje que no rebasa el 20% (100 escrituras). Dentro de este porcentaje no existe una mayor proporción de otorgantes vecinos de villa en relación con los de Anteiglesia.

Son escasas las escrituras en las que los contrayentes aportan bienes propios al matrimonio; en estos casos se deja constancia de su condición de solteros y mayores de 25 años, que aportan bienes adquiridos en el desempeño de su oficio[28], bienes recibidos por herencia (detallándose minuciosamente en las escrituras cuáles son éstos y en virtud de qué título los recibió)[29] o por donación anterior[30] o en el caso de que se trate de un

---

[27]AREITIO, 12-7-1829, (12).

[28]BARANDICA, 6-6-1829, (383): "En primer lugar el expresado novio manifestó que por su parte traía al consorcio por vía de capital y peculio propio, en dinero, 200 ducados de vellón que tenía adquiridos por el mismo en su oficio".

[29]ASTIAZARAN, 7-5-1828, (182): "los contrayentes Josef Joaquin de Ampuero, Regidor capitular de la villa de Bilbao y Genara de Jaúregui, naturales de Bilbao y de Durango respective.manifiestan, que el contrayente recibió por testamento cerrado que fué otorgado por el Presbítero Don Sebastian Gutierrez el 13-9-1690, ante Antonio de Ostendi de Bilbao vínculo consistente.... a cuyo vínculo agregó.....por testamento cerrado, que otorgó el 25 Febrero 1735 abierto y público con las solemnidades de derecho ..... y el 25 Marzo 1708 ante Gerónimo Parraga igual Escribano. la casería de Olano con todos sus pertenecidos .....Que igualmente corresponden a los Mayorazgos fundados por los Sres. Pedro de Ampuero y D. Ines Maria de León, el censo principal constituido contra dicha villa de Madrid..... Que el Gobernador D. Nicolas Ibañez de Zavala, fundó Mayorazgo Regular el 17 Marzo 1667 ante Andrés Gaztañaga, Escribano de Madrid .....Donación de dichos bienes a favor del novio otorgante el 1 Marzo 1825 , siendo ratificada la donación el 26 Abril 1828 ante Eno Juan Antonio Uribarri Escribano villa Bilbao.

BARRENECHEA, 10-6-1826, (243): Contrato Matrimonial de Manuel de Iturriagagoitia y Maria Agustina de Churtichaga Mendia naturales y residentes respective de Antiglesia de Abadiano y de San Juan Bautista de Axpe. El novio otorgante manifiesta: "que en virtud de la elección y nombramiento de sucesor tronquero e inmediato poseedor que en su favor causó el nominado Juan de Iturriagagoiti, su difunto padre por sí y usando de la facultad que verbalmente le concedió la citada María de Igartua su consorte en el artículo de su muerte, por no haber lugar para más, en el testamento y última voluntad que otorgó por testimonio de D. Miguel Ant. de Inunciaga .....era dueño y poseedor actual como hijo primogénito de los susodichos sus difuntos padres, de la Casa Solar principal e Infanzona de Iturriagagoitia, su accesoria y todos sus pertenecidos, radicante con ellos en esta citada Anteiglesia de Abadiano y su Cofradía de Gaztelua, que son de vínculo electivo.....y para el matrimonio que iba a celebrar con María Agustina su futura esposa e hijos que en el tuviera y representación legítima, se dotaba y contrataba con la prevenida casa y casería principal su accesoria y todos sus pertenecidos".

En idéntico sentido BARANDICA, 13-5-1822 (380); BARANDICA, 13-4-1819 (379).

[30]BARANDICA, 13-5-1822, (380): Contrato Matrimonial de Juan de Undagoitia y Duñabeitia y Maria Antonia de Derteano, naturales de Ibárruri y Echano. El novio manifiesta: "Que los citados sus tíos, y Manuela de Undagoitia, también tía suya, hermana de estos, ...por escritura pública que

contrayente en sus segundas nupcias[31]se deja constancia de la liquidación de la sociedad conyugal anterior[32].

El escaso número de estas escrituras y las circunstancias particulares que en ellas concurren evidencian, que es con motivo de la celebración del contrato matrimonial cuando comúnmente se lleva a cabo la donación de los bienes de la familia.

II. Capacidad, licencia paterna y marital.

181. **Regulación de la capacidad en el Fuero Nuevo de Vizcaya.-** No existen en el Fuero leyes en materia de capacidad, excepto la ley 2, Título 22, del Fuero Nuevo; la mayoría de edad se alcanza a los 25 años; se reconce la emancipación por matrimonio y la autoridad judicial puede conceder la habilitación al menor que hubiere

---

otorgaron ante Barandica el día 28 de Diciembre del año 1819, le hicieron donación irrevocable, inter-vivos, con el objeto de que contrajera matrimonio, de la casería de Unda-Aurtenechea y de la de Undabaso, sitas en Ibárruri, y de todas sus heredades, montes, arbolares".

[31]GANGUTIA, 28-6-1832, (320): Contrato Matrimonial de Miguel de Churtichabeitia y Angela de Mendia, vecino de Anteiglesia de Arrázola y natural y residente de ella respectivamente. El novio declara:"Que es dueño absoluto en propiedad y posesión de la casa y casería de Chuntichagabeitia con todos su pertenecidos de heredades....., libres de vínculo y Mayorazgo, sita en la Anteiglesia de Arrázola, en virtud de donación causada a su favor por su referida madre Manuela de Albistegui en Escritura de Capitulaciones Matrimoniales que precedió para el que contrajo con Juana Felipa de Oguiza y fué otorgadas el 8-6-1816 por testimonio de D. Jorge Francisco de Ercilla y ahora se dota y contrata con la insinuada casa y casería solar Infanzona ....."; BARANDICA, 21-8- 1830, (387): "que por el contrato matrimonial otorgado para el primer casamiento el 11-10-1827 por testimonio de Dn. Miguel Antonio de Inunciaga ya difunto, ...su padre reconoció y nombró al exponente por inmediasto sucesor suyo en el vínculo y mayorazgo electivo de la casa solar infanzona de Dudagoitia-Cochoena, sita y notoria con sus dilatados pertenecidos en la referida Anteiglesia de Amorebieta, fundada por sus padres .....y además el vínculo electivo de las casa y caserías y pertenecidos de Ibarguen, Jaureguizar, molino de este nombre, Leguineche, Zubiaur de la Plaza .....todo lo que pormenorizamente figura en el contrato Matrimonial a que se remite, donó y cedió a este por si y en uso del poder con que se hallaba autorizado"; AZTIAZARAN, 9-2-1828, (179); GANGUTIA, 28-6-1832, (320); GONDRA, 3-12-1825, (378); BARANDICA, 29-5-1831, (390).

[32]MEABE, 1-5-1827, (343): Contrato Matrimonial de Pedro Cruz de Aguirre Sarasua y Vicenta Landa, vecino de la villa de Marquina y de la Anteiglesia de Baracaldo respective, dice "Que otorgó escritura de Capitulaciones Matrimoniales para el matrimonio que contrajo con Maria Dominga de Moro el día 20-4-1815 ante D. Pedro Bascaran escribano nuneral de la villa de Marquina, que su citada mujer falleció en ella sin disposición testamentaria, dejando por sus hijas legítimas y del exponente a ...de 11 y 8 años y 11meses. Que a instancia del exponente y con citación de su enunciado padre.y del primo carnal de su difunta esposa, se hizo inventario y tasación judicial de todos los bienes que quedaron al fallecimiento de esta, ante el Señor Alcalde Juez ordinario de la dicha villa de Marquina, y testimonio del Escribano de su número D. José Domingo de Gaviola, y deducidas las deudas que hubo entonces, resultó líquido en beneficio de la herencia partible entre el relatante y sus expresadas tres hijas la cantidad de 5778 reales, como constará del citado inventario, a que en lo sucesivo se remite. y ahora para su insinuado segundo matrimonio se contrata el relatante con la parte que legítimamente le corresponda en los especificados bienes inventariados y tasados, que totalmente existen en su poder".

cumplido los 18 y lo solicite[33]. Con carácter supletorio ha de regirse por el Derecho castellano[34].

182. **Fórmula que contiene la concesión de la licencia.-** El Derecho castellano establece una serie de normas para suplir el defecto de capacidad por minoría de edad.

Cuando los contrayentes sean menores de edad es necesaria la venia y licencia paterna que autoriza al menor a otorgar el contrato matrimonial y cuanto en él se contratara. Se expresa en las escrituras en estos términos:

> "en conformidad de los dispuesto por Reales Ordenes dieron en este acto su respectivo consentimiento a dichos su hijo e hija, Luis de Capelastegui y Cecilia de Inchaurraga, para que sin incurrir en las penas establecidas en ellas puedan libremente efectuar su tratado matrimonio .....Precedida entre todos respectivamente la venia y licencia marital, paternal y maternal dispuesta en derecho para el otorgamiento de este instrumento y de cuanto en él se contratará, que de haberlo pedido concedido y aceptado recíprocamente a instancia de ellos yo el Escribano doy fé y usando de ella...otorgan que hacen las dotaciones, donaciones, mandas, obligaciones, capítulos"[35].

---

[33]FN. 22, 2: Que si el menor fuere suficiente para administrar sus bienes, se le entreguen siendo de edad de 18 años: "Que no embargante, que según derecho, los tales Curadores tienen en su poder a los tales menores y a sus bienes, fasta que hayan los veinticinco años; pero acaece, que hay algunos menores, que antes del dicho tiempo son suficientes, sagaces, e diligentes, y tales, que pueden gobernar a si y a sus bienes. Por ende dixeron: Que ordenaban y establecian por Ley, que qualquier home o muger, que fuere de edad de diez y ocho años cumplidos, pueda parecer ante su Juez y darle información de como es de la dicha edad, y de tal entendimiento, sagaz, y diligente, que bien puede por si regir, y guardar, aliñar y administrar a sí y a sus bienes, sin los tales curadores; y el Juez havida información (constándolo la edad y suficiencia) le declare tal y le mande sacar del dicho poderío de los tales Curadores, y que dén y entreguen los Curadores al tal menor, todos sus bienes, con sus frutos, y rentas".

[34]P. 2,19, 6: "Menor es llamado aquel que no ha aun veinticinco años cumplidos ....si daño ó menoscabo recibiere por su liviandad, ó por culpa del guardador ó por engaño que fiziesse otro ome, que deue ser entregado de aquella cosa que perdió, ó que se le menoscabó, por cualquier destas tres razones"; P. 4 , 11, 5: "Prometer puede a otro, todo ome, a quien non es defendido señaladamente. ....el menor de siete años a que llaman infans, ó el pupilo que es menor de catorce años e mayor de siete. Ca este a tal non puede fazer prometimiento que fuesse a su daño. Pero si por razon del prometimiento que fiziesse el pupilo, se le siguiesse alguna pro, valdría el prometimiento que fiziesse, fasta en aquella quantía, que montasse la pro del, e fincaria por aquello obligado e non por mas.E lo que diximos del pupillo, ha lugar en el mayor de catorce años, e menor de veynte cinco, que ha guardador. Ca el prometimiento, que fiziesse este atal, sin otorgamiento del guardador, non valdría si non en la manera de suso diximos del pupilo".

[35]GANGUTIA, 29-5-1830, (308): Contrato Matrimonial de Luis de Capelastegui y Cecilia Inchaurraga naturales y residentes en la Feligresia de Marzana y de la villa de Elorrio. respective ..... "capítulo 1º: Primeramente los mencionados Juan de Capelastegui y Maria Antonia de Ariño su mujer y Francisco de Inchaurraga y Agustina de Murgoirioveña la suya.

Del tenor literal de sus cláusulas se desprende, que el consentimiento paterno y la licencia se le concede al menor de edad con varias finalidades: para contraer Matrimonio[36], celebrar esponsales y para otorgar este instrumento y consentir lo que en él se contenga[37].

En los casos en los que el contrato se celebrare *post-nupcias* y se conceda la licencia paterna tendrá por objeto autorizar la celebración del contrato matrimonial y lo que en el mismo se acuerde[38].

Es decir van a ser normas canónicas y civiles las que establezcan la exigencia del consentimiento paterno para contraer matrimonio y la sanción correspondiente si el padre no consiente.

Puede adelantarse, que la participación de los hijos contrayentes en las escrituras forales tiene mayor intensidad que las otorgadas ateniéndose al derecho castellano: en base al carácter pactado de algunas cláusulas, la aceptación de los bienes y la asunción de obligaciones por parte del hijo contrayente[39].

Este mayor grado de participación nos inclina a pensar, que es necesaria la capacidad de obrar plena por lo que se requiere, en los casos de contrato matrimonial de menores, la asistencia paterna y su consentimiento, tal y como parece en los documentos.

183. **La licencia paterna. Regulación en la Novísima Recopilación y en la Pragmática 10 Abril 1803.-** La licencia paterna para contraer matrimonio aparece regulada en la Novísima Recopilación y en la Pragmática de 10 Abril 1803; debe prestarla el padre, en su defecto la madre, en defecto de ambos los parientes más proximos y por último los tutores o curadores[40].

---

[36]ERCILLA, 15-2-1823, (255): venia y licencia paternal dispuesta en derecho para jurar y otorgar esta escritura.

[37]GANGUTIA , 29-5-1830, (308); ERCILLA J. T. 17-3-1824, (261)jurar y otorgar; GANGUTIA, 30-11-1825, (295) otorga licencia post nuptias; GANGUTIA, 19-2-1831, (313): segundas nupcias de otorgante, indicándose que le conceden la Venia y licencia para el otorgamiento de esta escritura.

[38]BARRENECHEA, 14-4-1828, (254) GANGUTIA, 30-11-1825, (295): licencia para el otorgamiento de la escritura y para jurarla.

[39]BARRENECHEA, 2-5-1826, (242): "Que aceptando como desde ahora aceptan las donaciones, dotaciones y mandas que les dejan causadas en su favor, con las reservas, pensiones y condiciones que van especificadas, para usar de ellas a su voluntad, se obligan con sus personas y bienes habidos y por haber a cumplir exactamente todas ellas, se contratan con estos bienes para el matrimonio que van a celebrar".

[40]Novísima Recopilación (en lo sucesivo NR)10, 2, 9 hace referencia al consentimiento paterno que autoriza a los hijos a celebrar los esponsales y el matrimonio; NR. 18, 2, 10, recoge La Pragmática

Este requisito será preceptivo para los menores de 25 años que celebraren sus primeras nupcias[41]. Un sector de la doctrina, por interpretación literal de la ley 18, Tit. II, Lib. X de la Novísima Recopilación, reputa mayores a las mujeres de 23 años cumplidos[42].

Se sanciona civilmente el incumplimiento con la pena de la desheredación[43], por el contrario, no tiene trascendencia respecto a la validez del matrimonio, la carencia de licencia paternal[44], dado que no existe una unidad de criterio en la regulación civil y la canónica.

Los contratos matrimoniales examinados hacen referencia a la obligatoriedad de la licencia regulada en la Pragmática de 1803[45] y en las Reales Ordenes[46].

184. **La licencia marital para el otorgamiento por parte de la mujer casada.-** En todas las escrituras en las que comparece la mujer casada, bien para disponer de los bienes o como aceptante de los mismos (contratos post-nupcias), su

28 de 10 Abril 1803: "Que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, a qualquiera clase del Estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien, en caso de resistir el que sus hijos e hijas intentaren, no estará obligado a dar la razón, ni explicar la causa de su resistencia".

[41]Según FALCON (ob. cit., T. 1, 168), el viudo o la viuda, cualquiera que fuese la edad en que se encontraran, no necesitaban consentimiento para celebrar matrimonio puesto que a tenor de la ley 47 de Toro se habian emancipado por el primero en todas las cosas y para siempre; En este sentido se recoge en INUNCIAGA, 19-2-1823, (279); INUNCIAGA, 20-4-1823, (282).

[42]Entiende VISO (ob. cit., T. 1, 36), que debe entenderse con carácter restrictivo la ley NR. 18, 2, 10, es decir, para contraer matrimonio sin consentimiento paterno.

[43]ERCILLA, J.T., 18-4-1824, (262): recoge la donación a los hijos del primer matrimonio, a entregar al tiempo de su casamiento, estableciendo como sanción la revocabilidad de la donación si los padres no consienten a su celebración; Según FALCON (ob. cit., T.1, 168), esta sanción aparece recogida en los siguientes textos legales históricos: Fuero Juzgo Ley 8, Tit 2, lib 3; Fuero Real Ley 5, Tit. 5, Lib. 3; Fuero Viejo Ley 1, Tit. 5, Lib. 5; Partidas, Ley 5, Tit. 3, Part. 4 y Ley 49 de Toro . Refiere este autor que esta sanción tiene menor trascendencia en las legislaciones forales en las que se establece la libertad de elección de heredero.

[44]Según refiere FALCON (ob. cit., T. I, 189), si las leyes civiles y las eclesiásticas siguieran una unidad de criterio, esta clase de matrimonios serían declarados nulos. A este respecto, la Iglesia en base a la declaración contenida en el Concilio de Trento, sesión 24, cap. 1 de Reforma, entendió que el matrimonio celebrado sin este consentimiento es ilícito pero válido, siendo esta ley aplicable en España.

[45]INUNCIAGA, 19-2-1823, (279); INUNCIAGA, 20-4-1823, (282); INUNCIAGA, .21-6-1823, (283).

[46]GANGUTIA, 23-1-1830, (304); GANGUTIA, 21-2-1830, (305); GANGUTIA, 13-4-1830, (306).

actuación va precedida de la concesión por parte de su marido de la preceptiva licencia marital[47].

Se deja constancia en la Escritura, "que dicha licencia ha sido pedida, concedida y aceptada en presencia del escribano actuante"[48]. La licencia se concede para otorgar y jurar la escritura[49].

El marido puede conceder licencia general para contraer o realizar cualquier acto que lo requiera[50]; cabe el establecimiento de la irrevocabilidad de la licencia particular[51] e igualmente puede ratificar lo hecho por su mujer sin su licencia[52]. La licencia marital

[47]NR. 10, 1, 11 (55Toro): "La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no pueda hacer contracto alguno, asimismo no se pueda apartar ni desistir de ningún contrato que a ella toque, ni dar por quito a nadie, ni pueda hacer quasi contracto, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido: y si estuviere por si, por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere"; Recoge GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 467) las dudas que suscita la doctrina sobre la validez del contrato hecho por la mujer sin licencia, cuando se trate de donaciones mortis causa o contratos conocidamente ventajosos para ella, la respuesta es afirmativa en ambos casos; BARANDICA, 6-6-1829, (383): contrato Matrimonial de José María de Eguía y Josefa de Aurre, naturales de la Anteiglesia de Amorebieta..... " Y precedida para el otorgamiento de esta escritura en forma legal la licencia marital prescrita por derecho, de cuya concesión por los dos esposos a sus respectivas mujeres con promesa de no revocarla, y de su aceptación por ellas, doy asimismo fé".

[48]GANGUTIA, 7-4-1827, (299).

[49]BARRENENCHEA, 10-6-1826, (243): "precedida ante todas cosas entre ellos la venia y licencia marital requerida en derecho para el otorgamiento de esta Escritura pública y jurarla que fué pedida, concedia y aceptada en suficiente forma de que yo el Escribano a su instancia doy fé"; Según ESCRICHE, (ob. cit., T. II,426), la fórmula del juramento tiene un distinto valor en el ámbito civil. Existen dos clases de juramentos el asertorio y el promisorio, el segundo es el que se hace para asegurar, confirmar o corroborar algun acto, contrato o promesa. Se refiere a hechos futuros asegurando su realización o cumplimiento. Caso de incumplimiento de la obligación que ha sido asegurada con juramento, agrava la trasgresión para la imposición de la pena si se faltó a lo prometido.

[50]NR, 10, 1, 12 (56 Toro): "Mandamos que el marido puedar dar licencia general a su mujer para contraer, y para hacer todo aquello que no podía sin su licencia, y si el marido se la diere, vala todo lo que su mujer ficiere por virtud de la dicha licencia"; Para GUTIERREZ (ob.cit., T. 1, 470), que recoge la opinión de Palacios Rubio esta licencia general no es más eficaz que un mandato general, puesto que le afectan todas las prohibiciones, y aún más de las que tendría cualquier apoderado. Si se ha de entender de otro modo, digan lo que quieran las reglas de derecho, a juicio de este autor la ley es viciosa, siendo lo razonable el mandar como en otros Códigos que la licencia sea especial para cada caso.

[51]BARANDICA, 6-6-1829, (383): "Y precedida para el otorgamiento de esta escritura en forma legal la licencia marital prescrita por Derecho, de cuya concesión por los dos esposos a sus respectivas mugeres con promesa de no revocarla, y de su aceptación por ellas, doy asimismo fé".

[52]NR. 12, 1, 10 (58 Toro): "El marido pueda ratificar lo que su mujer oviere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general ó especial"; Comenta GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 472), que dicha ratificación deberá ser anterior a la impugnación del negocio por la otra parte.

puede ser suplida por la autorización judicial en supuestos que por defecto de capacidad, ausencia o injustificada denegación no fuere dada por el marido[53].

El negocio celebrado por la mujer sin licencia del marido puede ser impugnado y declarado nulo[54]o puede ser ratificado por el mismo[55].

Otra cuestión que plantea la doctrina es si la mujer precisa de la licencia para contratar con su marido[56]. Enlaza con esta cuestión la posibilidad por parte de la mujer de ser fiadora de su cónyuge y de obligarse en mancomún con éste.

Las leyes de Toro (recogidas en la Novísima Recopilación) regulan estas situaciones. La mujer casada no queda obligada en su persona o bienes por fianza que hiciere al marido, ni puede obligarse como fiadora de éste aún cuando se diga que la deuda se convirtió en beneficio de ella. Si se obliga de mancomún con su marido, a nada queda obligada, sino es que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, en cuyo caso ha de pagar a prorrata del beneficio que obtuvo[57].

---

[53]NR. 10, 1, 13 y 15 (57 y 59 Toro); La ley 13 dice: "El juez con conocimiento de causa legítima, ó necesaria, compela al marido que dé licencia a su mujer para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, é si compelido, no gela diere, que el juez solo se la pueda dar"; La ley 15 dice: "Cuando el marido estuviere ausente, y no se espera de próximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia, con conocimiento de causa, seyendo legítima, ó necesaria, ó provechosa a su mujer, pueda dar licencia a la mujer, la que el marido le había de dar, la cual, ansí dada, vala como si el marido se la diese"; Comenta GUTIERREZ (ob. cit. T. I, 473), que los Tribunales suplirán la falta de la licencia marital cuando el marido sea menor de diez y ocho años y carezca de padres, o cuando, siendo mayor, se halle ausente ó impedido, ó la rehuse sin fundado motivo".

[54]Recoge GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 472), la opinión al respecto de MATIENZO, para quien la licencia no es un requisito "pro forma" o solemnidad necesaria, sino que mira la utilidad particular del marido, es decir para evitar los perjuicios que se pueden derivar de ellos, por lo que, será válido el acto, tanto si le precede o no la licencia.

[55]NR.14, I, 10 (58 Toro): "El marido puede ratificar lo que su mujer oviere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general ó especial"; Según GUTIERREZ (ob. cit., 476) el plazo para la ratificación ha de ser anterior a la reclamación de nulidad hecha por la persona interesada en dejar si efecto el acto.

[56]Recoge GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 468) las opiniones de Sancho Llamas, Green Gomez y Matienzo quienes se manifiestan que en estos casos procede sea sustituida la licencia marital por la autorización judicial.

[57]NR. 3, 11, 1,(71Toro): "La mujer no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la mujer. Y asimismo mandamos, que quando se obligare a mancomún marido e mujer en un contrato, o en diversos o en diversos que la mujer no sea obligada a cosa alguna: salvo si se provare que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada...."

Tienen aplicación estos preceptos en las escrituras analizadas, por ser frecuente el que la mujer actúe como fiadora del marido, en unos casos, o bien actúe de forma mancomún e insolidum con éste.

En las cláusulas de garantía que figuran al final de la escritura, es frecuente el que se consigne la renuncia a las leyes que pudieran favorecer a la mujer y en concreto la ley 71 de Toro que dice, "que la mujer no puede ser fiadora de su marido y que cuando con este se obligue de mancomún en un contrato no queda obligada a cosa alguna a menos que se pruebe haberse combertido (sic) la deuda en su provecho en cuyo caso pague a por rata (sic) del que experimentó no siendo de las cosas que el marido está obligada a darla pues por ellas a nada le queda y juran ...."[58].

III. Carácter de su actuación

185. **Modos de actuación que aparecen en las escrituras.-** Los otorgantes, ateniéndose a la legalidad vigente en Vizcaya pueden actuar de las formas siguientes:

En nombre propio; de forma mancomún; de forma mancomún e insolidum; en uso del poder testatorio y por encargo especial[59].

Se ha constatado la frecuencia de unas formas respecto a otras, en función que se trate de los otorgantes que perfeccionan el negocio transmisorio o fueren los beneficiarios del mismo, como veremos a continuación:

1. Los padres pueden otorgar y disponer de su mitad en nombre propio; no pueden disponer de la totalidad de los bienes (comunicables) sin anuencia del otro cónyuge[60] sin incurrir en sanción de nulidad[61].

---

[58]ORBETA, 15, 1, 1826, (469).

[59]FV. 21, 6: "....Por cuanto marido y mujer ambos juntamente pueden dar y donar ó mandar lo suyo a uno de sus hijos....y no solamente ambos y dos juntamente sino cada uno de ellos pueda por si y apartadamente el uno sin el otro disponer de su mitad...".FV. 21, 3....."Algunos ...dan poder a algunos, sus partes, ó amigos. ó mujer al marido, ó el marido a la mujer, para que fallecido el que havia de testar, hagan los tales Comisarios el tal testamento, y institución, ó instituciones de herederos..."

[60]Vid el apartado nº 48 de este trabajo, donde se presenta la disparidad de criterios que suscitó el precepto contenido en FN, 20, 9, sobre cuando comienza de la comunicación foral

[61]LANDABURU, 11-3-1825, (67): se trata de un Contrato Matrimonial que hace referencia a una donación causada con anterioridad por la que se transmitía el patrimonio familiar agrícola y dice:."Considerando que la citada donación fué causada solamente por dicho padre J. S. sin la concurrencia de su mujer y madre respective M. L. , que por ausencia de la sociedad conyugal no asistió a dicho otorgamiento; que por este defecto podía estar expuesta a nulidad la enunciada donación"; FN, 20, 9 "no

El contrayente, aceptante de los bienes, comúnmente actúa en nombre propio, regla que no se cumple cuando se trata de contratos matrimoniales *post-nupcias*, en los que será frecuente el que actúe mancomunadamente con su consorte62.

2. Tratándose de la disposición de la totalidad de los bienes o de la aceptación de los mismos los cónyuges deberán actuar de forma conjunta.

3. En las escrituras es más frecuente el que actúen mancomún e *insolidum* al disponer de los bienes, siendo usual esta fórmula:

> "Y ahora ambos consortes juntos, juntamente a voz de uno y cada cual por el todo insolidum que el presente instrumento en la forma que mas haya lugar en fuero y derecho ciertos de que les compete, otorgan que nombran por sucesor tronquero...."[63].

4. Es frecuente la actuación en nombre propio y en uso del poder testatorio de su difunto esposo, tratándose del otorgamiento del padre o madre viudo. Son 122 las escrituras en las que son otorgantes el padre o madre viuda de las cuales en 70 escrituras actúan en nombre propio y en uso del poder testatorio conferido por su difunto cónyuge, representando un 20% del total de las escrituras, como examinaremos más adelante.

186. **Actuación mancomún e insolidum: régimen legal de las obligaciones solidarias y mancomunadas.-** En varias leyes del Fuero Nuevo se hace referencia a la obligación *insolidum*[64], del mismo modo que trata de la obligación mancomún, no aparecen definidas, por lo que habrá de aplicarse las leyes del Reino[65].

---

pueda vender bienes algunos raíces....que no sean ganados durante el matrimonio, pertenecientes en la su mitad á la Muger, sin otorgamiento de la Muger, aunque los bienes provengan de parte de el Marido"; El mantenimiento del patrimonio indiviso determinará, que marido y mujer, no dispongan separadamente de su mitad.

[62]BARRENECHEA, 28-4-1824, (237): recoge una designación de sucesor con establecimiento de comunidad de vida con el instituyente. Se obligan de forma mancomún los hijos contrayentes a la entrega de bienes, para el supuesto de que la comunidad se disuelva" En este estado los enunciados J. U. y M B consortes legítimos precedida ante todas cosas la licencia marital ....los dos juntos juntamente mancomunados e insolidados con renunciación de las leyes que tratan en su razón habiéndoles enterado de las donaciones y mandas de bienes efectos muebles y demas causados en su favor por sus respectivos padre y madre, dándoles las debidas gracias por la liberalidad con que han procedido ofrecieron vivirles reconocidos, y se obligaron a cumplir las pensiones impuestas por el referido José de Urruchua mayor, su padre y suegro respective pena de ser en defecto compelidos y apremiados a su cumplimiento por todo rigor de derecho".

[63]ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152).

[64]FN, 20, 10 (responsabilidad solidaria del cónyuge viudo y los herederos).

[65]NR, 10, 1, 10: Obligándose dos simplemente, se entienda de por mitad; salvo si cada uno se obligare *in solidum*". Aprobado por D. Enrique IV, en Madrid año 1458, (P, 1, 16, 5): "Establecemos,

Si bien históricamente los textos legales regulaban la solidariedad referida a la fianza[66], la Novísima Recopilación estableció una doctrina general de la obligación mancomún y de la solidaria.

A la luz de estos textos, se entiende por obligación mancomún, aquella en la que dos o más personas se obligan a pagar una deuda ya a prorrata, ya "in solidum" o bien, dos o más acreedores a recibirla de igual manera de un mismo deudor. De la definición se infiere que estas obligaciones son de dos clases: una, en la que los obligados son responsables solamente en proporción a su número; otra, que cada uno es responsable por el todo. A las primeras llamaban simplemente obligaciones mancomún y a las segundas, solidarias[67].

Todas las obligaciones en que hay varios deudores se reputan simplemente mancomunadas, a no ser que conste lo contrario, expresándose en el contrato que cada uno se obliga *insolidum* [68].

En el primer supuesto, solo puede ser reconvenido cada uno de los deudores por la parte[69].

La obligación solidaria, por el contrario, es aquella en la que cada uno de dos o más acreedores a una misma deuda tiene el derecho de pedir el todo; o bien la que varios deudores están obligados a lo mismo, de modo que cada uno puede ser apremiado por el todo, libertando a los demás.

---

que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere, que cada uno sea obligado in solidum o entre si en otra manera fuere convenido e igualado; y esto no embargante qualesquier leyes del Derecho común que contra esto hablan; y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los porvenir".

[66]Recoge y comenta GUTIERREZ (ob. cit., T. 5, 49) la P, 8, 12, 5, Fuero Real, ley 4, y dice que estas leyes son concordantes con las recopiladas. No existe un criterio unánime en la doctrina respecto a la calificación de la obligación nacida de la fianza, cuando son dos o más los fiadores. El criterio mayoritario entendía que la regla general es que se hallaban obligados a prorrata y la excepción que lo estaban "in solidum". La solidariedad de los fiadores no tenía origen de la naturaleza del contrato, sino que era el resultado de la forma empleada para la fianza.

[67]GUTIERREZ, ob. cit., T. 4, 97.

[68]NR. 10, 1, 10; GOMEZ DE LA SERNA y MONTALVAN, ob. cit., 205; GUTIERREZ, ob. cit., 48 y ESCRICHE, T. II, 651.

[69]NR. 10, 1, 10; TS. 13-2-1872 mantiene este criterio en el cumplimiento de obligaciones y contratos, pero no en la ejecución de las Sentencias.

Según los autores de la época, en la obligación solidaria entre deudores, tienen lugar una serie de efectos adicionales a la obligación del pago de la totalidad[70].

187. **La actuación mancomún e insolidum en las escrituras.-** En las escrituras examinadas se expresa, a veces, que la actuación de los padres es mancomún; mientras que en otras se explicita su carácter insolidum, o se acumulan ambos términos. Probablemente no quieren decir cosa distinta.

Además, es usual la renuncia al beneficio de división, e incluso de manera quizás innecesaria, el de excusión, o a otras normas legales[71].

188. **Actuación en uso del poder testario por vecinos de Villa y de Anteiglesia.-** Tratándose de padre o madre viudo lo frecuente es que actúe en nombre

[70]GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., T. II, 205; GUTIERREZ, ob. cit., T. 4, 98;.ESCRICHE, ob. cit., T. II, 651. Añade GUTIERREZ (ob. cit., T. 4, 101), si existe una deuda común, no puede extinguirse para unos y subsistir para otros y toma como apoyo"Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet (Ley pen, Dig. de duob. reis). Igualmente si la cosa subsistiera y se demandare los réditos por no haber pagado a la época prefijada, alcanzará a todos esta obligación, porque todos han incurrido en la falta de no haber pagado en tiempo, no quedan libres los otros de pagar su valor, por otra parte si subsistiendo la cosa, se demandare a uno los réditos por no haber pagado en el plazo, alcanzará a todos esta obligación, por haber sido común la falta, si no existiere culpa en el deudor solidario no estará obligado al pago intereses; Si pereciese la cosa por culpa de uno de los deudores solidarios o después de constituido en mora, no quedan libres los restantes deudores; Si se hubiese estipulado el resarcimiento de perjuicios e intereses para el caso de inejecución del contrato, la responsabilidad debe ser mancomunada, salvo el recurso de los inocentes contra el culpable; El deudor estará obligado a pagar la deuda por entero, sin que puedan alegar el beneficio de división; siendo supérflua la cláusula de renuncia al beneficio de excusión y división que insertan los escribanos; Si paga uno de los deudores solidarios se extingue la obligación para todos.

[71]INUNCIAGA, 28 -2-1823, (281): "Los nominados M. U. y A. A. reiterando en caso necesario la venia y licencia marital juntos, de mancomún e insolidúm, con renunciación del beneficio de la división y excusión de bienes, leyes y privilegios del asunto..."Se ha comprobado que la inserción de esta cláusula de renuncia, exclusivamente la emplea el escribano Inunciaga, siendo que por otra parte frecuente la actuación mancomún e insolidum en los contratos matrimoniales, por lo que puede entenderse como una cláusula de estilo de uso no generalizado"; AREITIO, 26- 6- 1830, (23): Los referidos Pedro de Asaguirre y Maria de Beratua, juntos de mancomún, a voz de uno y cada uno por si y por el todo insolidúm, con renunciación de las leyes de la división, excusión de bienes y demas de la mancomunidad, a los que se sujetan simultaneamente", el contrayente se contrata con un importante patrimonio vinculado recibido por herencia y los padres que actúan insolidum aportan una importante dote; LANDABURU, 30-3-1833, (95): "se obligan ambos consortes otorgantes de mancomún y cada uno de ellos por el todo a hacer efectivo a dicho su hijo.o su representación legítima en el preciso término de un año ..., pena de ejecución y costas de su cobranza"; .VERGARA, 29-12-1824, (396): 'Los dos juntos, juntamente y demancomún, a la voz de uno y cada uno de ellos de por sí y por el todo insolidum, renunciando expresamente a las leyes Duobus reis de vendi y demás de la mancomunidad"; en términios semejantes VERGARA, 31-12-1824, (397); VERGARA, 22-12-1828, (413).

propio y en uso del poder testatorio de su cónyuge. Se dispone en uso del poder testatorio en 100 escrituras (20%), de las cuales, corresponden a otorgantes que tienen su vecindad en Villa 25 escrituras (5%)[72] y el resto, 75 escrituras, a vecinos de Anteiglesia.

Por lo que respecta a los vecinos de Villa el poder testatorio y su ejercicio tiene se acoge a lo dispuesto en la Novísima Recopilación[73].

En el Derecho castellano la facultad de designar comisario aparece recogida en las Leyes de Toro, experimentando su reconocimiento mutaciones a lo largo de la historia[74], dado que atribuían un carácter personalísimo a la facultad de testar y por otra parte, tal y como aparece en el texto legal, existía el temor a conductas desleales por parte de los comisarios. Unidas ambas circunstancias ejercían un efecto disuasorio respecto al empleo de este modo de actuación.

[72]Existe un porcentaje alto de contratos correspondientes a vecinos de la villa de Elorrio (que en base a la Concordia de 1630 se acogió a las leyes del Fuero de Vizcaya), villa de Larravezua y vecinos villas de Vizcaya y Guipuzcoa.que actúan o confieren poder testatorio.

[73]Dedica la Novísima Recopilación leyes 1 a 8, título 19 del libro 10 que dice: "De los comisarios testamentarios", NR, 10, 19, 1 (Ley 31 Toro): "Porque muchas veces acaesce, que algunos, porque no pueden ó porque no quieren facer sus testamentos, dan poder á otros que los fagan por ellos, y los tales comisarios facen muchos fraudes y engaños con los tales poderes, extendiéndose á mas de la voluntad de aquellos que se lo dan; por ende, para evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos, que de aquí adelante el tal comisario no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testado, ni mejoría del tercio y del quinto, ni desherederar a ninguno de los hijos ó descendientes del testador; ni les pueda substituir vulgar ni pupilar ni exemplarmente, ni facerles substitución alguna de qualquier calidad que sea; ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos ó descendientes del testador; salvo si el que le dió el poder para fecer testamento, especialmente le dió al poder para facer alguna cosa de las suso dichas en esta manera: el poder para facer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario faga heredero; y en quanto á las otras cosas, señalando para que le da el poder: y en tal caso el comisario pueda facer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no más"; Comenta GUTIERREZ, (ob. cit., 3, 238) y DE LA SERNA, (ob. cit., T. 2, 26) que la ley 1 que hemos transcrito hace alusión a la circunstancia que dá origen al otorgamiento del poder: " algunos no pueden ó no quieren testar", no pudiendo entenderse que la causa sea la incapacidad en cualquiera de los grados reconocidos por el Derecho; Tratan GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 238), ASSO Y DE MANUEL (ob. cit., L. 2, 113) de la facultades del comisario que serán las que se le confieren en el poder, si nada se hubiere dicho, las facultades se limitarán a pagar las deudas del testador, distribuir el quinto por su alma, dando el remanente de los bienes a los herederos abintestato; Añade DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, 26), que el Comisario sin poder especial no puede revocar el testamento, ni lo que el hubiese dispuesto.

[74]Refiere GUTIERREZ (ob. cit., T.3, 236 a 255) las alteraciones que ha experimentado el reconocimiento de esta facultad. El Fuero Real reconoció este derecho en la Ley 7, Tit. V, Lib. III, las Partidas lo suprimieron, finalmente las Ley 31 de Toro lo instauró de nuevo y regularon las facultades del comisario.

La facultad de disposición sucesoria en ejercicio de poder, tiene su apoyatura legal en el Fuero Nuevo, donde se regula la facultad de designar comisario entre parientes y amigos y asimismo el modo de ejercicio del poder-comisario[75].

En los contratos matrimoniales examinados, no solo existen actuaciones en ejercicio del poder, sino que es usual en estas escrituras, el que los propios contrayentes se confieran poder recíproco para testar, lo que nos permite conocer qué atribuciones tiene quien lo ejercita:

> "Y por quanto la experiencia ha demostrado fatales consecuencias en las muertes intestadas ....los futuros esposos mutua y recíprocamente se dan poder cumplido y especial y sin limitación alguna, para que el que, ó la que de entre ambos sobreviviese, entre los hijos e hijas, que tubieren de su matrimonio haga elección y nombramiento de heredero subcesor y tronquero....y asi bien haga la distribución y reparto de todos los bienes efectos muebles entre sus hijos e hijas que tubieren en el dando, todos a uno, ó una, o repartiendolos segun fuere su voluntad, excluyendo y apartando ..... todo en conformidad de lo dispuesto por las leyes del Fuero de este citado M. N. y M. L. Señorio de Vizcaya, y estilo y práctica de este país recibida de ellas; ...si el sobreviviente de los nominados futuros consortes falleciese sin disposición, ni usar del presente poder tendrán el mismo con facultad y comisión en forma los dos parientes mas cercanos y varones maiores de edad de los dichos sus hijos e hijas que tubiesen y dejasen para hacer la expresada elección y nombramiento de inmediato subcesor y tronquero ó subcesora y tronquera.....y todo lo ejecutarán en los mismos términos, forma y manera que de suso queda relacionada; y desde aora para quando se causare el tal nombramiento .... la que asi sobreviviere, y en falta de esta por sus dos comisarios aprueban, y confirmasen, y ratifican, como si por ambos futuros esposos fuesen causados y para todo lo referido, y lo incidente y dependiente se dan, y conceden, y lo dan tambien a los expresados sus dos Comisarios el Poder que más al intento conduzca, con todas las demás incidencias y dependencias, anexidades y conexidades, libre franca y general administración con prorrogación de todo término, aunque pase el concedido por fuero, y derecho, y mucho mas"[76].

[75]FN, 21, 3: "Que por quanto muchos en su fin, no pueden ordenar, ni hacer sus testamentos, y mandas, ó aunque pueden, no quieren declarar su postrimera voluntad; y dan poder a algunos, sus partes ó amigos, ó muger al marido, ó el marido a la muger, para que fallecido el que havía de testar, hagan los tales Comisarios el tal testamento y institución ó instituciones de herederos; y puede ser que el tal fallecido ha dexado hijos ó decendientes ó profincos, que le han de suceder, pupilos y pequeños y de tal edad, y condicion, y calidad, que los comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores, qual es mas idóneo, ó habil, ó suficiente, ó conveniente a la casa, para heredar, ó regir toda la casa y casería; y a esta causa por facerse las tales elecciones entre niños , y tan breve, a veces no sucede bien. Por ende, establecían, que el tal poder, y comisión valiesse; con que los comisarios, puedan hacer la elección, e institución y nombramiento de heredero, ó herederos, si los hijos, ó decendientes, ó profincos , e tronquero del testador, fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales comisarios término para instituir todo el tiempo, que los tales hijos, ó sucessores, fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, e dende un año cumplido y dentro de este término, en qualquier tiempo, en qualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección, ó institución. Y la tal institución que hicieren; vala, no embargante que el testador en su testamento, é postrimera voluntad, no haya nombrado, no declarado a quál de sus hijos, ó decendientes, ó successores le hayan de heredar, ó los comisarios nombrar, y elegir. Pero si acaece, que en tal transcurso de tiempo, alguno, ó algunos de los tales comisarios fallecen sin hacer la dicha elección, que en qualquier, ó qualesquier comissarios que vivos quedare, quede la dicha facultad insolidum".

Los carácteres del ejercicio del poder acogiéndose al Fuero puede sintetizarse de la siguiente manera:

1. El poder se confiere recíprocamente entre los cónyuges y en defecto de estos sin haberlo ejercitado, a favor de los dos parientes varones más cercanos en parentesco que quedan nombrados como comisarios sustitutos.

2. Confiriendo la facultad de sustituir, revocar u crear sustitutos[77].

3. Libertad de ejercicio en el tiempo por prórroga de los plazos legales.

4. Con absoluta libertad a la hora de elegir o distribuir los bienes, apartando a los demás.

5. Estableciendo el carácter imprescriptible del poder y la administración[78].

6. Aprueban los poderdantes lo que se realizará en uso del poder, desde ahora para entonces.

Puede entenderse que la costumbre generalizada eleva los límites trazados por la legalidad vigente, tanto a la hora de fijar el contenido del poder como el plazo y condiciones para su ejercicio.

Se ha constatado que el padre otorgante dispone del patrimonio troncal, en nombre propio y en ejercicio del poder testarorio en 30 escrituras, 7 de las cuales son bienes vinculados; instituye heredero en la generalidad de los bienes en 10 escrituras y en el resto lleva a cabo donaciones universales o de bienes concretos.

El fundamento de la concesión del poder reside en evitar la sucesión abintestato; el reconocimiento y la mayor amplitud en su ejercicio, en el período examinado, indica que parece agudizarse la contraposición entre el Derecho vizcaíno y los sistemas de corte romano en los que se reconoce al carácter personalísimo de la facultad de testar.

[76]BARRENECHEA, 2-5-1826, (242).

[77]AREITIO, 26-2-1827, (2): "Se otorgan libre franca y general administración, facultad de substituir, rebocar y crear substitutos y prorrogación de tiempo de su voluntad aunque exceda del concedido por Fuero, pudiendo extender esta prorrogación al substituto".

[78]BARANDICA, 13-5-1822, (380): "en cualquier tiempo, aun pasado el término concedido para el efecto por las leyes, el cual se prorrogan indefinidamente, pues es su voluntad que este poder y administración sean imprescriptibles".

Cuando contiene la designación de sucesor, adicionalmente, posibilita la elección del sucesor en la persona del "hijo ó hija que resulte mas idóneo, hábil, suficiente ó conveniente a la casa"[79].

En los Contratos otorgados con sujeción a la legislación castellana, no es usual que se confieran poder recíproco en el contrato matrimonial[80]; por otra parte, la disposición más frecuente en el ejercicio del poder testatorio es la asignación de la mejora[81].

189. **Actuación en uso del poder otorgado ante el Cura Párroco y testigos.-** En 12 escrituras la actuación del otorgante viudo es en ejercicio de poder otorgado ante el Cura Párroco[82], sin adveración [83]; en otras escrituras exclusivamente

---

[79]AREITIO, 25 -6- 1831, (39): En consideración al proyectado matrimonio de dicho su hijo Pedro de Emaldia Ubilla y Orue Masaga con la denotada Maria Teresa de Artamendio y Mallavibarrena, ha resuelto hacerle nombramiento de subcesor Tronquero y donación de la citada casería y pertenecidos y con efecto, por si y a nombre de la nominada Maria Josefa de Orue Masaga su mujer, y en uso del indicado poder recíproco, que declara no le esta revocado ni limitado en todo ni en parte, que le tiene aceptado y aceptándolo de nuevo, hace elección y nombramiento de heredero subcesor Tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable por causa honerosa de matrimonio ó como mas haya lugar firme y válido...".

[80]Solamente en 21 contratos matrimoniales pertenecientes a vecinos de Villa aparece la cláusula de concesión de poder recíproco, con la particularidad que 4 de ellos pertenecen a vecinos de la villa de Elorrio (donde rige el Fuero por haberse acogido a la Concordia de 1630), y 10 a contratos otorgados por contrayentes de vecindad mixta (Villa Anteiglesia).

[81]ASTIAZARAN, 11-9-1824, (143): "Que el citado su marido falleció bajo la última disposición, que otorgó por mi testimonio el 8 Junio de 1812, dando a la exponente poder para que dispusiera entre sus hijos, mejorando a cualquiera de ellos, y demás que por bien tuviese ....otorga por el presente instrumento, que por si y en nombre y uso de poder del precitado su difunto marido Jose Ignacio de Larragan mejora a dicho su hijo Juan Pedro de Larragan en el tercio y quinto de los bienes comunes, cuya mejora y legítima, que mas pueda corresponderle le consigna en toda la casa..".

[82]AREITIO, 29-9-1828, (13): "Que el expresado su marido falleció ahora cuatro años poco mas ó menos, dejando por sus legítimos hijos y suyos a Manuel y el citado Domingo de Iturrioz, habiéndole conferido poder para disponer de sus bienes entre dichos sus hijos a presencia del Cura Párroco y Testigos. ...establece para sucesiva claridad los capítulos siguientes...con cuyos capítulos hace la presente donación a favor...."; INUNCIAGA, 20-2-1823, (280).

[83]BARRENECHEA, 12-11-1826, (246): "Primeramente la insinuada Vizenta de Requeta, viuda, dijo que su difunto marido falleció ahora tres meses cumplidos sin haber otorgado testamento ni otra disposición ante Escribano público y si lo hizo ante el Sr. D. Antonio de Zabala Presbítero Cura y Beneficiado de esta citada Anteiglesia y competente número de testigos el que no se comprobado en el Tribunal del Sr. Teniente de esta Merindad de Durango, por evitar gastos .....por si misma y usando de la comisión y facultad que la confirió el citado Balentin su difunto marido en la recordada disposición, por quanto los demas sus hijos tenía acomodados en sus estados de matrimonio, le dona y manda al insinuado Miguel Ant. su hijo recien casado todos los dichos bienes efectos muebles"; En idéntico sentido

hace referencia a la actuación en uso del poder verbal concedido por el cónyuge difunto[84].

Excepcionalmente actúa por sí y por encargo especial y comisión de su cónyuge[85].

190. **Actuación del otorgante que dispone de los bienes con el consentimiento del usufructuario.-** En algunos casos el otorgante actúa en nombre propio y al disponer de los bienes requiere el consentimiento de quien tiene el usufructo de la mitad de los mismos.

En el contrato que a continuación transcribimos el otorgante, en calidad de sucesor en el patrimonio familiar (en virtud de una donación anterior), comparece acompañado de su madre usufructuaria de los bienes en su mitad, quien interviene y consiente a la disposición, su contenido es como sigue:

> "el mismo Martin de Aldecoa Otalora e Ibarrondo, por sí, como actual dueño y poseedor legítimo en propiedad y posesión, de toda la expresada hacienda de Otalora, con intervencion y aprobación de la nominada Magdalena de Ibarrondo su madre usufructuaria, en la vía y forma, que mejor puede, haya lugar, y mas firme, válido, eficaz y subsistente sea en fuero y derecho, bien instruido del que en el presente caso le compete, de su libre y expontanea voluntad, con consideración al indicado matrimonio, elige y nombra por su inmediato sucesor, tronquero y heredero ...."[86].

En este caso observamos que se requiere el consentimiento por parte del usufructuario; asimismo, se desprende la vigencia de la costumbre que propiciaba la indivisión del patrimonio, razón por lo que no cabe el que cada uno disponga, con independencia del otro, el derecho que le compete.

BARRENECHEA, 28-12-1826, (248); INUNCIAGA, 18-10-1823, (290); INUNCIAGA, 26-6-1826, (294).

[84]BARRENECHEA,10-6-1826, (243): "que en virtud de la elección y nombramiento de subcesor tronquero e inmediato poseedor que en su favor causó el nominado Juan de .. su difunto padre por sí, y usando de la facultad que verbalmente le concedió la citada Maria .. su consorte en el artículo de su muerte, por no haber lugar para más. En idéntico sentido: AREITIO, 21-4-1827, (4); AREITIO, 27-9-1830, (27); BARRENECHEA, 11-3-1826, (241); ERCILLA J.T., 28-10-1826, (270; INUNCIAGA, 20-4-1823, (282); VERGARA, 1-2-1827, (407).

[85]GANGUTIA, 3-4-1828, (301): "Primeramente el indicado Fernando.. aseguró que aunque dicha su muger D. Magdalena .. no ha concurrido a este acto y contrato por sus ocupaciones, tenía encargo especial y comisión de ella, para que por sí y en nombre de la misma, hiciese al citado su hijo D. Eugenio las mandas y dotaciones ...haciendo la oportuna obligación al cumplimiento de ellas; y en consecuencia, por sí y usando del encargo y comisión de la indicada su muger dijo:..".

[86]INUNCIAGA,4 -10-1823,(288).

IV. Vecindad de los otorgantes.

191. **La vecindad de los otorgantes.-** La vecindad de los otorgantes tiene especial relevancia en Vizcaya determinando la sujeción a una legislación diferente, según sean forasteros o vecinos del Señorío y a su vez éstos, vecinos de villa o de Anteiglesia.

En las escrituras matrimoniales, una vez identificados los otorgantes, se expresa la vecindad de los mismos y en defecto se indica de dónde son naturales o residentes[87]. Los textos forales no expresan qué se entiende por una u otra cualidad, por lo que debemos tomar las categorías forjadas en los textos castellanos de la época:

Vecino es el que tiene establecido su domicilio en algún pueblo con ánimo de permanecer en él. Este ánimo se reputa probado por el trascurso de 10 años o por otros hechos que lo manifiesten.[88] .

Natural es el nativo ú originario de algun pueblo ó reino; siendo por otra parte la cualidad que da derecho a gozar de ciertos derechos civiles y eclesiásticos[89].

Finalmente, domicilio es el lugar donde uno se halla establecido y avecindado con su mujer, hijos y familia y la mayor parte de sus bienes muebles[90].

---

[87]ARETIO, 29-9-1828,(13): "Se hallan presentes entre partes, de la una Francisca de , natural y vecina de la Anteiglesia de Abadiano, viuda de Francisco .., vecino que fué de ella y natural de la de Axpe, en compañía de su legítimo hijo Domingo de y Zabala de estado soltero, menor de los veinticinco años, natural y residente de la citada Anteiglesia de Abadiano ".

[88]ESCRICHE, ob. cit., T. 2, 926; NR, 6, 4, 7: "tanto que las personas á quien proveyeramos sean vecinos y moradores en las ciudades, villas y lugares donde fueren proveidos de los tales oficios, y naturales dellas, ó que hayan sido vecinos dellas diez años antes que por nos haya proveido del tal oficio (ley 5. Tít. 2. lib.7 R); P. 2, 24, 4: "Produce naturaleza la moranca de 10 años que faga en la tierra maguer sea natural de otra"; P, 32, 2, 3: "So oviere seydo morador en aquella tierra diez años, en que le facen la demanda"; Añade GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 238) la vecindad proviene del domicilio y una y otra significan residencia prolongada en un punto con ánimo de permanecer en él.

[89]ESCRICHE, ob. cit., T. 2, 631; NR, 7, 14, 1: "Aunque por leyes de estos reinos está prevenido, que lo que no fueren naturales dellos, no puedan tener prelacias, dignidades, y duda quales se dirán naturales, para poder tener los dichos beneficios; ordenamos y mandamos, que aquel se diga natural, que fuere nacido en estos reinos, y hijo de padres que ambos á dos, ó á lo menos el padre, sea asimismo nacido en estos reinos, ó haya contraido domicilio en ellos, y demas de esto haya vivido en ellos por tiempo de diez años; con que si los padres, siendo ambos, ó á lo menos el padre nacido y natural en estos reinos, estando fuera de ellos en servicio nuestro, ó por nuestro mandato, ó de paso, y sin contraer domicilio fera destos reinos, habieren algun hijo fuera dellos, este tal sea habido por natural de estos reinos: ..."La ley 8 establece se tenga por naturales de estos reinos los nacidos en otros dominios, hijos de padre español empleado en el real servicio, para el caso de que se emplearen en él ó vengan a establecer á establecer su residencia en ellos.

[90]Añade ESCRICHE (ob. cit., T. 1, 649) la adquisición del domicilio requiere dos requisitos habitación real en un parage y el ánimo de permanecer en él. La muger casada y los hijos menores no emancipados tienen el domicilio del marido y padre respectivamente. Los mayores de edad que sirven ó

No hubo ley específica sobre vecindad hasta la Real Orden de 30 de Agosto de 1853, reproduciendo la de 20 de igual mes de 1849. Esta ley seguía criterios administrativos, por lo que en materia civil los tribunales no se atuvieron a ella[91]. Posteriormente fué modificada por la ley municipal de 20 de Agosto de 1870, reformada a su vez, el 16 Diciembre de 1876, siendo esta ley la que estableció unas reglas fijas en la materia, si bien trata el tema refiriéndose, igualmente, al órden administrativo[92].

Por lo que respecta a la regulación de la vecindad en el período objeto de examen, está recogida en el Fuero Nuevo[93] y en la Novísima Recopilación.

192. **La vecindad originaria y derivativa en el Fuero de Vizcaya.-** El Fuero Nuevo tras diferenciar el régimen de los vecinos en relación con el de los forasteros -así los denominan-[94], distingue dentro de los primeros, la vecindad originaria de la adquirida; la primera, es la que disfrutan los hijos de vizcaínos, los naturales del país; la adquirida la que pueden ganar los que en el mismo se establezcan con propósito de adquirir domicilio. No encontramos en dicho texto una ley que determine quiénes son considerados como vizcaínos para los efectos de regirse por el derecho civil especial.

Del contexto de las leyes 13 y 16, Tít I del Fuero Nuevo[95] se deduce que se consideran vizcaínos; primero, los que hubiesen nacido en Vizcaya, bien en tierra llana o

---

trabajan habitualmente y viven en casa de sus amos, se consideran del mismo domicilio que estos, y sus mugeres que habitan y trabajan en otra casa diferente no se contemplan del domicilio de sus amos, sino del de sus maridos.

[91]STS 6 Febrero 1866, 17 Enero 1868.

[92]Según indica GUTIERREZ (ob. cit., T.1, 239) como la vecindad implica también cargas, al no estar regulada la vecindad por las leyes civiles, fué la Administración pública la que estableció las reglas para determinarla.

[93]FN. 1, 13 y 14 ; FN. 20, 15; FN, 9, 5 y FN, 1, 4, marca el tratamiento difereciado que recibirán los vecinos contraponiéndolo a los forasteros ó extranjeros, dando en el orden penal como impositivo.

[94] Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 6, 84) la Reál Cédula de 11 de Octubre de 1754, establece que todos estos privilegios fueran concedidos a los vizcaínos como recompensa a su lealdad y a sus distinguidos servicios; pues tan estimada había sido siempre en el señorío la distición del honor que se había preferido la muerte a la difamación. El honor les había movido siempre a derramar gustosos la sangre en servicio de su soberano, distinguiéndose valerosos en todos los combates de mar y tierra.

[95]Vid. Nº 47 de este trabajo. FN. 1, 16: "Que todos los naturales, vecinos é moradores de este dicho Señorío de Vizcaya, Tierra llana, Villas, Ciudad, Encartaciones e Durangueses, eran Notorios Hijos-Dalgo, e gozaban de todos los Privilegios de Homes Hijos-Dalgo; é por la esterilidad y poca distancia de la Tierra, y muy crecida multiplicación de la Gente de ella, muchos Hijos de los Naturales Moradores de el dicho Señorío de Vizcaya, se casaban, é tomaban sus vecindades, é habitación fuera de Vizcaya en las partes de Castilla, y en otras partes: Y ende hacían su continua morada: Y los pueblos, donde habitaban y moraban, les echaban pechos, é imposiciones, é otras cosas, que homes, Hijos-Dalgo, no debían

Señorío, en el Duranguesado, en las Encartaciones o bien en cualquiera de las villas y ciudad, siempre que el padre o abuelo y antepasados por la línea paterna hubieren nacido en Vizcaya; y segundo, los que hubieren obtenido la declaración de vecino una vez acreditada la limpieza de la sangre[96].

Se establece una diferenciación en el régimen jurídico-civil, en función de la vecindad local de los otorgantes. La ley 15 del tit. veinte, dispone que los vecinos de villa, que tuvieren bienes en la tierra llana, guarden el Fuero en disponer de ellos[97]. Los vecinos de villa quedarán sujetos a las leyes del Reino.

---

contribuir: Y ellos, unos por pobreza, y otros por estar assí vecinos, e habitantes, y estrañados de Vizcaya en largo camino.....Que cualquier Hijo natural Vizcaino, ó sus dependientes, que estuviessen casados ó avecindados. Habitantes ó moradores fuera de esta tierra de Vizcaya es cualesquiera partes, Lugares, y Provincias, de los Reinos de España, mostrando e probando ser Naturales Vizcainos, Hijos dependientes de éllos, a saberes, que su Padre, ó Abuelo, de partes de el Padre son, y fueron nacidos en el dicho Señorío de Vizcaya: E probando por fama pública, que los otros ante-pasados Progenitores de ellos de partes del Padre fueron Naturales Vizcainos, é todos ellos por tales tenidos, é reputados, les valiesse la dicha Hidalguia ..."

FN, 1, 13: "Que por quantos todos los dichos Vizcaynos son Hombres Hijos-Dalgo, y de Noble Linaje, e límpia Sangre, e tenían de sus Altezas Merced, y Provissión Real, y en razón , que los nuevamente convertidos, de Judios, e Moros, ni Decendientes, ni de su Linaje, no puedan vivir, ni morar en Vizcaya; ...E porque algunos pueden venir de Reynos, y Señorios, assi de Portugal, como de otras remotas, ó de estos mismos reynos de Castilla; e no siendo conocidos, ni haviendo noticias de su Linaje, y Genealogía, se podría cometer fraude contra dicha Merced é Provissión: é por que assi viniere á morar, y á avecindar á Vizcaya, tierra llana, e Villas y Ciudad, Encartaciones, é Durango, sea tenudo de dar Información bastante al Corregidor y Veedor del dicho Condado, ó á su Teniente, juntamente con los dos Diputados de este Condado, de su Linaje, y Genealogía: Por la qual, parezca, é se averigue ser de limpia Sangre, y no de Judios, ni Moros, ni de su Linaje: la qual información dé y preste dentro de sesenta dias, despues que ansi entrare en Vizcaya ser Vecino de ella; suponga, que no la dando, y prestando, que si perseverare en la dicha vecindad, viviendo en Vizcaya, demas de los seis meses contenidos en la dicha Merced, y Provission, aya, e incurra en las penas de ella; Según GUTIERREZ, (ob. cit. T.6, 82) la provisión a que se refiere la ley XIII y XIV del Tít I del Fuero, fué publicada por Dña. Juana en Burgos a 8 Setiembre 1511, y amenaza con la pena de expulsión a los nuevamente convertidos, que por temor á las persecueciones ó pesquisas, iban a establecerse en dichas provincias; habiendose dispuesto por la ley 15, que si algunos de los que se hallaren en este casi tuviesen ganadas ó ganasen cédulas y provisiones, se obedezca, pero no se cumplan.

[96]Según CARRANDI, "Genealogías", existen dos tipos de informaciones: 1.- La información de limpieza de sangre, cuyo objetivo es acreditar la "pureza" de raza y religión del informante, es decir que entre sus ascendientesd no hay judios, ni moros, ni conversos,ni herejes, ni penitenciados por la Inquisición. Esta prueba era imprescindible para poder residir en el territorio de Vizcaya. 2.- La información de "nobleza y limpieza de sangre". En esta se trata de probar la pertenencia de la persona al estado nobiliario, tanto a la alta nobleza, como a la baja nobleza . Además había que probar la limpieza de la sangre. Esta prueba autorizaba tanto a la residencia, como al acceso a cargos públicos .

[97]FN. 20, 15: "..Que ordenaban, y ordenaron, que el tal vecino de villas, do los bienes (segun Ley del Reino) son partibles; que toda la tal raiz, que tuviere en la tierra-llana y juzgado de Vizcaya, sea de la condición y calidad, Privilegio, y Fuero, que la otra rayz, que posseen los Vizcainos de la tierra troncal....".

193. **Contratos matrimoniales de otorgantes vecinos de villa, de Anteiglesia y con vecindad mixta.**- Corresponden a vecinos de Anteiglesia 265 escrituras (53%) , mientras que un 34 % de las escrituras corresponden a vecinos de villa (170) y finalmente, en un 12% de las escrituras, uno de los otorgantes es vecino de villa y el otro de Anteiglesia (60), dentro de este último porcentaje un 10% de las escrituras (50) corresponden a vecinos de la Villa de Elorrio en la que rige la legislación Foral, al haberse acogido a la Concordia de 1630[98].

Al tratar más adelante del tipo de negocio transmisorio, se profundizará sobre la incidencia, entre la vecindad y el título empleado.

Entendemos que tiene particular importancia el análisis de los contratos matrimoniales, en que compareciendo personas con vecindad mixta (villa y Anteiglesia), nos permita examinar el criterio que se sigue a la hora de capitular; es decir, si cada uno se sujeta al disponer de sus bienes acogiéndose a la legislación propia o por el contrario, si la normatividad se adapta a las necesidades de los particulares y rige el principio de libertad civil a la hora de capitular. Tras el análisis efectuado se han evidenciado dos aspectos:

En primer lugar es necesario tener presente, que el 10% de los contratos otorgados por vecinos de villa pertenecen a vecinos de Elorrio, esta villa se acogió a la Concordia de 1630 y en materia sucesoria se regía por el Fuero.

---

[98]ZUAZUA, 22, 10, 1825, (107): "Que el mismo D. Pedro Felix de Zabala por igual testamento que formalizó en testimonio de D. Juan Antonio de Amandarro ya difunto Escribano Real y del Número que fué de la propia villa de Elorrio, el quince de Abril de mil setecientos cuarenta y siete, por si mismo y por la referida D. Magdalena de Garaizabal su muger, y usando de dicho su poder y facultad, y valiendose de los capitulado en la Escritura de Unión y Concordia otorgada entre este referido señorio, sus villas, y ciudad, en once de Septiembre de mil seiscientos y treinta, que se confirmó por S. M., y de la facultad en su consecuencia concedida por este indicado Señorío en decreto acordado en sus Juntas Generales celebradas SO el Arbol de Guernica el día cinco de Julio de mil setecientos doce, para que los vecinos de dicha villa de Elorrio y su Jurisdicción pudiesen disponer de sus bienes, muebles y raíces, según lo prevenido por las Leyes de Fuero de este dicho noble Señorío, elijió y nombró por dueño tronquero y subcesor legítimo con donación....."; ERCILLA J.T, 20 -10-1825, (270): Vecindad en villa Elorrio en su Cofradía de Miota. Y en intención a que la citada Cofradía se rige y gobierna en las disposiciones, con las referidas leyes forales de este Noble Señorío, usando de ellas excluyen y apartan a los demás sus hijos y personas que solicitaren tener derecho a dichos bienes y dinero donados, con lo prescrito en dichas leyes para que no tengan mas acción a ellos"; GANGUTIA, 16-11-1830, (311): "por causa onerosa de matrimonio donación propter nunptias, ó como mas haya lugar en fuero y derecho, dotan donan mandan y llaman para la sucesión perpetua del vínculo, en propiedad y posesión, al indicado contrayente, para sí, sus hijos herederos y sucesores" Dotan donan y mandan arreo. La novia cuya vecindad es de Anteiglesia le dotan, donan y mandan por causa onerosa de Matrimonio donación propter nuptias ó como más convenga y haya lugar en fuero y derecho para el matrimonio e hijos. Ambos contrayentes aceptan, se dotan y contratan , bajo reservas, condiciones, gravámenes.

En segundo lugar en los restantes contratos de vecindad mixta, corresponde en su mayoría a contratos celebrados por vecinos de la Provincia de Guipuzcoa, quienes, por costumbre enraizada, capitulaban de forma semejante a los Vizcaínos de Anteiglesia[99].

En todo caso, queremos adelantar que ahondando en los principios del sistema, la territorialidad de las leyes es la regla que se aplica en varias instituciones, luego no resulta inarmónico el pensar que en este concreto supuesto era probable el que se se aplicara.

[99] GANGUTIA,.2 Enero 1831, (312):Los otorgantes tienen respectivamente la vecindad de Anteiglesia y de la villa de Elgueta en la Provincia de Guipuzcoa "Que en contemplación al matrimonio que dicho hijo ha de contraer con la indicada M.A. e hijos que constante el que Dios nuestro Señor de y tubiesen, y por causa onerosa de matrimonio donación propter nuptias ó como mejor haya lugar por fuero y derecho, mandan dotan y donan"...el otorgante, cuñado de la novia cuya vecindad es Guipuzcoana capitulan de este modo: " Que se halla casado legítimamente. con M. J. de M. hermana de la referida M.A. y de cuyo enlace y unión no tenía sucesión alguna, ni esperaba tenerla por la avanzada edad suya y de dicha su muger, la cual no había podido podido concurrir a este acto por sus achaques, pero tenía encargo y comisión especial de ella, para causar las mandas, donaciones y dotaciones que se dirán ....por sí y usando de la indicada comisión de su muger , en contemplación al matrimonio que la mencionado matrimonio de M.A.que espera contraer con P.A. e hijos que constante su enlace y unión procreasen y tubieresn, y por causa onerosa de matrimonio donación propter nuptias ó como mas haya lugar por fuero y derecho, manda, dona y dota a M.A. en propiedad y posesión una heredad de sembrar sita en la Jurisdicción del valle de Anguinozar,..... y otra heredad de la casería Galarraga .... cuya heredad se la manda y dona para despues de los días de él, y de dicha su muger....desde ahora para cuando se verifique el fallecimiento y de dicha su muger, porsí y en nombre de esta, se desapodera, desiste, quita y aparta del dominio ò propiedad, posesión, título, voz, recurso....Las dotaciones, mandas y donaciones, han hecho bajo de las calidades, reservas y condiciones siguientes: Con la de que los indicados novios y los donntes hayan de vivir juntos en una casa, mesa y compañia, trabajando todos indistintamente....sino pudieren vivir juntos en una casa, mesa y compañia por no congeniar los caracteres.....hayan de entregar a los contrayentes 1/3 de todos sus bienes muebles ...Reserva de bienes por parte de los donantes. -.Aceptación de las dotaciones y donaciones causadas y se obligan con sus personas y bienes..a cumplir lo que les comprende, sin contravenirla bajo ningún pretexto. Disponen de los bienes conforme lo dispuesto en el Fuero de Vizcaya"; en idéntico sentido INUNCIAGA, 20-4-1823, (282); GANGUTIA,13-4-1830, (307); GANGUTIA, 28-4-1833, (324).

Capítulo 8. Preámbulo al corpus de la escritura y clasificación de los títulos de disposición empleados.

194. **Causas que dan origen a la celebración de contrato matrimonial.-** Precede habitualmente al Corpus de la escritura un preámbulo en el que se exponen la causas que dan origen a la celebración del contrato, girando entorno a las siguientes ideas:

Que está convenido el que se van a velar y casar canónicamente los novios allí presentes[1]; que por causa onerosa de este matrimonio y las cargas inherentes al nuevo estado y la crianza de los hijos venideros hace necesaria la existencia de bienes temporales[2]; que es necesario que en todo tiempo se tenga constancia de los bienes que cada parte aporta al matrimonio.

[1]ZUAZUA, 22-10-1825, (107): "Que por mediación de personas de providad u caracter, y de acuerdo y conformidad de unas y otras partes, sus parientes y amigos y para mayor servicio de Dios nuestro Señor, propagación de la Religión cristiana y perpetuidad de él decoro y cualidades de las dos familias estaba proyectado, que el nominado D. Pedro de Gangutía y Da. Catalina Maguregui, hayan de casarse y velarse en la forma dispuesta por el sacrosanto Concilio Tridentino...".

Según ESCRICHE, (ob. cit., T, 2, 927), la velación es la bendición nupcial que previene la Iglesia hayan de recibir los desposados. La palabra tiene origen latino "velare" que significa cubrir, porque entre las ceremonias que prescriben por el ritual eclesiático para la bendición nupcial, es una el cubrir la cabeza de la esposa y los hombros del esposo con una banda o cinta como señal o símbolo de la unión o vínculo matrimonial. Existen unas épocas al año en la eclesiásticamente no se permiten las velaciones. Este rito no afecta en la esencia del matrimonio, por lo que puede contraerse y posteriormente velarse. Antiguamente no se entregaba la novia al marido sino despues de velada Trident. sess. 24 de reformat. matr. cap. 10; leyes 47 y 48 de Toro.

[2]GANGUTIA, 21-2-1830, (305): "y teniendo presente las grabes (sic) obligaciones del matrimonio, habían convenido también en que para sobrellevarlas con el honor y lustre correspondiente a personas de su clase, en reducir á pública escritura el resultado de la conformidad en que se hallan, como por el tenor de la presente, y en la mejor vía y forma que haya lugar en derecho, cercionados del que les compete, las referidas partes, mutua y recíprocamente, otorgan que hacen las dotaciones, donaciones, mandas, obligaciones y demás que se expresa en los capítulos siguientes"; INUNCIAGA, 23-10- 1823, (291): "Y para que tengan efecto y siempre consten los bienes y efectos de cada parte, y que ambos han introducido a su matrimonio, para sobrellevar las cargas y obligaciones del mismo con el honor y lucimiento correspondientes a su notoria nobleza Vizcaína".

Se expresan de este modo:

> "Y ahora en la vía modo y forma que más haya lugar en fuero y derecho por causa honerosa de matrimonio para el que espera contraer el nominado Jose de Oguiza y Dolara su hijo legítimo siendo la voluntad divina con la recordada Maria Juana de Mendia Usaondo su futura esposa, e hijos que de él tubiere y en la forma que más estable sea en derecho"[3].

> "Y a fin de que tenga efecto y siempre consten los bienes que respectivamente se contratan por causa honerosa de matrimonio, en la mejor forma que haya lugar en fuero y derecho, cercionados del que en este caso les compete y de su libre y espontanea voluntad: Otorgan que pactan y capitulan lo siguiente" [4].

Se otorga este instrumento sujetándose a las reglas que por Fuero y Derecho le competen.

Como hemos expuesto anteriormente el contrato matrimonial tiene por objeto el dejar constancia de los bienes que se aportan al matrimonio[5]. En el período histórico examinado esta será la finalidad típica de la escritura. En las regiones forales y en

---

[3]BARRENECHEA, 20-5-1826, (242).

[4]LANDABURU, 26 -9-1833, (98): Para que en todo tiempo se sepa lo que cada uno de ellos aporta a dicho matrimonio; BARRENECHEA, 26-11-1823, (235).

[5]Según GUTIERREZ, (ob. cit., T. 6,144), los autores de la época siguen diversos métodos al tratar de los efectos jurídicos del matrimonio con relación a los bienes. Unos, consideran que la constitución de la fortuna doméstica es un modo de enajenación, la incluyen entre las donaciones. Otros distinguen en el matrimonio dos efectos, y después de explicar las relaciones que el sacramento produce entre los contrayentes, relaciones personales, reservan las que produce en cuanto a los bienes para el título de las obligaciones. Por último, los hay que, atentos a los fines del matrimonio, tratan del patrimonio de la familia, junto con la institución que les da orígen. Añade GUTIERREZ (ob. cit., T.1, 505), los Códigos modernos siguen un método mejor y examinan esos efectos en el capítulo de los contratos.

FALCON, *Exposición doctrinal del Derecho Civil común y foral*, T.III, 2 edic., Salamanca, 1882, 471, encuadra el Contrato Matrimonial dentro de los contratos principales y lo define como el contrato, por el cual el hombre y la muger al unirse en matrimonio, arreglan las cuestiones relativas a sus intereses, determinando los derechos y obligaciones respectivos . Este contrato se rige por distintos principios en unas legislaciones y otras. Distingue: 1) el sistema dotal romano, que obligaba a la mujer a contribuir a la constitución del patrimonio familiar, y anulaba su personalidad, se le niega toda participación en las ganancias. 2) El sistema germánico, que nivelando la condición de los dos esposos, el marido ha de dotar a la mujer, considerando a esta como socia de aquél y le aseguraba una parte en las ganancias. 3) El sistema que pudiéramos llamar de libertad, que deja a los esposos el cuidado de arreglar por pactos recíprocos las condiciones de la sociedad que forman entre si. Los derechos forales se encuadran en este tercer tipo que considera el más conforme con la naturaleza, porque deja a las partes contratantes que estipulen libremente las condiciones de la sociedad que van a constituir.

Añade FALCON (ob. cit., 473) que el Proyecto de 1851 se inspiró en el Código Francés y proponía que los contrayentes pactaran todo lo concerniente a los bienes, entendiéndose que aceptaban la sociedad legal cuando nada pactaban. La denominación "Contrato Matrimonial" fué sustituida en el Código por la de "Contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio".

concreto en Vizcaya, es usual que con motivo de su celebración tenga lugar la disposición de bienes a favor de los contrayentes y dicha disposición (institución de heredero o donación) se consigna en el contrato matrimonial del instituido.

La causa del otorgamiento constituye el matrimonio que se va a celebrar y en consideración a su futura descendencia, consignándose de forma expresa que se dispone "a favor de este matrimonio y no para otro e hijos de bendición que Dios nuestro Señor le concediese"[6].

Los padres otorgantes disponen de sus bienes a favor de los hijos contrayentes (comúnmente a un contrayente le designan sucesor y al otro le dotan). Los contrayentes aceptan estos bienes y a continuación se contratan con los mismos para el matrimonio; estas disposiciones de bienes y esta contratación tienen por causa onerosa el matrimonio concreto.

La onerosidad del contrato matrimonial -según los autores que glosan el Derecho castellano- es conforme al sentir jurídico de la sociedad del s. XVI, para quién el contrato de matrimonio es un contrato a título oneroso celebrado con un tercero, por entender que en las capitulaciones matrimoniales entra un tercero como parte, es decir, el cónyuge del hijo beneficiario o su padre, y con relación a éstos, es verdaderamente un contrato a título oneroso[7]. En Vizcaya, a nuestro entender, la onerosidad se hace visible en la contraprestación que recibe el padre instituyente de manos de los padres del que va a casarse con un sucesor, cantidad que se le entrega en concepto de dote de su hijo. Es frecuente que al dotar a su hijo manifesten que lo hacen "en compensación a la designación de sucesor causada por la otra parte".

De la lectura de las cláusulas transcritas se desprende que la celebración de este matrimonio y en atención a la descendencia que hubiere del mismo, es la causa de los negocios que encierra el *instrumentum* matrimonial: Por una parte, es causa de la contratación con los bienes que se aportan al mismo por los propios contrayentes y en este aspecto, más que causa es presupuesto o base del otorgamiento de la escritura y en segundo término, es causa de la atribución de los bienes, llevada a cabo por los padres respectivos, a favor de los contrayente, en cuyo caso el matrimonio será *condicio iuris* de su eficacia.

---

[6]BERGARA, 22-12-1828, (413); Entendemos que la amplitud de esta disposición transciende en un doble aspecto 1) Si el matrimonio no se celebra con la persona con la que se capituló el contrato deviene absolutamente ineficaz 2) Si el matrimonio se celebra con la persona con la que se celebró el Contrato Matrimonial y a la muerte de uno de los donatarios no quedare descendencia, el contrato se resuelve por cumplimiento de la condición resolutoria y la reversión pactada o la legal (FN, 3, 20) produce plenos efectos.

[7]Según LACOSTE (ob. cit., 255) la ley XVII de Toro tenía razón al incluir los contratos celebrados con ocasión del matrimonio entre los actos a título oneroso celebrados con un tercero.

195. **Estructura organizativa del corpus del contrato matrimonial.-** Entramos a analizar la parte nuclear del documento. Contiene el tipo o tipos de negocios transmisorios que se perfeccionan a favor de los contrayentes.

La estructura expositiva suele ser la siguiente:

1. Se recoge en primer lugar la disposición a favor del contrayente, advirtiendo que queda sujeta al cumplimiento por parte del instituido, de condiciones, cargas y reversiones que se dirán.

2 El contrayente presta su consentimiento, aceptando las disposiciones que se le hacen y asimismo obligándose a cumplir las condiciones que se le imponen, obligaciones que garantiza por diferentes medios.

3. En capítulos consecutivos se explicitan las reservas, cargas y condiciones que se establecen.

Dentro de estos pactos tiene entidad especial la asociación de ambos matrimonios estructurada jurídicamente con gran minuciosidad, siendo pieza que vertebra la disposición de bienes y normativiza en el futuro a la familia doble.

4. A continuación se recoge la disposición a favor del otro contrayente, siguiendo el mismo orden expositivo.

5. Todos los intervinientes acuerdan la reversión de los bienes dispuestos para el matrimonio cuando por diversas causas no exista un sucesor para los mismos. Es una cláusula que fortalece la vigencia de la reversión legal y opera como cláusula de cierre que trata de garantizar la existencia de un sucesor.

6. En algunas escrituras se ha podido constatar la existencia de disposiciones de bienes entre los futuros contrayentes. Estas donaciones esponsalicias, que responden a la necesidad de atención al cónyuge viudo, se instrumentalizan a través de las arras o de donaciones.

7. Se confieren recíprocamente poder testatorio.

8. Previo a la ratificación y firma del acuerdo se incorporan varias cláusulas que garantizan su cumplimiento.

196. **Clasificación de los títulos empleados en las disposición de los bienes a favor de los contrayentes.-** Las disposiciones de bienes de padres a hijos contenidas en el contrato matrimonial pueden clasificarse de la siguiente manera:

A) DISPOSICION A TITULO UNIVERSAL.

1) Donación universal:

a) Donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos.

b) Donación, promesa y manda .

2) Institución de heredero :

a) Heredero universal en la generalidad de los bienes.

b) Heredero sucesor tronquero.

c) Heredero sucesor tronquero mejorándole en el tercio y quinto.

3)Institución de heredero sucesor tronquero y donación de bienes.

a) Heredero sucesor tronquero y donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos de todos los bienes.

b) Heredero sucesor tronquero y donación de bienes singulares.

c) Heredero sucesor tronquero en bienes vinculados y donación en los bienes libres.

B. DISPOSICION A TITULO PARTICULAR.

1) Dona, promete y manda bienes singulares.

2) Dote.

Capítulo 9. **La donación universal de los bienes .**

197. **Volumen de escrituras que recogen la donación universal y bienes que constituyen su objeto.-** Son 29 las escrituras en las que, bajo diversas modalidades, se recoge la donación universal, es decir casi un 6% del volumen total de las escrituras examinadas. Once pertenecen a inquilinos que disponen mediante donación del patrimonio mueble y en unidad de tiempo hacen cesión del contrato de arrendamiento, el resto pertenecen a propietarios.

Tratándose de otorgantes propietarios, en 8 escrituras pertenecientes a la escribanía de Gondra, el objeto de la donación es el patrimonio troncal, en las restantes se trata de la donación universal del patrimonio mueble.

198. **La prohibición de las donaciones universales en el Derecho castellano.-** La permisibilidad de estas donaciones era un tema controvertido, apreciándose al respecto diferentes posturas en las leyes del Derecho de Castilla[1]. En el período objeto de examen estaba prohibidas por las Leyes NR. 2, 7, 10 (69 Toro).

Vamos a referirnos, en primer término, al Derecho de Castilla, dado que a él se remiten los documentos en aspectos muy concretos.

La Novísima Recopilación reproduce el criterio mantenido en las leyes de Toro, entendiendo que la prohibición, existe aún tratándose de la donación de todos los bienes

---

[1]Según PELAYO HORE ("Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón", ADC., XX, 1967, 831) no está claro que el Derecho romano previese la posibilidad de la donación de bienes futuros, difícil de encajar en un sistema jurídico en que la tradición (al menos antes de Justiniano) tenía tan relevante importancia para el desplazamiento del dominio; GUTIERRREZ (ob. cit., T. 5, 98) entiende que en el Derecho histórico existían preceptos antagónicos al respecto P. 5, 4, 8 siguiendo el precedente romano justinianeo declaró permitida la donación de todos los bienes: "si alguno diese a otro todo lo suyo"; el FR.7, 12, 3 lo prohibía: "Otrosí si alguno ficiere donación de todo lo que hobiere, maguer que no haya fijos, no vala"; La ley 69 de Toro sigue este último criterio y establece que: "ninguno puede hacer donación de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes".

presentes[2], y por ello establece un límite a su cuantía[3]; a juicio de la doctrina será válida si el donador reserva para sí por toda la vida el usufructo de sus bienes, siempre que fuera suficiente para su manutención; como también si el donatario se obliga a mantener al donador mientras viva, a enterrarle según su calidad y a cumplir lo que disponga en su testamento[4].

A juicio de Covarrubias, la reserva del usufructo no modifica la sanción de nulidad en la que incurre la donación universal no insinuada, entendiendo que infringe lo dispuesto en el Fuero Real. Gómez apela a las consecuencias que conlleva en relación a la privación de la testamentifacio activa[5].

199. **Ubicación de la disposición en las donaciones inter-vivos.-** La modalidad de la donación pura, perfecta, irrevocable e inter-vivos a la que se acoge esta fórmula corresponde al Derecho castellano; se encuadra en la donación inter-vivos. Según los autores, la *summa divissio* de la donación es *inter-vivos* y *mortis causa.*

Las diferencias de uno y otro tipo de donación versan en cuanto a las formalidades a que están sujetas y a los efectos.

El criterio de distinción entre la donación *inter-vivos* y la donación *mortis* de la Novísima Recopilación, se corresponde con el seguido en el Derecho romano, que afloró

---

[2]NR. 2, 7, 10 (69 Toro): "Ninguno puede hacer donación de todos sus bienes aunque lo haga solamente de los presentes".

[3]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 5, 93), el legislador siempre entendió que por el bien de las familias y del Estado era peligroso el permitir que el particular dilapidara su hacienda con donaciones, para lo cual estableció que a partir de una cierta cuantía era necesario el cumplimiento de unas formalidades, la P. 9, 4, 5 , exige la insinuación cuando la donación excedíese de 500 maravedis de oro, si bien establece excepciones a la obligación de la insinuación y eran las siguientes: 1) las que se hacen al Estado. 2) las que tienen por objeto la redención de cautivos. 3) las destinadas a dotes y donaciones *propter nuptias* o por razón de casamiento. 4) las que se hacen a algún establecimiento piadoso.

[4]Según GARCIA GOYENA (FEBRERO, ob. cit., T. 3, 176) resulta vago el argumento de Febrero por no entenderse qué puede donar quien todo lo ha dado y si se entiende que el donador se reserva la facultad de disponer, la donación viene a ser contradictoria e irrisoria, y añade, esto es lo que se práctica en Navarra, donde son frecuentisimas las donaciones de todos los bienes presentes y futuros en los Contratos Matrimoniales y donde se reservan una cantidad para disponer por testamento.

[5]GUTIERREZ, ob. cit., T. 5, 101, sigue el criterio de los autores citados y declara nula las donaciones universales. Recoge este autor varias Sent. del TS. 7 Mayo 1860, 21 Noviembre 1846, 28 Marzo 1863 y 30 Diciembre 1867, que versaban sobre donaciones cuyo valor era incierto o verificada "a cierta postura".

de nuevo en España como fruto de la recepción y que determina el carácter revocable de las donaciones *mortis causa* [6].

La donación *inter-vivos* consiste en la renuncia y traspaso gratuito que hacemos actual e irrevocablemente de una cosa que nos pertenece, a favor de una persona que la acepta[7]; la donación *mortis causa* es el traspaso gratuito que hacemos de una cosa como por vía de manda en favor de alguna persona cuando nos hallamos agoviados de una enfermedad o amenazados de un peligro que nos hace temer la muerte[8]. Con mayor sencillez, claridad y expresión las define la Novísima Recopilación en estos términos: "la donación se hace ó en sanidad y sin manda, o por manda en razón de muerte".

Atendiendo a la eficacia de estas donaciones establecemos las siguientes diferencias:

1. La donación *inter-vivos* conlleva la nota de irrevocabilidad. Se presumirá donación inter-vivos toda la que no lleve la condición de haberse de devolver la cosa[9].

Cuando se expresa que dona irrevocablemente para después de sus días o bien simplemente declara que dona para después de su muerte, se entenderá donación *inter-vivos* si bien con efectos diferidos al momento de la muerte. Los autores consideran que en estos casos son donaciones actuales con simple aplazamiento de la entrega de la cosa

---

[6]P. 5, 5, 11: "A las vegadas facen los homes donaciones estando coitados de enfermedades, ó teniendo otros peligros de que nos cuiden estorcer; por ende, queremos aquí fablar de tales donaciones: e decimos que la donación que home face de su voluntad estando enfermo y temiéndose de la muerte ó de otro peligro, que vale. Pero tal donación como esta puédase revocar en tres maneras: la primera es si muere enante aquél a quien es fecha quel otro que la fizo: la segunda es si el que la fizo guaresce de aquel peligro por que movió a facer la donación; la tercera es si repiente enante que muera; Según SALA (*El Derecho civil español con las correspondencias al Derecho romano,* T. 2, 463), la semejanza que presentan las donaciones inter-vivos con las donaciones *mortis causa* es su naturaleza convencional, siendo indispensable para su existencia el consentimiento del donante y del donatario, mientras que la diferencia reside en que las *mortis causa* presentan un marcado carácter de acto de últimas voluntades.

[7]ESCRICHE ob. cit., T. I, 650; Según FEBRERO (reformado Madrid, 1852, T. 3, 172), es la que se hace estando bueno sin temor de la muerte ni de otro peligro, este tipo donacional se contrapone a la *mortis causa* que es la que hace alguna persona estando enferma, ó aunque sana con peligro ó recelo de la muerte; NR, 1, 7,10 recoge (FR. 3, 12, 6): "Las donaciones se hacen en dos maneras e por manda en razón de muerte, ó en sanidad sin manda: la que es hecha por manda, pueda aquél que la hizo, dar a otro, ó retenerla para sí, si quisiere; y la que es hecha de otra guisa, no la pueda quitar aquel que la dió, sino por las razones que manda la ley; esto si fuere hecha la donación así como manda la ley"; Según GOMEZ DE LA SERNA (*Instituciones del Derecho de Castilla* , 175), la donación por razón de muerte puede revocarse, lo que le dá gran semejanza con las mandas y legados.

[8]ESCRICHE, ob. cit., T. 1, 651; P. 11, 4, 5 y NR, 1, 7, 10.

[9]Según FEBRERO (ob. cit., T. 3, 199) aunque se haga en los últimos momentos de la vida.

hasta después de la muerte del donante, bien porque se establece una reserva de usufructo[10] o en las que se retiene su posesión por otra causa.

Cabe igualmente el que las disposiciones actuales a título de donación de derecho queden condicionadas o aplazadas a la sobrevivencia del donatario[11].

La nota característica de este tipo de donación es adicionalmente a su carácter irrevocable, la transmisión actual del dominio[12].

2. La donación *mortis causa*, conlleva la nota de revocabilidad; la naturaleza *mortis causa* no se presume[13], en consecuencia si nada se expresa al respecto se entenderá que se dona *inter-vivos*.

200. **Ubicación de la disposición en las donaciones propias.**- Perdura en la doctrina de la época, la división que tiene su origen en el Derecho romano, que a su vez distingue en las donaciones *inter-vivos* en propias e impropias[14].

La donación propia es la que se hace únicamente por mera liberalidad, con ánimo de que el donatario adquiera desde luego la cosa donada, y de que ésta nunca vuelva al donante; por cuya razón se llama pura, simple, graciosa y perfecta y tiene naturaleza

---

[10]Según SANCHO TELLO (*Redacción de Instrumentos Públicos* , 424, citado por VALLET, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, 87) identifica las donaciones "inter-vivos" con entrega "post mortem", con las donaciones de nuda propiedad, o sea, con reserva de usufructo, diciendo que cuando se otorgaba "te doy tal fundo quedándome con el usufructo por el tiempo de mi vida, se trata de una verdadera y propia donación inter-vivos.

[11]FEBRERO, ob. cit., t. II, 293 y 295

[12]Establece ESCRICHE (ob. cit.,T.1, 651) las siguientes diferencias: 1) La donación inter-vivos se hace como cualquier otro contrato; la donación *mortis causa* ha de hacerse ante tres testigos, como los testamentos nuncupativos. 2) La primera debe insinuarse ante el Juez si pasa de 500 maravedis oro, la segunda no. 3) La primera es irrevocable por su naturaleza, la segunda expira y se puede revocar en tres casos: Si el donatario muere antes que el donador, si éste salió de la enfermedad o del peligro por cuya razón lo hizo y si se arrepiente de haberla hecho antes de morir (P. 5, 4, 11). 4) La primera transfiere el dominio mediante su entrega; mas la segunda lo transfiere aún sin la entrega, luego que el donante fallece sin arrepentirse de la donación. 5) En la primera tiene lugar el beneficio competencia y la segunda está sujeta a la mengua o detracción de la cuarta falcidia (P. 1, 11, 6). Según VISO (*Lecciones elementales de Derecho Civil*. T. III, 392), la diferencia principal consiste en que la donación *mortis causa* el dominio no se traslada hasta la muerte del donante, o si se traslada, no lo es sino con condición de haberse de devolver la cosa al que la dió si se verifica el acontecimiento que se hubiera designado y la segunda, se traslada inmediatamente el dominio al donatario de uno modo irrevocable.

[13]SALA, ob. cit., T. 2, 463.

[14]Digesto, 1, 5, 39 llama propias, *cum quis ea mente dat, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat.*

irrevocable; la impropia es la que se hace con causa o bajo cierto modo o condición, siendo revocable[15].

El comentador del Febrero, entiende que el jurisconsulto Juliano da una definición más exacta de la donación propia: "cuando uno dona con intención de que la cosa se haga desde luego del donatario, sin volver en caso alguno al donante, y no hace esto por otra causa que por ejercer la liberalidad y munificencia"[16].

201. **El requisito de la insinuación.**- Si la donación excediere de los quinientos maravedís de oro, requiere la insinuación[17].

La insinuación consiste en que se manifieste al Juez del lugar en que se hace, y si es aldea, al de la cabeza de partido, a fin de que la apruebe e interponga en ella su autoridad judicial, sin cuyo requisito es nula en cuanto excede de dicha cantidad, porque lo útil no se vicia por lo inútil cuando puede separarse lo uno de lo otro[18]. No es necesaria la insinuación en la donación antidotal, en la remuneratoria y en del tercio y remanente del quinto hecha a los descendientes legítimos[19].

En la práctica, tal y como aparecía recogida legalmente esta limitación, era un precepto incompleto y por ello facilmente defraudable, dado que nada preveía respecto a su aplicación a donaciones de cuantía inferior cumulativas a favor del mismo donatario, y por otra parte, resultaba difícil determinar la equivalencia en moneda actual a los 500

---

[15]Según FEBRERO (ob. cit., T. 3, 172) la donación pura, perfecta, simple se corresponde con la categoría romana de donación propia y se contrapone a la impropia o imperfecta que es la que se hace con causa, o bajo de cierto modo o condición, como la dote o las arras o la donación remuneratoria. Este tipo de donación puede revocarse por incumplimiento del modo o condición; En idéntico sentido GUTIERREZ (ob. cit., T. 5, 80), quien añade, que la impropia está *sub modo vel conditione*. En diferente sentido SALA (ob. cit., T. 2, 462) identifica donación *inter- vivos* con donación propia, entendiendo que es la que se hace sin consideración a la muerte, ya la presuma cerca, ya remota, de lo que se infiere que en este caso el donante se antepone al donatario y ejerce un acto de liberalidad menos eficaz y menos propio.

[16]FEBRERO, ob. cit., T. 3, 173, entiende que la donación remuneratoria no puede encuadrarse dentro de las donaciones propias. Según GUTIERREZ (ob. cit., 81), la donación remuneratoria es una donación propia, aunque no encierre pura liberalidad, de no ser así, no existiría donación alguna que rigurosamente pudieramos llamar propia; En idéntico sentido VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, Valencia, 1884, T. 3, 393.

[17]P. 5, 4, 9.

[18]Según FEBRERO (ob. cit., T. III, 177), la razón de esta prohibición reside en obligar a que preceda a la donación una previa deliberación.

[19]Recoge FEBRERO (ob. cit., t. III, 179) el comentario que realiza al respecto GARCIA GOYENA, quien entiende, que en los dos primeros supuestos no se requerirá insinuación si existe una cierta correspondencia entre lo que dá y la causa impulsiva de la donación.

maravedis de oro[20], -cantidad máxima autorizada-. Cuando se rebasaba este límite era preceptiva la insinuación ante el Juez competente, quien debía autorizar la donación[21].

En los contratos matrimoniales examinados no se indica que se haya dado cumplimiento al requisito de la insinuación, y en los casos en que se hace alusión a ella, es para indicar que no es exigible o el que se dé por cumplida[22].

Se expresan del siguiente modo:

> "...declaran que estas donaciones no son inmensas, mediante las reservas que incluyen, ya que les quedan otros bienes suficientes para su decente manutención y dando por consiguiente por insinuada esta escritura siempre que exceda de la cantidad determinada por Ley..."[23].

202. **El reconocimiento de la validez de las donaciones universales en el Fuero y su regulación.-** El Fuero Nuevo (FN. 20,13) reconoce expresamente que "tal donación general de la casa y todos los muebles vale, o debe valer con que intervenga el apartamiento de los bienes rayces con tierra" y añade, que en esta generalidad ha de comprenderse todos los bienes muebles a excepción de lo que se reserve el donante, y si nada se ha reservado ha de entenderse que queda comprendido solamente el aderezo para regir la casa.

El Fuero Nuevo regula detalladamente las donaciones universales con carga de alimentos o con motivo del matrimonio del donatario[24]. Establece el requisito de su otorgamiento mediante escritura pública y exige el apartamiento de los no favorecidos[25]. Regula las situaciones previsibles, que pudieran tener lugar en el período que media desde el otorgamiento hasta la muerte de ambos donantes, tanto en las personas (donantes y donatarios) como en los bienes donados.

---

[20]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 5, 96) esta cantidad equivale en el período que precede al Código a 30.073 rs. 18 mrs.

[21]Añade ESCRICHE (ob. cit., T. 2, 174) que se recoja en escritura pública en presencia del Juez

[22]LANDABURU, 26 Enero 1832, (91): "Donación pura perfecta e irrevocable que en Derecho se llama intervivos, por causa honerosa de matrimonio, con insinuación, firmezas legales"; ERCILLA, 24 Marzo 1823, (256): "Remuneratoria, no precisa insinuación, se obliga a no revocarla, a menos que intervenga justa causa"; GANGUTIA, 9 Agosto 1831, (316): "Donación no inmensa por ser para después de sus días y ser remuneratoria y no excede de 500 mrs. por lo que la Ley permite se puede donar sin insinuación (P. 5, 4, 9)".

[23]AREITIO, 5 Setiembre 1829, (16).

[24]vid Nº 38, 39, 54 a 59 de este trabajo.

[25]FN. 20, 12; vid. Nº 50.

Prohibe la enajenación de los bienes donados y declara la inembargabilidad de los mismos por deudas del donatario[26]. Establece que los bienes donados para un matrimonio deben reservarse a los hijos habidos en el mismo e igualmente las mejoras[27]. Declara que la donación se resuelve por premoriencia del donatario sin hijos, dando lugar a la reversión de los bienes [28]. El incumplimiento de la cargas faculta a la revocación de la donación y del mismo modo, el cumplimiento defectuoso determina la intervención judicial[29]. Dispone que la carga de alimentos deberá mantenerse en tanto viva uno de los donantes, con carácter vitalicio y del mismo modo el usufructo que se hubieren reservado[30]. Se impone legalmente la reversión de los bienes para el caso de resolución de la donación y se aplica igualmente en el caso de revocación de la misma. Aspectos que han sido tratados en el capítulo segundo.

Quien "dá lo suyo en vida"[31] y reserva el usufructo de los bienes con carácter vitalicio, o bien establece la carga de sus alimentos y la obligación de atender a sus exequias fúnebres, debe entenderse que está disponiendo, no sólo de lo que tiene en el presente, sino de lo que pudiere adquirir en el futuro, es decir, de la universalidad de todos los bienes presentes y futuros.

203. **La donación universal del patrimonio troncal en la escribanía de Gondra.**- En 8 escrituras pertenecientes al escribano Gondra, que ejerció el cargo en la Merindad de Uribe, se recoge la disposión del patrimonio troncal mediante la donación universal.

El padre lleva a cabo la donación universal de la casa y todos los pertenecidos. Se trata de una fórmula que puede subsumirse en la norma foral contenida en la ley 13 del Título 20. Dona los bienes de forma pura, perfecta. irrevocable e inter-vivos, recogiéndola de la siguiente manera:

> "Dijeron que hacían e hicieron donación pura, mera, perfecta, irrevocable que el derecho llama inter-vivos a fabor de dicho su hijo ....para el casamiento que intenta celebrar con.....y los hijos de vendición que Dios nuestro señor les diese, de su casa titular ....con sus pertenecidos de heredades.....y demás derechos acciones, preeminencias y prerrogativas que la corresponden y pueden pertenecerla en qualquiera manera, cuia donación la hacen reservando.....Enterados los casantes de la donación, dotación y demas

---

[26]FN. 20, 17; 23, 2 respectivamente; vid. Nº 57 de este trabajo.

[27]FN.20, 3 y 4; vid. Nº 60.

[28]FN. 20, 17; vid. Nº 64.

[29]FN. 17, 8 y 23, 3; vid. Nº 59 y 58.

[30]FN. 23, 1; vid. Nº 55.

[31]FN. 20, 11 y 13.

mandas a su fabor hechas .....,la aceptan y en consecuencia se obligan a su exacto cumplimiento en todas sus partes en la que les toca.." [32].

"Donaba y donó por donación y contrato honeroso pura, mera, perfecta, irrevocable que el derecho llama intervivos en fabor del referido su hijo y para el matrimonio que ha de contraer e hijos que procrearen durante él, la mitad de la casería con todos sus pertenecidos .....,estableciendo las siguiente condiciones :.....Todos los otorgantes se obligan al cumplimiento de esta escritura con sus personas y bienes habidos y por haber....".[33]

"Hacía donación pura, mera, perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos, de su casa y todos sus pertenecidos sitos en dicha Anteiglesia ....para si, sus hijos, y herederos o subcesores para el matrimonio que intenta celebrar con dicho ....., cuia donación la hace con su asiento de varon y sepultura que tiene en la parroquial ...con todos las demas preeminencias, prerrogativas y demas que en qualquier manera la corresponden y puedan corresponderle,....separando del derecho y acción que pudieran tener a ellos"[34].

"Donación de todos los bienes suyos y de su difunto marido, desistiendose de todo derecho y traspasando para que disponga de ellos como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título .....Acepta los bienes .. y se obliga a cumplir las condiciones impuestas"[35].

Es decir, se trata de la donación de la universalidad de la hacienda troncal. El título donacional empleado es la donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos, categoría que se toma del Derecho castellano y que como ya se ha indicado conlleva la transmisión presente de los bienes.

204. **¿Qué bienes comprende la donación del patrimonio troncal?.-** El objeto sobre el que versa la donación es el patrimonio troncal. En las escrituras se identifica este patrimonio mediante el nombre de la casa y su localización y a continuación se agrega de forma genérica que la donación comprende todos los pertenecidos y todos los derechos presentes y futuros que conlleva su titularidad:

"y demás derechos acciones, preeminencias y prerrogativas que la corresponden y pueden pertenecerla en qualquiera manera"[36].

Quedan comprendidos en esta donación general los bienes futuros que le correspondan al patrimonio troncal; es decir, aquellos que tengan un nexo de conexión

---

[32]GONDRA, 27 Abril 1825, (374); GONDRA, 12 Octubre 1825,(376); GONDRA, 29 Octubre 1825, (377).

[33]GONDRA, 25 Octubre 1824, (369); GONDRA, 4 Noviembre 1824, (370).

[34]GONDRA, 1 Abril 1824, (367).

[35]GONDRA, 2 Marzo 1824, (368).

[36]GONDRA, 29 Octubre 1825, (377).

con el mismo por diversos títulos, accesión, usucapión etc.; habrá que interpretar en cada caso concreto cuál es la voluntad del donante; si se limita a donar la universalidad del patrimonio troncal o si por el contrario, quiere donar la totalidad de su patrimonio, como en el caso de la disposición que transcribimos:

"que al presente tiene y les pueda corresponder en lo sucesibo en cualesquiera manera por todos títulos, sin exceptuación de cosa alguna"[37].

Puede entenderse que estos bienes a medida que se hagan presentes pasan directamente al donatario o alternativamente, que pasan al donante y a su muerte al donatario; La solución en uno u otro sentido es controvertida, tema sobre el que volveremos más adelante. En todo caso, habrá que analizar la voluntad de quien dispone e interpretarla a la luz de las reglas de interpretación propias de la época[38].

Es usual el que se incorpore un inventario de los bienes muebles comprendidos en la donación. Para el caso que no se haga el inventario, se aplicará la norma dispositiva que contiene el Fuero, en virtud de la cual quedan comprendidos en estas donaciones generales, todos los muebles, salvo lo reservado, y si nada se dijo al respecto todo el aderezo y la alhaja para regir la casa[39].

205. **La aceptación de los bienes donados y la asunción de obligaciones por parte del donatario.-** Examinado el conjunto de la disposición, tras la manifestación de voluntad de donar se recoge la aceptación de los bienes donados por el donatario y la asunción por éste de las cargas y condiciones a cuyo cumplimiento se obliga, garantizándolo con su persona y bienes, tal y como parecen en las cláusulas transcritas.

La presencia del título donacional y la aceptación determina la irrevocabilidad del pacto o acuerdo de forma unilateral, de manera que no quepa la revocación de la donación por parte del donante, salvo que incurra en causa de revocación y por otra parte, da lugar a la entrega de los bienes y adquisición de la titularidad de los mismos por parte del donatario.

---

[37]GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308); GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313): "con todos las demas preeminencias, prerrogativas y demas que en qualquier manera la corresponden y puedan corresponderle".

[38]Según GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, 197), deberá seguirse las reglas generales de interpretación de los contratos, atendiendo a la voluntad de los otorgantes, a la naturaleza del contrato, integrando unas cláusulas con el contenido de lo expresado en otras, en caso de duda servirá de criterio P, 2, 33, 7.

[39]FN, 20, 13: "todos los bienes muebles y rayces se han de extender a todo el aderezo y alhajas necesarias para regir la casería, que oviere....excepto lo reservado".

Al mismo tiempo que acepta el donatario se obliga al cumplimiento de las cargas que se le imponen. Hemos constatado que en los supuestos en los que exista entrega de los bienes, como en el caso que nos ocupa, lo frecuente es que se establezcan reservas o pactos que reduzcan o limiten el contenido de la titularidad transmitida.

En algunas escrituras el donante se reserva bienes concretos, con facultad de disposición de los mismos para atender el acomodo o dotación de los restantes hijos[40], esta reserva tiene por objeto la dote en dinero aportado por el otro contrayente.

La constitución de una comunidad de vida en la que el gobierno y responsabilidad la asume el donatario, quien asimismo, se obliga a la carga de alimentos y exequias fúnebres de los donantes[41].

En consecuencia, esta eficacia de presente que se deriva del título, queda, en tanto vivan los donantes, mediatizada por el pacto de asociación de ambos matrimonios, muy frecuente en estas escrituras, que modaliza la disposición y que conlleva el que la titularidad en el disfrute de los bienes la ostente la asociación y esta situación perdure hasta la muerte del donante supérstite. La titularidad transmitida, por otra parte, queda sometida a condición resolutoria (pacto de reversión por falta de descendecia)[42]. Sólo a la muerte de ambos donantes y si la condición se ha cumplido la donación producirá plenos efectos.

---

[40]GANGUTIA, 31-8-1833, (327): El título empleado es dotan donan y mandan, estableciendo la reserva de la propiedad del dinero para atender la dotación de los restantes hijos y pago de las deudas, quedando a la libre disposición del donante; LANDABURU, 30-3-1833, (95): Reserva de la mitad de la totalidad de los bienes a libre disposición del donante, exceptuando una cntidad y parte de la dote; ASTIAZARAN, 10-8-1825, (148): reserva de la propiedad de la mitad de los bienes con destino a la dotación de los restantes hijos; en términos semejantes; BARRENECHEA, 3-3-1827, (250). ECHEGUREN, 2-8-1824, (417): reserva de la propiedad de la mitad de los bienes con la finalidad de acomodo de los hijos. GANGUTIA, 19-2-1831, (313): reserva de la propiedad de todo el dinero que exista al tiempo del fallecimiento.

[41]GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308): "Se ha convenido que hayan de vivir en una casa y compañía comiendo a un pan y mesa, como tambien la citada hermana hasta su acomodo, o se salga o se separe de ella a su voluntad, trabajando todos indistintamente ...a beneficio de dichos futuros contrayentes quienes harán y costearán a los referidos donantes el calzado y ropa necesarios, como igualmente a la referida hermana...."; AZTIAZARAN, 27 Diciembre 1832, (223): "los donatarios se comprometen a que haya de cuidar y mantener como corresponde en sanidad o enfermedad, costeando sus funerales, y si no pudiesen congeniarse y se separasen usufructuarán mientras viva la mitad de dichas heredades y sacará la mitad del resto de los bienes donados para disfrutarlos mientras viva y disponer como la pareciese".

[42]FN. 20, 17; la reversión convencional opera como condición resolutoria de la donación. Lo habitual es que todas las escrituras pacten la reversión de los bienes que se aportan al matrimonio.

206. **La donación universal del patrimonio troncal como fórmula que responde fielmente a la letra del Fuero.-** En el volumen total de documentos examinados, sólo hemos encontrado esta fórmula en las escrituras citadas, pertenecientes a la Merindad de Uribe, lo que nos lleva a pensar que su empleo puede responder, bien a tratarse de una costumbre local o ser una cláusula de uso particular en la escribanía de Gondra.

Atendiendo al título de disposición de los bienes, la donación general del patrimonio troncal es la forma que responde con mayor fidelidad al Fuero escrito[43], siendo, a su vez, el instrumento de que se sirven para la articulación del pacto sucesorio en su fase más arcaica.

El Fuero recoge estas donaciones generales en las que los hijos asumen la carga de los alimentos y las exequias fúnebres de los donantes, o en las que los padres se reservan el usufructo de los bienes. En este aspecto, las escrituras de Gondra pueden considerarse como una muestra que responde al modo de disponer, previsiblemente vigente, en la etapa de la aprobación del Fuero Nuevo, siendo esta donación universal con carga de alimentos y reserva de usufructo, el modo de plasmación de la facultad que confiere el Fuero de "dar en vida los bienes de la herencia".

Es evidente, como más adelante acreditaremos documentariamente, que en el período objeto de nuestro estudio había caído en desuso la disposición del patrimonio troncal mediante donación universal, ciertamente en el Duranguesado y posiblemente en las Merindades de Arratia, Zornoza, Encartaciones y en las Anteiglesias circundantes a la villa de Bilbao.

Las disposiciones y los títulos empleados en el conjunto de las escrituras examinadas, nos permite apreciar cómo tiene lugar la renovación del Derecho escrito mediante costumbre *praeter legem*, cuya vigencia nadie pone en duda, de tal suerte que la disposición de los bienes troncales aparece actualizada a comienzos del siglo XIX, período en el que es frecuente el empleo del título de institución de sucesor tronquero con donación *inter-vivos* de todos los bienes y por otra parte, la modalización con la carga de los alimentos del donante dá paso al pacto de asociación de ambos matrimonios.

Estas donaciones se corresponden con las reguladas en el Fuero, a quienes les dedica un título[44]. Destacaríamos una característica en el empleo de esta fórmula: dado

---

[43]vid. Nº38 y ss. , cap. 2 de este trabajo, que trata de la regulación de la donación general de padres a hijos.

[44]FN, 23, 1: que el padre donante pueda disponer de dichos bienes si falleciendo el donatario dejando hijos menores no quedan garantizados sus alimentos. La ley 2, del mismo título establece que los bienes donados con carga de alimentos no pueden ser embargados por deudas del donatario y finalmente la

que la titularidad de los bienes se transmite al donatario de presente, se establecen las medidas necesarias para que se cumpla con perfección las obligaciones que se le imponen[45], a fin de garantizar con ello la posición del donante mientras viva.

207. **La donación universal del patrimonio mueble.-** En 20 escrituras se recoge la donación universal de los bienes muebles. La disposición es como sigue:

> "Y ahora por causa onerosa de matrimonio donación propter nuptias o como mas haya lugar por fuero y derecho, dotan donan y mandan al nominado su hijo ...en contemplación al que ha de contraer con la insinuada ...e hijos que su divina Magestad les diese, desde ahora para cuando lo contraigan, todos sus caudales de maravedís, un crédito....bienes muebles, ajuares de casa, alhajas, ropas y granos, herramientas de labranza, haveres, y demás que al presente tiene y les pueda corresponder en lo sucesibo en cualesquiera manera por todos títulos, sin exceptuación de cosa alguna, a cuyo fin valiendose de las facultades que les conceden las Leyes del Fuero de este Muy Noble.....apartan y separan.... Enterados los futuros contrayentes de las dotaciones, donaciones y demas mandas y promesas causadas en favor de ellos por sus respectivos padres, digeron ...aceptaban y aceptaron recíprocamente dichas dotaciones, donaciones y mandas bajo de las promesas, gravámenes, obligaciones y condiciones que van puntualizadas e insertas en esta escritura, y se dotan y contratan con todas ellas, y se obligan con sus personas y bienes presentes y futuros a cumplir con su tenor...".[46].
>
> "Igualmente por la misma causa onerosa de matrimonio donación propter nuptias o como mas haya lugar en fuero y derecho dotan, donan y mandan al expresado su hijo ....desde ahora para cuando berifique dicho su tratado enlace, todos los bienes muebles ajuares de casa, ropas, alajas, efectos, ganados y granos que en el día tienen y tubiesen al tiempo de su respectibo fallecimiento, pues a mayor abundamiento le hacen de todos ellos donación pura, mera o irrevocable que el derecho llama interbibos, separando y excluiendo como desde ahora separan y excluyen a .....si los donantes fallecieren viviendo en la casa, mesa y compañia de los futuros contrayentes .....entonces heredaran todos sus bienes muebles, ropas, ajuares de casa, ganados, granos y castañal ..cuyas dotaciones, donaciones y mandas hacían e hicieron, bajo de las calidades reserbas y condiciones siguientes:..."[47].
>
> "donan en contemplación al matrimonio que ha de celebrar con ...todos los bienes muebles, semovientes, ramientas de labranza, toda clase de efectos de casa, y demas

---

ley 3 dispone que pueden acudir a la autoridad judicial los padres donantes cuando tengan queja de que no son debidamente alimentados.

[45]El carácter real de la carga y todo el régimen que hemos enunciado anteriormente Nº 202, vid. Nº 56 y ss. de este trabajo.

[46]GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308).

[47]GANGUTIA,19 Febrero 1831, (313): En esta escritura perteneciente a vecinos de Elorrio puede apreciarse que se sujetan a la legalidad del Fuero y del Reino, se desprende de la referencia expresa a ambas legalidades, del apartamiento de los hermanos y de la referencia a las dotes entregadas a las hermanas, con cargo a lo que les correspondiere por legítima paterna y materna.

> existencias y producciones, que hubiese en ella y quedasen como propios suios al fallecimiento de ambos donante, sin reservación de cosa alguna con carga y pensión del importe de sus funerales de la clase que corresponda bien entendido que si no pudiesen advenir en la sociedad .....podrán separarse dividendo el arriendo y habitación ...Con cuias calidades y condiciones formalizan los otorgantes esta escritura"[48].

La donación comprende la universalidad del patrimonio presente y futuro mueble. Se dispone utilizando diferentes títulos la donación *propter nuptias*, donación promesa y manda o mediante la modalidad donacional pura, mera, perfecta, siendo usual, como puede observarse, el que en algunos casos se emplen cumulativamente varios tipos donacionales.

208. **Modalidades de la donación universal del patrimonio mueble: pura y condicionada.-** Esta fórmula presenta dos modalidades, en función del grado de eficacia tratado de alcanzar por los otorgantes:

a) Donación universal de bienes muebles. Entrega de los bienes presentes al tiempo de la celebración del matrimonio y donación de los bienes futuros muebles que por cualquier título pudieren corresponderle.

b) Donación universal de bienes muebles con eficacia *post mortem*, condicionada al hecho del mantenimiento de la comunidad de vida o donación de parte de los bienes para el caso de su disolución.

209. **La donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos del patrimonio mueble.** - Cuando la voluntad del disponente es entregar de presente la mitad de los bienes es frecuente el que se haga donación pura, perfecta, irrevocable e *inter-vivos* de los mismos[49], dejándose constancia de la entrega de los bienes[50], mediante la incorporación en la escritura del desistimiento del donante, la cesión de acciones y traspaso de la tenencia de los bienes[51], todo ello evidencia la voluntad del donante de transmitir de presente la titularidad de los mismos.

La entrega de presente habrá de efectuarse al tiempo de la celebración del matrimonio.

---

[48]LANDABURU, 13 Enero 1823,(60).

[49]GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308); GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313).

[50]GONDRA, 2 Marzo 1824, (368).

[51]AZTIAZARAN, 27 Diciembre 1832, (223). Dedicamos los Nº250 y 251 al estudio de lo que ha de entenderse por desistimiento, cesión acciones y traspaso de los bienes.

Así mismo dona la universalidad de los bienes futuros; entendiéndose por tales todos los bienes muebles que llegaren al patrimonio del donante, con independencia del título. Los términos empleados por el donante: "todos los bienes que les pueda corresponder", "por todos los títulos", "sin exceptuación alguna", expresan claramente cuál es su voluntad en esta escritura.

Será condición necesaria, que estos bienes futuros muebles no tengan nexo de vinculación con un patrimonio troncal del títular, porque si lo tuvieren irían al titular tronquero. Entendemos que esta donación universal se circunscribe al patrimonio mueble libre de afectación y del tenor de las escrituras los bienes muebles que existieren en el patrimonio de donante en el momento de su muerte:

"todos los bienes muebles que quedasen como propios suios al fallecimiento"[52].

Tratándose del patrimonio mueble entrarán *post-mortem* , según se desprende del tenor de las escrituras.

Puede cuestionarse si quedarían compredidos en esta donación universal los bienes inmuebles futuros; si del tenor de la cláusula no se desprende lo contrario, nos inclinamos a dar una respuesta negativa. Pesa tan fuertemente en el sistema la división y rango de bienes: muebles, inmuebles y dentro de éstos los troncales que no cabe confusión de unos y otros.

En las escrituras se cuida con esmero el dejar claro el momento en el que surten los efectos las donaciones, sea la universal o singulares, en defecto o en caso de una interpretación dudosa ha de entenderse que tendrán eficacia post-mortem[53].

210. **La donación universal del patrimonio muebles sujeta a condición.-** En 6 escrituras, pertenecientes a la escribanía de Aztiazarán, la Donación universal del patrimonio mueble está condicionada al hecho del mantenimiento de la comunidad de vida entre donantes y donatarios hasta la muerte de los primeros[54]; determinando su eficacia *post-mortem,* si la comunidad se mantiene o, limitándola a la de la mitad si ésta se disuelve.

---

[52]LANDABURU, 13 Enero 1823,(60).

[53]Según ESCRICHE (ob. cit. T. 2, 229) siguiendo en materia de interpretación en los contratos a título lucrativo, D. 45, 1, 38 ; 50, 17, 34. D.

[54]AZTIAZARAN, 4 Febrero1829, (189); AZTIAZARAN, 6 Febrero1829, (190); AZTIAZARAN, 24 Septiembre 1830, (204); AZTIAZARAN, 4 Febrero1832, (211); AZTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213); AZTIAZARAN, 20 Junio 1833, (227), en todas estas escrituras se menciona la posibilidad de solicitar la disolución de la comunidad tanto por donantes como por donatarios.

La fórmula comienza estableciendo dicha comunidad y a continuación recoge la disposición de los bienes del siguiente modo:

> "Dona para el matrimonio que ha de celebrar con ....la mitad de cuanto tiene en casa asi en ganado, como en herramienta y ajuares, y si viviesen juntos todo cuanto tenga a mas de lo que hace señalar a los demas sus hijos, con obligación de que en tal caso haya de costear la enunciada hija sus funerales, pero si se separasen solamente tendrá este derecho a la expuesta mitad, cesando en tal caso la obligación de los referidos funerales ....Aceptando la donación se contrata con cuanto comprende y con todos los demas derechos y acciones "[55].

Esta fórmula presenta las siguientes carácterísticas:

1. El título donacional figura condicionado, la constitución de la comunidad es el acuerdo básico y en previsión de su mantenimiento se hacen las restantes disposiciones.

2. Se hace donación a favor del donatario, sin que se haga mención alguna como beneficiarios a los hijos que hubiere en ese matrimonio. Tratándose de una donación condicionada, el donante quiere recuperar lo donado, en el caso de que la condición se cumpla a fin de disponer a favor de otro hijo y constituir con él comunidad[56].

3. El mantenimiento de la sociedad entre donantes y donatarios es el hecho constitutivo de condición, y de cuyo incumplimiento se deriva la resolución de la donación. Como ya expusimos, es frecuente el que reciba de presente la mitad de los bienes, en consecuencia, el cumplimiento de la condición tendrá relevancia respecto a la entrega del resto de la universalidad del patrimonio.

4. En la fórmula transcrita en primer término, la donación universal sería el premio a la fidelidad de los hijos, no existe entrega de bienes de presente, sino que en el otorgamiento se hace donación del todo o de la mitad, en función de si mantiene o no la comunidad, es decir donan desde ahora para entonces.

211. **La donación universal del patrimonio mueble de los arrendatarios .-** En personas que viven en régimen de inquilinato es frecuente el que se

---

[55]AZTIAZARAN, 24 Marzo 1830, (204): "si ambos donantes falleciesen conservando esta sociedad, todo cuanto les corresponde a su defunción será para el citado su hijo ....quien estará en tal caso obligado a costear sus funerales", en uno u otro caso donan el todo o la mitad; en idéntico sentido AZTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213); AZTIAZARAN, 4 Febrero 1832, (211).

[56]AREITIO, 2 Abril 1830, (21): "en el caso de que el exponente no pudiese congeniar con dicho su hijo...no será estable esta donación en todas sus partes, sino que sacará para sí la mitad de todos los bienes muebles, ...que hubiese en casa al tiempo de la tal separación, y podrá disponer a su libre voluntad ....nombrando heredero de la dicha mitad".

disponga de la universalidad del patrimonio mueble y en ocasiones se haga cesión del derecho de arrendamiento, con motivo del matrimonio del hijo elegido.

El contrato de arrendamiento no está regulado en el Fuero de forma unitaria, si bien existen referencias en varias de sus leyes[57], su regulación es a través del Derecho consuetudinario y supletoriamente por las leyes del Reino[58].

La posibilidad de donar los bienes muebles y el hacer cesión del arrendamiento de generación en generación con motivo del contrato matrimonial del hijo elegido[59] constituye una práctica enraizada en el Derecho consuetudinario, unánimemente reconocida por la doctrina.

Con carácter supletorio se aplicará la Partida 5 que regula el contrato de arrendamiento, estableciendo reglas generales para todo tipo de arrendamiento, relativas al pago del precio[60], plazo de duración [61] y posibilidad de su transmisión a los herederos[62].

Existen normas especiales para los arrendamientos rústicos, que se aplicarán con carácter supletorio, en tanto no contravengan el Derecho consuetudiario de Vizcaya, tales como la afectación de los frutos a la responsabilidad del pago de la renta; la obligatoriedad de atenerse a lo pactado, sin que el dueño pueda despedir al arrendatario bajo pretexto de necesitar para si el predio[63], la prohibición de subarriendo o traspaso sin aprobación del

---

[57]FN, 25, 3: destinada a fijar las condiciones del llamado arrendamiento a media ganancia o comúnmente llamado contrato de aparcería. Dice su preámbulo: "cómo se ha de partir la manzana entre el plantador y el dueño de la heredad y de lo que el plantador está obligado a hacer, y quando el plantador ha de salir de la heredad"; FV. 204 establece la obligatoriedad de la celebración del contrato ante Escribano público.

[58]P. 5, 8 , 1 a 8.

[59]Me remito a lo expuesto en la parte primera de este trabajo Nº39.

[60]P. 5, 8, 1 ha de ser precio cierto a pagar en dinero al contado: "Ca si otra cosa recibiesse, que non fuessen dineros contados, non seria loguero mas seria contracto innominato"; Según GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, 306) en los arrendamientos rústicos suele pactarse que la merced consista en frutos señalándose la cantidad que se ha de dar por cada medida de tierra, o una suma alzada por todo el predio arrendado o bien una parte alicuota de los frutos que produzca la cosa arrendada, regulando esta última forma P. 3, 18, 79 como un tipo de sociedad en la que uno pone la tierra y otro el trabajo.

[61]Según ESCRICHE (ob. cit., T. 1, 301) el arrendamiento dura el tiempo convenido, produciéndose la tácita reconducción si transcurrido éste el arrendatario permanece en la finca por tres o mas días con aquiescencia o consentimiento tácito del dueño.

[62]P, 5, 8, 2 y art. 3 Decreto de las Cortes, 8 Junio 1813 establece que el arrendamiento de cosas no expira por la muerte de los contratantes sino que puede transmitirse a los herederos, del mismo modo que las otras convenciones.

[63]GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., 311, en nota 1, Art. 5 Decreto de Cortes 8 Junio 1813, y P. 5, 8, 2 y 55.

dueño, junto a la posibilidad de venta o cesión al precio que le parezca de parte de los pastos o frutos[64] la exigencia de una proporcionalidad entre la merced y el producto de la cosa[65].

Existe un porcentaje semejante de escrituras en las que se contiene la transmisión presente de parte o de la totalidad de los bienes y cesión del arrendamiento[66], respecto a otras en las que se dispone con eficia *post mortem* [67].

212. **La fórmulas donacionales empleadas por el arrendatario.**- Las fórmula empleadas por los inquilinos consiste en la donación universal con eficacia de presente respecto a todo o a la mitad. Es decir nos encontramos ante una disposición semejante a la donación de todo o la mitad del patrimonio mueble.

Hemos querido destacar la presencia de la transmisión del patrimonio mueble de los arrendatarios y cesión en vida del contrato de inquilinato y poner de relieve, en esta y otras disposiciones, el considerable número de arrendatarios en el Duranguesado.

La fórmula empleada por Barrenechea es la siguiente:

> "todos los dichos bienes efectos muebles y demás que le pertenecen, dona promete y manda al recordado su hijo, como asi bien le cede el arriendo de la citada su casa habitación .. y sus heredades de pan sembrar y montes según y en el estado que al presente existen; y a maior abundamiento hacia en su fabor gracia y donación pura, mera, perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos ...excluye y aparta ..... con la pensión de que si no pudiesen pasar juntos ...la mitad de los citados bienes muebles prometidos donados y mandados reserba para si misma y disponer de ellos a su arbitrio y voluntad "68.

Landáburu recoge la disposición del siguiente modo:

> "en consideración al matrimonio que va a contraer con ....efectuandose este y no en otro caso promete, consigna y dona a su hijo las existencias de bienes muebles y..... derecho

---

[64]GOMEZ DE LA SERNA, ibídem, Art. 7, Decreto Cortes 1813.

[65]P. 5, 8, 22.

[66]AREITIO, 2 Abril 1830, (21); LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74); LANDABURU, . 30 Octubre 1830, (83); LANDABURU, 6 Abril 1831, (86); BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245); BARRENECHEA, 3 Enero 1827, (249);. BARRENECHEA, 3 Marzo 1827, (250).

[67]AREITIO, 25 Mayo 1830, (54); LANDABURU, 13 Enero 1823, (60); AZTIAZARAN, 24 Setiembre 1820, (204); AZTIAZARAN, 4 Febrero 1832, (211); AZTIAZARAN, 6 Diciembre 1832, (222).

[68]BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245); En idénticos términos BARRENECHEA, 3 Enero 1827, (249); BARRENECHEA, 3 Marzo 1827, (250).

del arriendo que tiene en la casería, cuya donación de bienes muebles y existencias de su pertenencia será efectiva en favor de dicho su hijo ...desde el día que contraiga su matrimonio, con las reserbas, gravámenes y condiciones siguientes....que si no pudiere avenir la otorgante con su hijo o nuera o estos con su madre, podrá separarse.....en cuio caso reserva la mitad de todas las existencias donadas ...., para cuio caso se entiende donado a dicho hijo únicamente la mitad de los dichos bienes"[69].

"donan, consignan y mandan estos al referido novio...la mitad integra de los restantes bienes y existencias de ganado, granos, frutos y menage de la casa de toda clase de que son dueños ...a cuio fin hacen gracia y donación pura, mera, perfecta e irrebocable que en derecho se llama intervivos ...cuia donación tendrá efecto desde el día que se verifique el matrimonio.

"sea que se verifique viviendo en sociedad, o con separación, lo que quedase existente de sus bienes muebles y semovientes y demás existencias de casa será exclusivamente para su hijo ...o su representación legítima con la exclusión foral...con carga....a todo lo cual se obligaron respectivamente ambas partes"[70].

Como hemos indicado al tratar de la donación de todos los bienes muebles, la disposición hecha por los inquilinos tienen como acuerdo básico la constitución de una sociedad entre donantes y donatarios, presentando esta disposición una gran semejanza con la ya expuesta. Se acude a la donación inter-vivos y en ocasiones se hace cesión del arriendo en el momento de la celebración del matrimonio, se establecen reservas a favor de los donantes, los donatarios aceptan los bienes y ambas partes se obligan al cumplimiento de lo acordado.

Es decir el inquilino vizcaíno dispone del mismo modo que los propietarios en relación al patrimonio no troncal, y ceden o transmiten *post-mortem* el contrato de arrendamiento con apartamiento de los hijos no elegidos. En otras escrituras, acompaña a la donación universal la entrega de presente de la mitad de los bienes[71].

Es frecuente la disposición con eficacia *"post-mortem"*, utilizando esta fórmula :

"que han de vivir en una unión y compañia, manteniéndose en una mesa y acudiendo a la satisfacción de la renta y demas atenciones ordinarias y extraordinarias de sanidad y enfermedades por mitad e iguales partes, ...caso de que no pudiesen congeniarse en dicha unión se procederá a la separación, partiendo por mitad e iguales partes todos los bienes que a la sazón hubiese en la casa....y en el evento de que falleciesen los donantes viviendo en dicha unión, serán todos los expresados bienes por entero para dicho su hijo

[69]LANDABURU, 30 Octubre 1830, (83).

[70]LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74); LANDABURU, 6 Abril 1831, (86): "donan, consignan y mandan estos al referido novio...la mitad integra de los restantes bienes y existencias de ganado, granos, frutos y menage de la casa de toda clase de que son dueños ...a cuio fin hacen gracia y donación pura, mera, perfecta e irrebocable que en derecho se llama intervivos ...cuia donación tendrá efecto desde el día que se verifique el matrimonio".

[71]LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74); LANDABURU, 6 Abril 1831, (86).

y su representación .....y apartan con cada real de vellón en conformidad de lo dispuesto. Ambos contrahientes aceptan las mandas que respectibamente van causadas a su fabor, se contratan con ellas [72].

En otros casos nos encontramos con una disposición universal *post-mortem,* es decir no existen efectos de presente. Se trata de una donación condicionada, de forma semejante a las fórmulas transcritas en los números anteriores. Si tuviere lugar la disolución de la comunidad dará derecho a que se le entreguen la mitad de los bienes muebles existentes en la casa.

Los efectos que se derivan del título empleado no presentan diferencia alguna respecto a lo ya dicho al exponer la fórmula de la donación universal condicionada en sus dos modalidades.

En algunas escrituras se dispone mediante donación pura, perfecta, irrevocable de la totalidad de los bienes muebles[73] o mediante la fórmula de dona, promete y manda de todos los bienes presentes y futuros[74], y ocasionalmente se hace cesión del arrendamiento, en estos casos se establece la reserva de ciertos bienes o del dinero existente con libre disposición de los mismos, con el fin de poder atender a la dotación de los restantes hijos.

El hecho de establecer la reserva de ciertos bienes con facultad de disposición por parte del donante determina que en este caso las atribuciones que detentare sean superiores a las escrituras en las que se hace donación pura y perfecta de la mitad de los bienes.

[72]AREITIO, 25 Mayo 1833, (54).

[73]BARRENECHEA, 28-12-1826, (248): donación pura, el donante reserva la propiedad de los bienes muebles de uso personal, para disponer libremente y asimismo la dote aportada a este matrimonio, quedando a su libre disposición.

[74]BARRENECHEA, 18-9-1826, (245): se emplea el título dona-promete y manda, y se establece la reserva de parte de los bienes muebles y de la dote; BARRENENCHEA 3-3-1827, (250): Dona-promete y manda y cede arriendo, el instuido asume las ganancias y los gastos inherentes al arrendamiento que le ha sido cedido, el donante conserva la propiedad de algunos bienes y de dinero metálico a su libre disposición; ERCILLA, 17-3-1824, (261): fórmula dona-promete y manda, el donante se reserva la propiedad de bienes muebles para los hijos, dinero efectivo y créditos con libre disposición par el acomodo de los restantes hijos.

Capítulo 10. La designación de sucesor tronquero en bienes vinculados. Aspectos del régimen jurídico de los vínculos que inciden en esta fórmula.

I. Aspectos del régimen jurídico de los vínculos, extraidos de los textos legales, doctrina y documentos.

213. **La designación de sucesor tronquero en bienes vinculados. Volumen de escrituras y tipo de vínculos que contienen.-** La Designación simple de sucesor tronquero, aparece como título transmisorio en 21 contratos matrimoniales, es decir en un 4% del total de escrituras examinadas.

En todos los casos se trata de la designación de sucesor en bienes troncales vinculados.

Trece, pertenecen a vecinos de la villa de Elorrio[1] y las restantes a vecinos de Anteiglesia .

Recogen la designación de sucesor en 3 vínculos regulares y en 18 vínculos electivos.La presencia de esta fórmula en la designación sucesoria de los vínculos, la existencia de tres cartas fundacionales de vínculos electivos, en las escrituras examinadas, y el hecho que un total de 44 escrituras versen sobre bienes de esta naturaleza, nos pareció razón suficiente que justificaba el que diéramos una explicación de cuál era la situación legal de las vinculaciones en la década 1823-1833, en qué medida estas leyes del Derecho común fueron acogidas en Vizcaya, así como el detenernos a examinar el régimen sucesorio de los vínculos, al objeto de comprobar, si el empleo de esta fórmula de designación se deriva de la naturaleza vinculada de los bienes.

---

[1]Elorrio fué una villa que se acogió a la Concordia de 1630 y sus habitantes pasaron a regirse por las leyes del Fuero de Vizcaya, se refieren a ello. ZUAZUA, 22-10-1825, (107): "valiéndose de los capitulado en la escritura de Unión y Concordia otorgada entre este referido Señorío, sus villas y ciudad, en once de Septiembre de mil setecientos treinta, que se confirmo por S.M. Decreto acordado en sus Juntas generales celebradas SO el Arbol de Guernica el día 5 Julio 1712, para que los vecinos de dicha villa de Elorrio y su Jurisdicción pudiesen disponer de sus bienes muebles y raíces, según lo prevenido por las Leyes de Fuero de este dicho noble Señorío".

Por otra parte, en el inventario de bienes, que figura en la escritura de designación de sucesor en vínculos se aprecia la existencia de bienes raíces sitos en tierra llana, por lo que ofrece interés el conocer la forma en que se conjuga la presencia de ambas legislaciones.

214. **Las vigencia de las leyes vinculadoras en la década 1823-1833.-** Las leyes vinculadoras sufren los vaivenes de la política y su vigencia o derogación aparece condicionada en cada momento histórico por la ideología de quienes ocupan el poder.La decada 1823-1833, tomada para este estudio, es una prueba de ello. Precedida y seguida por la entrada en vigor de las leyes desvinculadoras, constituye el último período histórico de su vigencia.

Las fluctuaciones que experimenta la legislación sobre vínculos siguen este proceso.

Por ley 27 de setiembre de 1820 quedaron suprimidos todos los Mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquier otra especie de vinculaciones, concediéndose a los poseedores actuales la facultad de disponer libremente de la mitad de los bienes, sujetos a vínculo, reservándose la otra mitad para después de la muerte de aquellos sus inmediatos sucesores. Se prohibió la creación, en lo sucesivo, de ninguna fundación de esta clase y se determinó que no se pudiera prohibir directa ni indirectamente la enajenación de bienes o derechos, hasta entonces vinculados[2].

La ley de 28 de Junio de 1821, vino a completar a la anterior en lo que respecta a la enajenabilidad de los bienes vinculados. Los poseedores de bienes vinculados pueden disponer de la mitad de los mismos, con consentimiento del sucesor, si está presente, o del síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, si el inmediato poseedor fuere desconocido o estuviese bajo tutela, debiendo reservar la otra mitad para sus sucesores[3].

Mayores derechos, al amparo de estas leyes, tienen los poseedores de los vínculos electivos, cuando la elección es absolutamente libre, puesto que en este caso pueden disponer, desde luego, de todos los bienes; pero si la elección hubiere de recaer

---

[2]Según GOMEZ DE LA SERNA (*Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Madrid 1874, T. 2, 160) varias Sentencias del T.S. vienen a interpretar el art. 1 de esta ley en el sentido de que no viene a suprimir todas las vinculaciones, sino que debe limitarse a aquellas que se habían establecido en favor y utilidad de los parientes de los fundadores o de las familias que los mismos designaron, no afectando a la pervivencia de vinculaciones benéficas y piadosas.

[3]ley 28 Junio 1821, Art. 2; En GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, Apéndice), pueden encontrarse las leyes 11 Octubre 1820, Decreto 15 Mayo 1821 y ley 28 Junio 1821; En el mismo autor y obra, 139, puede ampliarse la referencia sobre los requisitos a cumplimentar en estas ventas.

precisamente entre personas de una familia o comunidad determinada, dispondrán sólo de la mitad y deben reservar la otra, para que haga lo propio el sucesor que sea elegido[4].

Esta ley desvinculadora prevé que las provincias o pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicación en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, han de comunicarse entre éstos los bienes hasta ahora vinculados, diferenciándolos de aquellos que puede disponer libremente el poseedor actual[5].

Reestablecido al trono Fernando VII y anulados todos los actos del gobierno constitucional, quedaron derogadas también las leyes desvinculadoras, fué menester decidir sobre diversos derechos e intereses creados por ellas y consultado sobre este punto el Consejo de Castilla, propuso al monarca la Real Cédula de 11 de Marzo de 1824 que declara la nulidad de la legislación desvinculadora y dispone "se reponga los mayorazgos y demás vinculaciones al ser y estado que tenían el 7 de Marzo de 1820; y los bienes que se les desmembraron en virtud de las órdenes y decretos de aquél gobierno se restituyan inmediatamente al poseedor actual de dichos mayorazgos o vinculaciones" (art. 1º).

La reposición al momento anterior desencadenó situaciones conflictivas en dos órdenes: la de los que habían recibido los bienes procedentes de Mayorazgo por herencia, en la mitad libre que por tanto podía disponer el poseedor y la de quienes los habían adquirido por compraventa[6].

Tras la muerte de Fernando VII, el 23 de Octubre de 1833 un Real Decreto deja sin efecto la Cédula de 11 Marzo 1824, en lo que concierne a la regulación del derecho de reintegración del precio de los bienes vinculados enajenados y restituidos, por dicha disposición al mayorazgo. El Decreto encarga al Consejo real la proposición para encontrar fórmulas conciliatorias que paliaran el perjuicio de los compradores de bienes vinculados y el lucro de los Mayorazgos y mediante la ley de 6 Junio 1835 se trata de regular estas situaciones.

Por otra parte, las primeras Cortes convocadas conforme el Estatuto Real, en sesión de 30 de Octubre 1834, presentan la petición de supresión de todos los mayorazgos cortos y de que sus bienes pasen a ser enajenables y divisibles entre los herederos. Esta propuesta no tuvo acogida y una vez más el proceso desvinculador sufrió los avatares de la política y tras la derrota de Alvarez Mendizabal, el equipo ministerial

---

[4]PACHECO, *Comentario a las leyes de desvinculación* , Madrid, 1849, 23, interpreta el Art. 5, ley 11 de Octubre 1820, que regula esta materia.

[5]PACHECO, ob. cit., 26.

[6]Puede verse en CLAVERO, (*Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369 -1836)*, Madrid 1974, ob. cit., 373), la normativa que introdujo la Real Cédula de 1824 para resolver estas situaciones.

presidido por Isturiz acordó el 19 Mayo 1835 propiciar el restablecimiento de los mayorazgos. Se sucede un estado de guerra civil, cambios ministeriales, convocatorias y disolución de Cortes y tras la renuncia a la regencia por Maria Cristina, es nombrado regente Espartero y el 30 de Agosto 1836 se publica el real Decreto que restablece la ley desvinculadora de 1820[7].

215. **La vinculación y la importancia de los vínculos electivos en Vizcaya.-** La vinculación de bienes consiste en la sujeción de éstos al perpetuo dominio de una familia o de determinados sucesores, sin admitir división ni enajenación. Se consideran bienes vinculados el Mayorazgo, los Patronatos y Capellanías.

Siguiendo la doctrina de la época el Mayorazgo es la vinculación civil y perpetua de bienes en que se sucede con arreglo a la ley, a no ser que el fundador haya dispuesto distinto orden de sucesión[8].

Dentro de los Mayorazgos se comprenden los regulares, que siguen el modo de suceder en la Corona, prescrito en la ley 2, tit. 15, Part. 2[9], y los irregulares, llamados

---

[7]Puede verse con extensión el proceso desvinculador y referencias detalladas a las leyes citadas en CLAVERO, ob. cit., 361 a 394 y en CARDENAS, *Historia de la Propiedad*, T. 2, 124 -200.

[8]Puede ampliarse en GUTIERREZ, *Códigos y Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, T. 2, 208 a 336; SALA, *El Derecho civil Español con correspondencis del Romano*, comentado por Domingo de Morató, Valladolid 1868, T. II, 125-146; FEBRERO, ob. cit., T. 2, 145-170; La monografía de CLAVERO, B.,(ob. cit., 361-394), ofrece una visión histórico- económica del tema; Estudio evolutivo del derecho de propiedad puede verse en CARDENAS, *Historia de la Propiedad*, T. 2,124 a 173.

[9]P. 2, 15, 2: "Los omes sabios e entendidos catando el pro comunal de todos, e conosciendo que esta partición, non podría fazer en los regnos, que destruydos non fuessen, segun nuestro Señor Jesu Christo dixo que todo reyno partido sería estragado, touieron por derecho que el Señorio del reyno, non lo ouisse si non el fijo mayor, despues de la muerte de su padre. E esto usaron siempre, en todas las tierras del mundo, doquier que el Señorio ouieron por linaje: e mayormente en España, e por excusar muchos males que acaescieron e podrían aun ser fechos, pusieron que el Señorío del Reyno heredassen siempre aquellos, que viniessen por liña derecha. E por ende establescieron, que si fijo varon, y non huiesse, la fija mayor heredasse el reyno. E aun mandaron, que si el fijo mayor muriesse, antes que heredasse, si dexasse fijo ó fija, que ouisse de su muger legitimas, que aquel, o aquella lo ouisse, e non otro ninguno. Pero si todos estos falleciessen, deue heredar el reyno, el mas propincuo pariente, que ouiesse, seyendo ome par ello: non auiendo fecho cosa, porque lo deuiesse perder. Onde todas estas cosas es el pueblo tenudo de lo guardar, ca de otra guisa non podría el Rey ser complidamente guardado, si ellos assi non guardassen el reyno. E por ende, qualquier que contra esto fiziesse faria trayción conoscida, e deue auer tal pena, como suso es dicha, de aquellos que desconoscen Señorio al Rey".

también de cláusula, en los que el fundador se aparta en la fundación de aquel modo ordinario de suceder estableciendo el que mejor le parezca[10].

Las reglas generales de los Mayorazgos Regulares tiene aplicación para los regulares e irregulares, excepto en aquellos puntos singulares y característicos en que estos se separan de aquellos. Sirven las reglas que vamos a ocuparnos para la decisión de los litigios que pudieran suscitarse entre las personas que se creen con derecho a poseerlos. Por último prevalecerá el carácter regular de los Mayorazgos, cuando no se aprecie una clara voluntad de su fundador en sentido contrario o no sea claros los términos en los que se expresan[11].

216. **Reglas jurídicas que rigen a los vínculos regulares.-** Las reglas básicas sobre vínculos regulares han sido elaborados en gran parte por la Jurisprudencia[12], que viene a suplir el vacio legal, siendo las siguientes:

1. Existencia de un orden legal en la transmisión reconocida en la P. 2, 15, 2 y necesidad de atenerse a unos reglas respecto a la línea, grado, sexo y mayoría de edad.

2. La indivisibilidad de los Mayorazgos no se puede cuestionar, señalada esta circunstancia como el carácter y el principal efecto de la amortización.

3. La perpetuidad en la sucesión de aquellos que vienen de la familia del fundador[13].

4. La inalienabilidad, constituye una nota esencial a toda vinculación. La rigidez del principio no podrá vulnerarse de no mediar real licencia por causa de utilidad o de

---

[10]Según FEBRERO (ob. cit., T. 2, 147) la irregularidad en los mayorazgos depende de la voluntad de sus fundadores plasmada en la carta fundacional. Según NOLASCO DE LLANO (*Compendio de los comentarios a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1795, 135), la interpretación a la ley 40 de Toro en su apartado final"salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo", determina el carácter preferente de la carta fundacional respecto a lo establecido en las leyes.

[11]Recoge GUTIERREZ (ob. cit., T. 2, 246), las Sent. 4 Octubre 1862, 27 Marzo 1864, 24 Febrero, 13 Junio y 30 Diciembre 1865, 12 Mayo 1866 y 3 Marzo 1873 que proclaman la naturaleza regular del Mayorazgo cuando de su fundación resulte duda de su carácter.

[12]En SALA (*Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, MDCCCXX, 201-219), pueden verse las doce reglas.

[13]GUTIERREZ, ob. cit., T. 2, 246-254, desarrolla las reglas adicionales que pormenorizan el modo de llevarse a cabo la sucesión.

necesidad del propio Mayorazgo, con conocimiento del propio sucesor[14], teniéndose por nulas todas las enajenaciones relativas a tales bienes[15].

217. **Reglas jurídicas que rigen a los vínculos electivos.-** La irregularidad, que constituye la excepción, no se presume sino que debe probarse de una manera clara y evidente y en caso de duda prevalece la atribución del carácter regular al Mayorazgo[16].

La doctrina recoge varios tipos de vínculos irregulares[17].Teniendo en cuenta que en las escrituras examinadas son frecuentes los electivos, vamos a limitar el estudio a ellos.

En el vínculo electivo el último poseedor tiene facultad para designar la persona que ha de sucederle, con tal que la designación se haga en un pariente del fundador. Los poseedores del Mayorazgo electivo tienen que observar en la elección las siguientes reglas:

1. La facultad que se les concede, se limita a los consanguineos y teniendo hijos, a éstos, a menos que el fundador diga lo contrario.

2. El elector no debe excederse de las facultades concedidas por el fundador y si se excediese será nula la elección.

[14]Según ASSO Y DE MANUEL (*Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1771, 2, CXLIV), esta nota se deriva de la exigencia de perpetuidad del Mayorazgo y al decir inenajenabilidad debe entenderse que no se puede hipotecar, transigir, ni hacer compromiso con ellos, ni concederlos en enfiteusis, ni arrendarlos por largo tiempo. Admite como excepción el que en Aragón sepuedan enajenar los bienes para constitución o restitución de la dote, si bien con autorización Real. Añade GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, 152) que será consecuencia de la inalienabilidad la imprescriptibilidad. Según reconoce la jurisprudencia constantemente con anterioridad a 1836, y que se halla conforme con la opinión de Gómez, Molina, Gregorio Lopez y Sala.

[15]Según GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, 133) esta era la sanción en virtud de la interpretación que se daba a la P. 2, 15, 2.

[16]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 2, 246), la voluntad del fundador en la norma suprema en la materia y debe respetarse y cumplirse, pero cuando no sea manifieste claramente si desea fundar vinculación regular o irregular, la ley recobra su imperio, y según ella, el Mayorazgo es regular; En idéntico sentido FEBRERO (ob. cit., T. 2, 147).

[17]Recoge FEBRERO (ob. cit., T. 2, 147) los siguientes tipos:1) De agnación rigurosa. 2) De agnación fingida. 3) De masculinidad nuda. 4) De femeneidad. 5) Electivos. 6) Alternativos.7) Saltuarios.8) De segundo-genitura. 9) Incompatibles.

3. La facultad de elegir del Mayorazgo es personal y como tal no puede ser cedida ni delegada ni transmitirse a los herederos[18].

218. **Los Patronatos y Capellanías y su presencia en nuestros documentos.-** Entre los Mayorazgos se incluyen los Patronatos y Capellanías, institutos que aparecen en las escrituras. El Patronato es un derecho honorífico, oneroso y útil, que compete a alguno en alguna Iglesia por haberla construido, dotado o fundado con consentimiento del Obispo o heredado de sus predecesores que a su vez lo fundaron[19].

Existen varios tipos de Patronatos. Puede ser activo y pasivo, el primero es el que hemos definido o el que consiste en la facultad de presentar al clérigo que ha de ser instituido en la Iglesia o beneficio vacante, el segundo consiste en el derecho que alguno tiene de ser presentado para la vacante. Existe una diferencia sustancial entre uno y otro tipo. El Patronato activo goza de honores y tiene que soportar alguna carga, mientras que el pasivo reporta utilidades. A su vez el patronato activo puede ser eclesiástico, laical y mixto, en función de la procedencia de los bienes. Otro aspecto que los diferencia es su carácter real o personal y finalmente el carácter hereditario, familiar o mixto que el mismo tenga[20].

En las escrituras aparece la transmisión de Patronato de Legos, que consiste en cierto vínculo o mayorazgo fundado con la carga o gravamen de celebrar en una Iglesia o capilla las misas mandadas por el fundador. En la sucesión se observan las mismas reglas que en los mayorazgos[21], de tal modo que pueden transmitirse por sucesión, donación,

[18]Según FEBRERO, ob. cit., T. 2, 149.

[19]Según refiere FEBRERO (ob. cit., T. 2, 171), constituyen los derechos del patrono, el honor, la carga y utilidad; P.1, 5,1: "E patronadgo es derecho, ó poder que ganan en la iglesia, por bienes que fazen los que son patrones della, e este derecho gana ome por tres cosas, La una por el suelo, que da a la Iglesia, en que la fazen. La segunda, porque la fazen. La tercera, por heredamiento que le da a que dizen dote, onde biuan los clerigos que la sirvieren, e de que puedan cumplir las otras cosas según dize en el título que fabla de como deuen fazer las iglesias".

[20]FEBRERO, ob. cit., T. 2, 171.

[21]Agrega ESCRICHE (ob. cit., T. 2, 704) "que el patrono ó poseedor puede ser soltero ó casado, hombre ó mujer y tiene facultad amplia para designar el sacerdote que deba celebrar las misas, posee los bienes como de Mayorazgo. Como los bienes de estos Patronatos son absolutamente profanos el obispo solo tendrá atributo de inspección si se cumple la obligación de la celebración de las misas". GANGUTIA, 2 Julio 1830, (309), contiene la transmisión al sucesor de una Capellania de Legos.

venta y permuta[22] y si se transfiere con la herencia e *in solidum*, por ser indivisible, formará una universalidad destinada a los herederos testamentarios o legítimos[23].

El Patronato de Capellanía consiste en el derecho de dar y quitar a un presbítero alguna capellanía laical de la especie de aquellas que se llaman cumplideras. El patrono tiene la facultad privativa para nombrar capellán cumplidor dentro del término que el fundador le hubiese prefijado[24]. La posesión de la Capellanía no se adquiere sólo por la presentación, sino que es necesario la colación o institución canónica. Las Capellanias colativas, que aparecen en las escrituras tienen la particularidad que son las que se intituyen con autoridad del Papa o del Obispo y sirven como título de ordenación y de ahí proviene su nombre[25].

219. **La irrevocabilidad de la fundación de un vínculo llevada a cabo por causa onerosa de matrimonio.**- Puesto que las reglas sucesorias aparecen recogidas en la carta fundacional, interesa conocer que los Mayorazgos se fundan por testamento o por contrato; este último modo participa de la naturaleza del primero, dado que el objeto principal de la fundación es una institución perpetua, y difiere del mismo, en cuanto que de su empleo se deriva, concurriendo unas circunstancias, su carácter irrevocable. Transcribimos a continuación el texto que recoge el derecho de fundación:

> "El que ficiere algun mayorazgo, aunque sea con autoridad nuestra ó de los Reyes que de Nos vinieren, ora por vía de contrato, ora en qualquier última voluntad, despues de fecho puédalo revocar á su voluntad ; salvo si el que lo ficiere por contrato entre vivos, hobiere entregado la posesión de la cosa ó cosas contenidas en el dicho mayorazgo á la persona en quien lo ficiere, ó á quien su poder hobiere, ó le hobiere entregado la escritura dello ante Escribano; ó si el dicho contrato de mayorazgo se hobiere hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento ó por otra causa semejante; que en estos casos mandamos que no se puedan revocar; salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió, estuviese cláusula para que despues de fecho lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo fizo, el que lo instituyó reservase en la misma escritura, que fizo del dicho mayorazgo el poder para lo revocar; que en estos casos mandamos, que despues de fecho lo puede revocar"[26].

En las escrituras examinadas, figura como un modo adicional de constitución de un vínculo mediante sentencia compromisoria[27].

Se deriva el carácter irrevocable de la fundación cuando se hizo por contrato intervivos, en los siguientes casos:

1. Cuando se entrega la posesión de las cosas vinculadas.

2. Cuando se otorga la escritura de fundación ante escribano.

3. Cuando dicho contrato se hace por causa onerosa de matrimonio u otra semejante[28].

La licencia Real era exigida antiguamente cuando el fundador tuviere herederos forzosos y existía peligro de causar perjuicio en sus legítimas; más no cuando la vinculación recaía unicamente sobre el tercio o el quinto, o era hecha por el que moría sin legitimarios[29] . Por Real Cédula de 1789 se hizo absolutamente precisa la licencia, cualquiera que fuese la porción vinculada y su defecto se sancionaba con la invalidez de la fundación del vínculo[30].

---

[22]FEBRERO, ob. cit.,T. 2, 174.

[23]GUTIERREZ, ob. cit.,T. 2, 338.

[24]ESCRICHE, ob. cit., 2, 705. GANGUTIA, 29 Julio 1830, (342) contiene la transmisión de un Patronato de Capellanía.

[25]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 2, 343), el nombramiento puede corresponder a persona lega ó eclesiástica, segun la voluntad del fundador, pero la colación e institución canónica, el cuidado y conservación de las fincas, el cumplimiento de los cargos, el conocimiento de la legitimidad de los aspirantes en las capellanias fundadas por consanguineos corresponde al ordinario diocesano. Estas capellanias pueden conferirse a presbíteros ó a los que todavia no lo sean para que se ordenen. Las condiciones requeridas para ordenarse en este tipo de Capellanias están reguladas P.1, 6, 12 a 27.

[26]NR. 10, 17, 4 recoge la ley 44 de Toro. Según GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, 148) los modos de fundar mayorazgo aparecen taxativamente recogidos en la ley, que ha de ser integrada con la facultad de mejorar en testamento y contrato regulada en la ley 17 de Toro.

[27]MEABE, 10 Diciembre 1832, (364): "Es dueño y poseedor legítimo del vínculo electivo de Samaniano, que le corresponde por línea materna con los Patronatos anexos a él de las Capellanías de D...y Memoria de Misa del Presbítero S, J. Samariano, fundadas en la Parroquia de...y Obra Pía , cuyo vínculo fué erigido por los Presbíteros..... en virtud de Sentencia compromisoria pronunciada el dia 24 Noviembre de 1716 en la citada villa de Escoriaza, y testimonio del Escribano de su número D. Antonio de Ereñozu".

[28]NR. 10, 17, 4 (44 Toro) establece el carácter irrevocable de la fundación del vínculo si se hizo por contrato inter-vivos. Recoge GUTIERREZ (ob. cit., T. 2, 217) las opiniones de la doctrina en cuanto a requisitos, capacidad, para fundar vinculaciones y para agregar bienes a las ya fundadas.

[29]Recoge CLAVERO (ob. cit., 224) las opiniones de Molina, Peláez y Gonzalez, Villaroel en el sentido de que cabe gravar el tercio y quinto de libre disposición, recogidas en la ley 27 de Toro, con vínculo sin que se requiera licencia Real.

[30]NR.10, 17, 2 (42 Toro): "Ordenamos y mandamos, que la licencia del Rey para fazer mayorazgo preceda al facer el mayorazgo, de manera que aunque el Rey dé licencia para facer mayorazgo, por virtud de tal licencia no se confirme el mayorazgo, que de antes estuvieren fecho, salvo si en la tal licencia expresamente se dixese, que aprobaba el mayorazgo que estaba fecho". Según GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T.2,148) procedía la nulidad de la vinculación, si se trataba de vincular bienes de valor superior a tres mil ducados, que la licencia se concediese a consulta de la Cámara, que la posición de la familia del fundador le permitiera aspirar a esa distinción, que se evitaran dotaciones en bienes raíces. Según SALA (*El Derecho Civil Español con las correspondencias del Derecho Romano*, comentado por

Las condiciones de capacidad para fundar un vínculo difieren en función que fuere uno u otro el modo de fundación adoptado[31].

Por oportunidad del momento, queremos dejar constancia, al igual que lo hiciéramos al estudiar la mejora, que las leyes de Toro derivan la irrevocabilidad de la fundación del vínculo si fuere por causa onerosa de matrimonio.

La aceptación según los autores mayorazguistas era la siguiente: "Y si el hijo estuviere presente, declárese en la escritura y acéptela y póngase la aceptación en forma ", advierte, al final de su fórmula, Monterroso. "E yo, el dicho F. que presente soy, habiendo visto esta escritura de mayorazgo por mi y en nombre de los sucesores en él la acepto para usar de ella y estimo la merced que los dichos mis padres me han hecho, y prometo y me obligo a que en todo tiempo se guardarán y cumplirán las condiciones y gravámenes de ella", dice la de Melgarejo[32] .

220. **Los derechos de primogenitura en la sucesión de los vínculos regulares.-** La carta fundacional como norma suprema "En los mayorazgos todas las reglas ceden a la voluntad del fundador". Esta regla incide, plenamente en el régimen jurídico del vínculo, si bien se recoge en la Novísima Recopilación al fijar el orden sucesorio de llamamiento de representación en la línea descendente.

> "....de manera que siempre el fijo y sus descendientes legítimos por su orden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan sucedido en los dichos mayorazgos: salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyó"[33].

Las consecuencias que de dicha regla se derivan puede sistematizarse como sigue:

Domingo Morató, T. 2, 128) después de la Real Cédula de 14 Mayo 1789, la licencia era requisito necesario y en virtud de la ley 14, tít. 17, lib. X Nov. Recop. dictada a 21 Agosto de 1795, adicionalmente el pago del 15% del total del importe de la vinculación. Por el contrario GUTIERREZ (ob. cit., T. 2, 218) deja constancia que los autores no tienen un criterio único ni fijo, a la hora de determinar la sanción por la falta de licencia.

[31]Puede verse en GUTIERREZ (ob. cit., T. 2, 217) diversos supuestos de defecto de capacidad y modos de su suplencia.

[32]Según tomo de CLAVERO, ob. cit., 249.

[33]NR. 10, 17, 15 (40 Toro).

1. Que se encuentren vinculados estos bienes perpetuamente[34], dicen las escrituras "que se reservan hasta el fin del mundo la propiedad de los bienes para los familiares"[35].

2. Que los bienes no puedan enajenarse ni gravarse por acto *inter-vivos* , tal y como se recoge en al carta.

> "Funda constituye y forma vínculo perpetuo electivo, para siempre jamás del mundo, de la dicha casa y casería solariega, e infanzona de Otalora, sea de vínculo perpetuo electivo, sin que se pueda vender, ceder, donar, trocar, dividir, cambiar, partir, renunciar, ni en manera enajenar, sino es que siempre sean los insinuados bienes raices indivisibles, e inenajenables, sujetos a restitución, ni menos se puedan hipotecar, ni obligar especial ni generalmente, tácita, ni expresamente, ni en otra forma, que la malicia discurriere ó pueda discurrir, por ningún caso motivo, ni acontecimiento, pensado, ni por pensar que se ofrezca y suceda[36]".

Hemos de tener presente que tratándose de la vinculación de bienes troncales, la limitación que entraña la troncalidad queda fortalecida, puesto que a sus reglas se yuxtaponen las propias de la vinculación, quedando garantizado de este modo el que los bienes no puedan salir de la familia ni por actos inter-vivos ni mortis causa[37], se imponga la indivisión de los mismos y la prohibición de gravarlos. Esta prohibición ha de interpretarse en el sentido más riguroso y amplio de los términos.

No cabe el que se lleve a cabo ningún acto de disposición o gravamen inter-vivos, ya que los bienes vinculados se nominan "indivisibles, inenajenables y sujetos a restitución".

Como excepciones a la regla prohibitiva de gravámen se establece, la afectación de los bienes para la reversión de las dotes que hubieren entrado en el patrimonio del

---

[34]INUNCIAGA, 4 -10-1823, (288): "Y esta fundación e institución de vínculo electivo perpetuo, hace con las circunstancias, gravámenes, llamamientos, declaraciones y prevenciones siguientes, que se han de guardar, cumplir y ejecutar inviolablemente, bajo de las penas, que iran puestas".

[35]ASTIAZARAN, 2- 5- 1833, (224); INUNCIAGA,4- 10-1823, (288).

[36]INUNCIAGA,4- 10-1823, (288).

[37]ASTIAZARAN, 2 Mayo1833, (224): "Considerando ser este medio de mucha utilidad y conveniencia, y el único para que se conserven y anden juntos en un solo poseedor los expresados bienes, y hacienda raíz, porque en defecto se asensuan, empeñan, obligan y vienen a enajenarse, como la experiencia lo está demostrando con demasiada frecuencia, y con el gravamen del vínculo se asegura la conservación perpetua de la referida hacienda y consiguientemente se logra la memoria del linaje, y el sufragio de las benditas Animas de los dueños pasados, presentes, y venideros".

ZUAZUA, 22- 10- 1825, (107): "Fundación del vínculo perpetuo electivo para que nunca pudiesen ser gravadas la casa y casería de Isasi, para que todos los referidos bienes raíces desde aquel día en adelante para siempre jamas fuesen de tal vínculo y Mayorazgo, vajo de los llamamientos, condiciones, circunstancias, cargas y pensiones que por menor constan en la escritura".

sucesor en el vínculo, en cuyo caso cabe el asensuar, gravar y obligar hasta la cantidad de lo que importasen las mismas dotes[38], y para el supuesto de siniestro, según refieren las escrituras incendio, aplanamiento u otras obras necesarias para el mantenimiento del edificio, en cuyo caso puede gravarse el vínculo[39], con la precisa circunstancia de decapitarse con la primera dote que se introduzca al vínculo[40], finalmente se faculta a permutar algunos de los pertenecidos de los bienes vinculados si es en beneficio del vínculo[41].

2º En la disposición *mortis causa* ha de seguir la ley o la carta fundacional, respectivamente, en función de que se trate de un vínculo regular o irregular[42].

> "Que este vínculo haya de ser y sea perpetuamente electivo, de forma, que los poseedores, que fueren de él puedan llamar y elegir para su sucesión a qualquiera de sus hijos ó hijas que tuvieren, prefiriendo siempre los del primer matrimonio; al que, ó a la que mejor le pareciere para la conservación y aumento de este vínculo; haciendo dicha elección, y nombramiento, si quisieren, en hembra, aunque haya varones, respecto de que la voluntad expresa del otorgante ha sido, y es, que no haia preferencia de varon a hembra, ni de maior a menor, sino de los hijos e hijas del primer matrimonio, a los del segundo, conforme a fuero"[43].

A la vista de lo expuesto, debe entenderse, que en los vínculos necesariamente ha de designarse sucesor porque es el único modo de disposición posible y llevarán a cabo dicha elección en la forma que se indicará más adelante.

221. **La designación de sucesor en el vínculo electivo acogiéndose al Fuero y al Derecho.**- Tanto la fundación de los vínculos como la designación de sucesor en los mismos se llevan a cabo acogiéndose a la carta fundacional, al Fuero y al Derecho.

El Fuero admite la vinculación de los bienes como regla general al fijar como excepción, que no cabe gravamen, vínculo, sumisión o restitución sobre lo que

---

[38]INUNCIAGA, 4 -10-1823, (288).

[39]AZTIAZARAN, 29-9-1824, (144); AZTIAZARAN, 2-5-1833, (224); INUNCIAGA, 4 -10-1823, (288).

[40]AZTIAZARAN, 2-5-1833, (224); AZTIAZARAN, 29-9-1824, (144).

[41]AZTIAZARAN, 2-10-1824, (145).

[42]GANGUTIA, 2 -6-1830, (309): "Le dió poder para hacer elección de tronquero de la Casería Upategui, de todos sus pertenecidos y del indicado Patrono de Lego, de todos sus pertenecidos vinculados, arreglándose en un todo a las cláusulas e institutos de sus respectivas fundaciones...".

[43]INUNCIAGA, 4 de Octubre 1823, (288).

constituye la tierra de apartación, con la que se les separa a los hijos no elegidos[44]. Al fundar el vínculo, no existiendo normas forales específicas, lo hacen acogiéndose al Derecho del Reino y adoptando la modalidad de vínculo electivo, cuyo régimen se corresponde con los principios del sistema vizcaíno.

Al fundar el vínculo se hace expresa referencia a la sumisión al fuero y a las leyes del Reino[45].

> "otorgan valiéndose de las facultades que les concede la Fundación del vínculo electivo y las leyes de este MN. y ML. Señorío de Vizcaya"[46]

Sobre este particular volveremos más adelante al analizar si la fórmula designatoria objeto de estudio responde a una aplicación de la normativa sobre vínculos o a la aplicación del fuero, preceptos a su vez recogidos en la carta fundacional.

222. **Diferencias entre el régimen sucesorio de los vínculos regulares y de los irregulares.**- Al analizar el régimen sucesorio de los Mayorazgos, debe diferenciarse el que corresponde a los Mayorazgos regulares respecto a los irregulares, dado que sus regímenes vienen determinados, respectivamente, por la ley o por la voluntad del fundador.

De la definición que diera Molina del mayorazgo como "sustitución sucesoria por orden de primogenitura de carácter perpetuo", puede deducirse que el derecho sucesorio general de mayorazgo sigue el orden de primogenitura; esta regla se identifica con la

---

[44]FN, 20, 7: "Que havían de Fuero, y establecian por Ley, que los Padres, ó otros qualesquier disponientes en vida, ó en muerte, no puedan poner en perjuicio de la legítima y de lo que se debe á aquellos en quien la tal disposición se hace gravámen alguno, vínculo, sumisión, ni restitución en aquella tierra raíz, con que hacen la apartación...".

[45]INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288): "usando de la facultad concedida por las Leyes del citado duero, por el tenor de este Instrumento, su fuerza, y autoridad, en aquella vía, modo, y forma, que mejor puede, debe y haya lugar por el mismo fuero, y derecho, funda, instiuie y forma vínculo perpetuo electibo para siempre jamás, del mundo".

[46]GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310).

establecida para la sucesión de la corona en la Ley 2, tít. 15, Part.2[47] integrada por lo dispuesto en la ley 40 de Toro[48].

Del principio adoptado por la ley se infiere que el mayorazgo regular es aquél a cuya sucesión se llama, primero al hijo mayor respecto al menor y al varón respecto a la mujer, y después a los demás por el mismo orden, guardándose entre ellos la prelación, atendida la línea, grado, sexo y la edad, sucediendo lo propio en los trasversales.

La interpretación de estas leyes suscitó dudas respecto a la vigencia del derecho de representación en las tres líneas, duda que fué disipada mediante la Pragmática de 5 de Abril de 1615, en la que se ordena: "que en la sucesión de los mayorazgo, vínculos o patronazgos y aniversarios que de aquí en adelante se hicieren, así por ascendientes como por transversales o extraños, se guarde lo dispuesto en las dichas leyes de Partida y Toro y se suceda por representación de los descendientes á los ascendientes como a la línea descendente en relación a la ascendentes en todos los casos, tiempos, líneas y personas en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos, aunque la muerte haya sido antes de la institución de ellos si no es que el fundador hubiera dispuesto lo contrario"[49].

La elección ha de llevarse a cabo entre los hijos del matrimonio que contrae, y no los de un segundo o tercer matrimonio que pudiere celebrar[50].

---

[47]P. 2, 15, 2: "E por escusar muchos males que acaescieron, e podrían aun ser fechos, pusieron que el Señorio del Reyno heredassen siempre aquellos, que viniessen por varón, y non ouisse, la fija meyor heredasse el reyno. E aun mandaron, que si el fijo mayor muriesse, ante que heredasse, si dexasse fijo ó fija, que ouisse de su muger legítima, que aquel, ó aquella lo ouisse, e non otro ninguno. Pero si todos estos falleciessen, deue heredar el reyno, el más propincuo pariente, que puesse, seyendo ome pasar ello: non auiendo fecho cosa, porque lo deuiesse perder....".

[48]NR. 10, 17, 5 (40 Toro): "En la sucesión del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, ó de aquel á quien pertenesce, si el tal hijo mayor dexare fijo, ó nieto, ó descendinte legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel a quien el dicho mayorazgo pertenescia. Lo qual no solamente mandamos que se guarde, y platique en la succesion del mayorazgo á los ascendientes, pero aun en la succesión de los mayorazgos a los tranversales, de manera que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos, por su orden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no ayan succedido en los dichos mayorazgos, salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó, y ordenó el mayorazgo, que en tal caso, mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó"

[49]La Pragmática. 5 Abril 1615 (NR. 9, 17, 10): "....y mando, que no se suceda por representación, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten expresiones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean: lo qual se guarde sin distinción ni diferencia alguna, no solamente en la sucesión de los mayorazgos á los trasversales, y no solo en los transversales al último poseedor, sino tambien en los que fueren del instituido".

[50]AZTIAZARAN, 29 Septiembre 1824, (144); INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288), esta es una referenca que aparece comúnmente.

El mayorazgo regular no podrá introducir, sin mutación de su naturaleza, exclusiones "por ninguna cualidad" dentro de sus llamamientos, bien por razón de sexo, ilegitimidad, religión, incapacidad y condición penal, por el contrario, tratándose de mayorazgo irregular, es frecuente la exigencia de algunas de estas cualidades según hemos comprobado en las cartas fundacionales.

Los hijos naturales no tienen prohibición de suceder en los mayorazos, pero suceden a falta de descendientes legítimos. Los demás ilegítimos están excluidos, asimismo los hijos adoptivos.

La preferencia de la línea derecha y dentro de ella el varón si lo hubiese y en su defecto la mujer. El derecho de representación dentro de la línea. La preferencia de línea y la proximidad de grado. La inexistencia de incapacidades por razón de salud o estado religioso. La pérdida del derecho de primogenitura por delitos (Lesa Magestad divina y humana, sodomía y heregía) o por incumplimiento de las cargas y condiciones que le hubieren sido impuestas[51].

223. **La carta fundacional de los vínculos electivos como norma suprema. Requisitos que se establecen en la designación de sucesor.** - En los mayorazgos irregulares el instituto fundacional, es el verdadero punto de partida por ser la ley fundamental de ordenación del mayorazgo[52]. Para ver los límites de este principio según el cual todo derecho cedería a la voluntad del fundador, hay que plantearse la cuestión de la facultad de fundación de mayorazgo. Las normas imperativas, que en aspectos sustantivos y formales condicionan la actuación del fundador serán los límites a la facultad de fundación.

En las cartas fundacionales de los vínculos electivos, se proclama el caracter "electivo del vínculo, sin preferencia de mayor a menor y de varón a hembra"[53].

La libertad en la elección de sucesor se consigna como sigue:

---

[51]GUTIERREZ, ob. cit., 252 ss.

[52]Se recoge la fundación de un vínculo electivo y establece INUNCIAGA, 4 de Octubre 1823, (288): "Y esta fundación e institución de vínculo electivo perpetuo, hace con las circunstancias, gravámenes, llamamientos, declaraciones y prevenciones siguientes, que se han de guardar, cumplir y ejecutar inviolablemente, bajo de las penas, que irán puestas".

GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309): "Le dió poder para hacer elección de tronquero de la Casería Upategui, de todos sus pertenecidos y del indicado Patrono de Legos, de todos sus pertenecidos vinculados, arreglándose en un todo a las cláusulas e institutos de sus respectivas fundaciones...".

[53]En dos vínculos electivos se designa sucesora: ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153); ASTIAZARAN, 26 Octubre 1830, (205).

> "Con facultad de que entre los hijos que su dibina Magestad les concediese en el pudiesen hacer la Elección y nombramiento de subcesor o subcesora de los expresados vínculos y Mayorazgos cuando fuese su voluntad, ateniendose a la cláusula de su fundación"[54].

La facultad de elección se matiza en la carta mediante el establecimiento de unas cualidades que han de concurrir en el sucesor:

1. Tienen una vocación preferente a estos bienes los hijos del primer matrimonio del sucesor[55], en defecto, podrá llevarse a cabo la elección entre los del segundo o tercero. Se añade que se seguirá esta regla, al igual que para los bienes libres acogiéndose al Fuero.

2. Quedan excluidos de la sucesión los hijos espureos y adulterinos. El hijo natural podrá ser llamado a suceder en defecto de filiación legítima habiendo hijos legítimos[56].

3. Que han de ser cristianos viejos, y en ningún modo puede ser un hereje, judio, cismático ni de otra secta reprobada[57].

---

[54]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

[55]LANDABURU, 26 setiembre 1833, (98): "Capitula bajo la calidad y circunstancia precisa de que han de suceder de hecho y derecho en todos estos bienes vinculados, y libres contratados por el los hijos que tubiese en este matrimonio de su futura esposa, y de ningún modo los de segundo, ni tercero, habiendo succesión del primero, pues han de succeder precisamente los hijos de él por su orden con arreglo a la fundación de los vínculos tanto en sus bienes, como en los de libre disposición y demás capitulado expresamente para él sin que en manera alguna pueda hacer tránsito la succesión de ellos por nombramiento, donación intervivos, por última disposición ni en otra forma a los del segundo ni tercero, no siendo a falta de hijos del primero conforme prescriben las leyes forales de este M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya, con cuya disposición se conforman a maior abundamiento los otorgantes de este contrato". LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78): "Que han de suceder precisa y necesariamente conforme a fuero y derecho en el mayorazgo regular de Arzuaga de abajo y vínculo electivo de Mendraca Elejalde, sus agregados y pertenecidos de que se componen, los hijos que hubiese del matrimonio que han de contraer los citados D. J.Q. y D. A.B. , y de ningún modo los hijos de segundo ni tercer matrimonio, habiendo del primero, que sucederán por su orden con arreglo a al naturaleza de los vínculos, sin que en manera alguna pueda hacer tránsito la sucesión de dichos vínculospor nombramiento ni en otra forma a los del segundo ni tercero, no siendo en el caso de faltar hijos del primero, cuya condiciópn que es muy conforme a fuero y derecho se observará sin alteración ni tergiversación alguna, si ocurrriese el caso, como facilmente podía acontecer de quedarse el poseedor viudo con hijos de su matrimonio, y contraer segundo, y estipulando su cumplimiento se preserva el derecho legítimo de sucesión de todo contratiempo y dispusta contenciona."; INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288) "Que no haia preferencia de varon a hembra, ni de maior a menor, sino de los hijos, y hijas del primer matrimonio, a los del segundo, conforme a fuero..".

[56]INUNCIAGA,4- 10-1823, (288).

[57]AZTIAZARAN, 2-10-1824, (145); AZTIAZARAN, 2-5-1833, (224); INUNCIAGA,4- 10-1823, (288).

4. Quedan excluidos los profesos y clérigos ordenados de orden sacro, pero no se extienda esta exclusión a las ordenes militares[58].

5. En el supuesto de que el elegido incurriere en crimen de herejía o Lesa Magestad, no podrá secuestrarse el vínculo, sino que se ordena pierda por el mismo hecho la posesión y pase al hijo o pariente suyo que corresponda[59].

6. La referencia a la residencia del designado que aparece en algunas escrituras, no puede atribuírsele carácter de cualidad exigible. Esta respuesta tiene correspondencia con la interpretación dada por los autores mayorazguistas que entienden no es usual su incorporación y tienden a excusar su cumplimiento[60].

7. Se faculta al poseedor para que goce de libertad de elegir o de apoderar para que elijan en su nombre y en defecto se apodera por la carta[61].

8. Se prevé que si faltasen todas estas líneas, el último poseedor procederá al nombramiento de sucesor entre los provenientes de la misma casería de Ganzagaechevarría sin preferencia de mayor a menor ni de varón a hembra dentro del cuarto grado"[62].

9. Sólo en defecto de tal ejercicio la carta dispone quienes han de ser los sucesores, cuidándose de aclarar que sólo será aplicable esta designación, en esa única ocasión, asegurando de este modo, el que el vínculo tenga un sucesor. Se expresan en estos términos:

> "Que aún cuando el poseedor muriese sin nombrar sucesor, ó sin dar facultad para ello ha de tener el viudo ó viuda de hacerlo en sus hijos, y si tambien falleciese sin verificarlo, los dos parientes mas cercanos ambos marido y muger, aun en el caso de que no tuviesen hijos del matrimonio, para poder hacer el nombramiento en uno de los parientes dentro del cuarto grado"[63].
>
> " ....pero si ambos padres falleciesen abintestato y sin hacer dicha elección, en este caso, y no más, y sólo por aquella vez, que acaeciese, succeda en este vínculo el hijo maior varón, y a falta de los varones, la hija maior, de unos y otros del primer matrimonio, y no habiendo ninguno de este, los del segundo por el mismo orden, sin perjuicio de usar en lo succesivo de la mencionada elección, sin preferencia de varón, ni

---

[58]INUNCIAGA,4- 10-1823, (288).

[59]AZTIAZARAN, 2-5-1833, (224).

[60]Según CLAVERO, (ob. cit., 255) Rojas y Almansa 2,6, niegan la aplicación de la condición de residencia.

[61]INUNCIAGA,4 Octubre 1823, (288)sean los padres o supérstite el que elija.

[62]AZTIAZARAN, 29 Septiembre 1824, (144); AZTIAZARAN, 2 Mayo 1833, (224).

[63]AZTIAZARAN, 2 Mayo 1833, (224).

maior, tambien entre los hijos, e hijas de primer matrimonio, con preferencia a los del segundo"[64].

A la vista de lo expuesto, podemos afirmar que el poder para testar se amplía en este tipo de designaciones, tanto por el número de apoderados-comisarios como por la fórmula de cierre que con carácter subsidiario establece el fundador a fín de evitar el llamamiento legal y la división del patrimonio.

La perpetuación del linaje determinó el que no sólo patrimonios de cierta envergadura económica, sino tambien el consistente en casas y caserías infanzonas fueran vinculadas, bajo la forma del vínculo electivo, que consagra el principio de libertad en la elección de sucesor, principio incardinado como regla sucesoria en el sistema sucesorio vizcaíno.

II. La designación de sucesor en bienes troncales vínculados.

224. **Acreditación del título posesorio que le legitima para disponer.-** Al objeto de acreditar la legitimidad en el título por parte del instituyente, se acredita el título en virtud del cual goza de la tenencia pacífica de los bienes:

"El nominado D. J.A de la Mella, declara es poseedor legítimo del vínculo ó Mayorazgo regular que fundó D. N. U por su testamento cerrado que otorgó el 21 de Marzo 1626, que fué comprobado judicialmente por testimonio de D. A. I. Escribano que fué de la Merindad de Durango, a cuyo vínculo pertenecen.....Que consiguientemente D. J. A. como tal poseedor legítimo del vínculo designa sucesor a su hijo.."[65]

Recoge en el contrato matrimonial una exposición detallada de la procedencia de los bienes[66], con tal motivo, no se limita a indicar quien ostentó la titularidad

[64]INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288).

[65]ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120).

[66]ASTIAZARAN, 7 Mayo 1828, (182): recogemos un resumen de esta historia transmisoria correspondiente a un Patrimonio vinculado. En esta escritura se detalla que los bienes se dispusieron en testamento cerrado otorgado el 13 Septiembre1690 ante el escribano Ostendi de Bilbao en el que se vincularon las casas. Por testamento cerrado 25 Febrero 1735 se agregaron al vínculo bienes raíces, siendo abierto ante el escribano Uriarte de Bilbao. Que el Presbítero gentil hombre de Cámara del Eminentísimo Cardenal Arzobispo de Toledo donó en contrato matrimonial la casería sita en el valle de Gordejuela. Fundó Mayorazgo Regular el tercer abuelo materno del novio, Gobernador y Caballero de la Orden de Calatrava 17 Marzo 1676 en escritura otorgada en Madrid, que comprende Palacio, 9 caserías, casa en Eibar, 75 libras de plata labrada. En el Contrato matrimonial el 10 Agosto1695 ante el escribano Latatua de Durango erigió Mayorazgo regular con la Ferrería y las casas. En el contrato matrimonial 10 Enero1770 ante el escribano Aranzazugoitia los abuelos paternos se contrataron con los bienes vinculados referidos. En el contrato matrimonial de 19 Febrero 1775, ante el escribano Aranzazugoitia los abuelos maternos se contrataron con bienes vinculados, y recibieron por donación bienes libres, ferrería casa

anteriormente y en virtud de que título le fué transmitido, sino que lo común, es que se remonten a la carta fundacional y se eslabone detalladamente el tracto sucesorio de titularidades hasta el momento presente, lo que permite la reconstrucción de la historia sucesoria de los vínculos[67], llegando retrospectivamente, en algunos casos, hasta el s. XVII[68]. Se expresan en términos semejantes:

"Que dichos D. B. y D. I, por escritura matrimonial que otorgaron los relatantes el 19 de Enero 1799, en testimonio de D. Francisco Antonio Zamácola, ya difunto Escribano que fué de este número, hicieron elección y nombramiento de subcesor tronquero en propiedad y posesión, en el compareciente D. B. M. , de la indicada casa y casería solar infanzona de Lequericabarrena, su accesorio, orrio y todos sus pertenecidos, con el referido Patronato de la Capellanía que instituyó la indicada D. C. L. , y en su

habitación del ferrón y molinos con 5 piedras de moler y 3 casas. En el contrato matrimonial el 4 Febrero 1790 ante Sagarminaga de Bilbao, los padres hicieron donación el 1 Marzo 1825, ratificada en 26 Abril 1828 ante el escribano Uribarri de Bilbao a favor del contrayente y en esta escritura se contrata con dichos bienes".

[67]GANGUTIA, 29-7-1830, (310) "...que D. B. M. y D. I. G. ya difuntos marido y muger legítimos vecinos que fueron de esta dicha villa de Elorrio, y padres del compareciente D. B. M., por su escritura Matrimonial que otorgaron el día 17 Mayo 1759, en testimonio de D. Juan Antonio de Amandarro, Escribano que fué del número de ella, fundaron un vínculo electivo de la casa y casería solar Infanzona de notorios Hijosdalgo titulada Lequericabarrena, su accesoria, orrio y demas sus pertenecidos de tierras de heredades, montes, jarales, porciones de Egurzas y molino que con ellos es sita y notoria en la Barriada de Lequericas Cofradía de San Adrian de Arguineta Jurisdicción de la misma villa Agustin de Echevarria de ella, y que al mismo Vínculo correspondía tambien el Patronato de la Capellanía que fundó D. C. L. que pertenence a los dueños de dicha casería a la que se remiten.

GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300)"Los expresados ....y su muger..,.dijeron : que ...conjuntos legítimos , fueron dueños en posesión y propiedad de la casa y casería solar Infanzona de..., y de todas sus tierras. Que dichos...fundaron vínculo electivo sin preferencia de mayor a menor, ni de varón a hembra con dicha casa y casería solar Infanzona de...y todos sus pertenecidos, honores y preeminencias, a excepción de una heredad que dejaron sin vincular, para pagar y satisfacer con su valor e importe de...que estaban debiendo a diferentes personas, procedentes de escrituras de censo....y elijieron y nombraro por primer inmediato sucesor para el goce y obtención del estado vínculo electivo y tronquero a..., valiéndose para el efecto de las facultades concedidas por las Leyes del Fuero de este M.N. M. L. Señorío de Vizcaya, en la escritura de Capitulaciones Matrimoniales, que precedió para el que contrajo con ..... el día 8 Setiembre de 1747, en fé de Isasi, Escribano que fué del Numero de Elorrio. Que los recordados...a su vez elijieron y nombraron a ....padre del declarante, por sucesor y tronquero de dicho vínculo electivo en escritura de Capitulaciones Matrimoniales, que precedió para su casamiento con ....., madre del mismo relatante, viuda, vecino de esta villa de Elorrio , el 26 de Noviembre de 1776, en fidelidad de Amandarro, de Elorrio. Que en la referida última escritura de Capitulaciones Matrimoniales agregaron y unieron al expresado vínculo electivo, la referida heredad que en la fundación del vínculo se dejo libre. Que los padres del otorgante en la Escritura de Capitulaciones Matrimoniales, que precedió para el que contrajeronn los declarantes, y fue otorgada el 20 de Abril de 1801 en testimonio de Azcarraga, Escribano de Elorrio, por causa honerosa de matrimonio, de un acuerdo y conformidad, elijieron y nombraron por sucesor, y tronquero de dicho vínculo electivo ....al declarnte....y en consecuencia los relatantes se hallan disfrutando en propiedad y posesión, quieta y pacíficamente de dicho vínculo electivo y sus agregados."

[68]ASTIAZARAN, 7 Mayo 1828, (182).

consecuencia son dueños y poseedores únicos del referido vínculo electivo y han estado y están en quieta y pacífica posesión de ellos[69].

Se indica la composición del patrimonio vinculado y en numerosos casos, se incorpora a la escritura el inventario de los bienes[70], respondiendo frecuentemente a imperativo de la carta fundacional. Ha de tenerse en cuenta que sólo los bienes inventariados quedan afectos a la vinculación, de ahí la importancia y el detalle de estos inventarios.

Se deja constancia que quedan incorporadas al vínculo las mejoras y aumentos que experimenten los bienes y en cada nueva designación sucesoria se hace alusión a estas mejoras incorporadas[71], donándose adicionalmente las mejoras como fórmula de cobertura ante un posible excedente[72]. Tratándose de bienes que por diverso título han entrado en el patrimonio del titular, su incorporación al vínculo requiere un nuevo acto de afectación[73].

225. **La designación de sucesor en el Mayorazgo Regular en contrato matrimonial.-** Existen 4 contratos matrimoniales en los que se recoge la designación de sucesor en Mayorazgo Regular, la fórmula de designación empleada dice:

"Otorga que elige y nombra al nominado su hijo J.D.B. por subcesor heredero y tronquero del indicado Vínculo Regular[74]".

El contenido íntegro de la designación de sucesor heredero tronquero en Mayorazgos Regulares, es del siguiente modo:

---

[69]GANGUTIA, 29-7-1830, (310).

[70]ZUAZUA, 22 Octubre 1825,(107): comprende el inventario de los bienes del. Vínculo de Guerracoa, del Vínculo de Isasi, del Vínculo de Larramendi y Escribanía;

[71]ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120): al designar sucesor es común el que se diga "nombra sucesor de dicho vínculo ó Mayorazgo, fundado por el nominado D. N. A, con todas las mejoras y aumentos que se le han hecho".

[72]AZTIAZARAN, 25 Mayo 1833, (225): contiene la designación de Sucesor tronquero . La fundación del vínculo electivo se llevó a cabo en las capitulaciones matrimoniales el 14 Abril 1741 ante Amarica. Se designó sucesor en capitulaciones matrimoniales el 10 de Diciembre 1773 ante Ormaondo. Posteriormente el designado hizo a su vez designación sucesor en escritura de capitulaciones el 10 Diciembre 1804 y por último la designación que contiene el contrato que hemos examinado.

[73]MEABE, 12 Marzo 1827, (339): Incorporación bienes al vínculo. Casa, casería Solar Infanzona, Molino tres moliendas,hórreo ó arnaga, heredadesde pan sembrar, manzanales, castañales, montes y demás pertenecidos, sepultura y asiento varón; ASTIAZARAN, 7 Mayo 1828, (182).por testamento cerrado otorgado por el Presbítero 13 Septiembre 1690 ante el escribano Ostendi de Bilbao se vinculó las casas y por testamento cerrado 25 Febrero 1735 se agregaron al vínculo bienes raices.

[74]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309).

"El nominado D. J.A de la Mella, declara es poseedor legítimo del vínculo ó Mayorazgo regular que fundó D. N. U por su testamento cerrado que otorgó el 21 de Marzo 1626, que fué comprobado judicialmente por testimonio de D. A. I. Escribano que fué de la Merindad de Durango, a cuyo vínculo pertenecen.....Que consiguientemente D. J. A. como tal poseedor legítimo del vínculo, desde ahora elije y nombra sucesor de dicho vínculo ó Mayorazgo, fundado por el nominado D. N. A, con todas las mejoras y aumentos que se le han echo, al citado hijo primogénito" [75].

"...así dicha casería de Upategui con todos sus pertenecidos, como los censos y la insinuada Casa de Anguio del Patronato de Legos, son de vínculo y Mayorazgo perpetuo regular de todos ellos, con preferencia de mayor a menor y de varón a hembra, segun y de la manera que se suele fundar los Mayorazgos en España segun mas por menor resultará de la indicada escritura matrimonial y de otra que otorgaron el veinte y cinco de Mayo de mil setecientos setenta y tres, en testimonio de D. Andrés de Ascarraga, difunto, igual escribano que fué de este número ..... Otorga que elige y nombra al nominado su hijo J.D.B. por subcesor heredero y tronquero del indicado Vínculo Regular de la referida Casa y Caseria Solar Infanzona de Upategui, casa chiquita de Anguio, y Patronato de Legos"[76].

Como ha quedado indicado en los vínculos regulares, no existe libertad en la elección, ni existen unas reglas específicas contenidas en la carta fundacional, sino que será la legislación castellana sobre Mayorazgos contenida en las Partidas y leyes de Toro, la que establece la regla "de mayor a menor y de varón a mujer" consagrando el principio de primogenitura y masculinidad[77].

A la designación le acompaña el apartamiento de los demás hermanos, siguiendo la fórmula foral[78]. Se da un tratamiento diferenciado a los bienes libres, que se donan al hijo contrayente y los vinculados en los que se le designa sucesor[79].

En todas estas escrituras hay un dato remarcable: los patrimonios pertenecientes a vínculos regulares se consideran de mediano tamaño, su composición es variada y en ocasiones aglutina diferentes vínculos, Capellanías, Patronatos, molinos, ferrerias, capital mobiliario, tanto bienes sitos en villa como en Anteiglesia[80].

---

[75]ZUAZUA, 7 Junio 1832,(120).

[76]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309).

[77] ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120).

[78]ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153): "excluyendo a los demás que consideren tener derecho con un árbol su tierra y raíz".

[79]ZUAZUA, el 7 Junio 1832, (120).

[80]MEABE, 10 Diciembre 1832, (364) esta escritura aglutina cuatro vínculos. Vínculo electivo Samaniego creado por Sentencia. compromisoria 14-11-1716 ante el Escribano Antonio de Ereñozu, el vínculo electivo de Uriarte fundado 22-3-1720 ante Martin de Salterain, y el vínculo regular de Jausoro, fundado en C. M. 19-7-1759 ante García Garay. Este último comprende Palacio, Ferrería llamadas Morgaola. Bienes libres de la misma línea una fragua comprada 3-6-1825 ante el Escribano Meabe, el.Molino de Zurinabolueta, con sus piedras, rodetes, pesebres, agua, presas, pesas y demás, con el puente

Los vínculos regulares pertenecen a familias de abolengo que ostentan cargos públicos relevantes, tales como Regidor Capitular de la villa de Bilbao y Síndico Procurador General del Ayuntamiento de Durango y a su vez Abogado de los Reales Consejos[81].

En los siglos XVII y XVIII, los autores mayorazguistas elaboraron la doctrina de la incompatibilidades, tendente a evitar la acumulación de mayorazgos provenientes de distintas familias, tomando como base legal la Pragmática de 22 Diciembre de 1534, que aparece recogida en la Novísima Recopilación, y que prohibía la unión por casamiento en una persona de dos mayorazgos de más de dos cuentos [82].

Hemos constatado que en los Vínculos Regulares examinados no se hace referencia alguna a tales acumulaciones ni alusión alguna a la Pragmática de 1534 y si bien existen título de designación que aglutinan varios vínculos, no existe ninguna escritura en la que ambos contrayentes aporten un vínculo al matrimonio, siendo lo frecuente, el que uno aporte el patrimonio vinculado, en tanto que el otro, aporta una cantidad en metálico en concepto de dote.

226. **La designación de sucesor tronquero en el vínculo electivo en contrato matrimonial.-** La designación de sucesor tronquero en los vínculos electivos aparece recogida de la siguiente manera:

> "En la vía y forma que mejor pueden, y a lugar en fuero y derecho desde luego hacen elección y nombramiento de subcesor y tronquero legítimo....en las casas vinculadas" [83].

El contenido íntegro de la designación de sucesor tronquero en el vínculo electivo aparece consignado de este modo:

> "En la vía y forma que mejor pueden, y a lugar en fuero y derecho desde luego hacen elección y nombramiento de subcesor y tronquero legítimo de las indicadas dos casas y

---

de piedra. El Vínculo electivo Gumucio, recibida por donación y elección que le hizo ante Meabe 16-8-1825 con las condiciones y gravámenes que en ella se expresan, Capellanía Eclesiástica colativa fundada en la Parroquial Amorebieta, Heredades, montes, caserías, créditos, caudal, librería , plata labrada, alhajas de oro y menage de casa.

[81]AZTIAZARAN, 7 Mayo 1828 (1832) y MEABE, 10 Diciembre 1832, (364).

[82]Pragmática 1534 (NR. 10, 17, 7): "Somos informados, que por causa de haber juntado en estos nuestros reynos de poco tiempo a esta parte por vía de casamiento algunas casas y mayorazgos, y la fama dellos y de sus linages se ha disminuido.....y quando por vía de casamiento se vinieren a juntar dos casas de mayorazgo, que sea la una de ellas de valor de dos cuentos de renta...suceda solamente en una de los tales mayorazgos y el hijo segundo suceda en el otro...."

[83]AZTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153).

> caserías Solares Infanzonas vinculadas de Anguio de Suso y Arauna Onandia, porciones de molino de sus respectivas heredades de pan sembrar, manzanales, castañales, robledales.....onores, preeminencias, prerrogativas, acepciones, derechos, usos y servidumbres, en el nominado su hijo A. S. I. , en contemplación al matrimonio que ha de contraer con M. V. I, e hijos que Dios les diere[84]"
>
> "Ahora por sí y usando del apuntado poder otorga, que nombra por sucesora tronquera por lo que ahora toca de la referida hacienda vinculada de Sarriogarte, sus honores, preheminencias sepultura y asiento de varon a la nominada M. de S. para el matrimonio concertado con dicho A. O. para que haya y goce en la conformidad que abajo se expresará, excluyendo con arreglo a fuero de este M.N. y M.L. Señorio a J.J de S. tambien su hija y a los hijos de su segundo matrimonio, dándole poder para que disponga como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título, excluyendo a los demás que consideran tener derecho con un árbol su tierra y raíz, cuyo nombramiento hace bajo de las condiciones siguientes..."[85].
>
> "Otorga que elige y nombra por tronquero y subcesor de los mencionados vínculos....en favor del precitado hijo, con facultad de que a su vez puedan hacer éste igual elección y nombramiento para la sucesión y obtención de dichos tres vínculos, observando las cláusulas y condiciones que comprenden los mismos, y excluyendo y apartando a mayor abundamiento ....."[86].
>
> "para que él y sus subcesores lo gozasen y poseyesen cada uno en su respectivo tiempo, excluyendo como excluyó en conformidad con dichas Leyes forales a todos los demas parientes y demas que pretendiesen derecho al citado vínculo"[87].

Por el contrario en los vínculos irregulares al llevar a cabo la elección de sucesor ha de atenerse a la carta y al cumplimiento de las cualidades que debe reunir el elegido.

En las escrituras se indica que la designación se lleva a cabo gozando de las atribuciones que la carta fundacional y que el fuero le confieren[88], eligiendo entre los hijos habidos en el primer matrimonio, y descendencia[89], tal y como dispone el fuero[90],

---

[84]ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118).

[85]AZTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153).

[86]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

[87]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

[88]GANGUTIA, 29-7-1830, (310): "otorgan valiéndose de las facultades que les concede la Fundación del vínculo electivo y las leyes de este MN. y ML. Señorío de Vizcaya"; LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78): "Que han de suceder precisa y necesariamente conforme a fuero y derecho en el mayorazgo regular de Arzuaga de abajo y vínculo electivode".

[89]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107): "con arreglo a la Leyes del Fuero de este dicho noble Señorío, para que él y sus subcesores lo gozasen y poseyesen cada uno en su respectivo tiempo".

[90]INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288),"....que los poseedores, que fueren de él, puedan llamar y elegir para su sucesión a qualquiera de sus hijos, o hijas, que tuvieren .no haia preferencia de varon a hembra, ni de maior amenor, sino de lo hijos del primer matrimonio frente a los del segundo";

en defecto entre los del segundo, y en defecto de ambos entre los parientes comprendidos en el 4 grado, apartando a los demás[91].

227. **La designación de sucesor en el vínculo electivo acogiéndose al Fuero de Vizcaya.**- Nos planteamos la siguiente cuestión ¿esta designación de sucesor en el contrato matrimonial responde a un modo sucesorio especial de los vínculos o a las leyes del Fuero que facultan el "dar en vida como en el artículo de la muerte"?

La designación sucesoria en los vínculos, según la ley 45 de Toro, puede hacerse mediante título sucesorio o donacional, siendo los efectos post-mortem o en vida del disponente[92]; éstos tienen lugar cuando se acude al título donacional, con transmisión presente de los bienes, reserva de usufructo por parte del donante etc.., en tanto que cuando se acude al título sucesorio, en coherencia con los principios del sistema, se circunscribe al modo testamentario.

Tomando el contenido íntegro de la cláusula de designación llegamos a la conclusión, que tanto por el expreso sometimiento al Fuero, que a la misma precede, como por su contenido, presidido por un criterio de libertad en la elección, por la nominación de "sucesor tronquero", como por las cualidades exigidas en el sucesor y formalidades a cumplimentar en la designación, cuando ésta tiene lugar en contrato matrimonial, en presencia del sucesor y con aquiescencia del mismo, no lo hace acogiéndose a la legalidad común o leyes generales específicas de los vínculos, sino al amparo de lo dispuesto en el Fuero de Vizcaya, tal y como se expresa en esta escritura.

> "...nombraron por subcesor del enunciado vínculo y Mayorazgo de Larramendía y Escribanía de Numero agregado a él, a favor de...con arreglo a la Leyes del Fuero de este dicho noble Señorío, para que él y sus subcesores lo gozasen y poseyesen cada uno en su respectivo tiempo, excluyendo como excluyó en conformidad con dichas Leyes forales a todos los demas parientes y demas que pretendiesen derecho al citado vínculo.."[93]

AZTIAZARAN, 29 Septiembre 1824, (144): "dando por puestas cuantas clásusulas y circunstancias son necesarias en fuero y derecho; Que en virtud de los dispuesto en el fuero ha de elegirse uno de los hijos del primer matrimonio, en la sucesión de los bienes vinculados"; AZTIAZARAN, 29 Septiembre1824, (144).

[91]ZUAZUA, 7 Junio 1832,(120): apartando a los hijos no elegidos en este vínculo regular.

[92]NR, 1, 24, 11: "aunque haya otro tomado la posesión dellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó muerto ó el dicho tenedor le haya dado la posesión de ellas ". La doctrina hace referencia a la posibilidad de que el titular de vínculo designe reservandose el usufructo o constituyéndose en inquilino de los bienes, lo que denota que ha existido transmisión de la titularidad.

[93]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

La necesidad de que se designe sucesor en los bienes vinculados[94], determina que esta fórmula tenga lugar en bienes troncales que han sido vinculados, pero que por ello no experimentan mutación de su naturaleza troncal sino una afectación adicional llevada a cabo dentro de los límites del Fuero y de la troncalidad, que queda fortalecida.

La fórmula de designación simple en bienes troncales acompañada de donaciones en bienes singulares, será una variante de la primera que por razones de distribución de la materia se tratará más adelante en el Nº 265.

Por su parte tratándose de bienes vinculados estudiaremos en el Nº 263 cabe designación de sucesor en bienes vinculados y donación en los libres y la designación con donación inter-vivos de los referidos bienes.

228. **Limitaciones a la facultad de elección: parientes dentro del cuarto grado.-** La exigencia de vínculo de parentesco con el sucesor dentro del cuarto grado se corresponde con el precepto recogido en el Fuero Nuevo, 20, 18 que fija este límite para la aplicación de la troncalidad y que en este caso, determina asímismo límite a la vínculación de los bienes. Se expresan así:

> "Hizo nombramiento de subcesor en el enunciado vínculo y Mayorazgo de Larramendía y Escribanía de Numero en favor del compareciente como pariente dentro del cuarto grado con arreglo a la disposición testamentaria de su difunto padre y a las leyes del Fuero[95]".
>
> "bien entendido, que si faltasen todas estas líneas, el último poseedor procederá al nombramiento de sucesor entre los provenientes de la misma casería de Ganzagaechevarría sin preferencia de mayor a menor ni de varón a hembra dentro del cuarto grado"[96]

Es decir del mismo modo que no existiendo familia tronquera los bienes pasan a la condición de libres, por idéntica razón, deja de tener fundamento la vinculación cuando no queden consanguineos en los que se perpetúe el linaje.

---

[94]La carta recoge una designación sustituoria para el evento de que no hay existido designación: INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288): "Que en falta del citado D. A. e I., primer poseedor de este vínculo, sus hijos y representación legítima, succedan en el J. M. su hermano soltero, y los suios: En su falta, M. D. Contrato Matrimonial S. A. su hermana y muger legítima de J. E, y los suios: En su falta, M. A. A., así bien su hermano y consorte legítima de M. O. y los suios. Y finalmente, en su falta M. A. C su sobrina, e hija legítima de P.C. y M. A., conjuntos legítimos ya difuntos y los suios vecinos y residentes, que son y fueron de dichas Anteiglesias de Yurreta y Feligresia de Bernagoitia".

[95]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

[96]AZTIAZARAN, 29 Septiembre 1824, (144); ASTIAZARAN, 2 Mayo 1833, (224).

La referencia al lugar de residencia del sucesor que aparece en algunas escrituras, no le atribuimos carácter de cualidad exigible[97]. Nuestra respuesta al respecto, es coincidente con la interpretación dada por los autores mayorazguistas que entienden no es usual su incorporación y tienden a excusar su cumplimiento[98].

229. **El principio de libertad en la elección en los vínculos electivos.-** Asimismo la carta fundacional le faculta a que lleve a cabo la elección con libertad en la persona y en el tiempo. Esta libertad preside en el Fuero la elección en la persona (FN. 21, 3) que tendrá lugar en el "más idóneo, ó hábil, ó suficiente ó conveniente á la Casa, para heredar o regir toda ella" y libertad en cuanto al tiempo de llevarla a cabo (FN, 20. 11), se recoge como sigue:

> "Que este vínculo haya de ser y sea perpetuamente electivo, de forma , que los poseedores, que fueren de él puedan llamar y elegir para su sucesión a qualquiera de sus hijos ó hijas que tuvieren, prefiriendo siempre los del primer matrimonio; al que, ó a la que mejor le pareciere para la conservación y aumento de este vínculo; haciendo dicha elección, y nombramiento, si quisieren, en hembra, aunque haya varones, respecto de que la voluntad expresa del otorgante ha sido, y es, que no haia preferencia de varon a hembra, ni de maior a menor, sino de los hijos e hijas del primer matrimonio, a los del segundo, conforme a Fuero"[99].

> "con arreglo a la fundación de los vínculos tanto en sus bienes, como en los de libre disposición y demás capitulado expresamente para él .....pueda hacer tránsito la succesión de ellos por nombramiento, donación intervivos, por última disposición o en otra forma"[100].

> "cuando fuese su voluntad"[101].

230. **La elección de sucesor haciendo uso del poder testario.-** En un 50% de los casos de designaciones en vínculos electivos el instituyenten actúa por sí y en

---

[97]Compulsadas las escrituras en este punto, nada pueden aclararnos dado que lo frecuente es que junto a la referencia de la vecindad de los otorgantes en todas ellas se deje también constancia de la residencia de los mismos.

[98]Según CLAVERO (ob. cit., 255) Rojas y Almansa 2,6, niegan la aplicación de la condición de residencia.

[99]INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288).

[100]LANDABURU, 26 setiembre 1833, (98).

[101]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

uso del poder testatorio de su cónyuge[102]. En la carta se contiene el apoderamiento a otras personas para el caso de que los comisarios hubieren fallecido sin haber hecho uso del poder. Esta circunstancia nos permite confirmar que esta designación en la que se acogen a ambas legislaciones, la que figura como preferente es la foral que reconoce legalmente la facultad de actuar en uso del poder testario[103].

231. **El apartamiento de los no elegidos y la aceptación por parte del instituido.-** Al designar sucesor en el patrimonio trocal vinculado se aparta a los no favorecidos; comúnmente se trata de los hijos del instituyente, utilizando la fórmula foral establecida por la costumbre: "con un árbol, su tierra y raíz".

Lo frecuente es la aceptación expresa de la designación sucesoria y que dentro de la misma cláusula se recoja la asunción de condiciones a las que la designación se sujeta, es decir que se obligue el instituido al cumplimiento de las condiciones que se le han impuesto; lo hacen de este modo:

> "Aceptaron dicha elección, bajo de las reservas, gravámenes, obligaciones y condiciones que van insertas en esta escritura, contratándose con ellos para el matrimonio y obligándose a cumplir con su tenor exacta y religiosamente, sin contravenir a ellas con ningún pretexto, causa, motivo pensado ni por pensar, pena que si lo intentasen quieren no sean oidos ni admitidos en juicio ni fuera de él y de pagar todas las costas y daños que se originen"[104].

Se trata de garantizar el fiel cumplimiento de las condiciones a que la designación se sujeta. En ocasiones se expresa que el cumplimiento de las obligaciones que se le imponen condiciona la validez de la designación y lo hacen como sigue:

> "Que el nombramiento de sucesor de dichas haciendas en favor de alguno de sus hijos, lo haya de verificar de modo que se cumplan inviolablemente las precedentes condiciones sea por él ó por el hijo, a cuyo favor hiciese el nombramiento, con calidad expresa que si se faltase en la menor cosa sea nulo, de ningún valor, ni efecto el que se executa en este instrumento a favor de J.M . y volverá la posesión y propiedad de dichos vínculos y demas derechos y bienes donados al esponente para que pueda causar de nuevo en otro pariente....devolviendo lo que hubiese entregado para cumplimiento de algunas de ellas "[105].

---

102 Dato que constata que los bienes pertenecientes al vínculo se comunican, con el caracter reservable inherante a los mismos. Criterio que ha sido erroneamente interpretado por el T.S. en Sent. 28 Noviembre 1881 .

[103]FEBRERO, ob. cit., establece que no está permitido la designación en uso del poder.

[104]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309).

[105]Escritura de nombramiento de sucesor tronquero en vínculo. ASTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151).

Entendemos que la comparencia del designado en la escritura y la suscripción del mismo mediante su firma y rúbrica constituye un modo de aceptación tácito mediante actos concluyentes e inequívocos, siendo más frecuente la aceptación expresa

La aceptación de la disposición por parte del instituido, determina el carácter pactado de esta designación, circunstancia que conlleva su irrevocabilidad unilateral, en aplicación de las reglas generales en materia obligacional, diferenciandola de este modo de la elección en vía testamentaria, que es revocable por naturaleza.

La asunción de obligaciones en nombre propio y en el del hijo heredero a quien en su día eligiere, confirma que esta designación se lleva a cabo a favor del contrayente y de su descendencia en sustitución de éste.

232. **La designación confiere al instituido el título de sucesor con carácter irrevocable.-** Del tenor de la fórmula de designación se deriva que el designado en el contrato matrimonial, pasa a ser nominado sucesor en el vínculo con carácter irrevocable, puesto que el título empleado es sucesorio y la concertación de la designación se ha acordado mediante pacto.

Esta nominación como sucesor es irrevocable unilateralmente por parte del instituyente, pero no es inatacable, siendo causas de resolución o revocación el incumplimiento de las condiciones que le han sido impuestas[106], la superveniencia de hijos al instituyente[107] y la premoriencia del donatario.

233. **La eficacia post- mortem de la designación en los Mayorazgos.-** La ley 45 de Toro determina los efectos de la sucesión en los Mayorazgos:

> "Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villas ó fortalezas ó de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego, sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente en grado que según la disposición del mayorazgo debiera suceder en él, aunque haya otro tomado la posesión dellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó muerto ó el dicho tenedor le haya dado la posesión de ellas "[108] .

---

[106]ASTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151). "Sanción de nulidad de la designación causada si se incumple alguna de las cláusulas".

[107]INUNCIAGA, recoge la designación de un sobrino y establece la revocabilidad en el caso que tubiere descendecia 4 Octubre 1823, (288).

[108]NR. 1, 24, 11.

Preceptúa esta ley que, en el caso de que muera el poseedor del mayorazgo, se transfiere la posesión de los bienes sin otro acto de aprehensión en favor del sucesor inmediato, a quién pasa la posesión sin acto alguno de aprehensión verdadero ó ficticio [109]. Muerto el tenedor del mayorazgo pasa la posesión al siguiente sucesor, posesión que aunque se llama civilísima, por crearla la ley sin mediación de acto alguno verdadero o ficto, ni es nueva especie de posesión, y distinta de las demas, ni deja de ser tan verdadera. Esta posesión no solo es civil sino tambien natural, por cuanto siendo la posesión de derecho, y no de hecho, justamente pudo la ley positiva disponer la expresada traslación [110].

Adelantamos, que cuando se emplea junto a la designación de sucesor en el vínculo la fórmula donacional, acompañada de las cláusulas de cesión de acciones, toma de posesión mediante entrega del documento, reservas de usufructo y en los que el transmitente se coloca como inquilino y precario poseedor de los bienes .[111], existe la transmisión en vida de la titularidad del vínculo y toma de posesión; por contraste en la fórmula que examinamos ahora, al derivarse los efectos exclusivamente del título sucesorio, no existe en razón al mismo ningún tipo de trasmisión de bienes, le confiere el título de sucesor tronquero en el vínculo con carácter irrevocable.

234. **La característica de sucesión en el Mayorazgo: se sucede por derecho de sangre y no por derecho hereditario.-** Según los autores mayorazguistas esta sucesión especial en los vínculos se caracteriza por el hecho de que el sucesor lo es estrictamente del fundador, aunque medien siglos, y no del antecesor. En la sucesión del mayorazgo se traspasa la posesión simplemente por el llamamiento del fundador sin acto alguno de aprehensión. En el ámbito procesal el juicio de tenuta protege esta situación posesoria. Las deudas que asume el sucesor son las que hubiere contraido el fundador o su antecesor, pero en este último caso sólo si redundan en mejora del vínculo.

Se trata de una sucesión claramente especial. Se asemeja a la intestada en cuanto se defiere a favor de los parientes, pero diferenciada por cuanto no es delación legal sino

---

[109]Según NOLASCO (ob. cit., 195) la posesión se transmite por imperativo de la ley y no se corresponde con la natural ni con la civil y aclara (171) lo que se entiende por detentación, por posesión y por dominio.

[110]NOLASCO, Ibídem.

[111]Recoge CLAVERO (ob. cit., nota. 49, 237) la fórmula de Pérez relativa al fundador que se reserva el usufructo vitalicio de los bienes del Mayorazgo y es la siguiente se constituye el fundador " como su colono o inquilino " . "Por inquilinos poseedores del dicho Mayorazgo " en la fórmula de Monterroso; "Por sus inquilinos, tenedores y poseedores", en la de Melgarejo. Añade estas reservas solían extenderse al cónyuge sobreviviente cuando la fundación era conjunta.

voluntaria. Se asemeja a la sucesión voluntaria, tanto testada como contractual, por ser voluntaria, pero se diferencia por cuanto la voluntad eficaz no es la del causante sino sólo la del fundador que constituyó el vínculo [112]. Preside este principio:

> "Maioratus iure sanguinis, non iure hereditario, deferetur", " Maioratus non ab ultimo possessore, sed ab primo instituto, deferentur"[113]

En el mayorazgo se sucede " por derecho de sangre" y no "por derecho hereditario".

235. **La eficacia post-mortem de la designación de sucesor simple en el patrimonio troncal vinculado.-** La sucesión vizcaína en el vínculo electivo conjuga la aplicación de las reglas del Derecho común que posibilitan la vinculación (con lo que quedan fortalecidas las limitaciones que entraña la troncalidad) y las leyes del Fuero que facultan a la designación en vida, bien en contrato matrimonial o en escritura de donación -este último modo aparece referido en la historia transmisoria de los bienes[114]-. La conjunción de ambas legalidades se lleva a cabo al adoptar la forma de vínculo electivo.

La designación simple en el contrato matrimonial tiene como efectos que el elegido ostentará en vida del instituyente el título de sucesor en el patrimonio trocal vinculado con carácter irrevocable y le sucederá en el momento de su muerte ope legis porque ha aceptado ahora la herencia.

---

[112]En este mismo sentido LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil, T. V, Derecho de sucesiones*, 611.

[113]Tomado de CLAVERO (ob. cit., nota 80, 250) Molina 1, 8. Regla 8: " En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario sino de sangre"; regla 9. " Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesión civil y natural de todos los bienes pertenecientes a él al sucesor, sin ningún acto de prehensión".

[114]En donación intervivos, por causa honerosa otorgada LANDABURU, 26-9-1833, (98); ZUAZUA, 22-10-1825, (107); AZTIAZARAN, 20-7-1820, (154).

Capítulo 11. La institución de heredero en la universalidad de los bienes.

236. **La institución de heredero universal en contraste con la designación de sucesor tronquero.-** Al tratar de la sucesión en el patrimonio troncal se pone de relieve la existencia de diferentes masas de bienes en la herencia de Vizcaya, realidad que puede dar origen a la coexistencia de varias sucesiones, la sucesión en los bienes troncales y la sucesión en la universalidad o generalidad de los bienes.

Allí nos referimos a los elementos que dieron origen a esta diferencia, la filosofía que la sustentaba y a la universalidad de ambos títulos sucesorios. Ahora vamos a analizar en qué consiste el título de heredero en la universalidad de los bienes a la luz de los documentos.

En 20 escrituras de las 501 examinadas se dispone de los bienes a favor del contrayente y se le instituye heredero universal.

En todas las escrituras que contienen esta fórmula, la vecindad de los otorgantes es de Anteiglesia y se dispone acogiéndose al Fuero[1]. Ha de tenerse en cuenta que los vecinos de villa, en el supuesto de que quisieren disponer en vida de los bienes de la herencia, mediante acuerdo con el heredero, sólo podrán hacerlo acogiéndose a la facultad de mejorar en el tercio y quinto en contrato oneroso, pero en ningún caso instituyéndole heredero en vida por existir la prohibición legal de negociar inter-vivos sobre la herencia.

La institución de heredero en la generalidad de los bienes tiene como objeto presente el patrimonio mueble y excepcionalmente el raíz no troncal. No hemos encontrado ninguna escritura en la que disponiéndose del patrimonio troncal se haya utilizado sólo el título de institución de heredero. La institución de heredero puede coexistir con la sucesión en el patrimonio troncal de esa familia; bien recayendo en otro hijo; recayendo sobre el propio sucesor tronquero de forma complementaria a la sucesión

---

[1]LANDABURU, 25 Enero 1825, (62) "los instituyen por únicos y universales herederos, exluiendo de esta herencia a los demas sus hijos....con cada real conforme a la ley foral de esta provincia".

en el patrimonio familiar o ser un título sucesorio único, en aquellos casos en los que su titular sólo tiene un patrimonio mueble (sería el caso del arrendatario).

La institución de heredero universal como una disposición adicional a favor de hijo designado sucesor tronquero se recoge de este modo:

> "Hace elección y nombramiento de heredero sucesor Tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable por causa honerosa de matrimonio de la casa y casería y sus pertenecidos.....y desde ahora para cuando se verifique el fallecimiento del donante, instituie a dicho su hijo unico ...y su representación por heredero universal de todos sus bienes y de los correspondientes a su difunta muger"[2].

La institución de heredero, en el contrato matrimonial, comúnmente aparece condicionada y quizás sea ésta la característica más destacable.

El hecho de que existiendo un patrimonio troncal no se emplee en su disposición, exclusivamente, el título de heredero universal pone de relieve la diferencia existente entre ambos títulos sucesorios, el rango y función que desempeñan dentro del sistema y las necesidades a las que atienden.

El sucesor tronquero sucede en el cargo de la jefatura familiar, y al nombramiento le precede una meditada elección, por lo que la designación en ninguna escritura aparece condicionada, en tanto que, la institución de heredero llevada a cabo en el contrato matrimonial puede considerarse como el premio a la fidelidad del hijo que convive con sus padres hasta su muerte, es una designación que comúnmente aparece condicionada, lo que se quiere de presente es que padres e hijos vivan en comunidad y si no hay convivencia familiar con el instituyente, si no perdura la fidelidad hasta la muerte, la institución de heredero se resuelve, procediéndose a una partición igualitaria de los bienes muebles y determinando la extinción de la expectativa de ser heredero.

Obsérvese el contraste existente entre este heredero en la universalidad de los bienes, el rango que ostenta dentro denuestro sistema y el heredero universal propio de los sistemas de corte romano, que en mayor o menor medida está presente, no sólo en la legislación castellana, sino en las restantes legislaciones forales[3]. Puede contrastarse igualmente las diferencias existentes entre los dos títulos sucesorios propios de Vizcaya.

Al tratar del sucesor en el patrimonio troncal Nº 245 y 246 ampliamos estas ideas.

---

[2]AREITIO, 29 Febrero 1832, (44) .

[3]La troncalidad en el sistema navarro o los bienes de abolorio en el aragonés no inciden en la naturaleza de la sucesión testada, limitándose a la sucesión abintestato; por el contrario en Vizcaya existen dos tipos de sucesión universal, la troncal y la sucesión en la universalidad de los bienes, en función del valor que se le atribuye al patrimonio inmueble , el sucesor en la universalidad de los bienes queda en un segundo orden en el sistema vizcaíno.

237. **La institución de heredero universal en los documentos.-** La institución de heredero en la universalidad de los bienes se recoge de la siguiente manera:

La escribanía de Areitio emplea esta cláusula:

> "Que consiguientemente a lo tratado recibirán y admitirán en su compañia los exponentes en dicha mitad de casería reservada al prevenido su hijo ...y su futuro consorte, desde el día de la efectuación de su matrimonio en adelante han de vivir todos en ella y finalmente que si como esperan continuasen sin separación en la citada unión, y falleciesen ambos exponentes permaneciendo en ella, serán todos los expresados bienes y demás de que fuesen dueños íntegramente para el propio ...su hijo y legítima representación, a cuyo favor hacen desde ahora para en su caso y lugar la donación mas estable de la mitad de dichos bienes para en el evento indicado en el anterior capítulo[4] y la institución de único y universal heredero de la otra mitad y demas de que fuese dueños a su fallecimiento"[5].

Landáburu recoge la institución de heredero universal como sigue:

> "Establecen por convención mutua que desde el día que se verifique el desposorio hayan de vivir en la casa y compañia de....en su hacienda ...que aunque tienen donada su propiedad por causa honerosa de matrimonio a su hijo.le pertenece en uso de la reserva causada en su escritura de contrato el usufructo de su mitad en toda su extensión durante los días del último de los otorgantes governando dicha mitad de hacienda permaneciendo en esta unión y compañia, serán para los recordados su hijo...y futura esposa todos los bienes muebles, semovientes, existencias, derechos,y acciones, que quedasen al fallecimiento del último de los padres íntegramente sin dependencia de otro alguno, a cuio fin desde ahora para entonces les instituyen por únicos y universales herederos, exluiendo de esta herencia a los demas sus hijos....con cada real conforme a la ley foral de esta provincia.".....en prueba de conformidad firman el documento los que saben, a ruego de.los que aseguran ignorar lo hacen los referidos testigos, y en fé de todo ello el dicho escribano[6].

Tratándose de casería arrendada la institución de heredero se hace en estos términos:

> "que desde el día de la efectuación del matrimonio les admitirán en su compañía en la casería arrendada ....que en el caso de que no pudiesen congeniarse , se separarán llevando por mitad e iguales partes todo los bienes muebles....mediante la donación que lleva

---

[4]El capítulo 3º de la escritura se refiere a la disolución de la comunidad.

[5]AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18): en prueba de conformidad firman el documento los que saben, a ruego de.los que aseguran ignorar lo hacen los referidos testigos, y en fé de todo ello el dicho escribano ; AREITIO, 5 Enero 1828, (10).

[6]LANDABURU, 25 Enero 1823, (62): "bien entendido que si no pudiesen avenir en la sociedad adoptada, podrán cualquiera de las partes separarse y en este caso se harán dos partes iguales todos los bienes muebles semovientes y existencias de cualesquiera clase y condición que hubiere en casa y quedaran los padres con la una en su mitad de hacienda y la otra mitad se le entregará a los jovenes con los seiscientos ducados que componen sus respectivas dotes".

> hecha de su mitad...y en el caso de que no ocurriese semejante separación, y falleciese la relatante subsistiendo dicha compañía instituie y nombra desde ahora para cuando se verifique su fallecimiento por único y universal heredero de todos sus bienes ...a su hijo único y legítima representación .....la disponente se obliga a la observancia de todos ellos en la parte que le incumbe..."[7].

Gangutia la redacta como sigue:

> "4º.... .si los referidos donantes, falleciesen viviendo en la casa mesa y compañía de los futuros contrayentes...., estos han de costear por su cuenta los gastos del entierros y honras de aquellos, mediante a que entonces heredarán todos sus bienes muebles, ropas, ajuares de casa, ganados, granos, y castañales, a excepción del dinero metálico ...., pero si se verificase la separación y desunión de la comunidad, en este caso, los futuros contrayentes no tendrán obligación de costear los entierros y se aplicará la cláusula 3º hayan de repartir los bienes por mitad entre los donantes y los contrayentes ..."[8].

De la lectura de estas cláusulas se desprende:

1º. Comúnmente le precede el pacto de asociación y para el caso de que ésta se mantenga hasta la muerte de los disponentes se le instituye heredero.

2º. La institución de heredero universal aparece condicionada suspensivamente.

3º. Se le instituye en el patrimonio relicto que previsiblemente estará compuesto sólo por el patrimonio mueble.

4º. Entendemos es motivo determinante de la institución de heredero el garantizar el mantenimiento de la comunidad o sociedad con los contrayentes y la institución de heredero o la donación es una disposición en previsión del mantenimiento o cese de la misma.

5º. Esta fórmula contiene dos títulos transmisorios, que presentan eficacia alternativa. Una disposición sucesoria, la institución de heredero universal de los bienes *post-mortem* y una donación en bienes concretos con eficacia de presente o eficacia pospuesta al momento en el que la condición resulte fallida. Aztiazarán recoge la donación de la mitad desde el otorgamiento del contrato y si prospera la comunidad de vida le instituye heredero[9].

---

[7]AREITIO, 29 Setiembre 1828, (13).

[8]GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313).

[9]AZTIAZARAN, 24 Marzo 1830, (204); en idéntico sentido AZTIAZARAN, 4 Febrero 1832, (211); AZTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213): "si ambos donantes falleciesen conservando esta sociedad, todo cuanto les corresponde a su defunción será para el citado su hijo ....quien estará en tal caso obligado a costear sus funerales".

El pacto tiene lugar al convenir la creación de la comunidad y atenerse a los efectos que se prevén y que el instituido acepta. Es mínima la participación del instituido y la asunción de obligaciones por su parte, por el contrario, el instituyente tiene la obligación de atenerse a lo dispuesto y no puede revocar unilateralmente la institución de heredero.

238. **Características del título de institución de heredero universal.-** De la lectura de los documentos se desprenden que la institución de heredero presenta las siguientes características: Es una disposición sucesoria universal del patrimonio relicto del instituyente; la institución de heredero comúnmente aparece condicionada, luego el título que trasmite de presente tendrá este carácter; tiene siempre eficacia *post-mortem*.

El acuerdo de constituir una comunidad de vida entre instituyentes e instituidos precede a la disposición y su mantenimiento es el hecho constitutivo de condición y por ende de su eficacia. En esta fórmula la comunidad es el pacto básico del que se derivan los demás.

239. **La institución de heredero o alternativamente la donación de la mitad del patrimonio mueble.-** La institución de heredero universal aparece acompañada de la donación de la mitad del patrimonio mueble, disposiciones que tendrán una aplicación o eficacia alternativa.

Presenta dos modalidades:

1. Se perfecciona la donación desde ahora si bien, con eficacia pospuesta al momento en que tenga lugar la disolución de la comunidad[10].

2. Con eficacia de presente en lo que respecta a la mitad de los bienes[11].

---

[10]LANDABURU, 5 Abril 1831, (86); LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): "le hacen gracia y donación pura, mera, perfecta e irrevocable que en derecho inter-vivos, con insinuación, firmezas legales, y renuciación de las leyes del caso de dicha mitad de existencias ....que harán efectivas llegado el caso de la separación".

[11]AREITIO, 17 Septiembre1829, (17): "3º Que la mitad de todos los bienes muebles, ganado y demás de que es dueña la exponente, sean propios y pribativos de la citada hija, a cuio fabor hace formal donación mediante su tratado matrimonio, y en el caso de que falleciese viviendo en dicha unión y compañía serán también para dicha hija las otras mitades íntegramente, así como otros cualesquiera bienes que la pudieren corresponder como única y unibersal heredera, que desde luego la instituie...".

De las 18 escrituras formalizadas por arrendatarios, en 11 se le hace donación pura, mera, perfecta, irrevocable, inter-vivos de la mitad de los bienes muebles, desde ahora con eficacia pospuesta al tiempo de la disolución de la comunidad.

Se prevé su disolución o su mantenimiento del siguiente modo: si se disuelve, a instancia de una u otra pareja, se fija la partición de los bienes por mitades y la salida de los contrayentes de la vivienda paterna en la que recibieron acomodo[12], si por el contrario, la comunidad se mantiene hasta la muerte de ambos disponentes recibirá todos los bienes[13].

240. **Bienes que comprende la institución de heredero.-** El patrimonio presente de quien instituye heredero universal y alternativamente hace donación de los bienes es el siguiente:

1º. El patrimonio mueble de los arrendatarios[14], en el que constituyen comunidad de vida.

---

[12]AREITIO, 8 Junio 1832, (48): "sino pudiesen abenir en dicha sociedad, y compañía, se procederá desde luego a su disolución, y consiguiente separación de familias : deberá entregar en tal evento dicho su hijo los ....consignados a su hermano ...con los demas efectos que se expresan en el capítulo anterior; siempre .que para entonces no se hubiesen entregado: quedarán para los contrayentes íntegramente ..y demás ramientas de labranza de que es dueña la exponente y el ganado, frutos y demas efectos muebles que existiesen en la casa se partirán por mitad entre la propia exponente y el enunciado hijo, a cuio fin hace desde ahora la donación más estable de dicha ramienta"; MEABE, 15 Febrero 1829, (349): "y si por algun motivo impensado se verificase su separación por parte de la primera, en tal caso hay de ser obligada a entregar en el mismo día a su recordada hija....una cuja nueva, un estante nuevo para la cocina, una mesa nueva, una artesa nueva, y un escaño, a cuio puntual cumplimiento se obliga en forma la citada ....., queriendo que a ello se la compela, y apremie por todo rigor de derecho".

[13]MEABE, 15 Febrero 1829, (349): "Pero si la enunciada ....permaneciendo en la expresada sociedad, hayan de ser en este caso todos los demás efectos muebles de su pertenencia para su insinuada hija ...., a cuio favor hace desde ahora la mas formal donación e institución de su unica y universal heredera, con todos los requisitos que legalmente se requieran para su validación.". AREITIO, 29 Setiembre 1828, (13): "y falleciese la relatante subsistiendo dicha compañía instituie y nombra desde ahora para cuando se verifique su fallecimiento por único y universal heredero de todos sus bienes". AREITIO, 8 Junio 1830, (47): "Y finalmente que si como esperan continuasen sin separación en la citada unión y falleciesen ambos exponentes permaneciendo en ella, serán todos los expresados bienes y demás de que fuesen dueños íntegramente para el propio ...su hijo y su legítima representación, a cuyo favor hacen desde ahora para en su caso y lugar la donación más estable de la mitad de dichos bienes para en el evento indicado en el anterior capítulo, y la institución de unico universal heredero de la dicha mitad y demás de que fuesen dueños a su fallecimiento"; AREITIO, 29 Setiembre 1828, (13): " falleciese la relatante subsistiendo dicha compañía instituie y nombra desde ahora para cuando se verifique su fallecimiento por único y universal heredero de todos sus bienes".

[14] AREITIO, 8 de Junio 1832, (47): "y estando resuelta en vivir aún en adelante en una unión en la propia casería arrendada ccon el enunciado su hijo...y su futuro consorte...., establece entrando en la

2º. La mitad reservada en usufructo de la que es titular el instituyente al designar sucesor en los bienes troncales[15].

3º. El objeto sobre el que recae la institución de heredero es el patrimonio relicto[16], consistente comúnmente en bienes muebles[17]. Comprenderá todos los bienes futuros que existieren en el momento de la muerte en el patrimonio del instituyente, siempre y cuando, éstos no presenten vinculación o conexión con un patrimonio troncal, o no se haya reserva el instituyente la disposición de los mismos.

241. **Eficacia de la institución de heredero universal.-** Los efectos del título de heredero único y universal son *post mortem* , de lo que se deriva:

1. Antes de la apertura de la sucesión el instituido recibirá el título de heredero con carácter irrevocable, si bien sujeto condición. Adquiere una expectativa de derecho, no una simple esperanza[18].

---

sociedad la expresada junta de bueyes, ramienta de labranza y demás efectos muebles de casa para su uso comun, asi como todos los frutos pendientes en los pertenecidos de dicha casería, los cuales manejarán en unión; AREITIO, 8 Junio 1832 ,(48); AZTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158): "han de vivir juntos en la caseria en arriendo trabajando lo que cada uno buenamente pueda, partiendo a medias lo que sobrase despues de costeada la manutención y dar frente a las demás atenciones, como también poniendo a medias lo que faltase"; AREITIO, 8 de Junio 1832, (47); AREITIO, 8 Junio 1832, (48): "Los cuales manejarán en una unión, manteniéndose de sus productos a poder ser en una mesa, y lo que resultase sobrante partirán por mitad debiendo suplir del mismo modo cualesquier desfalco o perdida que hubiese".

[15]AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18): "admitirán en su compañia los exponentes en dicha mitad de casería reservada al prevenido su hijo ...y su futuro consorte desde el día de la efectuación de su matrimonio en adelante han de vivir todos en ella.....le hacen donación de la mitad del patrimonio mueble y la institución de único y universal heredero de la otra mitad"; AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18); AREITIO, 5 Enero 1828, (10). LANDABURU 25 Enero 1825, (62), "hayan de vivir en la casa y compañia de....en su hacienda de ...que aunque tienen donada su propiedad por causa honerosa de matrimonio a su hijo.le pertenece en uso de la reserva causada en su escritura de contrato el usufructo de su mitad en toda su extensión durante los días del último de los otorgantes".

[16]AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18):"... y la institución de unico universal heredero de la dicha mitad y demás de que fuesen dueños a su fallecimiento" ; AREITIO, 8 de Junio 1832, (47)y la institución de unico universal heredero de la dicha mitad y demás de que fuesen dueños a su fallecimiento"; LANDABURU, 25 Enero 1825, (62)"permaneciendo en esta unión y compañía, serán para los recordados su hijo...y futura esposa todos los bienes muebles, semovientes, existencias, derechos,y acciones, que quedasen al fallecimiento del último de los padres íntegramente sin dependencia de otro alguno". MEABE, 15 Febrero 1829, (349):"a cuio favor hace desde ahora la mas formal donación e institución de su unica y universal heredera, con todos los requisitos que legalmente se requieran para su validación".

[17]Entendemos que si llegaren sin un destino concreto bienes troncales, los recibiría éste que ha sido instituido heredero.

[18]Según BROCA (ob. cit., 708), se trata de un contrato de esperanza, puesto que su efectividad depende de que existan bienes al tiempo de la muerte del instituyente; Según PALA MEDIANO . ("Los

2. El instituido heredero en el momento de la apertura de la sucesión no necesita aceptar la herencia porque lo hizo al ser instituido en el contrato matrimonial.

3. El instituyente no podrá disponer de estos bienes *mortis causa* , salvo que lo haga condicionalmente, es decir, para el caso de resolución de la institución contractual.

4. Tratándose de una disposición con eficacia *post- mortem* , si la institución es pura, el instituyente podrá realizar actos de disposición inter-vivos siempre que con ello no persiga defraudar al instituido[19].

Si la institución figura modalizada con pactos, lo efectos anteriores se verán modificados en función de la naturaleza de los pactos,tendrán lugar unos efectos adicionales. En el caso concreto que nos ocupa, es decir el que aparece en las escrituras objeto de examen, teniendo en cuenta que se encuentra ubicada la institución en el contexto de la sociedad creada entre instituyentes e instituidos, quedaría sujeta al régimen fijado para la misma, es decir comúnmente de disposición conjunta.

Señores Mayores en la familia Alto- Aragonesa", A.D.A., Segunda semana de Derecho aragonés, 1943, 152), Brocá confunde el acto condicional y el contrato de esperanza DEGUELDRE (L´institutión contractuelle,8), a quien cita PALA, incurre en el mismo error, si bien trata de explicarlo y se pregunta: ¿en qué consiste, pues, el vínculo contractual por lo que respecta al instituido? es el donatario de esta especial donación entre vivos que es la institución contractual en el que el título es irrevocable y por el contrario el contenido no se puede conocer hasta el fallecimiento del instituyente.

[19]BROCA (ob. cit., 710 y ss.) reconoce que el instituyente no puede realizar actos de disposición, salvo la reservas que hubiere establecido y que caso de realizarlos como la institución está sujeta al pacto reversional para el caso de fallecer sin descendencia legítima el donatario, tan sólo podrá éste después de la muerte del donador, no antes, solicitar y obtener la revocación de las enajenaciones, y añade que aún en el caso de existir la aludida reversión condicional, cuando por deuda posterior al heredamiento se embarguen bienes presentes del donador, podrá el donatario deducir tercería de dominio.

Capítulo 12. La designación de sucesor tronquero y la donación pura, mera, perfecta, irrevocable que el Derecho llama inter-vivos.

242. **La designación de sucesor tronquero con donación inter-vivos del patrimonio troncal.-** La designación de heredero sucesor tronquero con donación pura, mera, perfecta, irrevocable que el Derecho llama inter-vivos, es la fórmula empleada en 31 contratos matrimoniales de los 501 examinados. En todas estas escrituras el objeto sobre el versa la designación es un patrimonio troncal. En diez escrituras se encuentra vinculado, es decir, en este supuesto la incorporación de la donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos a la designación sucesoria añade una finalidad adicional a la designación de sucesor con carácter irrevocable.

Es la fórmula común tratándose de la designación sucesoria en bienes troncales libres, si bien hemos presentado como excepción la fórmula donacional empleada por el escribano Gondra, que ejerció el cargo en la Merindad de Uribe.

La presencia de esta fórmula de designación en los protocolos correspondientes a nueve escribanías, denota la generalización de su empleo.

243. **Acreditación del título de propiedad que le legitima para disponer.-** Precede a la disposición la referencia del título de propiedad que ostenta el transmitente, que le legitimida para disponer del mismo; se recoge del siguiente modo:

> "En primer lugar el recordado....dice, que por si y en representación de su difunta muger ...y en virtud de elección y nombramiento de heredero subcesor tronquero y donación que le causaron sus padres en la escritura de Capitulaciones que precedió a su matrimonio, y se otorgó el año de 1799 ante D. José Meabe, ya difunto, Escribano Real, y Numeral que fué de esta Villa, y su Merindad, es dueño en toda propiedad y posesión de la Casa y Casería de ...."[1].

---

[1]AREITIO, 25 Junio 1831, (39).

Esta referencia detallada del título transmisorio, escribano autorizante y fecha de la escritura[2], nos ha permitido comprobar que el empleo del contrato matrimonial era muy frecuente y en algunas familias, constituía una tradición que se cumplía religiosamente, viniendo a sustituir al testamento[3]. Ilustramos esta idea, a modo de ejemplo, con las escrituras del contrato matrimonial y el testamento otorgados por una persona, en los que puede observarse que este último cumple una función niveladora de las cantidades entregadas a los hijos en vida[4].

244. **La fórmula de designación.-** Según las escribanías con pequeñas variantes se expresa en estos términos:

> "Hace elección y nombramiento de heredero subcesor Tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable, ...los hijos aceptan en forma.."

---

[2]AREITIO, 3 Julio 1830, (24): "que son dueños y poseedores legítimos en toda propiedad y posesión de las casas y caserías solariegas e Infanzonas.....y sus respectivos pertenecidos.....notorias en la Anteiglesia de ....., con sus sepulturas y asientos de varón que las corresponden en su Iglesia Parroquial de...que son libres de vínculo, Mayorazgo, y de todo otro grabamen*(sic)* fuera de los que se especificarán más adelante, en virtud de elección y nombramiento de heredero subcesor Tronquero y donación causada al citado ..... por sí y en uso poder de sus consorte en la escritura de Capitulaciones que se otorgó el 1 Diciembre de 1800 en fidelidad de Escribano....a la que se remiten".

[3]En 15 de escrituras que contienen la designación de sucesor, los otorgantes manifiestan que a su vez, lo recibieron de sus padres en su contrato matrimonial.

[4]ZAVALA, 1 Junio 1828, (494): "la instituyente desde ahora para siempre jamás cede dona y manda al expresado ...todos los bienes raíces heredados por ella de su legítimo hermano ...que consiste en una fábrica de papel establecida en el barrio de Ibaizabal de la Anteiglesia de Abando".

ZAVALA, 15 Noviembre 1828, (501): contiene un Testamento: "7º Declaro que soy dueña de una casa de alto abajo en la calle correo de esta villa...y respecto a que en dicha villa en cuanto a la disposición de bienes rigen las leyes generales del Reyno, en uso de la facultad que ellas me conceden, mejoro a mi hija ...en el tercio y quinto. Entendiendo la mejora para que la disfrute durante sus dias, y que despues de su fallecimiento sean para mis nietos...8º Usando de la facultad que me conceden las leyes del fuero de este Señorio de Vizcaya separo de mi herencia a mis hijos.....y a mis nietos....con lo que en los respectivos Contratos Matrimoniales tengo ya mandado a los que han contraido matrimonio. 1Oº Aunque de los 4.000 Ducados mandados para después de mis días en el Contrato Matimonial celebrado para el casamiento de mi hija, se debían descontar la cantidad de ...que gaste para estudios de sus hijos y mis nietos ....es mi voluntad que no se le haga descuento alguno . 12º Mando y dono a dicho mi nieto todos los bienes de los que ya dispuse en su Contrato Matrimonial 15º Mando a mi hija ...todo cuantos muebles, alhajas, ajuares .....se hallaren en mi casa al tiempo de mi fallecimiento, de modo que desde el momento en que este se verifique, todo queda para ella y pasará a ser suio, sin que ningún otro hermano ni otra persona pueda pretender nada de lo indicado que haya en la casa. 16º La manda antecedente se entienda para que mi hija ...lo tenga y disfrute mientras viva, sin que nada, excepto el dinero hallado en casa pueda dar, cambiar y de ningún modo enajenar, porque es mi voluntad que después de sus dias todo lo dicho y todo lo que la mando de mis bienes en uso de la facultad foral, excepto la tierra, árbol y real de vellón con que la he separado, sea para mis nietos ...(a los que otorgó el contrato transcrito)...con la condición de que me atiendan y asistan....".

De las 79 escrituras en las que se dispone de un patrimonio troncal en 31 se designa y adicionalmente se dona pura, perfecta irrevocable e inter-vivos, el sucesor-donatario acepta los bienes. La claúsula designatoria en su íntegridad, es como sigue:

> "Hace elección y nombramiento de heredero subcesor Tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable, por causa honerosa de Matrimonio, ó como más haya lugar firme y válido sea por fuero y derecho.....en favor del recordado ....su hijo para su tratado Matrimonio con la enunciada...e hijos que tubiere de él, con las reservas, grabamenes y condiciones siguientes: ..... Los enunciados hijos ... aceptan en forma las dotaciones, donaciones y mandas que respectivamente les dejan causadas.....y se obligan en devida forma a observar, guardar, y cumplir las condiciones insertas en la parte que les incumbe sin alterar, ni tergibersar en manera alguna a lo que consienten ser apremiados con todo rigor de derecho" [5].

La redacción dada por el escribano Barrenechea es la siguiente:

> "Elige y nombra por subcesor tronquero u heredero e inmediato poseedor de la recordada....y todos sus pertenecidos ....que la tocan y la puedan pertenecer en qualquier manera sita y notoria con ellos en la insinuada Anteiglesia. al prevenido su hijo..... para si mismo e hijos que tubiere en el matrimonio que espera contraer y a maior abundamiento hace en su favor gracia y donación pura, mera, perfecta, e irrevocable que el derecho llama inter-vivos y para que a la enunciada casa y casería ....no tengan ni puedan pretender jamas derecho alguno, ...excluye deshereda y aparta a.....Aceptan ambos contrayentes las donaciones y se obligan a cumplir las reservas, pensiones y condiciones con su persona y bienes habidos y por haber"[6].

Inunciaga la redacta en estos términos:

> "Nombra al prevenido su hijo.....por sucesor tronquero de la referida casería de....sus pertenecidos ..y en caso necesario le hace donación perfecta por onerosa causa de matrimonio, que ha de contraer con la nominada.....y en conformidad de la ley del Fuero de este M.L. ...excluye y aparta.... Aceptación de los bienes , con los que se contrata.[7]".

Areitio lo hace del siguiente modo:

> "Hacen elección de subcesor Tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable por causa honerosa de matrimonio ó como más haya lugar, firme y válido sea por fuero y derecho de la expresada casa y casería solar e Infanzona y todos sus pertenecidos .....Con cuias reservas, gravámenens, declaraciones y condiciones hacen la citada elección de nombramiento de heredero subcesor y tronquero y donación intervivos e irrevocable por la causa onerosa apuntada de matrimonio ó como mas haya lugar y deva valer en fuero y derecho de la expresada casa y casería con todos ....libres vínculo

---

[5]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44): Se trata de un contrato en el que resultan designados sucesores ambos contrayentes.

[6]BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242).

[7]AZTIAZARAN, 7 Noviembre 1833, (230).

> excluyendo y apartando .....se obligan en legal forma a no revocarla variarla con motivo ni pretexto alguno, pena de no ser oydos ni admitidos en juicio ni fuera de él y por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y estabilidades, añadiéndo fuerza a fuerza y contrato a contrato.... aceptan las donaciones y dotaciones y mandas que respectivamente les dejan causadas y se obligan en debida forma.."[8].

La fórmula empleada por Gondra y Zuazua es diferente:

> "Dijeron que hacían e hicieron donación pura, mera, perfecta, irrevocable que el derecho llama inter-vivos a fabor de dicho su hijo ....para el casamiento que intenta celebrar con.....y los hijos de vendición que Dios nuestro señor les diese, de su casa titular ....con sus pertenecidos de heredades.....y demas derechos acciones, preeminencias y prerrogativas que la corresponden y pueden pertenecerla en qualquiera manera, cuia donación la hacen reservando.....Enterados los casantes de la donación, dotación y demas mandas a su fabor hechas .....la aceptan y en consecuencia se obligan a su exacto cumplimiento en todas sus partes en la que les toca....". [9]

> "Manda, dona y nombra, por subcesora tronquera de la referida casa y casería solar ...con todos los pertenecidos, en contemplaciíon al matrimonio que ha de contraer ...e hijso que en el tubiere bajo de las declaraciones y reservas siguientes..."[10]

Gondra emplea exclusivamente el título donacional, en tanto que Zuazua la institución de sucesor, mediante donación, promesa y manda. De ello hemos tratado en los Nº 213 y ss, de este trabajo.

Del tenor literal de estas fórmulas se desprende:

1. Al disponer se acogen al Fuero y al Derecho; la modalidad donacional empleada pertenece al Derecho castellano.

2. La disposición de los bienes se lleva a cabo mediante la designación de sucesor tronquero y cumulativamente la donación inter-vivos del patrimonio troncal presente.

3. Se le dona y designa y el favorecido acepta en el acto los bienes.

4. Se le nomina inmediato poseedor. La forma donacional inter-vivos entraña un efecto traslativo de la titularidad. La designación de sucesor tiene eficacia post-mortem.

---

[8]AREITIO, 3 Julio 1830, (24); AREITIO, 22 Enero 1831, (31); Se incluye la cláusula de irrevocabilidad semejante a la transcrita AREITIO, 25 Junio 1831, (39); AREITIO, 27 Febrero 1832, (44); AREITIO, 7 Abril 1831, (36).

[9]GONDRA, 12 Octubre 1825, (376); GONDRA, 29 Octubre 1825, (377); GONDRA, 27 Abril 1825, (374). Introduce como variante que la donación se lleva a cabo por causa onerosa de matrimonio: GONDRA, 4 Noviembre 1824, (370); GONDRA, 25 Octubre 1824, (369); GONDRA, C 2-3-1824 , (368); En términos semejantes GONDRA 1 Abril 1824, (367).

[10]ZUAZUA, 2 Julio 1830, (360)

5. La designación de sucesor es pura y en ningún caso figura condicionada.

6. Tiene por objeto el patrimonio troncal, libre o vinculado.

Todo lo que desarrollemos a continuación corresponde a los bienes troncales libres y del mismo modo a los vinculados, en nada difiere su disposición, ni en los títulos de disposición empleados[11]ni en las cláusulas que le acompañan[12].

I . La designación de sucesor tronquero.

245. **La categoría de sucesor**.- En estas escrituras se designa sucesor tronquero al contrayente. Esta designación se corresponden con una categoría jurídica específica.

---

[11]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (142): "eligen y nombran por subcesor tronquero y heredero e inmediato poseedor de la recordada su casa y casería y todos los pertenecidos.....que le tocan y corresponden, y puedan tocar y pertenecerla con su sepultura y asiento de varón que tiene en la propia Iglesia parroquial de ....al recordado ....su hijo legítimo para si e hijos que tubiere en el matrimonio que espera contraer con..., y a mayor abundamiento hacen en su favor gracia y donación pura, mera, perfecta, e irrevocable que el derecho llama intervivos de la denotada su casa y casería de Uriburu, su accesoria y todos .....para que como tales de vínculo y mayorazgo electivo sean y los disfrute el enunciado ....su hijo legítimo y los que tubiere de dicho su matrimonio, con la expresada ...su futura novia y demás descendientes legítimos.....con las reservas, pensiones y condiciones siguientes....Aceptan las donaciones, dotaciones y mandas de bienes raices y efectos muebles que les dejan causadas, con las reservas, pensiones y condiciones especificadas".

GANGUTIA, 24 Noviembre 1832, (323): "Otorgan que elijen y nombran por sucesor heredero y tronquero de la denotada casa y casería Infanzona ... su accesoria y todos los respectivos pertenecidos de heredades, manzanales, porciones de molino, castañales, robledales, ayales, jaros , prados , pastos, honores y preeminencias, usos, derechos y servicumbres, quantos ha y en cualquiera manera les puedan tocar y corresponder al recordado ...y a mayor abundamiento donación pura, mera, perfecta e irrevocable que el derecho llama inter-vivos por causa onerosa de matrimonio, ó como mas firme y válido sea por derecho y Fuero de este M.N. y M.L. Señorio de Vizcaya; GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309) "elige y nombra por sucesor heredero y tronquero al nominado hijo y a mayor abundamiento le hace donación pura, mera, perfecta e irrevocable que el Derecho llama intervivos en propiedad y posesión vinculo regular.

[12]GANGUTIA, 7 Abril 1827, (299): "Se desisten y apartan los donantes del derecho y acción que habían y tenían a dicha casería de.....pues todo ello ceden, renuncian y traspasan con todas las acciones reales, personales, útiles, directas, mixtas y ejecutivas en el insinuado ...su hijo y representación legítima, a quien confieren el poder que de derecho se requiere para que de su propia autoridad ó por las de Justicia, como mejor le pareciese tome y aprenda la posesión que en dicho vínculo electivo les pertenece en virtud de este instrumento, que los donantes desde luego le dán por tomado, y en señal de su verdadera tradición, me piden a mi el escribano le dé copia fehaciente de él, para que le sirva de título legítimo de pertenencia, con el cual sin otro acto de aprensión, ha de ser visto habérsele transferido la dicha posesión, y en el interin se constituyen los otorgantes por sus inquilino, tenedores, precarios poseedores en forma de constitutos, para ponerle en ella al indicado su hijo, siempre que lo pída y convenga ".

El título de sucesor tronquero responde a una concepción patrimonialista de la sucesión[13], imperante en los reinos hispánicos a partir del s. X hasta la Codificación; esta concepción se hace presente en varias leyes del Fuero de Vizcaya, en las que se reconoce un régimen jurídico diferente, en función de que se trate del patrimonio mueble o del inmueble y dentro de éste, del patrimonio troncal frente a los bienes simplemente raíces.

El Derecho germánico, modelo de sistema patrimonialista, en la fase de copropiedad familiar de los bienes, normatizó el carácter indisponible de los mismos, que se constituyen en reserva forzosa a favor de los herederos legitimarios[14], siendo la sucesión legal la regla aplicable en materia sucesoria[15]. El carácter reservable de los bienes a favor de todos los herederos determina la necesidad de separar de la herencia a los que no hubieren sido elegidos, mediante la fórmula de la *exheredatio* [16].

La coexistencia de varias masas patrimoniales, diferenciadas en razón a su proveniencia y destino[17], determinó que se entendiera que cada una constituía una unidad teleológica por el hecho de estar afectas a una normativa específica[18], estos conjuntos patrimoniales se fueron distribuyendo entre distintos sucesores, en función de su origen y de su forma de adquisición[19].

---

[13]Según LALINDE ABADIA *(Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1978, 809), la concepción personalista de la sucesión del Derecho romano que subsistió en el período postclásico y visigodo, renace en la Edad Media a través del Derecho común hasta llegar a la codificación, pero tiene que luchar con la concepción patrimonialista que impera en la península; Según BONFANTE (*Instituzioni di diritto romano*, Milano, 1925, 8 ed, 68), la sucesión universal romana consiste en la transmisión en bloque del patrimonio del causante, colocandose el heredero en el lugar que ocupare el causante, subentra en la posición del titular anterior; Recoge la concepción patrimonialista de la herencia: ROCA SASTRE, *El legado de parte alicuota*, en Estudios de Derecho Privado T. II, 182 y del mismo autor en "Sobre la necesidad de diferenciar lo rural de lo urbano en el Derecho sucesorio", AAMN., 1943, 68.

[14]ROCA SASTRE, "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano", 80; Según LACRUZ BERDEJO (*Estudios de Derecho Civil*, 581) las relaciones entre el patrimonio familiar y los miembros de la misma estaban gobernadas por principios de propiedad en mano común.

[15]PLANITZ "*Principios de Derecho Privado Germánico*, 343 y ss. y 346.

[16]Según ROCA SASTRE ("La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano", 45), esta separación de la herencia está consagrada en el Fuero de Ayala y por el privilegio de Ager (Lérida) y vive en las legítimas ficticias de Aragón, Navarra y Vizcaya. En el Fuero de Ayala emplea la palabra apartamiento; Según PLANITZ, (ob. cit., 361), los herederos tienen una expectativa de derecho .

[17]LALINDE ABADIA, ob. cit., 809; Según PLANITZ, (ob. cit., 344) esta disgregación del patrimonio hace imposible la figura del heredero único del Derecho romano.

[18]BINDER, "*Derecho de Sucesiones*", 13.

[19]VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, 52.

Del contenido de los documentos se desprende, que existe una categoria jurídica que es la de heredero en la universalidad de los bienes de la herencia, que se contrapone a la de heredero sucesor tronquero en el patrimonio troncal.

La designación de sucesor tronquero conlleva la sucesión en el cargo. El sucesor tronquero es el ostenta, tanto en el plano público como en el privado, la representación de la familia, del apellido, del linaje; el que ha sido instituido en el contrato matrimonial en la generalidad de los bienes no troncales, si bien se le denomina heredero universal ocupa un segundo lugar, figurando en muchos casos condicionado su nombramiento[20].

La conjunción en el empleo de ambos títulos se lleva a cabo de diferentes modos. Las escrituras que transcribimos recogen la designación de inmediato sucesor tronquero a favor del contrayente y al mismo tiempo la institución de heredero universal para después de sus días:

> " Hace elección y nombramiento de heredero sucesor Tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable por causa honerosa de matrimonio de la casa y casería y sus pertenecidos.....y desde ahora para cuando se verifique el fallecimiento del donante, instituie a dicho su hijo unico ...y su representación por heredero universal de todos sus bienes y de los correspondientes a su difunta muger"[21].
>
> "Nombrandole e intituiendo en él por su única y universal heredera, e inmediata subcesora, tronquera de todos sus bienes y de su casería y pertenecidos de..., radicantes en la expresada Anteiglesia de Abadiano, a su única hija"[22].
>
> "....elige y nombra por su inmediato sucesor tronquero y heredero de la insinuada casa y casería ....y hace a su favor y de su representación donación intervivos .... Nombra e instituye a dicho su hijo como lo es por derecho por único y universal heredero de todos los demas sus bienes muebles semovientes frutos, efectos, ajuar y menaje de casa y erramienta . No existe aceptación expresa"[23].

---

[20]LANDABURU, 25 Enero 1823, (62): ".. en cuio caso permaneciendo en esta unión y compañía, serán para los recordados hijos....todos los bienes muebles semovientes, existencias, derechos y acciones, que quedasen al fallecimiento del último de los padres íntegramente y sin dependencia de otro alguno de cuio fin desde ahora para entonces los intituyen por sus únicos y universales herederos, excluiendo de esta herencia a los demás sus hijos...".

[21]AREITIO, 27 Febreron 1832, (44).

[22]MEABE, 1 Febrero 1827, (336).

[23]INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286). BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826,(247): en idéntico sentido hace elección de subcesor tronquero e inmediato poseedor de dicha casa y a maior abundamiento hace en su favor gracia y donación pura, mera, perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos y en el caso de que no pudiesen vivir juntos en una mesa y compañia reserva el donante la mitad de todos los bienes efectos muebles, granos, ganados vacunos y demás que por menor quedan asentados y fueren dueños entonces mismo para que puedan disponer de todos ellos a su arbitrio y voluntad; bien entendido de que si viviendo juntos en una casa mesa y compañia falleciesen serán todos para los donatarios".

Se emplea la designación de sucesor para disponer del patrimonio troncal, en tanto que se le instituye heredero universal en la generalidad de los bienes. Son dos títulos que el instituyente diferencia aunque recaigan sobre una misma persona.

246. **Es un sucesor tronquero.-** Se trata de un sucesor tronquero; en esta fórmula se incorpora siempre este adjetivo: tronquero.

Se es pariente tronquero respecto a un patrimonio familiar concreto, de tal modo, que dentro de una familia donde existan varios patrimonios de abolengo, uno proveniente del padre y otro de la madre, por ejemplo, caben varios sucesores tronqueros y un heredero universal en ese patrimonio ganancial que han generado los titulares.

En el Duranguesado y en este período histórico la familia propietaria, comúnmente, tiene un único patrimonio troncal. Resulta excepcional la acumulación de varios patrimonios de esta naturaleza, salvo el caso de matrimonios entre hijos únicos[24], o por efecto de la reversión de un patrimonio troncal a favor de quien ya es sucesor en otro, por compra, herencia etc..

En estos casos es frecuente que los padres los vayan distribuyendo entre sus hijos a quienes -designan sucesores- a medida que se van casando, reservando el dinero para dotar al hijo soltero en el momento de su "acomodo"[25]. En algunas escrituras en las que se designa sucesor se deja constancia de la existencia de otro hermano sucesor dentro de la familia[26].

---

[24]BARRENECHEA, 21Diciembre 1826,(247); INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286); GANGUTIA , 2 Junio1830, (309).

[25]BARRENECHEA, 2 Septiembre 1823, (234): "montes que en otro tiempo fueron comun y concejil de la Anteiglesia de Abadiano , comprada entre diferentes sus convecinos hace como once años poco más o menos y gozan proindiviso y radica en el término, así estos montes con la casa de alto abajo y heredades reservan para si y qualquiera de ellos para que puedan disponer de sus rentas y hasta que tome su estado de matrimonio su otro hijo..." y añaden " los donantes tendrán facultad de poder donar y elegir por inmediato sucesor tronquero y heredero los mencionados .....a su hijo legítimo, soltero, por quanto los otros sus denotados cuatro hijos e hijas de los donantes se hallan y quedaron bien acomodados en sus respectivos matrimonios".

[26]AREITIO, 3 Julio 1830, (24): En este contrato matrimonial se contiene designación de sucesor con donación inter-vivos: "Finalmente que las funciones de entierro y honras y demás exequias fúnebres del que ó la que ultimamente falleciese entre los donantes, deberán costear por mitad e iguales partes dicho su hijo donatario y aquel ó aquella que fuese nombrado por sucesor ó sucesora de la recordada caseria , según de la clase que se acostumbra entre personas de sus circunstancias".

La concurrencia de varios herederos, tronqueros y no tronqueros en la sucesión de una persona, da lugar a que sea necesaria la delimitación de las diferentes masas patrimoniales y plantea sustancialmente dos problemas:

1. La asignación de los bienes futuros.

2. Distribución de la responsabilidad por deudas.

II. La donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter-vivos.

247. **La Donación inter-vivos del patrimonio troncal.-** De forma cumulativa a la designación sucesoria se incorpora la donación pura, mera, perfecta, irrevocable que el Derecho llama inter-vivos[27]. El Fuero no regula esta modalidad donacional por lo que se aplicarán las leyes del Reino en calidad de Derecho supletorio .

La doctrina ubica a la donación propia dentro de las donaciones inter-vivos. La donación propia o de mera liberalidad por cuya razón se conoce por pura, simple, graciosa y perfecta, es por naturaleza irrevocable. Hemos tratado de ella en el Nº 200 de este trabajo.

248. **Cláusulas que acompañan a la designación de sucesor con donación de los bienes.-** En la mayoría de las escrituras en las que se contiene la designación de sucesor con donación pura, mera, perfecta, irrevocable e inter- vivos de los bienes se incorporan las siguientes cláusulas, en este orden expositivo:

1. El desistimiento por parte del donatario del dominio y posesión de los bienes.

2. La cesión a favor del donatario de todo tipo de acciones directas, indirectas personales y mixtas.

3. La entrega y toma de posesión por parte del donatario. Se expresan en estos términos:

> "...desistiendose desde ahora, para cuando se verifique dicho matrimonio, del dominio, posesión y otro cualquier derecho, que tenía en la expuesta casería ....y traspasando en favor del denotado su hijo ....con todas las acciones competentes, para que disponga como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título y en conformidad de la ley del

---

[27]Nº 200 y ss, las diferencias, a al luz de la doctrina de la época entre donación inter-vivos y mortis causa y el encuadramiento dentro de las primeras de la donación pura, perfecta, irrevocable e inter-vivos.

Fuero de este M.L. ...excluye y aparta .....Aceptación de los bienes, con los que se contrata" [28].

" I desde este día en adelante para siempre jamás, se desisten y apartan los donantes, y apartan tambien a sus subcesores del derecho de propiedad, posesión, título, voz, recurso, y otro cualquiera que habían y tenían a los expresados bienes raíces vinculados y agregados y demás muebles donados, y ceden, renuncian y traspasan plenamente con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas en el mencionado su hijo ...sin mas exceptuación que las reservas que llevan hechas, y y el cumplimiento de las condiciones insertas.....y tome y aprenda la posesión judicial ó extrajudicial que en virtud de este instrumentio le pertenece, ...y para que no necesite tomarla, me piden a mi el escribano le provea de su copia autorizada con la cuál sin otro acto alguno de apreensión ha de ser visto, haberla tomado y transferiendosele, y en el ínterin se constituien por sus inquilinos tenedores y precarios poseedores en legal forma para acudirle con ella siempre que se les pida"[29].

"....desistiendose de su dominio y traspasando con cuantas acciones le competen, para que disponga como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título...."[30].

'....desistiendose del dominio de aquella y posesión de esta y traspasando en favor de dicho....con cuantos derechos y acciones tiene en ambas y sus pertenecidos para que disponga, como de cosa suia adquirida con justo y legítimo título...."[31].

".....desistiendose del derecho de propiedad y otro cualquiera y traspasando en favor del citado su hijo ...para que disponga como de cosa adquirida con justo y legítimo título, tome posesión y practique todos los actos de dominio y en conformidad de lo prevenido por las leyes de Fuero de este M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya excluye y aparta a....."[32].

Estas cláusulas evidencian la voluntad de trasmitir la titularidad de los bienes al instituido. Vamos analizar si estas cláusulas de acompañamiento responden a la modalidad de donación pura y qué sentido y alcance tiene su incorporación a la luz de la doctrina de la época.

---

[28]AZTIAZARAN, 7 Noviembre 1833, (230); En iguales términos AZTIAZARAN, 7 Febrero 1824, (137), AZTIAZARAN, 29 Septiembre 1824, (144); AZTIAZARAN, 20Marzo1824, (138).

[29]AREITIO, 5 Setiembre 1829, (16).

[30]AZTIAZARAN, 28 Agosto 1830, (202); AZTIAZARAN, 13 Febrero 1823, eo 1823, (129)

[31]LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78).

[32]AZTIAZARAN, 18 Junio 1825, (147).

249. **Claúsulas que deben acompañar a la donación perfecta, según Febrero.-** Febrero[33] recoge las siguientes:

1) Que se exprese quién dona, a quién, que es lo que dona y si tiene cargas.

2) Que el donante renuncie por sí y por sus herederos y sucesores al dominio y posesión y cualquier otro derecho que tenga sobre la cosa donada.

3) Que les confiera facultad para posesionarse de la cosa donada sin su intervención, para usar y disponer de ella a su arbitrio y voluntad como de cosa suya adquirida con legítimo título .

4) Recoja la entrega de los títulos de pertenencia y de la escritura de donación.

5) Debe declarar el donante que le quedan suficientes bienes para su decente manutención, y que la donación no es excesiva.

6) Debe obligarse a no revocarla con ningun motivo ni pretexto, y si quisiere, lo corroborá con juramento.

7) La aceptación por parte del donatario y que este se obligue a cumplir las cargas y condiciones justas que éste le imponga.

8) La renuncia de las leyes.

De lo antecede puede deducirse, que el desistimiento por parte del donante, la cesión de acciones y la entrega que aparecen en algunas de las escrituras transcritas no son manifestaciones libres de voluntad de los otorgantes, sino responden a la caracterización del tipo donacional.

250. **El desistimiento y la cesión de acciones.-**

"Se desisten y apartan del derecho de propiedad, posesión, señorío, título, voz y recurso, que habían y tenían lo ceden, renuncian y traspasan, con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas, que les competen, en su nominado ....a quien confieren poder cumplido, sin límites para que desde el instante en que efectúe el referido su nombramiento en adelante quando quisiere, tome y aprenda su posesión real

---

[33]FEBRERO, ob. cit., T. 3, 197 incluye un capítulo:" Sobre las cláusulas de la donación perfecta" y acompaña un formulario en la que se incluyen a la donación pura lo que nos inclina a pensar que eran cláusulas usuales en la práctica notarial. Consultados ESCRICHE, GUTIERREZ, VISO, SALA, FACON, ASSO Y DE MANEL y GOMEZ DE LA SERNA no hacen referencia a estas cláusulas de acompañamiento emparentándolas con la donación pura, lo que nos hace pensar que efectivamente puede tratarse de una práctica notarial.

> actual, corporal, vel cuasi y en el interin se constituyen por sus inquilinos, y precarios poseedores en legal forma para dársela quando le convenga aunque no la tomase le haya de servir de testimonio de posesión la copia autorizada de esta escritura los tenedores"[34].

1) El instituyente desiste y renuncia de forma abdicativa al derecho de propiedad y posesión de los bienes troncales así como a todos los atributos inherentes al título y tenencia de los mismos : "cede, renuncia y traspasa". Con frecuencia se añade la cesión de todo derecho por parte de los instituyentes[35]. Lo común es que esta cesión tenga lugar a partir de la celebración del matrimonio[36], y así deberá interpretarse en el supuesto de que nada se diga al respecto, por la razón de ser -*causa matrimonii*- el otorgamiento. Es frecuente que se establezca que ha de entregarse parte a la celebración y el resto aplazado[37], asimismo que se garantice la entrega[38].

2) Le hace cesión de las acciones que le corresponden en relación a esos bienes. Según la doctrina, la cesión de acciones consiste en el derecho del acreedor o del dueño a traspasar a otro sus cosas o los derechos que le competen contra un tercero, diferenciándolo de la delegación, del mandato y de la renuncia[39].

El título en el que tiene base la cesión es la donación, en consecuencia en materia de capacidad y régimen de prohibiciones, habrá que atenerse a la exigencias del mismo; no es necesaria para la perfección de la cesión la intervención del deudor; igualmente regirá el principio de que nadie puede transferir más de lo que tiene[40].

---

[34]INUNCIAGA, 30 Agosto 1823, (284).

[35]AREITIO, 12 Febrero 1831, (32): "Desde la efectuación de dicho tratado matrimonio en adelante para siempre jamás, se desisten, quitan y apartan los donantes y apartan tambien a sus sucesores del derecho de propiedad, posesión, título, voz, recurso y otro cualquiera que habían y tenían y podían tener a las recordadas fincas y demas bienes muebles y semovientes donados y lo ceden, renuncian y traspasan plenamente con cuantas acciones les competen en el mencionado hijo".

[36]AZTIAZARAN 7 Noviembre 1833, (230): "a partir de la celebración del matrimonio, desistiendose desde ahora para cuando se verifique del dominio, posesión y otro cualquier derecho y traspasando acciones para que disponga como de cosa propia adquirida con justo y legítimo título"; En idéntico sentido: LANDABURU, 30 Agosto 1825, (69); LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73); LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74); AZTIAZARAN, 7-Julio 1827, (167) ; AZTIAZARAN, 22 Septiembre 1827, (169); AZTIAZARAN, 31 Octubre 1827, (170) ; AZTIAZARAN, 19 Enero 1828, (175).

[37]AZTIAZARAN , 5 Marzo 1832, (212); AZTIAZARAN, 31 Octubre 1827, (170).

[38]BARRENECHEA, 28 Febrero 1825, (238): "respecto al dinero a la celebración del matrimonio, en defecto será compelida y apremiada a ello por todo rigor de dercho y vía ejecutiva con todas las costas daños y perjuicios".

[39]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 5,117) la diferencia con la delegación -y cita a Olea- es que la cesión puede hacerse con ignorancia y aun contra la voluntad del deudor. Se diferencia del mandato en que éste es voluntario y la cesión puede ser en ocasiones acto necesario. De la renuncia, se diferencia en el fin y el efecto.

[40]Puede ampliarse GUTIERREZ, ob. cit., 123 y ss.; ESCRICHE , ob. cit., T. 1, 519.

Hay acciones cuya cesión no cabe por ser de carácter personalísimo y otras en las que se requiere la aquiescencia del deudor[41].

Se contrapone la acción directa a la útil; la primera es la que dimana del espíritu y de las palabras de la ley, en tanto que la útil solo procede de la mente de la ley y no de sus palabras, o ni de aquella ni de éstas; la primera se origina directamente de alguna obligación, y la útil viene de la directa y por equidad se concede al cesionario, a quien no se le puede transferir la primera por estar radicada en la persona del cedente[42].

La acción mixta es la que parte es real y en parte personal, o la que procede juntamente de derecho real y personal; por ella pedimos la restitución de una cosa que nos pertenece, y la satisfacción o pago de lo que se nos debe por razón de ganancias, perjuicios ú otras prestaciones personales[43].

El efecto inmediato de la cesión consiste en hacer pasar a manos del cesionario los derechos del cedente contra su deudor[44]. Se recoge de la siguiente manera:

> "traspasan plenamente con cuantas acciones les competen en el mencionado su hijo...y su representación legítima sin mas exceptuación que las reservas hechas y el cumplimiento de las condiciones insertas, y le confieren poder irrevocablecion libre franca y general administración, y constituien Procurador actor en su propia causa, para que los goce, use, y disponga de ellos a su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título....."[45].

251. **La *traditio* de los bienes.**- La donación se perfecciona por el sólo consentimiento, la entrega de la cosa no es más que la consecuencia y complemento de la

---

[41]Recoge ESCRICHE ob. cit., 518) el modo de eludir la prohibición que pesa sobre la cesión de cierto tipo de acciones sin necesidad de que conozca el deudor tal cesión es constituyendo al cesionario en mandatario del cedente, siendo aquel *procurator in rem suam* , desempeñando el mandato no en nombre ajeno sino en el propio; un mandato de esta especie es una verdadera cesión.

[42]Según ESCRICHE (ob. cit., 61) se da el nombre de acción directa la que corresponde al dueño, acreedor o cedente; y de útil a la que compete al sujeto a quien se hace la cesión.

[43]ESCRICHE, ob. cit., 62.

[44]Según GUTIERREZ (ob. cit., 125) se entenderá que los derechos se entienden transmitidos con todos sus accesorio, como son las fianzas, prendas, hipotecas y cuantas garantías tengan para su cobro. Desde el momento de la cesión el cesionario se subroga en todo los derechos y acciones del cedente. Pasa al cesionario todo lo accesorio inherente a la acción, como la aparejada ejecución si aquel era ejecutivo, las cláusula o condición resolutoria expresa o tácita y los privilegios del derecho cedido, pero no aquellos personales del vendedor. Lo frutos y rentas posteriores a la cesión pertenecen al cesionario.

[45]AREITIO, 12 Febrero 1831, (32).

donación. Entre los romanos antiguamente no había donación sin la entrega de la cosa[46], y por esto era uno de los modos de adquirir; pero después vino a entenderse, como en la actualidad, como simple causa o título, porque nacía obligación desde luego independientemente de la entrega de la cosa[47].

Si la *traditio* no es necesaria para la perfección de la donación, esa perfección no basta, por sí sola, para transmitir al donatario el dominio de la cosa donada[48]. La tradición debe producir el efecto de que quien recibe la cosa, une a la facultad legal la posibilidad física de disponer de ella; de modo que termina cuando ha llegado a conseguirse este resultado, siendo indiferente el modo de llevarla a cabo.

La doctrina de la época reconoce varios tipos de tradición[49]:

1º. La tradición verdadera cuando se pone la cosa mueble en manos de aquél a quien se traspasa.

2º. La tradición *longa manu*, cuando se pone la cosa mueble a la vista de aquél a quien se traspasa, o en su casa por su orden[50].

3º. La tradición *brevi manu*, cuando el que posee la cosa en nombre de otro adquiere el derecho de retenerla como suya [51].

---

[46]Según ARVIZU Y AGUADO, (*Las donaciones inter-vivos en el Derecho civil de Navarra*, 2 ed. Pamplona, 1964, 110), la ley Cincia y después, bajo los emperadores Constantino Cloro y Constantino, se estableció que la donación no era válida sino se perfeccionaba mientras el donante no hiciera la tradición de la cosa al donatario. Justiniano modificó esta regla estableciendo en el nº 2 del tít. 7º, libro 2 de las Instituciones, que la donación inter-vivos se perfecciona por el mero consentimiento, el cuál basta para obligar al donante y dar acción contra el donatario. La constitución de Justiniano, a que alude la Instituta, esta contenida en la Ley 35, tít. 54, lib. 8º del Código.

[47]Añade FEBRERO (ob. cit., T. 3, 174) para que sea válida y perfecta la donación no es necesario que vaya acompañada de la entrega de la cosa.

[48]Recordemos la distinción entre el título y modo de adquirir que, nacida en los formalismos de la Ley romana, tomó carta de naturaleza en el Derecho moderno: esta distinción -título y modo-, se funda en la diferencia esencial entre los derechos personales y los reales. En los primeros, basta, por regla general, la simple voluntad para engendrar la obligación, en los segundos no basta para que el derecho real tenga efectividad.

[49]GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALVAN, *Elementos del Derecho Civil y Penal*, T. 1, Madrid, 1874, 719.

[50]P. 3. 30. 6: "Si uno vendiese a otro alguna cosa, e gela diesse, o gela enagenasse en alguna otra manera; e estando la cosa delante dixesse el que la enagena al otro que lo apodera en ella veyendola a ambos a dos, maguer este a tal non la entre, nin la tenga corporalmente, abondale tal apoderamiento de vista para ganar la tenencia della".

[51]P. 3, 28, 47: "Otrosi dezimos que por todas aquellas razones, ó maneras que passa la tenencia de las cosas de los unos omes a los otros: maguer non sean apoderados dellas corporalmente, segun dize en el título que fabla de la manera en que puede ome ganar, ó perder tenencia de las cosas, que por essas mismas razones, ó maneras passa el Señorio de las cosas a aquellos a quien son vendidas ó cambiadas, o dadas en dote o en otra manera , o las han de auer por alguna otra derecha razon, como quier que de las cosas no fuessen apoderados corpóralmente ...".

4º. Cuando sucede, por el contrario, que el que poseía como dueño continúa haciéndolo en nombre de aquel a quien traspasó el dominio. En el Derecho romano llamaba *constitutum possessorium* [52].

5º. Cuando aquel a quien se hace traspaso es llevado por el que lo verifica a la misma finca o a su inmediación, o con ella a la vista manifiesta que es su voluntad trasladársela, conlleva la toma de posesión.

6º. Cuando se entrega un objeto, como las llaves de una casa u otros signos representativos del dominio [53], indica la toma de posesión.

La *traditio* simbólica es la forma empleada con mayor frecuencia en las escrituras examinadas, mediante entrega de la escritura, se recoge de la siguiente manera:

> "Le constituyen en Procurador actor....para que tome y aprenda la posesión judicial ó extrajudicial que en virtud de este instrumento le pertenece, y para que no necesite tomarla me piden a mi el Escribano le provea de su copia autorizada, con la cuál, sin otro acto alguno de apreensión ha de ser visto haberlo tomado y transferido, y en el ínterin se constituien por sus inquilinos tenedores, y precarios poseedores en legal forma para acudirle con ella siempre que se les pida,...."[54].

Esta entrega simbólica va acompañada del *constituto* [55] a favor del transmitente, ahora en calidad de inquilino y precario poseedor[56].

---

[52]P. 3, 30, 9: "Enagenan los omes los unos a los otros sus heredamientos a las vegadas a tal pleyto, que retienen para si en toda su vida el usufructo dellos, ó despues que los han enagenado, ante que apoderen dellos a aquellos a quien los enagenaron, arriendan los de los compradores. En qualesquier destos casos dezimos que gana la possession de la cosa aquel a quien es enagenada: e aun ha el señorio en ella, bien assi como si fuesse apoderado corporalmente della".

[53]P. 3, 30, 7 y 8: "dandose las llaues de aquel lugar do estuviessen las cosas, e estando y delante: por tal apoderamiento como este que le faze dando la llaues, entiendese que le apodera tambien de las mercadurias..." "Dando algun ome a otro heredamiento, o otra cosa qualquier apoderandole de las cartas porque la del uno, ó faziendo otra de nueuo, e dandosela gana la possession....".

[54]AREITIO, 12 Febrero 1831, (32); ZUAZUA, 25 Febrero 1824, (101); AZTIAZARAN, 19 Enero 1826, (152); GANGUTIA 20 Enero 1828, (300); GANGUTIA, 2Junio 1830, (309); GANGUTIA, 24 Noviembre 1832, (323). .

[55]Refiere ESCRICHE, (ob. cit., T. 1, 586), la constituto es una ficción del derecho por la cual se supone que la cosa se ha entregado y que de nuevo el que la recibe la devuelve al transmitente, para que la posea no en nombre propio sino en el del adquirente; de suerte que el transmitente se quede con la posesión natural y corporal y el adquirente con la civil.

[56]Según CLAVERO (*Mayorazgo y propiedad feudal en Castilla* "(1369- 1836), 237, nota 49) en la fórmula de Perez y Monterroso en la fundación de los Mayorazgos, el fundador se constituye "en inquilino poseedor de dicho Mayorazgo", reservándose el usufructo vitalicio sobre los bienes.

252. **Solemnidades que se requieren en las donaciones de bienes raíces.-** Para hacer constar en juicio la validez de las donaciones en bienes raíces es necesario el que se cumplimenten dos solemnidades: su otorgamiento en escritura pública y el registro en el libro de hipotecas[57]. La ley 12, del tít. 20 del Fuero Nuevo establece la necesidad de la presencia de escribano y el otorgamiento en escritura pública tratándose de donaciones de bienes raíces[58].

La segunda formalidad se deriva del cumplimiento de las leyes (NR. 10, 16) la inscripación en el Registro de hipotecas[59]

III. La designación del contrayente y su descendencia .

253. **La elección de hijo contrayente y su descendencia.-** La elección de sucesor recae en el contrayente y en su futura descendencia. Se recoge en estos términos:

> "hace elección y nombramiento de sucesor tronquero y heredero de según fuero y derecho de la expresada casa y casería .....a su hijo para dicho su tratado matrimonio con .....y los hijos que tubiere de el[60]".
>
> "que elige y nombra por su inmediato sucesor tronquero y heredero de .....a su único hijo legítimo y hace a su favor y de su representación legítima donación pura....."[61].
>
> "y hace a su favor y de su representación donación intervivos"[62] .

INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286): "confiere poder, apreenda su posesión se constituyen en procuradores actores en su misma causa, con transmisión de todos sus derechos, y ponen en su lugar, grado y prelación, con absoluta subrogación en forma y les confieren el más amplio, irrevocable y eficaz poder que se requiere para que perciban y cobren"; En idéntico sentido GANGUTIA, 7 Abril 1827, (299).

[57]Según VISO (ob. cit., T. III, 400) en el Derecho castellano se requiere la escritura pública, si bien este requisito solo se requiere a las que excedieren de la tasa legal, en la práctica tratándose de bienes raíces la necesidad de haberse de reducir a escritura pública se infiere de la obligatoriedad de inscribirse todo acto traslativo de dominio sobre bienes raíces.

[58]Vid. Nº 50 de este trabajo.

[59]NR., 10, 16, 2 : "ordenaban que todos los censos, compras, ventas y otros semejantes debían ser registrados en el plazo de 6 dias en el libro de oficio de hipotecas; La demarcación geográfica y encargo del Oficio de hipotecas está regulado en la Pragmática 31 de Carlos III, publicada en Madrid a 5 Febrero de 1768, que está recogida, a su vez, en NR., Título 16 del Libro 10 citado; Se ha podido manejar en el Archivo Histórico de Protocolos Notariales, sede en Bilbao, el Libro de Oficio de Hipotecas correspondiente a Durango, como cabeza de Partido, estando a cargo de los Escribanos de Ayuntamiento.

[60]AREITIO, 25 Junio 1831, (39); BARRENECHEA, 26 Noviembre 1823, (235).

[61]INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286).

[62]INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286).

No se trata de una cláusula de estilo sino que, realmente existe una voluntad de instituir tanto al hijo contrayente como a su descendencia. Entendemos que es así por el tenor literal de la designación en concordancia con lo que dispone el Fuero[63].

Es una peculiaridad de esta fórmula el nombramiento de la descendencia. Se elige la familia, la estirpe de los futuros sucesores, elección que afecta por espacio de dos generaciones. Para conocer cómo recibirían los bienes la descendencia y con qué carácter entrarían a gozar de los mismos, caben plantearse dos supuestos.

1. En el caso de que el instituido adquiera los bienes por muerte del instituyente estará obligado a disponer a favor de su descendecia.

2. En el caso de que el instituido en primer término premuriere al instituyente, en tal caso es necesario conocer cómo entraría a suceder la descendecia.

En lo que respecta al primer supuesto, el Fuero establece una reserva de los bienes donados para un matrimonio a favor de la descendencia habida en el mismo (FN. 20, 3 y 4), por otra parte, permite que en vida del instituyente el instituido disponga de estos bienes a favor de su descendecia (FN. 20, 17); luego en este aspecto la voluntad del instituyente incidiría en la obligación establecida en el Fuero.

En lo que respecta al segundo supuesto, a las razones apuntadas en el primer supuesto se incorpora la interpretación a sensu contrario del Fuero (FN. 20, 17) que establece la reversión legal de los bienes por falta de descendecia, de lo que se infiere qye estas donacio es se hacen a favor de los hijos y sus descendeintes, a lo que se une designación expresa por parte del abuelo, en la fórmula que nos ocupa.

254. **La descendencia como sustitutos vulgares.-** La descendecia del instituido en primer término adirá la herencia en calidad de sucesor.

1. Como sucesor sustituto, y dentro de esta categoría debemos aclarar a la luz de la doctrina de la época, si se trata de una sustitución vulgar, fideicomisaria o compendiosa.

Permanecen vigentes en la época las figuras de herederos sustitutos que regulan las Partidas, que presenta un perfil semejante al actual[64]. Duda la doctrina si cabe

---

[63]FN. 20, 3 y 4) establece la reserva de los bienes donados o dotados para un matrimonio y (FN. 20, 17) establece la reversión para el supuesto de premoriencia del donatario sin descendencia.

[64]P. 6, 5, 1.

encuadrarse la designación de la descendencia como sustitución vulgar[65], o si se trata de una sustitución fideicomisaria[66]; del hecho de calificarla en una u otra manera se deriva un régimen diferente.

Si calificamos como sustitutos vulgares a los designados, la descendencia hereda directamente al causante, ya que el instituido en primer lugar no hereda[67], de lo que se deriva que el sustituto ocupa el lugar del llamado en primer término, y hereda los mismos bienes y en idénticas condiciones que éste, recibiendo la herencia de forma directa sin intervención de persona alguna.

Una vez aceptada la herencia por el primer instituido, si éste muere, el sustituto vulgar no tiene ya derecho alguno, puesto que la sustitución ha quedado sin efecto[68].

Por contraste la sustitución fideicomisaria, es aquella en la que el testador encarga al heredero instituido que restituya a otro la herencia; el heredero fiduciario, deberá entregar la herencia al fideicomisario, sacando la cuarta trebeliánica, siendo necesario para ello la elaboración de un inventario de los bienes, dandole copia al fideicomisario.

---

[65]P. 6, 5, 2: "Claramente se face la sustitución que es llamada vulgaris por palabras negativas, en esta manera, como si dixesse el testador: Establezco a fulano por mio heredero. E si el non lo fuere, fago mío heredero a fulano. Ca si muriesse aquel que fuesse establecido primeramente, ante que ouiesse tomada la heredad, o se aya otorgado por heredero, sera heredero el segundo.....".

[66]P. 6, 5, 14: "Fideicommisaria subtitutio en latin, tanto quiere dexir en romance, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro, assi como si dixesse el fazero del testamento: Establezco por mio heredero a fulano, e ruegole, o quiero, ó mando que esta mi herencia, que yo dexo, que la tenga tanto tiempo e que despues que la de e entregue a fulano. E tal establescimiento como este, puede fazer todo ome a cada uno del pueblo, solo que non le sea defendido, por algunas leyes deste nuestro libro. Pero dezimos , que este que es rogado: e establescido en esta manera, que deue dar e entregar, la herencia al otro, assi como el testador mando: sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para si . E esta quarta parte es llamada , en latin trebellianica. E si este que assi fuesse establecido por heredero, non quisiesse rescebir la heredad, o despues que la ouiesse rescebido non la quisiere entregar al otro, puedele apremiar el judgador del logar, que lo faga".

[67]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 3, 348) en las designación del sustituto vulgar se emplea la forma negativa "si haeres non erit " bien porque no quiere ó porque no puede distingue la sustitución directa, en la que el sustituto recibe los bienes directamente del causante y son las vulgar, la pupilar, la ejemplar, la compendiosa y la recíproca, será indirecta solo la fideicomisaria, porque en ella el sustituto percibe mediatamente los bienes".

[68]Añade ESCRICHE(ob. cit., T. 2, 869 y 872) si el primer instituido acepta la herencia, aunque muera despues, la sustitución vulgar queda sin efecto, según establece la ley 4, tít. 5, Part. 6, que dice "Ca entonces el sustituto non ha derecho ninguno en los bienes del muerto, en que fué establescido el primero heredero...".

Muriendo el sustituto fideicomisario antes de adir la herencia pasa a sus herederos el derecho que le compete[69].

Brocá entiende que la fórmula empleada en la "disposición de los bienes a favor del hijo que contrae matrimonio y de sus hijos", éstos entran en la herencia como sustitutos fideicomisarios[70].

Nuestras reflexiones van por otro derrotero; las Partidas regulan la sustitución en la vía testamentaria, en consecuencia, la delación y aceptación de la herencia tienen lugar en una unidad en el tiempo, es decir, justamente a la muerte del instituyente, razón por la que la aceptación del instituido deja sin efecto la sustitución vulgar, sin embargo estas reglas no son aplicables al caso que nos ocupa; la designación se lleva a cabo en el contrato matrimonial, y en este acto tiene lugar la aceptación por parte del instituido mientras que la apertura de la sucesión tendrá lugar a la muerte del instituyente.

Si el instituido le premuriere, y en consecuencia no se llegara a consumarse la sucesión a la que estaba llamado, la designación deviene ineficaz y en tal caso será llamada la descendecia en calidad de sustitutos vulgares[71].

Si por el contrario el primer instituido sobrevive al causante en ese caso entrarán como sustitutos fideicomisario; utilizando la categoría fideicomisaria con matizaciones ya que en Vizcaya el instituido en primer término no tiene limitaciones en su facultad de disposición, y si alguna tuviere se derivaría de la troncalidad y no de su condición de fiduciario.

La descendencia en su condición de sustituto vulgar recibirá los bienes con las mismas limitaciones que le hubieren sido impuestas al instituido en primer término, y del mismo modo, si la descendencia los recibe pot ytansmisión de sus padres.

> "Que si llegase e caso de que el citado....hiciere nombramiento de sucesor es estas haciendas en favor de alguno de sus hijos, lo haya de verificar de modo que se cumplan inviolablemente las precedentes condiciones sea por el ó sea por el hijo, a cuyo favor hiciese el nombramiento con calidad expresa de que si se faltare en al menor cosa sea nulo , de ningun valor, ni efecto el que se executa en este instrumento favor de ...y volverá la posesión y propiedad de los vínculos y demas derechos y bienes donados a el al exponente ...para causar de

---

[69]ESCRICHE, ob. cit., T. 2, 871 califica como indirecta ú oblicua esta sustitución en la que el sustituto obtiene la herencia mediante otra persona; GUTIERREZ, ibídem.

[70]Según BROCA (ob. cit., 725), califica de sustitución fideicomisaria la que resulta de otorgarse el heredamiento a favor del hijo que contrae matrimonio y de sus hijos; BROCA, ibídem, nota. 2, Fontanella y Cancer califican del mismo modo.

[71]GARCIA ROYO, y LEZON califican como sustitutos vulagares, como hemos expuesto en los Nº 42 y 43 de este trabajo.

nuevo en otro pariente....devolviendo lo que hubiese entregado para cumplimiento de algunas de ellas"[72].

La sanción de nulidad a que se hace mención ha de entenderse no como nulidad absoluta sino impugnabilidad por parte del instituyente.

IV La aceptación y asunción de obligaciones por parte del instituido.

255. **La aceptación y asunción de obligaciones por parte del instituido.-** En este período histórico la influencia ejercida por el Código de Napoleón modifica el encuadramiento de la donación y lo que hasta entonces era calificado como acto, pasa a considerarse como contrato[73], esta modificación lógicamente, conlleva una mutación en los requisitos exigidos para su validez[73].

En concreto incide en la exigencia de la aceptación para la validez de la misma, existiendo al respecto disparidad de criterios.

Un sector de la doctrina, basándose en la regla general consensualista establecida en el Ordenamiento de Alcalá[74] entiende que, no es necesario para que la oferta o promesa sea obligatoria el que intervenga la aceptación del interesado a cuyo favor se hizo, en tanto que otro sector, a nuestro entender con mejor criterio, dice que la citada norma del Ordenamiento no pudo cambiar la forma dada por el derecho a los contratos, que se perfeccionan por el consentimiento[75].

---

[72]AZTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151).

[73]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 5, 79) se han sostenido largos debates acerca de la naturaleza de la donación. No es un título sino un medio de transmitirse los hombres sus cosas, por lo que en el Derecho romano la comprendió entre los modos de adquirir. Los Códigos modernos tratan bajo el mismo epígrafe las donaciones y testamentos, acaso por considerar ambos actos de mera liberalidad. La ley Partida la incluye entre los contratos por la razón que alega en el proemio del tít. IV, Part. 5. Tratándose de la donación pura y simple, se entiende de naturaleza unilateral, como que la obligación esta sólo de parte del donante, siendo un error, a juicio de Gutierrez el considerarla bilateral, suponiendo envuelve obligaciones tácitas: por ejemplo, la de alimentar al donante en caso de necesidad, restituir los bienes en caso de ingratitud ó por la superveniencia de hijos, pues la obligación tiene por objeto gratificar y no obligar.

[74]NR. 1, 1, 10, Ley unica tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá "Paresciendo que alguno se quiso obligar á otro por promision ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó; .....mandamos, que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en qualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro".

[75]GUTIERREZ, ob. cit., 87, recoge la opinión de Lopez y Viso en este sentido; Añade ESCRICHE (ob cit., 67) que quien se manifiesta en este sentido incurre en contradicción, pues entiende que vale la donación ó promesa revocablemente hasta que el otro la sepa y acepte, y después de la aceptación es irrevocable; Idéntico criterio sigue VISO (*Lecciones elementales de Derecho Civil*, Valencia, 1884, T. III, 389), quien añade que la aceptación debe realizarse 1) mientras persevere en su

La donación como todos los contratos convencionales, se perfeccionan por el consentimiento del donante y donatario, consiguientemente, debe ser aceptada por el segundo[76]. Para que "valga" la donación de manera irrevocable es necesaria la aceptación[77].

La aceptación para ser válida, debe verificarse, no sólo mientras el donador persevere en su propósito, sino tambien mientras conserve la capacidad de donar. Así si fallece o pierde el uso de la razón o se le pone intervención en sus bienes, es ya nula y de ningún efecto la aceptación que subsiguiere, porque ya no puede existir la reunión o concurso de voluntades que se requiere en los contratos[78].

Ciñéndonos a la donación pura y simple, que es la que aparece en estas escrituras, queda perfeccionada por el consentimiento del donador y la aceptación del donatario, de suerte que aquél puede ser compelido por el donatario y sus herederos a la entrega de la cosa donada[79], y caso de no existir ésta, cabe el arrepentimiento y la revocación de la donación[80].

En los contratos matrimoniales, es frecuente que la aceptación se haga de forma expresa y al tratarse de una donación presente se acepten los bienes concretos y la designación.

El modo de llevarlo a cabo es como sigue:

"aceptando como acepta en forma la expresada elección y nombramiento de heredero subcesor tronquero, y donación causados a su favor de los recordados bienes raíces vinculados y monte agregado a ellos, con las reservas, calidades, y condiciones específicadas, dice, que se obliga en legal forma a su exacto cumplimiento en todas sus

---

propósito el que hizo la promesa. 2) Que antes de hacerse la aceptación no haya fallecido ó no haya perdido el promitente su capacidad para obligarse. 3) Que se haga por el mismo agraciado ó por la persona que le presente.

[76]FEBRERO, ob. cit., T. 3, 174; En idéntico sentido ESCRICHE (ob. cit., 67), quien añade, esta ley no tuvo mas objeto que el de excluir de los contratos la necesidad de la embarazosa estipulación y de otras circunstancias que expresa, y en absoluto la de excluir la aceptación, antes puede decirse que la supone.

[77]GUTIERREZ, ob. cit., 88.

[78]ESCRICHE, ob. cit., 69.

[79]Según ESCRICHE (ob. cit., T. 1, 650) no podrá pedirse más de lo que pueda dar, quedándose con lo necesario para su manutención, pues goza del beneficio de competencia regulado en P, 4, 4, 5.

[80]Fuero Real, 10, 12, 3: "Mandamos que si alguno ficiere la carta de donación de sus cosas a otri, é la carta tuviere el que la fizo é no la diere, puedagela toller, quisiere é darta á otri, ó facer della lo que quisiere; e si teniendo la carta moriere, y en la vida ó en la muerte no le mandare nada, ni ficiere ninguna cosa de aquello que es escripto en la carta, vala la donación, y hayala aquel a cuyo nombre fue hecha la carta, si fuere vivo; ca si muriere antes que resciba la donación, los herederos de aquel que fizo la donación le hereden..".

partes, bajo la pena de ser compelido y apremiado a ello por todo rigor de derecho y vía mas sumaria y executiva que hubiese lugar"[81].

"Aceptan en su debida forma las donaciones, dotaciones y mandas que les dejan causadas, las aceptan en forma, se contratan con todos los bienes raices.....para su tratado matrimonio y sucesión legítima, y con todos los demás derechos y acciones que respectivamente les corresponden y correspondieren en cualquier manera, y se obligan en devida forma mancomunada e insolidadamente a observar, guardar y cumplir las condiciones y circunstancias insertas en la parte que les incumbe, sin alterar, ni tergibersarlas en manera alguna, y a ello consienten ser apremiados por todo rigor de derecho"[82].

El pacto queda perfeccionado mediante la aceptación de las donaciones; la designación de sucesor se acepta de presente si bien con eficacia pospuesta al momento de la muerte del instituyente, lo que determinará que a la apertura de la sucesión no sea necesaria la aceptación porque ya se ha aceptó.

256. **Frecuencia de la modalización: la reserva de usufructo y la asociación de ambos matrimonios.-** De las 31 escrituras que recogen esta fórmula en 17 los padres instituyentes establecen una reserva de usufructo vitalicio sobre la mitad de los bienes. En 11 escrituras constituyen una comunidad de vida y trabajo entre instituyentes e instituidos, en 7 de las cuales constituyen comunidad y alternativamente por si esta se disuelve establecen la reserva de usufructo. Es decir, de las 31 escrituras examinadas en 28 mediante las clausulas de usufructo o comunidad el disfrute del patrimonio troncal queda compartida entre ambos matrimonios.

257. **Cláusulas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones.-** Comúnmente se recoge en un cláusula única la aceptación, la contratación con los bienes y la asunción de obligaciones por parte del donatario:

"Que el nombramiento de sucesor de dichas haciendas en favor de alguno de sus hijos, lo haya de verificar de modo que se cumplan inviolablemente las precedentes condiciones sea por él ó por el hijo, a cuyo favor hiciese el nombramiento, con calidad expresa que si se faltase en la menor cosa sea nulo, de ningún valor, ni efecto el que se executa en este instrumento a favor de J.M . y volverá la posesión y propiedad de dichos vínculos y demas derechos y bienes donados al esponente para que pueda causar de nuevo en otro pariente....devolviendo lo que hubiese entregado para cumplimiento de algunas de ellas".[83]

[81]MEABE, 12 Marzo1827, (339).

[82]AREITIO, 12 de Febrero 1831, (32).

[83]AZTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151).

Del contenido de esta cláusula se desprende que la voluntad en la designación de sucesor aparece modalizada y su eficacia queda supeditada al cumplimiento de estos modos y condiciones, de tal modo que su incumplimiento conlleva la sanción civil máxima, a nuestro entender quiere referirse no a la nulidad de pleno derecho sino a la anulabilidad.

Es frecuente el que se garantice el cumplimiento de las cargas y obligaciones que ha asumido el donatario, en este sentido:

" Aceptan ambos contrayentes las donaciones y se obligan a cumplir las reservas, pensiones y condiciones con su persona y bienes habidos y por haber"[84].

"Aceptan y se contratan y se obligan en forma a observar y guardar y cumplir con todas las condiciones y circunstancias insertas en la parte que les incumbe sin alterar ni tergiversar en manera alguna a lo que consienten ser apremiados por todo rigor de derecho"[85].

El cumplimiento de las obligaciones queda garantizado de la siguiente manera:

1. Obligándose los contrayentes de forma mancomúm e insolidum.

2. Comprometiendo todos los bienes presentes y futuros.

3. Posibilitando la vía de apremio establecida por el Derecho para el caso de incumplimiento.

4. Determinando la nulidad de la designación causada.

258. **El patrimonio troncal como objeto de esta disposición: bienes que comprende, deudas y bienes futuros.-** Esta fórmula sólo se emplea en la designación en el patrimonio troncal, libre o vinculado. Este patrimonio tiene una nota característica: es un patrimonio productivo y se encuentra en fase de explotación. En el período histórico examinado se trata, frecuentemente, del patrimonio agrícola, forestal o ganadero, y con una menor presencia la pequeña industria de la época, la molienda, el braceaje de carbón, la apicultura, la ferrería o la artesanal en sus distintas vertientes.

Como ya se ha indicado al tratar de otro tipo de disposiciones, el patrimonio troncal se identifica mediante el nombre de la casa y la donación inter-vivos que se lleva a cabo comprende todos sus pertenecidos y el patrimonio mueble inventariado, o en

[84]BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826, (247).

[85]AREITIO, 7 Febrero 1832, (44).

defecto, el destinado a su explotación[86]; la transmisión del patrimonio troncal va acompañada de la sepultura familiar y el asiento de varón en la Iglesia Parroquial, poniendo con ello de relieve que los bienes y el culto de cada familia son inseparables y que el cuidado de los sacrificios recaiga siempre en el que reciba la herencia[87].

A la hora de fijar qué deudas y bienes futuros corresponde al patrimonio troncal, las escrituras nos facilitan esta información:

1. Lo común es que los bienes se transmitan libres de deudas y cargas; se expresa esta circunstancia en las escrituras matrimoniales:

> "Los bienes se entregan libres de deudas y grabámenes"[88]

> "5º Que todas las demas deudas y obligaciones que grabitan contra el donante y la referida casería serán de cargo y absoluta responsabilidad del propio donante, quien se obliga en devida forma a decapitarlas dentro de dos años contados desde hoy, pena de ser apremiado a ello por todo rigor legal, para lo cual se le entregarán al mismo seiscientos cicuenta ducados de vellón de dote que prometerán sus padres a la nominada" [89].

La dote entrante en la familia del instituyente al disponer o designar sucesor sirve para atender, entre otras finalidades, el pago de las deudas existentes[90].

2. Asumirá el donatario y su representación legítima el gravamen que pesa sobre los bienes:

> "4º Que será de cuenta y cargo de dicho donatario, y su representación el grabamen de ....de principal y ...de rédito anual a que se halla afecta la insinuada casería devido a la expresada Anteiglesia ...por importe de terrenos agregados en propiedad a la misma casería"[91].

---

[86]INUNCIAGA, 30-8-1823, (284): "Casa y Casería Solar Infanzona llamada Orovio, con su casilla de orno, heredades de pan sembrar, manzanales, castañales, jerales, montes, las dos partes de seles, y demas pertenencidos, suia y notoria con ellos en la Cofradia de San Fausto de Baquijano de dicha Anteiglesia de Yurreta con la mitad del Molino de dos piedras, que la corresponde en el rio que baja de la Cofradia de Maguna, sito en la de San Marcos de Orovio, de la misma Anteiglesia, con su sepultura y asiento de varón en la Parroquial de San Miguel de ella".

[87]ECHEGARAY, B., "Ritos funerarios", ob. cit., 29 es costumbre entre los vascos primitivos el mantener indiviso el patrimonio doméstico y de comprender en él a la sepultura. Presenta como testimonio referencia de contratos matrimoniales de 1661, correspondientes al Valle de Baztán.

[88]AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16).

[89]AREITIO, 25-6- 1831, (39); En términos semejantes ZUAZUA, 23-2-1832, (118); ERCILLA, 15-2-1823, (255); GANGUTIA, 20-1-1828, (300); GANGUTIA, 16-11-1830, (311).

[90]vid. Nº 294 de este trabajo.

[91]En términos semejantes ZUAZUA, 23-2-1832, (118); ERCILLA, 15-2-1823, (255); GANGUTIA, 20-1-1828, (300).

> "3º Con la que el propio donatario su hijo haya de tomar a su cargo todas las deudas censales que resultaren contra las fincas donadas, como las sueltas y demas contraidas por su indicado padre hasta este día, como con efecto las ha tomado, y se ha obligado a la completa satisfacción de todas por dicha escritura formalizada este día por mi testimonio.

> 4º.....haya de tomar a su cargo el mismo donatario la paga y satisfacción de la cantidad de ....que su madre donó y mandó por su testamento a su hermano carnal....

> 5º Con la de que las obras que fueren precisas ejecutar en la casería Isasi , hay a de costear su importe el referido donatario[92].

Preside el principio de libertad de pacto.

3. Los gastos de funerales son de cargo de la herencia del difunto por lo que asumirá quien ha sido instituido:

> "Por lo que hace a los 2.992 ducados y 29 mrs. anotados al fin del Inventario por gastos de funerales y demas que se expresan, debe observarse una regla distinta de la que se indica. Los gastos de funerales son de cargo de la herencia del difunto, y por lo tanto deben pagarse por sus hijos; a saber por el primer matrimonio la mitad, y por los del segundo la otra mitad. Los gastos hechos en vida del difunto son imputables a la masa común; y los ocasionados con motivo del Inventario, y ocurrencias relatibas a el son tambien comunes"[93].

> "Exequias abuelo serán costeadas por donante y donatario, y el todo si premuerto donante"[94].

Las exequias fúnebres del último de los instituyentes corren a cargo del sucesor tronquero o en su caso del heredero, comúmente el que conviva con el instituyente hasta el momento de la muerte; en algun caso existiendo dos sucesores tronqueros se establece que se pagarán a medias[95].

4. Los bienes futuros que presenten vinculación con el patrimonio troncal por diversos títulos corresponden a este patrimonio:

---

[92]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309).

[93]ERCILLA, 26-1-1825, (258) recoge est escritura un dictamen sobre el modo de proceder al liquidar la sociedad conyugal.

[94]ASTIAZARAN, 17-4-1827, (163).

[95]AREITIO, 3 Julio 1830, (24): En este contrato matrimonial se contiene designación de sucesor con donación inter-vivos: "Finalmente que las funciones de entierro y honras y demás exequias fúnebres del que ó la que ultimamente falleciese entre los donantes, deberán costear por mitad e iguales partes dicho su hijo donatario y aquel ó aquella que fuese nombrado por sucesor ó sucesora de la recordada caseria , según de la clase que se acostumbra entre personas de sus circunstancias".

"respecto a los bienes que ha tenido tenga ó pueda tener de cualquier manera, y por cualquier titulo, causa y razón sin exceptuación de cosa alguna con su sepultura y asiento de varón[96].

"...su casa y casería y todos los pertenecidos de heredades pan sembrar, manzanales, robledales, sepultura y asiento de varón y demás que la tocan y corresponden, y puedan tocar y pertenecerla con su sepultura y asiento de varón que tiene en la propia Iglesia parroquial de..."[97]

"quantos ha y en cualquiera manera les puedan tocar y corresponder"[98].

259. Las características de la designación de sucesor con donación inter-vivos de los bienes.- 1º Contiene dos títulos transmisorios: una donación presente y una institución sucesoria y en consecuencia una eficacia escalonada en el tiempo.

2º Se lleva a cabo a favor de hijo contrayente y de la descendencia que tuviere de ese concreto matrimonio.

3º El instituido acepta los bienes.

4º Tiene siempre por objeto el patrimonio troncal.

5º Aparece fuertemente modalizada determinando que el disfrute de los bienes quede compartido en tanto vivan los instituyentes.

6º La otra parte contrayente, es decir los padres del que contrae matrimonio con un sucesor aportan una dote, de las 31 escrituras objeto de examen 25 llevan dote. Esta dote se entrega al padre instituyente y al hacerlo se deja constancia que dicha entrega es "en compensación a la institución causada".

260. Eficacia de la designación de sucesor tronquero con donación inter-vivos de los bienes .- 1. En algunas escrituras esta disposición va acompañada de una claúsula de irrevocabilidad de las disposiciones, apareciendo recogida de esta modo:

[96]AREITIO, 3 Julio 1830, (24); AREITIO, 22 Enero 1831, (31).

[97]BARRENECHEA, 26 Noviembre 1823, (235).

[98]GANGUTIA , 24 Noviembre 1832, (323).

"Se obligan (los donantes) en legal forma a no revocar, ni variarla con motivo, ni pretexto alguno, pena de no ser oidos, ni admitidos en juicio, ni fuera de el y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y estabilidades añadiendo fuerza a fuerza, contrato a contrato.[99]."

" ...se obligan a no rebocar esta elección, nombramiento y donación a no intervenir causa justa, y legal, y si lo hicieren sin este requisito, quieren que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado, añadiendo fuerza a fuerza, y contrato a contrato "[100].

"...se obligan en legal forma a no revocarla..." [101].

Existe una necesidad de dar certeza al sucesor, quien ha recibido la titularidad de los bienes, limitando la revocabilidad de la disposición a los supuestos en los que exista "causa justa o legal". Los donantes se obligan a no modificar el contenido de lo dispuesto.

2. Eficacia presente: el donatario recibe la titularidad de los bienes con las reservas, cargas y limitaciones que le han sido impuestas y se obliga a su cumplimiento. Recibe el título de sucesor tronquero.

3. Cabe impugnarse la disposición por incumplimiento de las obligaciones por parte del donatario.

4. Eficacia post- mortem: al haberse donado de presente el patrimonio troncal, la designación de sucesor surtirá efectos respecto a los bienes y derechos que el instituyente se hubiere reservado. En este momento se levantarán las limitaciones que gravan los bienes donados y que en su día se establecieron en beneficio de los instituyentes determinando la consolidación plena de todos los efectos producidos. Para que todo ello tenga lugar será condición necesaria que el instituido o su descendencia sobrevivan al causante o que haya descendencia.

[99]AREITIO, 7 Febrero 1832, (44); AREITIO, 25 Junio 1831, (39).

[100]ERCILLA, 15 Febrero 1823, (255).

[101]AREITIO, 3 Julio 1830, (24); Esta fórmula ha sido empleada en la escribanía de Areitio: AREITIO, 22 Enero 1831, (31); AREITIO, 27 Febrero 1832,(44); AREITIO, 7 Abril 1831, (36); AREITIO, 25 Junio 1831, (39) se incluye la cláusula de irrevocabilidad semejante a la transcrita.

Capítulo 13. La designación de sucesor tronquero y la mejora en el tercio y quinto de los bienes. Variantes de la fórmula de designación de sucesor tronquero con donaciones singulares.

261. **La designación de sucesor tronquero y la mejora en el tercio y quinto de los bienes.-** En 6 contratos matrimoniales los padres otorgantes designan sucesor en los bienes troncales y mejora en el tercio y quinto respecto a los bienes sitos en villa.

Se acogen a la facultad de mejorar, tanto los vecinos de Villa como los de Anteiglesia[1]; los vecinos de villa sólo puede disponer inter-vivos de la mejora, puesto que el sistema prohibe los pactos sucesorios, en tanto que los vecinos aforados que posean bienes en tierra llana y en villa, al disponer de los mismos se acogen a ambas legislaciones, instituyendo sucesor en el patrimonio troncal y mejorando en el tercio y quinto de los bienes , respecto a los tienen sitos en villa.

En las disposiciones otorgadas por los vecinos aforados el contenido es como sigue:

> "por su inmediato sucesor, tronquero y heredero de todos y cada uno de los especificados bienes raíces Infanzones, en toda propiedad, sin exceptuación alguna, al mismo J.P. su hijo legítimo y hacen a su favor y de su representación legítima donación inter-vivos de todos ellos e igualmente de las significadas dos piezas de heredad en villa de pan y sembrar, radicantes en la jurisdicción de esta, mejorándolo en el tercio y remanente del quinto de ellos y tomando a su cargo y responsabilidad satisfacción y paga de las legítimas rigurosas de los demás hijos, y hermanos respective, que se nominarán según pacto expreso, con todas sus respectivas entradas, salidas, usos, costumbres, regalias, servidumbres, derechos y acciones, que han tenido, tienen y les correspondan: se desisten y apartan del derecho de propiedad, posesión, señorío, título, voz y recurso, que habían y tenían lo ceden, renuncian, y traspasan, con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demás, que les competen, en el nominado J.P. a quien

---

[1] En aplicación del estatuto real: 1)El vizcaíno aforado al disponer de los bienes en tierra llana lo hace acogiéndose a las leyes castellanas, usando de la facultad de disponer del tercio y quinto.2) Los vizcaínos vecinos de villa en bienes que no sean troncales están sujetos al derecho castellano.

confieren poder cumplido, sin límites para que desde el instante en que efectúe el referido su matrimonio, en adelante, quando quisiere, tome y prenda su posesión real, actual, corporal, velcuasi, y en el ínterin se constituien por sus inquilinos, tenedores, y precarios poseedores en legal forma, para dársela quando convenga aunque no la tomase le ha de servir de testimonio de posesión la copia autorizada de esta escritura. Cuya elección y donación hacen bajo de las reservas condiciones y circunstancias siguientes: ....y así de ellos, como de todos los sobredichos bienes raices Infanzones donados a él, excluyen y apartan conforme a fuero de este M.N.y M.L. Señorío de Vizcaya con....Todas las mencionadas partes dan fin a esta escritura, y cada una en lo que respectivamente les toca, e incumbre, se obligan con todos sus bienes....."[2].

"Otorga por el presente instrumento, ...mejorando a su hijo en el tercio y quinto de los bienes comunes, cuia mejora, y legítima, que por mas pueda corresponderle.....traspasando a en favor del enunciado...me pide de copia autorizada de esta escritura ...aceptando las donaciones y mejora .....se contrata ..y se obliga con sus bienes presentes y futurosa a entregar a dicha hermana la dote...."[3].

Se emplean dos títulos sucesorios el de institución de sucesor tronquero -con donación adicional o sin ella- y la mejora en el tercio y quinto.

Se deja constancia que designa sucesor acogiéndose al fuero y en ejercicio de la facultad de mejorar, respecto a los bienes sitos en villa, evidenciando la aplicación del estatuto real y dando lugar a dos sucesiones; con obligación del pago de las legítimas individuales, tal y como disponen las leyes del Reino.

Hemos visto en el capítulo 3º la mejora en las Leyes de Toro, regulación que se recoge en la Novísima Recopilación y perdura hasta la codificación. La mejora dispuesta en contrato oneroso de matrimonio tiene carácter irrevocable (XVII Toro).

Siendo Durango una región limítrofe con Guipuzcoa existen algunas escrituras otorgadas entre guipuzcoanos y durangueses; se ha podido constatar lo que ya puso de relieve Alvaro Navajas, que en Guipuzcoa, si bien regía el Derecho castellano y se disponía del patrimonio familiar acogiéndose a la facultad de mejorar en el tercio y quinto, existía la costumbre de disponer de forma semejante a los vizcaínos, tanto por la finalidad de indivisión del patrimonio a que se aspira como en la forma de hacerlo. El modo de recoger la disposición es como sigue:

"nombran para el goce y posesión de los expresados dos vínculos. Asi mismo están conformes en hacer donación pura, perfecta e irrevocable que el derecho llama inter-vivos con mejora del tercio y quinto al propio hijo de todos los expresados bienes libres, de la dote y arreo que la expresada señora M.M introdujo al matrimonio con el inicado J. A. y

---

[2]INUNCIAGA, 30 Agosto 1823,(284); Con idéntico contenido, AZTIAZARAN, 6 Junio 1829, (191).

[3]AZTIAZARAN, 11 Septiembre 1824, (143).

de todas las mejoras y conquistas adquiridas constante su matrimonio todo con la expresada mejora de tercio y quinto . I desde hoy en adelante para siempre se desisten, quitan y apartan de la propíedad, posesión, Señorío, patronato, vecindad, título voz y recurso que les competen en dichos bienes así vinculados como libres, mejorando como le mejoran en el tercio y remanennte del quinto de los expresados libres, y todos los ceden, renuncian y traspasan en el referido M.J. y en sus hijos, herederos y subcesores con todas las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas y con los derechos de evicción y saneamiento que les compete. Se confieren amplio poder y facultad irrevocable en su hecho y causa propia para que por sí ó por apoderado así judicial como extrajudicialmente tome y aprenda de todos los expresados bienes posesión real, corporal, actual, civil, natural, velcuasi y para que no necesite tomarla formalizan esta escritura con cuya copia que les entrega en mi fidelidad y sin otro acto judicial ni extrajudicial ha de ser visto haberla tomado y transferiéndosele en legal forma para poder disponer de dichos bienes a su arbitrio y voluntad como dueño legítimo de ellos, y a mayor abundamiento constituye ínterin tome dicha posesión por sus inquilinos tenedores y precareos poseedores conforme a la real cláusula de constituto, se obligan a no revocar esta donación por testamento ó en contrato intervivos ni de otra forma, juran en forma de derecho no hacerlo y quieren y consienten que si lo hicieren ó intentaren hacer por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado....."[4].

262. **Características de esta fórmula.-** De la lectura contextual de estas tres fórmulas que hemos transcrito, integradas con las cláusulas relativas a la transmisión de los bienes, aceptación de los mismos y asunción por parte del donatario de las cargas con las que se modaliza la disposición, puede apreciarse:

1º. Paralelismo en su contenido, estructura y finalidad con la fórmula de designación con donación inter-vivos.

2º. El empleo de esta fórmula evidencia el carácter real de las leyes vizcaínas y en consecuencia la diferenciación en el tratamiento sucesorio de los bienes sitos en villa y los existentes en Anteiglesia, aspecto que puede apreciarse mediante la lectura de la primera fórmula transcrita [5].

---

[4]Contrato Matrimonial otorgado en GUIPUZCOA, en la villa de Gaviria, el 3 de Agosto de 1831, ante el Escribano Real y del Número BERASTEGUI. Tomado del Archivo del Doctor Alvaro Navajas. Indentificado por año 1831, Gaviria, Doc. nº 51.

[5]AREITIO, 12 Febrero 1831, (32): Hacen elección y nombramiento de heredero sucesor tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable por causa honerosa de matrimonio ó como más haya lugar firme y válido sea por fuero y derecho de las expresadas casa y caserías y pertenecidos y .....demas derechos, honores, preheminencias, que han tenido, tienen y puedan tener en cualquier manera y por cualquier título causa y razón sin exceptuación de cosa alguna , con sus sepulturas y asientos de varón ... Que en el caso inesperado de que los demás sus hijos solicitasen derecho a la expresada heredad desmembrada de la Casería ...por razón de hallarse situada en jurisdicción de dicha villa de Durango en donde rigen las Leyes del Reyno, que conceden igual opción de legítimas a los hijos, y no pudiese tener efecto su donación absoluta causada al referido hi, se entenderá éste y su representación mejorado en el tercio y quinto de su valor, a cuio fin le hacen desde ahora esta mejora en uso de la facultad

3º. Las finalidades perseguidas por los otorgantes son idénticas, consistiendo en la disposición de la herencia con carácter irrevocable mediante pacto con el sucesor o destinatario de los bienes; en un supuesto, al amparo del principio de libertad civil, en el que se inspira el Fuero, en otros, acudiendo a la facultad de de mejorar. Difiere el instrumento empleado para alcanzarlas, pero el contenido de la disposición y sus efectos, básicamente, son iguales.

En ocasiones el empleo de la fórmula de mejorar al instituido cumple una finalidad asegurativa, dando con el empleo alternativo de ambas legalidades una cobertura jurídica absoluta a la disposición[6].

4º Los efectos de dicha disposición serán los que se derivan de los títulos empleados, es decir, si se trata la designación de sucesor con donación inter-vivos de los bienes los que hemos expuesto al tratar de este título y adicionalmente los que se derivan de la mejora, que consiste en el carácter irrevocable de la misma y su eficacia post-mortem.

263. **La designación de sucesor en el patrimonio troncal y donación singular de los bienes libres.-** Existen escrituras que la designación de sucesor tronquero va acompañada de donaciones singulares de diversa tipología. Las fórmulas empleadas tienen un denominador común: el contrayente queda instituido como heredero sucesor y al mismo tiempo recibe de presente unos bienes concretos.

Vamos a limitarnos a enumerarlas y a explicar su significado, esto último puede ser elocuente o mejor indicativo de cuál era la filosofía que las daba origen.

La designación de sucesor y donación en los bienes libres[7]. Se trata de bienes que en su día se detrajeron de la vinculación, al objeto de atender el pago de las deudas, o que entraron con posterioridad al patrimonio del titular por compras o mejoras o que se espera

---

que conceden las mismas Leyes, para que lo haya, lleve y herede a más de su legítima rigurosa.....,aceptan en forma y se contratan".

[6]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107): los otorgantes son vecinos de Elorrio y la escritura contiene la designación de sucesor acogiéndose al fuero y dice": y a mayor abundamiento y para en el caso de que por algún accidente o motivo no pudiese prevalecer la designación, usando de la facultad que le permitía el Derecho por sí, mejoró en el tercio y remanente del quinto de todos los indicados bienes raíces".

[7]ZUAZUA, 23 Febrero1832, (118): "desde hoy le nombra por sucesor de dicho vínculo o Mayorazgo...con todas las mejoras y aumentos que se le han hecho, a su citado hijo primogénito y le manda y donan las fincas que le puedan corresponder y las que esta gozando , caso de que gane el pleito que tiene entablado"; Con un contenido semejante ZUAZUA, 7 Junio1832, (120).

adquirir en un futuro, estos bienes no están sujetos al vínculo, tiene la condición de libres. Mediante esta fórmula su titular dispone de la totalidad de su patrimonio.

264. **La designación de sucesor tronquero con donación inter-vivos y la donación post-mortem de la herramienta mayor.-** La designación seguirá las reglas que hemos expuesto anteriormenteal y en lo que respecta a la donación de la herramienta mayor, tanto en bienes vinculados como en libres es objeto de un tratamiento particular[8].

Al instituir sucesor al hijo y hacerle donación inter-vivos de los bienes, con independecia de que a partir de ese momento se asocien ambos matrimonios, -por lo que pudiere ocurrir-, a fin de conservar la posibilidad de una utilización privativa e independiente de la herramienta mayor, es objeto de una donación singular cuya eficacia queda pospuesta siempre a la muerte del donante.

265. **La designación de sucesor tronquero y varios tipos de donaciones singulares.-** Tratándose de bienes troncales, con independencia de si están o no vinculados, es frecuente que la designación de sucesor vaya acompañada de varias donaciones singulares de bienes muebles, estableciéndose, en cada caso, cuándo producirán los efectos estas donaciones. Se dispone de esta manera:

> 2º dotan, donan y mandan dos escaños que tiene y existen en la casería, una mesa, una cuja de cama torneada; un arca, dos cubas.....,para después de los días del donante. 3º dotan, dona y mandan al expresado hijo, una cuja de cama nueva, dos colchones; un cabezal nuevo; un gergón; dos azes de ropa de cama.....cuyos muebles, ajuares y ropas se obligan a entregarle el mismo día de la celebración de su matrimonio. 4º dotan, dona y mandan doce fanegas de trigo en especie de grano y dinero metálico a entregarle en el mes de Agosto del año próximo. 5º mandan desde ahora para cuando contraiga su matrimonio proyectado, el vivero de roble que tiene en el día en uno de los pertenencidos de la casería...6º manda y dona para después de sus días, un arca de cabida de sis fanegas, pues en el ínterin disfrutará la donante y por fallecimiento de esta el contrayente.7º dota, dona y manda dos camisas de lienzo de la tierra; dos vestidos de paño, negro y de color pasa, una casaca de color negro.y se obliga a entregar a su hijo el mismo día de la celebración"[9].

---

[8]AZTIAZARAN, 25 Mayo1833, (225).

[9]GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310).

En estas escrituras se contiene la designación sucesoria en el patrimonio troncal con carácter irrevocable y eficacia *post-mortem* y de forma adicional, se dispone mediante varias donaciones de bienes concretos, en las que de forma adicional al tiempo en el que han de tener lugar los efectos (que se deriva del título empleado) se expresa, para mayor claridad, cuando han de producir sus efectos[10].

Para llevar a cabo estas disposiciones no es uniforme el empleo de un título; es frecuente, el que se utilice, la fórmula "dona, promete y manda", como en la cláusula transcrita, o bien la donación pura, perfecta etc..o la donación *mortis causa* , tampoco es inusual el que se instrumentalice bajo la forma de donación *propter nuptias* o donación remuneratoria, indicando con ello la causa que motiva la disposición de los bienes[11], por último es frecuente el que con la finalidad de dar una máxima cobertura a la disposición se yuxtaponga un título sobre otro, haciendo alusión al "sometimiento al fuero y Derecho", "a mayor abundamiento", o bien dejando en libertad al donatario para su sometimiento, a una u otra legislación o institución "como mejor le convenga"[12].

De estas donaciones singulares trataremos al analizar la fórmula dona promete y manda.

---

[10]BARRENECHEA, 26 Noviembre 1823, (235): "eligen y nombran en propiedad y posesión, por sucesor, heredero u tronquero del citado vínculo electivo.....y a mayor abundamientole hacen donación, pura, mera, perfecta, que el derecho llama inter-vivos, por la misma causa honerosa de matrimonio, donación propter nuptias ó como mas haya lugar en fuero y derecho, dotan, donan y mandan al nominado....en propiedad y posesión un censo que tiene a su favor y contra cierta casería ....una cama vestida por dos veces.... dos arcas, la una de cavida de seis fanegas y la otra de diez, un escaparate....dos capas ...créditos que tienen que haber en esta noble Villa de Elorrio, procedentes de ganados y aparejos malogrados en tiempo de la guerra de la independencia con Napoleón; cuyos bienes muebles, ajuares, ropa y ganado, se obligan a entregar al indicado su hijo el mismo día de la celebración de su matrimonio proyectado; y en igual forma, le hacen de todos ellos donación pura, mera, perfecta e irrevocable, que el derecho llama inter-vivos de todos los insinuados bienes efectos muebles".

[11]Según ESCRICHE (ob. cit., T.1, 652), la donación *propter nuptias* la hacen los padres a los hijos por consideración al matrimonio, para que puedan llevar con más homor y comodidad las cargas. Esta donación la detraen los padres de sus bienes gananciales y está sujeta a colación.

[12]GANGUTIA, 17 Abril 1826, (296): "Aceptaban y aceptaron en todas sus partes, para usar de sus efectos según mejor les convenga, obligándose como se obligan a cumplir puntual y exactamente con cuanto previene en esta escritura".

Capítulo 14. **La fórmula "dona, promete y manda".**

266. **La fórmula "dona, promete y manda".-** Esta fórmula aglutina en su texto varios títulos transmisorios: dona, promete y manda cuya naturaleza jurídica participa de los actos *inter-vivos* y *mortis-causa* .

Hemos tratado con anterioridad de la donación y de la promesa, por lo que vamos a limitarnos a definir qué se entiende por manda.

La Partida sexta dedica el título 11 a la regulación de las mandas. La ley 1, las define como "una manera de donación que deja el testador en testamento o en codicilo, á alguno por amor de Dios ó de su ánima, ó por facer algo aquel á quien se deja.. "[1]. Esta definición añade que la forma empleada para otorgar dicha disposición ha de ser la testamentaria y adicionalmente refiere cuál es la causa que le ha impulsado al testador a realizarla.

Esta definición que aparece recogida en las Partidas, reproduce, con desusada libertad, la del legado romano que aparece en la Instituciones[2]. La doctrina de la época, añade que la manda es una disposición sucesoria a título singular, contraponiéndola a la sucesión universal y presentándola como figura paralela al legado romano[3].

El deseo de satisfacer el afecto que tenemos a alguna persona, la necesidad de darle pruebas de agradecimiento por un servicio señalado y la inclinación a ejecutar ciertos actos de piedad o beneficencia, pueden considerarse en el derecho castellano, como los fundamentos y estímulos de los legados, que se distinguen, añade este autor, por la forma en que se dejan, y por las cosas que se legan[4].

---

[1]Part. 6, 11, 1.

[2]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 475), entre los romanos la palabra legado hacía referencia a toda disposición testamentaria, como se infiere por la explicación que hace Pomponio de la fórmula "uti legassit" en la ley 120 de "verb. sign", mas con el tiempo vino a significar una especie de donación hecha en testamento u otro acto de última voluntad: "*donatio quaedam a defuncto relicta, ab haerede praestanda*" (1º, 20, 1, 2 Inst.).

[3]SALA, *El derecho civil español con las correspondencias del romano* , T. 2, 165.

[4]GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALVAN, ob. cit., T. 2, 64.

267. **Las mandas en el Fuero.-** El Fuero Nuevo hace referencia al dar y mandar en varias leyes, en unas contrapone la manda a la donación[5] y en otras, distingue las mandas de las disposiciones a título universal[6], en el contexto de estos dos caracteres encontramos varias leyes[7].

De la lectura de los textos forales así como de los del derecho común, se desprende que las mandas son disposiciones sucesorias a título singular.

Como quiera que en la fórmula objeto de análisis "dona, promete y manda" hemos de conjugar los efectos que se derivan de cada uno de estos tres títulos, el empleo cumulativo de los tres evidencia la voluntad del otorgante de querer dar a su disposición valor y eficacia escalonada en el tiempo.

268. **Volumen de escrituras que recogen este tipo de disposición.-** En 75 escrituras respecto al volumen total de las escrituras examinadas emplean esta fórmula. Su utilización está generalizada en todas las escribanías.

El empleo de la misma aparece distribuida como sigue:

1. Diez escrituras la emplean de forma cumulativa a la fórmula donacional pura, mera, perfecta, irrevocable e intervivos[8].

2. En igual proporción se establece que dicha disposición se hace en concepto de dote[9].

3. En unos casos se dispone mediante esta fórmula del patrimonio mueble, supuesto que hemos tratado en el capítulo de las donaciones universales.

4. Es más frecuente el que tenga por objeto bienes singulares del donante.

---

[5]FN. 20, 19: "dotare ó donare ó en su fin mandare"; en términos semejantes 20, 11 y 14.

[6]FN. 21, 2: "si alguno hiciere su testamento ante Escrivano público y Testigos, en que hace sus mandas, y legados, e institución de heredero"; en parecidos términos FN. 21, 1 ,7 y 8.

[7]FN. 20, 11, dispone que "el hijo de manceba no puedan suceder ni en vida, ni en muerte...eceto, si el Padre, ó la Madre les mandaren, ó dieren alguna cosa de reconocimiento, assi en mueble, como en rayz".

[8]Todas ellas pertenecientes a las escribanías de Barrenechea y Gangutía

[9]Empleado por Barrenechea, Inunciaga y Gangutía .

269. **Características de este tipo de disposición.-** Cabe destacar que cuando así disponen se acogen al Fuero y Derecho. Se indica qué bienes son objeto de la misma y el tiempo en que han de surtir los efectos. La disposición se hace a favor del hijo contrayente y de la descendencia, fruto del matrimonio que se va a celebrar[10]. El donatario acepta y se obliga a cumplir las condiciones que se establecen.

La fórmula se recoge del siguiente modo:

> "por causa honerosa de matrimonio ó como mas haia lugar en fuero y derecho prometen donan y mandan a la enunciada hija legítima para sí e hijos que tubiese del matrimonio que espera contraer siendo la voluntad dibina con el insinuado .....y representación legítima tres mil y doscientos ducados de dote en dinero efectibo metálico; a saber .....ahora mismo y al tiempo del otorgamiento de esta pública escritura; y los restantes .....al tiempo que los donantes o qualquiera de ellos hicieren la elección de subcesor tronquero e inmediato poseedor de su casa y casería ,..... y por bienes efectos muebles de arreo le prometen donan y mandan asi bien los dichos marido y muger a la citada Maria ....., todos los bienes efectos muebles y demás que van asentados luego e inmediatamente que contrajese su legítimo matrimonio con el insinuado .....sopena de que en defecto serán compelidos y apremiados a su cumplimiento por la vía ejecutiva ....y maior abundamiento de todos ellos hacen donación pura, mera, perfecta e irrebocable,....con apartamiento con un real de treinta y cuatro mrs. ... Los mencionados futuros esposos, despues de dar las gracias por las liberalidades con que han procedido en las mandas de dote en dinero, y bienes efectos muebles de arreo, en su fabor, aceptando como desde luego aceptan....."[11]

> " Dona, promete y manda, en contemplación al matrimonio celebrado, declarando que las dotaciones y mandas que llevan hechas al hijo, hacían e hicieron bajo de las condiciones, reservas, circunstancias y calidades siguientes[12].

---

[10]BARRENECHEA, 28 Abril 1824, (237); BARRENECHEA, 28 Febrero 1825, (238); BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245); ERCILLA, J.F, 15 Febrero 1823, (255); ERCILLA, J.T. , 17 Marzo 1824, (261); INUNCIAGA, 18 Octubre 1823, (290); GANGUTIA, 13-Abril 1830, (306); GANGUTIA, 28 Abril 1833, (324).

[11]BARRENECHEA, 10 Junio1826, (243).

[12]GANGUTIA, 30 Noviembre 1825, (295); en términos semejantes BARRENECHEA, 28 Abril 1824 , (237); ERCILLA, 7 Marzo 1824, (261): dona, promete y manda para el matrimonio e hijos de bendición. Otorga bajo las calidades, condiciones y circunstancias que establece y no de otra suerte. Aceptación de las donaciones causadas respectivamente por sus padres y madre con las calidades, condiciones y circunstancias a cuyo puntual observancia y cumplimiento se obligan en forma.

GANGUTIA, 30 Noviembre 1825, (295): dona, promete y manda en contemplación al matrimonio celebrado, declarando que las dotaciones y mandas que llevan hechas al hijo, *hacían e hicieron bajo de las condiciones, reservas, circunstancias y calidades siguientes* se obligan de forma solemne y omnimoda que por derecho se requiera con su persona y bienes habidos y por haber a cumplir con la carga de dotación hermanos.

GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306): "Ambas partes otorgantes emplean el título dona, promete, manda por causa onerosa de matrimonio para el que ha de contraer e hijos que tuviere....Las dotaciones,

270. **Acompaña a la designación de sucesor tronquero en algunas escrituras.-** Se dispone a título particular una determinada cantidad de dinero o un bien concreto, mediante la fórmula "dona, promete y manda"; en la misma escritura se designa sucesor en la universalidad del patrimonio troncal.

Puede apreciarse el tratamiento separado que reciben ambas disposiciones, una a título universal y otra a título particular y la finalidad que se aspira es singularizar, fijar en qué momento empieza a producir sus efectos la donación, promesa y manda.

"elige por subcesor tronquero e inmediato poseedor de dicha casa y heredad al expresado .....su hijo legítimo para si mismo e hijos que tubiese en el matrimonio .....y a maior abundamiento hace en su fabor gracia y donación pura, mera, perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos.... y para que a dicha casa y heredad no tengan ni puedan pretender derecho desde luego excluie separa y aparta.....Asi mismo .....le promete dona y manda al prebenido ....su hijo para si e hijos que tubiese en su matrimonio que espera contraer con .....setencietos ducados de vellón en dinero efectibo metálico y usual y corriente en estos Reynos y Señorios de España y no en otra cosa, a saber parte ....luego que contrageren su matrimonio y los restantes a los tres años....."[13].

"Elige, y nombra por subcesor Tronquero y heredero de la mencionada casa y casería, su accesoria y todos los pertenecidos de heredades .....y a maior abundamiento hace en su fabor gracia, donación pura, mera, perfecta.....promete, dona y manda al prebenido hijo para si e hijos que tubiese .....el.vibero que tiene en parte de las heredades de dicha casa y casería donada para que quando se hallare en disposición de trasplantar los cagigos los empleare en los montes correspondientes a ella..."[14].

271. **Bienes objeto de donación, promesa y manda.-** Las características que presenta el objeto sobre el que versa la donación, promesa y manda, nos dice mucho de la naturaleza de la fórmula: bienes singulares de naturaleza mueble. En unos casos es propiamente el amueblamiento de la casa[15] es frecuente que consista en los muebles y en granos[16], específicamente cuando se trata de familias que en adelante vivirán en

---

mandas y donaciones se han hecho bajo las calidades reservas y condiciones siguientes. Aceptación donaciones bajo las reservas, gravámenes, obligaciones y condiciones puntualizadas ....se obligan con sus personas y bienes presentes y futuras a cumplir con su tenor parte que corresponda...sin controversia...ningun pretexto..no sean oidos ...y se obligan a pagar costas".

[13]BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826, (247).

[14]BARRENECHEA, 7 Febrero 1824, (236).

[15]Existen 30 escrituras pertenecientes a distintos escribanos.

[16]Son 29 las escrituras que recogen este tipo de bienes, asi mismo pertenecientes a distintas escribanías.

comunidad en la casería en régimen de inquilinato[17] o bien herramientas propias del oficio del novio[18], el derecho de inquilinato propiamente dicho [19], el dinero[20].

En un porcentaje del 20% de los casos en los que se emplea esta fórmula, se trata del patrimonio mueble que transmite el padre arrendatario al hijo contrayente con el que constituye comunidad de vida en la casería arrendada[21].

En un porcentaje ligeramente inferior, se trata de la disposición del patrimonio profesional, dinero o bienes pertenecientes al arreo o ajuar sin que se constituya comunidad de vida[22].

Excepcionalmente figura como objeto el patrimonio troncal, observando que cuando ésto tiene lugar se trata de una disposición atípica[23], o bien de una disposición en la que de forma cumulativa se incorpora la *donación propter nuptias* de los bienes y donación remuneratoria[24].

272. **El apartamiento de los no favorecidos.-** El apartamiento de los bienes, es una cláusula que acompaña a esta fórmula [25]. Lo usual es que dicho

---

[17]BARRENECHEA, 28 Febrero 1825, (238); BARRENECHEA, 12 Noviembre1826, (246); BARRENECHEA, 14 Abril 1828, (254); BARRENECHEA, 21 Febrero 1830, (305); GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306).

[18]Son 10 las escrituras que recogen estos bienes, pertenencientes a GANGUTIA, ZUAZUA, BARRENECHEA, INUNCIAGA.

[19]BARRENECHEA,18 Septiembre 1826, (245); BARRENECHEA, 3 Marzo 1827, (250).

[20]Consta en 28 escrituras, distribuidas en las diferentes escribanías.

[21]LANDABURU, 30 Julio 1825, (68); BARRENECHEA, 28-2-1825, (238); BARRENECHEA, 5 Enero 1828, (253); BARRENECHEA, 14 Abril 1828, (254); ERCILLA, J. T., 17 Marzo 1824, (261); ERCILLA, J. T., 2 Marzo 1828, (275); ICABALCETA, 20 Abril 1833, (277); INUNCIAGA, 20 Febrero 1823, (280).

[22]Esta donación es común prácticamente en la totalidad de las escrituras.

[23]VERGARA, 17 Septiembre 1825, (402):"dona, promete y manda al expresado hijo para el matrimonio que ha de contraer con ....e hijos que Dios nuestro Señor le concediese la casería titulada .....radicante en lo civil en la jurisdicción de la villa de Munguia , y en lo espiritual en dicha Anteiglesia de Morga, con todos sus pertenencidos y heredades de pan sembrar, montes póblados y despoblados y demas derechos honores y regalias".

[24]ERCILLA, 26 Enero 1824, (260): "donan, prometen y mandan la media casería de ...las dos heredadesy cinco nogales con su terreno y caminos servidumbres que los compró (el disponente), comprendiendo en ello las mejoras que hicieron durante el primero y segundo matrimonio .....donación *propter nuptias* interbibos remuneratoria, e irrebocable, para que sean suios propios en propiedad y posesión y los haia y goce desde este día en adelante".

[25]LANDABURU, 30 Julio 1825, (68): "le aparta con la dote entregada para su acomodo; BARRENECHEA, 17-9-1826, (244): "con un real de 34 mrs. a todods los que puedieran pretender algún

apartamiento se haga mediante la simbólica entrega de un real de 34 mrs.[26], observándose que el bien empleado para llevar a cabo el apartamiento guarda correspondencia con la naturaleza mueble de los bienes dispuestos.

En ocasiones es nominativo[27], y añaden "para que no pueda pretender derecho alguno a dicha parte donada"[28]. Referimos como particularidad, la presencia en varias escrituras del apartamiento del donatario respecto a los restantes bienes del donante, incluso para el caso en el que éste falleciere abintestato [29] junto al desistimiento del propio donante sobre la propiedad y posesión de los bienes que transmite[30].

273. **La aceptación.-** El favorecido con la donación, promesa y manda comparece para aceptarla y adicionalmente para obligarse a cumplir las condiciones que le han sido impuestas[31].

La aceptación por parte del hijo contrayente[32] determina el carácter paccionado de la disposición y la irrevocabilidad de la misma, en tanto no medie común acuerdo en sentido contrario. La forma de expresarlo es como sigue:

> "Se aceptan las donaciones causadas respectivamente por sus padres y madre con las calidades, condiciones y circunstancias, a cuyo puntual observancia y cumplimiento se obligan en forma"[33].

---

derecho a la proyectada donación"; BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245): aparta nominativamente a sus hijos por sí y en uso del poder y les excluye con cada real de 34 mrs.. ".

[26]Al tratarse de la donación promesa y manda de bienes muebles en correspondencia con su naturaleza el apartaminto es con dinero.

[27]LANDABURU, 2 Diciembre 1831, (89); BARRENECHEA, 28 Abril 1824, (237); BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245); BARRENECHEA, 12 Noviembre 1826, (246); BARRENECHEA, 30 Enero 1827, (249); ERCILLA J. T., 26 Enero 1824, (260); ERCILLA J. T.,17 Marzo 1824,.(261).

[28]LANDABURU, 2 Diciembre 1831, (89).

[29]GANGUTIA, 15-4-1830,(253): "Apartamiento del hijo a quien se ha hecho la donación "del derecho y acción que pudiera intentar a sus bienes, con lo que le ha mandado y donado y con un real de plata, para que jamás pueda intentar derecho alguno a los demas bienes que al presente tiene y de los que dejase al tiempo de su fallecimiento aun cuando se verificase éste sin haber dispuesto ú otorgado su testamento, a no ser que en este le mandare de su voluntad ".

[30]VERGARA, 17 Septiembre 1825, (402)"desistiendose como se desiste y aparta del derecho de propiedad y posesión que tiene a ello, cediéndolo y traspasándolo a su hijo para que sirvan en adelante para su manutención".

[31]VERGARA, 17 Septiembre 1825, (402): "Con cuyas reservas y pensiones, hace la donación en la vía y forma que mas haya en Fuero y Derecho.

[32]Aparece en todas las escrituras que hemos citado, aceptando simplemente.

[33]ERCILLA, 17 Marzo 1824, (261).

Es frecuente que a continuación de la aceptación, se consigne, como en la escritura transcrita, que se obligan a cumplir las condiciones impuestas y asimismo el que en ocasiones se garantice su cumplimiento, de este modo:

> "Las dotaciones, mandas y donaciones se han hecho bajo las calidades reservas y condiciones siguientes. Se aceptan las donaciones bajo las reservas, gravámenes, obligaciones y condiciones puntualizadas en la escritura"[34].
>
> "Aceptan y se obligan mancomún e insolidum a cumplir las pensiones impuestas y en defecto ser compelidos y apremiados"[35].
>
> "Garantiza el cumplimiento a término de forma individualizada sin otro plazo termino ni dilación pena de ejecución y costas de la cobranza a lo que consiente ser compelida y apremiada por todo rigor de derecho y al efecto hace la obligación más solemne y omnimoda que en derecho se requiera con todos los bienes habidos y por haber"[36].

El tenor literal no puede ser más explícito, se dice que se aceptan las donaciones bajo las reservas, gravámenes, obligaciones y condiciones; estas condiciones, reservas y cargas tienen un efecto modificador de la voluntad declarada de donar, prometer y mandar, de manera que la verdadera voluntad será la resultante de aplicar a los efectos que se derivan del título donacional el sustraendo en que consiste, las reservas, cargas y condiciones.

Su incumplimiento dará origen a una sanción. No puede generalizarse y establecerse un tipo de sanción única, -la revocabilidad- sería una simplificación técnicamente improcedente, sino que por el contrario habrá que examinar en cada caso concreto, de qué tipo de modalización se trata y aplicarle la sanción dispuesta en la escritura para tal evento y en defecto las reglas generales dispuestas para el caso de su incumplimiento.

En este momento, nos limitamos a dejar constancia de la modalización de la fórmula "dona, promete y manda" y más adelante al analizar cada uno de los tipos de la cláusula se abordará el estudio de la sanción que su incumplimiento conlleva.

274. **Momento en el que esta disposición produce sus efectos.-** Es usual, que mediante el empleo de esta fórmula, se vayan recogiendo disposiciones sobre diferentes bienes de forma individualizada en cada escritura y asimismo, el que se fijen

---

[34]GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306).

[35]BARRENECHEA, 28 Abril 1824, (237).

[36]GANGUTIA, 21 Febrero 1830, (305); VERGARA, 17 Septiembre 1825, (402): "Con cuyas reservas y pensiones, hace la donación en la vía y forma que mas haya en Fuero y Derecho".

distintos momentos para que la disposición surta sus efectos. Se expresan de la siguiente manera:

> "dotan donan y mandan al nominado su hijo para el matrimonio que va a celebrar, cien ducados de a once reales de vellón cada uno, los mismos que tiene contra Gregorio....propietario de esta villa ....que le prestaron el 8 de Marzo....., ceden los expresados cien ducados con sus réditos... .
>
> Mandan igualmente al expresado hijo toda la herramienta del oficio de texedor y de Pelaire que profesan padre e hijo, así desde la res y Peines, como de cardas tornos y demas que al presente tiene en su casa, desde el día que se case en adelante; y para despues de los días del donante, este y dicha su muger, mandan tambien al propio su hijo, la otra mitad de toda la herramienta que reserba para sí aquel para ejercer su oficio durantes sus días, pues entre tanto harán uso padre e hijo en comunidad, de toda la herramienta que en el día existe en la casa; pero si por algun motibo inesperado, no pudiesen convenirse uno y otro.....en este caso el expresado hijo hará de ella por mitad partición, y elegirá dicho su padre la mitad .....quedando la otra mitad para el propio hijo para despues de la muerte de aquel.....,dotan, donan y mandan al expresado hijo una arca usada de cabida, una cuja de cama, una mesa....cuyos bienes muebles, ajuares y ropas, se obligan a entregar a dicho su hijo el día de la celebración de su himeneo proyectado sin otro plazo término ni dilación....."[37].
>
> " Promete, dona y manda al insinuado su hijo , ciento treinta ducados de a once reales de vellón cada uno en efectivo dinero metálico; una arca de cabida de ocho..a diez fanegas de grano, una cuja de cama nueva : dos colchones nuevos con sus lanas; una almoadon crecido con su lana y funda de lienzo: una almoada pequeña o regular: un gergón: una manta de lana de palencia: una azada: unas layas: una fanega de trigo en especie de grano; y dos de maiz, cuyos ciento treinta ducados de vellón, muebles y ajuares de casa, se obliga a entregar a dicho su hijo el mismo día de la celebración de su matrimonio proyectado, y la fanega de trigo y las dos de maiz, por el mes de Agosto y todos los Santos venideros de este presente año. sin otro plazo término ni dilación pena de ejecución y costas de la cobranza a lo que consiente ser compelido y apremiada con todo rigor de derecho, y al efecto hace la obligación mas solemne y omnimoda que en derecho se requiera con todos sus bienes habidos y por haber, en fabor del indicado su hijo..." [38].

Como puede apreciarse de esta lecturas, se disponen de diferentes bienes singulares y se escalonan las entregas a lo largo de la vida del padre disponente.

Vemos en la fórmula transcrita que recibirá el arreo y ajuar al tiempo de la celebración de su matrimonio[39], el dinero de forma escalonada[40], el contrato de

---

[37]GANGUTIA, 29 Marzo 1831, (314).

[38]GANGUTIA, 21 Febrero 1830, (305).

[39]LANDABURU, 18 Enero 1823, (61); LANDABURU, 2 Diciembre 1831, (89); ZUAZUA, 25 Junio 1831, (112); BARRENECHEA, 17 Septiembre 1826, (244): "en vida entregará la mitad de los bienes y la otra mitad post mortem; el arreo se entregará a la celebración matrimonio"; BARRENECHEA, 30 Enero 1827, (249); ERCILLA, 23 Julio 1825, (268): al tiempo de la celebración del matrimonio bajo pena de ser apremiado con costas, daños e intereses.

arrendamiento al tiempo de la celebración del matrimonio[41], en tanto que compartirá con el padre el disfrute de la herramienta de su oficio en un régimen de comunidad de vida y trabajo, reservándose la mitad, en el caso de que la comunidad se disuelva y pasando *post-mortem* a favor del hijo[42]. Quedando garantizadas cada una de las entregas[43]. Puede darse el caso, si bien excepcionalmente, que existan entregas anteriores al otorgamiento [44].

La voluntad manifestada por el disponente consiste en donar, prometer y mandar, ¿cómo es posible, tratándose de bienes muebles, que primero done y posteriormente mande esos mismos bienes? ¿qué quiere decir cuando así se expresa?.

El título transmisorio, como ya hemos indicado, queda modificado mediante las reservas, cargas y condiciones, que constituyen a su favor el donante.

La promesa y manda tiene por objeto esos bienes y cantidades futuras que llegaren al patrimonio del donante, o que el donante se ha reservado mientras viva.

---

[40]GANGUTIA, 13 Abril 1830,(306): si ha existido una entrega de dinero anterior al otorgamiento de esta escritura es frecuente el que se consigne de este modo: "Renuncia la excepción que podía oponer de no haberse verificado en el acto, la ley 9, titulo primero, partida quinta que de ella trata y los dos que prefine para la prueba de su recibo"; BARRENECHEA, 28 Febrero 1825, (238): "respecto al dinero a la celebración del matrimonio, en defecto será compelida y apremiada a ello por todo rigor de derecho y vía ejecutiva con todas las costas daños y perjuicios"; BARRENECHEA, 28-2-1825, (238); ERCILLA, 2-3-1828, (275): le entregará la mitad dinero al tiempo de la celebración del matrimonio, el resto en la fecha en que se lo pidan los contrayentes; ICABALCETA, 20-4-1833, (277); VERGARA, 17-9-1825, (402); GANGUTIA, 21 Febrero 1830, (305): el dinero y muebles se entregarán a la celebración.

[41]GANGURIA, 22-10-1826, (298): el arriendo y la cantidad en metálico el día de la celebración.

[42]ERCILLA, 3 Junio 1825, (265): tendrá eficacia a partir de la celebración del matrimonio, salvo herramienta que tendrá eficacia post mortem.

[43]BARRENECHEA, 28-2-1825, (238): "respecto al dinero a la celebración del matrimonio, en defecto será compelida y apremiada a ello por todo rigor de derecho y vía ejecutiva con todas las costas daños y perjuicios"; GANGUTIA, 21-2-1830, (305): Garantiza el cumplimiento a término de forma individualizada: "sin otro plazo término ni dilación pena de ejecuación y costas de la cobranza a lo que consiente ser compelida y apremiada por todo rigor de Derecho y al efecto hace la obligación más solemne y omnimoda que en Derecho se requiera con todos los bienes habidos y por haber; GANGUTIA, 2 Enero 1831, (312): "sin otro plazo término ni dilación pena ejecución y costas de cobranza". La entrega de los muebles debe llevarse a cabo el día celebración: "contrayendo la obligación más solemne y omnimoda que en Derecho se requiere en favor de este, como para el pago del dinero en la forma y plazos especificados; "manda inmueble *post-mortem* "desde ahora para cuando se verifique su fallecimiento y el de su mujer". Se desapodera, desiste y aparta del dominio....lo cede y renuncia....traspasa acciones....para que la posea, goce, cambie y enajene ... apodera.....tome la posesión mediante entrega del escritura se constituye en inquilino. Con entrega post mortem respecto a determinados bienes muebles.

[44]GANGUTIA,13 Abril 1830,(306): "Renuncia la excepción que podía oponer de no haberse verificado en el acto, la ley 9, titulo primero, partida quinta que de ella trata y los dos que prefine para la prueba de su recibo".

275. **El uso alternativo adicional de otras fórmulas.-** En algunas escrituras, al igual que en otras fórmulas que hemos comentado con anterioridad, es constatable el empleo de categorias y títulos transmisorios alternativos, con la finalidad de "usar de sus efectos según mejor les convenga"[45].

En otras escrituras se acuerda la eficacia "post- mortem", respecto a ciertos bienes[46], siendo frecuente, en la entrega de la herramienta del oficio del donante[47].

[45]GANGUTIA, 17 Abril 1826, (296).

[46]ERCILLA, 3 Junio 1825, (265); GANGUTIA, 2 Enero 1831, (312): se trata de una disposición de una heredad los tíos a favor de la sobrina: "manda y dona para despues de los días de él, y de dicha su muger ..., con todas sus entradas, usos, costumbres, y servidumbres, derechos y acciones que la tiene y pueda corresponder en cualquier manera, libre de toda carga....y de toda otra tácita ni expresa, y desde ahora para cuando se verifique su fallecimiento, y de dicha su muger, por sí y en nombre de esta, se desapodera, desiste, quita y aparta".

[47]BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245): en vida se hará entrega de la mitad de los bienes y la otra mitad *post mortem*; ERCILLA, 3 Junio 1824, (265): "salvo herramienta *post mortem*";

Capítulo 15. **La dote como cláusula compensatoria de la designación.**

276. **La aportación de la dote en remuneración de la designación causada.-** Quizás pudiera parecer fuera de contexto el que nos ocupemos de la dote, cuando el objeto de nuestro trabajo son las disposiciones de bienes a favor de los contrayentes, constitutivas de pactos sucesorios.

Examinamos la dote por un doble motivo:

1. Según el tenor literal de las escrituras, la aportación dotal se lleva a cabo en "remuneración de la donación causada a favor del contrayente"[1]. Más explícitamente dicen otras, se le dota "en recompensa de la donación causada de la casería"[2]. La causa onerosa a la que alude esta aportación dotal, se encuentra concatenada con la referencia que se contiene en la cláusula de designación de sucesor, donde se indica, que dicha designación se lleva a cabo por causa onerosa de matrimonio.

2. Como institución que posibilita en unos casos y favorece siempre, la disponibilidad indivisa del patrimonio familiar, dando cumplida explicación que cuando se dispone en vida a favor de un heredero forzoso, la dote que aporta el que se casa con un sucesor posibilita la atención de las necesidades de la familia del padre instituyente

277. **Volumen de escrituras que recogen la dote.-** La aportación de bienes al matrimonio en concepto de dote aparece en 225 escrituras (50%) del total de los contratos matrimoniales examinados.

Este dato porcentual pone de relieve la frecuencia de este tipo de aportación en Vizcaya. Siendo frecuente que cuando un contrayente aporta la dote, el otro aporte bienes raíces.

[1]GONDRA, 2 Marzo 1824, (368); GONDRA, 15 Febrero 1825, (373).

[2]MEABE, 1 Febrero 1827, (336).

Estas aportaciones que se hacen al matrimonio quedan sujetas al régimen de gananciales que coexiste con la comunicación de los bienes dentro del matrimonio. Las arras que recíprocamente se constituyen entre los cónyuges viene a sumarse a las aportaciones anteriormente citadas.

Estas instituciones coexisten en muchos casos como aspectos parciales que integran el régimen patrimonial de un matrimonio.

En los documentos examinados figuran comúmente todas las aportaciones indicadas, unas veces en aplicación de una disposición legal y otras, en virtud de pacto, confirmando el criterio mantenido por los historiadores del derecho, quienes entienden, que desde la Edad Media es frecuente la presencia de elementos de impureza de los sistemas a través de una actividad pacticia, del tal modo que ante un sistema de aportaciones equivalentes, como son la dote y la aportación económica del marido, nos encontramos con un sistema de partición en las ganancias, con un régimen legal de comunidad absoluta cuando el matrimonio tiene descendencia y con una disposición pactada de arras recíprocas[3].

Esta realidad diverge de la actual, por lo que no podemos trasponer la concepción unitaria del régimen económico matrimonial actualmente vigente al efectuar este estudio.

278. **La dote en el Fuero.-** La dote es una institución de corte romano que aparece en los textos forales vizcaínos, si bien anotamos que bajo idéntica denominación encierra aspectos sustantivos de diferenciación, como acreditaremos documentalmente.

El Fuero dedica un título que reza "De las dotes y donaciones", adicionalmente en 15 leyes distribuidas en 6 títulos regula aspectos sustantivos de la dote[4], pese a ello es una regulación fragmentaria, que habrá de ser integrada por el derecho consuetudinario y supletoriamente por las leyes del Reino[5].

En general a lo largo de este estudio y particularmente al analizar la dote, hemos de tener en cuenta que en la etapa que precede a la codificación reina una concepción vitalista del Derecho, favorecida por su incipiente conceptualización como ciencia, a esto se une que el sistema de Vizcaya es "de sotileza y no de rigor de Derecho", siendo el

[3]LALINDE ABADIA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1978, 728; Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 506) no cabía amalgamar dos sistema de suyo diferentes, respetando uno por antiguo y otro por útil, cada cual tiene su lugar, las arras o dote goda y la dote romana.

[4]FN. 20, 1 a 4, 7 y 19; FN. 17, 8; FN. 12, 4; FN. 21, 7; FN. 26, 1; FN. 34, 22.

[5]P. 4, 11, 1 y ss.

Derecho consuetudinario el soporte jurídico que posibilita, el conjugar la juridicidad de las instituciones con su adaptabilidad a la necesidades cambiantes.

En el contexto de estas ideas, analizaremos a la luz de los documentos la dote a favor del marido o la mujer, la entrega de la dote al dotado o al padre de su futuro cónyuge, así como las particulares finalidades a que atiende la dote vizcaína.

279. **La dote en las Partidas.-** El desplazamiento de la aportación marital por la aportación de la mujer es un signo de la depreciación de ésta ante el Derecho[6], de modo que la dote trata de asegurar la posición de la mujer.

El sistema dotal castellano sufrió notables variaciones a lo largo de la historia. Las Partidas establecen una dote de corte romana, siendo este texto el que está vigente en la etapa objeto de análisis[7].

Se define la dote como una aportación de bienes que la mujer lleva al marido para sostener las cargas del matrimonio[8], este definición es excesivamente genérica a juicio de los juristas y tratan de completarla, definiéndola como: "Toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, inalienable por su naturaleza bajo ciertos aspectos, que la mujer lleva al marido, para gozarla como dueño bajo la condición de soportar las cargas de la casa y de restituirla al fin de la unión conyugal"[9].

280. **El carácter voluntario de la dote en Vizcaya.-** La doctrina castellana interpretando las Partidas[10] establece una división de las dotes, atendiendo a la obligatoriedad de dotar y por otra parte, a su procedencia y habla de dotes voluntarias y obligatorias[11], dote profecticia o adventicia[12].

[6]Según LALINDE ABADIA (ob. cit., 718) esta depreciación se debe a su menor escasez y a su debiliad jurídica en la relación matrimonial, esta aportación atenderá en el Derecho romano clásico a ayudar a levantar las cargas del matrimonio y constituir una masa de bienes aseguradora de la mujer.

[7]P. 4, 11, 1 a 32.

[8]P. 4, 11, 1 ; GOMEZ DE LA SERNA ob. cit., T. 1, 453; ASSO Y DE MANUEL ob. cit., Lib. 1, 51.

[9]Toma GUTIERREZ (ob. cit., T. 1, 510) esta definición dada por Troplong; Según SANCHEZ ROMAN (*Estudios de Derecho Civil* , T. 5, V. 1, ed. 1912, 679) en el período histórico que precede a la Codificación, la dote puede definirse como porciones de bienes que la mujer u otro por ella entrega al marido al tiempo de celebrar el matrimonio o, aporta después en el concepto de dote para ayudar con sus productos al sostenimiento de las cargas de la sociedad conyugal.

[10]P. 5, 11, 8.

[11]GUTIERREZ, ob. cit., 515.

Las Partidas establecen la obligación de dotar a los padres, abuelos y bisabuelos paternos [13]. Las leyes de Navarra establecen que los padres no tienen obligación de dotar a las hijas que contrajeren matrimonio clandestino[14] de lo que se deduce, "a sensu contrario", que tienen obligación de hacerlo en los demás supuestos. En Aragón los fueristas antiguos y modernos discuten acerca de la obligatoriedad de dotar a la hija que se case sin consentimiento paterno[15].

En Vizcaya la dote es voluntaria y puede ser profecticia o adventicia.

No habiendo en el derecho civil de Vizcaya legítimas forzosas, tampoco existe obligación legal de dotar a las hijas, rige el principio de libertad en la elección y distribución de los bienes. Sin embargo, a través de los documentos de aplicación del derecho, se ha podido constatar existe la costumbre de que los hijos sean dotados y la dotación de los hijos recibe una protección jurídica privilegiada, como acreditaremos más adelante.

281. **Características de la dote en Vizcaya.-** Señalaremos las diferencias entre la dote castellana y la vizcaína en aquellos aspectos que interesan a nuestro estudio y presentaremos las pecualiaridades de ésta a la luz de los documentos, deteniéndonos en el examen de las finalidades prácticas a que atienden una y otra.

Los caracteres que presenta la dote en el derecho vizcaíno, a la luz de los textos legales integrados con la información extraida de las escrituras matrimoniales son los siguientes:

1. En primer lugar la dote puede constituirse indistintamente a favor del novio o de la novia.

---

[12]GUTIERREZ, ob. cit., 511.

[13]Según FEBRERO (ob. cit., T. 1, 51) tienen obligación de dotar 1º los padres, abuelos o bisabuelos paternos a la hija, nieta o biznieta legítima, que tiene en su poder(P.4, 2, 8). 2º La madre hereje, judía o mora a su hija cristiana católica (P. 4, 2, 9). 3º El que tuviere alguna soltera en su poder o guarda con todo lo suyo, que fuere ya de edad para casar (P. 4, 2, 9). 4º El que teniendo la libre administración de sus bienes y pudiendo por consecuencia contraer, la hubiese prometido a aquella a quien la prometió. (NR. 10, 1, 1).

[14]Según GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., T. 1, 455 las leyes Recopiladas de Navarra (2, 9, 3 y 13, 9, 8.

[15]DIESTE, *Dicccionario de Derecho Aragonés* , 218 y 220; Según GOMEZ DE LA SERNA, (ob. cit., 455), de la *Obs. de Jure dot.* no puede entenderse que el padre esté obligado a dotar a la hija. Otros alegan la opinión contraria presentando como argumento el F. I. de *exhaeredatione filiorum* que reconoce que la obligación del padre o de la madre cesa cuando las hijas se casan sin su consentimiento.

2. La dote consiste esencialmente en una aportación dineraria, en el período histórico que examinamos.

3. Es frecuente su entrega al padre quien a su vez instituyó sucesor a su hijo con motivo de este matrimonio.

4. Se ha apreciada que el valor de la dote guarda proporcionalidad con el de los bienes aportados por la otra parte otorgante[16].

282. **¿Quiénes figuran como dotantes en las escrituras?.-** Figuran como dotantes los padres[17], el hermano sucesor a quien se le impuso la carga de la obligación de dotar a sus hermanas al tiempo "de su acomodo"[18], el curador[19], o terceros; en otras

---

[16]Recordemos la negociación entre las familias que precede a la concertación del matrimonio, al objeto de ajustar la dote. GONDRA, 12 Octubre 1825,(376): el padre dotante del novio dice "en remuneración de la donación causada a favor de la casante". Con independencia de la cuantía e importancia de la dote vemos este sentido de proporcionalidad en la siguiente cláusula LANDABURU, 6 Abril 1831, (86): "promete, consigna y manda por su dote 250 ducados de vellón, en dinero metálico, con más ciento sesenta reales en efectivo en compensación del valor de una vaca y su correspondiente arreo compuesto por dos camas con sus correspondientes cujas....".

[17]AREITIO, 24 Noviembre 1828, (14); AREITIO, 2 Mayo 1829, (15); AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16); BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823,(235); BARRENECHEA, 10 Junio 1826, (243); ERCILLA, 15 Febrero 1823, (255); AREITIO, 12 Febrero 1831, (32).

[18]ZUAZUA, 17 Mayo 1826, (108): hermano designado sucesor en su contrato matrimonial que contiene casa, casería, su accesoria , molino y Palacio; en consideración a la exclusión de todo derecho que pudiera tener su hermana, se obliga a dotarla. Aplaza parcialmente el pago de la dote con obligación de pago de un interes del 3%. Dicha dote se entregará a favor del donante. Si la comunidad de vida se disolviere sin hijos deberá abonársele la dote in actu; LANDABURU, 30 Agosto 1825, (159): en la escrituras de sus capitulaciones matrimoniales otorgadas ante Ercilla 8 Junio 1814 en la que se le instituyó sucesor asumió esta carga; LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73): el hermano sucesor asume la obligación de dotar y de entregar el arreo; ASTIAZARAN, 1 Abril 1828, (145): dote en metálico parcialmente aplazado en 4 años y los consigna contra su hijo y hermano respectivo, con que se ha gravado en el nombramiento de sucesor en los vínculos. Sino pagare en el 1 año correrá un interes 3% por mora. El resto de la dote pagadera mediante cesión de créditos, desistiéndose de todo derecho con traspaso de todas acciones reales, personales, mixtas, directas y ejecutivas; BARRENECHEA, 18 Septimebre 1826, (103): que será entregada por el hermano sucesor tronquero en el plazo de un año en dinero metálico más arreo; INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281): el hermano de la novia y sucesor de la casería solar de la familia está obligado a dotarla. Parcialmente aplazado el pago. Fijación de un interés anual del 3% por mora; MEABE, 15-2-1829, (349): el hermano que en su contrato matrimonial se obligó a dotarla hizo entrega anticipada de la cantidad. Se otorga carta pago entrega hermano "con renunciación ley 9 Tit. I Partida 5 por no parecer de presente la entrega de dichos bienes y los plazos que para su prueba prefine, los que dá por pasados, como si efectivamente lo estuvieran"; LANDABURU, 26 Enero 1832, (91): Dotación a cargo del hermano debiendo deducirse del acervo de los bienes donados, en el momento del acomodo de la dotada y no antes.

escrituras la dotación es una carga que asumen, conjuntamente los padres y el sucesor[20] o la comunidad de vida y trabajo constituida entre ambos[21]. Es frecuente la presencia de Instituciones Pías cuya misión consiste en la dotación de las doncellas de la familia[22].

283. **En Vizcaya el dotado puede ser el varón.-** Los textos legales forales hacen alusión directa a la posibilidad de dotar al hijo o a la hija [23], siendo un porcentaje cercano al 25%, en las que el dotado es el novio, respecto al total de escrituras en las que figura la dote[24].

---

[19]ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152); BARANDICA, 16 Octubre 1830, (381); BERGARA, 23 Julio 1825, (400); ARRIBALZAGA, 2 Noviembre 1825, (441).

[20]LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74): Dotación a cargo del hermano, sacando del acervo de la donación, sino fueren suficientes se obligan por iguales partes los padres. El hermano tiene derecho de habitación hasta se acomodo. Si saliere se le descontará de la dote la soldada ganada; GANGUTIA, 19-2-1831, (313): Dotación hermano soltero contribuyendo medias con donantes. Se le reconoce derecho de habitación y alimentos al hermano soltero hasta acomodo, contribuyendo con trabajo en beneficio de la comunidad; BARANDICA,13 Mayo 1822, (380): Entrega cantidad dinero a sobrino a petición suya una vez cumplidos los 20 años y otra cantidad adicional al tiempo de su acomodo.

[21]GANGUTIA, 30-11-1825, (295): Dotación hermanos a medias con donantes con los que vive en comunidad, respectivamente a plazo fijo a la primera, resto a su acomodo. Se mantiene la obligación a iguales partes entre los cuatro, si la comunidad se disuelve; AREITIO, 2 Abril 1831, (35); AREITIO, 30 Mayo 1833,(56); LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88). ZUAZUA, 23 Diciembre 1833, (126): Partición bienes por mitades al disolverse la comunidad debiendo deducirse en primer término la cantidad que deberá entregar al hermano para su dotación; ASTIAZARAN, 31 Diciembre1830, (209); BARRENECHEA, 28-4-1823, (232); GANGUTIA, 23-1-1830, (304).

[22]La Obra Pía capitán Guerrazabala dotó a las doncellas por ser parientes del fundador: LANDABURU, 20 Febrero1827, (72); ASTIAZARAN, 1 Febrero 1823, (127); INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281); MEABE, 29 Abril 1827, (342); ARRIBALZAGA, 12 Julio 1824, (438); ZUAZUA, 23 Febrero1832, (118): Dotación Obra Pía parientes Diego Lopez de Arana; ASTIAZARAN, 7 Julio 1829, (192): Obra Pía fundada por D. Tomás Lopez de Echaburu; ASTIAZARAN, 24 Abril 1832, (171): Obra pía de la que es administrador Iñigo Ortiz de Velasco; BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242): Dotación Obra Pía fundada valle Aramayona.

[23]FN, 20, 2: "si acaece, que quien vino a la tal casería, fue muger con dote o arreo, que esta tal, suelto el matrimonio sin hijos.....Y lo mesmo sea en el varon, que a la casa de la muger veniere. I passado el año, y día, estando 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 fasta que le paguen su dote sin desquento alguno...."; FN, 21, 7: "Pero si tales padres o otros qualesquiera disponientes en vida o en muerte.....dieren, donaren o mandaren.....bienes muebles, rayces, semovientes, derechos y acciones (aunque sean para dote, o donación propter nuptias o arras de los tales hijos o hijas o descendientes...).

[24]BARANDICA, 3 Mayo 1829, (384): cuando se dota al novio "gozarán de los mismo privilegios que compete según el Derecho"; ZUAZUA, 15 Septiembre 1826, (109); ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153); ASTIAZARAN, 15Enero 1827, (156); ASTIAZARAN,11 Febrero 1828, (180); BARRENECHEA, 5 Enero 1828, (253); ERCILLA, 15 Febrero 1823, (255).

Como hemos apuntado anteriormente son razones de necesidad las que han posibilitado la dotación del varón, mediante una apertura en el empleo de la institucion, todo ello tomando como base de apoyatura los textos forales y el Derecho consuetudinario y en perfecta armonía con los principios sobre los que se asienta el sistema, es decir el principio de libertad civil y la simbiosis latente en el Derecho vizcaíno entre economía y Derecho.

En algunas escrituras, la dotación del novio se corresponde con la designación de sucesora tronquera de la novia[25], o con una donación universal de bienes a favor de la misma[26]. El hecho de ser hija única; la idoneidad para la gestión del patrimonio familiar en el futuro yerno; la existencia de varios varones en la familia de este último; el acomodo previo de alguno de los hermanos del novio y su designación como sucesor; la necesidad de liquidez en la familia de la novia, son las razones que subyacen en las escrituras en las que se dota al novio y que determinan la oportunidad de la designación de la mujer y la dotación del varón. Siendo mas frecuente el que la dote del varón se correponda con la donación promesa y manda de bienes a favor de la novia[27].

284. **Frecuencia de que sea dotada la mujer.-** Del total de escrituras en las que se constituye una dote, la novia figura como dotada en el 88% de los casos. En algunas escrituras ambos contrayentes aportan bienes en concepto de dote. Es evidente, que si bien el sistema vizcaíno faculta a la libre elección del sucesor, lo frecuente es que se designe sucesor al hijo y se dote a la hija con una cantidad de dinero[28].

---

[25]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95); AZTIAZARAN, 12 Abril 1824, (139); AZTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153); ERCILLA, 15 Febrero 1823, (255); MEABE, 1 Febrero 1827, (336).

[26]GONDRA, 2 Marzo 1824, (368); GONDRA, 15 Febrero 1825, (373).

[27]LANDABURU, 30 Agosto 1825, (69); LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88); AZTIAZARAN, 15 Enero 1827, (156); GONDRA, 25 Octubre 1824, (369); GONDRA, 25 Octubre 1825, (376); BARANDICA, 3 Mayo 1829, (384).

[28]Las escrituras que a continuación se refieren contienen la dote de la novia y la designación de sucesor del novio: AREITIO, 12 Febrero 1831, (32); AREITIO, 7 Abril 1831, (36); AREITIO, 25 Junio 1831, (39); AREITIO, 7 Febrero1832, (44); LANDABURU, 18 Octubre1827, (74); LANDABURU, 9 Mayo 1820, (78); ASTIAZARAN, 13 Febrero 1823, (129); ASTIAZARAN, 29 Septiembre 1824, (144); ASTIAZARAN, 18 Junio 1825, (151); ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152); ASTIAZARAN, 19 Agosto 1830, (202); ASTIAZARAN, 24 Marzo 1832, (214); BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242);.BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251); GANGUTIA, 7 Abril 1827, (299); GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300).

La fórmula empleada es la siguiente:

> "los expresados ....marido y mujer legítimos reiterando la venia y licencia marital que previene el derecho, enterados de la elección y dotación antecedentes, unánimes y conformes digeron, que las aceptaban en todo y por todo y conforme a lo que tiene tratado y pactado, dotan, donan y mandan por causa honerosa de matrimonio donación propter nuptias o como mas convenga y haya lugar en fuero y derecho, a la nominada ....su hija legítima en consideración a el que ha de contraer con el referido ....e hijos que su divina magestad les concediese, dos mil ducados de a once reales vellón cada uno pagaderos en efectivo dinero metálico, y no en otra cosa ni especie de papel moneda creada ni por crear a saver .....once mil reales de vellón el mismo día que verifique su himeneo: y los once mil reales restantes dentro de los primeros tres años contados desde el propio día que realice su tratado matrimonio, sin otro ni mas plazo término ni dilación ...a cuyo fin hacen la obligación mas solemne y omnimoda que en derecho se requiera, en fabor de los nominados (padres instituyentes)....marido y muger, mediante a que para estos han de ser y serán la insinuada cantidad para el acomodo de los demas sus hijos"[29].

> "los expresados padres donan, prometen y mandan por causa honerosa de matrimonio, o como mas haia lugar en fuero y derecho al mencionado ... su hijo legítimo para ....matrimonio e hijos ....de vellón por vía de dote en dinero metálico. .....a entregar a los precitados .....padres de la nominada ... según estan convenidos dentro del término de un mes contado desde la fecha del matrimonio para satisfacer las deudas que tiene contra si la Casa y Casería Solar Infanzona y sus pertenecidos propiedad de los precitados padres de Maria Baraia y que han de donar en este Instrumento a la indicada hija "[30].

Se acogen a Fuero y Derecho, la dote es en metálico y su entrega está adscrita a una finalidad concreta. Puede apreciarse en los textos transcritos que se hace entrega de la misma al padre del futuro cónyuge del dotado.

285. **La dote en dinero.-** Las Partidas establecen que pueden ser objeto de dote todo tipo de bienes, inmuebles, muebles, semovientes, fungibles, presentes o futuros, títulos de créditos o acciones[31]; establecen, al mismo tiempo, el carácter estimado o inestimado de la misma en función de si se acompaña una valoración de la misma[32].

---

[29]GANGUTIA, 24 Noviembre 1832, (323).

[30]ERCILLA, 15 Febrero1823, (255).

[31]P. 4, 11, 15 y 21.

[32]P. 5, 11, 16.

De la lectura del Fuero Nuevo se desprende que la dote puede ser en bienes muebles o en raíz[33].

En nuestras escrituras la dote es estimada y consiste siempre en dinero [34], y con carácter excepcional se admite su pago en títulos valores. Se hace expresa alusión a que ha de ser dinero metálico en monedas de oro y plata[35] y no en vales Reales[36] ni en papel moneda[37], si bien cabe que adicionalmente figure la cesión de créditos en concepto de dote[38] no se ha encontrado ningún supuesto en el que se den en dote bienes inmuebles. Queremos destacar esta nota de liquidez que expresamente se exige, en la totalidad de las escrituras.

En un sistema jurídico el que se propicia mediante instituciones legalmente reconocidas la indivisión del patrimonio familiar, es necesario un bien dotado de liquidez que sirva para atender las necesidades extraordinarias de la familia y del propio patrimonio sin tener que verse forzado a solicitar un crédito, que a su vez con sus amortizaciones e intereses determinaría la ruina y el embargo de los bienes.

286. **Bienes que acompañan a la dote.-** El arreo de la novia se incorpora a su dote[39]. Consiste en la lenceria del hogar y los vestidos para el atuendo y adorno de su persona.

---

[33]FN. 20, 1 y 3, dice la ley 3 citada: "siendo rayces los tales bienes dotados, ó donados en el primer matrimonio.."

[34]En todas las escrituras figura el dinero como objeto de la dote, excepcionalmente en algunas se adiciona algún título valor, o bienes muebles.

[35]MEABE, 21 Octubre 1826, (334): dinero metálico Español en monedas de oro y plata; MEABE, 11 Febrero 1832, (363): dinero en metálico corriente y no en otra cosa ni especie creada ni por crear; GONDRA, 14 Febrero 1824, (366): dinero metálico usual y corriente.

[36]LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78): con carácter de suplemento de dote se entregarán Vales Reales no consolidados; ACHUTEGUI, 1 Junio 1828, (427): suplemento de dote vales de 600 pesos; En las siguientes escrituras no admiten pago mediante vales: BARRENECHEA, 20 Septimebre 1823, (234), BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235), BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251), BERGARA, 24 Enero 1825, (398).

[37]Establecen que ha de ser en dinero usual y no papel moneda: LANDABURU, 30 Julio 1825, (68); LANDABURU, 24 Abril 1823, (63).

[38]BARANDICA, 13 Abril 1819, (379); BARANDICA, 5 Abril 1833, (392).

[39] En la totalidad de la escrituras se indica que adicionalmente recibe el dotado el arreo que se entrega al tiempo de la celebración.

La dote de la novia junto con el arreo y las arras forman un bloque patrimonial que goza de un tratamiento privilegiado en los supuestos de disolución del matrimonio[40] en los supuestos de que no hubiere descendencia y que por tal motivo tiene lugar la reversión dotal o la devolución de la dote.

287. **Momento en el que puede constituirse la dote y su pago aplazado.-** Según dispone el derecho supletorio entiende que la dote puede constituirse, prometerse o aumentarse[41]. No puede constituirse ni prometerse para que comience desde el fallecimiento de la mujer, llevaría en sí una cláusula inmoral[42]; puede darse de presente o a plazo, empezando a correr éste a partir de la celebración del matrimonio[43], por último toda promesa de dote lleva en si implícitamente la condición de que ha de efectuarse el matrimonio[44].

La dote puede sujetarse a las mismas reglas que los demás contratos, es decir admiten todos los pactos y modificaciones que no se oponen a la moral o a las leyes[45]. Las Partidas recogen la posibilidad de su pago de presente o del pago aplazado[46].

288. **El pago de la dote: recuento y carta de pago.-** En las escrituras se detalla la forma de pago, que puede ser de presente, total o parcialmente, en el primer supuesto se procede a su recuento y entrega en presencia del escribano y acto seguido se otorga la carta de pago, en los siguientes términos:

> "dona, prometen y mandan a la nominada hija para su concertado matrimonio con ....y los hijos que tubiera de él la cantidad de. ...de dote , en cuio parcial pago entregan en este mismo acto a mi presencia y de los testigos en buenas monedas de oro y plata usuales y corrientes en estos Reynos, y Señorios ....quinientos al referido padre del novio con arreglo a lo estipulado, quien habiendolos recibido y pasado a su parte y poder numerados y contados a su satisfacción, de que doy fe, formaliza en favor de aquellos el mas firme y eficaz resguardo que a su seguridad conduzca.; y los restantes ...se obligan dichos dotantes a entregar en dinero efectivo[47].

[40]En 81 escrituras se recoge que previa a la división de los bienes por disolución del matrimonio, el cónyuge supérstite tendrá derecho a sacar lo que por arras le corresponde de lo mejor parado de los mismos.

[41]P. 4, 11, 1 y 16.

[42]P. 4, 11, 12.

[43]P. 4, 11, 12.

[44]P. 4, 11, 12.

[45]GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., T. 1, 460.

[46]P. 4, 11, 12, admite que se pueda "señalar a tiempo cierto".

Su pago escalonado es una de las características de la dote vizcaína. Lo común es que una parte se pague al otorgarse el contrato y el resto aplazado. Los aplazamientos son por plazos breves y cuando tienen lugar es frecuente el que se garantice con fiadores[48].

En ocasiones el plazo es cierto[49], siendo más frecuente el que se estipule que se llevará a cabo cuando los padres dotantes "acomoden" en matrimonio al sucesor de esta familia[50], consignándose que si se adelantara el "acomodo" de éste respecto a las fechas previstas, determinará el adelanto del pago de la dote[51].

289. **Frecuencia de su aplazamiento parcial al momento en el que se designe el sucesor de la familia.-** La razón del aplazamiento y la fijación de su pago en el momento del acomodo del hijo llamado a ser sucesor del dotante, se debe:

1. A la elevada cuantía de algunas dotes, evitando el acudir al crédito y respondiendo a una costumbre, apreciable a través de estas lecturas, de atender a los pagos mediante el ahorro o ingresos extraordinarios.

2. Lo usual es que la dote aplazada se pague con las dote entrante. Es decir, en el momento en el que padre dotante acomoda a su hijo sucesor[52], la dote que entra en esa familia permite, entre otros fines, el que se atiende al pago de las dotes aplazadas y como veremos más adelante a la reversión de la dote.

Queremos poner de relieve el juego que desempeña la dote como elemento dinerario que favorece la indivisión del patrimonio y hace posible la atención de las necesidades varias de la familia del padre instituyente.

[47]AREITIO, 25 Junio 1831, (39).

[48]LANDABURU, 26 Septiembre 1833, (98): Part. 5 "Obligándose muchos fiadores por el todo"; LANDABURU, 4-10-1832, (94): Garantiza la entrega mediante fiadora. El fiador no puede ser reconvenido antes que deudor principal.

[49]ZUAZUA, 17 Mayo 1826, (108): a fecha cierta la cantidad aplazada devengará un interés del 3%.

[50]LANDABURU, 26 Septiembre 1833, (98): Parte aplazado hasta que contraiga matrimonio el hijo elegido como sucesor.

[51]MEABE, 1 Febrero 1823, (360); MEABE, 1 Marzo 1830, (361).

[52]BARRENECHEA, 10 Junio 1826, (243) Entrega de la dote: "ahora mismo en el momento del otorgamiento de esta escritura y el resto cuando los dotantes hicieren designación sucesor tronquero e inmediato poseedor de su casería a su hijo varón, hermano de la dotada, fijando plazo para su acomodo ó antes si ha lugar".

290. **Medios que garantizan su pago aplazado.-** El pago de la cantidad aplazada se garantiza mediante fiadores insolidados[53]. Estos aplazamientos determinan que se estipule, en ocasiones, al pago de un interés que suele ser del 3%[54].

Todas las dotes con entrega de presente van acompañadas de la preceptiva carta de pago.

291. **La entrega anticipada de la dote y la renuncia a las leyes de Partidas.-** En ocasiones se ha adelantado parte de la dote antes del otorgamiento de la escritura y por tanto no hay fehaciencia de la entrega, no se ha numerado y contado de la forma preceptiva. En estos casos reconocen ante el escribano su entrega pasada y renuncian a las leyes "*non numerata pecuniae* " y las que prescriben el plazo de dos años para la prueba de su recibo[55].

---

[53]LANDABURU, 4 Octubre 1832, (94): garantizan el pago de la dote con "su fiadora y principal pagadora, que por tal dice se constituye de su libre y espontanea voluntad, sabiendo que se aventura en hacer deuda ajena, suia propia, sin que haya que practicar diligencia alguna contra dicho deudor principal, ni hacer excusión en sus bienes, cuio beneficio renuncia con la ley nona, tít. 11, Part. 5 y demas que dispongan, que el fiador no puede ser reconvenido antes que el deudor o principal; como asi bien la segunda del mismo título y Partida, que prohibe a las mujeres que sean fiadoras: ambos juntos de mancomún y cada uno de ellos por el todo, se obligan omnimodamente a pagar y satisfacer a...en una sola partida y moneda efectiva de oro y plata usual corriente en el Reyno, y no en otra cosa o especie de papel moneda creado ni por crear, al plazo señalado , pena de ejecución y costas de la cobranza": LANDABURU, 26-9-1833, (98); ASTIAZARAN. 12 Abril 1824, (139); ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152); ASTIAZARAN, 11 Febrero1828, (180); ASTIAZARAN, 23 Noviembre 1828, (187); ASTIAZARAN, 16 Octubre1830, (206) Garantía devolución con fiador insolidum para el supuesto de que por cualquier motivo no se verificase el matrimonio; GONDRA, 2 Marzo 1824, (368); VERGARA, 29 Diciembre 1824, (396). VERGARA, 11 Enero 1827, (406): los fiadores renuncian al beneficio de excusión de bienes ley 9, tit. 12 Part. 5 que "establece que el fiador no puede ser reconvenido antes que el deudor principal".

[54]ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216); ASTIAZARAN, 1 Abril 1828, (181).

[55]BARRENECHEA, 11 Marzo 1826, (241): cuando existieron entregas anteiores con cargo al pago de la dote es frecuente el que se detalle: "Renuncia a leyes y excepción *non numerata pecuniae*, Ley 9 Tit. 1º Part. 5 que trata de ello y los 2 años que prefine para la prueba de su recibo, que los dan por pasados como si efectivamente lo estuvieren. Otorgan carta de pago y recibo con todas las cláusulas fuerzas y firmezas requeridas en derecho para su mayor validación y firmeza; BARANDICA, 2 Abril1824, (461); ASTIAZARAN, 23 Noviembre 1828, (187); BARRENECHEA, 11 Marzo 1826, (241); BARRENECHEA, 12 Diciembre 1827, (252); BARRENECHEA, 5 Enero 1828, (253); 19 Octubre 1828, (499): adicionalmente se le dota con bienes muebles, en relación a estos bienes muebles que no figuran documentalmente como entregados, renuncia a excepción que podrá oponer de no haberlos recibido, ley nona, título 1, Part. 5 y los 2 años que fija para su prueba.

292. **Receptor de la dote: el padre instituyente.-** En el derecho castellano la dote se entrega al marido. Esta entrega tiene como finalidad atender a las necesidades del nuevo estado, y en estos términos aparece reconocida la institución en las leyes de Partidas.

> "Es algo que da la mujer al marido por razon de casamiento.....es como manera de donación fecha con entendimiento de se mantener e ayuntar el matrimonio con ella, es como propio patrimonio de la mujer" [56].

Por contraste la entrega de la dote en Vizcaya comúnmente se hace al padre instituyente para la atención de diversas finalidades[57]; también es frecuente que el pago de la dote se lleve a cabo con la dote entrante en la familia en el momento en el que contraiga matrimonio el hijo primogénito a quien designará sucesor, como puede comprobarse de la siguiente lectura:

> "dote que se obliga a dar y pagar a los ...(padres instituyentes) y futuro yerno, luego, que se verifique el casamiento de dicho ...su hijo primogénito, y hermano respective, a su casa y casería solar infanzona de Garayandía,....y caso de que no se efectúe dentro de los tres años corrientes desde hoy día de la fecha"[58]

En un elevado porcentaje de escrituras examinadas se hace entrega de la dote a los padres del otro contrayente, quienes a su vez instituyeron sucesor a su hijo.

Brocá pone de relieve que en Cataluña con frecuencia se entrega la dote al padre del desposado o al padre y al marido conjuntamente y añade, que cuando así se hace la razón es que media el pacto de convivencia entre los nuevos esposos y sus padres y heredamiento por parte de éstos a favor de sus hijos; justifica este autor esta entrega en

---

[56]P. 5, 11, 1.

[57]ASTIAZARAN, 15 Enero 1827, (156): entrega de la dote al padre donante a fin de que decapite los gravámenes existentes en otras fincas, obligándose a aportar las cartas de pago; ASTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158): a favor del padre donante con el fin del pago de las deudas, inversión en atender necesidades; ERCILLA, 5 Febrero 1823, (255): entrega a padres donantes. Entrega a la celebración matrimonio. La dote atiende a la atención de las deudas de la casa solar y recuperación de pertenecidos que salieron de ella previo pago de la cantidad de las mejoras efectuadas; gastos de restauración de la casa; INUNCIAGA, 30 Agosto 1823, (284): entrega a los padres donantes. La dote tiene como finalidad la dotación de los restantes hijos y entrega de la legítima correspondiente en relación a bienes raíces sitos en villa ; GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300): la finalidad de la dote será atender el acomodo de los restantes hijos y atención de las obligaciones y deudas personales del donante y de la casería ; GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311): la finalidad a la atenderá la dote es la atención de las deudas personales del donante y el acomodo de los restantes hijos.

[58]INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281).

una regla consagrada en el Digesto en virtud de la cual ha de tener la dote aquel que sostenga las cargas del matrimonio[59].

Presentamos en primer lugar la forma en la que se contiene esta entrega y a continuación detallaremos las finalidades a las que atiende la dote vizcaina.

> "Con la obligación que se hayan de entregar los mil ochocientos ducados, de a once reales cada uno, en efectivo dinero metálico, que aportará dicha ....por su dote, a los insinuados padres instituyentes, para dote y acomodo de los demás sus hijos, los expresados .....y pagar todas las obligaciones y deudas que gravitan contra ellos y dicha casería y sus pertenecidos" [60].

293. **El apartamiento de los restantes hijos.-** En estos documentos figura el apartamiento de los restantes hijos. Se emplea la fórmula legal y es nominativo dicho apartamiento si se refiere a los hijos.

El apartamiento de la dote se hace con un real de vellón de 37 mrs. apreciándose la correspondencia entre la naturaleza fungible de la dote y la entrega simbólica en que consiste el apartamiento.

294. **Finalidades a que atiende la dote.-** La finalidades a que atiende la dote son muy diversas, es muy frecuente que atienda la dotación y acomodo de los restantes hijos del padre instituyente[61], al pago de sus deudas personales del instituyente o de las que gravitaren sobre el patrimonio donado [62], la reversión de las dotes, en los supuestos

---

[59]BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil*, ed. facsimil Barcelona 1985, 749. FF. 56 (1º y 2º) y 57, Eod.

[60]GANGUTIA, 20 Enero 1828, (45).

[61]En todas estas escrituras la dote que recibe el padre instituyente se destinará "a la dotación y acomodo de sus restantes hijos": AREITIO, 6 Marzo 1832, (45); ZUAZUA, . 2 Julio 1831, (113); ASTIAZARAN, 28 Mayo 1823, (132); GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300); GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311); GANGUTIA, 24 Noviembre 1832, (323); BARANDICA, 2 Abril 1831, (388); ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120); ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212); ASTIAZARAN, 28 Mayo 1823, (132); GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308); INUNCIAGA, 30 Agosto 1823, (284).

[62]AREITIO, 25 1831, (39): "5º Que todas las demás deudas y obligaciones que grabitan contra el donante y referida casería serán de cargo y absoluta responsabilidad del propio donante, quien se obliga en devida forma a decapitarlas dentro de dos años contados desde hoy, pena de ser apremiado a ello por todo rigor legal, para lo cual se le entregarán al mismo seiscientos cincuenta ducados de vellón de dote que prometerán sus padres a la nominada ..... a saber los quinientos en este acto y los ...restantes dentro de dos años contados desde hoy sin premio ni interés alguno, entendiendose por consiguiente a su fabor la obligación congruente, sin que dicho hijo donatario pueda intentar derecho a ellos, por cuanto los reserba para si integramente para el fin propuesto y otras atenciones particulares"; Con idéntica finalidad

en los que se trate de las segundas nuptias del contrayente[63], el decapitar gravámenes que pesan sobre la finca[64] o redimir censos que gravitan sobre el patrimonio familiar[65], restauración de inmuebles correspondientes al patrimonio familiar[66], pago de cargas reales sobre la casería, contraidas para dar carrera al hijo o al establecimiento del novio por su cuenta [67] finalmente para la libre disposición de la donante[68].

295. **La función de la dote en esta etapa.-** Ofrece especial interés para nuestra investigación el haber podido constatar:

La nota de onerosidad que encierran los acuerdos de familias que se hacen presentes en los documentos, en virtud de los cuales una familia instituye sucesor a su hijo, en tanto que la otra, en compensación a la designación causada, entrega una dote en dinero al instituyentes.

El padre instituyente al recibir la dote manifiesta que con la misma atenderá el pago de las deudas personales y gravámenes que pesan sobre el patrimonio familiar que dona y aquellas contraidas en el pasado las asume el donante, mediante este extraordinario medio de financiación.

La existencia de esta compensación nos ayuda a esclarecer aspectos, que a nuestro entender aparecen obscuros o distorsionados, y dá coherencia a algunas instituciones con los principios en los que se asienta el sistema.

ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118); ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153); ASTIAZARAN, 1 Febrero1827, (158); GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300); GANGUTIA,.16 Noviembre 1830, (311); GONDRA, 25 Octubre 1824, (369); VERGARA, 29 Diciembre 1824, (396); GONDRA, 25 Octubre 1824, (369): "Las deudas existentes sobre la casa y molino; ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107); En parecidos términos GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309). GONDRA, 25 Octubre 1824, (364): la dote le es entregada al novio y el destino es asimismo las deudas que ha asumido éste relativas a los bienes: "Declaran que los ....que se obliga a aportar a este tratado matrimonio la citada ...para el día de su celebración, se invertirán inmediatamente en pagar las deudas y obligaciones que tiene tomadas el novio sonbre si y sus haciendas, y con especialidad las que tiene la casería de Isasi".

[63]ASTIAZARAN, 29 Septiembre1824, (44 y 145): la reversión de la dote de las primeras nupcias, según regla de la vinculación, se atenderá con la dote entrante en la familia ; en términos semejantes: ASTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151); GANGUTIA, 15 Abril 1830, (306); BARANDICA, 21 Agosto 1830, (387).

[64]ASTIAZARAN, 15-1-1827, (156).

[65]GONDRA 14 Febrero 1824, (366): Redimir los censos que tiene contraida la casa, .

[66]Escritura de donación ASTIAZARAN, 28 Febrero 1825, (151).

[67]GANGUTIA, 7 Abril 1827, (299); ECHEGUREN, 30 Agosto 1824, (418).

[68]ZUAZUA, 25 Enero 1832, (117); ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120).

1. La elección de un hijo como sucesor y el apartamiento de los demás. Disonancia de planteamiento en un sistema que propugna la igualdad.

2. La institución de un sucesor en vida de los padres o bien la donación universal de todos los bienes, nos hace dudar de la seguridad que esta situación ofrece al padre donante, de cómo quedan atendidas las necesidades de los restantes hijos, de la atención y salvaguarda de los intereses de los terceros.

En suma en un sistema que rinde culto a la familia como se explica el que sea uno el favorecido con la sucesión en el patrimonio ¿cuál es la suerte de los restantes hijos?

Hemos adelantado las respuestas a todas estas cuestiones al explicar cuales eran las finalidades a las que atendía la dote. Sin la existencia de la dote con los perfiles que hemos expuesto probablemente no se daría la institución de sucesor con donación de bienes en vida de los padres, a lo menos, tal y como aparece en estos documentos.

296. **La devolución y la reversión de la dote.**- En el derecho castellano en el momento en el que cesa la necesidad de atender a las cargas del matrimonio, cuando el matrimonio se disuelve, éste o sus herederos deben restituir la dote a la mujer o a sus sucesores[69]. Siendo las causas que dan origen a la restitución dota: La muerte de uno de los cónyuges. Cualquier impedimento que anule el matrimonio. Por divorcio[70].

Sin embargo, hemos dejado constancia que en Vizcaya la dote cumple otras finalidades y frecuentemente se entrega al padre instituyente. Por otra parte, el régimen legal de comunicación determina que tanto los bienes como la dote no sean objeto de reversión[71] si el matrimonio se disuelve con hijos[72].

Del mismo modo que deciamos que la dote es la compensación a la designación de sucesor y que existe un equilibrio económico entre ambas aportaciones, ahora vemos

---

[69]Según GUTIERREZ, ob. cit., T. 1, 548 quien comenta la ley 30, tít. 11, Part. 4 que trata de la restitución de la dote; GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., T. 1, 465; FEBRERO, ob. cit., T. 1, 57.

[70]GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., 466.

[71]Las escrituras en la cláusula de reversión tratan en unidad de tiempo de la reversión de los bienes y de la reversión de la dote.

[72]FN, 20, 1: "...que casados Marido y Muger legítimamente, si huvieren hijos, y decendientes legitimos de en uno, y quedaren de aquel Matrimonio vivos (siendo suelto el Matrimonio) todos sus bienes de ambos, y dos, muebles y rayces ....sean comunes á medias; y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes... Y si alguno de ellos vino a Casa y casería del otro con dote, o donación de mueble, y semoviente; que suelto el tal matrimonio sin fijos, el tal, o sus herederos, o successores salgan con lo que truxo, y con la meytad de los mejoramientos, y multiplicado constante matrimonio".

que tanto por las causas que le dan origen como por sus efectos la reversión de bienes y la dote siguen idénticos derroteros.

Se regula en la escritura la reversión de la dote para el caso de muerte del dotado, como la devolución para el caso de que el dotado fuera el supérstite.

297. **Causas que dán origen a la reversión dotal y modo de llevarlo a cabo.-** 1. El Fuero (FN. 20, 1) establece la si el matrimonio se disuelve por muerte del dotado sin que dejare descendencia salgan sus herederos o sucesores con la dote más la mitad de las ganancias generadas en ese matrimonio.

2. Se Convencionalmente se incorporan otras causas: si habiendo tenido hijos, éstos, no hubieren llegado a la edad de poder testar y si habiendo llegado fallecieren abintestato[73].

> "Ambas partes de un acuerdo, y conformidad, ponen por pacto expreso y condición imbiolable, con fuerza de Ley, que si , lo que Dios nuestro Señor no permita, se dissolviere el matrimonio de dichos...sin hijos de él, y aunque los hubiere, sino llegasen a hedad para testar, o despúes de ella falleciesen sin disposición alguna, en tal caso, ...sucediendo por muerte del novio .....con la obligación de volver y restituir asi bien a la novia los .....ducados de dote, y demas prometido y donado a ella por a la expresada su madre, con la otra mitad de gananciales. Y si acaeciese por fallecimiento de la misma novia, a la propia su madre menos cien ducados de su propina de obra Pía de Guerrrazabala, de que como propios suios podrá disponer ella ; pero si también le premuriese, en este caso se verifique la citada reversión al hermano respectibe, y su representación, entendiendose en quanto a los bienes y efectos de arreo roto por roto y sano por sano, en el ser, y estado, que se hallasen al tiempo de la tal disolución, según práctica corriente de la dicha Merindad de Durango. "[74].

298. **El obligado a la reversión de la dote.-** La reversión de la dote tiene lugar por muerte del dotado cuando concurran las causas anteriormente citadas. Si uno de los cónyuges aportó la dote y el otro los bienes raíces, en aplicación del FN. 20, 1 éstos revierten a la familia (no hay descendencia, no hay sucesor para los mismos), el padre o el que haya sido nombrado sucesor en esos bienes estará obligado a la reversión dotal. Se

---

[73]Es común que convencionalmente se incorporen estas causas y también que se recoja en una única cláusula como pacto de carácter inviolable en el que intervienen todos la reversión de los bienes.y de la dote. Trataremos específicamente de ello en la claúsula de reversión de los bienes. Capítulo 20, Nº 394 a 404.

[74]INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281).

ha constatado documentariamente que el sucesor actual aparece como obligado a la reversión dotal[75].

El carácter de contraprestación que existe entre la designación de sucesor y aportación de la dote, determina que quien recibe los bienes esté obligado a devolver la dote. Si el cónyuge supérstite aportó otro tipo de bienes al matrimonio, en principio, será él quien esté obligado a la reversión.

Se expresan como sigue:

> "Acaeciendo la disolución de su matrimonio proyectado por muerte de la dotada sin hijos, se hayan de restituir por el dueño y sucesor de la casería la cantidad en metálico de la dote, que será entregada a los padres dotantes o cualquiera de ellos, siendo vivos y no siendo a sus hermanos a iguales partes y para esta reversión queda sujeta la libertad que tiene dicha casería para iguales caso de reversión"[76] .

299. **El reversionario de la dote.-** Si fuere por muerte de la dotada será comumente los padre y en su defecto los hermanos por iguales partes[77].

Es relativamente frecuente el que se deje a la libre disposición de la dotada parte de los bienes, que en principio serían objeto de reversión [78] y ello da lugar a que con este carácter residual los cónyuges dispongan entre sí recíprocamente[79].

La fórmula empleada es como sigue:

> "los herederos legítimos del que falleciese recibirán la mitad de la dote que ahora introducen, pues la otra mitad haya de quedar y quedará en beneficio del sobreviviente de dichos futuros contrayentes, a cuyo fin con consentimiento, licencia y consejo de sus padres respectivos, se hacen mutuamente donación propter nuptias de uno a la otra y la otra al otro"[80].

---

[75]ASTIAZARAN, 4 Abril 1828, (181); BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, (234); BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242); BARRENECHEA, 10 Junio 1826, (243); BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826, (247); GANGUTIA, 7 Abril 1827, (299);

[76]GANGUTIA, 7-4-1827, (299).

[77]ASTIAZARAN 4 Abril 1828, (181); BARRENECHEA, 20-Septiembre 1823, (234); BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242); BARRENECHEA, 10 Junio 1826, (243).

[78]BARRENECHEA, 12 Diciembre1827, (252); INUNCIAGA,30 Agosto 1823, (284).

[79]ASTIAZARAN, 6 Junio 1829,(191); GANGUTIA, 2 Abril 1828, (301).

[80]GANGUTIA, 17 Abril 1826, (296).

300. **Medios que garantizan la reversión dotal.-** Se garantiza la reversión de la dote de forma adicional a lo dispuesto en el Fuero [81], estableciendo que los bienes raíces, muebles, derechos y acciones que al presente le tocan y en lo sucesivo le puedan corresponder al sucesor de los bienes queden afectos para la reversión de la misma [82]. En tanto se efectúe la devolución de la dote tendrá el beneficiario de la misma el usufructo de la hacienda sin pago de renta alguna[83], gozando del derecho de retención sobre los bienes del sucesor[84]. Se garantiza la reversión mediante el ejercicio de acciones reales[85] y mediante fiadores[86] y respecto a los bienes vinculados, siguiendo la reglas de su fundación se permite la imposición de gravámenes sobre los bienes vinculados[87]al objeto de atender la reversión dotal.

301. **Bienes que acompañan a la dote en su reversión.-** Acompañará a la reversión de los bienes dotados, mitad de los gananciales, y el arreo en el ser y estado en el que se encuentre[88]. Las arras por tratarse de una donación esponsalicia que se constituye para tal evento, se deducirán de la reversión del premuerto y se incorporan a los bienes con los que sale de la comunidad el supérstite[89], en la forma que a continuación transcribimos:

> "si se disolviere el matrimonio sin hijos....., que en tal caso salgan con sus respectibos bienes, mitad de gananciales que adquiriesen constante matrimonio, y en falta del citado (sucesor) sin subcesión recaerán esta recordada casa y casería y todos sus pertenecidos en los dichos (padres instituyentes) o cualquiera de ellos, sobreviviendoles y en defecto en la (hermana) o su representación legítima; con pensión de que se le hayan de entregar a la insinuada (novia) su dote de dos mil ducados de vellón, con mas doscientas de igual manera que llevan arrados y condonados, todos en dinero efectibo metálico ...con la mitad de gananciales que adquieresen constante él, entregados al plazo que convinieren"[90].

---

[81]FN. 20, 2.

[82]GANGUTIA, 29 Octubre 1832, (322).

[83]GONDRA, 25 Octubre 1824, (369).

[84]ASTIAZARAN, 2 Octubre 1824, (145).

[85]ASTIAZARAN , 10 Enero 1826, (152).

[86]ASTIAZARAN, 31 Julio 1827, (165).

[87]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309).

[88]ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216); BARRENECHEA, 20-9-1823, (234); BARRENECHEA, 7 Febrero 1824, (236); BARRENECHEA, 2-5-1826, (242).

[89]Lo común es que en la cláusula de reversión se prevea el supuesto de que muera el novio y la novia, como tiene lugar la revisión y con que bienes sale el supérstite, siendo la regla genenral que además de lo que aportó y la mitad de los gananciales lleve lo que le fue doando por el premuerto en concepto de arras y el arreo: ASTIAZARAN, 20 Enero 1827, (157); ASTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158); ASTIAZARAN, 19 Enero 1828, (175); ASTIAZARAN, 31 Enero 1828, (177).

[90]BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, (234).

Capítulo 16. La fórmula "se contrata" con los bienes para el matrimonio que va a celebrar.

302. **La contratación con los bienes para el matrimonio.-** Se deja constancia en la totalidad de las escrituras examinadas que los futuros cónyuges "se contratan con los bienes, -recibidos o propios-, para el matrimonio que han de celebrar e hijos que tuvieren del mismo". Esta contratación con los bienes se realiza tanto entre otorgantes de Anteiglesia como de Villa.

La fórmula empleada, por vecinos de Anteiglesia y villa, respectivamente, es la siguiente:

> "a fín de que siempre conste los bienes que cada parte introduce al matrimonio, se contrata con dinero efectibo, con ganado, rramienta .....y se obliga a aportarlos a su matrimonio luego de su celebración"[1].

> "Se contrata con el goce, usufructo y administración de los referidos bienes raices de la casería que se hallan en arrendamiento para que formen su capital y patrimonio en la sociedad conyugal, con obligación de cumplir sus cargas"[2].

A nuestro entender, esta declaración de voluntad de los contrayentes, este contratarse con los bienes constituye el nucleo del "Contrato Matrimonial", del que toma nombre la escritura.

Cada uno aporta unos bienes, es decir, se contrata con los bienes presentes o se obliga a aportarlos al matrimonio, respecto a los futuros, y a fín de que quede constancia de cuáles son éstos, se incluye una relación o inventario en su contrato matrimonial.

303. **El contrato oneroso de matrimonio a la luz de los intérpretes de las leyes de Toro.-** El contrato matrimonial, a la luz de los textos legales de la época,

---

[1]AREITIO, 12 Julio 1829, (12).

[2]LANDABURU, 3 Marzo 1832, (92).

de la doctrina y a través de los documentos de aplicación del Derecho es un contrato oneroso.

Las leyes de Toro reconocen la irrevocabilidad tanto de la mejora como de la constitución de un vínculo si tiene lugar por causa onerosa de matrimonio, aspectos que hemos tratado con anterioridad.

La onerosidad del contrato matrimonial, según los autores que glosan el Derecho castellano no ofrece duda[3], y a juicio de la mayoria será oneroso frente al tercero que realizó un sacrificio patrimonial en atención a la celebración del matrimonio[4].

La doctrina por su parte ubica el contrato de matrimonio dentro de la categoría de los contratos a título oneroso celebrado con un tercero, por entender que en las capitulaciones matrimoniales entra un tercero como parte, es decir, el cónyuge del hijo beneficiario, y con relación a éste, el contrato es verdaderamente un acto a título oneroso[5].

En las escrituras examinadas al recoger la disposición por parte de uno de los padres, se indica que se efectúa la disposición por causa onerosa de matrimonio y se agrega que dicha disposición de bienes se lleva a cabo "en remuneración de la donación causada" o "en compensación a la designación de sucesor llevada a cabo", según estaba previamente convenido entre ambas familias[6].

Aquella negociación entre dos familias, iniciada a través de un mediador, quien de ordinario ponderaba las virtudes de uno u otro contrayente, con el propósito de llegar a una equilibrada cuantificación de la dote. Una vez consensuada a plena satisfacción de ambas familias, tiene lugar su formalización en escritura pública ante el escribano .

La identificación de los bienes con los que se contratan o se obligan a aportar tiene relevancia jurídica, en un doble sentido: permite que en todo tiempo se tenga conocimiento de su condición de bienes propios de cada uno de los cónyuges,

---

[3]Según PAULA BLASCO GASCO de F., (*La mejora irrevocable*, Valencia 1990, 36, n. 56) los autores reconocen su carácter oneroso y de forma rotunda PALACIOS RUVIOS, IOANNIS LUPI de *Glossemata Legum Tauri*, en Opera varia, 576, Glosas XXXVIIy XXXVIII.

[4]Según PAULA BLASCO GASCO de F., ibídem, los autores PALACIOS RUVIOS, IOANNIS LUPI de *Glossemata Legum Tauri*, en Opera varia, 576 ss., glosas 39 a 49; AZEVEDO, A., *de Comentarii iuris civiles in hispaniae regiae constituciones, tomus tertius*, MDCCXXXVII, 157, glosa 39 y 41; ANGULO, A. , ob. cit., lex I, glossa 10, puntos 2 y 3, a contrario.

[5]Según LACOSTE (ob. cit., 255) la ley XVII de Toro tenía razón al incluir los contratos celebrados con ocasión del matrimonio entre los actos a título oneroso celebrados con un tercero.

[6]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309): "Enterados de las donaciones y dotaciones causadas, las aceptaron y aceptaban en todo y por el todo por ser causadas conforme a lo que tienen tratado y pactado, y ahora declaran por lo que toca a su parte que ....".

diferenciándolo del patrimonio ganancial y por otra parte, permite asegurar la posible reversión de los mismos.

Esta contratación con los bienes para el matrimonio, cuando se trate de bienes que éstos a su vez recibieron de sus padres sobra añadir que los mismos se aportan con las cargas y limitaciones que les hubieren sido impuestas.

304. **Bienes que aportan al matrimonio en el Derecho de Castilla.-** A fin de encuadrar la fórmula, "se contratan para el matrimonio con unos bienes", en el campo patrimonial matrimonial, veamos lo que dice la doctrina castellana, en calidad de Derecho supletorio.

Al analizar los efectos civiles que se derivan del matrimonio, los sitúa en una doble vertiente: por una parte los relativos a la persona de los cónyuges, en su relación mutua, en los efectos que se refieren específicamente a cada uno de ellos y en relación de éstos con los hijos habidos de su unión[7] y por otra parte, los efectos que se derivan en relación a los bienes[8].

Febrero, al tratar de los efectos civiles sobre los bienes de los casados[9]distingue la aportación de los siguientes tipos bienes y a continuación expone el régimen correspondiente a cada uno de ellos:

El capital del que es dueño el marido y que éste aporta al matrimonio, recibe generalmente de donación de sus padres, que las leyes de Toro dan el nombre de donación "*propter nuptias*"[10] y que pese a tener igual nombre no tiene ninguna semejanza

---

[7]Según GUTIERREZ (ob. cit., T.1, 457), la legalidad aplicable en la época a los efectos relativos a los deberes mutuos de los esposos y las atribuciones propias del marido (NR. 10, 2, 7) y la capacidad jurídica de la mujer casada como sede en la que se producen los efectos(NR. 10, 1, 10 y 11, varias leyes).

[8]Según GUTIERREZ (ob. cit., 505), resultaría más propio el hablar de estos efectos en el capítulo de los contratos, sin embargo siguiendo el criterio marcado por P. 4, 11, varias leyes, se trata de esta materia al hablar de los efectos del matrimonio, desarrolla este autor a continuación, aspectos relativos a las dotes, bienes parafernales, las arras, la donación *propter nuptias* y la sociedad legal; GOMEZ DE LA SERNA, ob. cit., T. 1, 453; FEBRERO, ob. cit., T. 1, 49.

[9]FEBRERO, ibídem; GUTIERREZ, ibídem; Según GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit.,T. 1, 452) bajo el título efectos jurídicos de matrimonio con relación a los bienes

[10]Comenta NOLASCO (*Compendio de los comentarios extendidos a las ochenta y tres leyes de Toro*., 102 y 104), las leyes 25 y 29 relativas a que el tercio y quinto de mejoría fecho por testamento no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias* y a la obligatoriedad de colación de los bienes llevados como dote o donación *propter nuptias* ; NR. 10, 6, 9 (25 Toro): "El tercio y quinto de mejora fecha por el testador no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias* ni de las otras donaciones que los fijos o descendientes traxeren a colación o partición", NR. 10, 3, 5 (29 Toro): "Quando algun hijo o hija viniere

con la regulada en las Partidas[11], correspondiéndose, por el contrario, con las donaciones objeto de nuestro estudio. Los propios de la mujer, que consisten en la dote que recibe de sus padres y las donaciones esponsalicias.

En virtud de disposición legal la celebración del matrimonio dá origen al nacimiento de una sociedad entre los cónyuges, en virtud de la cual se hacen propios de ambos por mitad los bienes adquiridos durante el mismo por título oneroso, o con réditos de los que cada cónyuge llevó, o por la industria o trabajo de cualquiera de ellos. A esta comunión de bienes se llama sociedad legal y a los productos que generan, bienes gananciales[12], siendo este el tercer tipo de bienes, en el campo patrimonial matrimonial.

305. **Escrituras que contienen el capital aportado por el marido y la dote de la mujer en Castilla.-** El capital del marido tiene suficiente seguridad cuando lo aporta expresándolo en la escritura de su nombre, si la hiciere antes de celebrado el matrimonio bastará que concurran los contrayentes y sus padres, al objeto de que nunca puedan alegar los de la muger, que su hija, reconociendo mayor el capital de su marido de lo que realmente era se perjudicó o les perjudicó en la parte de gananciales, que pudiera corresponderles en el caso de disolverse la sociedad conyugal[13].

Es decir, el hecho de dejar constancia de cuál es el capital que aporta el contrayente, su identificación o la computación de su valor es decisivo para hacer el cálculo de los gananciales, evitando, de este modo, posibles conductas fraudulentas y sobre todo asegurando la asignación de los mismos a los descendientes, en los supuestos de disolución del matrimonio, del mismo modo, que garantiza su reversión cuando por disposición legal o convencional, se hubiere acordado ésta.

á heredar ó partir los bienes de su padre o de su madre ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colación y partición la dote y donación *propter nuptias* y las otras donaciones que hubiere rescebido de aquel cuyos bienes vienen a heredar". Este tipo de donación esta asimismo regulada en la leyes de Navarra 3, 7, 7, entendiéndose por tales no solo la hecha por los padres, sino también por otra cualquier persona, donación que no requiere para su validez, ni estipulación ni aceptación de parte del donatario y es irrevocable.

[11]Según GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., 484), si bien recibía idéntico nombre difería ésta de la que aparece regulada en las Partidas. Esta últimas consistía en cierta porción de bienes que daba el marido a la mujer por razón de matrimonio y en posesión ésta desde luego, si bien el marido conservaba la administración de ellos, pero sin facultad de enajenarlos ni venderlos. Tenía por objeto constituir una hipoteca que respondiera de la seguridad y devolución de la dote, y entre ésta y la primera había de guardarse cierta igualdad (P. 4, 11, leyes 1, 7, 23).

[12]NR. 10, 4, 1 a 13.

[13]FEBRERO, ibídem.

Si la aportación de capital se hizo una vez contraido el matrimonio, la mujer al no poder obligarse a responder de su importe, puesto que no se le entrega ni tiene facultad alguna para administrarlo, sólo se obligará a reconocerlo a su debido tiempo por caudal de aquél[14].

Al objeto de atender a la finalidades expresadas, el marido al otorgar la escritura de capital está obligado a declarar bajo juramento que son suyos aquellos bienes, si tienen carga o gravamen y en caso de tenerla a cuanto asciende; deben expresar las deudas que hubiere contraido y su importe. En el caso de que fuere viudo con hijos, describirá los bienes que por legítima materna les correspondieren[15].

Tratándose de vecinos de villa, al contratarse manifiestan que éstos constituyen el capital que el marido aporta al consorcio o la dote que introduce la muger[16].

306. **Bienes privativos y gananciales en Castilla.-** La Novísima Recopilación[17] reconoce la presunción "iuris tantum", en virtud de la cual, se consideran gananciales los bienes existentes al tiempo de la disolución del matrimonio, siempre que no conste que uno de ellos los llevó al matrimonio o los adquirió para sí durante el mismo.

La trascendencia práctica de la aplicación de esta presunción+-, pues determina la necesidad de probar la naturaleza privativa del bien, -difícil tratándose de bienes muebles o dinero- y en el caso de no poder probarlo se entendería que la titularidad era de ambos.

Según Febrero, para asegurar los cónyuges los bienes propios de cada uno, y que conste cuando sea necesario que no son gananciales, hacen varias escrituras conocidas con los nombres de capitulaciones matrimoniales, del capital que el marido lleva al matrimonio, del que adquiere durante el mismo, carta de pago y recibo de la dote, carta de

---

[14]FEBRERO, ob. cit., 50.

[15]FEBRERO, ibídem.

[16]LANDABURU, 1 Agosto 1831, (85): "se contrata con todo lo que a el le pertenece (tras la disolución de su primer matrimonio) en bienes raíces como existencias de muebles efectos menage de casa, botica y emolumentos de su partido con todos sus conceptos sin limitación ni restitución alguna para que de todos ellos, se forme su capital en este consorcio".

[17]NR. 10, 4, 4: "Como quier que el Derecho diga, que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente; y así mandamos, que se guarde por ley. (R. 5, 9, 1).

dote en virtud de capitulaciones, carta de dote confesada, aumento de dote, y finalmente escritura de arras[18].

307. **Bienes gananciales y privativos comunicables en Vizcaya.-** El Fuero Nuevo detalla que tipo de bienes pueden aportar al matrimonio los contrayentes, en concepto de capital o dote[19]; se hace presente a través de varias leyes que lo habitual es que uno de los cónyuges lleve bienes raíces y el otro una dote[20], estableciendo al mismo tiempo el régimen jurídico a que se sujetan los mismos.

Los bienes que cada contrayente aporta al matrimonio se comunican y a su vez las ganancias que se generan con dichos bienes tienen carácter ganancial. El preámbulo del título veinte, sede donde se regula esta materia, dice: "De las dotes y donaciones y profincos, y ganancias de entre marido y muger". El régimen jurídico de los bienes comunicados, determina:

1º Que los bienes aportados por cada uno se comuniquen al otro.

2º Que la disposición de los mismos deba ser conjunta constante matrimonio, diferenciándolos de los bienes gananciales, en los que ostenta el marido la facultad de administrarlos[21].

3º Los bienes gananciales responderán del pago de las deudas de uno de los contrayentes y por el contrario la mitad comunicada al cónyuge del deudor quedará salvaguardada de la posible acción de embargo[22].

4º Que si el matrimonio se disuelve sin descendencia los bienes aportados por cada contrayente revierten a su familia de origen.

---

[18]Recoge FEBRERO (ob. cit., T. 1, 45) formularios de cada una de ellas.

[19]FN. 20, 1: "alguno truxiere en dote, ó donación bienes raízes o dote o donación de bien mueble o semoviente". Obsérvese que a la luz del texto legal cabe darse en concepto de dote bienes raíces, sin embargo, en el período histórico examinado, comúnmente, la dote era dineraria.

[20]FN. 20, 1 y 2.

[21]FN. 20, 9: "constante matrimonio, el marido no pueda vender bienes algunos rayces, muebles y semovientes, que no sean ganados durante el matrimonio, pertenecientes en la su mitad á la muger, sin otorgamiento de la muger, aunque los bienes provengan de parte de el marido..".

[22]FN. 20, 6: "que si constante matrimonio, entre marido y muger, se hicieren algunas conquistas y mejoramientos; que el marido los pueda enagenar, y se pueda vender por sus deudas, con la calidad que dispone la Ley del Reyno . "; 20, 7: "que vendida la mitad de los bienes pertenecientes al marido, constante matrimonio, por deudas, ó delito que haga, y por fianza, si quisiere de mediar (es á saber) haver su meytad en la otra meytad de su muger, que no lo pueda haver: Antes sea enteramente de la muger....."

Las leyes del Fuero establecen unos efectos diferenciados en la partición de los bienes al tiempo de la disolución del matrimonio, atendiendo a dos circunstancias: en función de la naturaleza de los mismos y por otra parte, según existan o no hijos.

Si el matrimonio se disuelve con hijos, los bienes se comunican entre marido y mujer por mitades, es decir, se forma una única masa patrimonial de los bienes comunicados y los gananciales, a efectos de su partición igualitaria; por el contrario si no existen hijos, "cada uno salga con lo que trajo sea raíz o mueble y mitad de las ganancias"[23]; en este último supuesto existirá la necesidad de delimitar cuáles son unos y otros por doble motivo: para que se sepa cuáles son los bienes raíces, muebles y semovientes sujetos a reversión y por otra parte, para conocer cuáles se han de partir entre ambos cónyuges[24].

308. **Efectos que se derivan en el Derecho vizcaíno de la fijación de los bienes que aportan al matrimonio.-** Antes de examinar el contenido de los documentos, fijándonos exclusivamente en los textos legales, podemos adelantar estas ideas:

Si en el contrato matrimonial se deja constancia de los bienes que cada contrayente aporta al matrimonio, queda fijado *ab initio* su carácter privativos.

Permite la separación del patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges y el patrimonio conjunto o ganancial.

Desde la celebración del matrimonio dará lugar a la aplicación de un régimen jurídico diferenciado operante constante matrimonio y plenamente eficaz al tiempo de su disolución.

Deberá acompañarse la contratación con los bienes de una relación de la totalidad de bienes, con identificación de los inmuebles e inventario de los muebles que posibile una eventual reversión.

---

[23]FN. 20, 1: "si huviere 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 rayces, assi en posesion, como en propiedad sean comunes a medias.....Y en caso que el matrimonio se disuelva sin hijos, ni descendientes(por ser toda la raíz de Vizcaya troncal)....si trajo en dote, ó donación bienes raices; los tales se buelban, y queden con el que los truxo; Y si alguno de ellos vino a casa y casería del otro con dote, ó donación de mueble, y semovientes; suelto el tal matrimonio sin fijos, el tal, ó sus herederos, ó successores salgan con lo que truxo, y con la meytad de los mejoramientos y multiplicado constante matrimonio".

[24]FN. 20, 4, 6 y 8.

309. **¿Qué relación existe entre el contratarse con los bienes y la celebración del contrato matrimonial?.-** Es en este momento, una vez posicionados en el campo relativo a los efectos patrimoniales que acompañan al matrimonio y vista la trascendencia jurídica que conlleva la distinta naturaleza de los bienes, estamos en condiciones para entender qué alcance dan los otorgantes al contratarse con los bienes.

La calificación notarial de esta escritura es la de contrato matrimonial. Hemos visto que la misma contiene donaciones, dotes, instituciones de sucesor, con modalizaciones diversas. Todos estos negocios forman parte de las liberalidades que se realizan con motivo del matrimonio, y que con ocasión del otorgamiento del contrato, se incorporan a éste, sin embargo no son el negocio constitutivo del Contrato matrimonial.

El contrato matrimonial, -entendiendo la expresión contrato como acuerdo de voluntades, es decir como una convencion-[25] tiene como otorgantes a los contrayentes[26], quienes actúan en nombre propio[27], tiene por objeto, los bienes recibidos por donación o los bienes propios de los contrayentes y consiste en la manifestación de voluntad de los contrayentes de introducir los bienes a fin de constituir con ellos la base del patrimonio conyugal[28].

Entendemos que con este "contratarse con los bienes" se cierra o consuma un proceso que tuvo su origen en aquella negociación entre familias, a fin de convenir qué estaban dispuestas a dar cada familia, para el matrimonio que se iba a celebrar, negociación en la búsqueda de una fórmula que conjugara y armonizara las necesidades particulares de las dos familias y posibilitara el progreso de sus haciendas.

---

[25]Según RIPERT (*Traité élémentaire de Droit Civil de Planiol*, T. 3, 30, Paris 1951), se trata de una convención y se compone como los estatutos de una sociedad de una sucesión de artículos numerados donde se recogen las reglas que rigen la organización, el funcionamiento y la disolución del régimen adoptado.

[26]Según RIPERT (ibídem), son partes en el contrato matrimonial los futuros esposos y las personas, padres o no, que figuren para dar su consentimiento ó bien para hacer las liberalidades a los futuros esposos.

[27]Según RIPERT (ibídem), la jurisprudencia francesa ha calificado de nulo el contrato celebrado por los padres sin presencia o apoderamiento de sus hijos, si bien era frecuente en el sur de Francia el que se celebrara el contrato de noviazgo suscrito exclusivamente por los padres, contrato que el Tribunal de apelación del Midi y el Tribunal de casación entendía asimismo nulo, si los contrayentes fueren menores el defecto de capacidad se suple mediante la licencia paterna.

[28]LANDABURU, 26 Septiembre 1833, (98): el contrayente que había recibido por donación el patrimonio troncal manifesta: "a quien llamándole a la sucesión de todos ellos conforme a Derecho, le autorizo competentemente a fin de que capitule en este contrato su propiedad, posesión y pertenencia para el matrimonio.....usando del derecho consignado en la expuesta donación inter-vivos, que la acepta en todo y por todo con los gravámenes y condiciones que contiene la misma, se contrata y capitula para el matrimonio que espera celebrar con ...".

Comúnmente uno de los contrayentes se contrata con la hacienda raíz en tanto que el otro lo hace con una dote en metálico. Se acuerda que esta dote deba ser entregada al padre instituyente y a dicha entrega le precede la frase "en compensación de la designación de sucesor causada", se aprecia la onerosidad en las aportaciones que llevan a cabo ambas familias, indirectamente en este contratarse con los bienes.

La onerosidad del contrato matrimonial vizcaíno es constatable y por otra parte, casi es inevitable el que tenga lugar de esta manera. Nos movemos en el contexto de un sistema que posibilita la elección de un sucesor único con apartamiento de los demás herederos forzosos, en el marco de una economía, esencialmente agrícola, formada por unidades de explotación de extensión mínima productiva; la designación de sucesor único y la compensación mediante la entrega de la dote permite la indivisión del patrimonio familiar y el atender las necesidades de los restantes miembros de la familia.

Se contratan con los bienes para el matrimonio en la totalidad de las escrituras capitulares, este contratarse constituye la finalidad típica del contrato matrimonial.

310. **Alcance de los términos "se contratan y se obligan".-** Es frecuente que se añada que "se contratan y se obligan a aportar"[29] es decir, se contrata con los bienes presentes y los aportan al matrimonio al tiempo de su celebración y respecto a los futuros, se obligan a aportar en los plazos fijados o al tiempo de su entrada en el patrimonio del contrayente. Es frecuente esta modalidad en la contratación de la dote y en supuestos de aportaciones dinerarias, en las que son frecuentes las entregas aplazadas[30], entregas que aparecen garantizadas como hemos referido en el capítulo de la dote[31].

Corresponde, en un porcentaje del 47% a escrituras en las que uno de los contrayentes se contrata con bienes propios o adquiridos con anterioridad por diversos

---

[29]AREITIO, 7 Abril 1831, (26): "por lo que se contrata con cuantos le correspondan por el para su realizado segundo matrimonio e hijos que tubiere de el y con el usufructo de la mitad de esta casería que le corresponde según fuero y con todos los demas derechos y acciones que le tocan y puedan tocarle por cualquier título, causa y razón, obligándose como se obliga a aportarlos bajo la pena de ser compelido y apremiado por todo rigor legal".

[30]ASTIAZARAN, 28 Mayo 1823, (132) se entrega a la donante. Tiene la finalidad de atender la dotación de los restantes hijos y atención de las necesidades del donante.Se aplaza parte del pago de la dote hasta el momento del acomodo de los restantes hijos.

[31]LANDABURU, 26 Septiembre 1833, (98); ASTIAZARAN, 10 Enero 1836, (152); ASTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158).

títulos, tales como en el ejercicio de su industria o trabajo[32], con su patrimonio profesional[33], con bienes que le han sido adjudicados mediante partición hereditaria[34]o en virtud de la disolución de su matrimonio en primeras nupcias[35].

En las restantes escrituras, se contratan con bienes que han recibido de sus padres en el mismo acto de otorgamiento de la escritura y en virtud de los distintos títulos.

Una vez contratados con los bienes, se obligan a aportarlos al tiempo de su celebración, garantizando dicha entrega adicionalmente[36].

Es usual, el que se exprese en las escrituras que abarca no solo los bienes que se aportan de presente, sino también los futuros que llegaren al patrimonio del contrayente[37] y tratándose de la aportación dotal, el que se comprometan a un pago escalonado.

311. **La fórmula "se dotan y contratan".-** Del volumen total en 61 escrituras los contrayentes añaden que se "dotan y contratan" determinando que la aportación de los bienes a su matrimonio lo hacen en concepto de dote, quedando sujeto al tratamiento jurídico privilegiado que dicha afectación dotal conlleva.

> "bajo reservas, gravámenes, obligaciones y condiciones que van puntualizadas y se dotan y contratan y se obligan con sus personas y bienes presente y futuros a cumplir con su tenor ..exacta y religiosamente ..sin contravenir..pena de no ser oidos...pagar costas y danos"[38]

---

[32]LANDABURU, 26 Enero 1832,(91); LANDABURU, 10 Octubre 1833, (99); ZUAZUA, 6 Agosto1831, (115); GANGUTIA, 23 Julio 1826, (297).

[33]AREITIO, 16 Marzo 1832, (45); LANDABURU, 30 Diciembre 1826, (71); LANDABURU, 22 Febrero 1830, (80); LANDABURU, 1 Agosto 1831, (85); ASTIAZARAN, 4 Agposto 1827, (166); MEABE, 2 Marzo 1829, (350).

[34]MEABE, 5 Noviembre 1830, (359).

[35]BARANDICA, 21 Agosto 1830, (387); AREITIO, 8 Abril 1831, (26): "hizo inventario de bienes a la muerte de la primera mujer de todos los que quedaron a su defunción, por lo que se contrata con cuantos le corresponden por él para su realizado segundo matrimonio e hijos que tubiere de él.y ademas con el usufructo de la mitad de la casería".

[36]AREITIO, 2 Octubre 1830, (26): "se contrata con los bienes que le pertenecen ....y con todos los demas derechos acciones que le tocan y pueden tocarle por cualquier título, causa y razón, obligándose a aportarlos bajo la pena de ser compelido y apremiado por todo rigor legal".

[37]AREITIO, 25 Mayo 1833, (54): "los contrahientes aceptan las mandas que respectibamente van causadas a su fabor, se contratan con ellas y con los demas derechos y acciones presentes y futuros para su proiectado matrimonio..."; ASTIAZARAN, 24 Septiembre 1830, (204).

[38]GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308).

312. **La fórmula "se contratan" en relación con la reversión de los bienes y el pago de las arras.-** En las escrituras correspondientes a vecinos de Anteiglesia el hecho de contratarse con los bienes previamente inventariados ha de tenerse presente a la hora de fijar la reversión de los bienes[39] tanto legal como convencional[40], con la cláusula relativa al pago de las arras[41] y finalmente con la cláusula que prevé la disolución del matrimonio, en la que se dispone en unidad de tiempo, como se ha de efectuar la reversión por una parte, y que bienes quedan en poder del cónyuge supérstite, por otra[42].

Por lo que respecta a su relación con la cláusula de reversión, debemos adelantar, que los bienes existentes en el matrimonio tienen un régimen legal diferente, según sean bienes privativos comunicables o bienes gananciales[43].

Este régimen si bien incide en la disponibilidad de los mismos constante matrimonio[44], cobra relevancia al tiempo de su disolución cuando ésta tenga lugar sin descendencia, momento en el que es necesario delimitar las masas patrimoniales

---

[39]MEABE, 1 Febrero 1827, (336): "Todos los interesados concurrentes a esta escritura ponen por pacto expreso, que si el mencionado matrimonio concertado .....saque los bienes que introduzcan al enunciado matrimonio, y mitad de gananciales si hubiese, pero la representación del que ó de la que premuriese cien ducados menos, y mas el que, ó la que sobreviba..."

[40]AREITIO, 25 Junio 1831, (39): "establecen por condición expresa e inbiolable que si lo que Dios Nuestro Señor no quiera, ni permita se disolviese dicho matrimonio sin hijos y aunque los haya sino llegaren a hedad de poder testar, y llegados falleciesen abintestatos en cualquiera de los tres casos, salga cada uno de los contraientes que sobreviviere con los bienes contratados, mitad de gananciales y cincuenta ducados referidos de arras, y sucediendo la dicha disolución por muerte del enunciado ....recaigan la expresa casería ...y mitad de gananciales con deduccción de arras en dicho su padre, quien en tal caso reserba disponer de su futura sucesión por testamento a como mejor lo combenga entre los demas sus hijos, pero si hubiese fallecido para entonces ó falleciese despues sin disponer en su razón cosa alguna , recaigan en el indicado ....su hijo.....con la precisa obligación que tendrán uno y otro en su caso, y lugar de devolver puntualmente, y en dinero efectivo a la prenotada ....o su representación los ....ducados de dote, y demas bienes contratados en el estado en que se hallaren, con mas los cincuenta de arras y mitad de gananciales, y verificándose la referida disolución por fallecimiento de dicha ....vuelvan su indicada dote y bienes contratados con los gananciales y deducción de arras en sus padres, o cualquiera de ellos, quienes dispondrán en tal evento a su arbitrio".

[41]Existen 81 escrituras en las que los futuros cónyuges se dan en concepto de arras una cantidad para el caso de que el matrimonio se disolviere sin descendencia, en cuyo caso las llevaría el cónyuge supérstite adicionalmente a la reversión de los bienes con los que se contrató para el matrimonio y la mitad de los gananciales. La cuantía máxima de las arras era la décima parte del valor de los bienes con los que se contrató para el matrimonio.

[42]Es regla general que el cónyuge supérstite salga con los bienes con los que se contrató para el matrimonio, más la mitad de los gananciales, mas la cantidad que en concepto de arras le hubiere sido asignado, arras que se detraerán de lo mejor parado de los bienes.

[43]FN. 20, 1 y 9.

[44]FN. 20, 9.

privativas de los cónyuges de la masa ganancial, examinando cuales eran los bienes con los que se contrató para el mismo, y finalmente posibilitando la reversión de los bienes privativos.

De este modo, los bienes objeto de reversión sólo serán jurídicamente exigibles si el instituido se contrató con los mismos para el matrimonio, si previamente los identificó o inventarió en la forma pertinente.

La cuantía de las arras es prorporcional a lo que cada cónyuge aportó al matrimonio; cuando tiene lugar la disolución del matrimonio sin hijos el cónyuge supérstite sacará los bienes con los que se contrató, la mitad de los gananciales y las arras si se pactaron.

Capítulo 17. La comunidad de vida entre instituyentes e instituidos.

313. **Frecuencia de este pacto. Relación de escrituras que lo incorporan y tipo de disposición que contienen.-** La constitución de una comunidad de vida y trabajo es un pacto que aparece en 165 escrituras (33%) del total de escrituras examinadas.

Es obvio que, tratándose del padre que dispone de todo el patrimonio troncal a favor de su hijo contrayente o el arrendatario que dona todo el patrimonio mueble existente en la vivienda arrendada necesita pactar las condiciones en las que se hace, puesto que ha de conjugar, como mínimo, dicha disposición con la reserva de recursos para poder atender su subsistencia. No lo es, si tan sólo dispone de unos bienes concretos mediante donación, promesa o manda, no obstante, hemos podido comprobar que aparece la constitución de una comunidad de padres e hijos, tanto en el primer supuesto como en el segundo.

Si a esto añadimos, que en ocasiones se condiciona la designación al hecho del mantenimiento de la comunidad, llegaremos a la conclusión que una de las finalidades a las que trata de atender quien dispone en vida de parte o de todos sus bienes es el obtener la colaboración del hijo mediante la creación de esta comunidad.

El número de escrituras con cada tipo de disposición son las siguientes:

Acompaña a la donación universal de bienes en 7 escrituras;

Acompaña a la designación de sucesor simple en 11 escrituras y condiciona la designación de heredero en 24 escrituras.

Acompaña a la designación de sucesor tronquero con donación pura, perfecta, irrevocable e inter-vivos, tanto en bienes libres como vinculados, en 31 escrituras.

Se incorpora a la designación de sucesor simple con donación singular de bienes en 3 escrituras y finalmente se incorpora este pacto a disposiciones de bienes a título particular en 9 escrituras.

314. **La comunidad de vida como cláusula accesoria y su valor normativo.-** Como ha quedado ya expuesto, la disposición de bienes contenida en el contrato matrimonial, la designación de sucesor o heredero en algunos casos, se perfecciona en el momento del otorgamiento mediante acuerdo entre el que designa y el elegido que acepta, sin embargo su eficacia, total o parcialmente, se pospone al momento de la muerte del disponente. Esta circunstancia determina la existencia de un intervalo de tiempo, entre el otorgamiento de la disposición y su eficacia plena, que requiere regulación.

En este período de tiempo, pueden plantearse cuestiones relativas a la titularidad de los bienes, disponibilidad de los mismos, muerte de uno de los otorgantes, fijación de quién asume las cargas que gravitan sobre los bienes, destino de los frutos etc, por citar algunas de ellas. Entendemos que con la regulación que contiene el Fuero sería suficiente para dar una respuesta a estas situaciones, pero de una determinada manera y por otra parte, tratándose de una disposición que participa de esta doble naturaleza, inter-vivos y mortis-causa, que su perfil netamente sucesorio ha sido recientemente elaborado y que siempre ha dado origen a confusiones, podía plantear duda la aplicabilidad de lo dispuesto para los actos de naturaleza única.

Dentro de este marco y ante esta serie de cuestiones que se nos plantean vamos a examinar si en el contrato matrimonial se regulan estas situaciones y de que manera y en concreto vamos a entrar en el análisis de lo que constituía históricamente la cláusula de la comunidad de vida y cuál era su contenido.

Partimos de una doble hipótesis al analizarla :

1. Tiene el rango de elemento accidental de la disposición causada, si bien ha sido frecuente su presencia en todo tipo de disposiciones; no podemos decir que se trate de un elemento natural; en este aspecto hemos podido apreciar rige el principio de libertad a la hora de incorporar ésta u otra cláusula o de no incorporar ninguna. Sin embargo en la institución de heredero condicionada, al ser el hecho contitutivo de condición el mantenimiento de la comunidad hasta la muerte, esta cláusula está siempre presente.

2. Cumple la función de establecer el régimen, a que dicha disposición se sujeta, en el período que media, desde el otorgamiento de la escritura hasta la muerte de los instituyentes.

I. Las comunidades familiares históricas y coetaneas.

315. **Presencia del régimen de comunidad en el Fuero Nuevo.-** El Fuero Nuevo no regula este tipo de comunidad específicamente, si bien en la ley 1, Tít.

2O al establecer los efectos de la comunicación foral hace alusión a los efectos que se derivan de la disolución del matrimonio con descendencia y dice: "todos sus bienes de ambos, y dos, muebles y rayces, assi en possessión, como en propiedad sean comunes a medias; y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes" y nos presenta una hermandad y compañía entre el cónyuge supérstite y los hijos habidos de su matrimonio con el premuerto, presentando esta sociedad y compañía cierta semejanza con la que es objeto de examen, como veremos mas adelante.

Nos serviremos de la información contenida en los documentos notariales para sacar a la luz las características que presenta esta sociedad, miembros que la componen, finalidades que desempeña, patrimonio social, derecho y obligaciones de los socios, ganancias y pérdidas de la comunidad, causas que pueden dar origen a su disolución y finalmente consecuencias jurídicas que de la misma se derivan.

Esta normativa enraizada en el Derecho consuetudinario, que regula jurídicamente la asociación de padres e hijos sucesores ha podido ser contrastada y completada con acertadísimas opiniones vertidas por el Sr. Vicario de la Peña, en un cuadernillo inédito, en el que se recogen las Observaciones que presentó el citado autor al Proyecto de Apéndice de 1900.

En el análisis que vamos a desarrollar, el derecho castellano como supletorio de vizcaíno colmará las lagunas en defecto de norma escrita o consuetudinaria propia.

316. **Precedentes históricos de la comunidad o asociación: la arcaica "societas erto non cito" u la sociedad universal en el Derecho clásico romano.-** Esta sociedad o compañía ciertamente por su denominación evoca la figura societaria y por su perfil familiar se separa de ella, a lo menos respecto a lo que entendemos actualmente por sociedad civil, lo que nos obliga a investigar como era en el pasado.

La arcaica figura de *"la societas ercto non cito"* reconocida en el derecho romano puede considerarse como un antecedente remoto de esta sociedad familiar y asimismo de la sociedad civil actual. El consorcio romano nacía de forma automática entre los hermanos a la muerte del padre y tenía en el plano patrimonial la virtualidad de crear una comunidad respecto a los bienes que integraban la herencia y quizá también las adquisiciones futuras de los consortes. En el Derecho clásico salió fuera del ámbito familiar y se admitió mediante convención el empleo de la figura, de tal modo que van configurándose paulatinamente, primero en la *"societas universorum bonorum"* y más adelante diversas figuras societarias entre las que se encuentran la sociedad de ganancias,

la *"societas universorum quae ex quaestu veniunt"* y toda la gama de sociedades particulares[1].

El Derecho Romano reconoce la sociedad universal de todo los bienes, que comprende tanto los presentes como los futuros, aun cuando venga por donación, herencia o legado, leyes 1, párraf. 1, 2, 3; y 73, tít. 2, l.17 del Digesto.

Hay otra sociedad universal o general de ganancias por la que sólo se comunican éstas, no los bienes presentes, ni aun los futuros que se adquieran por los tres títulos dichos; y se entiende contraida esta especie de sociedad, cuando se contrae simplemente sin otra designación o distinción y aparece en la ley 7 citada.

317. **La sociedad universal en los textos de la Edad Media.-** Estas sociedades universales, que tienen su nacimiento en el Derecho romano, aparecen recogidas en los textos legales de la Edad Media[2]. Las leyes de Partida adoptaron estos dos tipos de sociedades, limitando la segunda al caso en que se contrae simplemente y sin expresión de bienes, pero admitieron otra tercera, denominada general, cuando se expresa que sea de ganancias o de todas las ganancias que se hicieren[3]; en este último caso, según unos autores comprende todo lo adquirido posteriormente, aunque fuese por herencia u otro título semejante[4]; por el contrario, otro sector de la doctrina entiende que tiene lugar cuando sin especificación alguna se acuda a la sociedad "como compañeros", siendo en este caso comunes todas las ganancias procedentes del menester, mercaduría o arte que cada uno ejerza[5], y a nuestro entender esta segunda interpretación es la que se desprende del tenor literal del precepto en el que aparece regulada[6].

---

[1]Según ARIAS RAMOS,("Los orígenes del contrato de sociedad : "consortium " y "societas ", RDP., 1942, 143) existen discrepancias acerca de si todos los tipos de sociedad tienen por común origen el consortio *ercto non cito* o si, por el contrario, la diversificación posterior obedece a orígenes diferentes, siendo común opinión que del consorcio se derivó la *"societas omnium bonorum"* . Puede verse al respecto ARANGIO RUIZ, *La società nel diritto romano*, Napoles, 1965, 27.

[2]P. 5, 10, 3: "Puedese fazer la compañía en dos maneras. La una manera es, quendo la fazen desta guisa: que todas las cosas, que han, quando fazen la comañía, e las que ganaren, dende en adelante, sean comunales, e tambien las ganancia como la pérdida, que pertenesca a todos. La otra es, quando la fazen sobre una cosa, señaladamente, como en vender vino, o paño: o otra cosa semejante....".

[3]P. 5, 10, 1 y 7: "Simplemente faziendo algunos omes compañia, diziendo asi: seamos compañeros, non nombrando, ni señalando que la fiziessen sobre todas sus cosas, segun diximos en la ley ante desta, entonces se entiende, que deuen partir entre si, egualmente todas las cosas, que ganaren, de aquel menester, o de aquella mercaduría que usaren que han.."

[4]GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil*, T. 4 , 5.

[5]SALA, *El Derecho civil español con las correspondencia del Romano* , 438; Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 4, 507) de la definición que dicha sociedad recibe en el derecho romano, (Ley 7º, Dig. Pro soc.) no todas las utilidades se comunican en esta sociedad, sino las que procedan de la industria de una persona, del ejercicio de su profesión, sus emolumentos o sueldos. La palabra ganancia equivale a la voz latina *quaestus* . Favre, siguiendo a Acursio dice *quaestus* equivale a *lucrum* . Las ganancias que provengan de un título lucrativo como la donación o legado están excluidas de esta sociedad.

[6]P. 5, 10, 7: "Simplemente faziendo algunos omes compañía, diziendo assi: seamos compañeros, non nombrando, ni señalando que la fiziessen sobre todas sus cosas, segun diximos en la ley ante desta, entonces se entiende, que deuen partir entre si, egualmente todas las cosas, que ganaren, de aquel menester, o de aquella mercaduria que usaren...".

[7]Sobre el principio de la mano común en Derecho Germánico, puede verse: PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, Traducida. de la 3 edic. alemana por MELON INFANTE, Barcelona 1957, 66 y ss.

[8] Según RIPERT (*Traité élementaire de Droit Civil de Planiol*, Paris 1951, 4 ed. T. 3, 82), esta comunidad que tiene lugar entre gente del pueblo y no entre nobles, necesariamente no ha de ser entre parientes si bien lo frecuente es que sea entre esposos, y en este caso repercute en el régimen matrimonia; Cita en nota nº 2 a VIOLLET *Précis*, 749; OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la Coutume de la prévote et vicomté de Paris*, T. 2, 170; LAFOURCADE, *Mariages en Labourd sou l'ancien regime* , Bilbao, 1989, 116; Analiza GAUDAMENT(*Les communautés familiales*, Paris, 1963, 100 a120), la estructura de esta societé taisible creada entre los padres y los hijos, examinando los miembros de que se compone, el gobierno, patrimonio, las causas de su disolución y las consecuencias que de ello se derivan a la luz del derecho consuetudiario de las distintas regiones.

Por el influjo de tradiciones de raigambre germánica, el principio supraindividual de la propiedad en mano común, incidió en la formación del derecho consuetudinario español en la Edad Media, determinando que adquirieran auge tanto en el ámbito de la familia como fuera de ella las organizaciones comunales y la creación de sociedades universales[7].

318. **La comunidad "taisible" en el Derecho consuetudinario francés y la propiedad en mano común "Gesammte Hand" germánica.-** En Francia adquiere desarrollo en la Edad Media una antigua costumbre que consistía en una sociedad particular, *societé taisible* que estaba formada por personas que vivían *"à meme pot et feu "* que tenían en común los alimentos y el hogar[8]. Ejercía una influencia esta comunidad *taisible* sobre la comunidad conyugal en un doble aspecto:

1º Un número considerable de costumbres hacían comenzar la comunidad entre esposos después de un año y día de cohabitación.

2º La comunidad continuaba de pleno derecho, después de la muerte de uno de los esposos, entre el sobreviviente y los hijos nacidos del matrimonio, a no ser que hubieran hecho inventario y partición. En todas las costumbres esta continuación de la comunidad con los hijos tenía lugar cuando se trataba de familias labradoras.

La sociedad particular familiar de alimentos y hogar y la comunidad entre esposos se deriva de un mismo principio, la propiedad en mano común *Gesammte Hand* [9]. Estas sociedades eran fundamentalmente agrícolas y comprendían los bienes poseidos por los socios en el momento de su constitución, salvo que otra cosa establecieran. Se hacían comunes las adquisiciones efectuadas durante la sociedad excepto las que fuera a título gratuito, de las cuales se ponían en común el uso y el disfrute. La administración solía ser ejercida por uno de los socios, escogido por los demás, quien podía enajenar los bienes muebles, necesitando, sin embargo, la autorización de sus compañeros para enajenar inmuebles o realizar actos de disposición a título gratuito. Si eran administradores todos los socios, ninguno podía realizar actos que los vinculasen sin el consentimiento de todos, salvo que se tratara de atender a gastos necesarios, teniendo entonces derecho al reembolso por los demás[10].

319. **La "communione tacita familiare" en el Derecho italiano.-** En Italia florecieron igualmente estas sociedades, que fueron encuadradas por los autores de la época dentro de la *societas* del *Corpus Iuris Civile*, con algunas particularidades tales como, la necesidad de que los miembros pertenecieran a la misma familia, la comunicación de resultados en función de las necesidades de cada compañero[11], naciendo de esta construcción la *comunione tacita familiare* que figura recogida en el moderno Derecho italiano, ya que si bien la institución no aparece regulada en el Código Civil de 1865, sí lo está en el Código de 1942, en el art. 2140.

320. **La comunidad familiar en el Derecho castellano anterior a la codificación y en las regiones forales.-** En el derecho castellano si bien los autores de la época entienden que son figuras en desuso, ciertamente no quedaron relegadas al olvido puesto que el codificador las recoge en el Proyecto de 1851, art.1570 y posteriormente en el Código Civil Art. 1675.

Por lo que respecta a las regiones forales aparece estas sociedades familiares en todas ellas, recibiendo esencialmente una regulación consuetudinaria.

---

[9]RIPERT, ob. cit., 83.

[10]RODINO, "Società civile", (Storia del Diritto), en Nuevo Digesto Italiano, XII, 1º, 415 y 416.

[11]FIORE "Comunione tacita familiare", en Enciclopedia del Diritto, VIII, 285.

321. **La comunidad o sociedad familiar como la cuarta institución del sistema según Vicario de la Peña.-** Esta sociedad compuesta por ambos matrimonios, institución consuetudinaria, con raíz o fuente en el derecho escrito, según Vicario, es la que sirve de anillo que une las otras tres instituciones, armonizándolas y haciendolas viables en la práctica.

Vicario, profundo conocedor del derecho consuetudinario vizcaíno, por razón de su oficio, reconoció en la asociación de padres e hijos sucesores, la cuarta institución necesaria para atender las finalidades que persiguen la troncalidad, la comunicación foral y la libertad de testar. Dice Vicario:

> "¿De que serviría al padre de familia al anciano vascongado en su avanzada edad, que el Fuero declarase troncal su propiedad para que no saliese de la familia si en esta no hubiera una persona con medios de fortuna para adquirirla en el caso que los gastos de enseñanza de carrera u oficio, las enfermedades o la colocación de los hijos hubiera absorbido el patrimonio familiar hasta el extremo de verse obligado a enajenarle? ¿De que le serviría entonces el principio de la libertad de testar sancionado por su Código foral, si la venta forzosa de sus fincas le había reducido a un estado de pobreza en que era inútil e inaplicable el mismo? Y finalmente, que resultado práctico obtendría con que el mismo Fuero declarase en fin de sus días comunicables y partibles a medias todos sus bienes y los de su esposa, pocos o muchos, entre el sobreviviente y sus hijos, si cuando tal declaración debiera ser efectiva habrían desaparecido?
>
> No bastaban esas tres instituciones hacía falta una cuarta que viniera en auxilio de las mismas a robustecer el patrimonio de la familia trayendo a él nuevos elementos de riqueza y de trabajo, un amor sin límites a la casa paterna, y un continuador, en fin, del sagrado fuego de la familia y de sus tradiciones.
>
> Esa cuarta institución de carácter consuetudinario es la asociación matrimonial merced a la cuál cuando el casero vizcaíno ya a la madurez de su edad tiene un hijo o una hija casaderos, a quienes considera suficientemente aptos para sostener y fomentar el cultivo de la casería, y dotados de las condiciones morales necesarias, para tener la seguridad (en cuanto cabe en la previsión humana) de que cumplirán religiosamente con las cargas que lleva consigo la designación de heredero, en el caso de que por una muerte prematura no puedan por si mismos velar por la educación y colocación de la prole, busca según las circunstacias una novia ó un novio para el heredero que asocia a su trabajo, cuyas condiciones morales y cuyos recursos materiales guarden relación con la posición que pretende crearlos en su propio hogar.
>
> Mas no nace entonces la asociación matrimonial para excluir las demas instituciones genuinamente forales, al contrario surge como consecuencia de ellas siendo su aplicación práctica y su término"[12].

De forma magistral y gráfica, Vicario, pone de relieve la necesidad de esta institución dentro del sistema; indica el momento en el que ésta sociedad de padres e hijos

---

[12]VICARIO,"Observaciones.." ob. cit., 60.

hace su aparición; trata de la incorporación a la familia, por su mediación, de riqueza y trabajo; refiere las condiciones de idoneidad y seriedad requeridas a los hijos asociados y finalmente la responsabilidad que estos asumen, respecto al resto de la familia.

Nosotros, después de trabajar muchas horas en la lectura de los protocolos notariales, coincidimos plenamente con esta idea. Sin esta sociedad, las instituciones forales unánimenente reconocidas serían cauces abiertos a una hermosa cascada sin que discurríera el agua por ellos. Esta cuarta institución, en muchos casos, es la que infunde vida a las anteriores.

El nombramiento del sucesor en la familia, en muchos casos, precede a la asociación con el hijo, en todos ellos le precede o se conjuga con la disposición de bienes a favor del mismo; trataremos de acreditar esta afirmación con datos extraidos de las escrituras, al objeto de desvanecer en el lector cualquier idea, que pueda conducirle a pensar que nuestra afirmación está basada en un sentido bucólico, floral o añorante de instituciones familiares del pasado.

Esta sociedad de vida y de trabajo nace acompañando a la designación de sucesor o a la donación, en el ejercicio de la facultad de disposición (FN. 20, 11) que faculta a los vizcaínos a dar en vida o en el artículo de la muerte todos sus bienes. Puede disponerse de forma conjunta por parte de los donantes o instituyentes (FN.20, 9) o bien por parte de uno de ellos, quien actuará en nombre propio y en el ejercicio del poder testatorio (FN. 21, 3).

Consagra la aplicación de las reglas de la troncalidad (FN. 21, 6) y concordantes, determinando que si hay familia tronquera sean éstos y no otros los que reciban los bienes y con los se establezca la asociación, constituyendo en vida de los antepasados el último eslabón en aplicación de la troncalidad. Del mismo modo lo hace en aplicación de las reglas de la sucesión forzosa o reserva foral (FN. 20, 11) y concordantes.

Incide en alguna medida en la eficacia de la comunicación foral (FN 20, 1). Conjuga los principios básicos del sistema, el ejercicio de la libertad civil y la indivisión del patrimonio familiar al servicio de la perpetuación del mismo dentro de la familia.

II. La asociación familiar y la designación heredero en vida.

322. **El pacto de asociación familiar.-** La asociación de los padres con el hijo contrayente aparece detalladamente regulada en las escrituras.

La sociedad nace de pacto y su regulación comprende:

a) Miembros que la componen .

b) Bienes que constituyen su patrimonio.

c) Régimen de gobierno de la sociedad.

d) Régimen de participación en la sociedad.

e) Cargas e ingresos de la sociedad.

f) Causas de disolución de la sociedad.

g) Consecuencias de la disolución.

1. El régimen que se establece a dicha sociedad normativiza jurídicamente la situación en la que quedan los bienes donados durante la vida de los donantes, pero no se limita a ello, sino que su regulación transciende y regula las situaciones y necesidades que pudieran tener lugar en el seno de la familia. Entendemos que dentro del contrato matrimonial, la regulación de esta sociedad constituye el nucleo del estatuto familiar[13].

2. La asociación posibilita la óptima explotación del patrimonio familiar y la atención de las necesidades de sus miembros.

323. **La asociación va precedida de la designación: el "heredero en vida".-** Entendemos puede darse un paso mas, la sociedad entre instituyentes e hijos donatarios o sucesores es el "corpus" visible de la institución de la que los textos forales

---

[13]Un modelo común sería el siguiente AREITIO, 7 Febrero 1832, (44): "Por cuanto está resuelto a vivir en una unión y compañía con el recordado hijo y su futura consorte, manteniéndose en una mesa, gobernando en sociedad los pertenecidos de la enunciada casería, y ocurriendo con sus productos a dichos gastos de manutención y demás que se ofrezcan en sanidad y enfermedad partiendo por mitad el superavit que resultase, no se hará al pronto partición alguna de los expresados ganado, ramienta y efectos muebles sino que harán uso común de todos ellos, poniendo el donante el trigo y maiz necesarios para su manutención, y de dicho su hijo, y su futura esposa de lo que conserba de ambas especies de las últimas cosechas hasta tanto que se beneficien las pendientes, conservando para si lo que sobrase de aquellas; pero en el evento inesperado de que no pudiesen congeniarse a vivir en dicha unión proiectada, se procederá a la separación, partiendo por mitad, e iguales partes el ganado, ramientas de labranza, carpinteria y cantería , efectos muebles de casa, y todos los frutos de trigo, maiz, y demás especies, pajas, y fierros que a la sazón existieren en dicha casería y pertenecidos, sin incluir en el reparto los vestidos respectivos, ni los bienes que ha de introducir al matrimonio la prevenida ...(novia), que se separarán con absoluta independiencia de la sociedad, teniendo en tal caso la facultad el donante de elegir la habitación que guste para si en la prenotada casería en uso de la reserba que lleba hecha en la primera condición inserta, que desde luego surtirá los efectos que comprende desde el momento en que se verifique la separación, puesto que sin perjuicio se ha adoptado la expresada unión; y desde ahora para cuando se verifique el fallecimiento del donante instituie a dicho su hijo único ...por heredero universal de todos sus bienes, y de los corrrespondientes a su difunta muger, reservando hacer algunas mandas piadosas".

dan noticia, el que ha sido instituido "heredero en vida", es decir de la disposición en vida de los bienes de la herencia de común acuerdo con el sucesor. La publicidad que entraña frente a terceros, el hecho de cohabitar en la casa y trabajar en sociedad con los padres, en la práctica, haría superflua la inscripción de la transmisión donacional en el Oficio de Hipotecas. No nos cabe la menor duda, que el matrimonio de los hijos seguido de la asociación de los casados con sus padres, era un signo socialmente inequívoco de que el patrimonio familiar ya tenía sucesor.

La cuarta institución, a nuestro entender, es la disposición en vida de la herencia, en terminología foral es la designación de "heredero en vida"[14]. Esta designación va acompañada de la aportación dotal que realizan los padres del otro contrayente[15]. A nuestro entender es importante el constatar la presencia de esta dote, en remuneración de la designación causada, expresamente así se indica en las escrituras [16]. Esta designación va acompañada de una serie de cargas que asume el donatario respecto a los restantes miembros de la familia. La institución de "heredero en vida" se instrumentaliza, frecuentemente, mediante "la sociedad y hermandad entre instituyentes e instituidos"; la regulación de esta sociedad constituye, en estos casos, el vehículo jurídico a través del cuál se normativiza la institución de sucesor en vida.

324. **La asociación pactada. Familia foral, familia troncal.-** No tenemos una idea precisa de lo que era la familia troncal[17], su concepto responde a un

[14]Dice VICARIO, ob. cit., 63: "es testamento conjunto de marido y mujer porque a tal equivale la donación y demás disposiciones contenidos en esos contratos en favor de sus hijos o descendientes". No encuentra este autor una categoría jurídica específica, sin embargo aprecia nítidamente dos caracteristicas: su irrevocabilidad y su carácter sucesoria y constata su semejanza con la institución foral del testamento conjunto.

[15]Nos remitimos a lo expuesto en el nº 294 que trata de la dote y las finalidades a las que atiende

[16]GONDRA, 1 Abril 1824, (367) Dinero metálico en dote: "En remuneración a la donación", con entrega aplazada y garantizada. sin más plazo, excusa ni dilación pena de ejecución décima y costas de lo contrario"; GONDRA, 2 Marzo1824, (368) dote a favor del novio "en remuneración de la donación causada".en dinero metálico y no en otra especie, siendo beneficiario en los dos tercios el donantes y respecto al resto los contrayentes. La entrega se hace en plazos, quedando garantizada mediante fiadores; GONDRA, 15 Febrero 1825, (373) dote del novio: "en remuneración de la donación causada", siendo beneficiarios los donantes, en dinero metálico y no en otra especie con pago aplazado. y garantizado el pago de ejecución y costas, a cuyo fin hizo y causó la obligación que sea más solemne en fuero y Derecho; en idéntico sentido GONDRA, 12 Octubre 1825, (376).

[17]Según DELGADO ECHEVERRIA, (*Jornadas Internacionales sobre instituciones civiles vascas*, Bilbao, 1991, 44), han confluido en la doctrina vizcaína del último siglo dos realidades en si independientes y distintas en la configuración de la troncalidad: la sucesión troncal regulada en el Fuero y el concepto de familia souche.

valioso examen, pero hecho por sociólogos o antropólogos[18], -a lo menos el que ha alcanzado mayor difusión-, y ciertamente no se ha examinado con suficiente profundidad, si esta estructuración de tres generaciones en una sola familia, tenía un contenido jurídico y concretamente cuál era éste.

No es sinónimo familia foral familia troncal, como acreditaremos al examinar quiénes son los miembros de la comunidad familiar pactada. Por otra parte, las reglas que regulan las relaciones entre los miembros de esta familia no han de ser necesariamente las de la troncalidad .

La familia foral era una institución que necesariamente no ha de tener basamento en la troncalidad, el soporte jurídico en el que se asienta esta familia compuesta responde a una finalidad sucesoria articulada mediante una institución societaria universal de ganancias.

No suframos espejismos que minimizan nuestras instituciones, vayamos al encuentro de la constatación de la realidad y de su regulación, tarea perfectamente asequible mediante el análisis de los documentos de aplicación del derecho y en este caso, nos encontremos con una familia compuesta, comprendiendo frecuentemente tres generaciones en la que, en la medida que cabe tratándose de una relación familiar, la situación y los derechos y deberes de cada uno de los miembros que la componen se encuentra sufientemente estructurado desde un punto de vista jurídico.

III. *Constitución de la comunidad o sociedad.*

325. **La constitución de la asociación como pacto usual en Vizcaya y la trascendencia de su mantenimiento.-** El empleo de esta cláusula está generalizada, tanto entre las distintas Escribanías de la Merindad de Durango, como en la muestra escrituraria tomada de las Escribanías de la Merindad de Zornoza, Uribe, o del

[18]Según DELGADO ECHEVERRIA (ob. cit., 48), son sociólogos y antropólogos quienes describen lo que es la familia troncal como estructura familiar asociada a la institución de la casa . En nota 7 cita a DOUGLASS W., "Echalar and Murelaga. Opportunity and Rural Exodus in Two Spanish Basque Villages", Nueva York 1975, 33, para quien "la troncalidad está íntimamente relacionada con la aplicación del sistema de la herencia, puesto que es el heredero de cada generación el que se queda a vivir con sus progenitores junto con su cónyuge y sus hijos, quienes, a su vez, serán nuevos eslabones de la cadena sucesoria" En nota 6 COMAS D´ARGEMIR, Dolors, y PUJADAS, J.,"Aladaradas y guellas. Trabajo, sociedad y cultura en el Pirineo aragones": Cuadernos de Antropología Anthropos, 1981, 38; BARRERA GONZALEZ, A. *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural* , Madrid, 1990, 19, 21ss.

término de la villa de Bilbao. Era empleada, tanto en las disposiciones de vecinos de Anteiglesia, como en vecinos de villa[19].

A la frecuencia de esta cláusula hay que añadir que su redacción en las escrituras examinadas es muy detallada, lo que nos ha permitido una reconstrucción del contenido global de la cláusula y de sus variantes.

El valor que conceden los otorgantes al mantenimiento de la comunidad, en 54 escrituras sobre un total de 165 (41%) escrituras que contienen la comunidad de vida y trabajo determina la eficacia de la disposición de bienes o de la institución de heredero. En las restantes escrituras examinadas, la disolución de la comunidad de vida, atendiendo a sus diversas causas, da origen a la modificación de los efectos de la designación causada[20], a la extinción o por último a la consolidación de los mismos, como se acreditará más adelante.

326. **Modalidades de la comunidad o sociedad.-** Esta comunidad o sociedad, tal y como la denominan[21] se crea entre donantes y donatarios presenta las siguientes modalidades:

1º Atendiendo a su contenido: en 143 escrituras se trata de una sociedad de vida y trabajo, en 19 escrituras se trata de una comunidad de vida y en 11 escrituras es de trabajo.

2º Atendiendo a su duración: Puede estar sujeta a término o ser de duración indefinida, en principio hasta la muerte de ambos donantes, que es lo común.

3º Atendiendo a la condición de los disponentes de los bienes: pueden ser contituida por el padre propietarios o inquilino.

4º Atendiendo al carácter vinculatorio de la comunidad: puede ser obligatoria o excepcionalmente facultativa para los instituyentes[22].

---

[19]Son 35 las escrituras en las que los otorgantes son vecinos de villa, 20 pertenecientes a la villa de Elorrio, 7 a diferentes villas de la provincica de Guipuzcoa y las restantes a villas de Vizcaya.

[20]Del total de escrituras en las que se recoge la comunidad de vida en 24, se condiciona la designación de heredero y en 28 se condiciona la designación y de presente se hace donación de bienes concretos.

[21]MEABE, 19 Junio 1826, (332) y MEABE, 30 Septiembre 1826, (333): "formando entre ambas familias sociedad y trabajando todos en las tareas que en ellas se ofrecen como buenos labradores".

[22]GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310): "si por vejez o voluntad quisiseren someterse a la mesa, compañía y alimento, hayan de ser obligados estos a recibir a aquellos manteniendolos a su mesa, vistiéndolos, calzándolos y cuidándolos, en sanidad y enfermedad como a padres".

Las distintas modalidades, se corresponden con distintos prismas de visión de una realidad única, -la comunidad de vida-, lo que determina que uno, no sea excluyente del otro y por otra parte, que la conjunción de varios prismas presente correspondencia con un modelo o fórmula de disposición.

En 143 escrituras se pacta la comunidad de vida y trabajo, y su duración es indefinida.

327. **La comunidad de vida y trabajo. Características.-** Se constituye la comunidad de vida de común acuerdo entre los interesados al otorgamiento de la escritura [23], y adopta la forma jurídica societaria personalista.

En ocasiones se expresa las razones que han llevado a las familias a constituirla, así como a establecer un régimen concreto para la misma. Las fórmulas más usuales son las siguientes:

> "cuya donación hacen a calidad de que han de pasar a vivir a la parte que han de ocupar en la enunciada casería ....con los referidos su futuro yerno e hija, trabajando todos en común, comiendo en una misma mesa, partirán a medias lo que sobre, y si algo faltase pondrán del mismo modo mientras viva el denotado padre,.."[24].

> "Los padres donantes y los contrayentes digeron, que estaban conformes, y combenidos, en que hubieren de vibir juntos en una mesa y compañía gozando y usufructuando la expresada casería ...trabajando todos a beneficio de ella y manteniéndose y dando cumplimiento a sus obligaciones con su producto, y ganancias...." [25].

> "Que los referidos ...padres se hallan convenidos con los interesados y sus hijos ....novios, en que hayan de vivir juntos con estos, a un pan y mesa ayudándose unos a otros, así en sanidad como en enfermedad " [26].

> "y por cuanto está resuelto a vivir en una unión y compañía con su recordado hijo y su futura consorte, manteniéndose en una mesa, gobernando en sociedad los pertenecidos de la enunciada casería, y ocurriendo con sus productos a los gastos de manutención y demás que se ofrezcan en sanidad y enfermedad, partiendo por mitad el superavit que

---

[23]MEABE, 19 Junio 1826, (332): " todos los interesados comparecientes al otorgamiento de esta escritura establecen por condición expresa de una conformidad, que los referidos contrayentes hayan de vivir desde este día en esta casería, en la misma mesa, y compañía de los referidos padres, formando entre ambas familias una sociedad y trabajando todos en las tareas que en ellas se ofrezcan como buenos labradores".

[24]ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212).

[25]ERCILLA, 15 Febrero 1823, (255) contiene una designación de sucesora, pactándose la comunidad con los donantes.

[26]ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118) contiene la designación de sucesor en bienes vinculados.

resultase, no se hará al pronto partición alguna de los expresados ganado, ramienta y efectos muebles sino que se harán uno común de todos ellos..."[27].

"La insinuada dice que vive de inquilina en esta casa de Traña en unión de su hijo y nuera, manejando en compañía de ellos la labranza, manteniéndose en una mesa y compañía y disfrutando a iguales partes los productos que resultan del arriendo despues de pagada la renta; y ahora de acuerdo y conformidad con el citado hijo y con el objeto de que de que la recordada M. . Josefa su hija y futuro consorte puedan adelantar algun numerario, o al menos quedarles libre la renta de dicho caserío de Yurretaburu para atender al gravamen que tiene contra si, promete recivir y tener en su compañía y mantenerles en su mesa a dicha M. Josefa su(hija menor que va a contraer matrimonio)y futuro esposo desde la efectuación del matrimonio hasta primero de Noviembre del año próximo venidero de mil ochocientos veintinuebe, a calidad de que ambos acompañarán en las labores del arriendo sin exigir mas retribución de su trabajo que la manutención, ni tengan que corresponder a la renta ni otras atenciones de casa, bajo del bien entendido que aun cuando por algun caso inesperado hiciese el exponente la separación del arriendo con dicho su hijo, les mantendrá en la mitad que la correspoda en los términos referidos hasta la época señalada"[28].

En la escribanía de Areitio es usual que se acuerde la comunidad de vida en escrituras que, a su vez, contienen la reserva de usufructo en la mitad de los bienes [29]; en una primera apreciación puede parecer que una de estas claúsulas es excluyente de la otra, sin embargo no es así, la reserva tiene una función alternativa y viene a garantizar la posición en la que quedan los padres donantes en el supuesto de disolución de la comunidad, y tras producirse ésta y de forma adicional salvaguarda la posición en la que queda el cónyuge supérstite, circunstancia que podemos apreciar en esta cláusula:

"1º Que sin perjuicio de las reserbas que incluien la primera condición y del uso que podrán hacer de ellos cuando tengan por combeniente, los recordados tíos otorgantes y los contrayentes, han de vivir desde ahora en una unión y compañía en la denotada casería ....manejando en sociedad sus heredades, y pertenecidos desde su estado actual de labranza ".

"4º Que en el caso inesperado de que no pudiesen abenir y congeniarse en dicha sociedad se procederá a su disolución y consiguiente separación de familias, partiendo por mitad .....frutos....y ocupará la mitad reserbada, que con sus pertenecidos tendrán a elección, y la otra mitad ocuparán los contrayentes....[30].

La constitución de la comunidad o sociedad de vida y trabajo, de la que hemos transcrito algunas fórmulas presenta los siguientes caracteres:

---

[27]AREITIO, 7 Febrero 1832, (44).

[28]AREITIO, 12 Julio 1829, (12).

[29]AREITIO, 17 Septiembre 1829, (17); AREITIO, 5 Diciembre 1829, 521, (18); AREITIO,22 Enero 1831,(31); AREITIO, 7 Abril 1831, (36); AREITIO, 27 Febrero 1832, (44); AREITIO, 8 Junio 1832, (48).

[30]AREITIO, 22 Enero 1831, (31).

1. Nace de acuerdo entre el matrimonio de los otorgantes que disponentes de los bienes y los contrayentes, comúnmente entre padres e hijos.

2. La forma jurídica que adopta es la de una sociedad[31], es común se trate de una sociedad universal de ganancias[32]. Esta sociedad tiene por objeto la vida en común, formando una sola familia[33], de ordinario bajo el mismo techo, excepcionalmente, con independencia y separación de vivienda[34], tanto en salud como en enfermedad[35] y del mismo modo se asocian para el trabajo, contribuyendo a la explotación del patrimonio familiar donado, contribuyendo cada uno en la medida de sus fuerzas[36], disfrutando de los bienes en proindiviso[37] y trabajando todos en beneficio de la sociedad[38], manteniéndose y dando cumplimiento a las obligaciones con su ganancia[39], y atendidas las deudas en la misma medida y asignando a medias la ganancia sobrante[40].

3. Fijar un régimen jurídico que regule, a partir del otorgamiento de la escritura hasta el momento de la muerte de ambos donantes, la situación en la que quedan los bienes dispuestos y la atención a las obligaciones asumidas por el instituido.

---

[31]MEABE, 19 Junio 1826, (332); MEABE, 30 Septiembre 1826, (333): "formandos entre ambas familias sociedad y trabajando todos en las tareas que en ellas se ofrecen como buenos labradores"; LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88).

[32]Así la califica VICARIO, *Derecho consuetudinario*, 35.

[33]LANDABURU, 26 Enero 1832, (91), LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95): "viviendo en Sociedad a un pan y mesa".

[34]ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212): Con viviendas independientes y con una comunidad de trabajo con los padres donantes; LANDABURU, 24 Abril 1823, (63): comunidad vida y trabajo, viviendo en la misma con separación y acomodándose según permita la habitación.

[35]ZUAZUA, 17 Mayo, (108): así en sanidad, como en enfermedad; BARRENENCHEA, 18 Septiembre1826, (245): "durante sus largos días en sanidad y enfermedad, trabajando lo que bueneamente pudiere"; GANGUTIA 23 Julio 1826, (297) ayudándose en sus enfermedades; GANGUTIA, 23 Enero 1830, (304): Ayudándose recíprocamente, así en sanidad como en su enfermedad.

[36]GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306); GANGUTIA, 9 Agosto 1831, (316): "trabajando todos indistintamente lo que cada uno buenamente pueda".

[37]LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88): pariticiparán por mitades, con aprovechamiento proindiviso de los bienes. Formando una misma sociedad en el uso y aprovechamiento de sus bienes y efectos, y lo propio en todo lo relativo a lavores; LANDABURU, 2 Diciembre 1831, (89):comunidad de vida y trabajo disfrutando de los bienes de forma proindivisa :"auxiliandose mutuamente en su labores, y cumpliendo e igual conformidad con sus obligaciones, no se ha de hacer división, no ha de ser obligada la donante a entregar la mitad reservada".

[38]ERCILLA, 23 Febrero 1825, (259): "a una mesa y compañía, sanos y enfermos, trabajando indistintamente lo que cada uno buenamente pueda a beneficio de los cuatro".

[39]ERCILLA, 15 Febrero 1823, (255): trabajando en beneficio casería y manteniéndose y dando cumplimiento a sus obligaciones con sus productos y ganancias".

[40]ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153): "...se pagará de la masa la renta de dicha casería de Sotocoa y partirán a medias los frutos que sobren".

4. Trata de atender las necesidades de ambas familias.

5. Trata de propiciar la óptima explotación del bien, mediante aportaciones en dinero y trabajo.

328. **La constitución de la comunidad de vida: supuestos en que tiene lugar.-** En algunas escrituras la asociación se limita a la vida en común. Este tipo de asociación responde, a circunstancias y necesidades específicas. Se consigna del siguiente modo:

> "que está combenido con su hijo y futura nuera, en que han de vivir juntos, le han de cuidar, alimentar y vestir según corresponde a sus circunstancias, y costear los funerales cuando muera, haciendo se celebren de la clase conducente y al efecto trabajará para ellos lo que buenamente pueda..."[41].
>
> "que han de mantener a la otorgante dicho su hijo en su compañía y con la decencia afecto y atención que se debe mientras viva. ..."[42].
>
> "Todos los interesados concurrentes a esta escritura ponen por pacto expreso e inviolable, que los referidos contrayentes hayan de vivir desde este día en adelante en esta expresada casería en compañía de su citada suegra, y madre respective, manteniéndo a esta aquellos en su misma mesa, vestirla y calzarla tanto en sana salud, como en enfermedades a expensas de los mismos consortes"[43].
>
> "dicen, que en conformidad del convenio total celebrado entre todos los interesados concurrentes a esta escritura, se obligan a tener, y mantener en su misma compañía y mesa a expensas de los padres relatantes al recordado hijo y futura esposa por espacio de un año contado desde la celebración de dicho matrimonio estando todos en sana salud, pero si por qualquiera de los dos, o estos se hallasen enefermos, o la contrayente de parto durante el expresado tiempo, hayan de mantenerse esta, y el recordado hijo a su costa hasta su completo restablecimiento, satisfaciendo tambien ellos de sus propios fondos los medicamentos y asistencias de facultativos que fuesen necesarios "[44].
>
> "Es condición pactada que el donante ha de permanecer en la casa en que habita interin los días de su vida, sin que sea molestado por esta preferencia por donatario ni pretender cosa alguna por ello"[45].

[41]ASTIAZARAN, 15 Junio 1833, (226).

[42]LANDABURU, 30 Octubre 1830, (83).

[43]MEABE, 19 Mayo 1827, (344).

[44]MEABE, 18 Agosto1827, (347).

[45]VERGARA, 17 Septiembre 1825, (402).

> "que su hijo y esposa pasen a habitar en su compañía, la tratarán cual corresponde, cuidándola en su indisposición, haciendose cargo del entierro y novenario de San Gregorio"[46].

La comunidad de vida responde a unas necesidades específicas:

1. Se trata de padres donantes de edad avanzada, con alguna frecuencia, viudos. Los padres donantes al disponer de su patrimonio quieren que queden garantizados sus alimentos y exequias fúnebres, estableciéndose que los gastos de comunidad corran a cargo de los hijos donatarios[47] y del mismo modo las ganancias[48]. La duración de esta comunidad perdura en tanto vivan los padres donantes[49].

2. En otras escrituras esta comunidad de vida se constituye en beneficio de los contrayentes, siendo los padres donantes los que acogen a estos en su compañía y quienes asumen los resultados de la comunidad y asumen todos los gastos[50], es frecuente que esta comunidad se establezca con una duración sujeta a término[51].

[46]ARTAZA, 30 Septiembre 1827, (455); En idéntico sentido BARRENECHEA, 12 Noviembre 1826, (246).

[47]LANDABURU, 26 Noviembre 1828, (75): los padres quedan a expensas del donatario; LANDABURU, 30 Octubre 1830, (83): la sociedad quedará a cargo del donatario; LANDABURU, 5 Enero 1832, (90): se hará cargo del donante "Con el amor, respeto y cariño que corresponde y exigen las obligaciones de un hijo respecto a su madre; ASTIAZARAN, 6 Junio 1829, (191): "recibiendo en su compañía a la madre instituyente"; ASTIAZARAN, 15 Junio 1833, (226): siendo alimentados por los donatarios, los gastos extraordinarios de enfermedad, se pagarán con la cantidad de dinero reservada por los padres; MEABE, 19 Mayo 1827, (344): "Todos los usufructos y aprovechamientos de la casería y pertenecidos serían para los contrayentes, pagando estos mismos las rentas anuales"; ASTIAZARAN, 17 Mayo 1823, (131); VERGARA, 17 Septiembre 1825, (402): "es condición pactada que el donante ha de permanecer en la casa en que habita ínterin los días de su vida, sin que sea molestado por esta preferencia por donatario ni pretender cosa alguna por ello"; ARTAZA, 30 Septiembre 1827, (455): con la madre donante.

[48]BARRENECHEA, 3 Marzo 1827, (250): el gobierno de la comunidad y las ganancias serán para los instituidos.

[49]LANDABURU, 30 Octubre 1830, (83).

[50]LANDABURU, 3 Marzo 1832, (92); ASTIAZARAN, 15 Enero 1827, (156): en estas escrituras se constituye una comunidad de vida sujeta a término quedando los donantes obligados a alimentar a los contrayentes.

[51]LANDABURU, 3 Marzo 1832, (92); ASTIAZARAN, 15 Enero 1827, (156); MEABE, 18 Agosto 1827, (347): constituye comunidad de vida a expensas de los padres, quienes asumen los alimentos de los contrayentes en estado de salud, siendo comunidad sujeta a término; ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (205); MEABE, 18 Agosto 1827, (347).

329. **La comunidad de trabajo y sus características.-** La constitución de una comunidad de trabajo se lleva a cabo de este modo:

> "Todos los otorgantes dicen, que están conformes, en que han de manejar en sociedad así la casería y pertenecidos de Sotocoa, que tienen en arriendo dicha madre y su hijo contrayente, como la de Garay Echevarría y los suyos en la que viven los padres y la contrayente, se pagará de la masa la renta de dicha casería de Sotocoa y partirán a medias los frutos que sobren"[52].
>
> "Que están conformes con dicho hijo en que han de manejar juntos la labranza y partir lo que sobrase después de pagadas los diezmos, primicias y renta"[53].
>
> "...que están conformes con su hijo y futura nuera en que han de trabajar en común en la labranza que manejan aprovechándose en masa de los navos sembrados y tambien de los trigos que se siembren poniendo la semilla los donantes, y trabajando en común así en su sembrio como en las demas labores: en que se han de aprovechar tambien en común de la castaña, y de los granos que sobren pagada la renta"[54].

En la sociedad exclusivamente de trabajo el grado de vinculación de padres e hijos es mínima, contiene disposiciones de bienes concretos de los padres a favor de los contrayentes y no se trata en ningún caso de contratos matrimoniales en los que existe una donación universal o una designación de sucesor. Con frecuencia se trata de otorgantes que viven en régimen de inquilinato[55]. La participación en las ganancias es a medias.

En ocasiones se constituye entre tres matrimonios, es decir el de los contrayentes y los de sus respectivos padres[56]. La constatación de que uno de los socios sólo pone el trabajo, mientras que el otro pone el terreno y en ocasiones la semilla, acerca esta sociedad, en lo que respecta a su funcionamiento, al régimen de aparcería o de arrendamiento a media ganancia[57].

330. **Miembros que constituyen la comunidad.-** Es una sociedad de matrimonios. Se es miembro de la comunidad por matrimonios y no por cabezas[58],

---

[52]ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153).

[53]ASTIAZARAN, 1 Diciembre 1827, (171).

[54]ASTIAZARAN, 4 Septiembre 1830, (203).

[55]ASTIAZARAN, 1 Diciembre 1827, (171); ASTIAZARAN, 4 Septiembre 1830, (203); ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153).

[56]ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153).

[57]FN. 24, 3.

[58]Según VICARIO ("Observaciones al Proyecto ..", ob. cit., 62), "llegado el momento de disolverse la familia compuesta, el reparto de los bienes y derechos o de sus cargas y obligaciones se lleva a cabo por matrimonios aunque no vivan ambos cónyuges", en este sentido: ZUAZUA, 23 Febrero 1832,

circunstancia que se desprende tanto por el tenor de la cláusulas de la constitución[59], al establecerse la legitimación para solicitar la disolución de la comunidad[60], al fijarse las consecuencias jurídicas que de la disolución se derivan (supuesto en el que los bienes se partirán por mitades [61]) como al asignarse al cónyuge supérstite íntegramente el usufructo de la mitad de los bienes con caráter vitalicio[62]. No ocurre así en la sociedad familiar Asturiana en la que no es sociedad de matrimonios sino de personas[63].

La sociedad se compone generalmente de dos matrimonios, siendo lo común que sean el matrimonio de los padres donantes y el de los hijos contrayentes, si bien cabe su constitución no con el padre donante sino con los padres del otro cónyuge, con los suegros [64]. Estos son los miembros natos que aparecen, prácticamente, en la totalidad de las escrituras.

---

(118); GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306): en esta escritura se acuerda que caso de muerte de uno de los donantes conservará un tercio de los bienes con carácter vitalicio el cónyuge supérstite y los dos tercios los donatarios.

[59]LANDABURU, 25 Enero 1823, (62): "Establecen por convención mutua de las partes que los futuros contrayentes desde el día que se verifique su desposorio hayan de vivir en la casa y compañía de los referidos (padres) en su hacienda de ....radicante en..., governando dicha mitad de hacienda, haciendo sus labores, recibiendo sus productos, y manteniéndose a un pan y mesa, en una sociedad, por manera que sea común en padres e hijos todo lo que resulte de su trabajo en la labranza y demas labores de que es suceptible, tanto en sus existencias, como en lo que rindan y obligaciones que graviten sobre la misma sociedad".

[60] ERCILLA, 9 Abril 1825, (266): "a petición de cualquiera de las dos partes; LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95), LANDABURU, 13 Enero 1823, (60): "sino pudieran advenir en la sociedad adoptada por cualquier causa que sobrevenga, tendrán acción y derecho ambas partes y cualquiera de ellos para separarse"; BARRENECHEA,17 Septiembre 1826, (244): "y en el caso no esperado sino pudiesen vibir juntos en una casa mesa y compañía qualesquiera de ellos tendrán facultado de separase.

[61]BARRENECHEA,17 Septiembre 1826, (244): "...y acontecido así harán el reparto a medias e iguales partes".

[62]ASTIAZARAN, 17 Abril 1827, (163): usufructo de la mitad vitalicio a favor del abuelo, la otra mitad gozarán a partes iguales el donante y donatario y después a medias. Reserva de usufructo montes a favor abuelo y donante; GONDRA, 27 Abril 1825, (374)Para sí un cuarto de usufructo, interin los días del abuelo del casante, mediante a que tiene reservado este la mitad del citado usufrucxto; ARTAZA, 30 Septiembre 1827, (455) a medias una vez que haya fallecido el abuelo.

[63]TUERO BERTRAND, *Instituciones tradicionales en Asturias*, Gijón, 1976, 128.

[64]ASTIAZARAN, 20 Junio 1833, (227): comunidad de vida y trabajo con los padres de la novia, trabajando cada uno lo que buenamente pueda, si los padres se imposibilitan para trabajar les hayan de mantener y cuidar sus hijos; ASTIAZARAN, 23 Agosto 1823,(134); MEABE, 30 Noviembre 1826, (335); MEABE, 19 Marzo 1826,(341); MEABE, 7 Septiembre 1827, (348); GONDRA, 2 Marzo 1824, (368).

Excepcionalmente se constituye con otros miembros de la familia, con los hermanos[65]. También existen escrituras en las que los tíos del contrayente, al carecer de descendencia, donan a éste su patrimonio y se asocian a él[66].

Excepcionalmente constituyen sociedad los tres matrimonios, el de los contrayentes y sus respectivos padres, se trata de una sociedad de trabajo[67], el hecho de que formen una única comunidad tratándose de matrimonios que no pertenecen a la misma familia no es frecuente.

Entre tres matrimonios constituyen figuras afines a la sociedad, las tres familias trabajan y se benefician de los bienes donados a través de este tipo de fórmula: constituyen una sociedad entre el contrayente designado sucesor y los suegros, en la parte que le corresponde en el goce[68], el padre donante mantiene con carácter vitalicio el

---

[65]VERGARA, 24 Enero 1825, (398): comunidad de vida con el padre donante y el hermano a quien deberán ceder terreno y alojamiento por un plazo; MEABE,19 Mayo 1827, (344): comunidad vida en la casa habitación titulada ferrería de Muncharaz en compañia de su hermano arrendatario.

[66]AREITIO, 22 Enero 1831, (31): constituyen la comunidad con los tíos, quienes designan sucesor tronquero al sobrino "en virtud de Escritura Matrimonial de 9 Enero 1793, en la que se estableció pacto que a falta de sucesión legítima recayese el goce, y troncalidad de la insinuada mitad de casería y pertenecidos en su hermano, en falta deeéste y sus subcesores en la mencionada hermana quien da su conformidad para la elección en este acto de su hijo".

GANGUTIA, 16 Julio 1832, (321): comunidad de vida y trabajo con el tío donante en casa molino que tiene en arriendo; MEABE, 11 Julio 1829, (357): no aparece en ninguna de las escrituras examinadas, el " tión" del que se da noticia en las Capitulaciones Aragonesas, como refiere PALA, A.D.A. T. 10, año1959-60.

[67] ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153): "Todos los otorgantes dicen, que están conformes en que han de manejar en sociedad así la casería y pertenencidos de Sotocoa, que tienen en arriendo dicha.Maria Dominga .....y su hijo contrayente, como la de Garay echevarría y los suyos, viviendo éstos y la Maria Dominga ...en dicha casería de Sotocoa y la Rosalía y su marido en la de Garay echevarría, se pagará de la masa la renta de dicha casería Sotocoa y partirán a medias los frutos que sobren...".

[68]ASTIAZARAN, 23 Agosto 1823, (134): contiene designación de sucesor tronquero en vínculo y aportación dotal por la otra parte. Se constituye comunidad de vida y trabajo a término con el sucesor y cumplido el término dividen el usufructo a medias. La madre dotante constituye comunidad de trabajo con los contrayentes en la mitad que les corresponde de modo que "con las ventas de los frutos en la mitad de la casería y en el plazo de 4 años ahorren lo suficiente para el pago de la dote".

GONDRA, 4 Noviembre 1824, (370): el padre donante manifiesta que los réditos que existen sobre la casería donada "reserbaba y reserbó, todo el usufructo de dicha media casa donada y pertenecidos, los que después del fallecimiento de su suegra gozarán y usufructuarán a medias e iguales partes la donante y donatarios, y después de la defunción de la donante serán intervención alguna para los futuros casantes, quienes han de ser obligados a costear el entierro, honras....". (Los padres por parte de la novia disponen que): "dotan y donaban a la dicha .....su hija para el matrimonio que tiene tratado contraer con el citado .....y Asi mismo es condición de que los futuros casantes bibirán juntos en una mesa y compañía de dichos padres dotantes trabajando y haciendo las labores entre todos y el exceso o lo que sobrare en trigos y maizes después de su manutención será a medias; y lo mismo las ganancias de los bueyes, bacas y obejas que tienen los dotantes descontando para esta el dinero o valor principal de ellos; y al tiempo que se

usufructo en la mitad que se ha reservado, sin perjuicio que a su muerte revierta esta mitad a la comunidad[69]. Se establece una fórmula de colaboración entre la sociedad y el padre instituyente para las grandes tareas de la labranza.

Existe un disfrute compartido de los bienes entre tres generaciones de una misma familia: abuelos, hijos y nietos,b constituyéndose comunidad entre la segunda y tercera generación[70]. Se trata de supuestos de hecho semejantes al expuesto en el párrafo anterior, la comunidad se crea sobre la mitad de los bienes y a la muerte del abuelo reservatario en la otra mitad (derivada de una designación anterior) se integra ésta en el todo .

En otros casos, sin que se constituya una comunidad, se establece un usufructo compartido entre las tres generaciones de la familia[71].

Asímismo, figuran como miembros constituyentes de la comunidad los suegros de las primeras nuptias de la contrayente, quienes actúan como otorgantes y careciendo de descendencia y ascendencia disponen de sus bienes a favor de la nuera, con la condición de vivir en sociedad con los contrayentes[72].

---

separasen y apartasen los futuros casantes de la unión de los enunciados dotantes les entregarán estos a aquellos cien ducados y a mas el tren de cocina según costumbre entre personas de su clase ".

[69]ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212): comunidad vida y trabajo con hijos a los que acomodan en la mitad que se le asignó como sucesor, reservándose la otra el padre donante: "cuya donación hacen a calidad de que han de pasar a vivir a la parte que han de ocupar en la enunciada casería de Leanizbeascoa con los referidos ....su futuro hierno e hija, trabajando todos en común; comerán en una mism a mesa, partirán a medias lo que sobre, y si algo faltase pondrán del mismo modo mientras viva el denotado Asensio padre del donante y despues de su muerte, se manejarán en común el todo de la casería ..".

[70]ARTAZA, 30 Septiembre 1827, (455): constituyen comunidad de vida con la madre donante, un tercio del usufructo a favor abuelos y un tercio a favor padres donantes, a la muerte del abuelo reserva usufructo de la mitad; ASTIAZARAN, 8 Abril 1826,(153) trabajo entre tres familias madre y contrayentes en casería en arriendo e instituyentes en casería vinculada.

[71]ASTIAZARAN, 17 Abril 1827,(163): usufructo de mitad vitalicio a favor del abuelo, la otra mitad gozarán a partes iguales el donante y el donatario y después a medias; GONDRA, 27 Abril 1825, (374): para sí reservará un cuarto de usufructo, ínterin los días del abuelo del casante, mediante a que tiene reservado este la mitad del citado usufructo; a medias una vez que haya fallecido el abuelo.

[72]BARRENECHEA, 17 Septiembre 1826, (244): "le prometen donan y mandan a la expresada su nuera para si misma e hijos que tubiese en su segundo matrimonio contraido con el .....y su legítima representación, con expresa condición de que hubiesen de vivir según al presente juntos en dicha casa mesa y compañía u en otra que arrendasen, trabajando lo que buenamente pudiesen, y haciendo el gasto de manutención y demas necesario y pagando las rentas de la que habitan, u otra que les precisasen arrendar las ganancias o pérdidas que tubiesen tendrían mancomunadamente".

Se constituye la comunidad con el acogido, a quien los padres le acomodan para su futuro matrimonio en la mitad que cuando instituyeron sucesor[73] se reservaron en usufructo.

331. **Familiares que se incorporan a la comunidad.-** Una vez constituida la sociedad, en algunas escrituras se pacta el que entren en la comunidad los hermanos solteros del contrayente[74], acordándose permanezcan en la casa hasta el momento de su acomodo, trabajando en beneficio de los que la gobiernan[75]; o el hijo habido en las primeras nupcias del padre otorgante[76]una de las cargas que con frecuencia se establecen al sucesor consiste en que conceda derecho de habitación y dé alimentos al hermano soltero hasta su acomodo en matrimonio o religión, y en contrapartida a éste se le impone el que trabaje en provecho de la casa, reduciéndose a estos términos su participación en la comunidad.

Según refiere Vicario, es costumbre enraizada el reconocer a los hermanos del sucesor un derecho de habitación y alimentos, si por infortunios o enfermedad se encontraren en necesidad[77].

332. **La comunidad constituida por los padres arrendatarios con sus hijos.-** Atendiendo a la calidad de los otorgantes, es destacable la circunstancia de que en 42 escrituras la asociación se constituye entre donantes que tienen la condición de

---

[73]ASTIAZARAN, 20 Junio 1827, (164).

[74]BARRENECHEA, 30 Enero 1827, (249); VERGARA, 24 Enero 1825, (398): comunidad de vida con padre donante y hermano a quien deberán ceder terreno y alojamiento por un plazo; ASTIAZARAN, 4 Febrero 1832, (211): entrarán las hermanas solteras en la comunidad; MEABE, 12 Marzo 1827, (340); AREITIO, 8 Junio 1832, (47); GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308): hermanas con carácter temporal, hasta el momento de su acomodo; MEABE, 12 Marzo 1827, (340); AREITIO, .8 Junio 1832, (47); ASTIAZARAN, 23 Agosto 1823, (134).

[75]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95): los gastos de los alimentosde los hermanos hasta que concluyan el aprendizaje oficio y enfermedad y hasta convalecencia, en caso de enfermedad correrán a cargo de la casa; GANGUTIA, 2 Enero 1831, (312): comunidad de vida y trabajo con la hermana de la novia, " teniendo el respeto debido los jóvenes a los mayores como si fueran padres e hijos"; MEABE, 12 Marzo 1827, (340): comunidad de vida con el padre del novio y alimentos, así como los hermanos con carácter temporal.

[76]BARRENECHEA, 3 Junio 1823, (233): obligación de dar mesa y compañia al hijo del primer matrimonio hasta que se acomode. Pudiendo disponer del importe para manutención. Haciéndole desde ahora donación pura, mera , perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos, para el supuesto de que le premuriese antes de tomar estado el hijo. Presente el curador y enterado de los bienes reservados y donados al pupilo da su conformidad.

[77]VICARIO, "Obsevaciones al Proyecto de 1900", ob. cit., 62.

inquilinos de la casería y que forman sociedad con sus hijos contrayentes, sociedad que en todo punto es semejante a la que constituyen los propietarios respecto a los bienes troncales, como analizaremos mas adelante, dicen:

> "Que han de vivir dichos .y su futura esposa con los otorgantes donantes a un pan, mesa y compañía en la casería ....que ocupan y manejan en la clase de inquilinos, formando ambas familias una misma sociedad en el uso y aprovechamiento de sus bienes y efectos, y lo propio en todo lo relativo a labores de cultivo, obligaciones del arrendamiento, aprovechamiento de frutos, y demas que corresponda a su régimen y administración en todos los conceptos "[78].

333. **Miembros de la comunidad: caracteres que presentan.-** En suma, la familia compuesta que se constituye como fruto de esta asociación puede tener por miembros:

Extraños a la familia. Familiares unidos por el vínculo de consanguinidad en distintos grados o de afinidad, asimismo en diversos grados. Puede aglutinar en una sola familia a cuatro generaciones del mismo tronco, si bien lo frecuente, es que sean tres.

Atendiendo a la condición de los miembros puede estar constituida por propietarios tronqueros, por titulares de vínculo o bien simplemente por arrendatarios.

Esta familia compuesta en la que sus miembros estan unidos por vínculos de sangre, generalemnte, que viven bajo un mismo techo, que trabajan en común, es la familia foral. Sus miembros aparecen unidos por vínculos jurídicos. Su creación se debe a un pacto o acuerdo, consignado en escritura pública, en el contrato matrimonial de uno de sus miembros.

Esta familia no ha de ser necesariamente la familia troncal, ésta última sería, una especie de la primera.

334. **La titularidad de los bienes dispuestos en el contrato matrimonial en relación con el patrimonio de la comunidad.-** Antes de analizar cuales son los bienes concretos que constituyen el patrimonio social es necesario que tengamos presente, que la constitución de esta sociedad mediante pacto, se incorpora a la disposición efectuada a favor de los contrayentes, en consecuencia, la titularidad de

---

[78]LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88): condicionan la cesión del contrato de arrendamiento al hecho del mantenimiento de la comunidad de vida.

los bienes dispuestos será de quien corresponda, en virtud del título transmisorio empleado y del grado de eficacia pactado por los otorgantes[79].

Ahora bien, la comunidad es un pacto que acompaña a la disposición, la modaliza, y por ello incide en su eficacia, por el contrario, no transciende en lo que respecta a la validez y naturaleza del negocio transmisorio, circunstancia que nos permite diferenciar el título transmisorio y su objeto por una parte y por otra, los bienes que constituyen el patrimonio de la comunidad y titularidad que ostenta la comunidad respecto a los mismos.

Recordemos lo ya expuesto; a continuación de la disposición de los bienes, se deja constancia que ésta se sujeta a las siguientes reservas y condiciones y una de estas condiciones es el pacto de comunidad o sociedad de vida y trabajo. Será necesario, que a la vista de cada fórmula-tipo que con anterioridad hemos analizado, califiquemos, si la comunidad es una carga que se le impone al donatario o bien consiste en una condición, y en ese caso si se trata de una condición suspensiva o resolutoria, y en su función determinemos en que grado incide en la eficacia de la disposición causada, examen que llevaremos a cabo al tratar de los efectos de la disolución de la comunidad.

335. **El patrimonio de la comunidad.-** El patrimonio social en explotación está constituido básicamente por los bienes que han sido objeto de designación o donación, correspondiendo a la sociedad su uso y disfrute.

La tipología y caracteres que presenta este patrimonio social son las siguientes.

El patrimonio inicial de la sociedad está formado básicamente por el patrimonio donado a los contrayentes, sin embargo, en algunos casos no abarca todo el patrimonio, y en otros, no sólo está formado por éste, estas variaciones se deben a que en ocasiones se detraen bienes, mediante reservas constituidas a favor de los padres otorgantes, en tanto que, en otros casos se incorporan bienes a la sociedad, bien por aportación de la dote u otro tipo de aportaciones, en cuyo caso, examinaremos en virtud de qué título.

[79]Ponemos un ejemplo: si se trata de la designación de sucesor en bienes troncales con eficacia post-mortem, la titularidad la ostentan los padres donantes; por el contrario si se trata de la designación de sucesor con donación pura, perfecta, irrevocable e inter-vivos, acompañada de la cesión de acciones y entrega de la posesión, es evidente que la titularidad -nuda o plena en función de que exista o no constitución de reservas sobre dichos bienes- pasa al contrayente y en consecuencia estos son los únicos titulares dominicales de la misma.

336. **Los bienes vinculados como patrimonio en explotación y disfrute por parte de la comunidad.-** En doce escrituras constituyen el patrimonio en explotación y disfrute de la sociedad los bienes troncales vinculados, de los cuales nueve pertenecen a vínculos electivos[80] y tres a vínculo regulares[81]. La composición de algunos patrimonios vinculados no se limita al patrimonio agrícola sino que abarca el patrimonio industrial y financiero, propio de la época[82].

Quedan incorporados al patrimonio societario vinculado todas las mejoras y aumentos hechos en ellos[83].

Los bienes vinculados son el elemento patrimonial básico en la sociedad de padres e hijos. La carta fundacional configura su carácter de patrimonio autónomo y destinado y como su nombre indica "vinculado", determinando que no puedan ser objeto de enajenación o gravamen a favor de extraños por actos inter-vivos o mortis-causa[84]:

[80]ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118); ASTIZARAN, 23 Agosto 1823, (134); ASTIZARAN, 10 Enero 1826, (152); ASTIZARAN, 20 Julio 1820, (154); ASTIZARAN, 16-10-1830, (206); ASTIZARAN, 5 Marzo 1832, (212); GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311).

[81]ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120): comunidad en bienes vinculados de vínculo o Mayorazgo regular fundado el 21-3-1720, ante el escribano Antonio Ibañez por Nicola Orduya Galarraga que comprende: una Ferrería, dos molinos harinero, casa y casería, heredades de pan sembrar, castañales, montes en Ant. Izurza; LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78).

[82]ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118): comprende la comunidad bienes de "Vínculo y Mayorazgo o fideicomiso familiar electivo perpetuo, fundado por Pedro Ventura de Arauna, en testamento 11-3-1740, ante Icuza de Elorrio Comprensivo de Casa y Casería Solar Infanzona, manzanales y Castañales, robledales y parte Molino sito en Cofradía en San Adrián de Arguineta (Elorrio); GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309) casa y caseria solar Infanzona, porción molino, manzanales.sepultura. Patronato de Legos; GANGUTIA , 7 Abril 1827, (299): tendrán en comunidad terrenos comprados al Ayuntamiento a partir 2-9-1809, créditos contra Ayuntamiento por servicios prestados en la Guerra de la Independencia, cuatro censos documentados. Bienes Vinculados casa y casería solar Infanzona, herramienta. Créditos contra la villa de Elorrio procedentes de ganados y aparejos malogrados con motivo de la Guerra de la Independencia con Napoleón. Fuera del vínculo se declara propiedad: heredad, ferrería y heredad del molino llamada de San Agustin, castañal en terreno común y mejoras por obras en heredades y demás montes que constan en declaración pericial que se incorpora; GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311).

[83]ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (206): "con todas las mejoras, aumentos hechos en ellos, en consideración al matrimonio concertado con la nominada .desistiéndose de todo derecho y traspasando en favor del citado su hijo....y los adquiridos constante matrimonio, con todas las mejoras y aumentos hechos en ellas".

[84]ASTIAZARAN, 2 Mayo 1833,(224): "Habiendo visto por experiencia, que los bienes libres de vínculo llegan muchas veces a venderse o adjudicarse en pago de deudas que se contraen y que al contrario los vinculados se conservan, de manera que sus poseedores se mantienen con todo lucimiento, perpetuándose sus casas y linages; por el presente instrumento, en la forma que más haya lugar en fuero y derecho ambos padre e hijo otorgan, que reservan en si hasta el fin del mundo la propiedad de las respectivas mitad .... sin que pudiere adquirir mas que la posesión civil y natural los que obtuvieren el nombramiento".

Esta norma suprema incide en el régimen a que deberá sujetarse el patrimonio societario, ampliando las limitaciones que entraña su carácter troncal, dando lugar a que no pueda enajenarse ni embargarse[85] y su valor no pueda sufrir menoscabo sino incremento, mediante mejoras e incorporaciones.

Este patrimonio se mantendrá íntegro en todo tiempo, puesto que los nominados sucesores, carecen de capacidad de disposición de los mismos.

El instituido recibe los bienes libres de deudas[86], en algunos casos desafectan algún bien concreto a fin de atender las deudas pendientes[87]. Los bienes futuros, adquiridos por permuta pasan a tener la condición de vinculados por subrogación real, en tanto que los bienes futuros por compra de comunales mediante reparto por fogueraciones o por haberse erigido en pertenecidos de la casería serán libres salvo posterior vinculación. Es decir pasan a ser patrimonio social en explotación y disfrute los bienes presentes y futuros vinculados, a medida que lleguen, libres de deudas y se agrega al vínculo para su uso la cama troncal, el escaño y el lar de la cocina[88].

337. **Los bienes troncales como patrimonio en explotación y disfrute por la comunidad.-** Los bienes troncales constituyen, el patrimonio en explotación de la sociedad en 24 escrituras[89].

A la hora de examinar la composición de los bienes que integran este patrimonio, hemos podido constatar la presencia de distintos tipos de bienes además del patrimonio troncal, bienes de naturaleza mueble, semoviente, dineraria o maquinil, bienes cuyo

---

[85]ASTIAZARAN, 2 Mayo 1833, (224): no cabe ejercitar ningún acto de enajenación inter-vivos, por parte de sus titulares y al mismo tiempo queda protegido de cualquier acción de embargo: "con la única libertad de que si el recordado monte arbolar .....fuese conveniente enajenar para formar patrimonio al Licenciado ....su hijo para acceder al sacerdocio podrán destinarse a este sólo objeto ".

[86]A tal efecto el destino de la dote que aporta al matrimonio uno de los contrayentes es atender las deudas que pesan sobre los bienes que le han sido donados al otro contrayente INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281): designación de sucesor con donación intervivos por causa honerosa de matrimonio, sin reserva ni exceptuación de cosa alguna, libre de deudas, pensión y obligación, memoria y capellanía y fianza a excepción de los mrs. de Lanzas y ballesteros. "Para si y su representación legítima"; INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286): donación todos los bienes, efectos y alhajas ajuar y menaje, herramienta.

[87]GANGUTIA, 20 Enero 1828,(300): "segregación pertenecido para atender deudas".

[88]AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16).

[89] Es frecuente en este tipo de bienes el que vaya acompañada de la donación inter-vivos de los mismos y se incorpore la cesión de acciones a favor del donatario quien recibe la designación de sucesor tronquero. Se produce la transmisión de la titularidad de los bienes y su disfrute se determina que ha de hacerse en comunidad por donantes y donatarios.

disposición se recoge en el mismo contrato matrimonial, de forma adicional a los bienes troncales[90] figura en algunas escrituras la dote que aporta el otro contrayente[91] y cuya entrega se encuentra escalonada en el tiempo.

Puede apreciarse una nítida diferenciación entre las titularidades de los bienes y el momento en el que tiene lugar la transmisión de los mismos, por una parte, y su disfrute o titularidad de goce en régimen de comunidad, por otra parte[92], estableciéndose en estos casos qué bienes pasan a la comunidad y lo hace en estos términos:

Ambas partes otorgantes manifiestan:

> "1º Que han de vivir desde ahora en una unión y compañía en la denotada casería, manejando en sociedad sus heredades y pertenecidos desde su estado actual de labranza.
>
> 2º Que consiguiente a lo referido entrarán en la sociedad apuntada el ganado, ramienta, granos, y demas bienes muebles existentes en dicha casería así como la dote de la denotada novia y bienes de arreo y harán uso común de todos ellos".

El patrimonio social en el caso de la disposición precedente contiene los bienes en los que ha sido instituido sucesor, todo el patrimonio mueble y semoviente y la dote y arreo que aporta la novia.

El patrimonio inicial en explotación consistirá comúnmente en la totalidad del patrimonio donado[93], engrosado, en el transcurso de la vida de la sociedad, por las mejoras generadas y ganancias acumuladas[94].

---

[90]LANDABURU, 5 Abril 1831, (86): contiene la designación de sucesor con donación intervivos de los bienes: "sucesor tronquero, sus preheminencias, sepultura y asiento de varón en la parroquia de dicha Anteiglesia. Donación herramienta compartiendo uso hasta la muerte del donante, aceptación de las donaciones y se contratan; ASTIAZARAN, 16 Septiembre 1830, (205): contiene designación de sucesora tronquera y donación de los granos y ganado. Donación post mortem de la mitad de la herramienta.

[91]AREITIO, 22 Enero 1831, (31).

[92]AREITIO, 22 Enero 1831, (31): 1) En esta escritura se ha dispuesto del patrimonio troncal mediante la designación de sucesor y donación inter-vivos con eficacia a partir de la celebración del matrimonio.

2) Se dona inter-vivos la mitad del patrimonio mueble, ganado y herramienta con eficacia transmisoria a partir del otorgamiento de la escritura.

3) Se dona *mortis causa* la otra mitad del patrimonio citado en el nº 2, así como del remanente de todos sus bienes al momento de su muerte.

4) Se dota, por parte del otro contrayente, con entrega en el momento de la celebración del matrimonio.

[93]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44): contiene designación en la casería y pertenecidos: "Por cuanto están resueltos a vivir en una unión y compañía con el recordado su hijo y su futura consorte, manteniéndose en una mesa y gobernando en sociedad los pertenecidos de la enunciada casería y ocurriendo con sus productos a los gastos de manutención y demas que se ofrezcan en sanidad y enfermedades,

El disfrute de los bienes queda adscrito a la sociedad, con independencia de quien ostentare la titularidad de los mismos. Insistimos en este matiz porque es decisivo para la comprensión de lo realmente querido por el disponente. En unos casos serán bienes cuya titularidad ha pasado ya al instituido y en otros, bienes cuya titularidad ostenta el instituyente hasta su muerte. En todos los casos, el disfrute de los bienes se llevará a cabo en sociedad.

338. **La dote aportada por el otro contrayente pasa excepcionalmente a ser patrimonio de la sociedad.**- En 17 escrituras respecto a las 24 en las que la sociedad se constituye sobre bienes troncales[95], los padres del otro contrayente, aportan una dote en dinero, y en este caso, se detalla si la dote ha de ser entregada a la sociedad, a los padres donantes[96] o conjuntamente a los contrayentes y a los instituyentes. Sólo en 4 escrituras se establece que la dote sea entregada a la comunidad[97].

En este último caso, la dote en dinero pasa a ser patrimonio de la sociedad en propiedad, es decir, como patrimonio social a todos los efectos. La administración de la dote la asumen los asociados, circunstancia que se desprende del tenor literal de la cláusula que recoge su entrega[98] y de la cláusula que regula los efectos de la disolución de la comunidad por no congeniar los carácteres[99].

---

partiendo por mitad el superavit que resultase, no se hará al pronto partición alguna de los expresados ganado, ramienta y efectos muebles sino que harán uso común de todos ellos".

[94]ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (206): "con todas las mejoras, aumentos hechos en ellos...".

[95]En la Merindad de Durango el patrimonio troncal consiste en un patrimonio agrícola, forestal o ganadero. No es el único tipo de patrimonio, se verán a lo largo del trabajo referencias a la existencia de patrimonios industriales y financieros .

[96]Son trece las escrituras en las que se entrega la dote al padre instituyente, cuyo detalle puede verse en el capítulo de la dote.

[97]AREITIO, 22 Enero 1831, (31); AREITIO, 2 Abril 1831, (35); AREITIO, 16 Abril 1831, (37); LANDABURU, 3 Marzo 1829, (76).

[98]AREITIO, 22 Enero 1831, (31): "Que los mil y cien ducados de vellón que prometerán de dote sus padres a dicha novia serán para la recordados y... su mujer (donantes) y ....y la suya (contrayentes) y se les entregará a los cuatro en atención a que están resueltos a vivir juntos"; en idéntico sentido: AREITIO, 2 Abril 1831, (35); AREITIO, 16 Abril 1831, (37); LANDABURU, 3 Marzo 1829, (76).

[99]AREITIO, 22 Enero 1831, (37) al regular los efectos de la disolución de la comunidad establece: "partiéndose por mitad todos los bienes frutos de toda especie,....rramienta , ganados.....sus heredades y pertenecidos, comprendiéndose también en la partición cualesquiera suma en dinero procedente de la sociedad, reputándose en este concepto lo que estubiese entregado, o por entregar de la dote de.....y exceptuándose solamente los bienes de arreo"; en idéntico sentido: AREITIO, 2 Abril 1831, (35); LANDABURU, 3 Marzo 1829, (76).

El patrimonio social en explotación, constituido básicamente por los bienes donados, se incrementará mediante la entrada de nuevos bienes, si de los términos del título transmisorio se desprende que quedan comprendidos éstos.

Con independencia de a quién corresponda su propiedad, entendemos que los bienes conexionados con los troncales entrarán a formar parte del patrimonio social en explotación a medida que se hagan presentes, en tanto que los bienes futuros de naturaleza no troncal irán al patrimonio privativo del instituyente o instituido.

339 **La casería en arrendamiento como patrimonio de la sociedad.**- En 56 escrituras se constituye sociedad entre padres arrendatarios y sus hijos. El patrimonio social estará formado por la casería en régimen de inquilinato y los bienes propios de naturaleza mueble de los otorgantes.

Este dato es significativo por la razón apuntada al tratar del título transmisorio, es decir, por la semejanza que presenta con los instrumentos jurídicos empleados por los propietarios de bienes troncales

Por otra parte, el volumen de las sociedades creadas entre padres arrendatarios y sus hijos, representa el 38% de total de sociedades examinadas, siendo relevante cuantitativamente el volumen de familias arrendatarias, en una economía que se entiende está constituida por pequeños propietarios. Por último, frecuentemente, el mantenimiento de la comunidad tiene el rango de condición necesaria y determinante de la eficacia de la disposición causada.

El patrimonio social en explotación está formado por la casería en arrendamiento y los bienes muebles, semovientes y herramientas de labranza de toda clase que existieren en ella, bienes que han sido objeto de disposición a favor del contrayente, mediante el empleo de diversos títulos[100] y se expresa del siguiente modo:

> "que viven los exponentes en clase de inquilinos; de consiguiente donan a su hijo único todos los bienes muebles, semovientes, ramientas de labranza de toda clase de efectos y tren de casa y demas existencias y producciones que hubiere en ella y quedaren como suios propios al fallecimiento de ambos donantes sin reservación de cosa alguna .....con

---

[100]En 8 escrituras el título empleado es el donacional inter-vivos, de la mitad del patrimonio mueble. En 13 escrituras el de institución de heredero condicionada al mantenimiento de la comunidad y donación de la mitad del patrimonio mueble. La donación promesa y manda en 11 escrituras. Varias escrituras disponen mediante donación universal condicionada; BARANDICA, 3 Mayo 1829, (384): contiene promesa de donación irrevocable inter-vivos y cesión del arrendamiento de la casería a partir de todos los Santos con consentimiento del dueño; LANDABURU, 24 Abril 1823, (63): contiene cesión del arrendamiento.

> la calidad y condición de que los futuros contrayentes desde el día que se verifique su desposorio hayan de vivir en la casa y compañía de los donantes a un pan y mesa: ayudándose recíprocamente en sus necesidades, igualmente en las labores del campo y demás de agricultura que se ofrezca en la labranza.respondiendo tambien a las obligaciones que puedan gravitar sobre ellos en sociedad omnimodamente, y utilizando en comunidad en la propia forma de producciones cosechas y demás ramos de que es suceptible la labranza"[101].

Adicionalmente a este patrimonio se pacta la obligatoriedad de aportación de la dote por parte del otro contrayente[102], o la cesión a la comunidad de los bienes que tiene en aparcería el padre donante con el amo de la casería[103].

340. **La comunidad de vida y trabajo de los arrendatarios. Su mantenimiento como condición a la que se sujeta disposición.-** La comunidad en estas escrituras viene a ser la cláusula central y de su mantenimiento se deriva, el que se done o instituya en todo o en parte[104], se expresan en estos términos:

> "que están conformes con su hijo y futura nuera en que han de vivir juntos, pero llevando ella el peso de la casa, y disponiendo como cabeza de familia estando sujetos a ella dicho su hijo y futura nuera. Que si falleciese conservando esta sociedad, todo lo que la pertenezca será para dicho su hijo ...a quien desde ahora para el caso propuesto dona, excluyendo a dicha su hija.... con un real de plata, con calidad de que han de costear sus funerales"[105].
>
> "se hallan convenidos con los futuros novios a vivir juntos a un pan y mesa, ayudándose unos a otros con sus labores de labranza así en sanidad, como en

[101]LANDABURU, 13 Enero 1823, (60): "manejando en compañía de ellos la labranza, manteniéndose en una mesa y compañía, y disfrutando a iguales partes los productos que resultan del arriendo despues de pagada la renta"; en idéntico sentido AREITIO, 2 Julio 1829, (12).

[102]AREITIO, 29 Diciembre 1832, (52); ASTIAZARAN, 19 Marzo 1825, (146); BARRENECHEA, 14 Abril 1828, (254).

[103]LANDABURU, 3 Febrero 1826, (70).

[104]En los contratos celebrados por padres arrendatarios, se establece, la donación a los contrayentes del todo o la mitad en función del mantenimiento o disolución de la comunidad: ZUAZUA, 25 Abril 1832, (119); ZUAZUA,18 Enero 1833, (121); ZUAZUA, 5 Abril 1833., (123); ASTIAZARAN, 29 Julio 1826, (155); ASTIAZARAN, 6 Febrero 1829, (190); ASTIAZARAN, 24 Septiembre 1830, (204); ASTIAZARAN, 4 Febrero 1832, (211); ASTIAZARAN, 16 Diciembre 1832,(222). En otras escrituras le precede la donación universal de los bienes, y del mismo modo, el mantenimiento, determina la eficacia o resolución parcial: AREITIO, 2 Abril1820, (21); ASTIAZARAN, 4 Febrero 1829, (189); ASTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213); ASTIAZARAN, 20 Junio 1833, (227); INUNCIAGA, 23 Octubre 1824, (293); GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308); GONDRA, 1 Abril 1824, (367); GONDRA, 2 Marzo 1824, (368).

[105]ASTIAZARAN, 6 Febrero 1829, (190); ZUAZUA, 25 Abril 1832, (119); ZUAZUA, 5 Abril 1833, (123).

enfermedades; pero en el caso de que no puedan congeniarse juntos y se separasen les hayan de entregar dentro de los ocho días primeros la cantidad de ....y un carro con sus dos ruedas a dichos hijos, cuya cantidad y carro les mandan y donan para sobrellevar las cargas del matrimonio"[106].

"los futuros novios hayan de vivir con ellos juntos a un pan y mesa y compañía, cuidándose unos a otros, asi en sanidad como en enfermedades; y bibiendo juntos en una mesa y compañía sin separación así los unos como los otros despues de los días de dicho.....y su mujer serán todos los bienes, muebles, dinero y castañal que tiene en..... Que en el caso de que no pudieren congeniar,juntos a un pan y mesa según prebienen la cláusula precedente, los ....e hijos contrayentes y se separasen, les hayan de dar a estos por los recordados padres la mitad del indicado castañal, mitad de los muebles de camas y demás, ropa como de maderamen, arcas, mesas, armarios, sillas, pertrechos de cocina, trigos, maices, frutos pendientes de la heredad que traen en arriendo, ganado, y demás efectos de casa, llebando dichos contrayentes todo lo que introduce y se le manda por su madre, así el dinero como los demas muebles que lleban estipulados en esta escritura"[107].

"1º en contemplación al matrimonio que ha de contraer, donación *propter nuptias* o como mas haya lugar por fuero y derecho, dotan donan y mandan al nominado su hijo en contemplación al que ha de contraer ... desde ahora para cuando lo contraiga, todos sus caudales de maravedies, un crédito...., ropas, granos, herramientas de labranza, ganado, haveres, y demás que al presente tienen y les pueda corresponder en lo sucesibo en cualesquiera manera..

2º Los padres del contrayente y estos, durante sus días hayan de vivir juntos en una casa y compañía comiendo a un pan y mesa, como tambien la citada hija soltera .....trabajando todos indistintamente lo que cada uno buenamente pueda a beneficio de dichos futuros contrayentes, quienes costearán los alimentos de los padres ...ayudándose unos a otros así en sanidad como en todas sus enfermedades, ...sino pudieren vivir juntos en una casa, mesa, pan y compañía por no congeniar sus voluntades, y quisieren separarse unos de otros en ese caso (a excepción del nominado crédito que será privativamente para los contrayentes) todos los demas caudades de maravedis, haberes..... que hubiesen al tiempo de la tal separación partirán a medias e iguales partes , quedando estos y aquellos en la casa que permaneciesen todos entonces y partirán igualmente a medias la labranza que tubieren para que vivan en ella separados por su cuenta"[108].

La sociedad que se constituye en estas escrituras tiene un bagaje jurídico inferior, presenta los caracteres de una comunidad en la explotación y disfrute de los bienes, en la que sus miembros están unidos por el vínculo de familia, orientado esencialmente a la atención de los alimentos y gastos de enfermedad. No se hace referencia a la finalidad de la ganancia ni se establece un régimen de administración. En muchas escrituras los contrayentes tienen la condición de "socios industriales".

[106]ZUAZUA, 17 Mayo 1826, (108); en términos semejantes: ZUAZUA, 18 Enero 1833, (121).

[107]ZUAZUA, 25 Abril 1832, (119).

[108]INUNCIAGA, 20 Febrero 1823, (280).

Sin embargo, en el contexto de la disposición, la comunidad y su mantenimiento como hecho constitutivo de condición de cuyo cumplimiento se hace depender la eficacia de la institución o de la donación en el todo o la mitad, alternativamente, cumple un papel principal, diríamos que el motivo determinante de la voluntad paterna a la hora de instituir heredero o hacer donación universal es conseguir que esta asociación perdure hasta su muerte.

341. **La mitad reservada en usufructo como patrimonio de la comunidad.**- Puede constituirse la comunidad tomando como base patrimonial la mitad que se reservó en usufructo el padre otorgante al instituir sucesor en los bienes troncales[109], reservando asimismo la facultad de poder acomodar a otro hijo en dicha mitad reservada[110].

Son 7 las escrituras en las que aparece este tipo de patrimonio[111], la fórmula empleada es la siguiente:

> "Que consiguiente a lo tratado recibirán y admitirán en su compañía los exponentes en dicha mitad de casería reservada al prevenido su hijo y su futuro consorte desde el día de la efectuación de su matrimonio en adelante y han de vivir todos en ella manejando sus pertenecidos, manteniéndose de sus productos y de la recordada heredad de ....en una mesa y haciendo uso común de los bienes muebles y semovientes de que queda hecha relación en el capítulo precedente, tanto en sanidad como en enfermedad que ocurran a unos y otros y todo cuanto sobrare después de cubrir las atenciones de casa, repartirán por mitad e iguales partes entre los exponentes, debiendo suplir del mismo modo lo que faltare"112 .
>
> "que al donar la casería y pertenecidos reservaron la facultad de llevar a la mitad reservada a cualquiera; han determinado llevar a la mitad a ....para vivir juntos trabajando lo que

[109]AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18); LANDABURU, 18 Enero 1823, (61): en la casería donada anteriormente en contrato matrimonial en la que se reservó el usufructo de la mitad; LANDABURU, 23 Febrero 1827; ASTIAZARAN, 20 Junio 1827, (164): en la mitad reservada en usufructo. Entra en sociedad la ganancia del ganado a cuyo efecto se tasará por S. Juán de este año.

[110]LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73): "Que los donantes reserban igualmente la facultad de tener en su compañía en la mitad de la citada casería que fuese ocupada por ellos, a otro qualesquiera de sus hijos que quisiesen y contragesen matrimonio, sin que pueda impedirles por ningún pretexto el donatario, ni su representación, planteándose la posibilidad de que en uso de esta reserva el padre acomode en su mitad a otro hijo y le instituya heredero de todos sus bienes si mantiene la comunidad de vida.

[111]AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18); ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120); ASTIAZARAN, 29 Julio 1826, (155); ASTIAZARAN, 20 Junio 1827, (164); ASTIAZARAN, 29 Mayo 1830, (198); ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212); BARRENECHEA, 10 Marzo 1825, (239).

[112]AREITIO,5 Diciembre 1829, (18).

> cada uno buenamente pueda, y partiendo a medias lo que sobre, entrando en la sociedad el producto o ganancia del ganado, a cuyo efecto se tasará por San Juan de este año[113]".

En estas escrituras podemos apreciar que los padres no formaron comunidad con el hijo a quien instituyeron sucesor tronquero, sino que se reservaron la mitad de los bienes en usufructo, con facultad de acomodar a otro hijo en ella. Estas escrituras recogen la constitución de la comunidad con otro hijo en esa mitad, siendo frecuente el que le instituyan heredero universal al hijo acomodado en ella, condicionando su eficacia al hecho de que la comunidad se mantenga hasta su muerte[114]; En ese momento los bienes reservados en usufructo revertirán al nudo propietario, es decir al que instituyó sucesor tronquero[115] y los restantes bienes, muebles, ganancias generadas en la comunidad, dinero etc., en suma, el patrimonio relicto pasará al heredero universal.

Adicionalmente, se pacta la introducción de otros bienes de naturaleza mueble o semoviente que una vez incorporados a la sociedad serán objeto de tasación anual en el día San Juan. El día de Todos los Santos toman como fecha en la que se cierra el ejercicio anual a fin de determinar la ganancia obtenida en el mismo[116]. Es lógico que en este tipo de comunidad la ganancia obtenida en el ejercicio se evalúe e incluso se reparta anualmente[117], a fin de evitar que su materialización, por ejemplo en inmovilizado, redunde en beneficio del sucesor tronquero y en detrimento del hijo con el que se ha constituido comunidad.

El padre reservista puede haber pactado con el designado sucesor la prórroga en el disfrute de la reserva de usufructo, prórroga de la que se verá beneficiado el hijo que hubiere sido acomodado en la mitad[118].

[113]ASTIZARAN, 20 Junio 1827, (164).

[114]Se trata de una fórmula que presenta semejanza con la empleada por los arrendatarios.

[115]MEABE, 12 Marzo 1827, (339): en previsión de la situación que pudiera plantearse a la muerte del padre, la cláusula nº 3 aclara: "que dentro de los seis meses primeros contados desde el día en que se verifique el repectibo fallecimiento de ambos donantes, estará obligado el que fuere heredero de ellos a desocupar y dejar libres la enunciada casería, heredades y demas recordados bienes raíces a disposición del donatario, o de su representación legítima, pena de ser compelidos a su cumplimiento por todo rigor legal".

[116]ASTIAZARAN, 20 Junio 1827, (164).

[117]AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18): repartirán por mitad e iguales partes entre los exponentes, debiendo suplir del mismo modo lo que faltare"; ASTIZARAN, 20 Junio 1827, (164)y partiendo a medias lo que sobre, entrando en la sociedad el producto o ganancia del ganado, a cuyo efecto se tasará por San Juan de este año.

[118]ASTIAZARAN, 29 Mayo 1830, (198).

IV. Régimen jurídico de la comunidad o sociedad.

342. **Participación de los socios en los resultados de la comunidad.-** La finalidad a la que aspiran los socios es la obtención de ganancias. En las cláusulas así se expresan, ahora bien en el contexto de una sociedad en la que sus miembros son familiares, en la que reina la hermandad y compañía, en la que cada uno se compromete a trabajar en la medida de sus posibilidades, no es exclusivamente el ánimo de lucro el que les lleva a asociarse, existen otros valores más profundos, pero además se busca el primero.

La ganancia la evalúan anualmente. El día 1º Noviembre, festividad de todos los Santos, es la fecha en la que se lleva a cabo, coincidiendo, de este modo, con la recolección y el pago de la renta anual en el arrendamiento de la vivienda. La ganancia, se obtiene, mediante la estimación de todos los ingresos y mejoras y deducción de los gastos ya producidos, tales como la renta, si se trata de arrendatarios, alimentos, vestidos, calzados y demás que se ofreciere en ella[119], del mismo modo se computan las deudas generadas directamente en la sociedad o comunidad, por lo que responde ésta con los productos que de la misma se obtengan, se expresan del siguiente modo:

Se expresa en los siguientes términos:

> "y dando cumplimiento a sus obligaciones con sus productos y ganancias"[120].
>
> "Todos los interesados recurrentes a esta escritura ponen por pacto expreso e inviolable, que los mencionados ....hayan de vivir y mantener desde el día de su recordado casamiento en adelante en la misma compañía, y mesa del referido .....después de pagados de dicha sociedad los gastos de alimentos, vestidos, calzados y demas que se ofreciesen en ella repartirán a iguales partes entre ambas familias el resto de los usufructos y aprovechamientos de la enunciada hacienda y pertenecidos de Mañaria Goitia, y mejoras que hubiere en el ganado vacuno, satisfaciendo en la misma proporción las perdidas que resultasen"[121].
>
> "manteniéndose en una mesa y gobernando en sociedad los pertenecidos de la enunciada casería y ocurriendo con sus productos a los gastos de manutención y demas que se ofrezcan en sanidad y enfermedades, partiendo por mitad el superavit que resultase"[122].
>
> "Trabajando lo que cada uno pueda, partiendo a medias lo que sobrase y poniendo a medias lo que faltase"[123].

---

[119]MEABE, 14 Agosto1827, (345).

[120]ERCILLA, 15 Febrero 1823, (255).

[121]MEABE, 14 Agosto 1827, (345).

[122]AREITIO, 7 Febrero 1832, (44).

[123]ASTIAZARAN, 13 Febrero 1823, (129).

Del mismo modo que hemos dicho que es lo común que la asociación sea de vida y trabajo, debemos adelantar que la participación, tanto en el gobierno como en los resultados, sean ganancias o pérdidas, es a medias e iguales partes.

343. **Derechos y deberes de los socios.-** Existen unos derechos y obligaciones comunes a todos los socios; pueden concretarse: en el derecho a sus alimentos y asistencia médica y asimismo el derecho a participar en la gestión y en las ganancias de la sociedad en la medida que se haya acordado. Por otra parte, están obligados a contribuir con su trabajo a la explotación del patrimonio social. Se expresan en estos términos:

> "a una mesa y compañía, sanos y enfermos, trabajando indistintamente lo que cada uno buenamente pueda a beneficio de los cuatro[124].

Ya hemos adelantado que si la comunidad se constituye a término, el donante aparece obligado al pago de los alimentos[125], del mismo modo, que si se trata de una comunidad de vida es usual que sean los instituidos los que asuman dicha obligación[126].

Estas variaciones responden a la adecuación del régimen de sociedad a las necesidades concretas de los socios; en el primer caso, la asistencia al joven matrimonio en los comienzos de su nuevo estado determina que los padres asuman las obligaciones de la sociedad; en el segundo caso, la avanzada edad de los padres hace que los instituidos se obliguen a la atención de los donantes en todas sus necesidades. Podemos afirmar que en estos supuestos siempre se mantiene el equilibrio en el binomio: asunción de obligaciones- derecho a la totalidad de las ganancias.

En 61 escrituras se establece expresamente las cargas ordinarias que asumirá la sociedad.

Respecto a los gastos de enfermedad de instituyentes e instituidos corren a cargo de la comunidad[127], expresándose de este modo:

---

[124]GANGUTIA, 30 Noviembre 1825, (295).

[125]BARRENECHEA, 28 Abril 1824, (237); BARRENECHEA, 28 Febrero 1825, (238); ERCILLA, 2 Marzo 1828,.(275): el régimen de comunidad tiende a asistir a la joven pareja en sus primeros años de matrimonio; MEABE, 15 Abril 1826, (331); MEABE, 30 Septiembre 1826, (333); MEABE, 19 Marzo 1826, (341).

[126]BARRENECHEA, 21Diciembre 1826, (247).

[127]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95): este criterio es el comúnmente aplicable tratándose de comunidades en las que los instituyentes e instituidos participan por mitades e iguales partes en ganancias y pérdidas.

"durante sus largos días en sanidad y enfermedad"[128].

Caben pactos en sentido contrario, dando lugar a que esta regla se aplique con carácter subsidiario[129].

En algunos casos, los donatarios estarán obligados a hacerse cargo de todos los gastos de enfermedad, si se pacta que reciban en exclusiva las ganancias de la comunidad[130] y en sentido contrario, cuando fueren los instituyentes quienes se reservaren las ganancias, se acuerda que estos gastos corran a cargo de los mismos[131]. Una vez más, el régimen que se sigue en la contribución a los gastos ordinarios pone de relieve el criterio de justicia conmutativa que aflora continuamente como principio jurídico de nuestro sistema.

Teniendo en cuenta que lo común es que la participación en la sociedad sea a medias e iguales partes estos gastos se atenderán de la masa común[132].

La obligación de trabajar para la comunidad, se expresa siguiendo está fórmula:

> "lo que buenamente pueda cada uno en beneficio de todos ayudándose recíprocamente, así en sanidad como en su enfermedad"[133].

Se sigue un criterio relativo, al establecer la medida en el cumplimiento de la obligación de trabajar para la comunidad. Se expresa en estos términos "en la medida que buenamente pueda cada uno". Estamos ante un sociedad familiar, compuesta por socios

---

[128]BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245).

[129]ASTIAZARAN, 20 Junio 1833, (227): excepcionalmente se establece que los gastos de enfermedad correrán a cargo de la comunidad si la cantidad de dinero reservada por padres y los bienes adquiridos por estos se hubieren agotado en tal destino.

[130]ASTIAZARAN, 15 Junio 1833, (226): se constituye comunidad de vida, los alimentos de los padres son a cargo de los donatarios, los gastos extraordinarios de enfermedad se pagarán con la cantidad de dinero reservada por los padres; BARRENECHEA, 12 Noviembre 1826, (246); BARRENECHEA, 21-Diciembre 1826, (247): será de cargo de los donatarios el mantener al donante en sanidad y enfermedad; GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310): "si por vejez o voluntad quisieren someterse a la mesa, compañia y alimento, hayan de ser obligados estos a recibir aquellos, mantenerlos a su mesa, vistiéndolos, calzándolos y cuidándolos, en sanidad y enfermedad como a padres".

[131]MEABE, 18 Agosto 1827, (347): si la comunidad se sujeta a término y corren a expensas de los padres los alimentos de los contrayentes. Los gastos enfermedad propios de los contrayentes hasta restablecimiento son a cargo de éstos, así como los jornales adquiridos por los contrayentes fuera de la comunidad.

[132]ZUAZUA, 17 Mayo 1826, (108): "han de vivir juntos a un pan y mesa, ayudándose unos a otros en sus labores de labranza, así en sanidad, como en enfermedad"; ASTIAZARAN, 1 Febrero 1823, Astiazaran, (127): partiendo a medias los granos que sobran pagada la renta y costeada la manutención y gastos de enfermedad y poniendo a medias si algo faltase"; ASTIAZARAN, 19 Marzo 1825, (146).

[133]GANGUTIA, 23 Enero 1830, (304).

jovenes y mayores, y por tanto este criterio se ajusta perfectamente a las diferentes condiciones de sus miembros.

Ciertamente el abandono de la obligación, tendrá una sanción: si se tratare de una sociedad en la que el donatario asume la carga de alimentos será causa suficiente para la revocabilidad de la disposición[134]; en los demás supuestos, en los que la conducta adoptada entrañe detrimento grave en el cumplimiento de las obligaciones contraidas, en aplicación de la *ratio* de la institución y por analogía legis nos conduciría a idéntica respuesta, si el abandono fuere reiterado y no justificado.

344. **Los ingresos de la comunidad.-** Los ingresos típicos de estas sociedades familiares, pertenecientes al contexto socio-económico del Duranguesado, son los derivados de la agricultura.

Es constatable una pecualiaridad: la economía de la familia vizcaína tiene una diversificación de fuentes de ingreso, es decir se desarrollan adicionalmente a la actividad agropecuaria otras actividades complementarias, sin olvidar el trabajo fuera de la casería o los ingresos derivados de créditos entre particulares.

Si el patrimonio está formado por bienes vinculados, junto a los ingresos de la agricultura aparecerán los derivados de la ferrería, de la molienda o de la existencia de un patrimonio financiero propio de la época[135].

Si se trata de un patrimonio troncal será la industria forestal junto a la producción de carbón vegetal[136], o industria del hilado en pequeñas proporciones[137], la apicultura y

---

[134]FN. 23, 1 y 3.

[135]A título de muestra vamos a presentar la composición de algunos patrimonios vinculados ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118):."Vínculo y Mayorazgo ó fideicomiso familiar electivo perpetuo comprensivo de Casa y Casería Solar Infanzona, manzanales y castañales, robledales y parte molino sito en Cofradía en San Adrián de Arguineta (Elorrio)"; ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120): " vínculo electivo comprensivo de una Ferrería, dos molinos harineros, casa y casería, heredades de pan sembrar, castañales, montes en Anteiglesia de Izurza"; ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (206): vínculo electivo de casería y pertenecidos, bienes adquiridos constante matrimonio, mejoras y aumentos. Ajuar (cama mortuoria) y arreo, se acompaña un inventario de los bienes muebles con valoración de los mismos; GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311): vínculo y Mayorazgo electivo ó fideicomiso familiar perpetuo compuesto por heredadades. Ferrería y heredad del molino llamada de San Agustin. Castañal en terreno común. Mejoras de obras, de heredades y demás montes que constan en declaración pericial que se incorpora.

[136]ASTIAZARAN, 12 Abril 1824, (139). ASTIAZARAN, 31 Diciembre 1830, (209): patrimonio troncal compuesto: Casería y pertenecidos, preheminencias, sepultura y asiento de varón en la Parroquia. Ganado. Colmena. Mitad de la herramienta mayor de labranza, que mientras vivan los donantes manejaran indistintamente. Mesa parada, la cama mortuoria, ajuar, dinero.

[137]ASTIAZARAN, 10 Agosto 1825, (148); ASTIAZARAN, 20 Julio 1820, (154).

el braceage de carbones extraidos de los montes privativos de los donantes[138], los viveros de plantas[139], sin olvidar la industria molinera[140], como actividades o fuentes de ingreso de la comunidad. Los réditos o intereses que genere la colocación de la dote cuando ésta se aportó a la comunidad[141].

El ejercicio de la industria agrapecuaria, en sus diversas modalidades de explotación, figura frecuentemente en las comunidades en las que el donante vive en régimen de inquilinato. Existen escrituras en las que se deja constancia que se trata del ganado privativo de los socios el que ponen en común, de modo "que la ganancia o pérdida del ganado de ambas cuadras se percibirá o sufrirá a medias entre donantes y donatarios, para cuyo conocimiento se tasarán dichos ganados, pero su propiedad será para los donantes"[142], teniendo una participación igualitaria, tanto en las ganancias como en las mejoras[143]. En otras ocasiones se establece, que tanto el ganado donado como el reservado existente en la casería entre en la comunidad, tanto en los beneficios como en las cargas[144], finalmente, existen escrituras en las que se trata del ganado propiedad del dueño de la casería cedida en contrato de aparcería[145].

345. **Los ingresos obtenidos fuera de la comunidad por el trabajo de uno de los socios.-** Rige la libertad de pacto sobre si entran en la comunidad los

[138]LANDABURU, 3 Febrero 1826, (70).

[139]INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286) viveros para poblar sus montes; BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251): Vivero con la obligación de que haya de traplantarlos en sus propios montes.

[140]Los molinos harineros pertenecen frecuentemente a patrimonios vinculados, también a patrimonios libres: ZUAZUA 23 Febrero 1832, (118); ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120); GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309); GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311).

[141]En todas estas escrituras entran la dote en el patrimonio de la comunidad: AREITIO, 22 Enero 1831, (31); AREITIO, 2 Abril 1831,(35); AREITIO, 16 Abril 1831, (37); LANDABURU, 3 Marzo 1829, (76).

[142]ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, Astiazaran, (206): entra en sociedad la ganancia del ganado a cuyo efecto se tasará por S. Juán de este año; ASTIAZARAN, 20 Junio 1827, (164): ganancias o pérdidas generadas con el ganado de los contrayentes; en idéntico sentido BARRENECHEA, 28 Abril 1823, (232).

[143]MEABE, 14 Agosto 1827, (345): " por mitades en el usufructo y mejoras que hubiese en el ganado y participación igual en las pérdidas".

[144]LANDABURU, 3 Febrero 1826, (70).

[145]LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): patrimonio agrícola, casería en arrendamiento. Ganado en admetería; ZUAZUA 22 Abril 1833, (125): Herramienta labranza en inquilinato, ganado en admetería; GONDRA, 6 Enero 1828, (371): ganado cedido por el dueño en admetería. Mitad casería que tiene en arriendo y frutos.

ingresos obtenidos por uno de los miembros fuera de la comunidad en el ejercicio de una industria u oficio; se expresan en estos términos:

> "entran en la comunidad las ganancias generadas por qualesquiera jornales en trabajos fuera de casa"[146].

En otras escrituras se establece una proporción para el hijo en el reparto de los ingresos por jornales ganados por éste fuera de casa[147], también existen escrituras en las que se pacta, que los hijos no están obligados a entregar los jornales a la comunidad, sino que los conservan para sí[148], del mismo modo, se pacta entren en la sociedad las ganancias de los bienes que se ha reservado el donante[149].

La solución es mas dudosa si nada se ha pactado al respecto.

Como argumento que nos orienta a una respuesta afirmativa sería la presencia de pactos en los que se acuerda que deberán pasar a la comunidad, puesto que el trabajo fuera de ella le obliga a detraer un tiempo de su dedicación a la comunidad, cláusula que aparece recogida de este modo:

> " ....que en atención a que el donante se emplea en la contrucción de varquines para fraguas de Ferrería, herrerías y demas, y tiene principios el hijo donatario, y como para el efecto se necesitan materiales, existen algunos en casa, y hay que comprarlos y muchas veces se ocupa fuera de ella el donante en estas lavores, para que por eso no haya queja para los de la labranza, ni otro motibo, que toda la ganancia del donante ha de ser tambien a medias, e iguales partes con su hijo donatario, y poniendo lo mismo, quando falte, el material necesario"[150].

Sin embargo tendemos a inclinarnos a una respuesta negativa, en base al reconocimiento dentro del sistema de la composición plural de masas patrimoniales bajo una titularidad única, circunstancia que conlleva una serie de consecuencias en todos los campos. Entendemos en consecuencia que cada masa patrimonial mantiene plena

[146]BARRENECHEA, 28 Abril 1823, (232); AREITIO, 2 Abril 1831, (35); ASTIAZARAN, 10 Agosto 1825, (148): "los ingresos como cantero serán para la comunidad"; ASTIAZARAN, 27 Enero 1832, (210): "se considera que los ingresos que percibiera el contrayente fuera de la comunidad en el ejercicio de su oficio han de entrar en la comunidad".

[147]ASTIAZARAN, 27 Enero 1832, (210) ingresos correspondientes al jornal oficio del contrayente, llevará para sí un cuarto y tres cuartos para los padres.

[148]MEABE, 18 Agosto 1827, (347).

[149]LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78); AREITIO, 22 Enero 1831, (31) en tanto subsista esta sociedad participarán a medias e iguales partes entre donante y donatarios desde las siguientes cosechas todos los frutos que rindan los pertenecidos de su labranza, igualmente que los demás productos y rentas de los vínculos en todo concepto, en conformidad de la reserva causada en la donación en contrato matrimonial los beneficios que se generen con la dote que entrará en la comunidad .

[150]INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281).

individualidad y autonomía, tanto de ingresos como de gastos, bien se trate del patrimonio ganancial, el privativo de los padres disponentes como el de los contrayentes y finalmente del patrimonio en sociedad[151].

Por otra parte, el hecho que se pacte cuando entran en la comunidad dichas ganancias nos indica que no existe una costumbre al respecto.

Si nos planteamos cuál es la regla que rige respecto a las ganancias generadas con los bienes privativos, si son ingresos de la comunidad o por el contrario si deben canalizarse al patrimonio privativo de los miembros, en las escrituras no existe una respuesta uniforme, siendo la regla la libertad de pacto y en defecto el principio de separación de masas patrimoniales.

346. **Gastos de la comunidad.-** Dentro del capítulo de gastos de la comunidad añadimos: tratándose de sociedades constituidas en familias que viven en régimen de inquilinato constituyen gasto las rentas que se devengan anualmente el día 1º de Noviembre, en la totalidad de estas escrituras eran atendidas del acervo común de la sociedad[152].

Según establecía la costumbre se paga el día 1 de Noviembre y su cuantía oscila entre 39[153] y 72 ducados[154]. La libertad de pacto permite que se acuerde adicionalmente la cesión al yerno del derecho de arrendamiento, comprometiéndose éste al pago de la renta[155]. Los tributos propios de la época[156].

---

[151]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309): se trata de un contrato matrimonial en el que el novio es designado sucesor en un vínculo regular y la novia aporta bienes raíces, contituyendose comunidad de vida y trabajo con los padres de la novia. Entendemos que las ganancias generadas con cada patrimonio corren con individualidad absoluta y del mismo modo la ganancias genneradas con el trabajo de uno de sus miembros, siempre que ello no implique abandono de sus obligaciones con la sociedad. El sucesor del vínculo aporta: casa y caseria solar Infanzona, porción molino, manzanales, sepultura. Patronato de Legos, varios créditos contra Ayuntamiento emitidos para el pago de servicios con motivo de la Guerra de la Independencia. 4 Censos documentados La novia aporta : castañal sito en tierra común de esta villa. Monte Ayal asímismo en tierra común y varias posesiones de cajigas de castaño, aya y roble Dinero y muebles.

[152]LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): "responden de las rentas y cargas del arrendamiento en igual proporción que sus productos"; ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153); BARRENECHEA, 5 Enero 1828,(253); AREITIO,17 Septiembre 1829, (17).

[153]AREITIO, 17 Septiembre 1829, (17).

[154]AREITIO, 29 Diciembre 1832, Areitio, (52).

[155]AREITIO, 24 Abril 1823, (63).

[156] El de vagos y maleantes: AREITIO, 22 Enero 1831, (31); ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216).

De los términos de su constitución se desprende que los gastos comunes a las distintas modalidades de sociedad son los alimentos y los gastos de enfermedad de los miembros, de los que hemos tratado anteriormente.

Los gastos de alimentos de los socios; la de los hermanos del donatario serán atendidos por la comunidad hasta el momento de su acomodo[157] o bien hasta el término de su aprendizaje[158], y como contraprestación éstos trabajaran en beneficio de la comunidad, recibiendo por dicha contribución en algunos casos una retribución[159], del mismo modo serán asistidos en la enfermedad hasta la convalecencia, siendo estos gastos a cargo de la casa[160].

La comunidad no asume responsabilidad alguna respecto a otras deudas personales u otra carga e hipoteca sobre otros bienes del donante de las que responde el propio donante[161], sin embargo las contraidas por al sociedad responden los socios omnímodamente[162].

La dotación de los hermanos es una carga que es frecuente la asuma el sucesor de la familia o el padre instituyente, sin embargo existen escrituras en las que corre a cargo de la comunidad[163], preveyéndose con carácter preferente el modo en el que debe quedar atendida dicha carga si la comunidad de disuelve[164] .

---

[157]MEABE, 12 Marzo 1827, (340).

[158]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95).

[159]LANDABURU, 3 Febrero 1826,(70) "que el donatario tiene descubierto de.....y 240 reales por la mitad de la soldadas que se le adeudan al hermano".

[160]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95).

[161] LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78).

[162]GONDRA, 25 Octubre 1824, (369): Deudas sueltas de casa y molino, los réditos vencidos los pagará la comunidad, es decir a medias entre donantes y donatarios.

[163]La dotación se llevará a cabo asignándosele bienes del acervo común: AREITIO, 2 Abril 1831, (35); AREITIO, 30 Mayo 1833, (56); LANDABURU, 5 Abril 1831, (86); LANDABURU, .5 Noviembre 1831, (88) LANDABURU,.5 Noviembre 1831, (88); ZUAZUA, 23 Diciembre 1833, (126); ASTIAZARAN, 11 Septiembre 1824, (143); ASTIAZARAN, 31 Enero 1828, (176); ASTIAZARAN, 31 Diciembre 1830, (209): asume la carga de la dotación de los hermanos. En el supuesto de fallecimiento del hermano entregará la cantidad que por dote le hubiere correspondido al padre; BARRENECHEA, 28 Abril 1823, (232): Dotación hermanos del sucesor, en defecto cumplimiento, serán compelidos con todo rigor de Derecho, vía ejecutiva y se obligan los donantes y contrayente, y desde ahora para entonces hacen donación mera, perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos a favor de las dotadas; GANGUTIA. 23 Enero 1830, (304): dotación hija del primer matrimonio del donante, obligación que asumen de idéntica forma si la comunidad se disuelve, obligándose a cumplirla de la forma más solemne.

[164]GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313): si la comunidad se disuelve en primer lugar separarán la dote que corresponde al hermano soltero y quedará reservada y el resto dividirán por mitades; BARRENECHEA, 28 Abril 1823, (232): garantizan la dotación de los hermanos del sucesor, estableciendo que en defecto de su cumplimiento serán compelidos con todo rigor de derecho, vía ejecutiva

347. **Partición a medias, tanto de la ganancia como en las pérdidas.-** A fin de obtener el "quantum" de la ganancia, se deducirá del total de los ingresos obtenidos por la explotación de los bienes los gastos de manutención de los miembros, gastos de enfermedad de alguno de ellos, las rentas [165] y el producto resultante de dicha sustracción será la ganancia o pérdida del ejercicio.

La regla general, tratándose de comunidad de vida y trabajo la participación o contribución corresponderá a los miembros a partes iguales, tanto en las ganancias como en las perdidas[166]:

> "participación por mitades, respondiendo también a las obligaciones que puedan gravitar sobre ellos, en sociedad omnímodamente y utilizando en comunidad en la propia forma"[167].

Esta ganancia añaden es partible a medias entre los dos matrimonios y del mismo modo si existen pérdidas habrán de contribuir en igual proporción a enjugarlas[168]. Nos

---

a la que se obligan los donantes, y desde ahora hacen donación mera, perfecta, e irrevocable que el derecho llama intervivo, en favor de las dotadas; BARRENECHEA, 28 Diciembre 1826, (248): será carga la dotaciónde la hija del primer matrimonio del donante, obligación que asumen de idéntica forma si la comunidad se disuelve, obligándose a cumplirla de la forma más solemne.

[165]AREITIO, 8 Junio 1832, (47).

[166]MEABE, 14 Agosto 1827, (345); LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88) Por mitades. Aprovechamiento proindiviso. Formando una misma sociedad en el uso y aprovechamiento de sus bienes y efectos, y lo propio en todo lo relativo a lavores; ASTIAZARAN, 3 Febrero 1824, (136) por mitades, serán privativos del novio los bienes que él aportó; ASTIAZARAN, 12 Abril 1824, (139): "por mitadespartiendo a medias los frutos y el producto del carbón que se saque de los montes"; ASTIAZARAN, 19 Marzo 1825, (146) por mitades,"partiendo a medias los granos que sobran pagada la renta y costeada la manutención y poniendo a medias si algo faltase"; ASTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158) por mitades, partiendo a medias lo que sobrase, como también poniendo a medias lo que faltase; ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (206) por mitades. La ganancia ó pérdida de los ganados de ambas cuadras se percibirá ó sufrirá a medias, para cuyo conocimiento se tasarán, su propiedad será de los donantes. Las pensiones y luz y oblada de la sepultura a medias; ASTIAZARAN, 17 Noviembre 1832, (221) por mitades, "pagando renta a medias, partiendo a medias los frutos, para mantenerse con separación"; BARRENECHEA, 28 Abril 1823, (232) por mitades, entrando los jornales ganados fuera ó ganancias percibidas en sus bienes privativos, pagando en primer lugar la renta; MEABE, 15 Abril 1826, (331) por mitades, tanto en rentas como alimentos, vestidos y calzados, tanto en salud como en enfermedad y repartir igual las ganancias; MEABE, 7 Setiembre 1827, (348) "Pagadas rentas, alimentos, vestidos, calzados y demás gastos, así en salud como en enfermedad, se distribuirán a iguales partes entre las dos familias"; GONDRA, 1 Abril 1824, (367): a favor de los instituyentes durante un plazo. Por mitades transcurrido éste; BARANDICA, 6 Junio 1829, (383): por mitades, pagando a medias rentas y dividiendo a medias las utilidades. Padres se hacen cargo de los alimentos contrayentes a un término.

[167]LANDABURU, 13 Enero 1823, (60).

[168]ASTIAZARAN, 20 Julio 1833, (229): participación en los resultados por mitades, partiendo a medias lo que sobre, después de cubiertas las atenciones de casa;.BARRENECHEA, 28 Abril 1823, (232); GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306): participación por mitades. Todo lo que exista en la casa será a medias; MEABE, 30 Septiembre 1826, (333): "Previo pago de las rentas como los alimentos, vestidos y

inclinamos a pensar que tratándose de algunos patrimonios es uso generalizado, que si bien se estimaba su valor anualmente, la ganancia era cumulativa al patrimonio social[169], sin embargo en comunidades constituidas entre inquilinos o en la mitad reservada el reparto anual parece es la regla aplicable[170]. Con carácter excepcional se establece que el disfrute de esta ganancia sea de forma mancomunada[171], o se reserve en su totalidad para los instituidos[172].

Una vez cuantificado su valor, se procede al reparto siendo la regla general el que se haga por mitades e iguales partes:

> "Con su hija donataria y su futuro yerno, trabajando lo que cada uno buenamente pueda, costeada la manutención y demás atenciones de casa, lo que sobre partirán a medias y contribuirán a la misma proporción si faltase"[173].
>
> "Previo pago rentas, alimentos, vestidos y calzados tanto en sanidad como en enfermedad, repartirán a medias e iguales partes la ganancia así en dinero, granos, ganados, como en otra forma "[174].
>
> "se repartirán a iguales partes entre ambas familias el resto de los usufructos y aprovechamientos de la enunciada hacienda y pertenecidos, y mejoras que hubiere en el ganado bacuno, satisfaciendo en la misma proporción las perdidas que resultaren "[175].
>
> "Partiendo a medias lo que sobrase y contribuirán en la misma proporción si faltase "[176].

Es único el criterio empleado en las escrituras, tanto de partición de la ganancia como en la contribución a las perdidas "a medias e iguales partes".

---

calzados, tanto en salud como en enfermedad repartirán a medias e iguales partes la ganancia así en dinero, granos, ganados, como en otra forma"; MEABE, 14 Agosto 1827, (345): será por mitades el usufructo y mejoras que hubiese en ganado y participación igual en pérdidas; MEABE, 18 Agosto 1827, (346): "distribución en iguales partes entre las dos familias".

[169]LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73): "participarán proindiviso en los beneficios y en las cargas"; LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): "Disfrutarán proindiviso y en común, sin hacer ninguna partición"; es un criterio que se sigue en la sociedad que tiene como base un patrimonio troncal.

[170]BARRENECHEA, 28 Diciembre 1826, (248): " las ganancias y perdidas que resultaren anualmente despues de costeados todos los gastos serían partibles a medias e iguales partes". En los arrendatarios la regla es la partición anual de las ganancias.

[171]BARRENECHEA, 17 Septiembre 1826, (244).

[172]BARRENECHEA, 3 Marzo 1827, (250): hemos indicado anteriormente que esto tiene lugar cuando se constituye una comunidad de vida con padres ancianos, en la que éstos gravan al donatario con la carga de sus alimentos y exequias fúnebres.

[173]AREITIO, 7 Julio 1831, (41).

[174]MEABE, 30 Septiembre 1826, (333).

[175]MEABE, 14 Agosto 1827, (345).

[176]ASTIAZARAN,18 Mayo 1824, (141).

Se computan ordenadamente todos los gastos e ingresos. Si existiere ingresos, que siendo de la comunidad hubiere percibido improcedentemente el donante, se procede a su restitución a la comunidad y mediante operación matemática a la regularización del saldo resultante[177]. En casi la totalidad de las escrituras en las que se acuerda la cuota de participación en las ganancias, es a medias.

348. **Régimen de Gobierno conjunto.-** El régimen de gobierno de la comunidad es conjunto en 71 escrituras[178].

Excepcionalmente en 5 escrituras son los instituyentes los que asumen la gestión de la comunidad, si bien en tales casos se trata de sociedades sujetas a término[179]. En 10 escrituras, por el contrario, asumen el gobierno los instituidos[180], tratándose de la

---

[177]LANDABURU, 3 Febrero 1826, (70): "que el donatario tiene descubierto de 450 reales del pago de la dote....la pensión de 320 reales que le impuso el donante por la entrega de los montes...y 240 reales por la mitad de la soldadas que se le adeudan al hermano por servicio a la casa, asciende la deuda del donatario a mil doce reales vellón, de los que deben deducirse por participaciones comunes en primer lugar 167 reales mitad del coste de un carro nuebo comprado por el donatario para el servicio de la casa; 187 reales mitad del impórte del braceage de los carbones que en sociedad se sacaron en el año último en los montes de la pertenencia de los mismo otorgantes, y cobraron éstos en su totalidad; y últimamente 73 reales por igualmitad de braceage, asimismo cobrado por el donante, de forma que con la deducción la deuda a favor de los donantes asciende a 594 y medio reales pagaderos en 4 años ". No es inusual encontrar en las escrituras este detalle en las cuentas .

[178]Este régimen de gobierno es habitual el que se recoja en los contratos matrimoniales pertenecientes a distintas Escribanías lo que demuestra su carácter generalizado en la Merindad de Durango. La naturaleza de los bienes no es determinante a la hora de establecer este régimen de gobierno, en todo caso, cuando se opta por otro responde a unas necesidades particulares de los donantes, bien porque quieren tener una posición de independencia respecto a los hijos o por el contrario una mayor dependencia en razón a su avanzada edad.

[179]ASTIAZARAN, 27 Enero 1832, (210): los contrayentes quedan sujetos a los donantes "siendo los citados padres responsables de todo gasto de mantenimiento de la familia que llegase a tener, siendo además árbitros a manifestar su gratitud si se comportasen bien, y les ayudan a llevar sus impertinencias"; ASTIAZARAN, 6 Febrero 1829, (190): el gobierno de la comunidad corre a cargo de los instituyentes: "Llevando la instituyente el peso de la casa y disponiendo como cabeza de familia, estando sujetos a ella tanto su hijo como su nuera; ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152); INUNCIAGA, 30 Agosto 1823, (284.); ECHEANDIA, 24 Abril 1824, (423).

[180]LANDABURU, 30 Octubre 1830, (83); BARRENECHEA, 28 Abril 1824, (237).; BARRENECHEA, 28 Febrero 1825, (238); BARRENECHEA, 12 Noviembre 1826, (246); BARRENECHEA, 3 Marzo 1827, (250): "todas las ganancias que hubiere son para los instituidos"; BARRENECHEA,14 Abril 1828, (254): "serían por mitades las ganancias si a voluntad de los donantes, éstos cargan con sus alimentos y pagos de la renta"; ERCILLA, 24 Marzo 1823, (256): los alimentos de los instituyentes corren a cargo de los instituidos; GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308): se reservan las ganancias a los instituidos "Trabajndo todos indistintamente lo que cada uno pueda a beneficio de dichos futuros contrayentes, quienes harán y costearán a los referidos donantes el calzado y ropa necesarias e igualmente a la hermana...ayudándose recíprocamente...en sanidad y enfermedad...con el respeto debido a

creación de una comunidad de vida, en la que los hijos contrayentes asumen la obligación de los alimentos de sus ancianos padres.

Esta forma de gobierno conjunto no responde al empleo de un determinado título transmisorio de los bienes, ni tampoco a la tipología de los mismos, sino entraña una voluntariedad común a quienes disponen en vida de sus bienes, consistente en no ponerse en posición preeminente sino de igualdad respecto al elegido, constituirse uno respecto al otro, en su *alter ego;* plano de igualdad que se mantiene a la hora de su participación en los resultados, como hemos expuesto, y del mismo modo en la partición de los bienes, si llegare el caso de que la comunidad se disolviera por no congeniar los caracteres, momento en el que se procede al reparto igualitario de los bienes para su disfrute independiente.

Este principio de igualdad y disponibilidad conjunta que no es ocasional sino que hace su presencia en otras instituciones del sistema[181]. La forma en la que se expresan es la siguiente:

> "Que está resuelto a vivir en una unión y compañía .....manteniéndose en una mesa, gobernando en sociedad los pertenecidos de la enunciada casería, y ocurriendo con sus productos a los gastos de manutención, y demás que se ofrezcan en sanidad y enfermedades, partiendo por mitad el superavit que resultase, no se hará al pronto partición alguna de los expresados ganado, ramienta y efectos muebles sino que harán uso común de todos ellos"[182].
>
> "Llevando la instituyente el peso de la casa y disponiendo como cabeza de familia, estando sujetos a ella tanto su hijo como su nuera. "[183]

La comunidad o sociedad de trabajo constituida entre tres matrimonios, padres de ambos contrayentes con gobierno separado, "gobernará cada una su parte", si bien se acuerda un régimen de comunidad para las grandes tareas[184].

---

padres; GANGUTIA, 31 Agosto 1833,(327): "Trabajando todos indistintamente a beneficio de los contrayentes"; MEABE, 19 Mayo 1827, Meabe, (344): reserva de las ganancias a favor de los instituidos, pagarán las rentas y alimentos de los donantes."Todos los usufructos y aprovechamientos de la casería y pertenecidos serían para los contrayentes, pagando estos mismos las rentas anuales".

[181]Disposición conjunta de los bienes del matrimonio (FN. 20, 9).

[182]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44).

[183]ASTIAZARAN, 6 Febrero 1829, (190); BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826, (247): se constituye comunidad de vida y trabajo a plazo. Los donantes recibirán y mantendrán a los contrayentes y se reservan la totalidad de los frutos durante un plazo, transcurrido éste serán los donatarios quienes se harán cargo de mantener al donante, en sanidad y enfermedad, sin carga alguna, el vestido interior y exterior, trabajando éste lo que buenamente pueda.

[184]ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212); GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311): "se constituye comunidad de vida y trabajo hasta la recolección de los frutos del año próximo, trabajando todos indistintamente lo que cada uno buenamente pueda, y ayudándose unos a otros recíprocamente en la

1. El gobierno se ejerce y representa a una familia única, se expresan en estos términos: "formando una sola familia"[185]; "formando una sociedad entre ambas familias"[186]; "formando una misma sociedad en el uso y aprovechamiento de sus bienes y efectos, y lo propio en todo lo relativo a lavores"[187], hecho que tiene trascendencia frente a terceros.

2. Este gobierno se ejerce sobre bienes que se mantienen en proindiviso[188]:

> "disfrutarán proindiviso y en común, sin hacer ninguna partición ni división de bienes. Las labores, obligaciones y participación de los productos de la industria ha de ser común "[189]

3. Para cualquier acto de disposición sobre bienes de la sociedad, expresamente, se requiere el consentimiento de ambos:

> "la donataria ni el futuro marido no podrán derribar por pié árbol alguno sin anuencia del donante mientras viva"[190].
>
> "Para disponer precisa el asentimiento de los donatarios"[191].
>
> "haciendo en común todos los tratos, convenios u cualquiera fianza en beneficio de ellos"[192].

No olvidamos que el patrimonio social está formado por bienes cuya titularidad la ostenta el instituyente o bien el instituido, en función de si existe o no donación inter-vivos; en consecuencia en su doble condición consentirá el socio que además es nudo propietario.

4. ¿Cabe la transmisión de la nuda propiedad por parte del donatario? Excepcionalmente, la respuesta sería afirmativa si se trata de la disposición a favor de sus hijos, a título gratuito, tanto inter-vivos como mortis causa[193], ahora bien, esta sería la

---

recolección y siembra en comunidad, efectuada nueva recolección podrán separarse de habitación así donantes como donatarios".

[185]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95).

[186]MEABE, 19 Junio 1826, (332); MEABE, 30 septiembre 1826, (333).

[187]LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88).

[188] LANDABURU, destaca la nota de indivisión en el disfrute de los bienes: LANDABURU3 Marzo 1829, (76); LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78); LANDABURU, 2 Diciembre 1831, (89); LANDABURU, 26 Enero 1832, (91); .

[189]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95).

[190]ASTIAZARAN, 12 Abril 1824, (139).

[191]BARANDICA, 13 Mayo 1822, (380).

[192]GANGUTIA, 16 Julio 1832, (321). .

[193]FN. 20, 17.

excepción a la regla, puesto que no cabe en ningún otro caso la disposición a título lucrativo, por las siguientes razones:

1. Por el tenor literal del estatuto social que establece que ha de disponerse de forma conjunta.

2. Por el carácter familiar de este disfrute bien en sociedad con el hijo, o mediante reserva de usufructo vitalicio, si la sociedad se disuelve, disfrute que ha de quedar garantizado y protegido de la ingerencia de extraños a la familia[194].

3. Por imperativo legal que establece "que el tal donatario no pueda a falta de tales herederos descendientes disponer de los bienes donados en vida, ni en muerte", por quedar sujetos a la reversión legal[195].

4. Por la propia naturaleza de la institución que trata de alcanzar la indivisión del patrimonio familiar.

349. **Responsabilidad mancomunada de los socios.-** Los miembros responden mancomunadamente[196], el escribano Landáburu se expresa de esta manera:

> "respondiendo también a las obligaciones que puedan gravitar sobre ellos, en sociedad omnimodamente y utilizando en comunidad en la propia forma"[197].

V. La disolución de la comunidad.

350. **Causas de disolución de la comunidad.-** Las causas de disolución de la comunidad que figuran en las escrituras son las siguientes:

1. Por no congeniar los caracteres.

2. Por muerte de ambos instituyentes.

---

[194]Cabe interpretarse esta norma en el contexto de varias leyes del Fuero que otorgan preferencia en su derecho al padre que donó sus bienes con la carga de alimentos y exequias fúnebres frente a los que pudieran alegar algún derecho sobre los bienes o frente a los acreedores del donatario (FN. 23, 1 y 2) .

[195]FN. 20, 17.

[196]LANDABURU, 13 Enero 1823,(60); LANDABURU, 3 Marzo1829, (76); LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88); LANDABURU, 2 Diciembre 1831, (89); LANDABURU, 26 Enero 1832, Landaburu, (91); LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95).

[197]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95).

3. Por premoriencia del instituido sin descendencia .

No constituyen causas de disolución la muerte de un instituyente o la premoriencia de uno o ambos instituidos en el supuesto de que dejare descendencia.

Como desarrollaremos más adelante, se regulan detalladamente en la escritura la disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres y por premoriencia del instituido sin descendencia, en la cláusula de la reversión de los bienes. Se prevén a continuación los efectos de la disolución y el destino de los bienes. No olvidan de regular la posición personal y patrimonial en la que queda el cónyuge viudo, por el contrario, le dedican una especial atención, bajo el siguiente enunciado: "bienes con los que sale de la comunidad el cónyuge supérstite".

Las causas de disolución que contiene el documento, así como las consecuencias que de ello se derivan constituyen la "lex contratus", determinando que no tenga lugar la aplicación con carácter supletorio de las causas recogidas en las Partidas, contrarias a lo dispuesto[198].

351. **La disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres.-** Se regula prácticamente en la totalidad de las escrituras la causa de la disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres o porque no pudieren avenir en comunidad por cualquier causa y lo hacen del siguiente modo:

> "bien entendido que si no pudiesen avenir en la sociedad adoptada, podrán cualquiera de las partes separarse y en este caso se harán dos partes iguales todos los bienes muebles semovientes y existencias de cualesquiera clase y condición que hubiere en casa y quedaran los padres con la una en su mitad de hacienda y la otra mitad se le entregará a los jovenes con los seiscientos ducados que componen sus respectivas dotes"[199].

> "Sino pudieran congeniarse los caracteres, que lo podrán hacer a petición de cualquiera de las partes"[200].

En otras escrituras se da una mayor apertura a posibles causas:

---

[198]P. 5, 11, 10: "Desátese la compañía...por muerte natural de alguno de los compañeros: ca maguer sean muchos, desfazese la compañía, por muerte del uno. ...alguno de ellos fuese desterrado es llamado en latín muerte civil....si alguno de los compañeros es encargado de muchos deudos ...o perdiendose de otra guisa....".

[199]LANDABURU, 25 Enero 1823, (62).

[200]LANDABURU, 30 Julio 1825, (68); ASTIAZARAN, 8 Abril 1826, (153): la legitimación para solicitar la disolución aparece expresada en numerosas escrituras en estos términos: "a instancia de la madre o de los hijos";

> "Sino pudieren advenir en la sociedad adoptada por cualquier causa que sobrevenga, tendrán acción y derecho ambas partes y cualquiera de ellos para separarse"[201].

Con carácter esporádico aparecen adicionalmente otras causas de disolución de la comunidad, tales como el que se excluyese al asociado de la casa y de la labranza por acomodar en ella a otro hijo[202] o bien por desalojo por parte del propietario de la vivienda en la que han constituido la sociedad.

352. **Legitimación para solicitar la disolución de la comunidad.-** Gozan de acción y derecho para solicitar la disolución de la comunidad sus miembros, es decir, el matrimonio de los donantes o donatarios[203]. El margen de libertad para solicitar la disolución de la comunidad es amplio, no se requieren causas graves y probadas, basta el que se alegue que no congenian los caracteres [204] o cualquier otra causa análoga[205].

353. **Aspectos que han de tenerse presentes al analizar las consecuencias de esta disolución.-** En 114 escrituras se prevén las consecuencias de la disolución por no congeniar. Antes de pasar a examinar los documentos debemos tener en consideración lo que sigue:

1. La comunidad ostenta la titularidad en el disfrute de los bienes, de tal modo que su disolución sólo puede incidir en el goce futuro de los bienes, hasta ahora societarios. En lo que concierne a la titularidad de los mismos, ha de atenerse a las consecuencias que se derivan del título transmisorio.

---

[201]LANDABURU,13 Enero 1823, (60); en los mismos términos BARRENECHEA, 28 Abril 1824, (237).

[202]LANDABURU, 24 Abril 1823, (63): en cuyo caso le indeminazarán, se trata de una escritura que contiene la cesión del arrendamiento condicionada.

[203]LANDABURU, 13 Enero 1823, (60); LANDABURU, 30 Julio 1825, (68.): "tendrán acción y derecho ambas partes y cualquiera de ellos para separarse"; BARRENECHEA, 7 Diciembre 1824, (236): podrán pedir la disolución cualquiera de ellos; BARRENECHEA, 28 Abril 1824, (237); ERCILLA, 9 Abril 1825, (266); GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311): se constituyó la comunidad sujeta a término y añaden: "podrán solicitar su disolución a instancia de los donantes o donatarios cumplido el plazo".

[204]En 68 escrituras pertenecientes a distintas escribanías se prevé esta circunstancia.

[205]AREITIO, 1 Julio 1833, (57): "sino pudieran advenir en la sociedad adoptada por cualquier causa que sobrevenga".

2. La disolución por esta causa determina siempre la partición de los bienes. Es decir, el disfrute que se llevaba a cabo en sociedad, se divide y cada miembro asume de forma independiente la explotación y el difrute de los bienes.

3. La disolución producirá la resolución parcial de la disposición en el caso de que su mantenimiento constituya condición a la que sujetan la eficacia de la disposición de los bienes.

Hemos de recordar que en algunas escrituras el título transmisorio aparece redactado con carácter alternativo, y en función de que la comunidad se mantenga o se disuelva dá lugar a la aplicación de uno u otro título.

354. **Disolución por no congeniar: Partición de los bienes para su disfrute independiente.-** Es decir el patrimonio social cuyo disfrute era proindiviso se divide, y a partir de este momento, el disfrute de la mitad de los bienes se hace de forma independiente

La partición del patrimonio social se lleva a cabo como sigue:

> "Que en el caso inesperado de que no pudieren abenir y congeniarse en dicha sociedad se procederá a su disolución, y consiguiente separación de familias, partiendo por mitad e iguales partes entre dichos padres y cualesquiera de ellos, y los citados contrayentes todos los frutos de trigo y maiz y demas especies, paja, fierros, ganados, ramienta de labranza y demás bienes muebles existentes en dicha casería, sus heredades y pertenecidos, comprendiéndose tambien en la partición cualesquiera suma en dinero procedente de la sociedad, reputándose en este concepto lo que estubiese entregado, ó por entregar de la dote y exceptuando solamente los bienes de arreo de esta, y los vestidos respectivos de cada uno y verificado de esta suerte el reparto, pasarán los prevenidos padres, o cualquiera de ellos a ocupar la mitad reserbada, que con sus pertenecidos tendrán a elección, y la otra mitad ocuparán los contrayentes."[206].

Se reparte el patrimonio social en su totalidad para su disfrute futuro de forma independiente: la vivienda, heredades, ganados, frutos, dinero existente en la comunidad, créditos etc..todo, a excepción de los bienes de arreo personal de cada matrimonio. Se crea dos lotes semejante por parte del instituido y según la costumbre en el Duranguesado el padre donante será quien elija.

En primer lugar, se detraerá del acervo social la cantidad que por dotación deba la comunidad a los hijos solteros[207], se ocupan las escrituras con especial esmero de dejar

[206]AREITIO, 22 Enero 1831, (31).

[207]GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313): se detraerá la cantidad para la dotación del hermano soltero; ZUAZUA, 23 Diciembre 1833, (126). LANDABURU, 5 Abril 1831,(86): si no se hubiere deducido la dotación a hermanos asumirán donantes y donatarios por mitad esta obligación; LANDABURU, 3 Marzo 1829, (76): previa deducción dote de hermanos.

regulado quién asume la obligación de dotar a los restantes hijos, cuando hasta entonces esta obligación la asumía la sociedad[208], siendo, podemos afirmar, regla general el que se detraiga en primer término las cantidades destinadas a la dotación de los restantes hermanos; se deducirán de la masa el importe de las deudas, si se acordó que las deudas contraidas por la comunidad se deduzcan del valor de los bienes de la misma, previo a su partición[209]. Se procederá a continuación a la partición de los bienes y , en su caso, de las deudas[210]; si se ha acordado que la dote entre en la comunidad en plazos escalonados, la cantidad ya aportada será objeto de partición y también el crédito de lo pendiente de entrega[211]. Al llevar a cabo la partición de los bienes, se detallan minuciosamente particularidades[212], lo que pone de manifiesto el ejercicio del principio de libertad civil y en coherencia, la ausencia de reglas únicas.

La entrega de los bienes se llevará a cabo en el preciso momento de la separación [213]. Tratándose de una comunidad que tiene su sede en una vivienda en régimen de

[208]MEABE, 7 Septiembre 1827, (348): "entregarán la mitad de todos los bienes, granos, herramientas y demas existencias que al tiempo de dicha separación correspondíesen a los donantes, reservando previamente la cantidad para la dotación de otra hija"; LANDABURU, 25 Enero 1823, (62): "se procederá a la partición de los bienes por mitades, incluyendo las cantidades aportadas como dote y deduciendo las cantidades reservadas para dotación hermano".

[209]GANGUTIA, 15 Junio 1833, Gangutía, (325): partición bienes y un cuarto para el padre del novio, una vez descontadas las deudas de la masa; LANDABURU, 3 Marzo 1829, (76): se procederá a la partición de los bienes por mitades. Se obligan los donantes mancomunadamente y cada uno por el todo a entregar libremente.

[210]ZUAZUA, 23 Diciembre 1833, (126): se procederá a la partición de los bienes por mitades. Comprenden los dos lotes tanto bienes como créditos y las deudas existentes. Además lo aportado por la novia; ASTIAZARAN, 20 Marzo 1830, (196): partición bienes por mitades, frutos y tierras para que cada uno maneje su parte y perciba sus frutos.

[211]LANDABURU, 25 Enero 1823, (62).

[212]Así la herramienta mayor, cuya titularidad conservan comúnmente los instituyentes hasta su muerte se mantiene su uso compartido por ambos matrimonios: ASTIAZARAN, 20 Marzo 1830, (196): la herramienta mayor la manejarán en común y las reparaciones efectuadas en dicha maquinaria se reembolsarán proporcionalmente por parte del adjudicatario de la misma; ASTIAZARAN, 17 Noviembre 1832, (221): "la herramienta reparada se justipreciará y aquel a quien toque en suerte llevarla pagará al otro la mitad de la tasación, en el caso de muerte de los donantes, pagará la mitad del valor en que se tase a los herederos de aquellos".

[213]GANGUTIA, 1 Agosto 1833, (327): entregará el padre una cantidad de dinero (algo inferior al que le asignó por donación) y los muebles y llevarán los contrayentes la cantidad que por dotación recibió el novio y no tendrá efecto la donación hecha a la novia, la entrega tendrá lugar "el mismo día separación y desunión, sin otro ni más plazo término ni dilación pena de ejecución y costas de la cobranza".

inquilinato, en algunos casos se pacta la cesión del arrendamiento o bien la bipartición de la vivienda[214]. Los frutos pendientes se repartirán asimismo a medias[215].

> "...y consiguiente separación de familias, partiendo por mitad e iguales partes todos los frutos de trigo, maiz....ganados, ramientas, sus heredades, pertenecidos, comprendiendose también en la partición cualesquiera suma en dinero procedente de la sociedad, reputándose en este concepto lo que estubiese entregado, ó por entregar de la dote"[216].

355. **Disolución por no congeniar: derecho de elección de su mitad.-** La partición de los bienes será por mitades[217], salvo contadas excepciones[218]; a la parte que sale obligada por la otra, se le reconocerá el derecho a una cantidad adicional en el reparto[219], el hijo procederá a la partición de los bienes y a la formación de lotes y los padres tendrán derecho a la elección, por ser esta la costumbre generalizada en el duranguesado[220].

---

[214]LANDABURU, 5 Abril 1831,(86): partición bienes por mitades incluso arrendamiento, tierras y renta; MEABE, 9 Junio 1826, (332): se hace cesión del inquilinato a los contrayentes; MEABE, 30 Septiembre 1826, (333): se partiran los bienes por mitades la vivienda en régimen de inquilinato, las heredades y pertenecidos, los bienes muebles, pagando cada uno su renta. El gobierno será con independencia a partir de este momento y se entregará el arreo; MEABE, 14 Agosto 1827, (345): se procederá a la partición de los bienes por mitades, dividiendo la casería a fin de tener los dos matrimonios una vida independiente.

[215]ZUAZUA, 18 Enero 1833, (121); 20 Julio 1833, (229).

[216]AREITIO, 22 Enero 1831, (31).

[217]La regla general es la partición de los bienes por mitades: LANDABURU, 3 Marzo 1829, (76): se procede a la partición de los bienes por mitades. Se obligan los donantes mancomunadamente y cada uno por el todo a entregar libremente, previa deducción dote de hermanos y mitad de la dote; LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): partición bienes por mitades, arreo, con obligación de costear la mitad exequias; LANDABURU, 5 Noviembre 1831, (88): partición bienes por mitades. Reservándose los donantes la cantidad en metálico.

[218]GANGUTIA, 1 Agosto 1833, (327): entregará el padre una cantidad de dinero (algo inferior al que le asignó por donación) y los muebles y llevarán los contrayentes la cantidad que por dotación recibió el novio y no tendrá efecto la donación hecha a la novia. GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311): los donatarios recibirán los capitales donados y partirá a medias todo lo demás, excepto el capital que será para los donatarios y el ajuar doméstico para los donantes; GANGUTIA, 2 Enero 1831, (312): entrega a los contrayentes de un tercio de todos los muebles existentes en la comunidad a excepción del ganado que se reservan los donantes.

[219]LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95): partición bienes por mitades, tanto bienes donados como dotados, estos últimos previa deducción de cantidad para dotar hermanos . La parte que salga obligada de la otra recibirá una cantidad adicional que se deduce de lo donado. Si saliese de propia voluntad no tendrá derecho a cantidad.

[220]ZUAZUA, 2 Julio 1831, (113): se procede a la partición de los bienes por mitades "partiendo el hijo y eligiendo la madre".

> "se partirán por mitad e iguales partes todos los bienes .....y en tal caso el donante tendrá facultad de elegir la habitación para si en la prenotada casería en uso de la reserva que lleva hecha, que desde luego surtirá los efectos que comprende desde el momento en que se verifique la separación puesto que sin su perjuicio se ha adoptado la expresada unión"[221].

> "cuya repartición en caso de separación hará el recordado (hijo) y en su consecuencia elegirán sus padres, según la costumbre, ...y de que la mitad de las denotadas casa y caserías ....o sus porciones heredades montes, y demas hayan de gozar en caso de separación aunque faltase qualquiera de los donantes el sobrebibiente mientras sus días"[222].

356. **La reserva de usufructo de la mitad en previsión de la disolución por no congeniar.-** En las escrituras en las que ha existido designación con donación de los bienes, algunos escribanos establecen la reserva de usufructo para el caso de que la comunidad se disuelva o, cuando se emplean otros títulos, se hacen donaciones intervivos de presente con eficacia pospuesta al momento de la disolución de la comunidad por no congeniar los carácteres[223].

En base a esta reserva se atribuirán la mitad de los bienes en usufructo, de los que el padre instituyente podrá disponer como tenga a bien a favor de otro hijo[224].

Los escribanos Areitio y Meabe[225] recogen, alternativamente a la constitución de la comunidad, la reserva de usufructo de la mitad de los bienes mediante esta cláusula:

> "Reserban los citados ...y su muger ...en si, y para si y para ambos ínterin sus días, ó de cualquiera de ellos la mitad del usufructo, y aprovechamiento de dicha mitad de casería

---

[221]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44).

[222]ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118).

[223]BARRENECHEA, 17 Septiembre 1826, (244): se procederá a la partición de los bienes por mitades, incluyendo en la partición la dote del novio y "desde ahora para entonces hacían los unos a favor de los otros y estos en la de aquellos gracia y donación pura, mera, perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos"; GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311): los donatarios recibirán los capitales donados y partirá a medias todo lo demás, excepto el capital que será para los donatarios y el ajuar doméstico para los donantes; GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313) separar la cantidad de la dotación del hermano soltero. Resto bienes por dividirán por mitades exceptuando el dinero de donantes y donatarios, tanto el que tienen como el que en lo sucesivo adquieran.

[224]ERCILLA, 9 Abril 1825, (266) partición bienes por mitades"quedarían los padres con la una en su mitad de hacienda, que aunque tiene donada en su propiedad a su hijo les pertenece en uso de la reserva causada, el usufructo de su mitad en toda su extensión y la otra mitad ó parte se les entregaría a los jóvenes junto a sus dotes y deducida la cantidad de 1oo ducados correspondientes a la dotación de su hermano, quedando los padres con libre disposición de invertir ó dejar sus bienes a cualquiera de sus hijos.

[225]Son 21 escrituras las que pactan ambas cláusulas. Es común el empleo de esta fórmula en Areitio.

.....Que sin perjuicio de las reserbas que incluie la primera condición y del uso que pasarán a hacer uso de ellos cuando tengan por combeniente, los recordados .....han de vivir desde ahora en una unión y compañía en la denotada casería manejando en sociedad sus heredades y pertenecidos....Que en el caso inesperado de que no pudiesen abenir, y congeniarse en dicha sociedad se procederá a su disolución, y consiguiente separación de familias, partiendo por mitad e iguales partes todos los frutos de trigo, maiz....ganados..ramientas, sus heredades, pertenecidos, comprendiendose también en la partición cualesquiera suma en dinero procedente de la sociedad, reputándose en este concepto lo que estubiese entregado, ó por entregar de la dote ...y verificado de esta suerte el reparto, pasarán los prevenidos (donantes)o cualesquiera de ellos a ocupar la mitad reserbada que con sus pertenecidos tendrán a elección" [226].

"Prometen, donan y mandan a la expresada ...su nuera para si misma e hijos que tubiese en su segundo matrimonio ...con expresa condición de que hubiesen de vivir según al presente juntos en dicha casa mesa y compañía....y en el caso inesperado sino pudiesen vivir juntos....qualesquiera de ellos tendrá facultad de separarse y aconteciendo así harán el reparto de los bienes efectos muebles, ganados bacunos, lanar.....con la dote de la referida novia a medias e iguales partes entre la donante y los recien casados, sin que estos ni aquellos puedan solicitar cosa alguna demas....y desde ahora para entonces hacían los unos en fabor de los otros gracia y donación pura, mera, perfecta e irrebocable que el derecho llama intervivos de dicha mitad "[227].

La reserva de usufructo entrará en vigor en tal supuesto[228], con carácter vitalicio en tanto vivan alguno de los donantes. Es frecuente que para tal evento, los padres se reserven el dinero existente en la comunidad a fin de poder disponer de él a favor de los restantes hijos[229].

En escrituras en las que el título empleado es la donación universal condicionada, en el caso de disolverse se dona la mitad en pleno dominio.

---

[226]AREITIO, 22 Enero 1831, (31).

[227]BARRENECHEA, 17 Septiembre 1826, (244).

[228]MEABE, 11 Julio 1829, (357): partición bienes por mitades, respecto a bienes muebles privados mediante una contraprestación en dinero metálico, siendo esta contraprestación condición de validez de la obligación.

[229]GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313): una vez se detraiga la cantidad para la dotación del hermano soltero, el resto de los bienes por mitades exceptuando el dinero de donantes y donatarios, tanto el que tienen como el que en lo sucesivo adquieran; GONDRA, 4- Noviembre 1824, (370): En esta escritura por el contrario serán los donatarios quienes se quedarán con el dinero y tren de cocina; GANGUTIA, 9 Agosto 1831, (316): al efectuar la partición de los bienes se quedarán los donantes con parte del dinero donado, ajuar doméstico y personal a su elección, el resto de los bienes será para los donatarios; GANGUTIA, 28 Abril 1833, (324): los contrayentes entregarán al donante una cantidad en dinero equivalente al valor de lo donado, en efectivo metálico y no en otra cosa, sin dilación, bajo pena ejecución. La casa vivienda, molino u otra la ocuparán los contrayentes.

357. **La partición de los bienes por no congeniar como regla general en todo tipo de pactos sucesorios.-** ¿En que medida incide la disolución de la comunidad por no congeniar en la eficacia de la disposición de los bienes?.

Sería necesario examinar el papel que cumple la comunidad y su mantenimiento en la voluntad transmisoria.

En estas disposiciones de bienes existen dos planos de eficacia que es necesario diferenciar. La eficacia transmisoria de titularidades y la eficacia en el goce de los bienes.

1. En el primer supuesto el mantenimiento de la comunidad solo incide en la forma de disfrute de los bienes. En un porcentaje elevado de escrituras que contienen la cláusula de la comunidad, su disolución por no congeniar incide en el segundo plano. El goce indiviso constante comunidad, se divide y cada matrimonio lo detenta de forma independiente hasta la muerte de los disponentes.

Queremos poner de relieve que esta partición de los bienes para su disfrute independiente, tiene lugar tanto en escrituras en las que el título transmisorio es el de institución simple de sucesor con eficacia *post- mortem* [230], como en el supuesto de que se trate de la designación de sucesor tronquero con donación pura, perfecta, mera, irrevocable e inter-vivos[231].

Esta respuesta uniforme evidencia que en el plano relativo a la eficacia en el disfrute quedan equiparadas la posición del instituyente y del instituido, con

---

[230]ZUAZUA, 2 Julio 1831,(113): contiene una designación de sucesor tronquero se partirán los bienes por mitades "repartiendo el hijo y eligiendo la madre" .Partición bienes créditos y deudas; ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118): contiene una designación en bienes vinculados; ZUAZUA, 18 Enero 1833, (121): son bienes adjudicados por partición hereditaria; En idéntico sentido: ASTIAZARAN, 20 Julio 1820, (154): contiene la designación en bienes vinculados, ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (206): contiene la designación de sucesor.

[231]Las escrituras que se detallan a continuación contienen la designación de sucesor tronquero, en bienes libre o vinculados, con donación inter-vivos de los mismos: ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212): AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16); AREITIO, 22 Enero 1831, (31); LANDABURU,18 Octubre 1827, (74); LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78); ASTIAZARAN, 13 Febrero 1823, (129); ASTIAZARAN, 7 Febrero 1824, (137); ASTIAZARAN, 12 Abril 1824, (139); ASTIAZARAN, 18 Junio 1825, (147); ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152). INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286): Se dispuso con carácter alternativo en previsión de tal evento la reserva del usufructo de la mitad con carácter vitalicio e íntegro durante la vida de los donantes y de cualquiera de ellos, prorrogándose a los dos años inmediatos al fallecimiento de ambos donantes a favor de su hija legítima o su representación; LANDABURU, 25 Enero 1823, (62): contiene la institución de heredero condicionada y se establece la dividisión por mitades una vez deducidas de la misma las cantidades que se habían consigando para dotar a los restantes hermanos"; LANDABURU, 5 Abril 1831, (86): contiene una donación universal y se establece la partición de los bienes por mitades, incluso arrendamiento, tierras y renta, si no se hubiere deducido la dotación a hermanos asumirán donantes y donatarios por mitad esta obligación.

independencia del título empleado y que lo común es que disfruten de la mitad de los bienes de forma independiente hasta el momento en el que tenga lugar la muerte de ambos instituyentes. Se recoge como sigue:

> "Se partirán por mitad todos los bienes muebles, granos, ganados, alhajas, dinero, créditos, ropas y enseres de la casa que tuvieren al tiempo de la separación. Con idéntico criterio divisorio repartirán la cantidad en metálico que en su día fué aportada por el contrayente y que pasó a constituir patrimonio de la comunidad, debiendo quedar los padres otorgantes en la casa que ocupare al tiempo de la disolución hasta su muerte"[232].

2. Incidirá en la eficacia transmisoria de titularidades, sólo en los contratos matrimoniales en los que constituye condición suspensiva de la disposición el hecho del mantenimiento de la comunidad, siendo los supuestos mas relevantes los de institución de heredero universal[233] o el de donación universal de bienes[234]. Disuelta la comunidad se producirán los efectos que se hayan previsto para tal evento, que sistematizamos de la siguiente manera:

a) La respuesta que precede será aplicable a las 10 escrituras que contienen la institución de heredero universal condicionada[235], o en las 8 que alternativamente contienen la donación inter-vivos de la mitad del patrimonio mueble, desde ahora para entonces y la institución de heredero universal de los bienes si la comunidad se mantiene hasta la muerte[236].

b) En 4 escrituras se dispone mediante donación de la totalidad del patrimonio o de la mitad, en función del mantenimiento de la comunidad[237], por tanto le corresponde idéntica respuesta. Se expresan en estos términos:

---

[232]GANGUTIA, 23 Enero 1830, (304): el título empelado es el dona promete y manda.

[233] INUNCIAGA, 20 Febrero 1823, (280) "Y siempre que subsistan juntos en armonía hasta el fallecimiento de los donantes, instituie este por si y a nombre de la citada difunta muger, y en uso de dicho su poder y facultad, por sucesor y unibersal heredero al recordado su hijo donatario, con obligación de hacer y costear su entierro".

[234]ASTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213): "Donación universal condicionada post-mortem o donación de la mitad". La comunidad es una cláusula que dá lugar a que alternativamente se disponga del todo o de la mitad, en función de su mantenimiento.

[235]AREITIO, 5 Enero 1828, (10); AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18); AREITIO, 22 Febrero 1831, (34); LANDABURU, 25 Enero 1823, (62); LANDABURU, 24 Abril 1823, (63); ZUAZUA, 18 Enero 1833, (121); ASTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158); GANGUTIA, 2 Enero 1831, (312); GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313); MEABE, 15 Febrero 1829, (349).

[236]AREITIO, 29 Septiembre 1828, (13); AREITIO, 17 Septiembre 1829, (17); AREITIO, 4 Diciembre 1829, (20); AREITIO, 16 Abril 1831, (37); AREITIO, 8 Junio 1832, (47); AREITIO, 1 Julio 1833, (57); LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95).

[237]ASTIAZARAN, 4 Febrero 1829, (189); ASTIAZARAN, 24 Septiembre 1830, (204); ASTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213); ASTIAZARAN, 16 Diciembre 1832, (222).

> "Si falleciese conservando esta sociedad, todo lo que le pertenezca será para su hijo, a quien desde ahora, para el caso propuesto dona, excluyendo a ..con un real de plata, si no pudieren congeniar dona la mitad[238] .

> "Donan el todo ó la mitad , según lo que ocurra"[239].

c) Del mismo modo ocurrirá en las 4 escrituras cuyo título transmisorio es la donación mortis-causa o bien donación post-mortem[240] o en las que contienen la donación -promesa o manda[241].

358. **Disolución de la comunidad por muerte de ambos instituyentes: diversos supuestos.-** La muerte de ambos instituyentes determina el que la comunidad se disuelva y que la disposición sucesoria causada produzca plenos efectos. Distinguiremos dos supuestos:

1. Si la eficacia del título se sujeta a la condición de que se mantuviera la comunidad hasta la muerte de los donantes, cumplida la condición el título adquirirá eficacia plena. Se expresan de este modo:

> "....y la institución de único y universal heredero de la otra mitad y demas de que fuese dueños a su fallecimiento"[242].

> "...permaneciendo en esta unión y compañia, serán para los recordados su hijo...y futura esposa todos los bienes muebles, semovientes, existencias, derechos,y acciones, que quedasen al fallecimiento del último de los padres íntegramente sin dependencia de otro alguno[243].

> "...que al presente tiene y les pueda corresponder en lo sucesibo en cualesquiera manera por todos títulos, sin exceptuación de cosa alguna, "[244].

> "...donación pura, mera o irrevocable que el derecho llama interbibos, separando y excluiendo como desde ahora separan y excluyen a .....si los donantes fallecieren viviendo en la casa, mesa y compañia de los futuros contrayentes .....entonces

---

[238]ASTIAZARAN, 4 Febrero 1829, (189).

[239]ASTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213).

[240]ZUAZUA, 5 Abril 1833,(123): Si bien el tenor literal es mortis -causa del contenido de la escritura se desprende que quiere expresar con eficacia *post-mortem*; ASTIAZARAN, 3 Febrero 1824, (136); ASTIAZARAN, 29 Julio 1826, (155); ASTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158).

[241]ZUAZUA, 25 Abril 1832, (119); BARRENECHEA, 5 Enero 1828, (253); .BARRENECHEA, 14 Abril 1828, (254).

[242]AREITIO, 5 Diciembre 1820, (18); AREITIO, 5 Enero 1828, (10).

[243]LANDABURU, 25 Enero 1823, (62).

[244]GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308)

heredaran todos sus bienes muebles, ropas, ajuares de casa, ganados, granos y castañal"[245].

"donan en contemplación al matrimonio que ha de celebrar con ...todos los bienes muebles, semovientes, ramientas de labranza, toda clase de efectos de casa, y demas existencias y producciones, que hubiese en ella y quedasen como propios suios al fallecimiento de ambos donante"[246].

2. Si el título transmisorio era firme pero el goce de los bienes estaba reservado, total o parcialmente al instituyente, la muerte de los padres usufructuarios determina la eficacia plena de la disposición[247].

"para sí ínterin sus días y los de cualquiera de los dos"[248].

"usufructo íntegro vitalicio de una caserío y la mitad de la otra, hasta tanto que fallecieran todos los donantes"[249].

"para sí y durante sus largos días y de qualquiera de ellos la mitad del usufructo y aprovechamiento"[250].

Se trata frecuentemente de escrituras que contienen la designación de sucesor con donación, en las que el disfrute de los bienes aparece compartido o reservado, en virtud de pacto de comunidad o la constitución de una reserva, y en las que la muerte de los instituyentes determina la integración de los bienes con el que ostenta la nuda propiedad, determinando que produzca plenos efectos la institución sucesoria, quede en suma consolidada[251].

---

[245]GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313): en esta ecritura perteneciente a vecinos de Elorrio puede apreciarse que se sujetan a la legalidad del Fuero y del Reino, se desprende de la referencia expresa a ambas legalidades, del apartamiento de los hermanos y de la referencia a las dotes entregadas a las hermanas, con cargo a lo que les correspondiere por legítima paterna y materna.

[246]LANDABURU, 13 Enero 1823,(60).

[247]AREITIO 27 Febrero 1832, (44) " ..y la otra mitad (reservada en usufructo) entrarán a gozar y usufructuar dicho su hijo y futura consorte despues del fallecimiento del donantey su legítima representación". BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826(247): "bien entendido de que si viviendo juntos en una casa mesa y compañía falleciese el donante serán todos para los donatarios"; (ZUAZUA, 25 Abril 1832, (119); ZUAZUA, 5 Abril 1833, (123); ASTIAZARAN, 3 Febrero 1824, (136); ASTIAZARAN, 20 Julio 1820, (154.); ASTIAZARAN, 6 Febrero 1829, (190).

[248]GONDRA, 29 Octubre 1825, (377).

[249]BARANDICA, 13 Mayo 1822, (380).

[250]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235).

[251] Se desprenden estos efectos de la lectura del título empleado unido a la extinción de la limitación que entraña la vida en comunidad o la reserva de usufructo, por efecto de la muerte, BARRENECHEA, 28 Diciembre 1826, (248):Partición bienes ó consolidación sucesoria en la totalidad bienes, si bien dona post mortem los bienes. reservados; en el mismo sentido: ZUAZUA: 5 Abril 1833, (123); ASTIAZARAN,12 Abril 1824, (139); ASTIAZARAN, 17 Abril 1824, (140); ASTIAZARAN, 20 Julio 1820, (154); ASTIAZARAN, 29 Julio 1826, (155); ASTIAZARAN, 1 Febrero 1827, (158);

En este momento se abrirá la sucesión de los instituyentes, los que en vida fueron instituidos sucesores o herederos y ya aceptaron los bienes, no ha lugar ni delación ni aceptación de la herencia, los bienes cuya posesión detentan pasarán a tenerlos en plena propiedad. Para que la designación produzca plenos efectos sólo será necesario que el instituido o su descendencia sobrevivan al instituyente.

359. **La premoriencia del instituido sin descendencia.-** Si premuere el instituido y no quedare descendencia de su matrimonio, la comunidad familiar se disuelve y la institución de sucesor o donación causada a favor del contrayente se resuelve, teniendo lugar la reversión legal de los bienes[252] o la pactada en el contrato matrimonial[253].

Este supuesto de disolución, causas que le dan origen así como el destino que han de seguir los bienes aparece muy detallado en la cláusula que regula la reversión convencional. Se prevé si el premuerto es el sucesor o la dotada y a su vez en cada supuesto con qué sale el supérstite, quién es el reversionario de los bienes y qué bienes han de revertir etc.., aspectos que analizaremos al estudiar esta cláusula[254].

ASTIAZARAN, 6 Febrero 1829, (190); ASTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213); ASTIAZARAN, 16 Diciembre 1832, (222); BARRENECHEA, 12 Noviembre 1826, (246); BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826, (247); BARRENECHEA, 28 Diciembre 1826, (248).

[252]FN. 20, 27: "alguno dá lo suyo en su vida á su hijo, ó á otro heredero, con cargos de alimentos y obsequias; y el tal hijo, ó heredero muere en vida del tal padre, ó donador, sin que dexe hijo, ni descendiente; en tal caso, dixeron: Que ordenaban, que la tal donación sea tornada al Padre, ó al que la dió, para usar, y hacer, como de sus bienes propios; y que el tal donatario no pueda á falta de los herederos descendientes disponer de los tales bienes donados en vida, ni en muerte".

[253]Son 224 las escrituras que contienen la reversión de los bienes. BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, (234): "Todas las partes otorgantes de una unión y conformidad ponen por pacto y condición expresa, e imbiolable, que si lo que Dios nuestro Señor no permita se disolbiesen los dos enunciados matrimonios sin hijos y habiéndolos falleciesen antes de tener edad para testar, ó llegados no lo hiciere, que en tal caso cada uno de los quatro futuros nobios salgan con sus respectivos bienes y mitad de gananciales, que adquirieren constante sus matrimonio, y en falta del citado (novio)...sin subcesión recaerán esta recordada casa y casería .....y todos sus respectivos pertenecidos .....en los (padres) consortes y qualquiera de ellos; sobreviviéndoles y en defecto en la (hermana) ó su representación legítima; con pensión de que se le haian de entregar a la insinuada (esposa del sucesor) su dote mas ....que lleban arrados y condonados, todos en dinero efectivo metálico usual y corriente en estos dichos Reynos y Señoríos de España y no en vales Reales papel moneda creado ó por crear ni en otra especie alguna, y todos los bienes efectos muebles de arreo granos de trigo y maíz, dinero efectivo, y demás que se le quedan prometidos donados y mandados para su matrimonio, con la mitad de gananciales que adquiriesen constante él, entregados al plazo ó plazos en que se combinieren ambas partes ...".

[254]En las que contienen la cláusula de la reversión convencional de los bienes, se establece como opera la reversión y por otra parte como queda el cónyuge supérstite. A la causa legal de premoriencia del donatario sin descendencia se añade que existiendo ésta no tuviere edad de poder testar o que habiendo alcanzado fallecieren abintestato. La reversión versará sobre los bienes que en su día aportó

360. **Supuestos de disolución: régimen de los frutos pendientes.-** Es frecuente que, para ambos supuestos de disolución, tanto por no congeniar los caracteres como por muerte, se prevea quién tiene derecho a los frutos pendientes, siendo una cláusula frecuente el que se establezca que se partirán por mitades[255]; en otras escrituras se acuerda la prórroga del usufructo hasta el 1º de Noviembre, una vez acaecida la muerte de los donantes, es decir la fecha en la que se hace el balance económico de los beneficios obtenidos en el año[256] o bien, si se ha pactado una comunidad a término, optan por fijar éste al tiempo de la recolección de los frutos[257].

VI. El mantenimiento de la comunidad.

361. **Mantenimiento de la comunidad: supuestos.-** La comunidad se mantiene en los siguientes supuestos:

1. Premuerte de uno o de ambos instituidos dejando descendencia. La comunidad de vida y trabajo continúa entre el instituyente y los descendientes del instituido, quienes habían sido nominados sucesores sustitutos en el contrato matrimonial del instituyente premuerto[258].

2. La muerte de uno de los instituyentes en nada modifica la comunidad de vida existente, el supérstite conserva idénticos derechos a los que ostentare hasta entonces, en virtud de la armónica coexistencia de los derechos que por comunicación le corresponden

---

mas la mitad de los gananciales generados constante matrimonio, mas la cantidad que en concepto de arras, le hubiere donado el premuerto, para tal supuesto. Se analizará estos aspectos en el estudio que haremos sobre la cláusula de reversión.

[255]ASTIAZARAN, 15 Diciembre 1827, (173): la donante recibirá la tercera parte de los bienes, los frutos pendientes deducidos todos los gastos, asumiendo la donante el gasto de sus exequias; ASTIAZARAN, 12 Abril 1824, (139); ASTIAZARAN, 20 Julio 1833,(229): "partiendo a medias los frutos y el producto del carbón que se saque de los montes".

[256]ASTIAZARAN, 29 Mayo 1830, (198); BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, 234); INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281); INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286).

[257]GANGUTIA, 16 Noviembre 1830, (311): "Constituyen comunidad de vida y trabajo hasta la recolección de los frutos del año próximo.... efectuada la recolección podrán separarse".

[258]F.N. ley 1,23: " ....por cuanto acaece, que algunos dán lo suyo en su vida á hijos, ó parientes en casamiento, ó por otra vía. con cargo de sus alimentos, u obsequias: Y en vida de los Donadores mueren los hijos, ó Donatarios, á quien donaron los tales bienes, dexando hijos, ó sucessores menores; y los Donadores á vezes por defraudar á los tales menores, y hacer heredar lo que assi donaron á sus hijos .....".

Los Contratos examinados en los que se contiene designación de sucesor se dispone a favor de un contrayente y de los hijos habidos en este matrimonio, es decir los hijos figuran designados , en consecuencia si premuere el donatario vendrán a ocupar su lugar.

al disolverse su matrimonio, y por otra parte, de los que se han pactado en relación a la vida en comunidad y a la reserva de usufructo.

> "Que aún cuando falleciere cualesquiera de dichos padres, seguirá con el que o la que de entre ellos sobreviviere el mismo orden de sociedad y compañía, pues siempre compondrá una familia"[259].

A la luz de los documentos, la comunidad no experimenta mutación alguna por muerte de un instituyente, sino que continúa con el supérstite en idénticas condiciones a las que ostentaren ambos instituyentes. Evidencia esta apreciación la obligatoriedad por parte del donatario del pago de las exequias fúnebres del instituyente supérstite con el que conviva[260], la cláusula que regula los efectos que se derivan del mantenimiento de la comunidad hasta la muerte de ambos instituyentes[261], el carácter vitalicio de la reserva del usufructo de la mitad de los bienes[262] en tanto vivan uno de los instituyentes, y por útimo *a fortiori* relacionándolo con el derecho que se le reconoce al supérstite cuando la comunidad se disolvió por no congeniar los caracteres[263].

El instituyente puede estipular que si quedare viudo recibirá unos bienes y dejará la comunidad [264]. Del mismo modo, figura el acuerdo en virtud del cual se fija la entrega de una renta diaria y objetos de uso personal a favor del supérstite, en lugar del derecho de usufructo[265], es decir, las escrituras, una vez mas, ponen de relieve que a la hora de hacer este tipo de disposiciones, los otorgantes establecen todo tipo de cláusulas al objeto de lograr un acoplamiento de la disposición con sus necesidades concretas, lo que pone de relieve la existencia de un amplio sentido de la libertad civil.

362. **El régimen de la asociación y su incidencia en el pacto sucesorio.-** Nos hemos visto en la necesidad de analizar con detalle la comunidad

---

[259]AREITIO, 22 Enero 1831,(31).

[260]Se consigna en 73 escrituras que el donatario se hará cargo del pago de la exequias del último de los donantes con el que convive en comunidad.

[261]Son 72 las escrituras que regulan los efectos que se derivan . Hemos indicado que se es miembro por matrimonios y en consecuenicia la permanencia del cónyuge viudo en la comunidad con el mismo grado de participación será la consecuencia.

[262]Son 54 las escrituras que recogen la cláusula de reserva de usufructo de la mitad con carácter vitalicio.

[263]ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118): partición bienes por mitades, la elección de la parte será por los padres, según costumbre de esta villa conservándolos vitaliciamente el donante supérstite.

[264]GANGUTIA, 21 Febrero 1830,(305): Si la causa fuese la muerte de la donante, el donante supérstite podrá separarse recibiendo un tercio de todos los bienes que tuvieren y dos tercios quedarán a favor contrayentes.

[265]ASTIAZARAN, 6 Junio 1829, (191).

familiar pactada por tratarse de una cláusula muy frecuente y por otra parte, el régimen establecido para la sociedad será el que se aplique a los bienes dispuestos mediante pacto sucesorio y por tanto en estos casos el que aplicaremos a los supuestos que nos hemos planteado al comienzo de este capítulo.

No nos hemos ocupado sino de aquellos aspectos que hacen relación a nuestra investigación, si bien nos ha parecido que mediante el estudio de estos contratos matrimoniales puede uno acercarse al conocimiento de instituciones de nuestro sistema, cuyo contenido figura distorsionado, en algunos casos por influencias doctrinales perteneciente a sistemas ajenos con principios divergentes y con categorías que no se corresponden con el sistema vizcaíno[266].

No conocemos bien algunas instituciones del sistema foral, pues las vemos tras una lente que las deforma, despojándolas de todo contenido jurídico y reduciéndolas a datos de significado sociológico con valor meramente histórico.

[266]Sirva de ejemplo la figura del apartamiento. A la luz de las escrituras el apartado no es un desheredado, porque si bien posibilita el sistema el que algunos hijos queden apartados, los otorgantes refieren como han quedado atendidas cada uno de sus hijos y cómo atiende al que da origen a ese contrato matrionial. La forma en la que atiende a todos responde a la conducta del padre previsor y sabedor de las necesidades de cada uno de los hijos y con las dotes de un hábil gestor que sabe lo que puede fraccionar o escalonar al objeto de mantener el patrimonio familiar indiviso

Capítulo 18. **Reservas que establece el instituyente o donante.**

I. Del usufructo de la mitad de los bienes.

363. **Volumen de escrituras que recogen la reserva de usufructo de la mitad; título de disposición al que acompañan.-** En 59 escrituras en las que el título de disposición empleado es la designación de sucesor con donación inter-vivos o el de donación universal, los otorgantes se reservan la mitad del usufructo de los bienes donados. La reserva se recoge del siguiente modo:

> "Los donantes reservan para sí durante sus días y hasta todos los Santos inmediato siguiente al fallecimiento de aquel que sobreviva entre ambos, la mitad del usufructo y aprovechamiento de la hacienda donada, mitad que aún muerto el uno de los dos, la gozará el otro íntegramente, acreciendosele la parte del que haya dejado de existir"[1].
>
> "... para sí ínterin sus días y los de cualquiera de los dos"[2].
>
> "...usufructo íntegro vitalicio de una casería y la mitad de la otra, hasta tanto que fallecieran todos los donantes, habiéndose de aumentar y recrecer en favor de cualquiera de ellos a los que sobrevivieran y al último supérstite en falta de dos de ellos, la parte y porción tocante a los premuertos, para mientras sus días "[3].
>
> "... para sí y durante sus largos días y de qualquiera de ellos la mitad del usufructo y aprovechamiento "[4].

364. **Concurrencia de esta reserva con la asociación.-** En 21 de las 59 escrituras aparece esta cláusula conjuntamente con la comunidad de vida. En 11 casos corresponde a escrituras en las que el título transmisorio empleado es la designación de sucesor con donación inter-vivos de los bienes, cesión de acciones y toma de posesión de

[1]BARANDICA, 2 Abril 1831, (388).
[2]GONDRA, 29 Octubre 1825, (377).
[3]BARANDICA, 13 Mayo 1822, (380).
[4]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235).

los mismos, es decir con eficacia de presente, en la que se acuerda la comunidad de vida y se añade que la reserva de usufructo tendrá vigencia en el caso de que la comunidad se disuelva:

> "...el donante tendrá derecho a elegir la habitación para sí en la prenotada casería en uso de la reserva que lleva hecha, que desde luego surtirá los efectos que comprende desde el momento en que se verifique la separación puesto que sin su perjuicio se ha adoptado la expresada unión "[5].

> "...quedarían los padres con la una en su mitad de hacienda, que aunque tiene donada en su propiedad a su hijo les pertenece en uso de la reserva causada, el usufructo de su mitad en toda su extensión y la otra mitad ó parte se les entregaría a los jóvenes junto a sus dotes y deducida la cantidad de 100 ducados de la dotación del hermano"[6].

Se trata del establecimiento de la reserva de usufructo con carácter sustitutorio, establecida de presente con eficacia pospuesta al momento en el que tenga lugar la disolución de la comunidad de vida por no congeniar los caracteres. Aspectos sobre los que hemos tratado al hablar de la disolución de la comunidad.

En otras escrituras se trata de la disposición de bienes, en los que existe una reserva de usufructo a favor del abuelo[7]o bien en la que se ha pactado escalonadamente una comunidad sujeta a término y cumplido éste la reserva de usufructo de la mitad[8].

365. **La reserva de usufructo y el disfrute independiente de la mitad de los bienes.-** En 38 escrituras no se constituye comunidad de vida, sino que los otorgantes al disponer de sus bienes se reservan el usufructo de la mitad de los mismos, manifestando que en virtud de esta reserva no puede considerarse una donación inmensa, puesto que con la reserva queda garantizada su manutención[9].

En este caso, al igual que en las escrituras en las que se pacta la comunidad de vida, el donante quiere mantenerse en el disfrute de los bienes donados, generalmente en la mitad; al pactarse la reserva el disfrute será independiente.

---

[5]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44).

[6]ERCILLA, 9 Abril 1825, (266).

[7]GONDRA, 4 Noviembre 1824, (370): reserva del usufructo íntegro a favor del abuelo; AZTIAZARAN, 17-4-1827, (163): establece el usufructo de la mitad con carácter vitalicio a favor del abuelo, la otra mitad la gozarán a partes iguales donante y donatario y después a medias

[8]ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216).

[9]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44).

366. **La reserva de usufructo y el título de disposición empleado.-** A fin de delimitar el sentido y alcance que pudiera tener la constitución del usufructo en la época objeto de examen, se ha analizado la frecuencia de esta cláusula en las escrituras y se ha examinado el título transmisorio que las mismas contienen, pues podría entenderse, desde una perspectiva actual, que quedaría circunscrito a las escrituras en las que haya existido una trasmisión presente de la titularidad de los bienes.

No es así, la reserva de usufructo aparece tanto en escrituras en las que se dispone de los bienes por medio de donación[10] como en las que exclusivamente se utiliza el título sucesorio[11].

367. **Leyes del Fuero que regulan aspectos del derecho de usufructo.-** El Fuero Nuevo se refiere a esta reserva en varias leyes. Específicamente trata de la reserva de usufructo establecida por los padres donantes respecto a los bienes donados y fija las facultades del usufructuario[12]. En las tres leyes del tít. 21 que regula la donación de la universalidad de los bienes con carga de los alimentos y exequias fúnebres de los donantes se prevé el supuesto de que "no se pudiere mantener con el usufructo de ellos"[13].

---

[10]Puede decirse que la regla es que acompañe a la designación de sucesor con donación AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16), AREITIO, 3 Julio 1830, (24); AREITIO, 22 Enero 1831, (31); AREITIO, 12 Enero 1831, (69).

[11]AREITIO, 5 Diciembre 1829, (18); ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212); ASTIAZARAN, 8 Marzo 1832, (213); ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216); INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288).

[12]FN. 17, 9: "Por quitar algunos inconvenientes y pleitos que recrecen entre algunos padres, que son usufructuarios en su meytad en algunas caserías, y entre sus hijos o donatarios ....que los robles que nunca esquilmaron, los tales padres donadores, no puedan esquilmar".

[13]Se regulan los efectos de la donación en el supuesto de falta de cumplimiento de la carga, afectación de los bienes por deudas contraidas por el donatario y defecto en el cumplimiento de la carga; FN. 23, 1: "que algunos dan lo suyo en su vida a hijos, o parientes en casamiento, ó por otra via, con carga de sus alimentos, y obsequias: Y en vida de los donadores mueren los hijos, ó donatarios, á quien donaron los tales bienes, dexando hijos.....no se podiendo mantener con el usufructo de ellos, declare que libremente los puedan dar á otro hijo...".

FN. 23, 2: "algunos dan los suyo, á sus hijos, ó profincos, en casamiento, ó por otro título, con la dicha carga de alimentos y obsequias: Y los tales donatarios .....contrahen deudas ...y se oponen á la execución los donadores, con su contrato, ó hypoteca anterior en vida de los tales donadores, ó de qualquier de ellos, que pretenda semejante hipoteca, ó título de alimentos (sin consentimiento del tal donador) por ninguna deuda, ni delito del dicho donatario, ni de sus descendientes se pueda vender, ni enagenar los bienes assi donados".

FN. 23, 3: "muchas veces dán y donan sus bienes á sus hijos, ó á otros qualesquiera por título de dote, ó donación *propter nuptias*.....el donatario no dá bien al tal donador sus alimentos, vestido y calzado".

El Fuero regula el usufructo del padre sobre los bienes de sus hijos [14], y el usufructo que se le concede al cónyuge viudo[15], específicamente, cuando se trata del cónyuge donador supérstite[16].

Existe un denominador común a todas estas leyes. Se trata de un derecho que la ley confiere a una persona concreta en relación con el bien, por otra parte, su sede se circunscribe al campo familiar. El título 24 reglamenta varios tipos de servidumbres reales, no existiendo referencia alguna al derecho de usufructo.

368. **La reserva de usufructo de la mitad a favor de los padres.-** Lo frecuente es que los padres sean los usufructuarios de los bienes. De las 59 escrituras que recogen la reserva de usufructo, en 54 aparecen los progenitores; en 5 escrituras figuran otros miembros de la familia quienes han dispuesto de los bienes, sería el caso de los tíos[17], o el hermano sucesor (sin descendencia)[18].

369. **Las reserva de usufructo: su carácter vitalicio e íntegro.-** La reserva se realiza a favor de ambos padres donantes, o del que de ellos sobreviva[19], abarcando en ambos casos la mitad íntegra.

> "Los donantes reservan para sí durante sus días y hasta todos los Santos inmediato siguiente al fallecimiento de aquel que sobreviva entre ambos, la mitad del usufructo y

---

[14]FN. 22, 1: "el padre o madre, que vivo quedare, sea legítimo tutor, y administrador.....y el tal padre goze y lleve el usufructo de los bienes de sus hijos todo el tiempo, que el, ó sus hijos, ó qualquier de ellos estuviere sin casar".

[15]FN. 20, 2 y 8; 21, 1.

[16]Recoge la reserva de usufructo, sobre la mitad de los mismos, con carácter vitalicio y que se mantiene íntegro a favor del cónyuge supérstite FN. 23, 1: "Y si el Abuelo donador fuere muerto, y la Abuela viva, ó en contrario, el que vivo quedare, pueda demandar su mantenimiento de los bienes de la meytad del finado, salvo, si por contrato, ó convención de partes fuere puesto, y assentado otra cosa".

[17]BARANDICA, 13 Mayo 1822, (380): "usufructo íntegro vitalicio de una casería y la mitad de la otra, hasta tanto que fallecieran todos los donantes, habiéndose de aumentar y recrecer en favor de cualquiera de ellos a los que sobrevivieran y al último supérstite en falta de dos de ellos, la parte y porción tocante a los premuertos, para mientras sus días"

[18]INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288): "que el donante y dicha esposa hayan de disfrutar lo mismo que al presente, la mitad íntegra del usufructo, y aprovechamiento de toda la expresada hacienda durante la vida de ambos y qualquiera de ellos. Que quando fallezca su madre, y suegra, tendrán los mismos donantes, y su esposa, y qualquiera de ellos , que la sobreviva, a su elección, el disfrutar, y gozar la actual mitad de usufructoy aprovechamiento a.la que disfruta y goza la sobredicha su madre.."

[19]ASTIAZARAN, 2 Octubre 1824, (145); ASTIAZARAN, 31 Julio 1827, (165); ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216); INUNCIAGA, 8 Septiembre 1823, (286).

> aprovechamiento de la hacienda donada, mitad que aún muerto el uno de los dos, la gozará el otro íntegramente, acreciéndosele la parte del que haya dejado de existir"20.

Se trata de un usufructo de carácter vitalicio, íntegro a favor del cónyuge supérstite y según figura en una escritura, mediante esta reserva a favor del mismo queda garantizado lo que pueda corresponderle por comunicación, se expresan así:

> "Reserban en si, y para si y para ambos ínterin sus dias, ó de cualquiera de ellos la mitad del usufructo, y aprovechamiento la indicada reserba respecto a Maria de Arteaga (madre donante) se hace en consideración a la dote que tiene aportada a su matrimonio y cuio reintegro la compete en caso de su disolución, y por el mucho afecto que la profesa el denotado Juan Domingo, queriendo sea tan estable y subsistente como si hubiese tenido succesión a pesar de que por carecer de ella no le corresponde la comunicación de bienes que prescribe la Ley foral de este Señorio"[21].

370. **La prórroga del usufructo hasta el término del ejercicio económico.-** Es frecuente el que se pacte que no se extingue el usufructo en el momento de la muerte de los donantes, sino que se prorroga hasta la fecha 1º de Noviembre, en la que se efectúa la recolección y se hace el balance del resultado económico anual de la explotación[22], en todo caso, aunque nada se pacte, entendemos, que en aplicación de varias leyes del Fuero[23] debe resarcírseles a los herederos del usufructuario en la cuantía en la que aquél contribuyó a su producción[24].

En otras escrituras, se pacta la prórroga del usufructo a favor de quien dispuso el usufructuario o de su representación legítima, y tendrá lugar una vez que hayan fallecido los donantes [25].

---

[20]BARANDICA, 2 Abril 1831, (388); INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281): usufructo de la mitad con carácter vitalicio, en tanto viva cualquiera de los donantes; ASTIAZARAN, 31 Julio 1827, (165); INUNCIAGA, 8 Septiembre 1823, (286): Usufructo de la mitad vitalicio, se mantiene integra la reserva durante la vida de los donantes y de cualquiera de ellos;

[21]AREITIO, 22 Enero 1831, (31): esta escritura deja evidenciado que esta reserva de la mitad sustituye a lo que por comunicación le perteneciere al cónyuge donante, es decir el pacto sustituye a la legalidad. Por otra parte pone de relieve el transfondo de onerosidad que existe en el contrato matrimonio.

[22]INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281).

[23]FN. 20, 4 y 8, que queda corroborado con la información documentaria que disponemos

[24]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235): Reserva del usufructo de la mitad con carácter vitalicio, la otra mitad la disfrutará el sucesor desde la celebración y previo pago al inquilino de la mitad de las labores de siembra y simiente.

[25]INUNCIAGA, 8 Septiembre 1823, (286); ASTIAZARAN, 1 Julio 1827, (165); ASTIAZARAN, 29 Mayo 1830, (198): usufructo de la mitad vitalicio, pactando prórroga a su carácter vitalicio. Esta reserva preexistente a este contrato matrimonial se transmite al contrayente durante tres años inmediatos a la muerte del reservatario; ASTIAZARAN, 25 Mayo 1833, (225): Usufructo de la mitad vitalicio y dos años mas a favor de quien dispusiere; ICABALCETA, 20 Abril 1833, (277): Usufructo de la mitad con carácter vitalicio,

"Que la misma reserba vitalicia de mitad de usufructo y aprovechamiento causada por los donantes seguirá a beneficio del hijo o hija que tubiese en su compañía el que o la que de entre ellos últimamente falleciese ó de aquel ó aquella a cuio favor dispusiere por testamento o en otra forma por tiempo y espacio de un año contado desde primero de Noviembre siguiente a su fallecimiento, y a más por el que restase hasta aquel día desde el que se verifique su muerte sean uno, dos, cuatro, ocho, diez o mas días ó meses y cumplido que sea dicho año antrarán a gozar y usufructuar por entero el citado su hijo donatario, su futura esposa y su legítima representación, sin parte acción, ni dependencia de otra persona alguna "[26].

"si el fallecimiento del donante supérstite se verifica en el intermedio desde el día de todos los santos al 30 Abril inclusive, esta mitad de usufructo reservada será pertinente a su testamentaría hasta todos los Santos siguiente, pero acaeciendo dicho fallecimiento en el período restante del año, el derecho de la testamentaría al usufructo se prolongará entonces hasta todos los Santos del año siguiente"[27] .

Como hemos indicado con anterioridad se toma como fecha de referencia la de todos los Santos. Con ello se trata de posibilitar que se cierre del ejercicio económico y participe en sus resultados. La finalidad de esta prórroga no es otra que la de posibilitar la recuperación de los gastos efectuados por el usufructuario, mediante la liquidación del ejercicio económico en el que se efectuaron estos.

371. **Fecha de comienzo y término del usufructo.-** Se acuerda a partir de que momento entrarán en el disfrute de los bienes los donantes y donatarios.

Lo común es que si sólo se pacta la reserva de usufructo será al tiempo de la celebración del matrimonio; si la reserva de usufructo se ha acordado para el supuesto de que la comunidad de vida se disuelva, será una vez acaecida la disolución y realizada la partición de los bienes.

Existe precisión a la hora de establecer los plazos y términos, tanto de comienzo como de cese de la reserva, asi como en la fijación de los bienes que corresponde, empleandose fórmulas de este tenor:

---

si premuriere la donante su consorte en segundas nupcias tendrá derecho al usufructo por dos años más; INUNCIAGA, 8 Septiembre 1823, (286): Usufructo de la mitad vitalicio, íntegramente durante la vida de los donantes y de cualquiera de ellos. Prórroga por dos años inmediatamente posteriores al fallecimiento de ambos donantes su hija legítima o su representación ; VERGARA, 29 Diciembre 1824, (396): la mitad del usufructo, goce y aprovechamiento de todos los bienes raíces donados, tendrá carácter vitalicio. Usufructo que a su muerte disfrutará por plazo de dos años la hija de la donante, incluida la mitad de la vivienda.

[26]AREITIO, 3 Julio 1830, (24).

[27]BARANDICA, 5 Junio 1830, (386).

" reserban en si, y para si los dos y cualquiera de ellos todos los productos y rentas de los donotados bienes vinculados y agregados del corriente año, y del próximo venidero de 1830 hasta el día 1º de Noviembre, y desde entonces en adelante ínterin sus días o de cualesquiera de ambos la mitad de su usufructo y aprobechamiento, debiendo entrar a gozar y usufructuar la otra mitad dicho día primero de Noviembre de 1830 el prevenido su hijo donatario ....y su consorte...o su voz, haciéndose para ello en este tiempo, ó antes la separación y división conducentes según estan combenidos y después del fallecimiento de los dos donantes los gozarán y usufructuarán por entero los mismos donatarios y su legítima representación, sin parte, acción ni dependencia de otra persona alguna" [28].

'Usufructo de Mitad Vitalicio, según costumbre, gozarán desde ahora los contrayentes y la otra mitad los donantes mientras vivan los dos y cualquiera de ellos"[29].

"Usufructo de Mitad Vitalicio y el resto los donatarios desde 1º Noviembre, si el donante pasará a vivir en comunidad con los donatarios el usufructo será integro para el donatario con obligación alimentaria"[30].

"Usufructo de Mitad Vitalicio, según costumbre, gozarán desde ahora los contrayentes y la otra mitad los donantes mientras vivan los dos y cualquiera de ellos y tendrá efecto a partir de la celebración del matrimonio" [31].

En algunas escrituras, se establece la reserva en usufructo como consecuencia de disolución de la sociedad por no avenir los carácteres, en este caso, a la disolución de la sociedad le sigue la partición de los bienes, y tanto el momento en el que se realiza, como los bienes correspondientes a la mitad elegida por el padre, serán el término inicial y se corresponderá con la mitad reservada en usufructo. Se expresan del siguiente modo:

" que las heredades, montes, jaros, castañales, robledales y demás para su usufructo haya de dividir y repartir el nominado ....su hijo y elegir los donantes según costumbre de este país, haciendo igual reparto de las porciones de heredades que le tocan al Sr. ...vecino de la villa de Durango que tiene arrendadas de muchos años a esta parte (al donante) pagando sus rentas anualmente al mismo a medias e iguales partes"[32].

372. **La reserva de usufructo o de los bienes en función de la distinta naturaleza de los mismos.-** Quedan afectos a la reserva de usufructo los bienes objeto de donación. Esta sería una respuesta válida para un porcentaje elevado de escrituras. Atendiendo a la naturaleza de este derecho han de tratarse de bienes de naturaleza no consumible, inmuebles, muebles, herramientas explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales. Cuando se trata de bienes consumibles se procede a la reserva de los mismos.

---

[28]AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16).

[29]ASTIAZARAN, 31 Julio 1827, (165).

[30]BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242).

[31]ASTIAZARAN, 31 Julio 1827, (165).

[32]MEABE, 12 Marzo 1827, (339).

Hemos constatado que existe un diversificación a la hora de fijar cuáles quedan reservados en propiedad, cuáles comparten el usufructo y en que proporción al donante y al donatario y a qué plazos[33].

Es frecuente que la herramienta reciba un trato diferenciado; tratándose de herramienta mayor, el que se pacte su manejo en común[34], y la menor, se reserve la mitad cada una de las partes, y a la muerte pase la totalidad al donatario[35]. Según costumbre en el Duranguesado, si esta reserva tiene su origen con motivo de la disolución de la comunidad, la fijación de la mitad vendrá determinada por los pactos relativos a la disolución de la comunidad y partición de los bienes[36], teniendo derecho a la percepción de la parte que le corresponda en los frutos pendientes de modo que no se enriquezca sin causa el nuevo titular de los bienes; queda garantizada la igualdad en el reparto por ser el donatario quien divide los bienes y el donante quien elija.

[33]GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310): 1ºDesignación de sucesor en el vínculo : 1º Han de gozar desde la celebración de su matrimonio hasta el fallecimiento del donante de la casa accesoria y heredades, manzanales, argoma, helecho que en el día labra y maneja el inquilino sin parte alguna en la casa mayor. 2º Durante sus días los donantes han de poder cortar en los montes de dicha casería el ramaje y leña para el fuego...y podrá cortar todos los árboles infructíferos que creyese por conveniente. ...Y el resto del ramaje haya de ser a medias e iguales partes, entre éste, y los futuros contrayentes. 3º Usufructo a media de la castaña que actualmente disfruta el inquilino de la casa accesoria y por el contrario se reserva íntegra la que actualmente disfruta el inquilino de la casa principal. 4º Los contrayentes desde el día que se casen en adelante disfrutarán la cuarta parte del molino porcionero 5º El donante haya de poder disponer a su libre voluntad de todos los viveros que tienen en el día en los pertenecidos de dicha casería (a excepción del roble que lleba donado y mandado en esta escritura). 6º Se reserva 12 pies de árboles brabos robles y 8 pies de robles trasmochados, todos ellos a elección del mismo donante..."; ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152): Usufructo de la mitad con carácter vitalicio respecto al bien libre donado y reserva total del usufructo de los bienes raíces donados Reserva de un cuarto del usufructo de la hacienda vinculada a favor del donante y una vez haya fallecida ésta será para los donatarios quienes deberan respectar el usufructo de la mitad que sobre la misma existe a favor de los abuelos; BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251): Usufructo vitalicio de la mitad sobre casería accesoria, pertenecidos. Comprenderá el usufructo las rentas del caserío cedido en inquilinato. Tendrán los donantes derecho a habitación y disfrute a medias de toda la casería e instalaciones para embasar sidra; BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, (234): reseva usufructo vitalicio, con división de vivienda y fijación de la fecha de comienzo del usufructo a favor de los instituidos; entran en el usufructo rentas y ganancias o pérdidas en contratos celebrado por los instituidos, asi como el ganado en admetería; GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310): la habitación principal la ocuparán los donantes y la accesoria los donatarios. De los bosques destinarán los árboles infructíferos para leña, ramaje. Los castañales a medias. Se reserva el donante el usufructo del molino. La libre disposición de los viveros. El derecho de derribo árboles. El derechode uso y habitación vitaliciamente sin pago renta, solo una parte de la vivienda si el donante se quedare viudo.

[34]ASTIAZARAN, 20 Marzo 1830, (196).

[35]ASTIAZARAN, 23 Octubre1830, (207); ASTIAZARAN, 17 Noviembre 1832, (221); BARANDICA, 6 Junio 1829, (383).

[36]ASTIAZARAN, 10 Marzo 1830, (196).

"Los bienes objeto de usufructo divide y reparte el donatario y eligen los donantes, según costumbre de este pais"[37].

Se procede igualmente a la división de la vivienda principal[38]o bien se asigna la habitación principal al donante y la accesoria al donatario[39].

Es frecuente que entre los bienes que se dividen existan montes en explotación forestal[40], existiendo una reglas específicas para este tipo de usufructo, que expondremos más adelante.

373. **Obligaciones del usufructuario.-** Las obligaciones del usufructuario aparecen recogidas en las Partidas[41] consisten en cuidar las cosas de manera que no se pierdan o empeoren por su culpa o por su codicia y concluido el usufructo, entregarlas al dueño o a sus herederos. Estos deberes reconocen una causa común, evitar el abuso y que un interés bastardo aumente la producción en detrimento de la cosa.

Respecto a las obras necesarias, el usufructuario está obligado a contribuir para que no caiga o empeore por su culpa. Esta obligación es acorde con la naturaleza del derecho de usufructo y aparece legalmente establecida[42].

1. Los gastos a cuya atención contribuirá el usufructuario son los gastos necesarios de mera conservación, que se conocen como gastos menores; los gastos mayores entiende la buena práctica son los concernientes a la utilidad perpetua de la finca, si el propietario lo hiciere voluntariamente, el usufructuario no podría impedirlo. Hechos por éste, existe

[37]BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251).

[38]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235); BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251).

[39]GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310).

[40]ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212); GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309) ; GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310); GANGUTIA, 30 Agosto 1833, (326).

[41]P. 3, 31, 20: "Pero aquel a quien fuere otorgado poder de esquilmar alguna destas cosas sobredichas de la esquilmar, dando primeramente recado que la cosa en que ha el usufructo non se pierda, nin se empeore por su culpa, nin por codicia quel meua a esquilmarla mas de lo que conviene. E que quando el finare. o se cumpliere en otra manera el tiempo a quel la deuia esquilmar, que la cosa sea tornada a aquel que otorgó el usufructo della, o a quien el mandare, o a sus herederos si el fuere finado ..." .

[42]P. 3, 31, 22: "... de manera que si fuere casa, que la repare é enderece que non caya, nin se empeore por su culpa. E si fuere heredad, que la labre bien, é si se secaren algunas vides, o arboles, que planten otros en su lugar. E si fueren ganados, e se murieren algunos, que de los fijos ponga é crie otros, en su lugar de aquellos que así murieren....".

disparidad de criterios por parte de la doctrina respecto a la posibilidad de reclamarlos a la conclusión del usufructo[43].

2. El usufructuario de heredad, viña o huerta, debe reponer con otros nuevos las vides y los árboles que se sequen[44].

3. Está asimismo obligado a reponer las reses muertas con otras que nazcan, es decir que la reposición se efectuará con los hijos o crias de la propia cabaña.

En 4 escrituras al tratar de esta reserva se establece que asumirá el donatario la obligación de atender los gastos necesarios en las edificaciones que le han sido entregadas[45], es una excepción a la regla y tiene una explicación: se trata de la reserva de usufructo constituida sobre bienes vinculados, por lo que el donatario, como todo poseedor de vínculo, está obligado a mantenerlo en un estado decente y permanente[46].

Del mismo modo, el usufructuario estará obligado a contribuir al pago de los gastos tributarios y a las rentas, en la misma proporción que participa en el disfrute[47].

Una vez finalizado el usufructo los bienes retornarán al nudo propietario[48]. La devolución se efectuará en los términos de lo pactado, tanto en lo que respecta al tiempo en la que ha lugar como al modo de efectuarlo, siendo frecuente se pacte su carácter vitalicio e íntegro, en tanto viva uno de los donantes y en ocasiones se prorrogue su disfrute. Se devolverán los bienes y se procederá a resarcir a los heredero del usufructuario del importe de los gastos realizados para la obtención de los frutos, entonces pendientes.

---

[43]Según GUTIERREZ (ob. cit., T. 2, 656) no son repercutibles a no ser que se demuestre que se trata de gastos necesarios. Otros autores entienden que se presume que son necesarios.

[44]Tal y como indica GUTIERREZ (ibídem) el precepto de las Partidas ha de interpretarse a la luz de los textos romanos II, 1, 38 Inst. y VII, I, 59 Dig. , entendiendo que si se debiere a que fueren arrancados por una tempestad no estan obligados a sustituir.

[45]ASTIAZARAN, 16Octubre 1830, (205); ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (206) ; ASTIAZARAN, 25 Mayo 1833, (225); GANGUTIA, 30 Agosto 1833, (326).

[46]MEABE, 15 Enero 1826, (329): es obligación del poseedor de los bienes vinculados el conservarlos en estado por lo que es necesario hacer las obras necesarias en las caserias, no procediendo acceder a la petición formulada por su padre consistente en la entrega de la mitad del valor de los árboles empleados en su mantenimiento.

[47]P. 3, 31, 22.

[48]AREITIO, 12 Febrero 1831, (32): "después del fallecimiento de dichos donantes y pasado el día primero de Noviembre inmediato de que queda hecho mérito en la condición precedente entrarán a gozar y usufructuar íntegramente todas las citadas fincas como dueños absolutos el prenotado hijo y su consorte y legítima representación, sin más parte, acción, ni dependencia de otra persona alguna".

Existe una correspondencia entre el usufructo de la mitad y la contribución a las cargas que gravan el bien[49].

374 . **El usufructo compartido de los padres y de los abuelos en los documentos.-** Lo frecuente es que el donante se reserve la mitad del usufructo, sin embargo en algunas escrituras en base a la existencia de una reserva anterior, figuran los abuelos como usufructuarios en la mitad[50]. Se trata de aquellas escrituras en las que el sucesor, que comparte el usufructo de los bienes con su padre instituyente, dispone, a su vez en vida, a favor del hijo.

En vida de los abuelos éstos conservan íntegro el usufructo de la mitad, por lo que al tiempo del otorgamiento se fija el grado de participación entre el hijo y el nieto, cantidad que acrecederan a la mitad a la muerte de los abuelos[51].

---

[49]ASTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151).

[50]ASTIAZARAN, 17 Abril 1827, (163): usufructo vitalicio de la mitad a favor del abuelo, la otra mitad gozarán a partes iguales el donante y el donatario y cuando falleciere el abuelo a medias; GONDRA, 27 Abril 1825, (374); ARTAZA, 30 Septiembre 1827, (455); BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826, (247): Usufructo de la mitad con carácter vitalicio a favor de la abuela contrayente y el resto a iguales partes entre la madre y el contrayente. Una vez fallecida la abuela será a medias y en exclusiva al fallecer la madre. Contribuirán madre e hija al pago de las contribuciones y cargas; ASTIAZARAN, 17 Abril 1827, (163): se mantiene elusufructo de la mitad con carácter vitalicio a favor del abuelo, la otra mitad gozarán a partes iguales el donante y el donatario y una que haya fallecido el abuelo a medias; GONDRA, 27 ABRIL 1825, (374): "Para sí un cuarto de usufructo ínterin los días del abuelo del casante, mediante a que tiene reservado este la mitad del citado usufructo"... una vez haya fallecido el abuelo el usufructo será a medias; ARTAZA, 30 Septiembre 1827, (455): un tercio de usufructo a favor de los abuelos y un tercio a favor de los padres donantes, a la muerte del abuelo reserva usufructo de la mitad; ZAVALA, 1 Junio 1828, (498).

[51]BARRENECHEA, 21 Diciembre 1826, (247): Usufructo de la mitad con carácter vitalicio a favor de la abuela contrayente y el resto a iguales partes entre la madre y el contrayente. Una vez fallecida la abuela será a medias y en exclusiva al fallecer la madre. Contribuirán madre e hija al pago de las contribuciones y cargas; ASTIAZARAN, 17 Abril 1827, (163): se mantiene elusufructo de la mitad con carácter vitalicio a favor del abuelo, la otra mitad gozarán a partes iguales el donante y el donatario y una que haya fallecido el abuelo a medias. GONDRA, 27 ABRIL 1825, (374): "Para sí un cuarto de usufructo ínterin los días del abuelo del casante, mediante a que tiene reservado este la mitad del citado usufructo"... una vez haya fallecido el abuelo el usufructo será a medias; ARTAZA, 30 Septiembre 1827, (455): un tercio de usufructo a favor de los abuelos y un tercio a favor de los padres donantes, a la muerte del abuelo reserva usufructo de la mitad. ZAVALA, 1 Junio 1828, (498)

375. **Facultades del usufructuario.-** El usufructo comprende el disfrute del bien con independencia del donatario[52] en la medida y destino usual y la percepción de los frutos, sean frutos naturales, industriales o civiles[53]:

> "Reserban los dichos donantes durante sus largos días y de qualquiera de ellos para usufructuar la mitad de esta insinuada casa edificio de ...y sus pertenecidos de heredades de pan sembrar, manzanales, castañales, pies de árboles frutales, robledales y demás montes que la corresponden y de los dos que tenían adquiridos por compras y lleban agregados a los de esta propia su casa; como así bien la mitad del edificio de la enunciada casa titulada .....los insinuados donatarios empezarán así a usufructuar la mitad de esta expresada casa edificio de Betosolo y sus pertenecidos desde el día 1º de Noviembre del año próximo venidero y de la citada casa y pertenecidos de Miquendi desde primero de Noviembre del presente año adelante la mitad de las rentas que produjese y las ganancias o perdidas que resultasen en las cabezas de ganado bacuno que tenían a su cargo en admetería sus Inquilinos arrendatarios puestos por los donantes serían para estos o qualquiera de ellos"[54].

Goza de autonomía en el disfrute y no cabe la disposición del bien sobre el que recae el usufructo, por parte del nudo propietario, sin su consentimiento[55].

Las facultades que se incorporan al derecho de usufructo son las siguientes:

Posibilidad de acomodar a otro hijo en la mitad reservada en usufructo, propiciando que el padre usufructuario puede atender las necesidades de otro hijo en su acomodo y llegado el caso constituir una comunidad de vida con éste en la mitad reservada[56].

> "Que los donantes reserban igualmente la facultad de tener en su compañía en la mitad de la citada casería que fuese ocupada por ellos, a otro qualesquiera de sus hijos que quisiesen y contragesen matrimonio, sin que pueda impedirles por ningún pretexto el donatario, ni su representación."en esta escritura se plantea la posibilidad que en uso de esta reserva el padre acomode en su mitad a otro hijo y disponga que si mantiene la comunidad de vida sea el heredero de todos sus bienes"[57].

Existen escrituras en las que se establece el uso común de ciertos equipamientos de la casería[58]. Facultad de arrendar la mitad reservada en usufructo [59] y del mismo modo, disponer de los frutos existentes y los pendientes generados en el útimo ejercicio [60], pudiendo disponer sucesoriamente de los bienes muebles que contuviera en dicha mitad reservada en la que frecuentemente ha constituido comunidad con el elegido[61].

376. **En estado de necesidad puede disponer de la mitad reservada.-** Se establece como excepción a la indisponibilidad de los bienes el que surgiese una situación de extrema necesidad, en cuyo caso el instituyente puede diponer a título oneroso o permutar, pero en ningún caso a título lucrativo:

> "Que si los infortunios de los tiempos les redujeren a tal necesidad, que se viesen precisados a vender la expuesta parte a ellos correspondiente, han de tener facultad de hacerlo y recibir para si su precio"[62].

Esta facultad establecida mediante pacto tiene un precedente legal en el Fuero (FN. 23, 1), esta ley faculta al abuelo a la venta de los bienes en estado de necesidad, siendo competente la autoridad judicial para estimar tal necesidad.

---

[52]AREITIO, 12 Febrero 1831, (32): Desde el día 1º Noviembre próxima en adelante hasta el fallecimiento de ambos la habitación en que actualmente viven en dicha casa, que es la superior y el recordado su hijo donatario y su futura consorte ocuparán la baja que tienen arrendada y los cortijos y pajares de la propia casa disfrutarán a medias, así como la huerta y heredades correspondientes y agregados a ella, procediendo previamente a su separación, y teniendo los donantes el derecho de elegir la mitad que quieran".

[53]BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251): usufructo vitalicio de la mitad sobre casería accesoria y pertenecidos. Rentas caserio cedido en inquilinato, derecho de habitación y disfrute a medias de toda la casería e instalaciones para embasar sidra.

[54]BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, (234).

[55]INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288): contiene la designación de sucesor en el patrimonio troncal, figurando como disponentes el sucesor junto a la madre usufructuaria en su mitad.

[56]MEABE, 12 Marzo 1827, (339): reserva de usufructo vitalicio de la mitad con la facultad de poder recibir en su compañía al otro hijo al acomodarse en matrimonio; AREITIO, 7 Febrero 1832, (44): reserva de usufructo de la mitad con carácter vitalicio, pudiendo recibir a otro hijo en dicha mitad; AREITIO, 3 Julio 1830, (24): usufructo de la mitad vitalicio en la que podrá recibir a otro hijo; BARRENECHEA, 10 Marzo 1825, (239): derecho de recibir a otro hijo en la mitad reservada, teniendo el hermano soltero el derecho de habitación y alimentos en la mitad reservada, prorrogable tras la muerte de los donantes por un año, corriendo en tal caso a su cargo el pago de la renta.

[57]LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73).

[58]BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251): casería e instalaciones para embasar sidra; GANGUTIA, 29 Marzo 1831, (314): herramienta de tejedor cuyo uso será común.

[59] BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251): facultad de arrendar todas las partes de usufructo o parte a quien tuviere por conveniente y tener en su compañia a un hijo soltero ó casado; ASTIAZARAN, 31 Julio 1827, (165); BARRENECHEA, 7 Febrero 1824, (236); ACHUTEGUI, 4 Octubre 1824, (429): usufructo de la mitad vitalicio, bien para disfrutarlo directamente o cediéndolo en arrendamiento.

[60]VERGARA, 17 Septiembre 1825, (402): usufructo de la mitad vitalicio pudiendo disponer el donante del usufructo del año siguiente de su defunción; BARRENECHEA, 7 Febrero 1824, (236): usufructo de la mitad vitalicio y facultad de disposición de dicho usufructo correspondiente al año de su defunción. Para sí y con facultad de disposición bienes presentes y bienes existentes a su defunción (frutos generados constante comunidad); BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251): rentas caserio cedido en inquilinato; BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235): respecto al usufructo de montes sólo tendrá derecho la testamentaría donde el corte ó esquilmo de la rama última sea hace ocho años; BARANDICA, 5 Junio 1830, (386).

[61]ARTAZA, 24 Abril 1827, (446).

[62]ASTIAZARAN, 19 Marzo 1825, (146); BARANDICA,13 Mayo 1822, (380).

377. **La sustitución del usufructo por una renta periódica.-** Aparece recogida en estos términos:

> "Que por mi abanzada edad y achaques que padezco habiéndome combenido y ajustado con el citado Juan Antonio la renta en dinero y demas que me hubiere de pagar y satisfacerme por la mitad del usufructo que me toca en la nominada mi casa y caseria y suia de Unzueta anualmente ....e determinado pasarme a la recordada de Bustunzuriaga mesa y compañía de los enunciados Felipa y marido con todos mis bienes efectos muebles, ajuar de casa"....[63].

Es una muestra más de la libertad de pacto. Esta solución puede ser especialmente útil en muchos casos, tanto para el padre usufructuario como para el hijo donatario.

En otra escritura el padre usufructuario supérstite hace cesión del derecho de usufructo de la mitad a cambio de una entrega periódica de frutos y de que sea alimentado y recibido en la casa por parte del hijo, sucesor[64].

II. La reserva de usufructo de los montes.

378. **Usufructos especiales: el usufructo de montes.-** El usufructo sobre montes aparece regulado minuciosamente en 16 escrituras.

Es costumbre que para evitar conflictos en este tipo de usufructo, los montes repoblados se repartan por mitades[65].

A la luz de las escrituras y de lo dispuesto en el Fuero sobre el usufructo de árboles se deduce que el usufructo consiste en la facultad de podar las ramas, ateniendose a unos plazos y limitándose a los árboles que admitan poda (FN. 17, 9). Se establecen los períodos en los que ha de hacerse los cortes de montazgo[66], y se fija, en los casos en el no haya existido reparto de los montes, que han de partir a medias los productos de los mismos[67].

---

[63]BARRENECHEA, 10 Marzo 1825, (239).

[64]AZTIAZARAN, 20 Febrero1830, (195).

[65]GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310); GANGUTIA, 30 Agosto 1833, (326); ERCILLA, 23 Febrero 1825, (259); ASTIAZARAN, 17 Abril 1827, (163): se establece la reserva del usufructo íntegro de los montes a favor abuelo y del donante y el usufructo a medias con el donatario de los árboles frutales.

[66]ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (205): que los cortes de montazgos se han de hacer de ocho en ocho años, tratándose de robles y de ses en seis si fuesen ayas. Si se cortasen algunos troncos serán a medias, excepto si fuere para emplear en las haciendas.

[67]ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212).

Es común el establecimiento de la prohibición de echar ni derribar por el pie ningún árbol, limitándose, por ende, los derechos al disfrute de la mitad del ramaje o usufructo[68], el derribo ha de hacerse de común acuerdo y el valor de lo obtenido se partirá entre el donante y el donatario[69]. Es frecuente que se detraiga de la mitad que se reserva en usufructo un número pequeño de árboles cuya propiedad se reserva el donante y también una cantidad fija anual de madera para uso doméstico[70].

El corte de los árboles realizado de común acuerdo entraña la obligación de reposición de las plantas[71], en el caso de que se tratare de terreno vinculado, la plantación posterior no queda vinculada[72].

Se establece el compromiso de llevar a cabo la plantación a medias[73], y se acuerda que para ello se empleará la planta de los viveros propios, cuyo destino habitual es servir a la repoblación de los montes de la casería y en otros caso estos viveros quedan a disposición del donante[74]. Se fija la participación de los herederos del usufructuario en el fruto pendiente en el momento de la defunción de su padre [75].

Se regula el usufructo sobre el carbón obtenido con los árboles infructíferos[76].

---

[68]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309); AREITIO, 22 Enero 1831, (31): se establece la prohibición de tala.

[69] GANGUTIA, 30 Agosto 1833, (326): escritura de compromiso a raíz de diferencias entre el padre donante e hijo designado sucesor en un vínculo, diferencias derivadas de irregularidades habidas en el usufructo de los montes. Someten sus diferencias a juicio de árbitros y los hechos que dan lugar a la misma se derivan de cortes de árboles efectuados por uno y otro en provecho propio.

[70]BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, (234) ; GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310).

[71]GANGUTIA, 30 Agosto 1833, (326) ; ERCILLA, 23 Febrero 1825, (259); BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251).

[72]GANGUTIA, 30 Agosto 1833, (326).

[73]ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216): se reserva la propiedad de un número limitado de árboles bravos a elección. Será a medias para donantes y donatarios el precio de venta de la planta para trasplantar, como el usufructo de los esquilmos. La planta existente se destinará a plantar en los pertenecidos.

[74]INUNCIAGA, 18 Septiembre 1823, (286); GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310).

[75]BARANDICA, 29 Mayo 1831, (389): respecto al usufructo de montes sólo tendrá derecho a disponer en su testamento donde el último corte o esquilmo de la rama sea hace 8 años; VERGARA, 29 Diciembre 1824, (396): tendrá derecho a disfrutar la heredera los montes en los que el último corte haya sido hace 8 años; BARANDICA, 2 Abril 1831, (388): usufructo de las creces de montazgos tendrá derecho el usufructuario o su representación a la saca de cuyo corte anterior hayan transcurrido 8 años o cumplan en el año.

[76]BARANDICA, 2 Abril 1831, (388): el carbón que resulte de despojos montes y el que se sacase de los árboles infructíferos; GANGUTIA, 30 Agosto1833, (326): el derribo o reducción a carbón de los árboles, no estando facultado para ello el usufructuario por ser árboles que generan aprovechamientos, de los cuales tiene derecho a la mitad de lo obtenido.

III. La reserva de bienes.

379. **Naturaleza de los bienes reservados.**- En 28 escrituras se establece la reserva de bienes, siendo frecuente el que se trate de una reserva adicional a la del usufructo de la mitad.

En dos escrituras pertenecientes a la escribanía de Meabe el donante designa sucesor en la casería y se reserva la mitad de la misma y asimismo su usufructo[77]. Entendemos que es una modalización propia de este escribano.

En dos escrituras se reserva la mitad de los bienes donados de naturaleza mueble, manifestando los donantes que quedan a su libre disposición a fin de destinarlos al acomodo de los restantes hijos[78].

> "Reserva para sí y facultad disposición a su arbitrio durante sus días y de cualquiera de ellos de la casa accesoria nueva"[79]

Lo frecuente es que los padres se reserven bienes concretos. Asimismo se reserva el dinero existente[80], o créditos [81]; este padre que ya instituyó sucesor en el patrimonio familiar necesita disponer de dinero con el que dotar a sus restantes hijos, quienes en muchos casos se casarán con sucesores[82].

Es frecuente el que los padres se reserven un número pequeño de pies de árboles bravos de roble o haya[83] para su empleo como material de construcción en las obras de su

---

[77]MEABE, 1 Febrero 1830, (360): "Nombramiento de inmediato subcesor y heredero tronquero de las referidas casas y caserías, sus heredades....que reserba la mitad de dicha casa y casería sus heredades .....con su correspondiente usufructo para si la donante hasta que se verifique su fallecimiento; MEABE, 14 Agosto 1827, (345).

[78]ASTIAZARAN, 10 Agosto 1825, (148); ECHEGUREN, 2 Agosto 1824, (417).

[79]BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251).

[80]ERCILLA, 17 Marzo 1824, (261): reserva del dinero efectivo y créditos con libre disposición del mismo a fin de acomodar a los restantes hijos asi como todo el dinero que exista al tiempo de su fallecimiento; GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313); GANGUTIA, 31 Agosto 1833, (327): dinero a su libre disposición para la dotación de los restantes hijos y pago de sus deudas.

[81]ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (205); GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309).

[82]BARRENECHEA, 20 Septiembre 1823, (234); BARRENECHEA, 7-2-1824, (236); ERCILLA, 17 Marzo 1824, (261); GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309); ECHEGUREN, 2 Agosto 1824, (417)

[83]ASTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151); ASTIAZARAN, 17 Abril 1827, (163); ASTIAZARAN, 7 Junio 1832, (216); GANGUTIA, 24 Noviembre 1832, (323); INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288): "Que extra de la referida mitad de usufructo y aprovechamiento reserba el donante, también a su libre disposición, veinte árboles bravos, que eligiere, de los que existen en pertenecidos de la hacienda. La mitad íntegra de todas las ayas existentes en....., por pié y ramas y de la otra mitad quantas necesite para material de usos de carros, y demás erramientas para su propio servicio en todas las labores de la casa y de labranza."..."Que si el donante hiciere qualquier obra, sea en la casa principal de Otalora o en la accesoria de

vivienda o para el uso de carros o herramientas. La madera cortada existente en la casa[84], y una cantidad anual de árboles infructíferos para uso doméstico.

De una apreciación del conjunto podemos concluir indicando que la reservas consisten en dinero, bienes de uso personal, material para futuras obras de la viviendo y el combustible para el mantimiento de su hogar .

.... tendrá facultad de sacar todo el material adecuado, y necesario, en los pertenecidos de la hacienda donada, y todos sus despojos serán para el enteramente".

[84]ASTIAZARAN, 17 Abril 1827, (163).

Capítulo 19. **Cargas y obligaciones que se le imponen al instituido.**

380. **Volumen de escrituras en las que el instituido asume el cumplimiento de unas cargas.**- En 148 escrituras, la disposición de los bienes se modaliza con cargas que se le imponen al instituido, quien se obliga a su cumplimiento. Estas cargas, que constituyen la medida o límite de la liberalidad, se recogen en la escritura en capítulos consecutivos.

Precede a la exposición, la aceptación de las donaciones por parte de los contrayentes y el compromiso de asumir las cargas y condiciones que se les imponen[1], garantizando su cumplimiento con su persona y bienes[2], procediendo, en algunos casos, a jurar la escritura[3]. Aparece redactada como sigue:

> "bajo las reservas, gravámenes, obligaciones y condiciones que van puntualizadas e insertas en esta escritura, y se dotan y contratan con todos ellos, y se obligan con sus personas y bienes presente y futuros a cumplir con su tenor en la parte que les

---

[1] ASTIAZARAN, 10 Enero 1826, (152): enterado de las donaciones acepta estas y se obliga a cumplir las condiciones con que se le han hecho; BARRENECHEA, 10 Marzo 1825, (239): aceptan la donación y se obligan ambos cónyuges con sus personas y bienes muebles y raíces derechos y acciones habidos y por haber, a cumplir las condiciones; BARRENECHEA, 30 Enero 1827, (249): aceptan y respectivamente se obligan y juran en un todo las reservas y condiciones impuestas.

[2]BARRENECHEA, 10 Marzo 1825, (239): Aceptan la donación y se obligan ambos cónyuges con su persona y bienes muebles y raíces derechos y acciones habidos y por haber a cumplir las condiciones; BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242): Aceptan ambos contrayentes las donaciones y se obligan a cumplir las reservas, pensiones y condiciones con su persona y bienes habidos y por haber; GANGUTIA, 30 Noviembre 1825, (295): se obligan de forma solemne y omnimoda que por derecho se requiera con su persona y bienes habidos y por haber a cumplir la carga de dotación hermanos; GANGUTIA, 7 Abril 1827, (299): se obligan con sus personas y bienes presentes y futuros; GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306): se obligan con sus personas y bienes presentes y futuros a cumplir con su tenor en la parte que le corresponda...sin controversia...ningun pretexto..no sean oidos..se obligan las costas; GANGUTIA, 2 Enero 1831, (312): aceptación de las dotaciones y donaciones causadas y se obligan con sus personas y bienes...a cumplir lo que les comprende, sin contravenirla bajo ningún pretexto; GANGUTIA, 29 Marzo 1831, (314): aceptación de las donaciones y se contratan, bajo de las declaraciones, reservas, gravámenes y obligaciones y se obligan con sus personas y bienes presentes y futuros, a cumplir exactamente...sin contravenir ..pena si lo intentaren de las costas y daños.

[3]BARRENECHEA, 30 Enero 1827, (249):"aceptan y respectivamente se obligan en un todo a las reservas y condiciones impuestas, bajo juramento".

corresponde exacta y religiosamente, sin contravenir a ella con ningún pretexto, causa, ni motibo pensado ni por pensar, pena que si lo intentasen consienten no sean oidos ni admitidos en juicio ni fuera de él, y de pagar las costas y daños que se originasen en cualquier manera, apremiandoles a ello por todo rigor de derecho"[4].

"y se obligan en devida forma a observar, guardar, y cumplir las condiciones insertas en la parte que les incumbe sin alterar, ni tergibersar en manera alguna a lo que consienten ser apremiados con todo rigor de derecho" [5].

"Aceptan ambos contrayentes las donaciones y se obligan a cumplir las reservas, pensiones y condiciones con su persona y bienes habidos y por haber"[6].

"....se cumplan inviolablemente las precedentes condiciones sea por él ó por el hijo, a cuyo favor hiciese el nombramiento, con calidad expresa que si se faltase en la menor cosa sea nulo, de ningún valor, ni efecto el que se executa en este instrumento a favor de J.M . y volverá la posesión y propiedad de dichos vínculos y demas derechos y bienes donados al esponente para que pueda causar de nuevo en otro pariente....devolviendo lo que hubiese entregado para cumplimiento de algunas de ellas ".[7]

Vamos a centrarnos en los modos o cargas. Se trata de verdaderas cargas, es decir, constituyen la imposición de una determinada conducta, que presenta la nota de accesoriedad respecto a la atribución gratuita; se configura como una obligación que asume el donatario, sujeta al régimen genérico de las obligaciones.

Su cumplimiento queda garantizado de forma particular: comprometiendo su persona y bienes presentes y futuros; si alegare alguna razón para contravenir su contenido, no sea oido ni en juicio ni fuera de él y sea condenado a las costas; juran que han de cumplir con su contenido. Su incumplimiento determina la nulidad o revocabilidad de la disposición; entendemos que en la cláusula transcrita se refiere a la anulabilidad a instancia, en principio, de quien impuso la carga (del donante o instituyente).

Las disposiciones contenidas en el contrato matrimonial, además de las en mayor o menor medida, aparecen modalizadas con cargas que se le imponen al instituido.

Estos modos o cargas presentan una diferente tipología en función del tipo de disposición a la que acompañan. Si se trata de una disposición condicionada al mantenimiento de la comunidad hasta la muerte de los instituyentes, la carga consistirá en las exequias fúnebres del último de los donantes. Por el contrario, si se trata de una

[4]GANGUTIA, 29 Mayo 1830, (308).

[5]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44): Se trata de un contrato en el que resultan designados sucesores ambos contrayentes, cada uno por sus respectivos padres.

[6]BARRENECHEA, 2 Mayo 1826,(242).

[7]ASTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151): escritura de nombramiento de sucesor tronquero en vínculo.

disposición firme, en algunos casos con transmisión de la titularidad de los bienes, el abanico de cargas que presentan es superior.

Es decir se aprecia un equilibrio entre cargas y beneficios en cada tipo de disposición y en cada fase de la misma.

La imposición de cargas concurre con la constitución de una comunidad de vida entre donantes y donatarios en 90 escrituras, y con el establecimiento del usufructo de la mitad en 45 escrituras, de un total respectivamente de 148 y 54 escrituras[8]. Este desigual porcentaje nos pone de relieve que el hecho de constituir sociedad y crear esta comunión de vida y trabajo puede determinar que sea la comunidad la que asuma estas cargas y sólo para el caso de su disolución se prevea quien ha de asumir su cumplimiento; por el contrario, la independencia en el disfrute de los bienes, cuando existe reserva de usufructo, es coherente con la presencia de estas cargas.

A la hora de clasificarlas, nos fijaremos en el objeto de la prestación y en quién es el beneficiario de las mismas.

I. Alimentos y exequias fúnebres del instituyente.

381. **La carga de los alimentos del donante.-** En 12 escrituras se establece la obligación de los alimentos del donante a cargo del donatario; 9 corresponden a escrituras en las que se pacta la comunidad de vida, escrituras en las que asume protagonismo el donatario, tanto en la gestión como en los resultados y responsabilidades propias de la sociedad[9], aspectos que hemos puesto de relieve al analizar esta cláusula.

La carga que se le impone al donatario consiste en prestar alimentos a los donantes, tanto en salud como en enfermedad [10], obligación que en algunas escrituras se comprometen a asumir si los donantes quedaren imposibilitados para el trabajo[11]. En el

[8]Si esta disposición se ha modalizado con el pacto de comunidad o se establece una reserva de usufructo, es decir, si se acuerda el disfrute compartido de los bienes en tanto vivan los donantes, (proindiviso o separado), durante este período se modifica el peso de la imposición de las cargas al instituido y en muchos casos se pacta la asunción de las mismas de forma conjunta, siendo a la muerte de los instituyentes cuando el instituido asume dicha obligación en exclusiva.

[9]ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120); ASTIAZARAN, 15 Diciembre 1827, (173); ASTIAZARAN, 20 Junio 1833, (227) ; BARRENECHEA, 2 Mayo 1826, (242); ERCILLA, 24 Marzo 1823, (256) ; ERCILLA, 2 Marzo 1828, (275).

[10]ASTIAZARAN, 15 Diciembre 1827, (173).

[11]ASTIAZARAN, 20 Junio 1833, (227) y ERCILLA, 2 Marzo 1828, (275): los donantes tendrán derecho a los alimentos si quedan imposibilitados para el trabajo en comunidad.

supuesto de que el donatario se hiciera cargo de sus alimentos, estos, renuncian a la reserva usufructo que pudiera corresponderles[12], si premuere el donatario asume dicha obligación de alimentos quien les sucediere en la caseria[13]. En una escritura se pacta el establecimiento de una renta periódica de los frutos de los bienes vinculados a favor del donante[14].

El Fuero dedica especial atención a la regulación y protección de quien dona sus bienes en vida, con imposición de la carga de sus alimentos; establece la inembargabilidad de estos bienes[15], la indisponibilidad de los mismos en vida del donante, exceptuando la disposición a título gratuito a favor de la descendencia del donatario[16] y la reversión de los mismos por premoriecia del donatario sin que dejare descendencia[17].

Observamos que estas donaciones universales con imposición de la carga de los alimentos de los donantes están en desuso en el período histórico examinado. La carga de alimentos aparece en escrituras que contienen la institución de sucesor y figura ubicada en la cláusula que establece el régimen de comunidad entre donantes y donatarios, aspecto que hemos tratado al desarrollar la comunidad.

382. **El pago de las exequias fúnebres del último de los donantes.-** Es una carga que aparece en 73 escrituras. Esta carga suele acordarse en las escrituras en las que se dispone íntegramente del patrimonio del donante[18], o bien del patrimonio troncal[19], al considerarse éste la base del patrimonio familiar. Cuando se trata de

[12]BARRENENCHEA, 2 Mayo 1826, (242): obligación de dar alimentos a los donantes en salud y enfermedad si pasaren a vivir en comunidad con los donatarios, en cuyo caso no rige la reserva usufructo, si reserva algún bien gozando de facultad de disposición.

[13]ERCILLA, 24 Marzo 1823, (256).

[14]ZUAZUA, 7 Junio 1832, (120): Renta periódica a favor donante, de los frutos obtenidos con los bienes vinculados, adicionalmente tendrá derecho de habitación gratuitamente.

[15]FN. 23, 2.

[16]FN. 20, 17.

[17]FN. 20, 17.

[18]ASTIAZARAN,4 Febrero 1829, (189): si falleciese conservando esta sociedad todo lo que le pertenezca será para su hijo en cuyo caso deberá hacerse cargo de las exequias fúnebres del donante; Figura esta carga en 25 escrituras.

[19]ASTIAZARAN, 18 Agosto 1830, (202): el sucesor tronquero se hará cargo de las exequias que se han de celebrar en la clase que se acostumbra en dicha Iglesia con personas de sus circunstancias; Exequias del último en fallecer de los donantes, según se acostumbra a personas de su calidad; INUNCIAGA, 8 Septiembre 1823, (286); GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300): el donatario no asume la carga alimenticia de los abuelos, que será de cargo de los donantes ó persona que designen, así como las exequias de los mismos; En estos términos figura acompañando a este título en 14 escrituras.

personas que distribuyen el patrimonio entre varios hijos, se pacta que uno asuma las exequias paternas y otro las maternas[20].

En uno y otro caso se hace alusión a la pompa con que se han de celebrar la exequias y se expresa que se llevaran a cabo en la clase correspondiente a personas de sus circunstancias[21], en la clase de propietarios o de inquilino[22], según se acostumbre en esta Anteiglesia [23], las exequias del abuelo serán costeadas a medias entre donantes y donatarios, en aquellos casos en los que la sociedad esté constituida por las tres generaciones de una misma familia[24].

383. **Los gastos de enfermedad de carácter extraordinario.-** Los gastos de enfermedad si se pactó comunidad corren a cargo de ésta; en el supuesto de no se hubiere pactado o se hubiera disuelto y no fueren suficientes los bienes reservados por el donante, con carácter excepcional se pacta que sea el donatario quien atienda el pago de estos gastos[25].

II. Entregas de dinero a los instituyentes.

384. **El instituido se obliga a efectuar entregas de dinero al instituyente.-** Hemos observado que tanto en las reservas constituidas por el donante, como en las cargas que le impone al donatario, el padre que dispone del patrimonio familiar, propicia la mutación del patrimonio inmovilizado del que se desprende por otro dinerario facilmente partible, a fin de atender con el mismo la dotación de los restante hijos en el momento de su acomodo y las necesidades extraordinarias de la familia.

Entre las fuentes de entrada de dinero ocupa el primer lugar por su frecuencia e importancia la dote en metálico que le es entregada directamente por su futuro consuegro

[20]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235): exequias maternas en la forma que se acostumbran celebrar en esta Anteiglesia a propietarios. Las exequias paternas corren a cargo de otro hijo, dueño de la casería donada con motivo de su matrimonio.

[21]ASTIAZARAN, 18 Agosto 1830, (202): exequias que se han de celebrar en la clase que se acostumbra en dicha Anteiglesia a personas de sus circunstancias; ASTIAZARAN, 25 Mayo 1833, (225): exequias en la clase y pompa de costumbre.

[22]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235): exequias correpondientes a propietarios.

[23]INUNICAGA, 18 Septiembre 1823, (286), en la forma acostumbrada en la Anteiglesia para personas de su calidad.

[24]ASTIAZARAN, 18 Agosto 1830, (202): Las exequias del abuelo serán costeadas por el donante y el donatario, si hubiere premuerto el donante correrán a cargo del donatario.

[25]ASTIAZARAN, 20 Junio 1833, (227).

en recompensa a la designación causada instituyente y su destino es la atención del acomodo de los restantes hijos o el pago de las deudas o a su libre disposición, se expresan como sigue:

> " Que en recompensa de la donación causada de la citada casería y pertenecidos de Mañaria ..., se hayan de entregar en la forma dispuesta en esta escritura, al donante para si, y su libre disposición los....ducados de dote que ha de introducir a su indicado matrimonio"[26].

Adicionalmente, el donatario se compromete a entregar una cantidad de dinero al donante[27], entrega que de forma insolidada garantizan ambos contrayentes[28].

III. La dotación de los restantes hermanos .

385. **La costumbre consistía en que los restantes hijos recibieran una dote.-** La dotación de los restantes hijos del donante en el momento de su acomodo es una carga que se impone al instituido en 31 escrituras.

Los textos legales forales no reconocen la existencia de un derecho de legítima individual; admiten la posibilidad de elección de un único sucesor con apartamiento de los restantes hijos, lo que puede llevarnos a la idea de que el sistema vizcaíno posibilita la discriminación en el tratamiento sucesorio de los hijos, y que lo común era que se eligiera a uno como sucesor y los restantes quedaran en una situación de olvido por parte de sus progenitores.

---

[26]MEABE, 14 Agosto 1827, (345).

[27]ASTIAZARAN, 28 Diciembre 1825, (151): cantidad dinero que entregará al donante parte en el acto y cuando coloque el donatario a alguno de sus hijos y mediante cesión crédito.. Entrega cantidad a la donante. Estas cantidades que se compromete a entregar deben entenderse con destino a la reversión de la dote; ASTIAZARAN, 16 Octubre 1830, (205): entregas de dinero al donante para ir acomodando a los restantes hijos, al respecto ambos contrayentes asumen la obligación insolidum de hacer dichas entregas de dinero en los plazos convenidos.

[28]BARRENECHEA, 6 Noviembre 1823, (235): ambos cónyuges se obligan mancomún e insolidum con renunciación de las Leyes, con sus personas y bienes a dar y pagar a los padres instituyentes la cantidad de dinero en el plazo de 3 años desde celebración, adicionalmente a la dote; BARRENECHEA, 7 Febrero 1824, (236): se obligan con sus personas y bienes muebles y raíces derechos y acciones habidos y por haber a pagar llanamente y sin excusa al padre donante o legítima representación la cantidad de dinero aplazado, garantizando dicha obligación vía ejecutiva; INUNCIAGA, 20 Febrero 1823, (280): los contrayentes entregarán una cantidad dinero al donante, a plazos, a fin de que dispongan libremente.

El hecho de que posibilite esta discriminación y reconozca la institución del apartamiento ha merecido un juicio negativo por parte de la doctrina, que en ocasiones, llega a equiparar el apartamiento y desheredación.

A través de los documentos hemos podido apreciar el modo de llevarse a cabo la elección y fijar el sentido del apartamiento y, concretamente, mediante datos extraidos de los mismos, acreditaremos que el acomodo de la totalidad de los hijos es una finalidad cuya atención tiene carácter absolutamente prioritario dentro del sistema, siendo atendida a través de distintos medios jurídicos:

1. La dote en metálico que entregan al donante o instituyente tiene por finalidad expresa el atender al acomodo de los restantes hijos Aspecto que ha sido analizado en el capítulo dedicado a la dote.

2. Los padres donantes se reservan la facultad de acomodar en la mitad reservada y en uso de esta facultad hemos examinado que en ocasiones le designan heredero en dicha mitad, apreciándose que quien fué apartado de la sucesión troncal es instituido heredero en bienes muebles. Se ha tratado de este aspecto.

3. Se establece como carga de la comunidad la dotación de los restantes hijos y se acuerda, en el supuesto de disolución de la comunidad, cómo se atenderá la dotación de los hijos que quedaren por acomodar.

4. Finalmente, mediante la imposición al sucesor de la carga de dotación de los hermanos, la cual aparece regulada en lo que respecta a la cuantía, tiempo en que ha de entregarse, y garantías que se establecen para su cumplimiento y que recoge complementariamente el reconocimiento del derecho de habitación y alimentos hasta el momento de su acomodo.

386. **La dotación de los hermanos como carga que se le impone al instituido.-** Al recogerse la institución de sucesor se consigna con frecuencia en este contexto:

> "acompañada de las cargas y obligaciones que considere necesarias para auxiliar el acomodo de la restante familia con la decencia que corresponda a su clase, y consignando a los demás hijos para pago de sus dotes las cantidade pecuniarias que les parezcan justas y arregladas al estado de su casa"[29].

---

[29]LANDABURU, 26-9-1833, (98): "gravámenes y señalamientos que tubiesen por conveniente para el fín de auxiliar el acomodo de la restante familia"; LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73).

Es frecuente que en el contrato matrimonial, dado su carácter de carta suprema de la familia, se consigne los hijos habidos en el matrimonio y si están o no acomodados, en caso afirmativo qué bienes recibieron, en que instrumento se consignó la entrega y ante qué escribano; teniendo en cuenta estos datos y el que se expresa el nombre de la casa, si se trata de la disposición de bienes raíces, es relativamente sencillo el presentar cómo han quedado acomodados los miembros de una familia en varias generaciones. Se podría presentar gráficamente árboles genealógicos, con expresión de la sucesión en la casa y de los bienes que recibieron los restantes hijos y si contrajeron matrimonio con sucesores y de qué casa[30].

Se le impone al sucesor la obligación de dotar a todos los hermanos al tiempo "de su acomodo"[31].

---

[30]BARRENECHEA, 10 Marzo 1825, (239):."Que de mi matrimonio tengo al presente por mis hijos legítimos a Juan Antonio, Isidora y Felipa, el primero casado con ..., la segunda con ....y la tercera con ....vecinos propietarios de esta nominada Anteiglesia de Abadiano y de la de Yurreta comprendidas en esta Merindad de Durango, como dueños los citados Juan Antonio de la casa y caseria de Unzueta, los referidos Isidora y .....de la de Erandonea; y los enunciados Felipa y ..asi bien de la casa y caseria de Bustunzuriaga Erdicoa y sus respectibos pertenecidos.....elegí y nombre por subcesor Tronquero e inmediato poseedor de la enunciada casa y casería de Unzueta y todos sus pertenecidos al recordado Juan Antonio mi hijo legítimo en el instrumento de sus capitulaciones matrimoniales que se otorgó para el que contrajo con los indicados .....en el que me reserve la mitad del usufructo de la casa edificio principal de Unzueta ....; I así bien las dotes en dinero efectibo con los bienes efectos muebles de arreo que igualmente les prometí doné y mandé a las mencionadas Isidora y Felipa ...para sus expresados matrimonios que contaran con otras cosas de sus iguales instrumentos de capitulaciones que se formalizaron y les tengo pagados y satisfechos bajo de las respectivas Cartas de pago y recibos correspondientes ...Que por mi abanzada edad y achaques que padezco habiéndome combenido y ajustado con el citado Juan Antonio la renta en dinero y demas que me hubiere de pagar y satisfacerme por la mitad del usufructo que me toca en la nominada mi casa y caseria y suia de Unzueta anualmente ....e determinado pasarme a la recordada de Bustunzuriaga mesa y compañía de los enunciados Felipa y marido con todos mis bienes efectos muebles, ajuar de casa.....".

[31]ZUAZUA, 17 Mayo 1826, (108): hermano designado sucesor en su contrato matrimonial que contiene casa, casería, su accesoria , molino y Palacio en consideración a la exclusión de todo derecho que pudiera tener su hermana, se obliga a dotarla. Aplaza parcialmente el pago de la dote con obligación de pago de un interes del 3%. Dicha dote se entregará a favor del donante. Si la comunidad de vida se disolviere sin hijos deberá abonársele la dote in actu; LANDABURU, 30 Agosto 1825, (159): en la escrituras de sus capitulaciones matrimoniales otorgadas ante Ercilla 8 Junio 1814 en la que se le instituyó sucesor asumió esta carga; LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73): el hermano sucesor asume la obligación de dotar y de entregar el arreo; ASTIAZARAN, 1 Abril 1828, (145): dote en metálico parcialmente aplazado en 4 años y los consigna contra su hijo y hermano respectivo, con que se ha gravado en el nombramiento de sucesor en los vínculos. Sino pagare en el 1 año correrá un interes 3% por mora. El resto de la dote pagadera mediante cesión de créditos, desistiéndose de todo derecho con traspaso de todas acciones reales, personales, mixtas, directas y ejecutivas; BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (103): que será entregada por el hermano sucesor tronquero en el plazo de un año en dinero metálico más arreo; INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281): el hermano de la novia y sucesor de la casería solar de la familia está obligado a dotarla. Parcialmente aplazado el pago. Fijación de un interés anual del 3% por mora; MEABE, 15-2-1829, (349): el hermano que en su contrato matrimonial se obligó a dotarla hizo

En los supuestos en los que se impone dicha obligación su incumplimiento puede dar lugar a la revocación, por parte del donante[32], de la disposición causada. Se expresa que dicha dotación se hace con cargo a la donación causada[33], asumiéndola individualmente el donatario[34].

387. **La dotación de los hermanos compartida con el instituyente.-** En ocasiones la carga de dotación de los hijos la comparten los donantes y los donatarios[35]. En algunas escrituras, a continuación de la disposición de los bienes, se expresa que se deducirá del acervo común de las existencias la cantidad que en concepto de dote consignan los padres otorgantes a favor de otra hija, operación que se llevará a cabo antes de la entrega de los bienes donados[36].

---

entrega anticipada de la cantidad. Se otorga carta pago de la entrega hermano "con renunciación ley 9 Tit. I Partida 5 por no parecer de presente la entrega de dichos bienes y los plazos que para su prueba prefine, los que dá por pasados, como si efectivamente lo estuvieran"; LANDABURU, 26 Enero 1832, (91): Dotación a cargo del hermano debiendo deducirse del acervo de los bienes donados, en el momento del acomodo de la dotada y no antes.LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74): contiene una designación de sucesor tronquero con donación inter-vivos de los bienes. Dotación del hermano, sacando del acervo de la donación, sino fuere suficiente se obligan por iguales partes los padre y el donatario. Derecho habitación hasta acomodo hermana. Si saliere se le descontará de la dote la soldada ganada.

[32]P. 6, 4, 6: "Por cierta cosa, e por selañaladas razones se mueuen los omes a las vegadas a fazer donaciores a otros que si por ellas non se mouissen por auentura non farian las donaciones. E esto sería como si un ome diesse a otro marauedis, o alguna eredad, diziendo señaladamente quendo se faze la donación que lo da, porque este el otro todavia guisado de cauallo e armas para fazerle servicio.....E si no cumple, o non lo faze, bien puede apremiarle, que cumpla lo que prometió de fazer, o que desampare, la donación que le fizo."; Añade GOMEZ DE LA SERNA (ob. cit., T. 2, 403) que cabe la revocación por no cumplir el donatario las condiciones y pactos que otorgó al aceptar la donación; Dice GUTIERREZ (ob. cit., T. 5, 106), el *Cod. de Revoc. Don. establece "Ita ut quadam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis aceptor spopondit, minime implere voluerit".*

[33]LANDABURU, 5 Abril 1831, (86): La dotación se llevará a cabo con cargo a la mitad donada.

[34]GONDRA, 1 Abril 1824, (367): "imponen por pensión a su casa donada doscientos ducados de vellón que deberán pagar los casantes, a cincuenta ducados cada uno de los quatro hijos de los donantes y hermanos del contraiente llamados .....a quienes harán sus pagas quando llegasen a tomar sus respectivos estados y en defecto quando cumpliesen los veinticinco años de su hedad"

[35]LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): "exluyendo de su sucesión y herencia a su hija Juana, soltera que vive en su casa y compañía con un real castellano en uso de la facultad que le concede el Fuero de este noble señorío, con la obligación precisa de que han de contribuirla por mitades con el donatario en el tiempo de su acomodo en matrimonio, con la dote y arreo que corresponda a su clase"; GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313): Dotación del hermano soltero contribuyendo medias con los donantes.

[36]LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74): "deduciendo previamente del acervo de dichas existencias de bienes muebles u semovientes el importe de ...., que asi bien consigna los padres otorgantes en dinero efectivo por dote y arreo de su hija ..., con calidad de entregar a su disposición los cien de ellos desde el día de mañana en adelante en cualquier tiempo y tan pronto como los pida, y los

En una escritura perteneciente a la Merindad de Uribe la obligación de dotar la asumen los donatarios, si el donante hubiera premuerto[37].

Mediante el análisis conjunto de esta cláusula y la de constitución de la dote puede apreciamos que lo común es que los padres o conjuntamente los padres y los hermanos sean los dotantes, para lo que el padre instituyente se reserva el metálico existente y la dote entrante, constituyéndose en responsables directos de la dotación de los restantes hijos.

388. **La cuantía de la dote de los hermanos.-** La cuantía de la dote de los restantes hijos. Tratándose de una dote en dinero es frecuente que se fije la cuantía de la misma en el contrato matrimonial del sucesor y los plazos de entrega, estableciéndose un interés del 3% por mora[38], en otros casos se acuerda su determinación en el futuro, sirviéndose de los siguientes criterios: guardando proporcionalidad con la cuantía de la

doscientos restantes cuando su acomodo, para cuia garantía los citados padres donantes con el referido su hijo ...(el contrayente) constituyen simultaneamente la obligación que mas corresponda en derecho, de hacer efectiva la consignación del total de las citadas existencias, y cuando no de responder por mitad e iguales partes, de lo que faltare de los bienes que respectivamente se les hubiese adjudicado en virtud de esta asignación...."; LANDABURU, 26 Enero 1832, (91): Dotación a cargo del hermano debiendo deducirse del acervo de los bienes donados, en el momento del acomodo de la dotada y no antes

[37]GONDRA, 29 Octubre 1825, (377): dotación hermano en el caso de premoriencia de los donantes antes de que tomasen estado.

[38]LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73): el hermano sucesor asume la obligación de dotar y de entregar el arreo; ASTIAZARAN, 1 Abril 1828, (145): dote en metálico parcialmente aplazado en 4 años y los consigna contra su hijo y hermano respectivo, con que se ha gravado en el nombramiento de sucesor en los vínculos. Sino pagare en el 1 año correrá un interes 3% por mora. El resto de la dote pagadera mediante cesión de créditos, desistiéndose de todo derecho con traspaso de todas acciones reales, personales, mixtas, directas y ejecutivas; BARRENECHEA, 18 Septimebre 1826, (103): que será entregada por el hermano sucesor tronquero en el plazo de un año en dinero metálico más arreo; INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281): el hermano de la novia y sucesor de la casería solar de la familia está obligado a dotarla. Se faculta a pago parcialmente aplazado. Fijándose un interés anual del 3% por mora; MEABE, 15-2-1829, (349): el hermano que en su contrato matrimonial se obligó a dotarla hizo entrega anticipada de la cantidad. Se otorga carta pago entrega hermano "con renunciación ley 9 Tit. I Partida 5 por no parecer de presente la entrega de dichos bienes y los plazos que para su prueba prefine, los que dá por pasados, como si efectivamente lo estuvieran"; .

donación causada[39] o bien con los haberes de la casa[40], según es costumbre del lugar en personas de su clase [41].

"Las dotes que parezcan justas y arregladas al estado de la casa"[42].

En una escritura de Gondra se consigna cantidades exactas que llegan hasta la cuantía de la mitad de lo donado y mitad del usufructo de los pertenecidos[43].

389. **La dotación se lleva a cabo en el momento de su acomodo.-** Es frecuente el que se consigne, que la obligación de dotar a los hermanos deberá atenderse en el momento de su acomodo[44], y que no es exigible anticipadamente[45]. Es frecuente que la entrega se efectúe por plazos[46]. Los usos jurídicos facultan al aplazamiento parcial del pago de la dote. La existencia de esta costumbre, tratándose de entregas dinerarias, posibilita se pueda atender su pago con el ahorro o con la entrada de una dote en la

[39]LANDABURU, 5 Abril 1831, (86).

[40]LANDABURU, 26 Septiembre 1833, (98): facultándose a imponer gravámenes caso de que no existieren haberes "gravámenes y señalamientos que tubiesen por conveniente para el fín de auxiliar el acomodo de la restante familia"; LANDABURU, 23 Febrero 1827, (73).

[41]GANGUTIA, 30 Noviembre 1825, (295): "Lo referidos (donantes) y (donatarios), hayan de dar a iguales partes a Josefa, hija de los primeros, casada con Agustin, vecino de esta villa, ochenta ducados, para el día veinticuatro de Diciembre venidero y a sus hijos solteros .....que viven unos en su casa y compañía y otros sirviendo fuera de ella, ochenta ducados de a once reales de vellón a cada uno, el mismo día de la celebración de su respectivo matrimonio, en efectivo dinero metálico, y además a cada una de estas tres hijas, una cuja de cama dos veces vestida, a uso de entre personas de su clase y circunstancia, y una arca regular, ropa y algunos ajuares de casa...".

[42]LANBDABURU, 26 Septiembre 1833, (98).

[43]GONDRA, 29 Septiembre 1825, (377):."es condición expresa que si los donantes falleciesen antes que tomase su estado su hijo Juan, en tal caso deberán darle los donatarios la mitad de dicha casa donada y mitad del usufructo de sus pertenencidos por espacio y tiempo de dos años desde que tal subceda sin renta, ni pensión alguna, pero no surtirá efecto esta condición siempre que se acomode el Juan en vida de los donantes sus padres o qualquiera de ellos"

[44]GONDRA, 1 Abril 1824, (367): dotación hermanos, cuando llegasen a tomar estado y en defecto al cumplir 25 años; GONDRA, 29 Octubre 1825, (377): Dotación hermano en el caso de premoriencia donantes antes de que tomase estado; LANDABURU, 26 Enero 1832, (91): al tiempo de su acomodo.

[45]LANDABURU, 26Enero 1832, (91) en el momento de su acomodo y no antes.

[46]GANGUTIA, 24 Noviembre 1832, (323): Entrega cantidad a padres donantes en plazos. Se obligan a su cumplimiento de forma solemne; GANGUTIA, 30 Noviembre 1825, (295): "se obligan de forma solemne y omnimoda que por derecho se requiera con su persona y bienes habidos y por haber a cumplir la carga de la dotación de los hermanos".

familia, sin acudir a la concertación de un crédito. Se le entregará la dote al alcanzar la edad de 20 o 25 años, si antes de esta edad no se hubiere acomodado[47].

390. **Medios que garantizan la obligación de dotar.-** Se acuerda la asunción de esta carga de forma solemne, tanto si la asumen los donantes como si se la impone al sucesor:

> "...y a fin de atender la dotación hacen la obligación mas solemne u omnímoda que por derecho se requiere con sus personas y bienes habidos y por haber"[48].

Garantiza su entrega con hipoteca[49]. Si se ordenó la consignación de la dote, previa entrega de los bienes donados y no se hubiera consignado, se acuerda que se sacará la dote de lo mejor y más pronta salida[50].

391. **Los hermanos gozarán del derecho de habitación y alimentos en la casa hasta su acomodo.-** Es frecuente el que se pacte que hasta el momento de su acomodo, los hermanos del donatario tendrán derecho de habitación y alimentos[51] o bien hasta que concluya el aprendizaje de su oficio[52], o en todo tiempo, en defecto de acomodo o si se tratare de hermanos impedidos[53].

---

[47]BARANDICA, 13 Mayo 1822, (380): entrega de una cantidad de dinero al sobrino a petición suya cumplidos los 20 años y otra cantidad al tiempo de su acomodo.

[48]GANGUTIA, 24 Noviembre 1832, (323); GANGUTIA, 30 Noviembre 1825, (295): "se obligan de forma solemne y omnimoda que por derecho se requiera con su persona y bienes habidos y por haber a cumplir la carga de la dotación de los hermanos".

[49]LANDABURU, 26 Noviembre 1828, (75): "por los títulos de su pertenencia y está con los demás bienes donados hipotecados a la garantía de las consignaciones hechas en la nominada escritura de convenio a cargo del (contrayente)...., a favor de sus hermanos y sobrina respective por sus legítimas".

[50]LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74).

[51]ASTIAZARAN, 2 Mayo 1833, (224): la hermana tendrá derecho de alimentos en la casa si no se acomodara en matrimonio; LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74): "quedándose en casa al servicio de ella hasta su acomodo y tendrá derecho al vestido regular y decente que se acostumbra en el país y conforme al uso de labradores para su persona a costa de los padres otorgantes y futuros contrayentes por mitad mediante el servicio y utilidad, que en tal caso les ha de prestar dicha Josefa"; LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): hasta el momento de su acomodo la hermana tendrá derecho a habitación y soldada.

[52] LANDABURU, 30 Marzo 1833, (95): el hijo apartado tendrá derecho a alimentos en la casa paterna en tanto concluya el aprendizaje del oficio.

[53]ASTIAZARAN, 23 Agosto 1823, (134):tiene derecho a habitación y alimentos el hermano impedido.

El pacto de alimentos aparece recogido, igualmente, en las escrituras que pertenecen a vecinos de villa[54]. Este derecho de habitación y alimentos conlleva la obligación por parte del hermano de contribuir con su trabajo al auge de la casa[55]. En el ínterin hasta su acomodo, si permaneciere en el servicio de la casa, recibirá por soldada una cantidad anual en metálico[56], si se colocase fuera de ella, se le descontará de la cantidad que se reserva para entregarla como dote, las soldadas que adquiriese en el expuesto servicio extraño[57].

En ocasiones se impone al sucesor la obligación de contribuir a los gastos de aprendizaje del oficio[58].

IV. Cargas reales y varias.

392. **Obligación de atender las cargas reales que gravitan sobre los bienes.-**Figuran una serie de cargas reales que gravitan sobre la casa donada y cuyo cumplimiento asume el donatario.

En 12 escrituras figuran censos que habían sido constituidos sobre la casería.

En varias se transmite la finca redimiéndola tanto del censo como de los réditos devengados, dejando la finca libre de toda responsabilidad en un plazo de tiempo[59]. En otras, se transmite el bien con este gravamen y se establece que el donatario asumirá el pago de dicha pensión y gravamen y los réditos que en lo sucesivo devengare al interés

---

[54]ORBETA, 8 Febrero 1828, (478): se trata de la Capitulación perteneciente a la familia de los Marqueses de Castro Fuerte Vizconde de Castrillo, vecinos de Burgos sereconoce la obligación por parte del hermano de la entrega de una cantidad anual para su manutención en el tiempo que medie hasta su acomodo.

[55]GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313): el hermano soltero que recibe alojamiento y alimentos contribuirá con su trabajo en beneficio de la comunidad.

[56]LANDABURU, 30 Mayo 1831, (87): gozará hasta su aconodo de derecho de habitación y recibirá soldada por su trabajo para la comunidad.

[57]LANDABURU, 18 Octubre 1827, (74).

[58]LANDABURU, 3 Febrero 1826, (70): que se atenderá con la pensión impuesta por la cesión de un monte.

[59]AREITIO, 12 Febrero 1831, (32):."Que tanto los trecientos ducados de capital censal devidos a dicha comunidad Religiosa de San Francisco de la villa de Durango, y réditos adeudados, como otro cualesquier grabamen a que estubiesen afectas las citadas fincas, serán de cuenta y cargo de los donantes, quienes por consiguiente deverán redimirlos dentro de dos años contados desde hoy, y dejar libres de toda responsabilidad a las denotadas fincas"

del 3%[60]. En otras escrituras no se sigue un criterio rígido, sino que se busca el equilibrio económico, de tal suerte que quien recibe los beneficios generados por el bien asuma la carga. Se recoge del siguiente modo:

> "Puede acordarse que al objeto de que responda el hijo donatario de los réditos de censos y obligaciones que reconoce contra si el donante, cobrará el hijo donatario la renta del inquilino, pero sino pudiesen congeniarse en comunidad, reserba la mitad para su aprovechamiento, ínterin sus días, en cuio caso responderá también dicho hijo de las referidas pensiones y réditos"[61].

> "Y es condición que los réditos de estos censos deberán pagar los donantes durante los tres años expresados, y pasados estos a medias e iguales partes entre aquellos y los donatarios"[62].

En armonía con el criterio adoptado para el pago de las deudas, es frecuente que se indique que comprende:

> "Siendo los réditos vencidos hasta ahora de cargo del donante y los que se devengarán en adelante de cargo de la donataria"[63].

Las obligaciones inherentes a las cargas que graviten sobre el bien las asume su titular.

No expresan las escrituras a qué clase de censo corresponde. Con frecuencia figura como censualista el Cabildo económico de distintas Anteiglesias del Duranguesado[64], así como Ordenes Religiosas o particulares.

El Fuero Nuevo regulan en 4 leyes el régimen existente para las caserías censuarias, en las que figura como censualista el Señor de Vizcaya[65] y su Alteza[66].

---

[60]GONDRA, 2 Marzo 1824, (368): se trata de un censo constituido a favor del Presbítero cura Beneficiario de la Anteiglesia de Arrieta; LANDABURU, 26 Noviembre 1828, (75): "y la casa de ...a algunos pequeños capitales de censos con cuya carga se hizo su adquisición y de los que está instruido el donatario por los títulos de su pertenencia".

[61]ASTIAZARAN,2 Mayo 1833, (224).

[62]GONDRA, 1 Abril 1824, (367): asi bien reservan los donantes el usufructo íntegro durante tres años contados desde la fecha, y pasados estos en adelante la mitad. que tiene contraidos los siguientes censo con distintos particulares; GONDRA, 4 Noviembre 1824, (370): censo principal contraido con el Cabildo Económico. de la Anteiglesia, (Gondra recoge frecuentementemente censos de esta proveniencia), los réditos serán a cargo del donante hasta que el donatario entre en el disfrute de la mitad usufructo, siendo a medias a partir del mismo.

[63]GONDRA, 2 Marzo 1824, (368).

[64]GONDRA, 4 Noviembre 1824, (370); GONDRA, 27 Abril 1825, (374); GONDRA,.12 Octubre 1825, (376).

[65]FN. 1,1:"..que el tal Señor, que asi nuevamente sucede en el dicho Señorío, seyendo de edad de los catorce años, haya de venir ...e hacerles sus juramentos...e confirmarles su privilegio, e usos y costumbres, franquezas y libertades....y si despues, que assi fuere requerido para ello ...no viniere a hacer dicha confirmación ...no le respondan y acudan al dicho Señor, ni a su thesorero, ni recaudador, con los derechos, e censos que tiene sobre las villas, é otras caserías censuales de Vizcaya"; FN. 4, 1: "que por ley y por Fuero, que los Señores de Vizcaya hubieron siempre en ciertas casas, e casrías su cierta Renta, é Censo en cada un año, ya tassado...".

[66]FN. 1, 36: "Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto en Vizcaya, hay algunas casas, que deba el Censo de los cien mil maravedis de los buenos a su Alteza (por quanto están sitas, y puestas con cargo del dicho Censo en tierra, y lugar del Señor)"; 2, 36: "Que tenían de Fuero, uso, e costumbre, y establecían por Ley, que ninguno que possee, y tuviere, y posseyere alguna de las dichas casas, y caserías, que den el dicho Censo a sus magestades, no pueda vender, ni engenar, ni trocar, ni cambiar ninguna parte, ni heredadde la tal Casa, y Casería....."

Entendemos que tanto en las escrituras como en el Fuero se refieren a censos reservativos[67], que constituidos por testamento, contrato o mandato de la autoridad[68] tienen por objeto la conservación de los edificios o bien la adecuada explotación de las fincas. Tambien figuran constituidas sobre la casa el pago de cantidades anuales por "Aniversario" y celebración de Misas de San Gregorio[69] o pagos de cantidad anual a centros de Beneficencia[70].

393 **El pago de las contribuciones.-**Los tributos de Lanzas y Mareantes[71], contribuciones que correspondieren pagar por fogueración y la luz de oblada de la sepultura[72]; el pago de las contribuciones se comparte con el donante, en la misma

[67]Según GUTIERREZ (ob. cit., T.2, 717), ha sido frecuente en España, y en los demás reinos, que las igleisas, las universidades, los colegios, los particulares han dado sus fincas a censo reservativo, dándose algunos abusos por partes del señor territorial que solian imponer gravadas condiciones.

[68]NR. 3, 19, 1 y 7 (Dec. de Carlos III 20 Octubre 1788) recoge la constitución de Censos por mandatos de la autoridad, con objeto de escitar a los dueños de yermos y solares a edificar en ellos, a fin de aumentar el número de habitaciones y mejorar el asécto del pueblo, establecen que los mencionados sitios fuesen de mayorazgos, capellanías, patronatos ú obras pías, puedan sus actuales poseedores hacer la nueva obra, y que de no hacerlo dentro del término de un año, se concedan dichos solares a censo reservativo. Esta disposición aunque especial para Madrid, se halla admitida en las demas provincias y extendida a los edificios que se encuentran en estado ruinoso.

[69]VERGARA, 23 Julio 1825, (400).

[70]ORBETA, 26 Mayo 1831, (487); GONDRA, 2 Marzo 1824, (368): las .contribuciones de la casa así como las cargas vecinales contribuirán por mitad e iguales partes. Los gastos de mantenimiento de la casería en el momento presente asume el donante; GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300): así como la pensión anual de la casería para Misas de difuntos, carga que a la muerte de los donantes será a cargo de los donatarios.

[71]BARANDICA, 5 Junio 1830, (386); BARANDICA, 21 Agosto 1830, (387); BARANDICA, 2 Abril 1831, (388); AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16).

[72]AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16): "Con la de que los mrs. de Lanzas mareantes con que anualmente contribuye dicha casería ...a S. M. y repartimiento de este M. N. y M. L. Señorío de Vizcaya, y otras contribuciones que correspondieren pagar por fogueración y, así como la luz de oblada de la sepultura han de ser de cuenta y cargo de los donantes por entero durante el corriente año y el próximo

proporción que reciben el usufructo de los bienes, expresando que a su muerte asumirá la carga íntegramente el donatario[73]. Asimismo se obliga a contribuir a los gastos necesarios para el mantenimiento de la casería[74].

venidero de mil ochocientas y treinta hasta su indicado día primero de Noviembre en atención a la reserba íntegra de ventas y productos que llevan hecha y en lo subcesibo por mitad e iguales partes entre los referidos donantes y donatario ínterin permanezcan aquellos en el usufructo vitalicio de la mitad de sus productos mas despues de la muerte de ellos deberá corresponder el todo de semejantes derramas y contribuciones el mismo donatario y su representación como dueño absoluto que quedará de los enunciados bienes".

[73]GONDRA, 29 Octubre 1825, (377).

[74]ERCILLA, 23 Febrero 1825,(259): carga correspondiente al pago de las deudas censales que gravitan sobre las fincas y las particulares del otorgante hasta la fecha, así como los gastos necesarios para la reparación de las caserías.

Capítulo 20. La reversión de los bienes donados.

394. **Volumen de escrituras que recogen la reversión convencional.-** En un sistema, en el que la transmisión de los bienes raíces sitos en la tierra llana está afecta por la limitación que entraña la troncalidad, es necesaria la presencia de mecanismos jurídicos, que sirvan de cobertura y cierre a fin de hacerla operativa. Las leyes establecen con tal objeto las reservas y la reversión de los bienes troncales.

Vamos a referirnos a la segunda. En las escrituras examinadas la salvaguarda de la troncalidad no es la única razón que justifica la presencia de la cláusula de reversión sino que trata de atender al mantenimiento de los bienes en la familia de origen, cuando éstos han sido donados o dotados para un concreto matrimonio.

El pacto de reversión de los bienes aparece en 224 escrituras, (45%) del total de escrituras examinadas.

Se recoge en el capítulo último del contrato matrimonial. Contiene la regulación de los efectos de la disolución del matrimonio de los contrayentes por muerte de uno de ellos sin que dejare descendencia. En una cláusula única se establece la restitución de los bienes que aportaron al matrimonio, la reversión de la dote y se fija los bienes con los que sale el cónyuge supérstite.

Existen dos razones por las que debemos detenernos en esta cláusula.

1. Los bienes objeto de reversión son básicamente los que reciben los contrayentes de sus padres con motivo del matrimonio, en consecuencia, las causas que dan origen a la reversión van a incidir en la suerte que han de seguir los bienes objeto de pacto sucesorio y en algunos casos van a dar origen a la resolución del mismo, en otros, sin afectar al pacto, fijan el destino de los bienes objeto de pacto.

2. La frecuencia de esta cláusula, su carácter de pacto expreso e inviolable, concertado por todos los otorgantes del contrato matrimonial, finalmente, el carácter de condición a la que se sujeta el contrato determinan el que la examinemos.

La estructura que se sigue en su redacción es la siguiente: se recoge al mismo tiempo la reversión de los bienes donados y de la dote, y se expresa en primer lugar qué

bienes revertirán por muerte del novio y a continuación por muerte de la novia, indicándose respectivamente quiénes son los destinatarios de los mismos. En otras escrituras invierten la presentación, indicando qué bienes saca el supérstite y cuáles son objeto de reversión. Se expresan en estos términos:

> "ocurriendo dicha disolución por muerte del (novio), en vida de su madre, sucederá ella en su bienes conforme a derecho y costumbre, y en los vínculos con arreglo a sus fundaciones, según la disposición del mismo en cuio particular regirán las leyes que se observan en dicha provincia, y siendo premuerta, usará del derecho que le compete para disponer de sus bienes, succediendo en defecto, los que deban herederarle y en los vínculos los inmediatos llamados por las fundaciones a su posesión; pero bajo la responsabilidad hipotecaria que se expresará mas adelante para la restitución y reintegro de la dote, ...y acaeciendo dicha disolución, en la forma referida, por fallecimiento de la (novia), en este caso de la cantidad de... capitulados por su dote en este contrato, tan solamente serán revertibles en efectivo a su madre , y en su falta al poseedor que fuere del vínculo ...y su casa solar infanzona radicante en dicha Anteiglesia de Yurreta, ... quedando facultada la misma (novia) para que pueda disponer libremente y a su arbitrio y elección de los restantes ...ducados según tubiese por conveniente" [1].

395. **La reversión legal: supuestos.-** La reversión de los bienes donados aparece regulada en el Fuero en varias leyes:

1. Al regular los efectos de la disolución del matrimonio (FN. 20, 1) por muerte de uno de los cónyuges sin descendencia establece la reversión de los bienes donados o dotados para ese matrimonio, dedicando el primer párrafo de la ley a la reversión de los bienes troncales y adicionalmente la reversión genérica de los bienes dotados o donados para el mismo:

> "Y en caso que el Matrimonio se disuelva sin hijos, ni descendientes (que por ser toda la raíz de Vizcaya troncal) que si en el tal Matrimonio ambos Marido, y Muger, o alguno de ellos truxiere en dote, ó donación bienes raízes: los tales se buelban, y queden con el que los truxo: Y si alguno de ellos vino á Casa, y Casería del otro con dote, ó donación de mueble, y semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin Fijos, el tal, ó sus herederos, ó successores salgan con lo que truxo, y con la meytad de los mejoramientos, y multiplicado constante Matrimonio"[2].

2. Al regular los distintos tipos de donaciones establece, que la donación universal con carga de los alimentos del donante se resuelve si premuriere el donatario sin que dejare descendencia:

[1] AREITIO, 2 Abril 1831, (35).
[2] FN. 20.1.

> "que alguno dá lo suyo en su vida a su hijo con cargo de alimentos y obsequias; y el tal hijo, o heredero muere en vida del tal padre o donador sin que dexe descendencia en tal caso ...Ordenaban, que la tal donación sea tornada al padre, o al que la dió, para usar, y hacer, como de sus bienes propios"[3].

Ciertamente, estas dos normas rigen las disposiciones que estamos examinando; se trata de bienes donados para el matrimonio y por otra parte se trata de donaciones universales en los que existe esta carga u otra análoga a favor del padre donante.

396. **La reversión convencional y su fundamento.-** Los otorgantes del contrato matrimonial pactan el régimen al que se sujeta la disolución del matrimonio que se va a celebrar, por muerte de uno de los cónyuges.

El régimen que acuerdan incorpora variaciones respecto a lo establecido en las leyes (FN. 20,1 y 17), es decir, respecto a la reversión legal, e introduce, de forma indirecta, una suerte de reversión convencional en relación a los bienes donados para el matrimonio. La variación consiste en que se apliquen los efectos de la reversión legal, no sólo al supuesto de disolución sin descendecia, sino también al supuesto que habiéndola, ésta no haya dispuesto de los bienes; por otra parte, da lugar a que tengan lugar los efectos de una determinada manera.

Se indica, que los efectos que se prevén para el supuesto de disolución por muerte de uno de los contrayentes sin que dejare descendecia, se apliquen a otros supuestos, en los que habiendo descendecia no hubiere sucesor, bien por no haber podido nombrar sucesor o por no haber nombrado.

Contenido de la cláusula:

1. Incorpora nuevas causas de reversión.

2. Establece quiénes son los obligados a la reversión.

3. Determina quiénes han de ser los beneficiarios de la misma.

4. Fija los medios adicionales que garanticen el que se lleve a cabo.

5. Detalla qué bienes se detraen de la misma.

6. Fija qué destino siguen los bienes en defecto de los beneficiarios. de la reversión.

[3] FN. 20. 17.

7. Excluye la aplicación de la reversión.

Amplía los efectos de la legal por incorporación de nuevas causas, ampliación de los plazos y nombramiento de reversionarios para dichos bienes; la incorporación de nuevas causas pone de relieve la finalidad de anteponerse al orden de llamamiento abintestato.

El fundamento de la reversión convencional reside en potenciar el mantenimiento de los bienes dentro de la familia de origen; en los supuestos en los que, de no hacerlo, iba a tener lugar el abintestato, evitando el paso de los bienes a los herederos forzosos de la descendencia.

Con tal motivo establece que reviertan los bienes donados, que a su vez hubieran llegado a la descendecia por diversos títulos (por sustitución vulgar, por transmisión de los donatarios), en el supuesto de que mueran sin disponer de los mismos, por no poder o no querer (muerte de la descendencia sin alcanzar la edad de testar o muerte abintestato).

Es decir, la reversión legal trata de suplir la falta de descendencia y la reversión convencional, adicionalmente, suple el defecto de la designación de sucesor en los bienes.

397. **Otorgantes del pacto de reversión.-** En la totalidad de la escrituras que contienen la cláusula de reversión, el encabezamiento de la cláusula nos da noticia de que se pacta con la anuencia de todos los otorgantes del contrato matrimonial[4]. Se expresan de la siguiente manera:

> " todas las partes otorgantes de un acuerdo y conformidad ponen por pacto y condición expresa e inviolable que si lo que Dios nuestro Sr. no permita se disolviese el matrimonio ....[5].
>
> "Ambas partes de un acuerdo, conformidad, ponen por pacto expreso y condición inviolable, con fuerza de Ley, que si, lo que Dios no permita, se disolviese el matrimonio" [6].
>
> "Unánimemente, ponen por condición expresa e inviolable"[7].

---

[4]ASTIAZARAN, 10 Agosto 1825, (148): "Todos los interesados ponen por pacto expreso e inviolable"; AREITIO, 27 Febrero 1832, (44): "Todas las partes conformes como en todo lo demás establecen por condición y calidad expresa e inviolable".

[5]BARRENECHEA, 18 Septiembre 1826, (245).

[6]INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281).

[7]GANGUTIA, 29 Marzo 1831, (314).

> "Es condición pactada y estipulada entre dichas partes contratantes"[8].
>
> "Los contratantes unánimes y conformes ponen por cláusula y condición expresa, si lo que Dios no permita"[9].

Es decir, los otorgantes del contrato matrimonial pactan la reversión y el contenido de la misma vincula a todos por igual, es un pacto plurilateral que requeriría el consentimiento de todos ellos para su modificación.

398. **Características del pacto de reversión.-** Se trata de una cláusula del contrato matrimonial que afecta a la suerte de los bienes donados a favor del contrayente, cuando éste se contrató con los mismos para su matrimonio. Presenta los siguientes caracteres e incide en los siguientes aspectos:

1. Se adopta de común acuerdo entre todos los otorgantes[10] y las consecuencias jurídicas que de la misma se derivan trascienden a todos ellos; obliga y a todos legitima para exigir su cumplimiento.

2. Se indica de forma expresa que esta cláusula tiene el carácter de condición a la que se sujeta lo pactado en el contrato matrimonial. Condición resolutoria y por ello determinante de la resolución de sus efectos si la condición se cumple.

3. Esta "condición", se añade, "es inviolable"; no cabe el que se altera de forma unilateral ni se viole, reforzando, con estos términos, el carácter vinculante que se deriva de su carácter pactado; requiere la presencia de las dos partes otorgantes del contrato matrimonial para que sea modificada.

---

[8]BERGARA, 22-12-1828, (413):"Es condición pactada y estipulada entre dichas partes contratantes ".

[9]ZUAZUA, 23-2-1832,(118).

[10]Es una nota característica de la reversión en relación a las restantes cláusulas del contrato matrimonial. Hemos dejado constancia que unas cláusulas se establecen entre los padres y los hijos de una de las partes como la reserva de usufructo, la obligación de los alimentos o la dotación de los hermanos; otras, intervienen exclusivamente los contrayentes, como el contratarse con los bienes para el matrimonio que van a celebrar, el otorgamiento recíproco del poder testatorio o la constitución de las arras finalmente, la constitución de la comunidad de vida puede establecerse entre los tres matrimonios, en cuyo caso participarían todos los otorgantes, si bien ya hemos dicho, que no es lo frecuente. Es decir , esta cláusula es la única en la que participan siempre todos los otorgantes, exceptuando las cláusulas de garantía que cierran la escritura.

399. **Causas adicionales que incorpora la reversión convencional.-** En la totalidad de las escrituras que contienen este pacto se expresan las causas que determinan su aplicación.

Habitualmente se recogen tres causas: Que no hubieren tenido descendencia; que habiendo tenido, ésta hubiere fallecido sin alcanzar la edad de testar y finalmente, que habiendo alcanzado, fallecieren abintestato El modo en el que quedan redactadas estas tres causas difiere poco de una escribanía a otra, lo que puede ser indicativo del empleo de formularios.

En 172 escrituras respecto a las 224 que recogen el pacto de reversión, se consignan las tres causas; de las restantes, en 6 escrituras pertenecientes a la escribanía del Sr. Zuazua se recogen exclusivamente dos, por falta de descendencia y que habiéndo tenido no alcanzare la edad de testar[11].

Por otra parte, se ha constatado que su empleo está generalizado en las distintas escribanías, no sólo del Duranguesado[12], sino en las Merindades de Uribe[13] y Zornoza[14], en las Encartaciones[15] y en el término municipal de Bilbao[16]. Todo ello nos permite indicar, que en el período histórico examinado, era costumbre enraizada en gran parte de Vizcaya, que la reversión de los bienes aportados al matrimonio estuviera recogida con distinto alcance al que figura en el Fuero (FN. 20, 1).

El escribano Barandica recoge las causas de la reversión del siguiente modo:

> "Ponen los contratantes por pacto expreso, que lo dispuesto por la ley de citado fuero de Vizcaya, acerca de la reversión, en los casos de disolverse los matrimonios sin sucesión, ha de tener lugar en cuanto a los contrayentes, no solo cuando de facto, siendo así la voluntad de Dios, se disolviere sin tal sucesión el que han de contraer, sino también igualmente aún en caso de haberla, siempre que los hijos o descendientes de que fuere compuesta falten antes de haber llegado a edad de poder testar legalmente, y aunque lleguen siempre que de hecho no testare. En estos casos deberá devolverse...." [17].

---

[11]ZUAZUA, 25 Febrero 1824, (101); ZUAZUA, 17 Mayo 1826, (108); ZUAZUA, 2 Julio 1831, (113); ZUAZUA, 6 Agosto 1831, (115); ZUAZUA, 25 Enero 1832, (117); ZUAZUA, . 23 Febrero 1832, (118).

[12]Aparece en 20 escrituras de AREITIO; 74 de ASTIAZARAN.; 18 de BARRENECHEA;1 de ERCILLA J.; 1 de ERCILLA T.; 8 de GANGUTIA ; 7 INUNCIAGA; 1de LANDABURU; 8 de MEABE; 10 de ZUAZUA.

[13]En 8 escrituras de GONDRA; 2 de ZAVALA. .

[14]En 1 escritura de BARANDICA.

[15]En 1 escritura de ZABALBURU; 1 de ECHEGUREN; 1 de CALLEJO; 2 de ACHUTEGUI.

[16]Aparece en 1 escritura de la escribanía de ARRIBALZAGA; 4 de ARTAZA; 1 de BARANDICA; 1 de GORSOTIZAGA. y 3 de ORBETA.

[17]BARANDICA, 21 Agosto 1830, (387).

Areitio recoge esta cláusula como sigue:

> "Todas las partes conformes como en todo lo demas establecen por condición y calidad expresa e inviolable, que si lo que Dios Nuestro Señor no quiera ni permita se disolviese dicho matrimonio sin hijos y aunque los haya sino llegaren a hedad de poder testar, o llegado falleciesen abintestato, en cualquiera de los tres casos, ocurriendo la disolución por muerte del recordado ...(novio,) ..recaigan los referidos bienes en ..., verificada dicha disolución por fallecimiento de la ...(novia) recaigan... "[18].

Landáburu lo hace del siguiente modo:

> "Que en el caso de disolverse el matrimonio que han de contraer los enunciados sin sucesión legítima, o aunque la hubiese si los hijos falleciesen en edad pupilar o sin disposición después de llegar a la puvertad, sucediendo cualquiera de estos casos en vida de sus respectivos padres y cualquiera de ellos, recaerán los bienes capitulados para este matrimonio e introducidos a el en su caso y lugar en los padres sobrevivientes del que o de la que faltase sin sucesión, pero siendo premuertos podrán disponer de sus bienes a su libre voluntad .."[19].
>
> "si se disolviese el matrimonio que han de contraer Don....y.Dña. ...sin sucesión o aún habiéndola falleciesen los hijos en edad pupilar o llegados a la de pubertad sin disposición testamentaria..."[20].

Zuazua se expresa como sigue:

> "Todas las partes contratantes, de una unión y conformidad ponen por condición expresa e inviolable, que (lo que Dios nuestro Sr. no quiera ni permita) si este tratado matrimonio se disolviese sin hijos legítimos, y aunque los haya falleciesen sin edad de poder testar, ó llegados no lo testasen, en cualquiera de los tres casos propuestos produciendo dicha disolución del matrimonio por muerte del significado (contrayente), buelban y restituyan todos los bienes raices, derechos y acciones, Escribanía Numeraria de esta dicha villa .....todos los bienes que van donados y prometidos y refiere la citada Escritura de donación de 25 de Febrero de este año. al mismo ...(donante) en caso que le sobrebiba y en el de haber muerto para entonces, suceda en dichos bienes raices Don.....su hijo legítimo, siempre que le sobreviva a la sazón: revertiendo la referida dote de los siete mil ducados y bienes de arreo en el ser y estado que estubiesen, a la denotada ....." [21].
>
> "si se disolviese sin hijos legítimos, y aunque los haya falleciesen sin edad de poder testar, ó llegados no lo testasen, en cualquiera de los tres casos propuestos ...."[22].

---

[18]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44).

[19]LANDABURU, 6 Noviembre 1830, (84).

[20]LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78).

[21]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

[22]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

"si se disolviese el matrimonio que tienen proyectado celebrar sin disposición ni subcesión, y aun quando tengan esta, no llegaren a la edad competente para su disposición"[23] .

"La reversión de lo que se aporta al consorcio... aún cuando haya dicha sucesión, siempre que los hijos o descendientes de que fuere compuesta mueran antes de haber llegado a edad de poder testar, y aún cuando lleguen, siempre que fallecieren sin tal testamento"[24].

Con una redacción idéntica aparece recogida en las escribanías de Astiazarán, Bergara y Gangutía[25].

Estas tres causas son asimismo las que tradicionalmente recoge la sustitución fideicomisaria "si sine liberis decesserit" en el Derecho catalán [26], y las que figuran en las capitulaciones vizcaínas de años posteriores[27].

Existen algunas escrituras que añaden alguna singularidad: Zuazua recoge en una escritura que la causa de falta de descendencia, hace relación expresa a la exigencia de que fuere legítima para que la reversión tuviere lugar[28]. En esporádicas ocasiones se condiciona la reversión al hecho de que se disolviere el matrimonio sin descendencia y muriese el contrayente sin disponer o testar[29], lo que restringe su aplicación, quedando a la libre discrecionalidad del donatario, quien podrá evitarla disponiendo *mortis causa* . Se trata de peculiaridades que introduce el Sr. Zuazua, pero que en el contexto de las restantes escribanías no han tenido eco.

La incorporación de estas 2 causas adicionales determina:

1. Que puede tener lugar la reversión en el supuesto de que se hayan producido los efectos de la comunicación foral.

---

[23]GONDRA, 15 Febrero 1825, (373).

[24]BARANDICA, 6 Junio 1829, (383).

[25]ASTIAZARAN, 12 Abril 1824, (139): "Que si dicho matrimonio se disolviese sin hijos ó teniéndolos, no llegaren a edad de poder testar, ó llegando fallecieren abintestato, sobreviviendo los padres vuelva a ellos, pero si hubieren premuerto dispongan libremente ..."; BERGARA, 22 Diciembre 1828, (413): si el sobredicho Matrimonio se disuelve sin hijos, y aunque los tengan si no llegare.n a edad de poder testar, y aunque lleguen si muriesen intestados, en qualquiera de estos casos ..."; GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309): "Con la de que si lo que Dios nuestro Señor no permita, se disolviese el proyectado matrimonio sin dejar hijos y teniendolos no llegasen a le edad de poder testar, y llegados no testasen, acaeciendo por muerte".

[26]FUENTE Y PERTEGAZ, de la, *Los heredamientos capitulares en Cataluña*, Madrid, 1921, 68.

[27]Jurisprudencia civil foral, T. I, Bilbao, 1992, T.S. 16 Marzo 1865, (Nº 9).

[28]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107).

[29]ZUAZUA, 25 Enero 1832, (117).

2. Que sea necesario que la descendencia falleciere sin haber designado sucesor.

3. Que sea necesario para que tenga lugar la sobrevivencia del reversionario de los bienes.

400. **Tiempo en el que tiene lugar la reversión.-** La incorporación de nuevas causas en la reversión convencional determina una ampliación en el plazo de reversión; que comprende el período de tiempo que media desde su otorgamiento hasta que la descendencia alcance la edad hábil para testar, -si en el interregno fallece-, y finaliza, en el momento en el que habiéndo alcanzado, -falleciere abintestato- .

Existe otro elemento que ha de tenerse en cuanto a la hora de la fijación del tiempo; es necesario que sobrevivan los reversionarios y por tanto, su muerte figura como término dentro del cual ha de cumplirse la condición, ya que de no ser así los bienes pasarán a tener la condición de libres.

En 45 escrituras se establece que cesa la obligación de revertir si el padre donante hubiera fallecido, tratándose de bienes muebles donados o gananciales habidos en el matrimonio. Se expresan en estos términos :

"si el proyectado matrimonio que esperan contraer se disolviere sin sucesión por muerte de esta hallándose a la sazón vivos sus padres los nominados.....ó cualquiera de ellos, en este caso deverá revertirse á estos toda la dote ....., pero si falleciesen antes dichos sus padres en cuyo caso la (novia) podrá disponer en vida a su comodidad del mejor modo que le pareciese y tubiese a bien de todos los referidos bienes de su dotación; y si hubiese bienes gananciales de estos dispondrá en todo la propia (novia) a favor de quien quiera y como la pareciere"[30].

401. **Bienes objeto de reversión.-**En las escrituras examinadas, la reversión tiene por objeto los bienes con lo que se contrataron para el matrimonio, con independencia de cuál fuere su naturaleza troncal, mueble, dineraria etc.

Se prevé si tiene lugar la disolución del matrimonio por muerte del novio o de la novia; en cada uno de los supuestos se indica los bienes que se deben restituir a la familia del premuerto y los bienes con los que sale el supérstite.

Lo frecuente el que se indique genéricamente que serán objeto de reversión los bienes que aportó al consorcio y se matice cuáles se incorporan o se excluyen de la misma, de este modo:

---

[30]GANGUTIA, 29 Octubre 1832, (322).

"Capitulan los otorgantes, que si el matrimonio se disuelve sacará la novia, o sus parientes en falta de ella, todo lo que por su parte se introduce a él, y es lo que se ha referido en dinero y en muebles por dote y arreo, con mas la mitad de los mejoramientos ó gananciales que hubiese, quedando todo lo restante para el novio..ó para sus parientes en falta suya; pero cualquiera de los dos que sea el sobreviviente saldrá mejorado en ...ducados que se prometen en arras"[31].

"vuelvan y se restituian a los mismos todos los bienes raíces, y demas, que le han prometido y donado en esta escritura, con la mitad de gananciales..:" [32]

"si el matrimonio se disuelve sacará la novia, o sus parientes en falta de ella, todo lo que por su parte se introduce a él, y es lo que se ha referido en dinero y en muebles por dote y arreo, con mas la mitad de los mejoramientos ó gananciales que hubiese, mejorada en ...ducados que se prometen en arras"[33]

Cabe el que pacten incrementos o deducciones en el patrimonio objeto de reversión, puesto que rige la libertad de pacto, incluso para exhonerar de la obligación de restituir, según se desprende de las escrituras:

"sacará cada uno según dispusieren entre si con arreglo a las leyes"[34].

El importe de las arras[35] se deducirá de la cantidad objeto de reversión e incrementará la cantidad que saca el cónyuge supérstite[36].

Se incrementará la reversión con la mitad de los gananciales.

"salga el supérstite ó su representación con los bienes que aportó mas la mitad de los gananciales "[37].

402. **Particularidades en la reversión de los bienes troncales y vinculados.-** En 45 escrituras la reversión tiene por objeto bienes raíces. En 33

[31]BARANDICA, 13 Mayo 1822, (380).

[32]INUNICAGA,28 Febrero 1823, (281).

[33]BARANDICA, 13 Mayo 1822, (380).

[34]ASTIAZARAN, 26 Noviembre 1827, (172).

[35]AREITIO, 5 Septiembre 1829, (16): "los consortes legítimos, con beneplácito y consentimiento de sus respectibos Padres, se condonan y arran mutuamente con cada doscientos ducados de vellón, para que el que o la que de entre ellos sobreviviere, los haya, llebe y herede de lo mejor, y mas bien parado de los bienes del que, o la que premuriere disolviendose dicho matrimonio sin hijos y no de otra forma, cuia cantidad confiesan cabe en la décima parte de los contratados, y en defecto quieren se supla de los gananciales que adquieresen constante Matrimonio"

[36]ASTIAZARAN, 25 Diciembre 1830, (209).

[37]VERGARA, 31 Diciembre 1824, (397).

contratos matrimoniales se hace alusión expresa a su naturaleza troncal, en las restantes no. Tratándose de bienes raíces sitos en tierra llana, lo serán, en todo caso, respecto a la descendencia.

Por imperativo legal estos bienes retornan al tronco de donde provienen "por ser toda la raíz de Vizcaya troncal". Es decir el fundamento de esta reversión reside en la aplicación del principio de troncalidad; el modo en el que se recoge es el siguiente:

"... en tales casos, ocurriendo la disolución por muerte del recordado (novio), recaigan la citada heredad ...y casería ...y sus pertenecidos, y demas bienes donados en el estado en que se hallaren, y mitad de gananciales en el prevenido padre..., con deducción de los ...ducados de arra, quien en tal evento reserba disponer de su futura subcesión como tubiese por conveniente, por testamento u otra forma, pero si hubiese fallecido recaerá en su hijo ...ó su representación legítima "[38].

"en el supuesto de que el padre hubiese fallecido, a saber dichas heredades recaerán en ....(hermano) ó su representación y la expresada casería de ...y sus pertenecidos de la línea y tronco que correponda de dicha difunta muger"[39].

Las peculiariadades que presenta la reversión de los bienes troncales, son las siguientes:

1. Queda sujeta al orden sucesorio establecido por la troncalidad, sin que quepa alteración del mismo. Siendo esta la regla general, sin embargo aparecen escrituras en las que se recoge un pacto, entre el disponente de los bienes y un tronquero, conteniendo la renuncia a los derechos derivados de la troncalidad[40]. Simplemente referimos la existencia de estos pactos de renuncia sin que abordemos su análisis por exceder del objeto sobre el que versa esta investigación.

2. Los bienes gananciales no se restituyen a la familia sino que quedan a la libre disposición de los contrayentes[41], en otros casos, se incorporan a la cantidad que en concepto de arras llevará consigo el cónyuge supérstite[42].

[38]AREITIO, 8 Junio 1832, (47).

[39]AREITIO, 27 Febrero 1832, (44).

[40]ASTIAZARAN, 18 Agosto 830,(202): "las hermanas y cuñados del otorgante, por escritura que otorgaron el 1 Octubre 1794 ante D. José de Meabe escribano del número de esta villa le cedieron, renunciaron y traspasaron las partes acciones y derecho que tenían en la casería y pertenencidos de Uribe radicantes en la Cofradía de Andicona de la expuesta Anteiglesia de Berriz, cuia escritura fué aprobada con audiencia de los cedentes por el St. Teniente de la Merindad de Durango en 23 de Febrero de 1796".

[41]GANGUTIA, 19 Febrero 1831, (313); GANGUTIA, 29 Octubre 1832, (322).

[42]ASTIAZARAN, 24 Marzo 1832, (214); BARANDICA, 2 Abril 1831,(388).

3. Los bienes troncales objeto de reversión quedan afectos a la responsabilidad de la reversión dotal[43], responsabilidad que asumirá el padre o el nuevo sucesor de los bienes[44], gozando la dotada o su representación del derecho de retención y usufructo de los bienes troncales sin pago alguno de renta[45]. Si se incurriere en mora en la devolución de la dote no dará lugar al devengo de intereses[46].

4. Cabe el que pacten los contrayentes su recíproca institución de herederos respecto a los bienes muebles, créditos y acciones[47].

La reversión de los bienes troncales vinculados presenta un régimen jurídico peculiar al que han de sujetarse. Los bienes vinculados son objeto de reversión en 46 escrituras. Se trata de bienes que entraron en el matrimonio en virtud del título de designación sucesoria simple o designación con donación inter-vivos de los bienes.

Ha de tenerse presente, que estos patrimonios se rigen por las normas contenidas en sus Cartas Fundacionales, y los titulares han de atenerse a las mismas. Se deja constancia expresa que "se seguirán las reglas de la Fundación del Vínculo, estando destinados a los hijos del Matrimonio y no a los del 2º o 3º matrimonio, con arreglo a la fundación del vínculo regular"[48].

> "...verificándose dicha disolución por muerte del (novio), ha de suceder en el mayorazgo regular de Arsuaga y demas bienes de su agregación, y en el vínculo de Mendraca Elejalde y sus pertenencidos y agregados el inmediato llamado a su respectiva obtención conforme lo dispuesto en sus fundaciones, observándose literalmente las condiciones de vinculación, y su devolución en falta del (donante) a los demas hijos de este por orden en el modo y forma de suceder, pero con la precisa calidad de revertir la dote y arreo a su viuda, con mas los ....ducados de arras..."[49].

Es decir la preferencia de los hijos del primer matrimonio del donante como sucesores de los bienes, y la limitación dentro del 4º de parentesco.

---

[43]BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251): "entendiéndose que el poseedor o poseedora que fuere de la casa y casería de Bizcarra su accesoria y pertenecidos, objeto de reversión, sería obligado de entregar a la citada (novia) viuda que quedase del prevenido ... la insinuada dote de ...vellón, y todos los bienes efectos de su arreo en el ser y estado en que se hallasen y mitad de los gananciales que adquiriesen durante su matrimonio, con descuento de cien ducados de vellón que se condono y arran los dos futuros novios .."; ASTIAZARAN,2 Octubre 1824, (145); BARRENECHEA, 7 Febrero 1824, (236); BARRENECHEA, 4 Agosto 1827, (251).

[44]ASTIZARAN,16 Octubre 1830, (206).

[45]ASTIAZARAN, 2 Octubre 1824, (145): se establece el derecho de retención de los bienes del sucesor hasta la íntegra reversión de la dote.

[46]INUNCIAGA, 30 Agosto 1823, (284).

[47]GANGUTIA,29 Octubre 1832, (322).

[48]LANDABURU, 26 Septiembre 1833, (98).

[49]LANDABURU, 8 Mayo 1829, (78).

> "en vida de su madre, sucederá ella en su bienes conforme a derecho y costumbre, y en los vínculos con arreglo a sus fundaciones, según la disposición del mismo en cuio particular regirán las leyes que se observan en dicha provincia, y siendo premuerto, usará del derecho que le compete para disponer de sus bienes, sucediendo en defecto, los que deban heredarle y en los vínculos los inmediatos llamados por las fundaciones a su posesión"[50].

En lo que se refiere a la reversión de la dote las cartas fundacionales permiten la afectación o gravamen de los vínculos, al objeto de posibilitarla[51], estableciendo que estará obligado a dicha reversión el sucesor del vínculo[52], y facultando a usufructuar los bienes vinculados a la representación legítima de la dotada, en tanto no le sea devuelta la dote[53].

Deja a la libre disposición del donatario los bienes libres[54], en tanto que se restituyen la globalidad de los bienes vinculados junto con todos los aumentos, una vez

---

[50]LANDABURU, 26 Septiembre 1833, (98).

[51]ZUAZUA, 22 Octubre 1825, (107): "revertiendo la referida dote de ...ducados y bienes de arreo en el ser y estado que estubiesen, a la denotada Dña. ..., de la cantidad en que alcanzase y se halla libre para iguales reversiones de dote en los bienes raíces vinculados, frutos, rentas, y emolumentos de ellos y dote primera que se introdujese a la expresada hacienda; y además el citado (novio), para mayor seguridad de la dote de su futura consorte, hipoteca especial y expresamente, la mitad de los bienes gananciales que resultasen durante el matrimonio, y todas las rentas y frutos anuales de los citados tres vínculos de Guerracoa Isasi y Larramendíua y Escribanía Numeraria de esta dicha villa, como también las mejoras y aumentos hechos por su padre en al casería ...". Las cartas fundacionales de los vínculos facultan el gravamen de los mismos para llevar a cabo la reversión de la dotes, aspecto que ha quedado acreditado en el capítulo dedicado a la Dote.

[52]INUNCIAGA, 23-10-1823, (291); GANGUTIA, 7-4-1827, (299).

GANGUTIA, 20-1-1828,(300).

[53]MEABE, 12 Marzo 1827, (339): " Y acaeciendo la insinuada disolución por muerte de la nominada (novia), se devuelvan igualmente a sus indicados padres ....y en su respectiva falta, asi bien a su representación legítima la dote ....y no pudiendose realizar su respectiba entrega por falta de matálico, u otro cualquier motibo que interviniese, por los nominados (novio), sus padres, o representación de estos, haya de estar la indicada (novia), sus padres, ó quien les represente usufructuando todos los expresados bienes raices vinculados en su mitad, con arreglo a dicha su fundación, hasta que enteramente fuesen pagados los recordados ....de dote, y entregados los citados efectos muebles de arreo de la enunciada (novia); INUNCIAGA, 4 Octubre 1823, (288): "Que para la seguridad de las dotes, que vienen y en lo sucesivo vinieren en casamiento de los succesores, o succesoras, poseedores, o poseedoras de este vínculo, para los casos, que sea preciso su retorno, y reversión, se han de entender y entendieren libres los bienes raices de él, para poder los acensuar, gravar, y obligar hasta en cantidad de los que importaren las mismas dotes, que así tuvieren reversión; "En idéntico sentido: ASTIAZARAN, 2 Octubre 1824, (145); ASTIAZARAN, 1 Abril 1828, (181).

[54]ZUAZUA, 23 Febrero 1832, (118): los contrayentes tienen la facultad disposición de los bienes libres y rentas de las caserias vinculadas y bienes de la dote.

deducidas las arras[55]. Existen escrituras en las que los contrayentes se instituyen herederos en los bienes muebles mediante pacto[56].

403. **El patrimonio industrial, el patrimonio del arrendatario y el patrimonio profesional como objeto de la reversión.-** Existen escrituras en las que se dispone la restitución de un patrimonio industrial, con frecuencia está formando parte de un patrimonio vinculado, por lo que sigue el régimen que hemos expuesto. Fuera de los vínculos, aparece escriturado y sujeto a reversión 5 industrias de la miel, el barquín de la fragua y una fábrica de papel sita sobre el rio Ibaizabal[57].

En 10 escrituras aparece el contrato de arrendamiento junto al patrimonio mueble que constituye el aderezo de la casería, sujeto a reversión y en 50 escrituras lo es el patrimonio mueble compuesto por herramienta, granos, ajuar y arreo, o bien dinero, herramienta y arreo. Se trata de escrituras en las que los donantes disponen de la universalidad de los bienes muebles o de la mitad en función del mantenimiento o no de la comunidad de vida.

El novio se contrata para el matrimonio con un patrimonio profesional en 10 escrituras. Los libros de cirugía, las herramientas propias del oficio de cantero, la espada para gobernar el lino y los útiles del oficio de carpintero son las que aparecen en estas escrituras. Estos bienes que unas veces recibe por donación de los padres, pero mas frecuentemente son bienes propios del contrayente, adquiridos con su trabajo, deben restituirse a la familia del contrayente.

Del total de las escrituras en las que figura la cláusula de reversión convencional, en 130, el otro contrayente aporta una dote consistente en dinero, dote que sigue en la reversión las reglas que hemos expuesto al tratar de la dote.

404. **Los reversionarios de los bienes.-** Se expresa que los padres son los beneficiarios de la reversión en 101 escrituras de las 207 en las que aparecen como otorgantes. Esta diferencia se debe a que en 97 escrituras aparecen referidos de forma implícita. En 5 escrituras figuran los hermanos como primeros beneficiarios.

---

[55]ASTIAZARAN, 7 Mayo 1828, (182): con todos los aumentos, deducidas arras.

[56]BARRENECHEA, 12 Diciembre 1827,(252).

[57]ZAVALA, 1 Junio 1828, (498).

Se consigna en 36 escrituras que en defecto de los padres, pasen los bienes a ser de libre disposición de los contrayentes[58]; para el caso de que no dispongan de los bienes se designa un comisario[59].

Tratándose de bienes inmuebles, en 15 escrituras se consigna que en defecto de los padres serán beneficiarios de la reversión los hermanos del contrayente[60]. Esta fórmula se emplea frecuentemente en bienes vinculados y troncales; en algunos casos se dispone que el reversionario de los bienes estará obligado a dar una compensación a los restantes hermanos[61]. En 17 escrituras figura la representación legítima de los padres como reversionarios[62].

> "si tuvieren lugar las tres causas, si fuere por muerte del (novio) recaerá su prebenida casa y casería Solar e Infanzona y su accesoria con todos los pertenecidos ....que la tocan y corresponden vinculados en el hermano, ó hermana en cuio fabor otorgare la Escritura pública correspondiente en otro tiempo, y en el caso de que sin hacerlo falleciese lo que Dios nuestro Sr. no permitiese; Desde ahora para entonces el mismo (novio) otorga su

---

[58]GANGUTIA, 2 Junio 1830, (309): por muerte del novio revertirá a los padres, en defecto de estos los libre quedarán a libre disposición del instituido siguiendo las reglas de la fundación.

[59]GANGUTIA, 13 Abril 1830, (306): por muerte del novio revertirán a los padres, en defecto quedarán a libre disposición del insituido; sino dispuso heredará su futura esposa; para esta reversión se obligan la novia y sus padres mancomunadamente y a un plazo; BARRENECHEA, 10 Junio 1826, (243): supuesto muerte novio revertirán al hermano a cuyo favor otorgará escritura , caso de no hacerlo, desde ahora para entonces designa dos comisarios para que juntos y cada uno insolidum designen.

[60]ASTIAZARAN, 6 Junio 1829, (191): se restituirán los bienes al padre, en defecto son de libre disposición; si no se dispone parientes corresponderá a los parientes dentro del 4º grado; ASTIAZARAN, 5 Marzo 1832, (212): por muerte del novio se restituirán a los padres, en defecto a la hermana con obligación de la devolución de la dote; Por muerte de la novia revertirá a la hermana; BARRENECHEA, 10 Junio 1826, (243): en el supuesto de muerte del novio se restituirá al hermano a cuyo favor otorgará escritura. El sucesor en la caseria vinculada asume la carga de devolución de la dote en dinero efectivo y no vales Reales más el arreo en el estado que entonces se hallare roto por roto, sano por sano mas las arras y mitad de los gananciales; INUNCIAGA, 28 Febrero 1823, (281): Por muerte del novio revertirán a los padres y en defecto a favor del hermano o legítima representación, quien recibirá los bienes s raíces donados mas la mitad de los gananciales, con obligación de la devolución de la dote; Por muerte de la novia revertirá a la madre y en defecto será a favor del hermano el importe de la dote deducida la cantidad de la propina que queda a la libre disposición de la dotada mas la mitad de los bienes gananciales, asimismo los bienes de arreo se entenderá la devolución en el estado en que se encuentre roto por roto y sano por sano, según costumbre de la Merindad.

[61]GANGUTIA, 20 Enero 1828, (300); ASTIAZARAN, 2 Mayo 1833, (224): Por muerte del novio se restituirá a los padres y en defecto al hermano con la obligación de compensar económicamente a los restantes hermanos, quedando obligados a entregar la dote; ASTIAZARAN, 25 Mayo 1833, (225).

[62]GANGUTIA, 2 Abril 1828, (301): por muerte del novio se entregará la mitad a los padres o representación legítima. Por muerte de la novia se entregará la mitad al hermano o su representación legítima, quedando la otra mitad a libre disposición del instituido, en defecto heredará el que ó la que sobrevivia de ellos.

poder comisión y facultad en forma y qual en tal caso se requiere sin limitación ....en favor de ....Curas Beneficiarios .."[63].

En los contratos matrimoniales examinados lo común es que figure el donante como reversionario y en defecto se prevea, de forma genérica, en unos casos y nominativa en otros, quien ha de serlo. Recogiéndose esta segunda disposición de la siguiente manera:

"... hayan de volver y restituir los insinuados bienes raíces de la indicada casería con todos sus pertenecidos, derechos, y regalias, al mismo (padre donante) siendo vibo, y no siendo ó no hiciese la elección de ella, desde ahora para entonces elige y nombra por subcesor inmediato de dicha hacienda raiz, a su sobrino..., y en falta de este a su hermano...., en caso que este no llegue a ser sacerdote (mediante a que no pueden disfrutarla los de este estado segun la fundación de dicho vínculo) por ser hermano del propio contrayente)"[64].

"...por fallecimiento del (novio) haya de suceder en la referida hacienda su hermano a quien desde ahora para tal caso nombra sucesor tronquero, pero con el gravamen de reversión dote y arras a dicha (novia)[65].

"acaeciendo por muerte novia en vida padres volverá a estos y para tal caso el padre beneficiario dona el resultado de la reversión a otro hijo[66].

Como quiera que no es habitual que estas disposiciones se hagan entre familiares unidos por un vínculo diferente al de paternidad, son limitadas las escrituras en las que sean reversionarios otras personas distintas a las que nos hemos referido[67]. En todo caso dejamos constancia que no figura ningún extraño, circunstancia que se deriva del propio fundamento de esta institución que consiste en potenciar la vinculación a la familia de los bienes que de la misma provienen.

---

[63]BARRENECHEA, 10 Junio 1826, (243).

[64]GANGUTIA, 29 Julio 1830, (310).

[65]ASTIAZARAN, 1 Abril 1828, (181).

[66]ASTIAZARAN, 11 Febrero 1828, (180).

[67]ZAVALA, 1 Junio 1828, (498): contiene una disposición de la abuela a favor del nieto estableciendo en primer término la reversión a favor de la primero y en defecto a favor de una nieta.

TERCERA PARTE

LOS DOCUMENTOS ESTUDIADOS EN EL MARCO GENERAL DE LOS PACTOS SUCESORIOS

Capítulo 21. La sucesión contractual o pacto sucesorio en el Derecho español.

I. Código civil.

405. **Los modos de delación sucesoria y el concepto de pacto sucesorio.-** En un plano institucional, no sistemático, la sucesión *mortis causa* puede proceder de la ley o de la declaración de voluntad, y en este segundo caso, puede tener su origen en la voluntad unilateral del causante (testamento) o en la voluntad de éste concordada con otras voluntades en forma de convención, que es la que llamamos sucesión contractual[1]. Otros autores, incorporan adicionalmente a los modos de delación expuestos, la sucesión vincular que es la que rige la transmisión por causa de muerte de un patrimonio en el que los sucesivos llamamientos están fijados de antemano, de manera pura o condicional[2].

---

[1]LACRUZ BERDEJO, J. L y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones I. Parte General. Sucesión voluntaria*. Barcelona, Bosch, 1971, 719; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil* T. V Derecho de Sucesiones, Barcelona, 1981, 381; CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral* , T. VI, v.3, 7 ed. revisada por José Luis de los Mozos, Madrid , 1971, 246; VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Parte Especial Derecho de sucesión "mortis causa", 4 ed, Valladolid, 1939, 368; ROCA SASTRE, R.*Estudios de Derecho Privado*. II, Madrid, 1948, 341; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, v. III, 3 ed., Barcelona, 1984, 359; DIEZ PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil* , v.V 5 ed., Madrid, 1978, 509; RIVAS MARTINEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral* , T. II, 2 ed., Madrid, 1992, 987.

[2]ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*. II, Madrid, 1948, 341.

El concepto de pacto sucesorio es más amplio que el de sucesión contractual. El primero es todo pacto o contrato que se refiere a materia sucesoria, tanto la institución de heredero o la ordenación de un legado como la abdicación de sus derechos hereditarios en la sucesión de la otra, por parte del heredero presunto. Adicionalmente, para Roca Sastre y Puig Brutau, el pacto sucesorio abarcaría los supuestos en los que la convención tenga por objeto la herencia de un tercero, mientras que en la sucesión contractual o contrato de herencia, la materia queda circunscrita a la institución de heredero o a la ordenación de legado hecha mediante contrato[3].

El B.G.B. reconoce como contrato hereditario sólo el contrato de institución de heredero y el de legado[4], en tanto que la renuncia aparece regulada de forma separada y de manera especial[5]. En los derechos forales se sigue un criterio amplio de pacto sucesorio, abarcando su regulación tanto el de institución a título universal como particular como el de renuncia[6]. Aparece generalizada la opinión de que *el pactum de hereditate tertii,* es decir, el que celebran varios sujetos sobre la herencia de un tercero, que no concurre al otorgamiento, no se considere pacto sucesorio propiamente dicho por tratarse de un *negocio inter-vivos* y no contener una disposición *mortis causa,* calificándolo como inmoral y nulo de pleno derecho, salvo, si el causante presta su asentimiento y muere sin revocarlo[7].

406. **Clasificación de los pactos sucesorios.-** Los pactos sucesorios, tomados en su sentido amplio, punto en el que coinciden los dos planteamientos anteriores, presentan, y en ello es unánime la doctrina, las siguientes variedades:

Pactos sucesorios afirmativos o adquisitivos y negativos o abdicativos. Mediante los primeros el causante regula su propia sucesión (ordena una institución de heredero o varias, o un legado o varios, o instituciones y legados) frente al cocontratante. En los pactos renunciativos el disponente es precisamente un presunto heredero o legitimario, que renuncia a su expectativa, presentando grandes diferencias con los primeros[8].

---

[3]PUIG BRUTAU, *Fundamentos,* V-3, 436; en idéntico sentido: ROCA SASTRE, *Estudios* , II, 342; CASTAN VAZQUEZ, "Sucesión forzosa y sucesión contractual", en Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, nº 127, 1964, 88-89.

[4]B.G.B., §§ 2.274 a 2.302.

[5]B.G.B., §§ 2.346 a 2.352.

[6]El pacto de renuncia aparece regulado en la Compilación de Aragón de 21 de Mayo de 1985, Art. 99; Baleares: Ibiza y Formentera, art. 77 de 28 de Junio de 1990; Fuero Nuevo de Navarra de 1 de Marzo de 1973, Ley 172, en la que se recoge además del pacto de renuncia el pacto a favor de un tercero.

[7] LACRUZ BERDEJO, ob. cit., ed. 1971, 720.

[8]LACRUZ BERDEJO, ibídem.

Los pactos de suceder son los pactos sucesorios más comunes y presentan a su vez, muchas variedades. Ambos otorgantes pueden constituirse herederos recíprocamente, sucediendo el superviviente al premuerto o que se pacte sin reciprocidad que uno será heredero del otro, o bien designando ambos contratantes que un tercero les herede a ambos o a uno solo. Desde otro punto de vista se puede establecer un derecho hereditario que no existía previamente, a favor de quien no era heredero, o bien se puede limitar el pacto a consagrar un derecho existente, dándole un carácter irrevocable. En todos lo supuestos citados se puede disponer de toda la herencia o de una parte de la misma.

Los pactos de no suceder son los opuestos a los de institución de heredero. Son contratos de abdicación de la herencia por parte de quien por cualquier título pueda ser llamado a ella. Se trata de la renuncia a una sucesión no abierta y éste es el matiz que los diferencia de la repudiación de la herencia. Las modalidades consisten en que la renuncia de uno de los contratantes verse sobre la herencia del otro o bien a lo que se renuncie sea la herencia de un tercero. Pueden ser renuncia a la totalidad o a parte; puras o condicionadas; a título gratuito o mediante una compensación[9].

407. **Precedentes históricos del pacto sucesorio.-** En el Derecho romano, el testamento como acto de última voluntad unilateral y revocable no hace su aparición hasta la época clásica. Queda acreditado de forma autorizada que en la historia del Derecho romano el *paterfamilias* procedía a la transmisión de la herencia mediante la adopción[10], siendo, asimismo, la adopción para caso de muerte, la forma primitiva de institución de heredero en el antiguo derecho griego y germánico -*affatomia* - y en el primitivo derecho babilónico[11]. Según refiere Kaser, *la arrogatio*, como forma de

---

[9]CASTAN TOBEÑAS, J., ob. cit., 251.

[10]VISMARA, G. *Storia de Patti succesori* (Milano- Giuffrè 1986), 64 n.1; LAMBERT, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l´histoire comparative*, Paris, 1901, 23 ss; Contra BONFANTE , V *Corso di diritto romano*, VI, 60 ss.; cfr. BIONDI. *Corso di diritto romano. Diritto ereditario: parte generale*, (Milano, 1934), 34 ss.

[11]Según GARCIA HERREROS, (*La sucesión contractual,* Madrid, 1902, 105 ss) "la adopción es la primera forma de disponer de los bienes por causa de muerte. Esta forma de disponer, mírese por donde se mire, es contractual: sea la convención entre los padres naturales y adoptivos, sea entre el adoptante y adotado, verifíquese en privado o con intervención del Poder público, siempre tiene un carácter de bilateralidad o irrevocabilidad por una sola de las partes completamente opuesto a la institución testamentaria. Este sistema primitivo de sucesión no es privativo de Roma, lo vemos en Egipto, Persia, India, Grecia, China, Japón, América del Norte precolombina, Arabia preislámica, Irlanda, País de Gales, antigua Hungría, ete. se manifiesta también en la fraternidad artificial: *la adoptio in fratem* de Diocleciano; *la fraternitas*, costumbre siro-romana, y análoga institución bizantina; l*as adfratrationes* de las cartas longobardas; el *Erbvrerbruderuengen* de la alta nobleza alemana y las análogas instituciones musulmanas, eslavas y escandinavas".

adopción y las primitivas formas testamentarias -*el testamento calatis comitiis y el testamento per aes et libram*- tienen un marcado carácter contractual en las formalidades externas empleadas[12].

En el período clásico quedó garantizada la libertad de testar, incompatible con la sucesión contractual, puesto que la vinculación resultante del contrato impediría la manifestación posterior de una nueva voluntad testamentaria. La *ley hereditas* prohibe el pacto *in instituendo* en determinados supuestos[13] y fué en el Derecho intermedio, cuando dicha regla, que hasta entonces no era de aplicación general, se elevó a la categoría de dogma y quedó perpetuada como principio jurídico del sistema *viventis nulla est hereditas* [14].

En el Derecho germánico existía una institución que equivalía al nombramiento de heredero por contrato. Es la llamada *affatomia* de las leyes Sálica y Ripuaria, o el *thinx* de la ley lombarda, primeramente a base de la intervención de un mediador o Salman, que tiene una misión fiduciaria respecto de los destinatarios de los bienes, y en la baja Edad Media se desarrollaron en conexión con la donación por causa de muerte, los contratos hereditarios, contratos que reservaban al causante la disposición *inter-vivos* de la hacienda dispuesta, pero que concedían al favorecido un derecho hereditario inatacable[15].

La organización feudal constituye el clima adecuado para el desarrollo de los pactos sucesorios, especialmente el pacto institutorio, como dan prueba de ello los Usatges. En las infeudaciones y en la investidura de feudos al sucesor creen ver los autores el origen de los heredamientos[16].

El renacimiento y recepción del Derecho romano limitó el empleo de esta institución y puso en vigor la regla prohibitiva de la negociación sobre la herencia de la persona viva. Como consecuencia los sistemas jurídicos siguieron trayectorias diversas[17]:

---

[12]*Das altromische Ius, Gottingen,* 1949, 148 y *Das romische Privatrecht*, I, Munchen, 1955, 57 ss. Observa este autor, que en defecto de una forma espéfica -en este caso de la testamentaria- se acude al empleo de formalidades externas contractuales en la búsqueda de una finalidad concreta, en este caso, la institución de sucesor.

[13]ROCA SATRE, ob. cit., 355.

[14]ROCA SATRE, ob. oct., 343 ss.

[15]BRUNNER Y VON SCHWERIN, *Historia del Derecho Germánico,* Barcelona, 1936, 247.

[16]Según ROCA SASTRE (ob. cit., 345), en la infeudación se deja vinculada la sucesión al dominio útil, mediante el establecimiento contractual del orden sucesorio de llamamiento, bajo las reglas de indivisibilidad de los bienes, masculinidad y primogenitura.

[17]PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T.V, 11, Barcelona,1984, 363.

1. Las de corte germánico que perviven en el Derecho alemán, suizo, austriaco, Settlements del Derecho inglés, en los que se recoge la sucesión contractual.

2. Legislaciones de corte romanista en las que se prohibe esta institución: España, Portugal e Italia, por entenderse que es contraria a un principio jurídico que establece que es ambulatoria la voluntad hasta el momento de la muerte.

3. Finalmente, legislaciones que admiten la sucesión contractual, pero sólo incardinada en el Derecho de familia. Es decir, sucesión contractual esencial o únicamente recogida en Capitulaciones Matrimoniales, es decir incardinada en el Derecho de familia, en los que el favor *matrimoniorum* imperó sobre el favor *testamentorum,* permitiendo que cuando mediara matrimonio estuviera permitido el vincular los bienes de la herencia mediante pacto. Este es el caso del Derecho francés[18] y el de la mayoría de las legislaciones forales, como detallaremos mas adelante.

El devenir de la historia traza el panorama actual español, en lo que respecta a la permisibilidad o no de esta institución y, frente al derecho codificado español, fuertemente romanizado, que los prohibe, nos encontramos con la legislaciones propias de los territorios forales, que las mantienen y regulan.

La ley de jóvenes agricultores o Estatuto de la explotación familiar agraria de 24 de Diciembre de 1981, ley general para toda España, traza una nueva trayectoria en lo que respecta al derecho sucesorio: los pactos sucesorios se reconocen y regulan, lo que viene a determinar un acercamiento del Derecho común a los Derecho forales[19].

408. **Fundamento de la institución y crítica que recibe.-** Acerca del fundamento y crítica de la institución, hemos de reconocer que estamos en un terreno en el que resultaría utópico intentar y ni siquiera preconizar el trasplante o la imitación de lo ajeno, lo que tiene hondas raíces no necesita apologías y lo que no está arraigado tampoco es materia idónea para hacerlas, son razones humanas y no socio-jurídicas las que llevan al legislador a admitir o prohibir esta institución[20].

---

[18]Agrega ANOUILH (*De l´institution contractuelle dans l´áncien droit francais,* Paris 1860, 27), que adicionalmente aparece la institución contractual: 1) en el contrato de asociación universal entre colonos y siervos o numerosas sociedades formadas por hombres libres, con la finalidad de la explotación agrícola y en las sociedades universales de bienes, sociedad de la que sólo quedan vestigios. 2) cuando se trata de institución hecha entre dos hermanos fuera del contrato matrimonial.

[19]LACRUZ *Los Derechos forales* , Estudios de Derecho civil, Barcelona, 1958, 17; VATTIER FUENZALIDA, C.,"Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar". RCDI., año LIX, Julio- Agosto 1983, Nº 559, 875.

[20]KIPP *Derecho de Sucesiones* , trad. español. Roca Sastre v. I, Barcelona, 1951, 206.

El fundamento, sobre todo en el contrato de institución, estriba en la garantía inmediata de alcanzar la jefatura familiar y la gestión del patrimonio al heredero que se casa y queda con los padres rigiendo el patrimonio familiar, dedicando sin reservas toda su actividad a conservarlo y mejorarlo. En ocasiones, dice Roca Sastre, "queda todavía más afirmada esta seguridad, dándosele de presente todos los bienes actuales, si bien con reserva del usufructo a favor de los padres. Hay que tener en cuenta el ambiente y circunstancias que rodean el pacto de institución, en general propio de países rurales y de patrimonios no holgados. El hijo que se queda en la casa, en realidad se sacrifica, pues ha de trabajar en provecho de la misma. Sólo la seguridad de que es heredero de manera definitiva puede avenirle a ello"[21].

El instituyente no abdica de su soberanía, pues sigue siendo dueño de su patrimonio y sólo queda limitado para donar, nombrar nuevo heredero o vender de manera fraudulenta, evitando los inconvenientes de la transmisión total del patrimonio por donación[22]. Responde al reconocimiento y respeto de la autonomía de la voluntad y a razones de orden económico y sociológico en cuanto propicia la conservación del patrimonio familiar de forma más operativa que el testamento[23].

Se ha dicho en contra de la sucesión contractual, por Pisanelli entre otros, que su permisión alteraría el sistema hipotecario, disminuiría el crédito inmobiliario y haría incierta la propiedad; no puede perjudicar al crédito hipotecario, responde Valverde, por ser la sucesión contractual o pacto institutorio un *acto mortis causa*, la propiedad no se hace incierta porque de antemano se sepa a quién ha de ir a parar; la incertidumbre puede existir con la sucesión legítima en algún caso, y a nadie se le puede ocurrir que por tal motivo debe suprimirsele[24].

Como crítica a esta institución, se alega adicionalmente a la incertidumbre que genera en la titularidad de los bienes, que mediante ella se renuncia al derecho inalienable de disponer por testamento y que teniendo por objeto simples esperanzas de dudosa realización, serían fuente de convenciones lesivas para el presunto heredero. Como contracrítica dice Cimbali que de querer conservarse íntegra la facultad de testar, deberían abolirse del todo los contratos para disponer entre vivos, y especialmente las donaciones; que respecto al útimo argumento crítico, el peligro de la lesión podría evitarse introduciendo el remedio de la rescisión[25].

---

[21]ROCA SASTRE, ob. cit., 347.

[22]ROCA SASTRE, ob. cit., 348.

[23]LACRUZ, *Derecho de sucesiones . Elementos de Derecho Civil* V, Barcelona, 1981, 382.

[24]VALVERDE *Tratado de Derecho Civil*, T. V. *Parte especial. Derecho de sucesión "Mortis causa"*, Valladolid, 1939, 370.

[25]CASTAN TOBEÑAS, ob. cit., 264, n. 1.

Entendemos que carece de justificación el principio tomado del derecho romano que consagraba como algo necesario la conservación de la *testamentifacio activa* hasta el momento de la muerte, pues este principio ha de conjugarse con el de libertad civil, lo que determinará que en ocasiones, en el ejercicio de esta libertad, los particulares deseen autolimitar su propia *testamentifacio* o incluso anularla, por considerar que con ello atienden mejor a sus necesidades. No lesiona ningún derecho de terceros, tratándose de bienes inmuebles, en la inscripción registral deberá consignarse la situación en la que se encuentran los bienes; finalmente es una respuesta en el campo sucesorio al reconocimiento de la libertad civil.

Razones de tipo económico adecúan este instrumento a la trasmisión de patrimonios de tipo familiar, sea agrícola, industrial o comercial[26]. En este sentido, el Estatuto de la explotación familiar agraria de 24 de Diciembre de 1981, representa un movimiento a nivel nacional en el reconocimiento de la utilidad del pacto sucesorio de institución de heredero.

409. **La prohibición del pacto sucesorio Art. 1271- 2º C.c., y sus excepciones.-** El Código Civil, fiel a los antecedentes históricos expuestos, adopta una posición abolicionista en relación a la sucesión contractual. Esta orientación aparece formulada en el párrafo 2º del artículo 1.271, al establecer que no cabe celebrar contratos sobre la herencia futura. Esta norma prohibitiva se complementa con los preceptos contenidos en los Arts. 635 que establece que la donación no podrá comprender los bienes futuros y el 658, en el que no se incluye el pacto sucesorio entre los modos de delación sucesoria.

Las excepciones a esta regla general aparecen contenidas en el Código Civil, Arts. 826, 827 y 1.341, párrafo 2º (reformado por Ley de 13 de Mayo de 1981), y en el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores, Ley de 24 de diciembre de 1981. Esta ley es aplicable a toda España, si bien con respecto a las regiones forales deberá tenerse presente la Disposición Adicional primera.

---

[26]Añade LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones* , Barcelona 1961, 731) que el pacto sobre sucesión futura viene a representar una solución razonable a las aspiraciones de unos y otros otorgantes. El dueño del patrimonio familiar a falta de este instrumento, tendrá que llegar, para asegurarse la convivencia y colaboración de uno de sus hijos a donarle inmediatamente los bienes, que dejarán de ser suyos. El nuevo cooperador por su parte, caso de no ser donatario y sí sólo instituído en testamento, tendrá su posición insegura, dependiendo de la varible voluntad de su padre persona ya de avanzada edad. El contrato sucesorio, en casos como estos y en otros semejantes es una razonable solución, que conjuga los deseos y aspiraciones de la partes en presencia".

Asimismo, en base a la remisión que hace el Art. 1.271 Cc. al 1.056, puede parecer que contiene una excepción a la posición abolicionista de la sucesión contractual, sin embargo de su lectura se desprende que la partición de los bienes por el testador en vida no es un contrato, sino un acto unilateral revocable *ad nutum* , y ello aunque aparentemente concurran y pacten los favorecidos, cuya intervención tampoco vincula a la voluntad del causante[27], de modo que, si éste realiza donaciones *inter vivos,* condicionadas o aplazadas a su fallecimiento, tales liberalidades serán válidas, pero entonces el pacto ya no es la partición aludida en el art. 1056 Cc., sino precisamente donación *inter vivos*. De modo que en caso alguno la distribución de bienes en vida puede dar lugar a un válido pacto sobre la herencia futura[28].

Pueden tener lugar en el momento de la partición, dice De los Mozos, dos órdenes de pactos, unos que nada tengan que ver con la partición: así el testador, puede independientemente de ésta disponer donaciones *inter-vivos* a favor de los presentes herederos, y referirse en la partición a su carácter colacionable, si se trata de herederos forzosos, única tracendencia que tendrán estos actos respecto de la partición misma.

Estas donaciones *inter-vivos* nada tienen que ver con la partición del art. 1.056, en lo que es unánime la doctrina y la jurisprudencia. Lo mismo sucede con el supuesto de la donación universal de bienes, o en la constitución de una renta vitalicia, pues si agotan el caudal hereditario anticipadamente, serán incompatibles de hecho con la partición del testador; y en todo caso su régimen es independiente[29].

Las excepciones a la regla general prohibitiva son:

1. La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, y la mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero o realizada en capitulaciones matrimoniales (Art. 826 y 827), que no corresponda a la figura de donación *propter nuptias* .

2. La donación recíproca entre esposos efectuada para caso de muerte en capitulaciones matrimoniales, recogido en el Art. 1341-2 del texto reformado el 13 de mayo de 1981.

---

[27]El Tribunal Supremo en S. 29 Octubre 1960, entiende que la partición es un acto revocable, siendo eficaz sólo al fallecimiento del causante.

[28]LACRUZ BERDEJO, ob. cit., 1971, 723.

[29]DE LOS MOZOS "La partición de herencia por el propio testador" RDN., Año VIII. Núm. XXVII, Enero-Marzo 1960, 207.

Respecto a los supuesto contenidos en el apartado 1º, en general, la doctrina considera supuestos concretos de pacto sucesorio[30]. Blasco Gascó, partiendo de esta apreciación, se plantea una doble cuestión: en primer término trata de ubicar la mejora irrevocable -acaso, en general, la mejora ordenada entre vivos, ya sea revocable ya irrevocable- en una de las manifestaciones típicas del contrato sucesorio, es decir, de institución de heredero, de renuncia o de pacto sobre la herencia de un tercero; y en segundo lugar, se plantea si cabe aplicársele el régimen jurídico general del contrato sucesorio.

Sobre el primer punto, ubica la mejora irrevocable en el pacto institutorio y respecto al segundo, reconoce que tanto en razón a los sujetos intervinientes en el pacto, como en materia de la capacidad exigida para llevarlo a cabo requiere unas matizaciones.

El pacto sucesorio mediante la utilización de la mejora irrevocable puede llevarse a cabo con extraños. Según este autor, la mejora ordenada por contrato oneroso celebrado con tercero respondería a un doble, sucesivo y conexo contrato sucesorio, "la estructura contractual está conformada por dos contratos sucesorios causalmente unidos, de manera que la relación jurídica que se establece entre el ascendiente y el descendiente (relación de mejora) deriva necesaria y jurídicamente de una relación contractual anterior (el llamado contrato oneroso) que es -así creemos entenderlo- también un contrato sucesorio"[31].

Respecto a los requisitos de capacidad exigidos en los sujetos entiende que, en relación al aceptante, será la requerida en los arts. 625, 626 y 627 del Código civil[32], porque tal relación de mejora es siempre una atribución patrimonial actual o futura de carácter gratuito, "el carácter oneroso del contrato no se refiere a la relación entre mejorante y mejorado sino a la relación jurídica anterior"[33].

---

[30]ROCA SASTRE, R., notas al *Derecho de Sucesiones* de T. Kipp, 2 ed. v.I, al cuidado de Puig Ferriol y Roca Sastre, Barcelona 1976, 374; ROCA SASTRE, "La sucesión contractual en el Derecho común y en las legislaciones forales", Estudios de Derecho Privado, II, Madrid, 1948, 352, LACRUZ BEREDEJO, notas al *Derecho de sucesiones* , de J. BINDER, ed. Labor, Barcelona, 1953, 127; GARCIA HERREROS, E., *La sucesión contractual*, Madrid, 1902, 130; GAS, F., Pactos sucesorios RJC., 1953, 321; MARTIN RETORTILLO, C., "Breves consideraciones sobre la sucesión contractual", RGLJ., LXXI, T. 143, Madrid, 1923, 356; PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho civil T.V, v. III, Barcelona , 1984, 368; RIVAS MARTINEZ, J., Derecho de sucesiones común y foral, T. II, 2 ed. Madrid 1992, 991.

[31]BLASCO GASCO, F., *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, 204.

[32]En sentido contrario ROCA SASTRE ("La sucesión contractual..", ob. cit., 364), quien entiende que fuera de las capitulaciones matrimoniales la capacidad del aceptante no podrá calificarse con arreglo al criterio amplio de los arts. 625, 626 y 627 del Código civil, pues la aceptación contractual de herencia implica onerosidad y no una donación".

[33]BLASCO GASCO, ibídem.

Compartimos sustancialmente la opinión de este autor, si bien nos cuestionamos si ha de ser necesariamente el pacto sucesorio esta nota de contrato oneroso con un tercero.

Respecto al supuesto contenido en el art. 1341- 2º, se trata de la donación *inter-vivos* de los bienes que dejare el donante a su muerte. La cuantía de lo donación deberá atenerse a los límites legales establecidos para la sucesión testada. Esta donación ha de realizarse antes del matrimonio y debe consignarse en la escritura de capitulaciones matrimoniales, confirmando con ello su carácter paccionada.

La doctrina discute el carácter vinculante e irrevocable de esta donación. Sanchez Román y Valverde consideran que se trata de una donación *mortis causa* y en consecuencia revocable; Vallet de Goytisolo entiende que se trata de una donación *mortis causa* que al llevarse a cabo en capitulacioes matrimoniales, constituye una modalidad de sucesión contractual; Lacruz mantiene su naturaleza *inter-vivos* , entendiendo que la remisión que hace el precepto a las disposiciones testamentarias, se refiere exclusivamente a la hora de fijar su cuantía y no a los caracteres de la donación[34].

II. Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores, Ley de 24 de diciembre de 1981.

410. **Regulación del pacto sucesorio en la ley de 24 Diciembre de 1981.-** El estatuto de la de la explotación familiar agraria regula el pacto sucesorio. Conviene subrayar, que la ley de 1981 sitúa en una línea de aproximación el Derecho común respecto a los Derechos forales y sin modificar directamente el Código civil introduce variantes en los principios sucesorios del ordenamiento jurídico.

La perdurabilidad de la *testamentifacio* activa hasta el momento de la muerte y la intangibilidad de la legítima dejan de ser unos principios inmutables, y dando paso a una ampliación del principio de libertad de testar, facultan la vinculación del causante a la disposición de la herencia y a la elección de heredero único con pago en metálico a los legitimarios. Los instrumentos jurídicos que incorpora la ley, que vienen a materializar los principios que hemos referido son los pactos sucesorios y el pago en metálico de la legítima.

La Exposición de motivos de la ley de 21 diciembre 1981, refiere cuál es el objeto y los fines que la ley persigue: la protección de la explotación familiar agraria, facilitando la incorporación a la misma de los agricultores jovenes.

[34]LACRUZ BERDEJO, *Elementos Derecho civil T. V*, reimpresión 1990, 407.

Esta protección se dispense al objeto de alcanzar los siguientes objetivos:

a) Constituir explotaciones agrarias viables, mantener su integridad y promover su desarrollo.

b) Estimular la incorporación progresiva a la dirección de las explotaciones familiares a los colaboradores que hayan de sucederle en la explotación, facilitándoles el acceso a la propiedad y a la sucesión de la explotación.

c) Facilitar la inscripción registral de los bienes y derechos que constituyen la explotación familiar[35].

En el campo sucesorio la atención de estos objetivos se alcanza facilitando al máximo e incluso imponiendo la transmisión de la explotación íntegra a un único sucesor, pagando a los restantes sus legítimas o porciones hereditarias testamentarias o abintestato en dinero y uniformizando el régimen sucesorio de las unidades de explotación agraria, agilizada mediante la incorporación de nuevas modalidades de delación sucesoria, tales como los pactos sucesorios, el testamento mancomunado y el poder testatorio[36].

El proyecto entrelaza instituciones de índole familiar y de índole sucesoria, a base de la idea de que la explotación agrícola es siempre el resultado, si no de la propiedad familar en sentido estricto, sí al menos de la solidaridad de los miembros de la familia[37] y lo recoge en el nuevo negocio jurídico de Derecho de familia que es el llamado "acuerdo familiar"; según se desprende del tenor del art. 6 y ss, regula las relaciones laborales de cooperación en el seno de la explotación familiar agraria, siendo de naturaleza

[35]Como precursores de estos tres cauces que desarrolla la Ley, puede verse: DE LOS MOZOS , *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el derecho agrario*. Madrid 1977; LACRUZ *"Los derechos forales"*, en Estudios de Derecho civil, Barcelona, 1958, 17 y sigs.

[36]VATTIER, ob. cit., 876, entiende que quedan suprimidos tres de los cinco regímenes existentes, a saber: el de las actuales explotaciones familiares, lo mismo en la fase de la concesión administrativa que de adjudicación en propiedad, el de los patrimonios familiares, a los que se refieren los arts, 32, 35, 41 y 42 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, en virtud de lo dispuesto por la mencionada Disposición derogatoria del Proyecto, y en la sucesión en el arrendamiento rústico por aplicación del art. 42 del mismo; subsisten, los regímenes sucesorios concernientes a los huertos familiares y a las unidades mínimas de cultivo, previstos respectivamente, por los arts. 24, en relación con el 6 del Decreto de 12 mayo 1950 y 46 de la precitada ley, debido probablemente a la escasa entidad y a la poca aplicación práctica de los mismos.

[37]Según GARCIA DE VALDEAVELLANO ("La comunidad patrimonial en el Derecho español medieval", en Estudios medievales de Derecho privado, Sevilla, 1977, 437 y ss), estas comunidades familiares tuvieron trascedencia real en el Derecho castellano antiguo; WINKER, W., Curso de Derecho agrario comparado, impartido en Paris, Universidad de la Sorbona, Marzo, 1991, 153, indica que en el derecho italiano y en el español aparecen comunidades formadas por los miembros de una familia que cohabitan y colaboran en la explotación agrícola. En Italia hace referencia a la *communioni familiari montane* y a la *communioni tacite familiari*, que parece regulada en el Código Civil.

primordialmente patrimonial, puede pactarse lo mismo por acto *inter vivos* que *mortis causa,* caso este último que debe adoptar, según el art. 8-2º, la forma de pacto sucesorio o de un testamento[38]. Se propicia, asimismo, la idea de la propiedad familiar y comunidad familiar de explotación, mediante fórmulas de concordancia del Derecho de sucesiones con el Derecho de familia[39].

Califica la ley a la explotación familiar como conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente[40], teniendo que reunir dos caracteres para que pueda acogerse a los beneficios que la misma concede:

a) Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo los riesgo inherente a la misma.

b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin aportación de mano de obra asalariada.

411. **Carácter preferente de la sucesión contractual; semejanza en su regulación con la sucesión agraria europea.-** Vamos a fijarnos en los aspectos más significativos de la regulación en lo que respecta a los pactos sucesorios, entendiendo que formando parte del derecho común, esta regulación puede servir para

---

[38]AMAT ESCANDELL, "La inserción de los jóvenes agriculatores en la explotación familar agraria", y la comunicación de *CABALLERO GONZALEZ: "* Los colaboradores en el proyecto de estatuto de la explotación familiar agraria", citados por VATTIER, ob. cit., 885, n. 30 al analizar los distintos aspectos de este"acuerdo familiar"; DIEZ- PICAZO, ""El negocio jurídico de Derecho de familia", en RGLJ., 1962, 127 ss.; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*., V-1, 9 ed., Madrid, 1976, 51 ss.

[39]Según DE LOS MOZOS (*Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el derecho agrario*, Ministerio de agricultura, Madrid, 1977, 60), de *lege lata* para el caso de aquellos que no aporten al matrimonio bienes con los que constituir, desde el primer momento, una explotación agrícola, podría ser interesante que pactaran en capitulaciones la sumisión al régimen de una comunidad universal de bienes presentes y futuros, que sería oportuno fuera objeto de una regulación sucinta, como régimen económico, en el Código civil, lo que resolvería el problema relativo a la formación de la explotación, si bien a la disolución de la sociedad conyugal nos encontrariamos con los mismo problemas, a no ser que se admitiera la comunidad o sociedad continuada.

[40]Según CUENCA ANAYA, ("Explotación familiar y agricultores jovenes: Estudio de la Ley de 24-XII-81", RCDI., Año LIX, Enero- Febrero 1983, Nº 554, 424), si la empresa agrícola no puede ser titular ni objeto de relaciones jurídicas, tiene poca utilidad afirmar el carácter empresarial de la explotación familiar agraria La dimensión de la misma, del art. 2 no está fijada con criterios objetivos, se corresponde con un mínimo, que consiste en la capacidad de proporcionar un nivel socieconómico análogo al de otros sectores y un máximo, que su explotación sea realizada por el titular y su familia; Indica DE LOS MOZOS, ob. cit., 13, que no siempre son fáciles de encajar los conceptos económicos en el campo del Derecho, y asi ocurre con el concepto de empresa agraria, razón por la que actuamente su empleo este desprestigiado y se sustituye por el de actividad agraria.

interpretar o en algún caso integrar normativamente la institución en las legislaciones forales, cuando adolezcan de defecto de regulación y no colmen sus lagunas mediante el empleo de fuentes propias.

Nos interesa poner de relieve que se concede carácter preferente a la sucesión contractual frente a la testamentaria y a la legal y su regulación presenta semejanza con el régimen trazado en las legislaciones agrarias a nivel europeo[41]. La razón es obvia, este tipo de disposición se adapta mejor a la necesidades del patrimonio agrícola[42], la nueva disciplina tendencialmente única y uniforme configura una verdadera sucesión particular agraria, lo que constituye la *ratio iuris* del mismo[43].

---

[41]WINKER, W., Curso de Derecho agrario comparado, impartido en Paris, Universidad de la Sorbona, Marzo, 1991, 109 a 165, presenta la legislación europea vigente en ese momento, respecto a la sucesión del patrimonio agrícola, poniendo de relieve que es más frecuente la transmisión en vida, mediante el empleo de instrumentos jurídicos variados. A partir de la segunda guerra mundial las nuevas formas que regulan la transmisión en vida del patrimonio familiar, tratan de posibilitar una participación del transmitente con el sucesor. En casi todos los países existe una legalidad específica para atender a esta finalidad. Es constatable que en la transmisión generacional de este patrimonio no solamente se acogen a las normas de derecho sucesorio sino que aparecen influenciadas por normas provenientes de otras sedes del Derecho, así los regímenes matrimoniales viene a determinar los derecho sucesorios del cónyuge supérstite; Asímismo DE LOS MOZOS (ibídem, 263), califica al derecho agrario como el Derecho común europeo, especialmente el Derecho sucesorio agrario, en el sentido de la conservación o reaparición de unas instituciones que son comunes, que la codificación no pudo erradicar de manera definitiva y que han ido reapareciendo a medida que las distintas legislaciones han ido buscando fórmulas que contribuyan a la protección de las explotaciones agrícolas; Según VATTIER (ob. cit., 891), destaca la imbricación de la disciplina sucesoria con la normativa comunitaria, siendo que la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola está llamada a la recepción de las Directrices de 1972.

[42]Recoge VALLET DE GOYTISOLO ("La agricultura y la explotación familiar", RJC., Año LXIII- Núm.1. Enero- Marzo 1964, 107, n.1), las ideas que expuso en una conferencia de Gregorio de Altube e Izaga en "El paisaje como fuente del Derecho" quien de forma poética explicó la funcionalidad geográfica y humana del Derecho foral vizcaíno, adaptado a los verdes valles de Vizcaya y fuerte porque brotó firmemente arraigado a sus familias troncales; Asímismo, VALLET de GOYTISOLO ("La conservación del *fundus instructus* como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles" AAMN., T. XVI, 1968, 610), presenta como modelo sucesorio rural el que figura en las legislaciones forales, entendiendo que se debe a que las leyes forales desde su creación son fiel reflejo del principio de libertad civil. No existían inflencias del medio -es decir del Derecho común- que hicieran olvidar o dejar a un lado por prejuicios de escuela la voluntad y las necesadades del pueblo llano; Según DELGADO ECHEVERRIA (Jornadas Internacionales sobre *Instituciones civiles vascas* , Ponencia sobre Propiedad troncal y Patrimonio familiar, Bilbao, 1991, 62), es digna de consideración la posibilidad de formar un Derecho agrario vasco que comprendiera tambien las instituciones civiles (legítimas, contratos sucesorios, testamento macomunado, fiducia sucesoria, derechos de preferentes adquisición)y estuviera inspirado en la tradición jurídica de los Territorios históricos.

[43]Según CARROZZA, ("Per un diritto agrario ereditario", RDC., 1978, 762), frente a la necesidad negativa de evitar la extinción de las relaciones jurídicas por la muerte *del de cuius*, se nos presenta la exigencia positiva de poder elegir el sucesor más idóneo, frente a la indiferenciación de los bienes del causante y la igualdad de los coherederos, la singularidad de la explotación agrícola y la profesionalidad del sucesor, como único criterio objetivo de preferencia; frente a la disciplina uniforme de

La sucesión contractual aparece recogida en la ley en los arts. 17, 18, 19, 20 y 35. La Disposición adicional primera establece el carácter supletorio de la ley respecto a las regiones forales, en lo respecta a esta materia.

412. **Partes otorgantes.-** Artículo 16. Uno: "El titular de la explotación podrá convenir la sucesión en dicha titularidad con uno de sus legitimarios que reúna la cualidad de colaborador".

Establece a continuación que de no existir legitimarios o si ninguno de ellos reuniera dicha cualidad, podrá convenirse dicho pacto con quien fuese colaborador de la explotación mediante el consentimiento de aquellos.

El titular actual de la explotación es el disponente. Esta titularidad puede recaer en una persona o, en caso de matrimonio, en ambos cónyuges[44].

El colaborador será el beneficiario. El art. 5 da el concepto de colaborador, como persona mayor, cónyuge, descendiente o pariente del titular, con experiencia profesional y con dedicación principal a la explotación, mediante acuerdo por escrito.

Es significativo, dice Vattier, que se amplíe el concepto de colaborador rebasando el ámbito de los legitimarios, lo que quiere decir, que en la vocación hereditaria contractual predomina la profesionalidad y la dedicación sobre la relación simple de parentesco o de matrimonio, es decir, el vínculo laboral de colaboración prevalece sobre el vínculo de familia[45], lo que supone la apertura a una nueva vía en pro de la agricultura.

El disponente debe tener la capacidad de obrar plena, en tanto que el beneficiario debe tener la capacidad para suceder, si fuere legitimario y para contratar si es colaborador.

---

la transmisión mortis causa, las pluralidad de sucesiones y una reglamentación diversificada para cada clase de unidades patrimoniales que integren el caudal hereditario, en interés tanto de la familia como de la productividad".

[44]CARROZZA, "la hipótesis de la no coincidencia de la titularidad de la explotación con la titularidad de la propiedad crea problemas de difícil resolución, (tomado de CUENCA ANAYA, ob. cit., 426): Según DE LOS MOZOS (ob. cit., 54), el hecho de no coincidir la titularidad de la explotación con la dominical de los bienes no crea problemas especiales y hace incapié en que son situaciones diferentes las que se plantean si la expotación agrícola constituye patrimonio familiar o si se inscribe como explotación agraria; en este segundo supuesto de hecho no existe dificultad para constituir o integrar estas explotaciones con bienes privativos de uno o de los dos cónyuges, ya que los bienes seguirán su régimen originario al que se superpondrá el específico.

[45]VATTIER, ob. cit., 899.

La disposición ha de ser conjunta según el art. 13, "si la titularidad de la explotación recae en ambos cónyuges con independencia del carácter común o privativo de los mismos"[46], tratándose de menores de edad requerirá la asistencia de los padres[47].

413. **Forma.-** Artículo 17: "Para ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria mediante pacto será preciso, en caso de matrimonio, el otorgamiento del mismo por ambos cónyuges".

Artículo 35: "Para su validez, tanto el pacto sucesorio como la prestación de consentimiento, renuncia o convenio sobre derechos hereditarios previstos en esta Ley deberán formalizarse en escritura pública. Dichos actos podrán condicionarse a que resulte efectiva la designación, como sucesor en la explotación, de una determinada persona".

Se requiere la forma de escritura pública para todo tipo de pacto sucesorio, sea institutorio o de renuncia, que recoja la disposición por una parte y el consentimiento prestado por el colaborador. No rige en el pacto el principio de la unidad de acto consagrado en el art. 695 del Código Civil para el testamento abierto, y en consecuencia el heredero queda obligado desde el momento en el que consiente tal condición, y se obliga a mantener la cualidad de colaborador hasta el momento de apertura de la sucesión[48]. Por aplicación de las reglas generales, entendiéndose se trata de un acto personalísimo, no cabe que el disponente actúe por medio de representante.

414. **Objeto.-** El art. 2 dice: "a los efectos de esta ley se entiende por explotación familiar agraria el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria". Introduce la referencia a la actividad empresarial de la explotación sin que ello conlleve que la empresa pueda ser titular u objeto de relaciones jurídicas, por lo que resulta superflua esta referencia. Resulta más adecuado el poner de relieve que se trata de una explotación, que responde a un sentido dinámico, implica que hay alguien que explota, un patrimonio que es explotado, medios y fines.

---

[46]Comenta CUENCA ANAYA (ob. cit., 428), la falta del consentimiento de los dos, o en su caso, de la autorización judicial, determina que los actos de disposición a título gratuito sobre bienes comunes, si faltere dicho consentimiento y no fueren confirmados expresa o tácitamente puedan ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió o de sus herederos en el plazo de 4 años. El régimen es muy semejante al de gananciales del Código civil.

[47]VATTIER, ibídem.

[48]VATTIER, ob. cit., 900.

No se fija con criterios objetivos qué dimensión ha de tener tal explotación, es obvio que la ley pretende la creación y protección de idóneas unidades de explotación. El mínimo vendrá determinado por la circunstancia de que ha de servir de medio de vida principal de la familia y el máximo por el hecho de que los trabajos de explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia.

El art. 3 especifica qué bienes comprende y expresa en su apartado primero, que constituyen elementos de la explotación los bienes inmuebles de naturaleza rústica, incluida la vivienda; las instalaciones agropecuaria, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectos a la misma, que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos, en propiedad".

Segundo: Constituyen también elementos de la explotación los arrendamientos y los derechos de uso y disfrute que, en virtud de cualquier título y sobre tales bienes, puedan pertenecerle, así como los demas derechos que puedan corresponder a su titular y sirvan a aquella".

No se limita la ley a los supuestos en los que el titular de la explotación sea propietario o arrendatario sino que se amplía a otros supuestos, fijando que por cualquier título[49].

La explotación agrícola familiar íntegra. Esta ley trata de que la explotación se mantenga indivisa con una doble finalidad, mantener su integridad como garantía de que el Estado recuperará los beneficios y créditos concedidos, y por otra parte como instrumento de política agraria a largo plazo[50]; la obligación de mantener la integridad no provendrá del título que acredita la calificación de explotación familiar, sino conforme el art. 11, "por la obtención de cualquiera de los beneficios económicos previstos en la ley, o la suscripción de acuerdos de colaboración" y el logro de su mantenimiento se propicia mediante la reglamentación del modo de disposición *inter-vivos* y *mortis-causa*.

---

[49]VATTIER, ob. cit., 880, es única y uniforme por cuanto abarca el subingreso sucesorio en la titularidad de cualquier derecho subjetivo, lo mismo de naturaleza real que personal, cuyo contenido habilite la constitución de la explotación o el ejercicio de la empresa agraria.

[50]Añade CUENCA ANAYA (ob. cit., 428), que como aspectos generales hay que señalar: 1º que el título que acredita la calificación de explotación familia no determina, por si sólo, su integridad, sino que la obligación de mantener ésta se deriva del art. 11. 2º esta obligación sólo tendrá vigencia durante el plazo que se señale por la administración. 3º la sanción de su incumpliento determina la privación de la obtención de cualquiera de los beneficios económicos previstos en esta Ley a la suscripción de acuerdos de colaboración".

415. **Clases de pactos.**- En virtud de los dispuesto en los arts. 19, 21 y 41 de la ley acepta de forma amplia los pactos de suceder, de no suceder y hasta los *pactum de hereditate tertii*, este último con carácter excepcional.

El pacto de suceder, a su vez, puede ser adquisitivo o confirmativo, pero no cabe *la mutua succesione*, Vattier entiende que no cabe el pacto mutual en razón a la exigencia del otorgamiento conjunto y por la cualidad de legitimario exigida al beneciario del pacto[51], sin embargo, el cónyuge del titular figura entre las personas que pueden ser colaborador (art. 5), y por otra parte, la exigencia de la disposición conjunta, entendemos debe aplicarse al supuesto de elección de un tercero en la sucesión de la explotación.

416. **Contenido.-** Nada dice la Ley acerca de las contraprestaciones que puedan pactarse, y que no estando prohibidas y no necesitando de una licencia especial, parecen posibles. Evidentemente, y tratándose de un colaborador, vale el pacto que obliga a convivir al disponente con el favorecido en un mismo hogar y prestaciones semejantes, gravando al instituido o legatario de la explotación en favor de los legitimarios, siendo más discutible si en esta materia excepcional se puede pactar un precio[52].

No aparece suficientemente resaltado el pacto de convivencia, sin embargo constituye un presupuesto de la Ley por cuanto es causa específica de resolución de la designación "conducta del sucesor que impida la normal convivencia familiar".

El titular de la explotación puede imponer al sucesor el cumplimiento de las cargas, condiciones u obligaciones que estime conveniente.

Con el pacto sucesorio, podrán complementarse o instrumentarse los acuerdos de colaboración que establece el art. 7. Estos constituyen el medio por el cual los colaboradores se vinculan a la explotación agraria. Regulan la participación de los mismos en los trabajos de explotación y el modo efectuar de manera ordenada su incorporación a las responsabilidades gerenciales.

En el caso de que se instrumenten juntos el acuerdo de colaboración y el pacto sucesorio, se configuran jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones del colaborador y el titular. Por el contrato sucesorio, el concreto colaborador es nombrado

---

[51]VATTIER, ob. cit., 896.

[52]LACRUZ SANCHO, *Derecho de sucesiones V*, Barcelona, 1988, reimpresión 1990, 409.

sucesor. Por ambos contratos se establecen los derechos y deberes del colaborador, en vida del titular y después de la sucesión[53].

417. **Efectos que se producen antes de abrirse la sucesión del causante.-** La titularidad se mantiene en el instituyente; éste es una matiz que interesa resaltar, es decir, de presente no existe transmisión alguna, ahora bien, hay una vinculación actual del bien al favorecido Lacruz reconoce el nacimiento de un *ius ad rem* en el favorecido[54], siendo una consecuencia de ello los efectos, derechos y deberes que la ley recoge.

Recoge la ley de forma expresa las facultades y obligaciones que tienen, tanto el titular de la explotación como el beneficiario de la misma, en cada periodo de tiempo[55].

En primer lugar, ambas partes quedan vinculadas mediante el pacto, pues para resolverlo será necesario que de común acuerdo lo dispongan.

Ab initio , este acuerdo de voluntades determina que se revoquen los testamentos anteriores y deja ineficaces las posteriores.

Según Vattier, la obligación que contrae el sucesor es de efecto inmediato a su consentimiento[56] y se desdobla en dos prestaciones de actividad diferentes: mantener la cualidad profesional de agricultor hasta el momento de la apertura de la sucesión y la de continuar la dedicación, como actividad principal[57], de modo que el hecho de su incumplimiento faculta a la impugnación a los legitimarios del titular, dando lugar a su resolución en todo caso, a no ser que el incumplimiento se justifique en razones de equidad.

Artículo 19. Uno. "Vigente el pacto sucesorio, el instituyente no podrá disponer a título gratuito de la explotación, salvo a favor del instituido.

---

[53]MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L., "El pacto sucesorio en el nuevo estatuto de la explotación familiar agraria", La Ley 4, 1982.

[54]LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Elementos . Derecho de sucesiones T.* V, reimpreseión 1990, 410.

[55]Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho civil. Derecho de Sucesiones T. V.*, Barcelona 1981, 470), la ley viene a resolver en la forma indicada en el texto el problema de los efectos típicos derivados del pacto sucesorio antes de la apertura de la sucesión, aspecto sobre el cual no existe unidad de criterio en la doctrina.

[56]Según VATTIER (ob. cit., 900), la carga que supone el cumplimiento de esta obligación puede determinar el que se retrase la prestación del consentimiento.

[57]VATTIER, ob. cit., 901.

Dos. En caso de disposición de la explotación a título oneroso, el instituido sucesor, aparte de las facultades de impugnación que le correspondan con arreglo a la legislación civil, tendrá derecho de adquisición preferente en los términos previstos en la Ley, sin perjuicio de ser compensado económicamente por su dedicación a la explotación.

Análogos derechos corresponderán al instituido en los supuestos en que la transmisión se refiera a parte de la explotación, salvo que la contraprestación recibida se invierta en la propia explotación familiar".

Adquiere el sucesor una expectativa de derecho, similar a los legitimarios[58], tutelada frente a los actos de disposición que lleve a cabo el instituyente, con un poder de impugnación frente a los actos gratuitos, mientras que frente a los actos onerosos goza el instituido de un derecho de preferente adquisisición, lo que se aparta de las reglas generales, tanto por lo que supone a la obligación de no disponer que se le impone al *de cuius* cuanto a las obligaciones y derechos que reconoce al instituido[59]. El instituido no puede disponer de su derecho *inter-vivos* sino con el consentimiento del titular actual de la explotación, aunque sí lo transmite *mortis causa* como cualquier otro derecho de índole patrimonial[60].

418. **Efectos que sobrevienen en el momento de la apertura de la sucesión.-** Muerto el titular actual de la explotación agrícola, se abre la sucesión y el designado heredero contractual debe aceptar expresa o tácitamente la herencia, pues en el pacto o al otorgar el consentimiento consintió la condición de heredero únicamente pero no la herencia[61], asimismo, cabe, según Vattier, la repudiación y la aceptación a beneficio de inventario.

---

[58]Recoge VATTIER (ibídem, en nota 57) coincidente con LACRUZ y SANCHO REBULLIDA quienes entienden existe similitud entre el sucesor contractual y el legitimario.

[59]VATTIER ob. cit., 901.

[60]Entendemos que la trasmisibilidad del derecho del instituido, tanto por *acto inter-vivos como mortis causa* no se desprende de la Ley, que sí se ocupa de la trasmisión del derecho del instituyente. Por otra parte, el art.18 establece que el instituido deberá mantener su cualidad de colaborador hasta el momento de la muerte del instituyente y de no hacerlo cabe la revocación. Tanto por abandono como por muerte puede que no se cumpla esta condición en cuyo caso, el instituyente queda facultado para la resolución; Añade LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (ibídem), que la Ley resuelve en la forma indicada en el texto el problema de los efectos típicos derivados del pacto sucesorio antes de la apertura de la sucesión,.entendiendo que tiene facultad de disposición en vida, siempre que no actúen en fraude del instituido; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español comúny foral* , revisada por de los Mozos, VI-3,289; PUIG BRUTAU *Fundamentos de Derecho civil* T. V, v. III, 380.

[61]VATTIER, ob. cit., 902.

Esta Ley presenta al sucesor-colaborador como un sucesor universal, un heredero único que paga y garantiza sus haberes a los colegitimarios no titulares de la explotación[62].

419. **Causas que dan origen a la revocación y resolución del pacto.-** Artículo 18: "El instituido sucesor de la explotación por pacto sucesorio habrá de mantener la cualidad de colaborador en la explotación hasta el momento del fallecimiento del instituyente. En otro caso, el pacto será revocable a instancia del instituyente o de cualquiera de sus legitimarios, salvo que se aprecien ponderadas razones de equidad para mantenerlo".

Artículo 20. Uno. El pacto sucesorio podrá ser resuelto por algunas de las siguientes causas:

a) Acuerdo de los otorgantes, formalizado en escritura pública.

b) Incumplimiento de las cargas, condiciones u obligaciones impuestas al sucesor.

c) Conducta del sucesor que impida la normal convivencia familiar.

Dos. Afectarán también al instituido, aun no siendo legitimario, las causas de indignidad o desheredación".

La Disposición adicional primera establece en relación al Derecho foral, que la aplicación de las disposiciones de este Estatuto tendrán carácter supletorio respecto de las normas específicas en la materia, de los Derechos civiles, forales o especiales y de las dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

III. Legislaciones forales.

420. **Admisión de los pactos sucesorios.-** En contraposición al criterio que mantiene el Código civil, las legislaciones forales admiten los pactos sucesorios, si bien circunscribiéndolos en algunos sistemas a los celebrados en capitulaciones matrimoniales.

[62]Según LACRUZ y SANCHO REBULLIDA. (ob. cit., reimpresión 1990, 409), la Ley no se plantea la la hipótesis de un patrimonio en el que la explotación sea sólo de uno de los componentes, acaso no el principal, en cuyo caso fallan todas las previsiones en tema de cálculo y pago de las legítimas.

En algunos ordenamientos forales el pacto sucesorio ha sido posible al amparo del principio de la libertad civil, en otros, se ha desarrollado en un contexto de Derecho común, eludiendo las prohibiciones de éste y a partir de formas jurídicas reconocidas por el sistema, tratando de utilizarlas pero con esta nueva finalidad.

Si bien ha sido distinta la fuente de origen de los pactos sucesorios en los sistemas forales, se aprecia una gran semejanza en todas ellos, a la hora de articularlos. Se debe, por una parte a la necesidad común de colmar el vacio normativo, lo que determina el que utilicen como soporte jurídico instituciones romanas, y por otra parte, el que su empleo responda a unas necesidades comunes, que consisten en la perpetuación y auge del patrimonio familiar para lo cual era necesaria la presencia de un colaborador eficaz, en el momento en que la edad de los padres determinaba el que flaquearan sus fuerzas, a quien pudieran designar sucesor.

De hecho, dice el Prof. Lacruz, ni tan siquiera al amparo de la libertad negocial han existido -salvo casos aislados- contratos puros de institución, o legado (salvo en Aragón) hasta época relativamente reciente. Lo usual es disponer, en los capítulos mediante "donación pura, perfecta, simple e irrevocable, llamada entre vivos, para después empero de la muerte de los expresados donadores y no antes", la "donación universal de bienes presentes y futuros"(Cataluña y Baleares); la "donación universal de bienes presentes y de los que adquieran en lo sucesivo por cualquier título los donantes en propiedad desde luego y en usufructo desde la muerte de aquellos" (Navarra y aunque menos, Cataluña)[63].

En lo que respecta a la evolución de esta institución, eminentemente consuetudinaria, el camino que ha recorrido, tanto en la construcción jurídica de la disposición, como en su consagración en los textos legales, presenta semejanza entre sí y a su vez con el Derecho vizcaíno.

Se recoge frecuentemente en la escritura de las capitulaciones matrimoniales del instituido[64], mediante la forma de donación de los bienes presentes y futuros o la institución de heredero del titular de la casa en favor de la persona elegida y su cónyuge. Se otorgan estipulaciones para regular la ulterior relación entre instituyentes e instituidos, establecer quién ha de llevar a cabo la dotación de los hermanos, destino del patrimonio, convivencia entre los otorgantes previniéndose su posible disolución[65].

[63]LACRUZ BERDEJO, ob. cit., 387.

[64]LACRUZ (ibídem, 387), todos los autores que estudian los pactos sucesorios hacen alusión a esta circuntancia. Hay que tener en cuenta que en algunas regiones forales -Cataluña- exclusivamente pueden otorgarse los pactos sucesorios en Capitulaciones Matrimoniales.

[65]LACRUZ, ibídem.

Derivado de este carácter eminentemente consuetudinario, las fuentes legales antiguas son precarias[66] y cuando regulan la institución lo hacen bajo el ropaje de distintos tipos donacionales.

Su reconocimiento como institución contractual de heredero y la conformación del pacto sucesorio como uno de las tres modos de delación hereditaria junto a la testamentaria y la intestada, es fruto del movimiento compilador[67].

En el derecho catalán los autores clásicos nunca llegaron a negar abiertamente el principio romano contrario a la validez de la sucesión paccionada, si bien en la práctica aceptaron las consecuencia de la institución hereditaria con respecto al instituido en heredamiento. Estas vacilaciones perduran en los juristas catalanes del siglo pasado y de comienzos del presente, que con frecuencia siguen llamándole donatario[68].

421. **Líneas generales de la regulación del pacto sucesorio en Aragón.**- En el Derecho aragonés antiguo se admitían expresamente dos pactos sucesorios: la institución hereditaria contractual, con el nombre de donación de todos los bienes habidos y por haber (fuero 4º *De donationibus*); y la donación *mortis causa* con carácter irrevocable (obs. 7 y 18 *De donationibus.)*. La primacia del principio *standum est*

[66]En *Aragón* las Observancias 7 y 18, *De donationibus*, contemplan la *donatio mortis causa* con carácter irrevocable y el Fuero 4º, *De donationibus*, dado en las Cortes de Zaragoza en 1398, que desenvolvía los Fueros de *Testamentis nobilium* de 1307 y de *testamentis civium* de 1311, sanciona la institución contractual de heredero bajo el ropaje de la *donatio omnium bonorum*.. En *Cataluña* , en el s. XI, Ramón Berenguer I al ordenar la compilación de los Usatges *Autoritate el rogatu* recoge una costumbre muy arraigada, pese a estar prohibida por el derecho romano, consistente en la donación que el padre hace al hijo con caracter irrevocable. En Navarra las Cortes de Pamplona de 1765-1766, Ley 48, capítulos 1 y 2 recoge que es inmemorial la costumbre de que lo padres legítimos o naturales puedan hacer donación de sus bienes a un hijo. La Novisima Recopilación 3,7,4. "Atento, que en los contratos matrimoniales muchas veces se suele capitular, que las criaturas de aquel Matrimonio hereden los bienes de los contrahentes, que los donantes hacen donación á los hijos ó deudos, que se desposan, y a las criaturas de aquel Matrimonio" (Ley 11. Cortes de Pamplona 1576). En Mallorca las donaciones universales se elevan a documento escrito en el privilegio de Jaime I en Lérida, de 12 Marzo 1274, la aclaración del Rey Sancho de 6 Noviembre 1319 y el Privilegio del mismo Rey en igual fecha forma.

[67]En Aragón ha sido modificada su redacción por Ley de 21 Mayo 1985, Arts. 99 ss; En Cataluña en el Código de Sucesiones de 30 Diciembre 1991, Art. 67 ss; En Navarra en la Compilación del Derecho civil Foral Nuevo de 1 de Marzo 1973, Ley 115 y Leyes 172 a 183; Compilación del Derecho civil de Baleares, aprobándose el texto refundido por Decreto Legislativo de 6 Septiembre 1990, Arts. 72 ss.

[68]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXVII, vol. 2, Edersa, 1978, 107.

chartae ha permitido que en todo tiempo se reconozca la posibilidad de pactar sobre la herencia[69].

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1904 se reconoce que en Aragón la donación de todos los bienes guarda proporción equivalente con los testamentos[70]. La Compilación aragonesa regula los pactos sucesorios, suministrando un cuadro jurídico que permita el reconocimiento de la institución fuera de las capitulaciones matrimoniales.

Aparecen regulados en los artículos 99 a 109 de la Compilación, aprobada el 8 Abril 1967, reformada por la ley de 21 de mayo de 1985, que afecta a los artículos 99, 103, 105 y 108. La institución aparece reconocida como tipo negocial sucesorio, regulada con una buena técnica legislativa; teniendo presente el Derecho consuetudinario, no se limita a consagrarlo, sino que lo regula con un punto de mira acorde con la evolución científica y el Derecho comparado.

La capacidad requerida para su otorgamiento presenta una doble referencia: al título empleado para recogerlo y la edad del instituyente; a falta de capítulos se exige mayoría de edad de los otorgantes, en el disponente y en el cocontratante. Se exige parentesco "en cualquier grado", por lo que vendrá limitado al que confiere derecho en la sucesión intestada. El carácter personalísimo de la actuación, su otorgamiento en escritura o capitulaciones matrimoniales y finalmente la referencia a la costumbre como fuente normativa de su alcance es otra de sus caracterísiticas[71].

La costumbre aragonesa presentaba dos tipos de pactos que se recogían en las Capitulaciones Matrimoniales: El otorgado a favor de los que se casan y la sucesión de los contrayentes.

1. El nombramiento de heredero tiene siempre un objetivo: servir de instrumento "en beneficio de la ordenación y mantenimiento de la casa"[72], es el heredero el que debe estar al servicio de la casa y no viceversa.

[69]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones* I, *Parte General. Sucesión voluntaria*, Barcelona, Bosch, 1971, 743.

[70]CRISTOBAL MONTES, *La sucesión contractual aragonesa. Comentarios*, Zaragoza, 1978, 19.

[71]El art. 99. 1: "Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales. También lo serán los que se pacten, en escritura pública, por mayores de veintiun años que sean parientes consanguineos o afines en cualquier grado, o adoptivos, o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias. 2. La costumbre determinará el alcance de tales pactos".

[72]LACRUZ, ob. cit., ed. 1971, 745; CRISTOBAL MONTES, ob. cit., 46.

Dentro del primer tipo era costumbre el que se incorporara el pacto de convivencia entre instituyentes e instituidos, la carga de alimentos, y de dotación de los hermanos y la reserva del Señorío Mayor. El Señorío se presenta como una enigmática institución para los juristas aragoneses[73] y es reflejo de ello, la redacción del artículo 102, al establecer que en los casos en los que figura esta reserva a favor del instituyente, paradójicamente, viene a limitar sus facultades al exigirse el consentimiento de los herederos[74].

En la tipificación del pacto, se hace referencia expresa a la modalización del mismo, mediante cláusulas que entrañan una limitación en la tenencia de los bienes dispuestos[75].

2. Los contrayentes a fin de mantener el patrimonio unido designan heredero a uno de sus hijos. Tienen libertad en la elección no rigiendo el principio de primogenitura.

Recogiendo el substracto histórico que está en la base de los pactos sucesorios, se establece la equiparación al pacto de las figuras donacionales que sirvieron a su instrumentalización en el pasado, se establece: Art. 101. "Uno. La donación universal de bienes habidos y por haber, equivale a institución de heredero, salvo pacto en contrario.

Dos. La donación *mortis causa* de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio".

Atendiendo a los efectos que se producen antes de la apertura de la sucesión se establece que el pacto de institución revoca todas las anteriores disposiciones *mortis causa* y es de por sí irrevocable[76].

Respecto a las facultades de disposición del instituyente el art. 102 dispone: "Uno. En el nombramiento de heredero pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el "señorío mayor" u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que, para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número uno del art. 39, es

[73]PALA MEDIANO "Los señores mayores en la familia altoaragonesa", ADA., (Segunda semana de Derecho Aragonés), 1943, 158 y BATALLA, "Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad" ADA., 1944, 356, entienden que el Señorio Mayor entraña la jefatura de la comunidad familiar. LACRUZ BERDEJO, ob. cit., ed. 1971, 747 y SAPENA, "El pacto sucesorio en el Alto Aragón", RDP., 742 entienden que el Señorío implica más una jefatura familiar que patrimonial.

[74]LACRUZ, ob. cit., 395.

[75]Art. 100. "Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones mortis causa a favor de los contrayentes, de uno de ellos o de un tercero, a título universal o singular, con sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulan".

[76]SAPENA "El pacto sucesorio en el Alto Aragón" RDP., 751.

exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa".

Cristóbal Montes presenta la evolución que ha experimentado el precepto al comentar este artículo. El Anteproyecto de 1966 mantenía que el instituyente debía contar en todo caso con la voluntad del heredero para disponer de los bienes.

Esta regla se modifica en las sucesivas correcciones del Art. 102 del Anteproyecto de la Compilación, en un doble sentido: introduce la reserva del Señorío Mayor como circunstancia que dogmáticamente tratan de justificar el hecho de que el heredante conservase facultades dispositivas, no obstante el nombramiento y por otro al resultar que la legitimación dispositiva del heredante viene dada precisamente en virtud de un expreso y específico convenio por el que reserva determinados derechos sobre los bienes[77].

Dos . No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento".

La transmisión a los descendientes por premoriencia del instituido, la correspectividad entre el pacto y las cláusulas que le acompañan, la normas supletorias a las que deberá acudirse para interpretar e integrar el precepto y finalmente los requisitos exigidos para la modificación y revocación del pacto, aparecen reguladas respectivamente en los arts. 105, 104 , 107 y 103.

422. **Líneas generales de la regulación del heredamiento a favor de los contrayentes en Cataluña.-** Se introduce la regulación del pacto sucesorio en el *Usatge Auctoritate el rogatu*, que regula la donación *post obitum* como donación irrevocable. *Las Costums generals de Catalunya* en su capítulo 14 y la constitución *A fora gitar fraus* reconocen y regulan aspectos del heredamiento. La regulación de esta institución es consuetudinaria.

La Compilación catalana de 21 julio 1960 reguló los heredamientos en los arts. 63 a 96. En el nuevo Código Sucesorio publicado en el B. O. del Parlamento de Cataluña, el 31 Diciembre de 1991, recogió la regulación del texto compilado, dedicándole el Título II, Arts. 67 a 100, con significativas modificaciones.

[77]CRISTOBAL MONTES, ob. cit., 69 ss.

El heredamiento figura como institución de heredero, superando el criterio mantenido tradicionalmente, que lo consideraba como donación de la herencia[78].

Ha de otorgarse necesariamente en capitulaciones matrimoniales, razón por la que destacamos el carácter matrimonial del heredamiento y su dependencia, respecto a la celebración y a la validez de éste.

La capacidad requerida viene determinada por la exigida para la celebración de matrimonio y adicionalmente se requerirá la capacidad negocial en los heredamientos a favor de los contrayentes y en el mutual. Cabe la actuación en uso de poder.

Reconoce diferentes modalidades de heredamiento:

1. El de institución de heredero a favor de los contrayentes, regulados en los Arts. 71 al 89, que a su vez puede ser: simple o de herencia, cumulativo, en el que el heredero adquiere de presente todos los bienes del heredante y mixto, consistente en el heredamiento puro con donación singular.

2. El heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes, Arts. 90 a 98, que a su vez pueden ser puros, preventivos y prelativos.

3. El heredamiento recíproco de los contrayentes o heredamiento mutual, Arts. 99 y 100.

Solamente nos vamos a fijar en los heredamientos a favor de los contrayente.

Teniendo en cuenta esta doble connotación derivada de su otorgamiento en escritura de capitulaciones matrimoniales y a su naturaleza sucesoria cabe el que se recojan todo tipo de cláusulas pertenecientes al campo del Derecho de familia y al sucesorio[79].

---

[78]PELLA Y FORGAS, *Derecho civil de Cataluña*, T. III, 49, 2 ed. (Barcelona, Editorial Vela, 1943). Art. 67: "El heredamiento, institución contractual de heredero, únicamente podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales, antes o durante el matrimonio, personalmente o mediante poder especial. Los heredamientos podrán otorgarse a favor de cualquiera de los contrayentes o de ambos; de los hijos o descendientes de estos; y de los contrayentes entre sí con carácter mutual. Las normas generales para todas las modalidades de heredameniento tendrán su aplicación al heredamiento que se concierte a favor de los contrayente. Podrán otorgar heredamiento los que tengan capacidad para contraer matrimonio. Sin embargo, para poder ordenar heredamiento a favor de los contrayentes y convenir heredamiento mutual, será necesaria la capacidad para contraer y obligarse".

[79]Art. 68: "En los heredamientos podrán estipularse cualesquiera condiciones, limitaciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones lícitas, así como nombrar administradores y albaceas y confiar, en general, a otras personas toda clase de encargos o funciones con la misma amplitud que en los testamentos".

Ponemos de relieve que siendo el contenido nuclear la institución de heredero, el legislador ha querido presentar una muestra de tipo de cláusulas, modalizadoras de la institución, en muchos casos, que históricamente figuraban en capitulaciones matrimoniales.

Tras reconocer el carácter sucesorio de la intitución, la normativa sobre heredamiento quedó ubicado en la compilación en el Libro I, intitulado "de la familia", con mejor criterio el nuevo Código de sucesiones lo incorpora a esta nueva sede.

Los efectos a que da lugar anteriores a la apertura de la sucesión son: la revocación de las disposiciones sucesorias anteriores, determinando que no tengan validez las futuras que sean contrarias al contenido del heredamiento[80].

Puig Ferriol, se cuestiona si todos los bienes quedan sujetos al heredamiento, a lo que dá una respuesta afirmativa salvo que pruebe lo contrario quien alegue que están comprendidos en la reserva para testar. Indica que cabe la duda si incide en lo dispuesto en el heredamiento cuando en la disposición testamentaria posterior el heredero recibe un trato más favorable (por ejemplo se le elimina un gravamen fideicomisario o pacto reversional impuesto en el heredamiento) y de idéntica manera la validez de una disposición testamentaria posterior que viene a completar un heredamiento[81].

El Heredamiento a favor de los contrayentes aparece regulado en el art. 71[82]. La nota característica de este tipo de heredamiento es la irrevocabilidad de la designación, circunstancia que se deriva de la aceptación por parte del favorecido de su cualidad de heredero[83].

Puede apreciarse la voluntad, por parte del legislador, de asimilar al heredamiento disposiciones instrumentalizadas mediante la fórmula donacional, entendiendo que quien

---

[80]Art. 70: "El heredamiento válido revocará el testamento, codicilo, memoria testamentaria y donación por causa de muerte anteriores a su otorgamiento. Los posteriores sólo serán eficaces en la medida que permita la reserva para testar o los bienes expresamente excluidos del heredamiento. Los heredamientos no quedarán en ningún caso sin efecto por causa de preterición ni por supervivencia o superveniencia de hijos, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar su legítima".

[81]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales* T. XXVII, v. 2., Edersa, 1978, 136.

[82]Art. 71: "El heredamiento a favor de un contrayente le conferirá, con carácter irrevocable, la cualidad de heredero contractual del heredante y le transmitirá los bienes que éste le hubiere donado de presente. La promesa de heredar.ordenada en capitulaciones, tendrá fuerza de heredamiento. Las donaciones universales otorgadas en capitulaciones a favor de los contrayentes producirán efecto de heredamiento, aunque no se use este término. La donación será universal cuando se consigne expresamente que comprende todos los bienes presentes y futuros o los que deje al morir el heredante. La simple exclusión de cosas concretas y determinadas o de partes indivisas no afectará a la universalidad de la donación".

[83]PUIG FERRIOL, ob. cit., 141.

dona en vida todos sus bienes presentes y futuros no hace otra cosa sino disponer de su herencia .

En lo que respecta al contenido de este tipo de heredamiento, comúnmente se confiere en el marco de una comunidad familiar, con la intención de transmitir íntegro a un heredero único el patrimonio acumulado y conservado por las generaciones anteriores, quien, a su vez, lo transmitirá a las venideras. Esta comunidad se encuentra regulada siguiendo la costumbre (art. 75).

En este contexto, se entienden llamados como sustitutos los hijos del contrayente (art. 73).

En los heredamientos otorgados por los padres a favor de los hijos contrayentes se entiende implícita la reserva del usufructo universal a favor de contrayente supérstite (art. 75).

Dentro de esta modalidad, se distinguen, a su vez, el heredamiento simple o de herencia[84], en virtud del cual se confiere al instituido el título irrevocable de sucesor y el heredamiento cumulativo, en el que adicionalmente, el favorecido recibe de presente todos los bienes del heredante.

El régimen al que han de sujetarse estos bienes, difiere, en función de su encuadramiento bajo un tipo u otro de heredamiento; dentro de cada tipo, los textos legales subdistinguen la posibilidad de disposición, a título oneroso o a título gratuito, de los bienes dados en heredamiento. Se regula el régimen en los arts. 79 a 83 .

En el caso del heredamiento simple el heredero adquiere el título de sucesor, si bien el heredante conserva mientras viva la titularidad de los bienes, por lo que sólo de una manera relativa modifica o limita las facultades dispositivas del heredante, por cuanto únicamente le están vedados los actos de disposición a título lucrativo, y aun con las excepciones tales como para hacer regalos módicos etc., y puede disponer a título oneroso; siendo estos actos anulables cuando se otorguen en fraude del heredamiento. Aparece regulado de la siguiente manera: "El heredamiento simple confiere únicamente la cualidad de heredero contractual, que será inalienable e inembargable. El heredante conservará hasta su muerte la propiedad de sus bienes, pero no podrá disponer de ellos a título lucrativo sino para hacer regalos módicos y liberalidades de uso o para legar lo que en el heredamiento se hubiese reservado para testar, aparte de la facultad de dotar y acomodar a los hijos y de disponer a favor de éstos en los términos previstos en el Art. 81" (art. 79).

[84]En el heredamiento a favor de los contrayentes se reconoce la existencia de dos modalidades de heredamiento: en vida y post-mortem.

"Los actos de disposición a título oneroso que de sus bienes realice el heredante serán anulables cuando se otorguen en fraude del heredamiento, salvo que el adquirente sea ajeno al fraude. Esta acción y la de simulación, en su caso, sólo podrá ejercitarla el heredero o el que lo sea de éste, así en vida del heredante" (art. 79).

"Salvo pacto expreso en contrario en el propio heredamiento, el heredero, cuando premuera al heredante, transmitirá a sus hijos, sean o no del matrimonio en cuya consideración se haya otorgado el heredamiento y en el modo y forma en que sean sus herederos, su derecho o cualidad de heredero contractual. Si los hijos herederos del heredero premuerto abintestato fueren varios, el heredante podrá elegir en escritura pública irrevocable o en testamento a uno de estos hijos o descendientes legítimos del hijo premuerto, como sustituto en el heredamiento" (art. 83).

Esta nota de la irrevocabilidad es la que sirve para dar eficacia jurídica al momento de la designación, y como secuela de tal eficacia, la premoriencia del heredero a su causante ya no obsta a la eficacia del negocio sucesorio, que nace a partir de la designación y tiene lugar porque en este momento acepta la herencia el instituido, dotando de eficacia a la disposición[85].

En el heredamiento cumulativo o mixto descrito en el art. 84 , "el favorecido con él, además de su cualidad de heredero contractual, adquirirá de presente todos los bienes que a la sazón tenga el heredante, sin otras excepciones que los bienes muebles que sean de uso personal o estén adscritos a la explotación familiar y de los que se reserve para disponer. Estos bienes y los que en lo sucesivo obtenga el heredante los adquirirá, al fallecer éste, el heredero, en el modo establecido para el heredamiento simple. Para que estos últimos bienes se adquieran por el heredero a medida que el heredante los vaya logrando, será necesario pacto expreso".

Estos heredamientos supone un doble régimen, respectivamente, para la donación actual y para la institución de heredero, o bien, en su caso, la atribución sucesiva al heredatario de los bienes que vaya adquiriendo del heredante, cuando se haya pactado su paso automático.

[85]Según PUIG FERRIOL (ob. cit., 141), tanto el artículo CXVI del proyecto de Durán y Bas, como el artículo 116 del proyecto de 1930, establecían esta nota de la irrevocabiliad para los heredamientos de esta clase, aún cuando se establecieran para después de la muerte del donador. Esta especificación era en buena parte superflua, por cuanto no es de esencia en los negocios *mortis causa* el requisito de la supervivencia del favorecido a su causante, sino que tal requisito sólo es exige en aquellos negocios jurídicos por causa de muerte en los que el momento de la designación de heredero carece de relevancia en atención a su esencial revocabilidad. Pero la designación puede ser tambien irrevocable aún cuando el heredamiento no surta todos sus efectos hasta después de la muerte del heredante.

Cabe el que se pacte la reversión al heredante de los bienes ya transmitidos (art. 87 a 89).

423. La regulación de los pactos sucesorios en el Derecho civil de Baleares.- Se regula en el Decreto legislativo 79/1990, de 6 de Septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las islas Baleares. En él se reconoce la posibilidad de otorgar pactos sucesorios en las islas Baleares, salvo para Menorca (art. 65). Los artículos 6º (Mallorca) y 69 (Ibiza y Formentera) los incluyen como un modo de delación sucesoria y se expresan en estos términos:

Dispone el Artículo 6 que: "La herencia se defiere por testamento, por Ley y por contratos regulado en este Libro". Según el Artículo 69: "1. La sucesión se defiere por testamento, por pacto o por disposición de la Ley. 2. El testamento y el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes".

La legislación correspondiente a Ibiza y Formentera, recogida en el libro tercero del texto refundido, modifica sustancialmente la regulación de los pactos sucesorios del texto compilado. Dedicándoles los arts. 72 a 77 inclusive. Distinguiendo tres secciones: la primera sobre disposiciones generales (art. 72); la segunda, relativa a los pactos de institución (art. 73 a 76); y la tercera referente a los pactos de renuncia (art. 77).

La capacidad para otorgar pactos sucesorios varía según se lleve a cabo en capítulos ("espolits") o en escritura pública; si fuera en "espolits", en virtud de los dispuesto en el artículo 66, podrá otorgar capítulos antes de contraer matrimonio los que válidamente puedan celebrarlo; si se otorgan en escritura se seguirán las reglas que hemos expuesto anteriormente al referirnos a las donaciones universales.

El párrafo 1º del art. 73 establece que la institución de heredero contractual podrá hacerse de tres formas:

1. Determinando en el propio pacto las personas llamadas a la herencia.

2. Fijando las reglas conforme a las cuales deba ésta deferirse.

3. Delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión.

Se recogen dos tipos de pactos de institución: los que implican simples llamamientos a la sucesión, o los que contienen transmisión actual de todo o parte de los bienes, en los siguientes términos: "Los pactos sucesorios sin transmisión actual de bienes confieren únicamente la cualidad personalísima de heredero contractual, quedando revocados por premoriencia del instituido. El instituyente conservará hasta su muerte la

propiedad de los bienes, pero no podrá disponer de estos en fraude del heredamiento" (art. 75).

Se presumirán celebrados en fraude del heredamiento las enajenaciones a título onerosos realizadas por el instituyente, cuando contra él se hubiere pronunciado antes sentencia condenataria en cualquier instancia, cuando se hubiere expedido contra él mandamiento de embargo. También cuando el adquirente del instituyente hubiere sido cómplice en el negocio fraudulento.

En relación con la facultad de disposición por parte del instituyente a título gratuito se considera que le están prohibidos. El límite a la facultad de disposición del instituyente consiste en que no pueda disponer en fraude del heredamiento.

Si se trata del pacto con transmisión presente, el instituyente no tendrá facultad de disposición de los bienes a no ser que se haya reservado (art. 76).

El art. 6 del art. 66 prevé la incidencia del divorcio y ulterior matrimonio del instituido en estos terminos:

"El divorcio produce la ineficacia de los capítulos matrimoniales y, por tanto, de todas sus estipulaciones salvo lo que se establece en los párrafos siguientes: Los heredamientos y las donaciones a favor de hijo o hija, en consideración a cuyo matrimonio se hayan otorgado los capítulos, conservarán su eficacia si existe descendecia del matrimonio, sin perjuicio de los derecho que se hubieren pactado a favor del consorte. En caso contrario, o si el hijo o hija contrajesen nuevo matrimonio, el heredamiento o la donación devendrán revocables por la sola voluntad del heredante o donante. Los heredamientos a favor de los descendientes del matrimonio en consideración al cual se habían otorgado los capítulos también conservarán su eficacia, si bien los heredamientos puros devendrán revocables".

En Mallorca se regula específicamente las donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros (cap. II, art. 8 a 13) como un modo de deferir la herencia; el párrafo 3º del artículo 73 establece que "La donación universal de bienes presentes y futuros equivale a la institución contractual de heredero".

La característica de estas donaciones es su irrevocabilidad y que contienen la institución de heredero (art. 8 y 6).

Respecto a la capacidad que se requiere para su otorgamiento se establece que "El donante deberá tener la libre disposición de sus bienes..." (art. 12). Ha de tener, además de la capacidad general para contratar, la facultad de poder disponer libremente de sus bienes, o sea ha de tener la capacidad plena. El donatario deberá tener la capacidad para contratar dado que asume la cargas que se le imponen. No se requiere la existencia del

vínculo de parentesco entre los otorgantes; puede otorgarse a favor de una o varias personas sucesivamente.

Se requiere su otorgamiento en escritura pública, exigencia requerida *ad solemnitatem* , al otorgamiento deberán concurrir el donante y el donatario, por sí o representados por persona facultada para ello con poder especial.

Inspirándose en la costumbre, se recoge en tres artículos la posibilidad de establecimiento de reservas, usufructos, cualesquiera limitaciones y sustituciones, es decir, reconoce de forma expresa la posibilidad de modalización de la disposición; las cláusulas más frecuentes, según era costumbre y conforme se consigna en el texto legal: "el donante habrá de reservarse en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias" (art. 8-2). La prohibición de las donaciones universales es un hecho que ha preocupado al legislador de todos los tiempos, tratando de evitar que el donante quedara en la indigencia se requiere legalmente el establecimiento de esta reserva.

El art. 9 reconoce que el hecho del establecimiento de la reserva para testar no altera el carácter de universalidad de la donación[86].

La donación universal podrá ser efectiva a la muerte del donante, o a la de éste y su consorte, así como contener cualquier otra cláusula por la que se aplace su efectividad. También podrá ser efectiva de presente.

En los supuestos de aplazamiento, donante y donatario serán considerados, respectivamente, como usufructuarios y nudo propietario de los bienes donados

424. **El pacto sucesorio y las donaciones propter nuptias en el Derecho navarro.-** El Fuero general de Navarra (2, 4, 4) trata de donaciones de un bien concreto en vida de los padres si bien con efectos a su muerte, dándoles fianza para mayor seguridad. En la Novísima Recopilación hay numerosas referencias, junto al testador, figuran los contratantes a los llamamientos hechos en capítulos matrimoniales (3, 13, leyes 1, 2, y 11; 3, 7, leyes 4, 5 y 8); todo lo cual no es sino aplicación del principio de autonomía de la voluntad sintetizado en la regla *paramiento a fuero vienze* (Fuero General 4, 2, 20 y Novísima Recopilación 2, 37, 16), que posibilitan desde la edad media las donaciones universales y la institución de heredero.

---

[86] "En la donación universal podrá el donante establecer cualesquiera limitaciones, condiciones y sustituciones, conforme a lo preceptuado para la sucesión testamentaria...." (art. 13)

El Fuero Nuevo de Navarra regula los pactos sucesorios a través de tres instituciones:

1. Las donaciones *propter nuptias* a favor de uno o de ambos cónyuges (Leyes 112 a 118); por Ley de 1 abril 1987, se ha reformado la Ley 116.

2. Los pactos o contratos sucesorios (recogidos en las Leyes 172 a 183), la ley 180 ha sido reformada por la ley de 1987.

3. El acogimiento en casa (Leyes 131 y132) y las dotaciones a cargo del heredero donatario o legatario de casa, (Leyes 133 a 136).

Regula de forma separada la tradicional donación navarra a favor de los contrayente y los pactos sucesorios, las donaciones *propter nuptias*.

La ley 113 establece que podrán hacerse antes o despues de celebrado el matrimonio, y deberán otorgarse en capitulaciones matrimoniale o en escritura pública, en la que se contiene la aceptación por parte del donatario (Ley 114).

Aparece regulado en la Ley 112: "Las donaciones *propter nuptias* hechas a favor de uno o de ambos cónyuges pueden consistir en la transmisión de todos los bienes presente y futuros, de sólo los presentes o de alguno de éstos, o de los quedaren a la muerte del donante; en pleno dominio o con reserva del usufructo; a libre disposición o con limitaciones; con cláusulas de revocación o reversión; con llamamientos sucesorios y fideicomisos; con señalamientos de dotaciones, alimentos o derechos a vivir en la casa los hijos u otras personas; o con otras cualesquiera condiciones lícitas".

"Asimismo las donaciones *propter nuptias* pueden contener pactos sobre constitución, dirección y administración, modificación y disolución de la sociedad familiar, de convivencia de donantes y donatarios y ruptura de esta convivencia pactos y estipulaciones sobre usufructo y disposición de bienes, participación en las conquistas y, en general cualesquiera pactos lícitos".

Esta amplia definición contiene la forma que tradicionalmente se empleaba para perfeccionar el pacto sucesorio y las cláusulas que lo acompañaban tales como la creación de una sociedad familiar, reglas de constitución, funcionamiento y posible disolución, reservas de usufructo, carga de dotación de los hermanos etc.

Queremos destacar que se indica de forma expresa y reiterada la posibilidad de modalización de la disposición, ciertamente parece razonable que quien dispone de la totalidad de sus bienes en vida con carácter irrevocable necesite garantizar la atención de sus necesidades futuras.

La Ley 115 establece que el donatario universal sucede como heredero y de forma convergente las leyes 175 y 176, que regulan los efectos de los pactos sucesorios, hacen remisión a la regulación de las donaciones propter nuptias.

Aparece desarrollado en los 13 apartados que contiene la ley 115.

Abarca los aspectos sustantivos que requieren regulación, y que se corresponde con el período de tiempo que precede a la muerte de los donantes, tales como la disponibilidad de los bienes, el pago de las deudas, la duración de la reserva de usufructo establecida por los donantes, entrega de los bienes futuros, la administración de los bienes, las reversiones etc.

El Fuero Nuevo recoge un concepto amplio de pacto sucesorio. Dedica a ellos las leyes 172 a 183.

El Fuero sigue un régimen dual en cuanto a la exigencia de capacidad, en la ley 173 se distingue según se realicen en escritura pública o en capitulaciones matrimoniales. En el primer supuesto se requiere capacidad de obrar plena para otorgar pacto sucesorio y en el segundo la capacidad para contraer matrimonio, pudiendo acogerse a la dispensa de edad, prevista en el párrafo 3 de la Ley 78 .

La forma requerida *ad solemnitatem* es es la escritura pública, bajo sanción de nulidad (Ley 177).

La irrevocabilidad del pacto se deriva de su caracter bilateral o unilateral con declaración recepticia (Leyes 178 y 114 respectivamente).

Es muy amplio pudiendo contener, según el párrafo 1º de la Ley 177, cualquier clase de disposición *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de un tercero, a título singular o universal, con las sustituciones, modalidades, reservas, cláusula de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan

Pueden ser de institución pura y simple o contener transmisión actual de todo o parte de los bienes (párrafo 2º y 3º de la Ley 177), pueden ser asimismo para el futuro o delegando en una persona la facultad de ordenar la sucesión.

Cabe la existencia de pactos bilaterales o unilaterales (ley 178 y 114 respectivamente), según fuere el nombramiento de heredero pactado entre dos o mas personas en beneficio mutuo o en beneficio de un tercero, en tanto que en los unilaterales el instituido es uno de los otorgantes.

La ley 179 establece que los pactos sucesorios sin transmisión actual de bienes confieren únicamente la cualidad de heredero contractual que será inalienable e inembargable. El instituyente conservará hasta su muerte la propiedad de los bienes, pero

requerirá el consentimiento del instituido para disponer de éstos a título lucrativo. Cuando existe transmisión actual de bienes, si no se hubiere reservado el derecho a disponer por cualquier título o sólo a título lucrativo, se requerirá bajo sanción de nulidad el consentimiento del instituido.

La acción de nulidad sólo puede ejercitarla el instituido o sus herederos, incluso en vida del instituyente.

La ley 180 que recoge el derecho de transmisión ha sido reformada por Ley de 1 abril de 1987. En la legislación vigente se establece que si el instituido premuere al instituyente dejando descendencia transmite a ésta su derecho, salvo que otra cosa se acuerde. Si fueren varios los descendiente y el nombramiento fuere sin transmisión presente de bienes, los instituyente podrán designar heredero, por el contrario si hubiere existido transmisión presente será el instituido supérstite quien designe y en defecto los Parientes Mayores.

425. **La mejora de labrar y poseer en el derecho gallego.-** La Compilación gallega de 2 Diciembre de 1963 ha recogido en los arts. 84 a 87 la mejora de labrar y poseer, que es el medio jurídico empleado para la conservación indivisa del patrimonio campesino. Este derecho puede conferirse mediante acto inter-vivos o mortis causa, mejorando al hijo elegido y en tal concepto confiriéndole la titularidad sucesoria de la explotación agrícola familiar.

Capítulo 22. El contrato o pacto sucesorio en general.

426. **Diferenciación entre los negocios jurídicos a causa de muerte y los negocios de última voluntad.-** Como punto de partida, tomamos del Derecho germánico la distinción entre negocios jurídicos a causa de muerte y los negocios de última voluntad[1].

Los primeros, se corresponden con una categoría amplia que abarca todos aquellos negocios jurídicos mediante los cuales una persona dispone el destino de sus bienes para el caso de muerte[2].

A su vez las disposiciones a causa de muerte cabe analizarlas en razón a la materia o en virtud al modo de su otorgamiento. Si nos fijamos en el otorgamiento, puede ser unilateral o revocable o bien ordenado contractualmente, mediante contrato sucesorio e irrevocable.

A la disposición unilateral se le reconoce como disposición de última voluntad constituyendo su centro la forma testamentaria[3]. Es esencialmente mudable hasta el momento de la muerte. Se le llama de última voluntad porque contiene la última voluntad del disponente, siendo, por tanto, revocable. No son de última voluntad, y, por consiguiente, tampoco revocables, las disposiciones contractuales a causa de muerte: los contratos sucesorios. En los mismos, el instituyente queda vinculado y sólo si se dan determinados presupuestos tiene derecho a su revocación[4].

---

[1] KIPP *Derecho de sucesiones* v. I, al cuidado de ROCA SASTRE, Barcelona, 1951, 204, y del mismo autor y obra, 2 ed. al cuidado de PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, 368; BINDER, *Derecho de sucesiones*, traducido y anotado conforme al Derecho español por LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1953, 38.

[2] Según KIPP(ibídem) cabe distinguir las que regulan materialmente la permanecia del patrimonio, y disposiciones, actos de administración necesarios para la realización de lo deseos del testador en relación a la permanencia de su patrimonio.

[3] KIPP, ob. cit., 69.

[4] BINDER, ob. cit., 39.

Vamos a analizar en primer legar la perfección del pacto sucesorio y los requisitos que deben concurrir para su validez. Más adelante trataremos de la eficacia del mismo.

I. Otorgamiento.

427. **Partes otorgantes.-** Los otorgantes son el causante de la herencia y la parte que recibe la declaración, quien al aceptarla determina la vinculación del declarante; eventualmente puede aceptar anticipadamente la herencia o legado[5]. Es necesario que una de las partes sea siempre el causante[6]; en el derecho comparado no se admite el que dos personas contraten respecto a la herencia de un tercero, en vida de éste, por una doble razón: en primer lugar está considerando como inmoral y nulo de pleno derecho[7] y en segundo lugar no sería un negocio encuadrable entre los negocios por causa de muerte, sino un negocio inter-vivos que tiene como contenido la obligación de realizar una prestación[8]

La doctrina alemana admite que puede ser un negocio bilateral, unilateral o un contrato a favor de un tercero[9].

Será bilateral, cuando ambos otorgantes hagan disposiciones a causa de su muerte[10], debe entenderse que no tiene carácter bilateral el negocio por el hecho de que el instituido en el contrato sucesorio asuma obligaciones, por ejemplo la de sustentar al

[5]LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones I, Parte General, Sucesión voluntaria*, Barcelona, Bosch, 1971, 727.

[6]Según LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (ob. cit., 726), uno de los otorgantes dispone *mortis causa* de sus bienes.

[7]Según LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (ob. cit., 720), era conocido como *pactum corvinum*, pacto de los cuervos. aludiendo a la forma en que estos animales se reparten los despojos del muerto.

[8]BINDER, ob. cit., 132.

[9]BINDER, ob. cit., 134, n. 1 recoge referencia de autores que han estudiado este tema: HELLWING, 1. c, 608 y ss.: DERNBURG § 96; STROHAL I, 349.

[10]Según BINDER (ob. cit., 134), esta disposición por ambas partes es inesencial para el concepto de contrato sucesorio, como el que las disposiciones convenidas en él sean otorgadas precisamente en favor de la otra parte contratante; En BINDER (ob. cit., 135), comenta LACRUZ a la luz de texto codificado, y entiende que el heredamiento mutuo o agermanamiento es un contrato sucesorio bilateral, el heredamiento a favor de los hijos que se casan en el que concurre el instituido, que acepta, no sólo la declaración, sino la herencia futura y en el heredamiento a favor de los hijos nacederos no es un contrato a favor de tercero en el sentido de Derecho de obligaciones, pues el heredamiento no versa sobre una prestación en favor de otro.

causante en lo que le reste de vida. Según algunos autores será oneroso pero no bilateral[11].

Será unilateral cuando contenga la disposición sucesoria de una de las partes y la intervención de otra parte se limita simplemente a aceptar la declaración de voluntad y en ocasiones, manifieste su voluntad de obligarse a cumplir ciertas contraprestaciones. Esta disposición sucesoria podrá otorgarse a favor de un tercero, no siendo preciso que este concurra al contrato, bastando la presencia de cualquier sujeto capaz, como contraparte[12]. En este supuesto tal contrato hay que distinguirlo de los contratos entre vivos en favor de tercero, en los que el tercero es el destinatario de una prestación, mientras que el contrato o pacto sucesorio el tercero no recibe una prestación, sino que a la apertura de la sucesión tiene simplemente un derecho a la herencia, derecho en grado de expectativa[13].

A la luz de los textos legales que recogen los pactos sucesorios no puede desprenderse que necesariamente tenga que otorgarse entre personas que están unidas por vínculo de parentesco[14], sin embargo, históricamente y en las legislaciones forales se aprecia un marcado carácter familiar en esta institución, siendo frecuente el que se celebre entre padres e hijos y se formalice con motivo de las capitulaciones matrimoniales de los segundos. Entendemos que la existencia de una legítima a favor de los descendientes y la finalidad conservativa del patrimonio, a la que sirve esta institución, son determinantes de ello. El parentesto no constituye una exigencia legal.

428. **Capacidad de los otorgantes.-** La capacidad requerida en el disponente y el aceptante guarda correspondencia con el contenido de la declaración, en la que uno comparece para disponer de sus bienes, y otro para aceptar esta disposición y, con frecuencia, asumir una serie de obligaciones frente al primero[15]. Esta diferencia cualitativa de la declaración conlleva distinta exigencia en materia de capacidad.

[11]Opiniones recoge por KIPP, ob. cit., 208, n. 16.

[12]LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Elementos . Derecho de sucesiones* T. V, reimpresión 1990, 403; Según BINDER (*Derecho de sucesiones*, trad. LACRUZ, Madrid, 1953, 134), la regulación de esta institución en el BGB, permite que se incluya como pacto sucesorio el contrato en el que ambas partes efectúen, respectivamente, la disposición de su herencia, mas esto es inesencial para el concepto de pacto sucesorio como el que las disposiciones convenidas en él sean otorgadas en favor de la otra parte contratante, siendo posible como contrato unilateral y como contrato a favor de una tercero.

[13]BINDER, ob. cit., 134.

[14]En el Art. 67 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña, respetando la legitima de los descendientes no existe obstáculo para que pudiera ordenar una institución contractual de heredero a favor de parientes más lejanos o de extraños.

[15]LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Elementos . Derecho de sucesiones* ,T. V, reimpresión 1990, 403.

Al que dispone de sus bienes mediante pacto se le exige la capacidad para realizar actos de disposición[16], y no sólo la propia para testar, el segundo es suficiente, según opinión mayoritaria, que tenga capacidad general para obligarse.

Es decir, para otorgar una disposición contractual a causa de muerte se requiere, como regla general, la capacidad contractual. Al tratarse de una disposición sucesoria estará sujeta a las reglas y limitaciones del derecho sucesorio y es personalísima, no siendo admisible en principio suplemento alguno de capacidad[17].

Si el pacto se celebra entre los cónyuges en sus capitulaciones matrimoniales, cabe preguntarse si se le exige la capacidad general o la específica para otorgar capitulaciones El derecho alemán establece una excepción al principio general en materia de capacidad, entendiendo que es suficiente con la capacidad para otorgar capitulaciones. Esta excepción también se aplica tanto en el Código civil como en los derecho forales; en los heredamientos mutuos y en favor de los hijos necederos otorgados en capitulaciones matrimoniales, que, conforme la costumbre es suficiente la edad para capitular[18], Naturalmente esta excepción se refiere sólo a los esposos o cónyuges en contemplación a cuyo matrimonio se convienen las capitulaciones.

Puig Brutau entiende que la capacidad del aceptante no podrá juzgarse con arreglo al criterio amplio de los artículos relativos a las donaciones, pues en la aceptación contractual de una herencia siempre va implícito un elemento de onerosidad[19].

A este respecto, Kipp analiza lo que conlleva la aceptación, pues en su función vendrá dado el tipo de capacidades que se le exige al aceptante; manifiesta contra la opinión de algunos, que entienden que la aceptación grava al cootorgante, ya que el heredero responde de las obligaciones que pesan sobre el caudal relicto y el legatario puede ser gravado con otro legado o un modo, que esta concepción no es correcta,

---

[16]En aras a una protección rigurosa el BGB (§ 2.275 ap.1) no admite que el representante legal pueda otorgarlo por cuenta del incapaz de obrar o del que tiene la capacidad de obrar limitada. Este tampoco puede otorgarlo con el asentimiento de su representante legal.

[17]LACRUZ en BINDER, Derecho de Sucesiones, ob. cit., 136.

[18]Según BINDER (ob. cit., 134) el B.G.B. § 2.275, admite solamente una excepción a la regla general que exige la capacidad negocial para disponer por pacto sucesorio,la excepción es cuando el contrato se concluye entre cónyuges o entre prometidos en matrimonio, en cuyo caso pueden celebrar entre sí un contrato sucesorio, aunque el causante tenga la capacidad de obrar limitada, precisando en tal supuesto el asentimiento del representante legal, y si éste es un tutor tambien la aprobación del Tribunal de tutelas; Según PUIG FERRIOL (*Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* T. XXVII, vol. 2, 113) exige diferente capacidad en función de la clase de heredamiento, los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes siendo suficiente la capacidad para contraer matrimonio. Para los heredamientos a favor de los contrayentes o los mutuales exige la capacidad para contratar y obligarse.

[19]PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil* , T. V, v. III, Barcelona, 1988, 378.

porque la aceptación del contrato sucesorio no es aceptación de la herencia o del legado. Esta aceptación ni tan siquiera puede hacerse en contrato sucesorio[20].

La aceptación por parte del cootorgante puede consistir simplemente en recibir la declaración del causante. Jurícamente es posible que el que contrato con el causante no sea designado en forma alguna y haya sido simplemente requerido por dicho causante, como hombre de confianza, para otorgar cláusulas irrevocables[21].

Sin embargo, a continuación agrega Kipp, cuando el cootorgante con capacidad de obrar limitada, asume obligaciones en el contrato, necesita el asentimiento de su representante legal. Sería el caso, del cootorgante que es instituido heredero a cambio de la obligación de sustentar al causante. En consecuencia, según este autor, sólo se exigirá capacidad para obligarse cuando, adicionalmente a la aceptación de su condición de heredero, asuma unas obligaciones[22].

Sobre la capacidad exigida al aceptante, la regla que puede inducirse en las legislaciones forales es que tratándose del heredamiento a favor de los hijos que contraen matrimonio la aceptación no se limita al contrato, sino tambien a la herencia que se deferirá en el futuro a consecuencia del contrato mismo, con lo cual, aun en Aragón, donde la herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, la intervención del cocontratante es menos pasiva que en el Derecho alemán[23].

Esta diferencia tiene una explicación: en el derecho germánico la sucesión contractual tiene siempre efectos pospuestos a la muerte del instituyente, en tanto que en las regiones forales era costumbre el que la institución produjera ciertos efectos de presente, por otra parte siempre va acompañada del establecimiento de diversas obligaciones que debe asumir el instituido, de tal suerte, que por una u otra razón, la regla general obtenida inductivamente en materia de capacidad, es que ha de tener capacidad de obligarse. En los heredamientos se requiere la capacidad para aceptar herencias, con los complementos exigidos por la ley al que no posee capacida plena.

---

[20]Recoge KIPP, ob. cit., 214, n. 3.

[21]KIPP, ob. cit., 207; Según PALA MEDIANO, ("Los Señores mayores en la familia alto aragonesa", 2º semana de Derecho aragones, 143), la aceptación del sucesor y su colaboración y ayuda en la comunidad de vida con el instituyente, constituye una declaración de voluntad, no meramente recepticia, sino declarativa, que vincule no solamente la voluntad del instituyente, sino también la del propio heredero, de esta manera a la institución hereditaria contractual conocida de los pueblos germánicoa, se le añade la aceptación vincular del heredero.

[22]KIPP, ob. cit., 214.

[23]LACRUZ, en BINDER , *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., 136.

429. **Actuación personalísima.-** En el derecho germánico se requiere que el instituyente comparezca personalmente para el otorgamiento (§ 2.274 BGB). Nuestro código nada dispone al respecto y es lógico puesto que contiene la prohibición general de contratar sobre la herencia futura; en los casos en los que excepcionalmente se admite, dado el alcance sucesorio de la declaración, por analogía con el carácter personalísimo del testamento, se exije la actuación personal. Puede entenderse que si al testamento se le impone esta exigencia, con mayor razón a esta disposición *mortis causa* de naturaleza irrevocable.

Teniendo en cuenta que caben formalizarse las capitulaciones matrimoniales acudiendo a la representación voluntaria, la doctrina se cuestiona la necesidad del otorgamiento personal de la disposición por pacto[24], en derecho catalán mitiga el rigor de esta exigencia y admite la posibilidad de su otorgamiento, mediante poder especial[25].

A nuestro entender, en el fondo subyace una pugna entre principios que tratan de dar las máximas garantías a las declaraciones relevantes y singulares de la vida y por otra parte, el principio de libertad civil que predica una intervención mínima en el ámbito personal de los particulares. El equilibrio entre ambos principios adopta distintas respuestas.legales, fruto de una política legislativa que en buena lógica trata de recoger los valores enraizados en esa sociedad concreta.

430. **Otorgamiento en escritura pública.-** En los pactos sucesorios, tanto los supuestos que figuran en el Código civil[26], como en el derecho germánico y en las legislaciones forales, se exige forma pública; se trata de una exigencia*ad solemnitatem*, respondiendo con ello a las exigencias de fehaciencia de una disposición *mortis causa*, entendemos que la *ratio legis* del precepto es clara.

Teniendo en cuenta que en los sistemas que admiten el contrato o pacto sucesorio dejan constancia que éste puede pactarse con motivo del otorgamiento de capitulaciones

---

[24]CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral* , T. VI, v. 3, Madrid 1971, 287.

[25]Según PUIG FERRIOL (*Comentarios al Código civil y a alas compilaciones forales*. T. XXVII-v. 2, 113), el art. 63-1 de la Compilación establece que podrá otorgarse con poder especial, entendiendose que ese poder debe contener el texto del pacto sucesorio, de suerte que no podrá hablarse en rigor de representación del heredante sino de actuación de un "nuptius". Otra cuestión que plantea este autor y que la ley no resuelve es si afecta tanto a los heredantes como al favorecido.

[26]Según CASTAN TOBEÑAS (ob. cit., 288), reconoce que el inciso final del art. 827, que recoge la disposición de la mejora mediante contrato oneroso, junto a otras disposiciones que no son verdaderas sucesiones contractuales, serán los únicos supuestos en los que no se requiere el otorgamiento en escritura pública.

matrimoniales, en este caso es suficiente para el contrato sucesorio la forma prescrita para la capitulaciones[27].

Formalmente, el pacto sucesorio es más limitado que el testamento, no existen diversas formas, ni cabe el que sea ológrafo, ni ninguna clase de contrato sucesorio de formalidades atenuadas para casos de necesidad, ni ningun contrato sucesorio militar privilegiado[28].

La sanción de nulidad pesa en caso de incumplimiento de la forma[29].

II. Contenido del pacto sucesorio.

431. **Institución de heredero o legatario; cláusulas que le acompañan.-** El pacto puede contener:

1. Las disposiciones contractuales a causa de muerte. La institución de heredero o de legatario.

2. Otras disposiciones.

3. Contraprestaciones de la otra parte.

4. Combinación con un contrato matrimonial.

1. El contenido típico o nuclear del pacto institutorio o sucesión contractual, comprende las disposiciones por las que se regulan materialmente la permanencia del patrimonio tras la muerte del disponente, y así se recoge en las legislaciones que regulan los pactos sucesorios[30].

Tratándose de una disposición por causa de muerte ha de contener lógicamente instituciones de heredero, legados y cargas, es decir el mismo tipo de disposiciones que encontramos en un testamento, si bien con una particularidad, que siendo su otorgamiento por contrato o pacto son irrevocables[31].

---

[27]BGB. § 2276: "Para un contrato sucesorio entre cónyuges o entre prometidos, el cual en el mismo documento es unido a un contrato matrimonial, basta la forma prescrita para el contrato matrimonial".

[28]KIPP ob. cit., 216.

[29] KIPP, ibídem.

[30]Sobre este punto existe unanimidad en todos los sistemas que recogen esta institución.

[31]Según KIPP (ob. cit., 207), otras disposiciones que no sean las tres citadas no pueden otorgarse por medio de contrato(§ 2.278 ap. 2), pero pueden combinarse en el mismo acto con el contrato

2. Las disposiciones contractuales por causa de muerte suelen ir acompañadas de disposiciones sucesorias de ejecución, cuya tipología proviene del campo testamentario y por tanto encuadrable en las disposiciones de última voluntad, de lo que se deriva que estas disposiciones, como regla general son de carácter revocable[32].

No es preciso que todas las disposiciones que se otorgan en un contrato sucesorio sean consideradas como contractuales, de modo que para privarlas de eficacia sea preciso la supresión del contrato sucesorio. El determinar si una disposición pertenece al contenido contractual del contrato sucesorio,o no, es una cuestión de interpretación[33].

3. El tipo negocial del pacto sucesorio se singulariza en los textos legales por la circunstancia de que hace referencia expresa a la posibilidad de que se modalicen mediante la incorporación de condiciones, cargas, sustituciones, reversiones etc[34]., que a su vez, asumen los instituidos y de cuyo cumplimiento depende la suerte que ha de seguir la designación contractual. Las obligaciones que asume el instituido constituyen un límite a la liberalidad causada a su favor y su cumplimiento ha de resolversse atendiendo al Derecho de obligaciones, alguien promete una cantidad de dinero o se compromete a cuidar al causante.

Ciertamente, el hecho que se faculte a la modalización, no implica que el modo sea elemento natural a este tipo de disposiciones, lo que viene a indicar es que los pactos sucesorios son encuadrables entre los tipos negociales que no se presentan puros, que admiten una heterogenea variedad de elementos accidentales y pone de relieve la preocupación del legislador a la hora de dar pautas sobre el contenido del tipo negocial, dejando patente que, en el campo sucesorio, éste es un instrumento al servicio de la autonomía privada.

---

sucesorio como disposiciones testamentarias (2.299 e infra 39). El código alemán (§ 2278) circunscribe el ámbito del contrato sucesorio a la materia que hemos referido.

[32]En este sentido PUIG FERRIOL(*Comentarios* .., ob. cit., 116) añade que el nombramiento en heredamiento de un albacea o más, procede de la voluntad unilateral del causante, quien se limita a nombrar en heredamiento uno o más ejecutores testamentarios, pero no a convenir o acordar con ellos la ejecución de su última voluntad, lo cual, añade, no sería jurídicamente admisible por cuanto la Compilación no ofrece base alguna para estructurar el albaceazgo como una institución de base contractual...en consecuencia entiende que dicho nombramiento es revocable.

[33]LACRUZ BERDEJO, en BINDER, *Derecho de Sucesiones* ob. cit., 134.

[34]En el art. 68 del Código de las sucesiones por causa de muerte de Cataluña se detalla el tipo de disposiciones, obligacionales y testamentarias, que acompañan al heredamiento: "En los heredamientos podrán estipularse cualesquiera condiciones, limitaciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones lícitas, así como nombrar administradores y albaceas y confiar, en general, a otras personas toda clase de encargos o funciones con la misma amplitud que en los testamentos." .en términos semejantes se recoge en las restantes legislaciones forales

Si son constitutivas de una carga que le ha sido impuesta por el instituyente su incumplimiento faculta al instituyente a la resolución del pacto sucesorio[35].

4. Tanto históricamente como en las legislaciones actuales los pactos sucesorios se otorgan junto con las capitulaciones matrimoniales del elegido. En Cataluña necesariamente ha de hacerse en capitulaciones, en las demas legislaciones, tanto extranjeras como forales, no se excluye el que se recoja en otro tipo de escritura pública, si bien aparece más desarrollado normativamente el pacto otorgado a favor de los hijos que se casan y que se recoge en la escritura de capitulaciones.

III. Modalidades de pactos sucesorios.

432. **Criterios de clasificación.-** Los pactos sucesorios se clasifican:

1) Atendidendo a su contenido:

a) Pactos sucesorios simples o de herencia y pactos sucesorios con donación inter-vivos o heredamiento cumulativo complejo y mixto.

b) Pactos sucesorio a título universal y a título particular.

c) Pactos sucesorios institutorios y pactos renunciativos.

2) Atendiendo a la persona del instituido:

a) Pactos a favor de los contrayentes .

b) Pactos a favor de los hijos de los contrayentes

a´) Heredamientos puros de institución.

b´) Heredamientos puros de prelación (o preventivos).

c´) Heredamiento preventivo.

c) Heredamientos mutuales.

3) Atendiendo al tiempo en que producen sus efectos.

---

[35]El B.G. B. § 2.295 se recoge: "El causante puede resolver una disposición contractual si dicha disposición se ha adoptado en consideración a una obligación del designado derivada de negocio jurídico de hacer al causante por el tiempo de su vida prestaciones reiteradas, en especial prestar alimentos, y dicha obligación es invalidada antes de la muerte del causante".

a) Pacto sucesorio con eficacia post-mortem.

b) Pacto sucesorio con eficacia inter-vivos.

IV. Eficacia del pacto sucesorio.

433. **Eficacia del pacto sucesorio y el ejercicio de la libertad civil.-** Tratándose de un pacto que recoge la disposición por causa de muerte del declarante, por definición, su eficacia ha de tener lugar a su muerte . Partiendo de que esta es la regla, desde el punto de vista jurídico-dogmático, las restantes consecuencias son una derivación de la misma. El trazado general de la figura respondería a este seguimiento.

El BGB. lo regula partiendo de esta premisa, es decir presenta en puridad principial los efectos del pacto sucesorio.

Las legislaciones forales recogen de forma realzada otras modalidades de pacto, en las que algunos de sus efectos se producen en vida del instituyente; estas modalidades, que cobraron auge en el Derecho histórico, han sido tenidas en cuenta por el legislador, quien regula sus efectos de forma minuciosa, en detrimento, en ocasiones, de su exposición en figuras puras.

Tenemos que poner de relieve que nos encontramos ante una institución que sirve como instrumento en el ejercicio de la libertad de disponer y en aras a este ejercicio, asimismo por definición, lleva al titular a vincularse a su propia declaración sucesoria; es decir en aras a su libertad de disponer, le lleva a despojarse de ella, de forma irrevocable.

Si la base principial de la institución es ésta, resulta coherente, que en el plano de su eficacia, sin desnaturalizar la esencia de su carácter sucesorio, el disponente pueda incorporar cláusulas modalizadoras de la declaración de voluntad, con el propósito de configurar a su conveniencia su eficacia; en determinados casos la modalización consistirá en que tengan lugar algunos efectos en vida.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, vamos a presentar los efectos del pacto sucesorio arquetipo y como una modalidad específica, el pacto sucesorio institutorio con eficacia de presente, modalidad que se emplea con frecuencia en lo pactos otorgados por los padres a favor de los hijos que contraen matrimonio y que se recoge en sus capitulaciones matrimoniales.

En orden a la eficacia, destacaremos en la figura arquetipo, por una parte el efecto vinculante de la voluntad del disponente, en el *tempo medio* hasta la apertura de la sucesión y su eficacia plena *mortis causa*, una vez abierta ésta, y desarrollaremos la

modalidad con eficacia de presente, en el pacto sucesorio a favor de los hijos contrayentes.

434. **Modalidades de pacto y fases.-** Al examinar la eficacia del pacto, vamos a fijarnos en cada una de las modalidades y en las distintas fases por las que atraviesa:

A. Antes de la apertura de la sucesión.

I. En la esfera del instituyente.

1. Efecto sobre disposiciones de última voluntad previas.

2. Efecto sobre disposiciones de última voluntad posteriores.

3. Efecto sobre disposiciones inter-vivos del causante.

4. Otros efectos.

II. En la esfera del instituido.

B. Efectos en el momento de la apertura de la sucesión.

V. *Eficacia de pacto sucesorio post-mortem.*

435. **Eficacia revocatoria** .- Este tipo de pacto es el que aparece recogido en el BGB y es una de la modalidades que tienen lugar en las legislaciones forales[36]. Las reglas fundamentales del efecto vinculativo:

Antes de la apertura de la sucesión: El declarante queda vinculado por su declaración *mortis causa* al ser aceptada por la otra parte. De la naturaleza contractual o pactada de su otorgamiento se deriva su carácter irrevocable. De este carácter puramente

[36]El BGB y el Código civil sólo reconoce este tipo de pacto sucesorio. Bajo distintas denominaciones se reconoce en los sistemas forales: heredamiento o pacto sucesorio simple o de herencia, heredamiento a favor de los hijos nacederos, heredamiento mutual y pacto sucesorio genérico con *eficacia post- mortem* .

de Derecho sucesorio resulta, ante todo, que la vinculación del causante tiene sólo trascendencia de Derecho sucesorio[37].

1 Como consecuencia de su carácter sucesorio, dá lugar a la revocación de las disposiciones mortis causa anteriores.

Si las disposiciones contenidas en el pacto son meramente complementarias del testamento anterior, ya por estipularse su validez en lo que no sea incompatible con el contrato, la revocación o el mantenimiento de las singulares disposiciones testamentarias habrá de juzgarse en cuanto afecte a lo pactado, no según la voluntad del tetador, sino la voluntad de los contratantes y cuando le precede un testamento mancomunado, los efectos de aquel dependen[38].

436. **La vinculación del causante.-** En el ámbito de las disposiciones sucesorias ulteriores conlleva los siguiente efectos:

1. Preside la regla que mediante el contrato sucesorio. el otorgante renuncia a la facultad de adoptar disposiciones por causa de muerte que perjudiquen el derecho del designado contractualmente[39].

2. Como consecuencia de su carácter sucesorio e irrevocable dá lugar a que una ulterior disposición de última voluntad o disposición contractual por causa de muerte, sea ineficaz, siempre y cuando verse sobre idéntico objeto[40].

3. Tratándose de una declaración irrevocable no cabe su modificación salvo que mediara acuerdo entre ambas partes.

4. Confiere al instituido el título de heredero contractual irrevocable. El título es inembargable e imprescriptible, presentando su situación cierto paralelismo con la figura

---

[37]Añade BINDER (ob. cit., 140) que, el causante, ni está obligado a omitir disposiciones que se encuentren en contradicción con el pacto sucesorio, ni se encuentra limitado por el contrato en el poder de disposición inter-vivos sobre su patrimonio.

[38]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., 727.

[39] KIPP, ob. cit., 224.

[40]Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, (*Derecho de Sucesiones* ob. cit., ed. 1971, 728), el causante no puede aminorar o suprimir unilateralmente el derecho del heredero contractual, por medio de ulteriores disposiciones *mortis causa*, y por consiguiente, serán nulos la institución de heredero o el legado en cuanto estén en contradicción con aquel derecho; ROCA SASTRE ("Sucesión contractual..", ob. cit., 365), no cabe instituir nuevo heredero por contrato o testamento. Si lo hiciere e causante, esa nueva institución quedará inoperante menos en la parte en la que pueda referirse a bienes sobre los cuales, en su caso , se ha reservado disponer.

del *rex designatus* del Derecho franco de los siglos XI y XII o a la del Obispo coadjutor con derecho de sucesión en Derecho canónico[41].

Tratandose del pacto otorgado a favor de los contrayentes se reconoce legalmente la transmisión a la descendencia.del pacto sucesorio. Se establece con carácter de norma dispositiva, que si premuriere el instituido dejando descendencia, el derecho se transmitirá a esta, la naturaleza de este derecho de transmisión se desarrollará más adelante[42].

Incide en la libertad de disposición inter-vivos en los siguientes términos:

1) Respecto a los actos de disposición a título oneroso, la regla general es la permisiva. El disponente, al conservar la titularidad de los bienes hasta su muerte goza de la facultad de disposición inter-vivos de los mismos, siendo totalmente lícito su ejercicio siempre y cuando no se produzca colisión entre dicha disposición y el contenido del pacto sucesorio: "por el contrato sucesorio no se limita el derecho del causante a disponer de su patrimonio por negocio jurídico entre vivos"[43].

El art. 79 del Código de sucesiones catalán establece un límite a la capacidad de disposición a título oneroso estableciendo que serán anulables cuando sean otorgados en fraude del heredamiento[44].

La doctrina clásica seguida por el Tribunal Supremo era que el instituyente puede enajenar, pero siempre que no exista simulación o fraude[45].

---

[41]PALA MEDIANO, "Los Señores mayores en la familia altoaragonesa" en Segunda Semana del Derecho aragonés, Jaca 1943, 156-157.

[42] Según ROCA SASTRE ("Sucesión contractual, ob. cit., ob. cit. 368"), entiende que aún en el supuesto de pacto sucesorio condicional hay vinculación simultánea y en un mismo plano.

[43]Así figura recogido en el B.G.B. § 2.286; Por el contrario en los textos legales de las distintas legislaciones forales la facultad de disposición aparece recogida de forma indirecta, de tal modo que llegamos a la regla interpretando el precepto "a sensu contrario", puesto que se indica qué tipo de disposiciones no podrá hacer el instituyente. Según KIPP (ob. cit., 1 ed. 222), el sistema germánico no recoge la prohibición legal de dichas disposiciones sino que concede una acción al instituido para el supuesto de donación por parte del isntituyente con intención de perjudicar.

[44]Según RIVAS MARTINEZ (*Derecho de sucesiones común y foral* T. II, 1011), al comentar los pactos sucesorios de la legislación de Ibiza y Formentera, modificados por Ley 28 Junio 1990, se preveía la posibilidad de protección para los terceros adquirentes si adquieren a título oneroso y de buena fé, hoy la Compilación nada dice, pero se entiende que esta solución se mantiene. Se presumirá fraudulenta la conducta del instituyente, cuando hubiese pronunciado sentencia condenatoria o se hubiere expedido mandamiento de embargo, cuando el tercero fuere cómplice, teniendo un plazo para ejercitar la acción de 4 años en cualquier instancia

[45]ROCA SASTRE, "La sucesión contractual", ob. cit., 366.

Para que prospere la impugnación habrá que probar que hubo abuso de Derecho, con ánimo de defraudar al instituido[46].

Serán anulables los actos de disposición hechos en fraude, siendo ejercitable la acción de fraude o simulación por el heredero o el que lo sea de éste en vida del causante[47].

2. Respecto a las disposiciones a título gratuito el instituyente no podrá realizarlas en perjuicio del derecho contractual. La fijación del ámbito en el que se aplica la excepción difiere en unos sistemas respecto a otros, así el derecho alemán lo circunscribe a las donaciones hechas por el instituyente con intención de perjudicar[48], mientras que en algunos sistemas forales se amplía a todos los actos de disposición a título gratuito, por entender que sería incongruente el que la ley permitiera hacer uso sin cortapisas de esta facultad de libre disposición, hasta el punto de privar al heredero contractual de toda participación económina en los bienes[49].

Ahora bién, siendo el pacto sucesorio un negocio de mera liberalidad, que en ocasiones tiene por objeto la totalidad de la herencia de una persona, será frecuente el que se incorporen cláusulas modalizadoras a fin de atender las necesidades del instituyente e instituido. Conscientes de este sentir y respondiendo a lo que tradicionalmente se estipulaba para atender estas necesidades, la Compilación catalana en la redacción anterior a 1984 presumía la existencia de unidad económica familiar, precepto que ha sido

[46]ROCA SASTRE, ob. cit., 367.

[47]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., *Derecho de Sucesiones* , ed 1971, 737; Comp. C. 79.

[48]El B.G.B. § 2.287 recoge la excepción: "Si con la intención de perjudicar al heredero contractual ha hecho el causante una donación, dicho heredero contractual, después de que le esté deferida la herencia, puede exigir del donatario la restitución de lo donado según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto". El precepto tiene un campo limitado de aplicación y a su vez tiene una dificultad de prueba . Sobre cuando se entiende que hay intención de perjudicar, la corriente actual a partir de la Sent del Tribunal Federal a partir de 1972 (BGHZ 59.343 del 5-7-1972), ha dado una aplicación generosa del § 2287 B.G.B., entendiendo que debe ajustarse a la finalidad del precepto: proteger al heredero contractual contra el abuso de la facultad concedida en el § 2286 BGB. Cuando no se conoce ningún interés vitalicio propio del causante, sino que más bien resulta claro que la disposición se orienta a que en lugar del heredero contractual sea otra persona la que obtenga lo sustancial de su patrimonio sin compensación adecuada, la aplicación del precepto no debería ser dudosa. Especialmente según el parecer del tribunal, la aplicación no hace depender de si el motivo preponderante ha sido la intención de favorecer al donatario o la intención de perjudicar al heredero contractual. En la práctica ambas intenciones están casi siempre inseparablemente unidas".

[49]Desarrolla PUIG FERRIOL (*Comentarios al Código civil* , ob. cit., 192),el contenido de esta prohibición y la excepción para hacer regalo módicos y para dotar y acomodar a los restantes hijos.

modificado en el sentido que ahora establece la consecuencias en el caso de que se pacte unidad económica[50].

437. **Efectos a la apertura de la sucesión.**- 1. La posición jurídica del instituído es la de un heredero efectivo, normal o corriente. Ha variado el procediminto por el que ha sido nombrado el heredero; pero una vez fallecido el causante se trata de un herdero normal como cualquier otro. No hay diferencia en cuanto a la *successio* o *subrogatio* del heredero en la misma posición jurídica del causante; pero, en lugar de un testamento, media un pacto[51].

2. La doctrina se divide al analizar si ha de aceptar ahora, y si cabe la repudiación de la herencia o si la puede aceptar a beneficio de inventario. La respuesta vendrá condicionada, fundamentalmente, en función de quién aceptó el pacto[52], por el tenor literal de la aceptación en concreto y por el contenido de las cláusulas que le acompañan[53].

En los pactos que reconoce el Código civil, el heredero aceptará la herencia en el momento de la apertura. Acertadamente indica Lacruz que no debe seguirse con un cierto mimetismo a los Derechos forales, y entender que al concluir el contrato, implícitamente aceptó la herencia, pues a falta de norma en el Cc., que así lo imponga debe rechazarse esta conclusión[54].

3. En los derechos forales, en base a las circunstancias apuntadas[55], se entiende que la aceptación tiene lugar en el momento de la designación, por lo que no cabe la

[50]Art. 75 del Código de sucesiones establece que no se obliga a compartir un hogar, que podrán ser otorgados bajo pacto de unidad económica familiar.

[51]ROCA SASTRE, "Sucesión contractual", ob. cit., 369.

[52]Según KIPP (ob. cit., 206), en el BGB se establece que puede ser un tercero quien recibe la declaración de voluntad determinando con ello el carácter irrevocable; En los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes, art. 90 a 98 del Código de sucesiones catalán también puede ser un tercero quien recibe la declaración de voluntad.

[53]Existe notoria diferencia entre el valor de la aceptación en el BGB. y en los sistemas forales. Según KIPP, (ob. cit., 206)la herencia se acepta en el momento de la muerte del causante, mientras que en el momento del otorgamiento del contrato se aceptó la condición de heredero.

[54]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, ed. 1971, ob. cit., 728.

[55]Es frecuente que sea el propio instituido quien acepte. La fórmula empleada en la acepción es: "el heredero acepta agradecido la anterior institución" y va acompañada de acuerdos que encierran onerosidad del pacto. En este mismo sentido CRISTOBAL MONTES ob. cit., 167.

repudiación de la herencia, entendiéndose, en todo caso, que siendo la renuncia un acto unilateral, resultaría insuficiente para modificar el contenido del pacto[56].

4. Sobre si cabe la aceptación a beneficio de inventario, predominando la respuesta afirmativa. Las razones en las que se apoya esta respuesta legal son: En primer lugar, es discutible y -discutido- el principio de la responsabilidad "ultra vires" del heredero, tanto el C.c. en su Art. 1010-1 como en los Arts. 16 ss. del Código de sucesiones catalán, por lo que es regla general que en todo tipo de heredamiento se admita la aceptación a beneficio de inventario.

5. En cuanto a la responsabilidad del heredero por deudas del causante, teniendo en cuenta el carácter de heredero universal, asumirá la responsabilidad *ultra-vires* . Cabe la modificación de la aceptación incorporando el beneficio de inventario, puesto que el día que aceptó desconocía cual era el contenido de la herencia, conocimiento que sólo adquirirá al tiempo de la muerte, siendo lógico que entonces pueda optar por el beneficio de inventario[57].

VI. Pacto sucesorio con eficacia de presente.

438. **Efectos adicionales en vida.-** Esta modalidad de pacto sucesorio no figura reconocido en el Código Alemán ni en el español. Es una modalidad propia de la regiones forales[58].

Además de los efectos sucesorios propios del pacto simple, se producen otros efectos en vida. En Cataluña el heredamiento mixto y cumulativo, que es el que produce efectos en vida, ha sido considerado por un sector de la doctrina como una figura que encierra dos negocios jurídicos, consistente en una donación universal de los bienes presentes -o una donación singular si se trata de heredamiento mixto-y un heredamiento simple con respecto a los bienes futuros[59].

---

[56]CRISTOBAL MONTES. "La sucesión contractual", 53.

[57]ROCA SASTRE "Sucesión contractual", ob. cit., 370; Según PUIG FERRIOL, (*Comentarios al Código civil* T. XXVII-2, 172), el heredero contractual una vez abierta la sucesión podrá aceptar la herencia a beneficio de inventario cumpliendo unas formalidades y plazos. Estableciéndose esta posibilidadcon caracter legal en el art. 76 del Código sucesorio.

[58]Art. 74 Derecho civil País Vasco; Art. 100 Comp. Aragón; Art. 84 del Código sucesorio catalán; Ley 177 Comp. Navarra.

[59]Para PUIG FERRIOL (ob. cit., 231) es violentar la voluntad de los otorgantes el querer convertir esta característica accesoria en un negocio jurídico independiente.

Transmitirá a sus sucesores legales o voluntarios los bienes adquiridos de presente por el heredamiento cumulativo o mixto, salvo pacto reversional. Si el heredante quiere evitar tal sucesión a favor de los sucesores del heredero contractual que no sean sus descendientes, puede prevenirlo estableciendo el correspondiente pacto reversional[60].

A. Antes de la apertura de la sucesión .

I.- En cuanto a la vinculación del causante y la disponibilidad *mortis- causa*, son idénticos los efectos al pacto sucesorio con eficacia *post-mortem.*

II.- Las disposiciones *inter-vivos*:

1. El instituyente transmite al instituido los bienes presentes, por lo que pierde la titularidad de los mismos y el *ius disponendi* pasa al instituido. Esta titularidad la recibe con las limitaciones pactadas.

2. En base a estas limitaciones que le son impuestas al instituido es frecuente que se requiere la disposición conjunta[61], sería el caso cuando se haya pactado unidad familiar[62]. Esta respuesta se encuentra armonizada con el fundamento de la institución que busca la indivisión del patrimonio.

III.- Derechos y deberes del instituido:

1. Pasa la titularidad de los bienes presentes al instituido, comúnmente en nuda propiedad[63], en tanto que en el resto queda designado heredero.

---

[60]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código civil* y a las Compilaciones forales, ob. cit., 235.

[61]Según CRISTOBAL MONTES (ob. cit., 56) en el nombramiento de heredero para después de los días el dominio está mediatizado (ya que no dividido o compartido), "aquí nos encontramos ante la misma situación, aunque resulte invertido el juego de los factores personales involucrados, en cuanto que el objetivo supremo de mantenimiento del patrimonio en el seno de la familia continúa siendo el mismo que en el nombramiento con eficacia de presente".

[62]Art. 75 del Código sucesorio, el Art. 102 de la Compilación aragonesa, establece el consentimiento conjunto cuando se pacta el nombramiento en consideración a la conservación del patrimonio familiar; Según CRISTOBAL MONTES, (*La sucesión contractual* ob. cit., 56), se observa un dominio mediatizado semejante al que existía en la disposición post-mortem , tratando de mantener la integridad de la casa .

[63]Art. 84 del Código sucesorio catalán. Los bienes presentes pasan a la titularidad del instituido , y respecto a los futuros adquiere la cualidad de sucesor.

2. La premoriencia del instituido determina que los bienes que le han sido transmitidos de presente pasan a sus herederos. Respecto a los restantes bienes en los que ha sido instituido heredero, sólo transmitirá a sus descendientes dicha cualidad[64].

3. Por premoriencia de uno de los instituidos, en virtud del pacto tácito, se entiende que el supérstite goza de usufructo vidual[65].

4. La reserva para dotar y acomodar a los restantes hijos se entiende tácitamente acordada, a no ser que para tal fin hubiere establecido expresamente la reserva de bienes[66].

439. **Efectos a la apertura de la sucesión.-** 1. Cabe hacer uso del beneficio de inventario[67].

2. No queda sin efecto el pacto por preterición o superveniencia de hijos[68].

3. Respecto a las deudas, se sigue un tratamiento diferente, en función de si éstas son anteriores o posteriores al heredamiento[69].

4. Los bienes futuros se adquieren en el momento de la muerte del causante[70], si bien no es una respuesta unánime[71].

---

[64]Art. 84 del Código catalán. Ciertamente existe una diferencia sustancial con respecto al heredamiento simple, puesto que en aquél se transmite simplemente la cualidad de heredero. Ley 180 Fuero Nuevo de Navarra.

[65]Art. 74 Código catalán.

[66]Art. 81 Código catalán; Art. 102-dos Compilación aragonesa establece que no requiere consentimiento del instituido para que el instituyente asigne dote y legítimas a los restantes hijos al haber y poder de la casa.

[67]Art. 76 del Código catalán.

[68]Art. 70-2 del Código catalán.

[69]Art. 86 del Código catalán.

[70]Art. 84 Código catalán. Entendemos que los pactos sucesorios con eficacia de presente, en que se dispone de los bienes que existen por una parte, y se instituye sucesor en los restantes, no existe duda que respecto a estos últimos entrarán en el patrimonio del instituido en el momento de la muerte del instituyente. El problema se plantea con las donaciones de bienes presentes y futuros, típicas en el derecho mallorquín y en Navarra, si los bienes pasan a medida que van llegando al patrimonio del instituyente o si por el contrairo lo hacen al tiempo de su muerte. Más adelante se profundizará sobre el tema.

[71]LACRUZ BERDEJO (ob. cit., ed. 1971, 732), presenta las tres directrices doctrinales al respecto:

1. La de actuación intermitente, es decir que entran al patrimonio del instituido conforme van llegando (Hiernes); 2. los bienes presentes pasan en el momento del otorgamiento, en tanto que los futuros al tiempo de la muerte del donante; 3. Deberá atenerse en cada caso a lo pactado y en defecto tendrá lugar en el momento de la muerte del donante, criterio que se sigue en la Compilación Aragonesa Art. 101.

5. El pacto reversional determinará que retornen al heredante los bienes que de presente fueron transmitidos, se entenderá que tiene lugar en el supuesto de premoriencia del instituido sin que dejare descendencia[72].

VII. La revocación y extinción del pacto.

440. **Causas de revocación y extinción de los pactos sucesorios.-** 1. Por haber incurrido el legitimario instituido en causas de indignidad o deshedación[73].

2. Por incumplimiento grave de las condiciones o cargas que le han sido impuestas[74].

3. Por muerte del instituido sin descendencia[75].

4. Los efectos de la revocación, resolución o nulidad, llevan aparejada la de aquellas instituciones o disposiciones que se hallen recíprocamente condicionadas con ella[76].

441. **La interpretación y modificación del pacto.-** 1 Se aplicarán las normas contractuales o sucesorias en virtud de la naturaleza del pacto que se interprete[77].

2 Las estipulaciones contractuales sólo pueden modificarse o revocarse mediante acuerdo entre las mismas personas que lo otorgaron[78].

---

[72]Art. 87, 88 y 89 del Código catalán.

[73]Art. 103- dos Compilación aragonesa . Art. 77 Código catalán.

[74]Art. 103- 3 Compilación aragonesa. Ley 119 del Fuero Nuevo de Navarra.

[75]Arts. 87 a 89 Código catalán. Ley 180 del Fuero Nuevo de Navarra .

[76]Art. 104 Compilación de Aragón.

[77]Art. 107 Compilación de Aragón; Ley 182 del Fuero Nuevo de Navarra.

[78]Art. 103-1 Compilación aragonesa.

VIII. Naturaleza jurídica.

442. **Características.**- A la hora de fijar los caracteres del pacto sucesorio, vamos a servirnos tanto de los que refiere la doctrina alemana como la de algunos sistemas forales, en los que se ha elaborado una construcción jurídica del pacto sucesorio.

Entendemos que, a excepción de estos sistemas, la institución no ha sido suficientemente analizada y estructurada desde el punto de vista conceptual, pudiendo deberse a las siguientes causas:

1. La prohibición de los pactos en el Código civil determinó su desconocimiento y por otra parte, obligó en los sistemas forales que los reconocían, a acudir subreticiamente a otras figuras.

2. En general, la regulación legal que de la institución se ha hecho, adolece de un excesivo apego a las tradicionales figuras, en detrimento de una formulación como institución tipificada del ámbito sucesorio.

3. La acción absorbente que ejerce la disposición testamentaria sobre todo el ámbito sucesorio, determina que no se haya erradicado el considerar que estamos ante una institución híbrida que participa del carácter de las disposiciones inter-vivos y mortis causa[79], y en su lugar, se haya entendido que nos encontramos ante un modo diverso de disposición sucesoria que actúa en paridad con el testamentario.

Entendemos que para determinar el perfil de esta institución, *ab initio* , es necesario diferenciar dentro del campo sucesorio, los negocios por causa de muerte y los negocios de última voluntad[80]. Con ello se reconduce el modo testamentario al campo de las disposiciones unilaterales que denominamos de última voluntad y en consecuencia revocables, quedando abierto los negocios por causa de muerte a las disposiciones bilaterales o pactadas y en consecuencia irrevocables.

Sabiendo que nos encontramos estrictamente en el campo sucesorio, pero fuera del campo testamentario, los pactos sucesorios presentan los siguientes caracteres:

---

[79]Según PUIG FERRIOL("Heredamiento : Función. Heredamiento a favor de los contrayentes: Heredamiento simple. Facultades del Heredante en el heredamiento simple. Sentencia 1 Julio 1970", RJC. Año LXX- Núm. 1 Enero- Marzo 1971, 362) la naturaleza mixta -*inter-vivos* y *mortis causa* - se deriva porque la doctrina y la jurisprudencia entienden que en el campo sucesorio se dispone mediante actos unilaterales y el heredamiento es bilateral o plurilateral.

[80]KIPP, *Derecho de sucesiones* , v.I, 66.

1. Mediante el contrato o pacto sucesorio se instituye heredero o se dispone de un legado[81], con la particularidad que dichas disposiciones tienen el mismo carácter jurídico que si hubieran sido otorgadas por medio de un negocio de última voluntad[82]. No crea vínculo obligacional al instituyente, en el sentido de sentirse obligado a mantener las disposiciones celebradas a causa de muerte, sino que su capacidad de testar queda suprimida o limitada[83].

2. En el contrato sucesorio, el causante sobre cuya herencia se contrata es parte en el mismo[84], esta institución no recoge la contratación sobre la herencia de un tercero, en vida de éste. La disposición es mediante pacto, lo que determina la exigencia de capacidad negocial en el causante..La disposición sucesoria es unilateral, será bilateral si ambas partes disponen de su herencia y cabe el que sea a favor de tercero.

3. Se conviene con la otra parte, que acepta, vinculando a ambas partes esta aceptación[85]. En ocasiones la otra parte contratante es el propio beneficiario, pero cabe asimismo que sea un tercero que no sea designado en forma alguna y haya sido requerido para otorgar una cláusula irrevocable[86].

4. Derivado de este carácter pactado la disposición es irrevocable unilateralmente[87], determinando la revocación de las disposiciones sucesorias anteriores y su inmodificabilidad mediante disposiciones unilaterales ulteriores.

5. La gratuidad no es una de las notas distintivas del tipo[88].

---

[81]Según KIPP (*Derecho de sucesiones* n. 3, 205) recoge el criterio de FRANZ LEONHAR, quien acentúa la expresión contrato sucesorio, en su doble sentido: primero, en el sentido del acto de derecho sucesorio que puede contener cláusulas tanto obligatorias como revocables y por otra parte cláusulas vinculadoras Estas sólo pueden ser adoptadas en un contrato sucesorio válido, pero no es necesario que el contrato sucesorio las contenga.

[82]Añade BINDER (ob. cit., 140) con la particularidad de que la vinculación del causante se produce mediante contrato y con respecto a la impugnabilidad, en el caso del contrato ésta puede hacerse por el propio causante, en tanto que la disposicones testamentaria no sería la impugnación sino en todo caso la revocación del mismo.

[83]BINDER, ob. cit.,132.

[84]BINDER, ob. cit., 134.

[85]BINDER, ibídem.

[86]Según BINDER (ibídem) es inesencial en el contrato sucesorio el que las disposiciones sean a favor de la otra parte contratante.

[87]KIPP, ob. cit., 206.

[88]BINDER, ibídem, 133.

6. Puede combinarse con otro contrato en el mismo instrumento, siendo frecuente el que sea con un contrato matrimonial, contrato de alimentos o renuncia de la herencia [89], también puede contener disposiciones adicionales de última voluntad.

443. **Criterios que sigue la doctrina**.- No existe unanimidad en la doctrina a la hora de calificar su naturaleza jurídica. Fundamentalmente se siguen las siguientes orientaciones :

1. El pacto sucesorio como una donación. En tal sentido es conocida la definición de Fontanella[90]:*"Donatio inter vivos quae fit in pactis nuptialibus quia per eam censetur donator prevenisse diem supremi iudicii"* Brocá considera como una donación de la herencia en capitulaciones matrimoniales[91] y Sánchez Román pone de relieve su carácter de donación causal que se realiza en razón al matrimonio que van a celebrar los hijos. Esta apreciación que tuvo auge en el pasado[92], ha ejercido su influencia hasta tiempo reciente en los sistemas forales.

En los sistemas de corte romano se acude a la figura donacional con el propósito de eludir las prohibiciones existentes. Mediante la celebración de donaciones universales, el donatario de todos los bienes presentes y futuros no es tenido por heredero, sino por donatario o sucesor particular.

2. En Cataluña, donde alcanzó auge el heredamiento, fué decisivo para su configuración como institución de heredero, la modificación que experimentó el sistema legitimario en el año 1585[93]. Con esta innovación el legitimario deja de ser heredero, y dá paso a que el donatario de los bienes pueda serlo en calidad de heredero. A esto se une el que sea doctrina generalizada que los diferentes derechos forales pueden contradecir las disposiciones del "ius comune".

---

[89]BGB § 2.276-2 .

[90]FONTANELLA, *De pactis nuptialibus*, cláusula IV, glosa 6, núm. 3.

[91]BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposiciópn de las instiuciones del Derecho civil del mismo territorio, en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia* , Barcelona Generalitat de Catalunya,1985, T. I, 700.

[92]Calificación que aflora en el capítulo CXIV del proyecto de Apéndice de Durán y Bas y art. 114 del Proyecto de Apéndice de 1930.

[93]ver Libro VI, Título V, 2º del volumen 1º de las *Constitucions i altres drets dem Cathalunya* que reduce la cuantía de la legítima a la cuarta parte del valor de la herencia, con la posibilidad , además , de poder pagar el heredero las legítimas en dinero.

Roca Sastre[94] critica la calificación donacional del heredamiento, alegando que la donación es un acto de adquisisición de bienes que no produce en ningún caso el fenómeno de la subrogación o continuación en la posición jurídica del *"de cuius"*, ni aún en el caso de donación de bienes futuros, la donación como el legado, sólo pueden provocar una *adquisitio* aunque la donación sea universal. Los juristas romanos nunca vieron una sucesión, en el propio sentido de la palabra, en la *donatio omnium bonorum* o universal, porque la institución de heredero exigía una manifestación formal y solemne, o sea, una cláusula de explícita designación.

Tampoco es una donación de herencia, ya que la herencia, en todo caso, se deja, no se dona. La causa jurídica de toda donación es el espíritu de liberalidad, pero esto no ocurre en el heredamiento, ya que el heredante no se empobrece, pues en vida no disminuye su activo.

Acreditado el carácter de institución de heredero, su otorgamiento dará lugar a que se le confiera el título de heredero, del mismo modo que si estuviese instituido en testamento y que determine la revocación del testamento anterior cuando exista contradicción entre sus respectivas disposiciones. Sólo cambia la forma de verificar la designación.

En Aragón Gil Berges pone de relieve, en la Exposición de motivos del Proyecto de Apéndice de 1904, que se consideraba como institución de heredero la tradicional disposición contractual de la sucesión, enraizada en ciertas regiones de Aragón[95].

3. El contrato sucesorio como categoría testamentaria de carácter irrevocable. A causa del parentesco con el testamento, por ser ambos negocios a causa de muerte y sirviendo por tanto para regular las relaciones jurídicas de un causante para después de sus días, ha determinado que muchos juristas alemanes trataran de aproximar las figuras del Derecho común al Derecho romano y fundar aquellas en éste, conceptuando ambos negocios jurídicos como clases especiales de una misma institución; para el pandectista Hartman el contrato sucesorio era un testamento en el cual se renunciaba a la facultad de revocarlo[96].

Es lógicamente insostenible esta calificación. Sería imaginable la combinación de una disposición revocable por naturaleza, con un contrato en el que se asumiera la obligación de no revocar. Pero la doctrina que impugnamos no considera el contrato sucesorio como un testamento que el testador se ha obligado a no revocar, sino como un

---

[94]ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario,* Barcelona , Bosch, 1948, 114.

[95]CRISTOBAL MONTES, *La sucesión contractual aragonesa*. Comentarios, Zaragoza, 1978, 20.

[96]BINDER, ob. cit., 131.

testamento de tal clase que, mediante adicionar la renuncia a la revocación, se transforma en irrevocable. Es decir, que sería simultáneo el otorgamiento de una disposición revocable y la declaración de que es irrevocable, lo cual entraña una contradicción intrinseca[97].

4. El contrato sucesorio es un contrato unitario[98] . No es un contrato obligacional, ni real, ni es un testamento con renuncia del derecho a revocarlo, sino un negocio por causa de muerte, encuadrable dentro de los negocios por causa de muerte[99].

Es un contrato unilateral si contiene la institución sucesoria de una de las partes. Puede igualmente concluirse un contrato sucesorio bilateral, en el que cada una de las partes contratantes otorga disposiciones a causa de muerte, mas esto es inesencial para el concepto de contrato sucesorio[100].

El cootorgante se limita a aceptar el contrato, puede que no sea el instituido y asimismo cabe que asuma obligaciones, que estarán sujetas al estricto campo de obligaciones[101].

Siendo su contenido de derecho sucesorio, la vinculación del causante tiene sólo trascendencia de Derecho sucesorio, no privan al instituyente de la disposición inter-vivos de sus bienes, salvo que los actos de disposición perjudiquen directamente la expectativa del heredero o legatario[102].

Esta sería la respuesta en puridad de la figura. Siguiendo las reglas generales en materia de contratación cabe que mediante pacto expreso se modifique esta capacidad de disposición[103]. Su irrevocablidad es la consecuencia adicional que se deriva del encuadramiento de la institución como contrato o pacto sucesorio.

---

[97]Adicionalmente KIPP (ob. cit., 207) da los siguientes argumentos 1) hay casos en los que alguien que es incapaz de testar, puede celebrar un contrato sucesorio. 2) Existen contratos sucesorios cuyas formalidades no serían suficientes para llenar los requisitos que exige el testamento. 3) Sólo los cónyuges pueden celebrar un testamento mancomunado, en tanto que los dos contratantes disponen por causa de muerte, aunque los mismos no estén casados entre sí. 4) El causante no podría impugnar el contrato sucesorio sino que tendría que impugnar la renuncia a la revocabilidad y luego podría ser revocado el testamento. 5) Lo que sí cabe es que una disposición por causa de muerte, otorgado con la intención de que valga como contrato sucesorio, pueda mantenerse como testamento cuando no reuna los requisitos del contrato sucesorio, pero sí los de un testamento.

[98]KIPP, ob. cit., 207.

[99]BINDER, ob. cit., 140.

[100]BINDER, ob. cit., 134.

[101]KIPP, ob. cit., 213.

[102]LACRUZ en BINDER, *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., 141.

[103]Sería el caso de los contrato otorgados en Cataluña, Baleares, Navarra y Vizcaya , el heredamiento a favor del hijo que se casa priva al heredante del poder de disposición inter-vivos. En este

5. Coincidiendo fundamentalmente con esta última calificación, la matizaríamos en algunos aspectos.

A. En primer lugar, parece más acertado el que atendiendo a la naturaleza del acto que le da origen, se califique como pacto sucesorio y no como contrato, en base a los siguientes argumentos :

a) El contrato, tanto en el Derecho positivo codificado como a la luz de la doctrina,[104] tiene un marcado contenido patrimonial, en tanto que la herencia comprende derechos personalísimos que no se extinguen por la muerte y cuya condición es extrapatrinomial[105].

b) El contrato hereditario (*Erbvertrag*), según Binder[106] es una denominación insuficiente en cuanto sólo parece referirse al contrato de institución de heredero, en virtud del contenido que se asigna a dicho contrato en el § 2278 BGB.

c) El hecho de que se le encuadre en la categoría de contrato y se añada que este es bilateral[107] determina que el mismo crea obligaciones recíprocas, es decir, a cargo de ambas partes[108], y no es así, se trata de una disposición sucesoria que puede, si así se ha acordado, estar modalizada con obligaciones que ha de cumplir el instituido, obligaciones que desde el punto de vista técnico son encuadrables en el Derecho de obligaciones y exigibles con independencia del pacto [109], pero puede que no se establezca obligación

---

mismo sentido LACRUZ, en BINDER (ob. cit., 141), BINDER por su parte expone en el mismo lugar, que la ley sienta aquí dos excepciones: si el causante ha hecho una donación con el propósito de postergar al heredero o al legatario puede reclamar a éste lo donado, en el momento de la apertura de la sucesión.

[104]Según DIEZ PICAZO, (*Sistema de Derecho Civil* v. II, Madrid 1988, 29), en sentido restringido el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

[105]LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil , V, .Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, 39.

[106]BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. LACRUZ , Barcelona, 1953, 132.

[107]Según KIPP , ob. cit., 1 ed. 208 , si aquel a quien se atribuye algo en el contrato sucesorio asume obligaciones, por ejemplo, la de sustentar al causante en lo que le reste de vida, no es procedente que a pesar de ello se apliquen los principios del contrato bilateral, porque la causa de la atribución por causa de muerte no es la prestación prometida por la otra parte, Según LACRUZ (en BINDER ob. cit., 134), existen contratos sucesorios unilaterales, bilaterales y a favor de tercero, serían respectivemnte el otorgado a favor de los contrayentes, a favor de los hijos nacederos y el recíproco entre cónyuges, la doctrina española es prácticamente unánime el que se establezca que es bilateral.

[108]DIEZ PICAZO, ob. cit., 35.

[109]Según LACRUZ BERDEJO (*Elementos Derecho Civil I , Parte General* , Barcelona, 1981, 248), la obligación modal tiene la virtud de añadir a los efectos propios del negocio gratuito a que se opone otros efectos no típicos de aquel negocio que el heredante en el pacto sucesorio no hubiera podido lograr a través de de la conclusión del negocio puro. ...cabe la ejecución forzosa de la obligación con

alguna y que la presencia del cootorgante se limite a recibir la disposición del causante, por ejemplo en el heredamiento a favor de los hijos venideros o el meramente confirmativo de una disposición testamentaria anterior.

El sentido que ha de darse a su carácter bilateral es que intervienen dos partes.

Entendemos que respondiendo a la naturaleza y finalidad de la disposición, esta calificación como pacto puede contribuir a clarificar su encuadramiento en la sede de las disposiciones sucesorias junto al testamentario, con la siguiente variación: el modo testamentario es unilateral y en consecuencia revocable, en tanto que en el segundo la declaración de quien dispone de sus bienes ha sido recibida por otra persona, determinando con ello su carácter pactado y su irrevocabilidad.

---

arreglo a las normas sustantivas y procesales aplicables al cumplimiento coactivo de las obligaciones normales u ordinarias (arts. 1096, 1098 y 1099 Cc. y 922 y ss.

Capítulo 23. El pacto sucesorio en el Derecho civil de Vizcaya.

I Otorgamiento.

444. **Partes otorgantes.-** Los otorgantes del pacto son los instituyentes que disponen y el instituido que acepta. Lo común es que tratándose de pacto en escritura de capitulaciones matrimoniales, los instituyentes sean los padres y el instituido el hijo o hija elegido, siguiendo el criterio legal de libertad en la elección. Excepcionalmente, son partes otorgantes los familiares (tío y sobrino) unidos por un vínculo de consanguinidad. La constatación de esta circunstancia nos permite adelantar que estos pactos tienen un marcado sentido familiar.

El carácter de filiación legítima, en el beneficiario, así como su condición de hijo de las primeras nupcias del disponente, no es fruto de la discrecionalidad coincidente de los padres sino de la aplicación del Fuero[1]. A la luz de las escrituras, la filiación natural, existiendo la legítima, queda relegada a ser beneficiaria de un patrimonio dinerario.

En este punto, la comisión de juristas encargada de la elaboración del Proyecto de texto de reforma quiso dar una mayor apertura a la figura, y dejó abierta la posibilidad de que no fuera necesario vínculo alguno de parentesco, requiriéndose exclusivamente que los otorgantes pactaran sobre su propia herencia y desechando la aplicabilidad del pacto sobre la herencia de un tercero.

En las escrituras no aparece ningún caso de pacto sucesorio otorgado por los cónyuges a favor de los hijos nacederos. No existen precedentes de que no concurra el favorecido por la disposición, bastando la presencia como contraparte, de cualquier sujeto capaz[2], sino que la regla es que figuren como otorgantes los padres, e instituyan a sus hijos y a la descendencia venidera del matrimonio que motiva la designación.

---

[1]FN.20, 3, 4 y 11; 21, 8.

[2]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones I. Parte General. Sucesión voluntaria*, Barcelona, Bosch, 1971, 719.

Se otorga el pacto mutual, generalmente con carácter residual, para el supuesto de que hubieran premuerto los reversionarios de los bienes. La apertura en la redacción del texto legal posibilita el que puedan albergar pactos sucesorios otorgados entre los esposos.

Es oportuno el que diferenciemos y destaquemos quiénes son otorgantes del pacto, -materia que hemos tratado anteriormente-, en relación a los otorgantes de la escritura capitular, que serán los padres de cada uno de los contrayentes acompañados de estos, respectivamente.

Hacemos esta diferenciación por demás obvia, por dos razones:

1. En esta escritura se recogen varios negocios y estipulaciones[3], cada uno con sus propios otorgantes. En nuestra investigación nos ceñiremos al pacto sobre la herencia en el que son otorgantes los padres y el hijo.

2. Puede ocurrir que al trazar los caracteres de la disposición de bienes de padres a hijos, existan valoraciones que se deriven de atribuir a éstas los caracteres de las estipulaciones familiares que se insertan en las capitulaciones. El hecho de que se indique que el heredamiento es un acto jurídico bi o plurilateral[4], y el que su regulación se haya ubicado en la sede del Derecho de familia, hasta la aprobación en 1992 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña[5] (por citar un ejemplo) puede ser indicativo de éste entrecruzamiento de disposiciones. Pudo contribuir a ello el que históricamente el fundamento legitimador de los heredamientos residió en la libertad

[3]Según LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia* , 1978, I, 152), ha de tenerse en cuenta que en el *instrumentum* nupcial caben pactos de muy diversa índole, siendo necesario el deslindar por una parte, aquellos cuyo contenido es estrictamente matrimonial, es decir la atribución de bienes para el matrimonio, y las estipulaciones capitulares que contienen determinaciones puramente normativas, dando origen a la convención-ley por la que se va a gobernar en adelante la economía doméstica y familiar, de otros pactos que no tienen contenido matrimonial, tales como pactos familiares y sucesorios y cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; Las disposiciones objeto de nuestro estudio son una parte de ese amplio campo de las capitulaciones; su contenido esencial no participa directamente del carácter familiar ni matrimonial de la capitulación matrimonial, si bien entre éste y aquellos pueden existir, y lo frecuente es que exista, un cierto condicionamiento.

[4]Según PUIG FERRIOL Y ENCARNA ROCA (*Instituciones de Derecho civil de Cataluña, Primera parte. Introducción y Parte general*,. Barcelona, 1987, 580), el heredamiento es un acto jurídico bi o plurilateral que se origina en virtud de dos declaraciones de voluntad, aunque la gran mayoría de las veces se origina en virtud de un negocio plurilateral, porque en los capítulos catalanes suelen intervenir otras personas además de los contrayentes.

[5]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código civil y a las legislaciones forales* T. XXVII- v. II, 121, pone de relieve la falta de sitemática en la ubicación de la regulación del heredamiento en sede de familia en lugar de hacerlo en sucesiones; actualmente se encuentra en el Código de Sucesiones catalán, Título. II. los heredamientos.

de pactos matrimoniales[6], y en alguna medida, a la falta de separación de los distintos tipos de negocio que se contienen en dicha escritura, dando con ello lugar a que pierda nitidez el perfil sucesorio de la institución.

445. **Capacidad de los otorgantes.**- El pacto objeto de examen, por ser un negocio inter-vivos, requiere la capacidad de obrar plena en el instituyente y en el instituido, uno para disponer y otro para aceptar y obligarse; al ser a causa de muerte, está además sujeto a las reglas que rigen la facultad de disposición testamentaria.

Entendemos, que si en base a la apertura de que se dota a la institución, se otorgara entre los cónyuges, no sería suficiente la capacidad para otorgar capitulaciones, sino que se les exigiría la capacidad de obrar plena, criterio que se sigue en los Derechos forales[7].

En el pacto a favor de los contrayentes se exigen unos requisitos de capacidad más severos, sin duda por la mayor vinculación que imponen al instituido, quedando justificada la exigencia de la capacidad de obrar plena, a juicio de la doctrina foral, por el hecho de que el instituido acepta la herencia[8] y se obliga frecuentemente al cumplimiento de unas cargas.

La comisión entendió que no eran necesarias normas especiales en materia de capacidad, sino que se aplicaría en cada caso la necesaria para llevar a cabo el acto de instituir o de aceptar u obligarse.

[6]ROCA SASTRE, *La sucesión contractual. Estudios de Derecho Privado II*, Barcelona, 1943, 358.

[7]Art. 99 Comp. A., Art. 67 Código de sucesiones; Ley 173 Comp. N.: si se trata de pacto entre contrayentes se requerirá como regla general la capacidad para capitular.

[8]Según LACRUZ BERDEJO (BINDER, *Derecho de sucesiones* , 136), existe una diferencia en materia de capacidad en el beneficiario de la disposición, en función de si se trata de una diposición a los contrayentes o por el contrario es a favor de los hijos nacederos o recíproco entre marido y mujer, en estos dos últimos supuestos conforme a la costumbre, sólo requieren la capacidad para capitular, mientras que en los primeros se requiere la capacidad para aceptar herencias, con los complementos exigidos por la ley al que no posee capacidad plena.

446. **Legitimación para instituir sucesor.-** No se requiere una actuación personal por parte del disponente, sino que puede delegar en un comisario, siendo frecuente en estas escrituras, el que el padre actúe en nombre propio y en uso del poder que en su día le fué conferido por su cónyuge premuerto[9]. En algunas escrituras la actuación se hace en base a un poder especial, de carácter verbal, ante personas destacadas de la localidad, que si bien no contiene los requisitos formales del poder testatorio, se admite como suficiente.

Hemos comprobado que la actuación en uso del poder testatorio era común en Vizcaya a vecinos de villa y Anteiglesia, pues en este punto la legalidad anterior al Código civil era coincidente[10].

En Vizcaya, la posibilidad de otorgar el pacto mediante apoderado, se deriva de la aplicación de las reglas generales en materia sucesoria[11], presentando en este punto un paralelismo con el testamento por comisario, y entendiendo así, no se hizo en la ley referencia expresa a esta circunstancia.

Esta legitimación para disponer de la herencia en nombre ajeno, diferencia nuestro sistema de otros nacionales y extranjeros[12].

447. **Carácter de la actuación.-** En el Derecho histórico que se hace presente a través de las escrituras examinadas, los padres otorgantes actuaban de forma:

---

[9]Es común que en Capitulaciones se contenga el poder testatorio que recíprocamente se confieren los contrayentes.

[10]NR. 10, 19, 1(31 Toro), NR. Tít. 19 reza "De los comisarios testamentarios".

[11]FN. 21, 3; NR. 10, 19, 1 esta práctica responde a los principios sucesorios del sistema que aparecen recogidos en las leyes, indicativos de la preferencia de la libertad civil sobre el personalismo en el ejercicio de la facultad de testar y asimismo de la prevalencia de la última voluntad, suficientemente acreditada, sobre la rigidez de las normas.

[12]El BGB. § 2274 establece la obligatoriedad de una actuación personal por parte del otorgante; Del mismo modo la legislación aragonesa y navarra, en el art. 99 y ley 173, en tanto que en la legislación catalana, art. 67 se admite la actuación mediante poder especial, entendiendo la doctrina en este último caso, se trata de la actuación mediante *nuntius*.

1) Conjunta y mancomunada simple. Tratándose de bienes comunicados, la actuación conjunta es una exigencia legal[13]. La falta de asistencia de uno de los cónyuges, a la luz de las escrituras, es determinante de la nulidad de la disposición[14].

2) Conjunta y mancomunada solidaria. La solidaridad es un medio incorporado a la disposición voluntariamente que garantiza el cumplimiento del negocio, y en virtud del cual el beneficiario podrá exigir la entrega de la totalidad de los bienes a uno u otro disponente.

En ocasiones los instituidos manifiestan al aceptarlos que se obligan solidariamente al cumplimiento de las obligaciones que con tal motivo les han sido impuestas, en cuyo caso se aplicará la regla referida con anterioridad.

La actuación en los restantes casos es en nombre propio. Es frecuente en las escrituras que el instituyente actúe en nombre propio y en uso del poder que le fué otorgado por su cónyuge premuerto.

Pese a que no existe prohibición legal a que cada cónyuge disponga a favor de los hijos de la mitad comunicable, con el consentimiento del otro, no existe ninguna escritura en este sentido, lo que nos indica que el mantenimiento del patrimonio indiviso no es algo que esté protegido legalmente mediante prohibiciones, sino favorecido mediante el levantamiento de límites, circunstancia que evidencia el principio de libertad civil en el campo sucesorio.

El texto vigente no regula nada al respecto, rigiéndose en este punto por las reglas generales. Tratándose de disposiciones de los cónyuges a favor de los hijos, la disposición ha de ser conjunta.

448. **La aceptación por parte del instituido.-** El instituido comparece al objeto de aceptar los bienes con los que se le instituye.

El hijo instituido acepta, no sólo la declaración, sino la herencia futura, apreciándose en esta aceptación un grado de participación mayor, en relación a otras modalidades del propio sistema o pertenecientes a otros, en los que se limita aceptar la

---

[13]FN.29, 9 lo que prueba que la comunicación de los bienes opera desde la celebración del matrimonio.

[14]LANDABURU, 11 Marzo 1825, (67) se refiere en esta escritura: que el pacto otorgado con anterioridad adolecía de vicio por no haberlo otorgado conjuntamente marido y mujer por lo que incurría en sanción de nulidad.

disposición[15]; circunstancia que tiene relevancia, tanto en lo que respecta a los requisitos de capacidad exigidos en el instituido como en la trascendencia jurídica que conlleva el aceptar los bienes de presente. La institución de sucesor y la aceptación por parte del instituido cierra el pacto, vinculando a las partes e impidiendo su revocación de forma unilateral.

La doctrina de otras regiones entiende que en los pactos sucesorios a favor de los hijos que se casan, la norma general es que la aceptación no se limite sólo al contrato, sino también sea de la herencia que se deferirá en el futuro a consecuencia del contrato mismo, con lo cual la aceptación es menos pasiva que en otros sistemas[16].

La aceptación determina el que predominen en este tipo de pactos a favor de los contrayentes las notas características de los negocios jurídicos *entre vivos* [17] y que el instituido quede obligado irrevocablemente por su aceptación [18], de tal modo que llegado el momento, no podrá repudiarla[19], porque la misma fué aceptada por pacto y la renuncia implicaría la admisión de que cabe el apartamiento unilateral de los vínculos.

La doctrina francesa considera admisible la repudiación de la herencia, por entender que en el momento de celebrar el pacto no aceptó la herencia, sino el título de heredero y su llamamiento como tal a la sucesión del instituyente; construcción que Cristóbal Montes considera insuficiente y artificiosa, ya que el contrato sucesorio tiene como objeto la herencia del causante, la cual se acepta en el instante de la conclusión, sin que obste el que la adquisición de los concretos derechos se posponga al momento de la muerte del instituyente.

No se acierta a ver cómo sería posible justificar la pérdida de la condición de heredero adquirida voluntariamente mediante el contrato sucesorio sin destruir la

---

[15]LACRUZ BERDEJO, en BINDER, *Derecho de Sucesiones* , ob. cit., 135, contrapone la posición que ocupa el instituido en los Derecho forales, en los que es la propia herencia lo que aceptan, respecto al Derecho alemán, en el que puede ser un tercero el que acepta la declaración del disponente.

[16]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, ed. 1971, 727.

[17]Según PUIG FERRIOL *(Comentarios* ..ob. cit., 111) hasta tal punto que ello es determinante de que en el heredamiento a favor de los contrayentes no se exija la superviviencia del heredero a su causante para que surta efectos.

[18]Según LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (*Derecho de Sucesiones* .., ed. 1971, 727) en los heredamientos a favor de los contrayentes se acepta, no el contrato, sino propiamente la herencia que se deferirá en el futuro a consecuencia del contrato.

[19]En este sentido la Sentencia 7 mayo de 1896, en aplicación del principio de irrevocabilidad, niega eficacia a una repudiación de la herencia hecha por el heredero contractual tras la muerte del heredante.

sustancia contractual de éste, y no tiene sentido la distinción entre heredero y herencia, en cuanto se trata de conceptos complementarios[20].

El carácter paccionado de la disposición, determina, en consecuencia, la irrevocabilidad de la misma, en tanto no medie común acuerdo en sentido contrario. La irrevocabilidad junto a su carácter sucesorio constituyen el perfil de la institución.

449. **Otorgamiento en escritura pública**.- En el Derecho histórico era necesario su otorgamiento en escritura pública, bien de donación o de capitulaciones matrimoniales. Ciertamente, en los orígenes de esta institución el instrumento empleado era la escritura de donación y prueba de ello es la atención que a dichas donaciones otorga el Fuero.

A comienzo del s. XIX son todavía muy abundantes las escrituras de capitulaciones matrimoniales que recogen la disposición de los bienes de la herencia, entendiendo que dicho instrumento cumplía una finalidad organizadora de la familia por lo que resultaba idóneo para disponer de la herencia. Hemos podido comprobar que también se recoge en escritura de donación y no descartamos que, en una etapa histórica anterior, atendiera el instrumento dotal a la misma finalidad[21].

La ley del Derecho civil Foral del País Vasco ha querido hacerse eco de esta diversificación de instrumentos utilizados en el pasado y los tiene presentes, pero establece también en su Art. 74 que se puede otorgar pacto sucesorio en escritura, con lo que viene a reconocer a la institución con autonomía propia, como una categoría jurídica *a se* , que no necesita del asidero jurídico de otro instrumento como lo hiciera en el pasado a través de la donación o de la capitulación matrimonial, marcando con ello, dicho texto legal, un grado último en la evolución de esta institución.

En este punto nuestro sistema se diferencia de otros en los que se circunscribe su otorgamiento en capitulaciones[22].

---

[20]CRISTOBAL MONTES, *La sucesión contractual aragonesa.*, 53.

[21]Circunstacia que se desprende de los textos forales (FN. 20, 1): "alguno truxiere en dote, o donación bienes raíces al matrimonio"; en la etapa que hemos examinado la dote siempre era dineraria.

[22]Según ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, III, Barcelona 1954, 113) el heredamiento o pacto de instituendo tiene por causa o derivación el matrimonio, de tal modo que vincula de manera necesaria la sucesión contractual al hecho matrimonial, considerando que su contenido es sucesorio, su formulación contractual y su causa legitimadora el matrimonio; Según PUIG FERRIOL (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* T. XXVII, v. II, 108), entre los requisitios *ad solemnitatem* exigidos al heredamiento figura que ha de otorgarse en capitulación matrimonial Art. 63-1 de la Compilación. TERRE, F., y LEQUETTE, I., *Drot Civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, Paris, 1983, 501, el Código Francés vigente, reconoce en su Art. 942 y 1082, la institución contractual pero

El requisito del otorgamiento en escritura pública ha de entenderse *ad solemnitatem*. Siguiendo, en este punto, las reglas generales establecidas en el campo testamentario, su naturaleza sucesoria unida a su carácter irrevocable, derivado del pacto, fundamenta la exigencia de este requisito, con mayor razón.

En el material examinado se ha constatado la exigencia de que dichos contratos matrimoniales se inscribieran en el Oficio de Hipotecas[23]. En la actualidad ha de entenderse que son inscribibles en virtud de lo dispuesto en el Art. 77 RH. conforme a la redacción dada por el Rd. 3125/1982, de 12 de noviembre.

450. No se exige su extensión en papel sellado.- Se observa que las escrituras examinadas no aparecen extendidas en papel sellado, a excepción de algunas pertenecientes a la escribanía de Ercilla[24], sin que exista, a nuestro juicio, una razón en cuanto al tiempo o lugar de su otorgamiento que justifique esta excepción. Puede entenderse que los habitantes de las provincias vascongadas por actos ejecutados dentro de ellas están exceptuados del uso del papel sellado[25].

451. El otorgamiento de las capitulaciones ante nupcias o post nupcias.- En los documentos examinados es frecuente que se consigne en la escritura si el otorgamiento tiene lugar *ante-nupcias* o *post-nupcias*.

No existe prohibición alguna respecto a su otorgamiento una vez celebrado el matrimonio, aunque el hecho de hacerlo *post-nupcias* podría afectar en el régimen de comunicación legal. Ahora bien, de ninguna de las escrituras otorgadas *post-nupcias* , podemos indicar que respondan a situaciones nuevas, no previstas en el momento en el que se celebró el matrimonio, sino que más bien se trata de un retraso de pocos días a la

necesariamente deberá otorgarse en capitulaciones matrimonales; Según RIPERT y BOULANGER, J. (*Traité de Droit civil. T. IV, Régimes matrimoniaux. Successions - Liberalités*, Paris, 1959, 26) no cabe que se otorgue fuera de las capitulaciones matrimoniales, si se dispone a favor del matrimonio en un acto independiente de donación será necesario que toma la forma de *contre-lettre* del contrato Matrimonial. En la legislación vigente admiten en escritura: Art. 99 Comp. A., Ley 174 Comp. N. , Art. 72 Comp. Balear, mientras que el Art. 67 Código sucesorio exige que sea en capitulaciones.

[23]Real Pragmática Sanción de 5 Febrero 1768 por la que se crea el Oficio de Hipotecas, primer establecimiento de los actuales Registros de la Propiedad, con sede en todas las Villas Cabeza de Partido.

[24]ERCILLA, 24 Marzo 1823, (256): el sello contiene lo que sigue: sello 4º 40 mrs. año de 1823, en el centro aparece el escudo real y en derredor del mismo se consigna, "Fern, por la gra. de Dios y la Const. Rey de las Esp."

[25]VICARIO DE LA PEÑA, N., Observaciones al Proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Alava, Bilbao, 1899, 20, obra inédita, que se ha podido consultar por deferencia de la familia.

hora de dar forma escrituraria a lo convenido por ambas familias verbalmente, con carácter previo al enlace.

En el texto compilado en 1959 se estableció la prohibición de modificar las capitulaciones una vez celebrado el matrimonio[26]. A nuestro entender, esta regla prohibitiva se debió a la influencia que ha ejercicido el Derecho común sobre nuestro Derecho.

II. Contenido del pacto sucesorio.

452. Derechos hereditarios a título universal o particular.- En el examen llevado a cabo se aprecia que la voluntad del que pacta tiene siempre por contenido un derecho hereditario, a título universal o particular, empleando para ello diversos títulos que responden a la peculiaridad de nuestro Derecho Sucesorio, que consiste en "la sucesión en los bienes", característica que queda reflejada en el Art. 74 de la Ley de Derecho civil foral.

La sucesión en los bienes es una peculiaridad de nuestro Derecho, que nos acerca a los sistemas de corte germánico en los que existe una concepción patrimonialista de la herencia. Este aspecto ha podido ser constatado a través de los documentos, en los que se contiene, junto al título de sucesor tronquero, el título de heredero en la universalidad de los bienes, atendiendo en cada caso a la sucesión universal de una masa patrimonial hereditaria.

Se trató de recoger, básicamente, los pactos de institución de heredero, y si bien tuvo presente la comisión la existencia de pactos de renuncia en el Derecho histórico no les dió regulación expresa en el texto legal.

Se cuestiona la doctrina, si cabe incorporar al pacto otros contenidos adicionales, como nombramiento de tutor o de albacea, es decir, se trata de averiguar si pueden ser objeto del mismo, además de las materias estrictamente patrimoniales, aquellas otras de índole personal o familiar[27]. Añade Roca Sastre que es usual que se pacte en capitulaciones el compromiso de vivir juntos en la casa del disponente y de trabajar en su

[26]Por ley de 18 Marzo 1988 de modificación parcial del Derecho Civil Foral del Parlamento Vasco, Art. 1, se establece la facultad del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales antes o después de celebrado el matrimonio.

[27]Según ROCA SASTRE ("La sucesión contractual..", ob. cit., 364), la prohibición es la regla general en las legislaciones, si bien sería práctico el que pudiera incorporarse; El Art. 68 del Código de sucesiones catalán reconoce la posibilidad de incorporar el nombramiento de cargos de administradores, albaceas, etc, con la misma amplitud que en los testamentos.

beneficio y tales pactos forman parte del complejo económico-familiar que tratan de regular las capitulaciones. Lacruz pone de relieve que en las capitulaciones forales, junto a las disposiciones contractuales, hay otras de última voluntad; entonces será cuestión de interpretación el determinar, cuáles tienen carácter contractual y cuáles testamentario. Las disposiciones de última voluntad se consignan, entonces, en un instrumento que no cumple las solemnidades testamentarias: si pueden realizarse así disposiciones irrevocables, con mayor razón revocables. Sin embargo, no será posible consignar ciertas declaraciones que vayan contra prohibiciones establecidas en materia testamentaria[28].

El pacto sucesorio, tal y como figura en las distintas legislaciones forales, es un instrumento al servicio de la autonomía privada y por tanto es usual, que se recoja la posibilidad de incorporación de reservas, cargas, condiciones y reversiones, del mismo modo que lo hace el Art. 74 de nuestra ley. En muchos casos estos pactos son los que conforman la voluntad de quien instituye y quien acepta; siendo frecuentes las cláusulas de modalización del pacto[29].

El BGB reconoce que no tienen cabida otras disposiciones que no sean la institución de heredero, de legatario o modos, pero sí admite la posibilidad que, en el mismo instrumento, junto al contrato sucesorio se recojan disposiciones testamentarias[30].

a) Donación e institución de heredero.

453. **La institución de sucesor en las Capitulaciones examinadas.-** En las escrituras de capitulaciones matrimoniales examinadas figura de forma explícita la institución de heredero o la institución de sucesor tronquero, del mismo modo, que se recogían en las escrituras precedentes de esa familia, habiendo constatado que esta tradición se remonta, en algunas familias, a los siglos XVII y XVIII.

Este dato nos permite conocer:

1. Que el modo de disposición de la herencia que aparece regulado en el Fuero, bajo las modalidades de donación universal con carga de los alimentos de los padres o donaciones universales con motivo del matrimonio del hijo elegido con reserva de

[28]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, ed. 1971, ob. cit., 720, así el incluir declaraciones de última voluntad de varias personas en un mismo intrumento, contra la prohibición -donde exista- de testar mancomunadamente.

[29]BGB § 2.278: "Otras disposiciones que instituciones de herencia, legados y modos no pueden ser adoptadas contractualmente".

[30]BGB § 2.299 .

usufructo, había evolucionado a través de la costumbre, dando paso al empleo directo del título de institución de sucesor.

2. En Vizcaya, en este período, no se acudía a las figuras donacionales con la finalidad de dotar a la disposición de una apariencia de legalidad acorde con el Derecho común, sino que el hecho de incorporar la donación de forma adicional a la institución de heredero era con otras finalidades.

A la vista del análisis concordado de los textos forales históricos y adicionalmente, del examen documentario que hemos efectuado, los datos que poseemos nos permiten periodificar la evolución de los pactos sucesorios históricos en dos estadios:

1º La institución de sucesor a través de fórmulas donacionales, que aparecen reguladas en el Fuero, es decir, donaciones universales con carga de los alimentos del donante.

2º Directamente la institución de sucesor en vida, en la forma que aparece recogida en los documentos notariales examinados.

Dice el Profesor Lacruz: "En un ordenamiento jurídico donde las instituciones nacen, se desarrollan, se trasforman y mueren a lo largo de los siglos, la labor de periodificación es indispensable si queremos caracterizarlas exactamente frente a las particulares condiciones políticas, económicas y sociales de cada una de las épocas por las que atraviesan. Lo contrario, produce una falta de perspectiva tal, y un amontonamiento de datos inconexos y a veces contradictorios tan grande, que por fuerza inducen a error"[31].

En el mundo jurídico, los conceptos e instituciones tienen significado real, y en él viven actuando socialmente, por ello, sus vicisitudes, su flujo o reflujo histórico, en contacto con los distintos ideales de la vida, los matizan en cada período, lo que no puede ser olvidado, si se quiere apreciar su auténtico significado. El estudio de los documentos jurídicos nos ha permitido hacer un seguimiento periodificado de la vida de la institución, en una cierta medida, superando la insuficiente del estudio de la ley, mediante la recuperación del genuino Derecho consuetudinario.

Al hilo de estas apreciaciones, parece razonable el que estimemos que la costumbre, primera fuente del Derecho, hace evolucionar al sistema y perfilar lo que la ley establece de forma genérica y en otros casos modificarla a fin de acomodarla al momento vigente y que al mismo tiempo constatemos la insufiencia de la ley, la distorsión que se deriva del apego a la letra de la misma y la necesidad de recuperar la

[31]LACRUZ BERDEJO, "Metodología del Derecho Privado de Aragón", ob. cit., 130.

regulación de las instituciones en el Derecho consuetudario mediante un estudio del mismo por períodos, si de lo que se trata es de una sólida investigación jurídica.

En terminología actual, diríamos que en el Derecho consuetudinario a esta institución se le reconoce explícitamente como un modo de delación sucesoria en vida del instituyente. No estuvieron ausentes en esta apreciación los elaboradores de los dos Proyectos de Apéndices al Código civil y posteriormente los Compiladores de 1959. La ley del Parlamento Vasco de 1992 lo incorpora como un modo de delación sucesoria junto al testamentario y abintestato en el Art. 27 y dedica el capítulo IV del Título III a su regulación sustantiva.

b) Variedad de títulos sucesorios.

454. **Títulos sucesorios universales y particulares; con eficacia post mortem y eficacia de presente.-** Este modo de delación sucesoria mediante pacto con el instituido, presenta una variedad de títulos en el Derecho histórico, cuya clasificación y estudio pormenorizado se llevó a cabo en la segunda parte de este trabajo.

En este momento vamos a encuadrarlos, siguiendo los criterios de clasificación adoptados en la vigente Ley del Parlamento vasco (arts. 74, 77 y 78).

1. A título universal y particular.

En primer lugar, la institución de heredero en sus diversas modalidades, en función de la naturaleza de la masa patrimonial objeto de disposición: según se trate de la institución de sucesor en el patrimonio troncal o en el vinculado, o se trate de la institución de heredero en la generalidad de los bienes del causante. También se considera institución a título universal la donación universal de todos los bienes, figura que en virtud de los dispuesto en el Art. 76 de la vigente ley queda equiparada a la institución de heredero.

El legislador, con buen criterio y recogiendo el sustrato histórico que está en la base y origen de la sucesión contractual, ha establecido la presunción *iuris tantum* de que la donación universal inter-vivos se considere pacto sucesorio, salvo estipulación en contrario y asimismo la donación *mortis-causa* de bienes singulares, cuyo carácter irrevocable ha sido controvertido por parte de la doctrina.

Junto a las anteriores modalidades, también aparece en las escrituras la disposición a título particular.

2. Cabe la institución con eficacia *post mortem* y con eficacia de presente.

En la primera ubicaremos todos los títulos institutorios de sucesor simple, en tanto que en la segunda se incorporarán aquellos que, aun produciendo también efectos *post mortem* , van acompañados de la donación *inter-vivos* de los bienes.

Consideramos que puede ser útil el ir sintetizando sistemáticamente todos los títulos examinados, e ir estableciendo los caracteres peculiares de cada uno, en cuanto inciden en la eficacia del pacto efectuado mediante su empleo, para que lleguemos más tarde a encuadrarlos dentro de la sucesión en los bienes, universal constitutiva de pacto sucesorio con eficacia *post- mortem* y con eficacia de presente.

c) Donación universal de los bienes.

455. **Donación universal de los bienes presentes y futuros.-.** Este tipo de donaciones de todos los bienes con carga de alimentos y exequias fúnebres de los donantes, reciben una detallada regulación en el Fuero Nuevo, a las que dedica un título completo y leyes dispersas[32]. Su contenido responde a la forma más arcaica de pacto sucesorio o de disposición en vida de los bienes de la herencia.

Vicario criticó que en el Proyecto de Apéndice de 1900 esta donación general se circunscribiera a la donación con carga de los alimentos del donante, siendo a comienzos de siglo una figura en desuso, y por el contrario no se ocupara la Comisión de Codificación del Derecho civil de Vizcaya de la donación usual que hacen de su hacienda los padres o el que de ellos vive en el contrato matrimonial a favor de uno de sus hijos[33].

En el período histórico objeto de examen, como hemos indicado, la fórmula de la donación universal de los bienes, tratándose de los troncales, dió paso a la institución de sucesor, que se utilizaba habitualmente por los escribanos de la época.

Unicamente en la escribanía de Gondra, en la Merindad de Uribe, hemos encontrado una muestra de escrituras de donación inter-vivos del patrimonio troncal, que presenta los caracteres de pacto sucesorio, entendiendo que esta presencia puede deberse a una particularidad de este escribano o a una costumbre local.

Por el contrario, no es infrecuente encontrar esta fórmula tratándose de bienes muebles.

---

[32]FN. 17, 9 y Tít. 23 completo, 34, 23 regulan las donaciones con carga de alimentos.

[33]VICARIO, "Observaciones al Proyecto de Apéndice de", ob. cit., 32.

No es costumbre que se emplée la fórmula donacional de todos los bienes presentes y futuros, sino que se utilizan distintos títulos, atendiendo a la naturaleza troncal o mueble de los bienes.

1.- Tratándose de bienes troncales, se trata de transmitir de presente la titularidad de los bienes mediante la donación pura, mera, perfecta, irrevocable e intervivos de los mismos, a la que acompañan las cláusulas de cesión de acciones y toma de posesión de los bienes. Esta trasmisión presente de la titularidad del patrimonio troncal confiere al instituido la titularidad dominical de los bienes con las limitaciones o cargas pactadas, determinando que los bienes futuros que guarden relación con los donados pasen directamente al donatario.

Al analizar estas donaciones de bienes presente y futuros, no existe un criterio unánime en la doctrina respecto al modo y tiempo en el que entran, los bienes futuros, en el patrimonio del instituido. A nuestro juicio, tratándose de la donación de bienes troncales entran directamente en el patrimonio del instituido en su condición de titular de dicha *universitas iuris*.

La existencia de varias masas patrimoniales autónomas dentro de la herencia determina que la transmisión presente de su titularidad conlleve lo que por accesión, subrogación, usucapión u otro título le correspondiere a ése concreto patrimonio en el futuro.

2. Tratándose de un patrimonio mueble, se emplea el título dona, promete y manda, entregando los bienes presentes en el momento de contraer matrimonio, en virtud de la donación que dicha fórmula incorpora, y obligándose a entregar a la hora de su muerte, en virtud de la manda adicionada, los que le puedan corresponder en el futuro por cualquier título.

3. Es frecuente que tratándose de bienes muebles, el título donacional aparezca condicionado, de modo que el hecho del mantenimiento de la comunidad hasta la muerte dé derecho a los bienes futuros .

Esta fórmula guarda paralelismo, tanto por su contenido como por el supuesto de hecho, con la institución condicionada de heredero y donación presente de la mitad del patrimonio mueble, como veremos más adelante; ambas fórmulas tiene un empleo frecuente en familias que viven en régimen de inquilinato.

Su principal efecto consiste en que la titularidad de los bienes se transmite al instituido en el momento de la donación, si bien con las cargas que le han sido impuestas por el instituyente.

d) La designación sucesoria simple o con eficacia post mortem.

456. **Sentido de la universalidad de la sucesión en Vizcaya.-** Como ya se ha dicho, el patrimonio hereditario vizcaíno está compuesto de varias masas patrimoniales, lo que determina que sea necesario matizar cuál es la naturaleza del título de quien es llamado a suceder en una de ellas. Debemos examinar si el pacto sobre la sucesión en el patrimonio troncal es a título universal o particular, constitutiva de una*institutio ex res certa*.

Algunos autores del Derecho común que atendieron a este problema -que se presentó frecuentemente en los Derecho medievales -, imbuidos del concepto romano de la sucesión universal, no veían cómo el llamado a recibir un bien particular podía ser heredero, es decir, llamado al todo de la herencia, sino por vía de la *institutio ex re certa* . El *Droit Coutumier* francés consideró a las sucesiones especiales, en bienes paternos y maternos, como un derecho de retorno relativo a un bien determinado. Esta traducción a términos romanos de las regulaciones autóctonas, que no responde a la concepción misma de sus legisladores ni al espíritu de la costumbre, no fué aceptada por los tratadistas de los Derecho particulares, quienes ante el dilema de considerar a los herederos troncales como simples legatarios o encontrar un nuevo concepto de sucesión universal, se inclinaron por este segundo camino, partiendo, como hace notar Saleilles, de la idea romana de continuación de la persona, que en los Derechos de raíz germánica, donde los herederos no podían ser nombrados voluntariamente y sólo eran creados por Dios, tenía evidente vigencia[34].

El sistema romano da al adjetivo "universal" alcance equivalente a omnicomprensivo o total. *Hereditas nihil aliud est quod successsio in universum ius quod defuntus habuerit* (Dig. 50. 17. 62). "Universal" significa aquí dos notas: título único referible a un acervo patrimonial (nota formal o modal), y extensión omnicomprensiva (nota sustancial o de contenido). Para este sistema la unificación absoluta de todas las posibles titularidades jurídicas patrimoniale del causante en el *as* resulta presupuesto *sine qua non* de la *hereditas* [35].

El sistema germánico, principalmente en la construcción técnica forjada por la doctrina alemana contemporánea para encuadrar los datos ofrecidos por la historia, otorga al adjetivo "universal" el sentido puramente modal o técnico, de *universitas iuris* , con lo que no hay inconveniente en admitir varias sucesiones "universales" respecto a una persona. Para el pensamiento germánico puede haber respecto a una misma persona tantas *universitates iuris*, y, por consiguiente, tantas herencias, incluso con llamamientos

---

[34]LACRUZ BERDEJO Y ALBADALEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1961, 72.

[35]MARTINEZ ROYO, *Derecho sucesorio, "mortis causa"*, Sevilla, 1951, 28.

a favor de personas distintas, cuantas categorías de bienes o acervos patrimoniales pudieren forjarse atendiendo a la procedencia, al modo de adquisición o al destino de las titularidades jurídicas en ellos clasificables. La única exigencia es que entre todas las *universatates iuris* que en cada caso se distingan, puedan quedar clasificadas todas las titularidades activas y pasivas del causante. Desde el punto de vista conceptual son perfectamente distinguibles, sin contradicción, sucesiones múltiples de una persona "a título universal" todas ellas. Y es posible contraponer la sucesión general frente a una o varias sucesiones especiales, todas ellas a "título universal"[36].

En términos parecidos explican autores como Bourjon, Domat, Dumoulin, Ferriere y Pothier las sucesiones en bienes troncales, cuya universalidad estriba en que las masas de bienes de las diferentes líneas familiares forman, en algún modo, otras tantas sucesiones. Los actuales germanistas completan esta explicación. En cada herencia plural pasa al heredero, en virtud de un título único, un conjunto de relaciones jurídicas que forman un todo coherente. El heredero subentra en derecho y obligaciones por medio de un único acto de adquisición de la herencia, y actúa contra aquel que afirma tener derecho a la herencia con una acción del tipo de la *petitio hereditatis*, dirigida a la reivindicación de la cualidad de heredero y, mediante ella, de la sustancia de la masa de la herencia. La universalidad de la sucesión la ocasiona, el hecho de subentrar en un determinado género de relaciones jurídicas, de un solo golpe, y el que las relaciones formen una masa homogénea de modo que la llamada a los bienes resulte del origen de los mismos u otro genérico[37].

En las escrituras examinadas se recogen distintos títulos sucesorios de carácter universal correspondientes a un causante, respondiendo el título empleado en cada una de ellas a la naturaleza de los bienes que constituyen su objeto y así, analizaremos el título universal de sucesor tronquero, como sucesión especial, junto al título de heredero universal, como sucesión general.

457. **Caracteres del título de heredero o sucesor en bienes.-** El instituido adquiere el título de sucesor en bienes, o el de heredero, ambos títulos adquisitivos *per universitatem* [38].

---

[36]MARTINEZ ROYO, ibídem.

[37]LACRUZ BERDEJO Y ALBADALEJO, ibídem.

[38]Trata SALVADOR CODERCH, ("El título de heredero " R.D.N. Año XXXII- Nº CXXVII. Enero- Marzo 1985, 402) del título de heredero en la cultura jurídica europea y en el sistema del Código civil español, planteando los problemas dogmáticos que supuso la calificación de la herencia como objeto de la adquisición.

La recepción del título de sucesor le confiere la condición o cualidad de sucesor con carácter irrevocable; la referencia al título tiene una triple connotación:

1) Personal -*al subiectus iuris* - como elemento justificativo de la adquisición, estableciendo una sinonimia entre cualidad y título.

2) Como fundamento del *ius delationis*, caracterizándose por ser un título en formación.

3) Como título acreditativo de una disposición de carácter universal o particular[39].

En el análisis que nos ocupa, el hecho de que se confiera mediante pacto concertado entre el causante y el instituido, y que en el momento de su concertación tenga lugar el *ius delationis* y la aceptación determina, por una parte, la irrevocabilidad de la elección[40] y en segundo término que la aceptación presente ha de entenderse con eficacia pospuesta al momento de la muerte del causante. De presente se le confiere el título de sucesor, lo que supone una legitimación adquisitiva universal[41].

Derivado de su carácter personal, se entiende inembargable e intrasmisible, porque viola el precepto prohibitivo de la negociación con la herencia de un tercero[42] y del orden público.

458. **Naturaleza jurídica del título de heredero.-** La doctrina ha tratado de fijar cuál es la naturaleza jurídica de este título de heredero contractual. Esta calificación tiene trascendencia práctica, porque en función de ella puede derivarse la admisión o no de su transmisibilidad a los descendientes, en el supuesto de premoriencia del instituido.

---

[39]Según SALVADOR CODERCH (ob. cit., 408) cabe configurar, a la luz del Código civil, el título de heredero bajo cuatro proyecciones, de las cuales tiene presente aquella que hace referencia a los efectos jurídicos, que a su vez comprende la cualidad personal del heredero y el título en formación.

[40]Según PUIG FERRIOL (*Comentarios*. ob. cit., 141), la irrevocabilidad es la que sirve para dar eficacia jurídica al momento de la designación y como secuela la premoriencia del donatario a su causante ya no obsta a la eficacia del negocio sucesorio. Entendemos por nuestra parte que la irrevocabilidad hace relación a la elección y no a la eficacia, ya que, por principio, la eficacia de un título sucesorio ha de producirse una vez muerto el causante. Sí cabe que como efectos secundarios exista una suerte de preeficacia.

[41]SALVADOR CODERCH, ob. cit., 409.

[42]ROCA SASTRE, "Sucesión contractual , ob. cit., 368.

1) Cabe configurarse como un derecho adquirido y no como una mera expectativa, puesto que estos heredamientos confieren la cualidad de heredero con carácter irrevocable[43].

Se acoge, quien entiende que es un derecho adquirido, a la doctrina de Derecho intermedio basada en los textos del Corpus, que distinguieron con nitidez según si el derecho condicional procedía de un contrato o de testamento. "Ello se debe a que en materia testamentaria la delación no tiene lugar hasta que la condición se cumple, de manera que si alguien fallece antes de dicho cumplimiento no puede transmitir lo que aún no ha adquirido. En el contrato, en cambio, en lugar de semejante juego de delación y aceptación posterior, hay vinculación simultánea y en un mismo plano, aunque medie una condición suspensiva. Precisamente por esta razón se considera que en el heredamiento con gravamen fideicomisario no cabe detraer la cuarta trebeliánica, pues ésta constituye un estímulo para la aceptación de la herencia, y en el heredamiento la aceptación ya existe desde el momento en que media vinculación contractual[44]".

Efectivamente, la irrevocabilidad es una cualidad de que está dotado el título pero no desvela su naturaleza, es decir, si se trata de un derecho *in fieri* (y en tal supuesto, en qué grado de formación se encuentra) o si es un derecho subjetivo.

En puridad conceptual no parece admisible la equiparación de irrevocabilidad y adquisición de un derecho hereditario. A nuestro entender, el pacto sucesorio contiene una disposición por causa de muerte, por tanto, atendiendo a su naturaleza su sede es el Derecho sucesorio[45]; los textos romanos a que se remiten los autores que mantienen el carácter de derecho adquirido, se fijan al hacerlo exclusivamente en el modo de celebración y a nuestro entender lo que conlleva la naturaleza inter-vivos de la celebración es la irrevocabilidad del título, pero no el nacimiento del derecho y prueba de ello es que aún quienes admiten que es un derecho adquirido, sin embargo, no admiten la transmisibilidad del mismo a los herederos forzosos, cuando el instituido fallece sin descendencia, estableciendo que en tal caso tiene lugar la reversión legal.

---

[43]Recoge PUIG FERRIOL (*Comentarios* .., ob. cit., 153) este criterio fué el seguido por los Compiladores Catalanes al elaborar el art. 73 y 83, manifestando este autor que esta afirmación suscita algún reparo, por cuanto la irrevocabilidad del mismo postula que la superviviencia del favorecido al heredante no es condición necesaria para la eficacia del heredamiento, a diferencia de lo que sucede en la sucesión testamentaria presidida por la nota de la revocabilidad premuere al heredante; CRISTOBAL MONTES, "El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragones", RCDI., 1979, 1º, 336.

[44]ROCA SASTRE, "Sucesión contractual", ob. cit., 368.

[45]Ver en este sentido aquellos negocios cuya finalidad es regular para después de la muerte de una persona situaciones o relaciones que se originan esencialmente por la muerte GONZALEZ ENRIQUEZ "Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos", RDP., 1945, 494 y ss.

2) Refiere Batalla que los Notarios de Jaca consideraban que la institución está pendiente de la condición suspensiva que implica el hecho incierto de la muerte del heredero después de los instituyentes, entendiendo que si muere antes y sin descendencia queda ineficaz el nombramiento[46], por ser condicional, ningún derecho compete al donatario en vida del padre[47]. Según Costa, la institución no causa todos sus efectos hasta el fallecimiento de los instituyentes y si el instituido fallece antes, la institución pierde todo su valor[48].

3) Solano califica como un derecho sujeto a término[49] en cuyo caso transmite a los descendientes. Cristóbal Montes matiza que no se trata de un genuino término, en el que se adquiriría el derecho en el momento del otorgamiento del contrato sucesorio, quedando suspendida tan sólo la exigibilidad o ejercicio del tal derecho[50].

4) Lacruz entiende que la muerte del causante es *conditio iuris* de la operatividad de la disposición sucesoria [51], hecho que se integra en el supuesto de hecho de la norma como un requisito para su eficacia.

Dentro de esta línea, añade Palá que el derecho del heredero es un derecho a la adquisición de la herencia, adquisición que tendrá lugar cuando se den los demás supuestos o circunstancias legales o convencionales, de lo que se deriva que al tiempo del otorgamiento no adquiere un derecho actual sino un derecho expectante [52].

5) Lacruz añade que el heredero contractual tiene una expectativa y ve cercanía entre su posición y la del legitimario, por lo que entiende que queda ineficaz la institución por premoriencia del instituido, en aplicación de las normas referentes a toda clase de disposición *mortis causa* que son de ineludible aplicación. Sin embargo, reconoce que en los heredamientos forales la premoriencia del instituido no siempre hace caducar la institución, sino que normalmente se transmite a sus hijos[53].

---

[46]BATALLA, "La disponibilidad de los bienes en Aragón" A.D.A. I, 1944, 353.

[47]BROCA *Historia del Derecho de Cataluña*, 712.

[48]COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular*, I (Alto Aragón), Barcelona, 1902, 92.

[49]SOLANO, "Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón", A.D.A., 1944, 436.

[50]CRISTOBAL MONTES, "El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragonesa", R.C.D.I. 1979, 1, 339.

[51]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Sucesiones* 1981, 10; CRISTOBAL MONTES, ibídem.

[52]PALA, Los señores mayores en al familia altoaragoneza" en Segunda semana de Derecho aragonés, Jaca 1943, 192; De esta calificación se deduce que no cabe transmisión porque el derecho no ha nacido.

[53]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones* , ed. 1971, 728.

6) Entendemos que corresponde la calificación de derecho expectante, a su vez encuadrable en la categoría de los derechos en fase de formación. Es un derecho potencial en su titularidad última, pero actual en su gravitación o afección[54].

Condicionada su perfección a la supervivencia del instituido o su descendencia y a la tenencia de hijos por parte del instituido, pero nacido en el momento del otorgamiento, inscribible y protegido jurídicamente.

La naturaleza del título presenta semejanza con el derecho expectante de viudedad. Se trata de un derecho subjetivo actual que garantiza otro -u otra fase del mismo- eventual, desechando la opinión de quien lo califica como simple expectativa[55]. De presente ostenta el título de sucesor con carácter irrevocable, que a su vez entraña un eventual derecho a serlo si sobrevive al instituyente. El derecho subjetivo actual se cifra en que se le reconozca como nominado sucesor con carácter irrevocable.

El derecho expectante, a su vez, es encuadrable dentro de los derechos en fase de formación. La doctrina alemana desarrolla esta categoría como una manifestación de la teoría del presupuesto de hecho[56], y reconoce que la adquisición de un derecho puede consistir en una serie de hechos que se producen sucesivamente, de tal modo que "con cada uno de los hechos de adquisición que se dá, se alcanza un grado previo del derecho"; "mientras más hechos hayan sucedido, tanto más se acercan los grados previos a la existencia total del derecho"[57].

Los errores y equívocos reinantes en la doctrina de las expectivas y de los derechos expectantes se deben al punto de partida elegido, consistente en analizar el número de requisitos que van acumulándose en el haber del presupuesto de hecho,"olvidando que, jurídicamente, una situación es tan incompleta faltando uno como diez requisitos, y que, incluso socialmente su valor no depende de la cantidad sino de la probabilidad que hay, en cada caso, de que todos los requisitos se lleguen a reunir"[58].

---

[54]Encuadra SANCHO REBULLIDA ("La viudedad aragonesa" A.D.A., T. VIII, 1955-1956, 64) en esta categoría la viudedad aragonesa, si bien manifiesta la dificultad que encierra el encuadrarlo dentro de alguna categoría o matiz de los derechos subjetivos, de su formación o de su interinidad.

[55]En términos semejantes califica SANCHO REBULLIDA (ibídem), el derecho de viudedad antes de que esta se produzca, rechazando que se trata de una simple expectativa, como sería la situación que ocupa el legitimario que es notoriamente más débil.

[56]DE CASTRO BRAVO, *Derecho civil de España. Parte General*, Parte general, T. I, Introducción al Derecho civil, Madrid, 1955, 678.

[57]V. TUHR, I, 180, tomado de DE CASTRO (ibídem).

[58]Según DE CASTRO (ibídem), ello ha hecho que no se pueda lograr una definición ni una clasificación medianamente útil de las expectativas; en idéntico sentido ZITELMANN, citado por DE CASTRO BRAVO ibídem, n. 2.

El único valor jurídico que pueden tener las expectativas está en lo que se ha llamado "lado pasivo" o "vinculación del objeto del futuro derecho "[59].

Retomando estas ideas y atendiendo a la composición del presupuesto fáctico de la institución sucesoria pura, objeto de análisis, debe reunir dos requisitos de tipo legal para completarlo: la supervivencia del sucesor o su descendencia y por otra parte, la existencia de descendencia del instituido, encuadrable en exigencias constitutivas de *conditio iuris* [60]. Los textos legales de los territorios forales, al igual que la Ley del Parlamento vasco establecen que la descendecia recibe el derecho a la herencia contractual por transmisión[61].

Conceptualmente es la opinión que mantenemos; sin embargo la evolución de los conceptos es fruto de la necesidad de adecuarse a la situaciones que tratan de abarcar. En el caso que nos ocupa, entendemos que es necesario profundizar en el análisis dogmático a fin de dar una respuesta única a estas situaciones, y armónica con los principios principiales del Derecho sucesorio.

Parece evidente que en los pactos sucesorios del Derecho vizcaíno la designación de sucesor abarca al hijo contrayente y a su descendencia, esta designación viene a corroborar lo que la legalidad establece al fijar, la reversión para el supuesto de que no hubiere descedencia[62] y por otra parte, la posibilidad de que el instituido transmita su derecho por actos inter-vivos o *mortis causa* a favor de la misma[63]. Siempre que haya descendecia entiende que por premoriencia del instituido se transmite[64].

459. La designación de sucesor en los bienes vinculados.- Se trata de una sucesión especial en la que el instituyente no goza de libertad ni a la hora de elegir ni

---

[59]DE CASTRO BRAVO, (ibídem) cita a unos autores que matizan este concepto: V. TUHR, I, 183; FITTING, Uber den Begriff der Ruckziehung, 1856, había hablado de eficacia previa, 21; ENNECERUS, Rechtsgeschaft, de consecuencias de hecho, 236. La importancia de estos efectos la señaló Windscheid, I, § 67, n.2 en coincidencia con UGER, II, 7, 8, diciendo, que sólo donde existan tiene el concepto de derecho futuro significación jurídica; en los demás casos hay simplemente un "no derecho"; también BEKKER. I, § 35, 115, con mayores reservas sobre la utilidad del concepto en § 29, 94.

[60]DE CASTRO BRAVO, ibídem, n.3, cita a HENLE establece la división en cinco tipos, según el elemento que falta al derecho ("conditio facti", "conditio iuris", falta actual de objeto, de presupuesto de validez, de certidumbre o determinación del titular).

[61]Art. 83. 1 Ley de Derecho foral: V. arts. 105.1 Comp. A.; ley 180 Comp. N.; art. 83 Código sucesiones catalán.

[62]Art. 83 Ley de Derecho foral en este caso se refiere al pacto sucesorio con eficacia de presente.

[63]Art.78 Ley de Derecho foral.

[64]Art. 83. 1 ley de Derecho civil foral: V. arts. 105.1 Comp. A.; ley 180 Comp. N.; art. 83 Código sucesiones catalán.

en el modo que debe hacerlo, sino que ha de sujetarse al Fuero (si es vizcaíno) y a las reglas establecidas en la carta fundacional, que constituye la norma suprema a la que se sujetan estos bienes. Hemos comprobado que generalmente se trata de bienes troncales, por lo que el régimen jurídico dispuesto en la carta fundacional para su transmisión en ningún caso puede violar las leyes del Fuero de carácter imperativo, como la troncalidad o el carácter reservable que tienen ciertos bienes.

Se dá la circunstancia de que comúnmente la vinculación recae sobre bienes troncales y la modalidad de vínculo más generalizada en Vizcaya es el irregular electivo, incidiendo la libertad de elección en el ejercicio de la facultad de testar. En las escrituras que contienen la institución en estos bienes, lo frecuente es que le instituya sucesor tronquero simple y en algunos casos se le haga donación presente de los bienes.

La institución de sucesor se hace acogiéndose al Fuero y a la Carta fundacional.

En este tipo de bienes hemos encontrado, frecuentemente, la institución de sucesor tronquero simple, lo que atribuimos al hecho de que en estos patrimonios necesariamente ha de serles nombrado un sucesor.

La institución de sucesor simple se recoge en el contrato matrimonial con anuencia del instituido, quien acepta el nombramiento y con ello cierra el pacto.

Como efectos específicos de este título, diremos que a la vinculación que entraña la concertación mediante pacto se une la que se deriva de la inalienabilidad impuesta por la voluntad del fundador.

460. **La institución de heredero universal pura o condicionada.-** La institución de heredero en la generalidad de los bienes que dejare al morir el causante, hecha exclusión de los troncales y de los vinculados, constituye otro título sucesorio universal que se emplea en el pacto sucesorio vizcaíno.

Teniendo en cuenta que el patrimonio troncal representa el patrimonio familiar en explotación, con un régimen sucesorio específico, el patrimonio general relicto está constituido, frecuentemente, por el patrimonio mueble que no constituye pertenencia del patrimonio troncal y, adicionalmente, por los bienes futuros que sin tener ningún nexo que determine su vinculación al troncal lleguen a su titular. Es relativamente frecuente que esta designación verse sobre las ganancias generadas con la mitad que se reservó en usufructo cuando se dispuso del patrimonio troncal. En el Derecho vizcaíno, sistema en el que pueden coexistir varios sucesores universales, el heredero en la generalidad de los

bienes del causante no ocupa el rango de heredero principal, según terminología empleada por el Fuero[65], cargo, que le está reservado al sucesor tronquero.

El hecho de instituir heredero universal mediante pacto, es decir, con la aceptación expresa por parte del instituido, determina idénticos efectos a los ya hemos presentado en la institución de sucesor en el vínculo, es decir irrevocabilidad de la institución y eficacia post- mortem con la particularidad que en este caso será en el patrimonio relicto del instituyente.

Es frecuente que el título transmisorio empleado sea el de heredero universal, condicionado al hecho del mantenimiento de la comunidad de vida, junto con la donación de la mitad del patrimonio mueble para el supuesto de que la comunidad se disuelva y la institución de heredero se resuelva.

De manera que, si la comunidad de vida se mantiene hasta la muerte de los instituyentes, la institución de heredero produce plenos efectos. Pero el caso, por el contrario, de disolución anticipada de la comunidad, ya no tiene lugar y preveyendo esta situación, desde ahora para entonces se hace donación de la mitad del patrimonio mueble. Esta fórmula es común en dos casos:

1. Entre instituyentes que viven en régimen de inquilinato y no tienen en el presente sino un patrimonio mueble del que disponen con efectos *mortis causa*.. Se le transmite el derecho de arrendamiento y todo el patrimonio relicto.

2. El instituyente acuerda la constitución de la comunidad o sociedad de vida con el matrimonio de los instituidos, en la mitad que en su día se reservó al designar sucesor en el patrimonio troncal, e instituye heredero universal al hijo acomodado en dicha mitad reservada, condicionando la institución al hecho del mantenimiento de la comunidad. Esta institución está sujeta a condición y si la condición se cumple en el momento de la muerte de los instituyentes, se mantiene la institución y produce plenos efectos[66].

Esta fórmula tiene dos particularidades: los efectos de la institución son *mortis causa*, no existe de presente efectos traslativos de la titularidad dominical. Adquirirá el título de heredero condicionado.

---

[65]FN. 20-19 establece esta categoría al establecer que el sucesor troncal, como heredero principal, ocupará la cabecera en la sepultura de la familia.

[66]Podemos entrever que con un único patrimonio quedan atendidas las necesidades presentes de tres familias, sin que el títular de la hacienda se despoje de ella, contando los instituidos de un respaldo jurídico que les garantiza la irrevocabilidad de su derecho sucesorio y en defecto la entrega de un patrimonio mueble

Esta circunstancia nos permite adelantar que el instituido bajo condición adquiere una expectativa al título de heredero y nos obliga a plantearnos la naturaleza de la condición.

Del tenor literal puede desprenderse se trata de una condición suspensiva "si mantiene la comunidad de vida". Es una condición negativa, pues, en el fondo, consiste en que no acontezca algo que modifique la situación actual; de naturaleza mixta, pues no pende exclusivamente de la voluntad.

461. **Institución de sucesor tronquero y mejora de un tercio y quinto de los bienes sitos en villa.-** Existen escrituras en las que de forma cumulativa se emplea el título sucesorio troncal y la mejora del tercio y quinto de los bienes. Responde a la voluntad por parte del instituyente de disponer en vida, tanto de su patrimonio troncal, como de los bienes que posee en villa. La aplicación del estatuto real dá origen a que tenga que acudirse a dos sistemas normativos.

La normativa aplicable es la correspondiente a la institución de sucesor de la que hemos tratado al hablar del pacto sucesorio en los vínculos, reglas que son aplicables a excepción de la relativa a la disponibilidad de los bienes por actos *inter-vivos*, debiendo entenderse que como regla general, aplicando estrictamente el título sucesorio, puede disponer, puesto que conserva la titularidad de los mismos hasta su muerte. Esto será así, salvo que se haya pactado algo que venga a modificarlo, en cuyo caso habrá que atenerse a lo que dispone esa cláusula si contiene alguna norma que incida en la disponibilidad de los bienes. La cláusula de modalización más frecuente en Vizcaya es la constitución de sociedad o comunidad entre instituyentes e instituidos que establece la disposición conjunta de los bienes.

Respecto a los bienes sitos en villa rige la Novísima Recopilación, que a su vez, toma la regulación de la mejora de las leyes de Toro, en concreto la ley XVII de Toro, que regula la mejora contractual irrevocable, cuando se concierta en contrato *inter-vivos* por causa onerosa con un tercero o por vía de casamiento[67].

El empleo de la fórmula de "mejora del tercio y quinto" que figura en la ley XIX de Toro, no entraña desnaturalización del quinto, que en todo caso no es mejora sino de libre disposición[68].

---

[67]GASCO BLASCO, F., *La mejora irrevocable*, Valencia, 1991, 106, analiza el fundamento de la irrevocabilidad en tal caso.

[68]LACOSTE, *La mejora* , Madrid, 1913, 178.

La institución sucesoria que presentamos se acoge a dos sistemas normativos, dando origen a la sucesión en dos masas patrimoniales de forma paralela. Presenta semejanza con el pacto institutorio, en cuanto que a través de la mejora del tercio y quinto se atiende a finalidades semejantes, teniendo como peculiaridades el apartamiento, tratándose de la designación de sucesor conforme al Fuero y la obligación del pago de las legítimas de los restantes hijos, al disponer de la mejora.

La disposición mediante donación, con promesa de la mejora del tercio y quinto, es el vehículo jurídico empleado en los sistemas en los que rigen las leyes del Reino, para disponer en vida de la herencia con carácter irrevocable[69].

Al mejorar con el tercio al contrayente, se dispone adicionalmente del quinto, procurando que el valor de los bienes no lesione los derechos legitimarios. La percepción de la integridad del bien por el beneficiado con la mejora, quedaba supedidatado a que su valor no sobrepasara el de la legítima y de dar lugar a ello, la ley XX de Toro facultaba a los herederos a su pago en metálico. Es común el que se disponga de esta manera, aplicándose con absoluta claridad el estatuto real.

e) Institución de sucesor con eficacia de presente.

462. **La institución de sucesor tronquero con donación inter-vivos de los bienes.-** Este título es el que se emplea habitualmente tratándose de bienes troncales.

Siendo este tipo de bienes los que componen, básicamente, el patrimonio familiar vizcaíno, este título es el específico dentro de nuestro sistema.

A la designación de sucesor tronquero se adiciona la donación inter-vivos de dicho patrimonio, acompañando a la donación las cláusulas de entrega de los bienes, cesión de acciones y toma de posesión de los mismos por parte del instituido.

---

[69]Hemos podido ver escrituras de contratos matrimoniales pertenecientes a Guipuzcoa, Galicia, Asturias y Vizcaya en villa, con un contenido semejante, tanto en la fórmula como las cláusulas de acompañamiento; NAVAJAS LAPORTE, A. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipuzcoa* , San Sebastián, 1975, 93; PAZ ARES, J.C., *Instituciones al servicio de la casa en el Derecho Civil de Galicia*, Salamanca, 1964, 113 y ss; VALLET de GOYTISOLO, J., "La conservación del " fundus intructus" como explotación familar, tema básico de los Derechos forales o especiales españoles, en separata de la Revista de Diritto agrario, XLV, 1966, 24; SANCHEZ GARCIA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, 192; LOPEZ LAJOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, 91 y ss.

El título donacional *inter-vivos* corrobora el carácter irrevocable de la institución de sucesor mediante pacto, pero no es ésta la razón por la que se incorpora adicionalmente, sino que lo que se trata de alcanzar es que la disposición tenga una preeficacia de presente.

Antes de la apertura de la sucesión del instituyente se producen los siguientes efectos:

1. Se producirán los efectos comunes a todo pacto sobre la herencia, es decir, revoca las disposiciones testamentarias anteriores que versen sobre los mismos bienes; derivado de su carácter pactado, el instituyente queda despojado de la facultad de disposición de los mismos por actos *mortis causa*, tanto por testamento como por contrato.

Dada la división de masas patrimoniales dentro de la herencia, obviamente, estas limitaciones en su *testamentifacio activa* no afectarán sino en lo que respecta al patrimonio troncal.

2. El instituido adquiere de presente, no sólo el título de sucesor, sino la titularidad de los bienes donados[70], dominio que, aunque puede ser pleno, lo usual en Vizcaya es que se restrinja total o parcialmente y quede reducido a la nuda propiedad, por cuanto se acuerda que el disfrute de los bienes quede compartido, bien mediante el establecimiento de la reserva de usufructo a favor de los instituyentes, bien por su disfrute en comunidad en la asociación creada entre instituyentes e instituidos. Si nos fijamos en la titularidad que ostenta aquél que recibió por donación, diremos que se trata de la titularidad en nuda propiedad (reserva de usufructo o disfrute en sociedad), limitada en su disposición (reserva de usufructo y régimen de administración de la sociedad) y gravada con cargas (la dotación de los hermanos, la exequias fúnebres de los instituyentes etc.) y sujeta a dos*conditiones iuris* supervivencia del donatario o su descendencia y a la condición de que el instituido hubiere tenido descendencia.

3. Como consecuencia de la transmisión de la titularidad al instituido, el instituyente pierde el *ius disponendi* por actos *inter-vivos* , tanto a título oneroso como lucrativo. La facultad dispositiva corresponde en esta modalidad sucesoria al sucesor, en cuanto nuevo titular del dominio y ésta sería la regla general a aplicar en esta modalidad de pacto. Sin embargo en Vizcaya, de la misma forma que hemos visto que en la disposición sucesoria *post-mortem* la voluntad de disponer se encuentra frecuentemente modalizada, aquí lo está de idéntica manera y esta modalización mediante la asociación o

[70]El efecto principal que se deriva del título donacional es el de su eficacia de presente. Las claúsulas de cesión de acciones y entrega simbólica de la posesión de los bienes, que acompañan a la donación cumplen la finalidad de la *traditio* de los mismos.

en virtud de la constitución de una reserva, determina que los bienes deban sujetarse al régimen juridico que dichos pactos contienen, que es el de disposición conjunta.

463. El título de sucesor tronquero en los bienes conlleva la Jefatura familiar.- La designación de sucesor tronquero encierra la nominación del instituido en el cargo de la jefatura familiar, similar, *servata distantia* , a la figura del *rex designatus* del Derecho franco de los siglos XI y XII o a la del Obispo coadjutor con derecho de sucesión en el Derecho canónico[71].

Se le instituye al hijo contrayente y a su descendecia. Se elige la familia, la estirpe de los futuros sucesores de la casa, vinculando con la elección a dos generaciones.

Este título sucesorio no sólo confiere la titularidad en los bienes, sino que determina adicionalmente la designación en un cargo: la jefatura en la casa, es decir, en la familia y en su patrimonio. El principio de libertad en la elección que preside todo el campo sucesorio resulta especialmente operativo en este caso. La meditada elección determina que no hayamos encontrado ningún caso en el que la designación quede sometida a condición, a excepción de la legal de tenencia de hijos, cuya *ratio* responde a la necesidad de garantizar un continuador en el cargo. Este sería un matiz diferencial con el título de heredero que con frecuencia figura condicionado.

La anteposición de algunos efectos al momento de la muerte del disponente mediante acto *inter-vivos* tiene por objeto la transferencia de la posición soberana en en el patrimonio familiar en explotación, que permita al benefiado un adecuado entrenamiento, debidamente articulado con un "*ius poenitendi* " ejercitable por ambas partes[72].

La naturaleza de los bienes, en este caso su carácter de patrimonio en explotación, determina que el instituyente busque estos efectos en vida con objeto de lograr una mejor atención a los mismos, mediante la entrada de recursos económicos y humanos, así como posibilitar un entrenamiento supervisado en la gestión, si bien los efectos definitivos quedan subordinados a la muerte del disponente[73].

[71]Con tales figuras compara PALA MEDIANO ("Los señores mayores...", 156) el heredero instituido en Capitulaciones Matrimoniales.

[72]PALAZZO, A. *Autonomia contractuale e succesione anomale*. (Le forme alternative al testamento), Ed. Jovene, Napoli, 1983, 96.

[73]MARELLA, M.R. "Il divietto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento", La nuova giurisprudenza civile commentata, 1991, num. 2, segunda parte, 93.

La existencia de estos efectos en vida, pese a la naturaleza *mortis causa* de la institución, nos obliga a un replanteamiento de esta categoría, y a salir de la rígidez conceptual que la doctrina clásica ha impuesto a los actos *mortis causa.*

Para un Derecho como el italiano, con prohibición de pactos sucesorios, Palazzo analiza figuras contractuales, en las que la autonomía de la voluntad elabora formas susceptibles de producir, de forma sutil y con perfiles acaso discutibles, esquemas que superen el sistema testamentario. Se trata de posibilitar la subsistencia sin descapitalización de las empresas y de la transferencia más que "*post morte* ", "*transmorte* " de la capitanía o posición soberana de la misma, por acto intervivos[74].

De modo similar, Marella, reconoce que se trata de una forma alternativa del testamento, concebible cuando la estructura contractual elegida determina la inmediata transferencia de los bienes, aunque subordinando su carácter definitivo a la muerte, al tiempo que anticipa algunos efectos, pero sin prejuzgar la posibilidad para el atribuyente (hasta su muerte) de bloquear por una causa justa su desarrollo. Destinar los propios bienes todavía en vida y al mismo tiempo controlar la cualidad del sujeto beneficiario de la atribución. Esta modalidad resulta especialmente idónea en los temas de empresa y cuando se trata de la formación de la persona para el cargo[75].

464. **Designación de sucesor en el vínculo y donación *inter-vivos* de los bienes libres.-** Como una variante de la institución simple en bienes vinculados, figura en algunas escrituras la donación singular de los bienes libres. En este pacto la eficacia en vida se limita a los bienes concretos, en tanto que la institución sucesoria tiene eficacia *post-mortem.*

Se consideran bienes libres en los vínculos las mejoras que éstos experimenten, sólo quedarán vinculadas mediante agregación al vínculo y afectación ulterior, del mismo modo que los bienes futuros. Es decir, sin un acto de afectación no quedan agregados al vínculo.

Son escasas las escrituras que contienen esta fórmula. En lo que respecta a la institución de sucesor se seguirá lo ya expuesto. Respecto a la donación de los bienes libres, no se trata de una donación singular con eficacia plena de presente, sino que a la luz de la fórmula empleada nos inclinamos a encuadrar como una universalidad de los bienes presentes y futuros, en consecuencia el régimen apalicable sería el expuesto.

---

[74]PALAZZO, ibídem.

[75]MARELLA " La nuova giurisprudenza civile commentata, 1991, núm. 2, segunda parte, 93.

465. **Institución sucesoria acompañada de donaciones singulares *inter-vivos*.-** Contienen la designación sucesoria con eficacia *post- mortem* acompañada de una o varias donaciones en bienes singulares; en este tipo de disposiciones lo frecuente es que se vayan indicando al perfeccionar la donación el tiempo en el que comenzará a surtir los efectos, en función de la tipología de los bienes unas producirán efectos al tiempo de la celebración del matrimonio (donación del arreo) y otras irán escalonadas en el tiempo (la herramienta mayor de labranza), por poner unos ejemplos.

f) La institución sucesoria a título particular.

466. **El empleo de la fórmula "dona, promete y manda".-** En el Derecho histórico existen pactos sucesorios a título particular frecuentemente mediante la fórmula "dona promete y manda" o simplemente "manda"; en función de que fuere una u otra fórmula, se deriva su eficacia parcial de presente o *post- mortem.*

g) La fórmula del apartamiento

467. **El apartamiento de los que no han sido elegidos-** El apartamiento de los descendientes, no favorecidos con la disposición, es un requisito formal "*ad solemnitatem*" establecido en el Fuero, cuyo incumplimiento conlleva la nulidad de la disposición.

Ha quedado justificado doctrinalmente, en la primera parte de este trabajo, que el apartamiento no implica desheredación afirmación que posteriormente hemos acreditado documentalmente en la segunda parte, en la que figura el apartado respecto a unos bienes, instituido en otros, de tal modo que el apartado en la sucesión de unos bienes, posteriormente se le instituye heredero en otros. Es relativamente frecuente que en algunos testamentos que hemos manejado se indique como habían sido acomodados cada uno de los hijos y qué es lo que recibieron en su contrato matrimonial.

El apartamiento es una cláusula legal cuya finalidad consiste:

1º El evitar que la omisión se atribuya a indignidad.

2º Garantizar la existencia de una voluntad consciente y libre en el testador.

3º Excluir la posibilidad de que los restante hijos puedan pretender derecho alguno a dicha parte donada.

4º Atiende a la indivisión del patrimonio familiar y deja patente la libertad en la distribución paterna de los bienes de la herencia.

Es frecuente que se deje constancia en la propia escritura de lo que ha de recibir el apartado en el momento de su acomodo o se referencie lo que recibió, indicándose fecha y escribano autorizante.

En lo que respecta a la obligatoriedad del apartamiento al otorgar un pacto sucesorio deberá seguirse en este punto las reglas generales fijadas en el campo testamentario.

h) Reservas a favor de los instituyentes.

468. **La reserva de bienes.-** Estas reservas son relativamente frecuentes en las escrituras que contienen la designación sucesoria con donación inter-vivos de los bienes. Es decir, les donan y posteriormente les detraen unos bienes, comúnmente con el objeto de atender a la dotación de los restantes hijos. Se trata de la reserva de bienes muebles, la dote aportada por el otro contrayente y dinero metálico. Es inusual el que se reserven bienes inmuebles.

La reserva de dinero es la que aparece más frecuentemente. La dote entregada directamente por los padres dotantes a los instituyentes, es sin duda la reserva más frecuente y la que encierra mayor valor económico. También es frecuente el que se deje constancia que los bienes reservados quedarán a libre disposición de los instituyentes.

Si se trata de la reserva de la dote que aportan los padres del otro contrayente, se indica expresamente el destino que va a tener, siendo frecuente el que se destine a atender la dotación de los restantes hermanos, al pago de las deudas del patrimonio troncal o a la atención a gastos extraordinarios que pudieran tener los instituyentes.

Durante la vida de los instituyentes disfrutarán éstos de los bienes reservados con exclusión de los instituido, y a su muerte les sucederán en el remanente de los mismos en virtud de la institución de sucesor.

469. **Reserva de usufructo de la mitad.-** Es frecuente el que los instituyentes se reserven el usufructo de la mitad de los bienes donados.

Son características de este usufructo las siguientes:

1º Se constituye a partir de la celebración del matrimonio o en previsión de la disolución de la comunidad de vida entre ambos matrimonios, por no haber podido congeniar sus carácteres. En este segundo caso la constitución de la reserva de usufructo será subsidiaria, es decir, si se produce la disolución, y para tal caso se prevé desde ahora para entonces.

2º Versa sobre la mitad de los bienes donados. No dicen la mitad del usufructo, sino el que corresponde a la mitad de los bienes. Siguiendo la costumbre del Duranguesado, para dividir el sucesor prepara los lotes y el padre elige.

3º Se concierta a favor del instituyente y de su cónyuge.

4º Tiene carácter vitalicio, durante la vida de ambos instituyentes. Cabe el que se pacte la prórraga del mismo hasta la fecha en la que se hace el balance de las ganancias anuales, siendo el hijo acomodado en la mitad quien contribuyó a que estas se generaran, el que las reciba o bien el heredero testamentario.

5º Es relativamente frecuente el que se reserve la facultad de acomodar a otro hijo en la mitad reservada en usufructo.

6º Puede ser exclusivo de los instituyentes o compartido con sus padres, es decir los abuelos del contrayente, quienes, a su vez, constituyeron reserva al hacer institución con donación.

El abuelo tendrá mientras viva su mitad íntegra en usufructo, y los instituyentes e instituidos compartirán la otra mitad, que acrecerá al morir el primer reservista[76].

i) La asociación de vida y trabajo entre instituyentes e instituidos.

470. **La asociación de ambos matrimonios: Estatuto de funcionamiento.-**La sociedad o comunidad de vida y trabajo es una cláusula muy frecuente en todas las escrituras, con independencia del tipo de fórmula empleada. Se constituye de forma expresa y se establece detalladamente el régimen jurídico al que se sujeta.

Hemos dedicado una atención especial a esta cláusula en la segunda parte de este trabajo, por tratarse de una institución consuetudinaria que establece un marco normativo

[76]La transmisión del bien en vida de reservista nos muestra su disponibilidad a favor de los descendientes y la concurrencia de ambos usufructos.

en el que se desenvuelve el pacto sucesorio, desde su perfeccionamiento hasta la muerte de los instituyentes.

Este régimen constituye el nucleo del Estatuto jurídico de la familia, en el que se conjuga y armoniza el régimen económico familiar con el régimen sucesorio, presenta estos caracteres:

1º Son miembros natos de la sociedad los dos matrimonios, instituyentes e instituidos. Se es miembro por pareja, no individualmente.

2º El patrimonio inicial está constituido por los bienes con los que ha sido instituido o los que han sido objeto de donación. Es frecuente el que se trate de un patrimonio que constituya una unidad mínima de explotación. Engrosan este patrimonio las mejoras que se hagan en los bienes existentes durante la vida de la sociedad y las adquisiciones de otros nuevos, siendo comunes a ambos matrimonios y divisibles por partes iguales.

3º La finalidad de la sociedad es la obtención de ganancia mediante la contribución de los socios con su trabajo. Se fijan cuáles son los ingresos y gastos de la comunidad. Las deudas que aparezcan contraidas después de la unión de los dos matrimonios se entienden igualmente comunes y por mitad de cada uno. Se lleva a cabo un balance anual el día 1 de Noviembre, festividad de Todos los Santos. Una vez deducidos de los ingresos los gastos se determina la ganancia o pérdida obtenida en el ejercicio. La participación en las ganancias y pérdidas es a medias e iguales partes entre los dos matrimonios. Frecuentemente la ganancia no se reparte, sino que se capitaliza.

A la hora de fijar qué se considera ganancias de la comunidad, puede entenderse, a la luz de los documentos, exclusivamente las generadas con el patrimonio de la comunidad por las siguientes razones:

a) Existen pactos en virtud de los cuales incorporan ganancias generadas fuera de la comunidad, pactos que resultarían superfluos, en el caso de entenderse comprendidas.

b) La existencia de diferentes masas patrimoniales bajo un único titular, aparece en el sistema como un principio patrimonial claro, que operará, salvo pacto, en todo caso. Hipotéticamente, el no respetar la separación y autonomía en el funcionamiento de las distintas masas puede dar lugar a conflictos y no existe referencias de ello en la jurisprudencia civil vizcaína.

4º Se establece el gobierno conjunto, comúnmente, de tal modo que todos los actos de administración o disposición que se lleven a cabo requieren el consentimiento conjunto.

5º Los socios tienen derecho a los alimentos, a recibir asistencia en el supuesto de enfermedad y a participar en las ganancias y tienen a su vez la obligación de contribuir a generarlas con su trabajo, en la medida de sus fuerzas y contribuir a medias a enjugar las pérdidas.

6º Se prevé la disolución voluntaria de la sociedad, por no avenir los caracteres y sus consecuencias. Quedan legítimados tanto los instituyentes como los instituidos para solicitarla. Las consecuencias de la disolución, si se trata de un patrimonio troncal, será que el mismo se divida, para usufructuarlo con independencia. Si se trata de un patrimonio en arrendamiento o constituido por bienes muebles, por regla general se dividirán estos por mitades y una mitad pasará a la propiedad del instituido.

7º Se fijan la disolución de la comunidad por muerte: La muerte de ambos instituyentes, del instituido y su cónyuge o de uno de los instituidos, sin que en este último caso quedare descendencia, dará origen a que la comunidad se disuelva y que el usufructo hasta entonces adscrito a la sociedad se integre con la nuda propiedad.

8º Si al disolverse la familia compuesta hubiere frutos pendientes o recolectados, unos y otros habrán de dividirse por partes iguales si existe pacto, en caso contrario, los recibirá el nudo propietario, quien deberá resarcir al miembro saliente o su representación legítima de los gastos generados para producirlos.

9º La sociedad de vida y trabajo se mantiene:

a) En el supuesto de premoriencia del instituido con descendencia[77].

b) Por muerte de uno de los instituyentes.

En el segundo supuesto se prevé que el instituyente supérstite mantenga, con carácter vitalicio, íntegra su participación en la sociedad, es decir en la mitad de las ganancias que la misma genere.

El régimen que regula la comunidad familiar junto a la cláusula de reversión constituye el nucleo del Estatuto familiar, en él se regulan las situaciones previsibles por las que pueden atravesar sus miembros; en consecuencia, se prevé detalladamente el derrotero que han de seguir los bienes para atender de forma armónica a sus necesidades personales y materiales.

---

[77]FN. 20, 1.

471. **La asociación o comunidad pactada y su encuadramiento como sociedad universal de ganancias.-** Esta comunidad, sociedad o hermandad, -de estas tres formas se le denomina en los documentos -, puede encuadrarse en el tipo societario regulado en las Partidas bajo el título de sociedad general de ganancias.

Conocida y considerada como sociedad universal en Asturias[78] y Galicia[79], que presenta semejanza con la comunidad entre instituyentes e instituidos existente en Aragón[80]; la comunidad en Cataluña[81]y Navarra[82] se consideraba constituida tácitamente cuando se hacía heredamiento por aplicación directa del derecho consuetudinario. La comunidad del Derecho vizcaíno tiene puntos que se identifican con la "sociedad taisible" del derecho francés[83]o "de la communione tácita familiare" propia de la costumbre de ciertas regiones italianas[84].

[78]BLANCO GARCIA, *Estudio jurídico de la Socidad familiar asturiana*, Oviedo 1957, 58.; HERVELLA FERREIRA, *Las comunidades familiares y la Compañía gallega después de la publicación del Código Civil*, Monforte, 1898; FONSECA GONZALEZ "La naturaleza de la sociedad familiar a través de la Jurisprudencia de la Audiencia Territorial". Primer Congreso Jurídico de Asturias, recogido en una publicación del Instituto de Estudios asturianos, 1990; TUERO BERTRAND, *Instituciones tradicionales en Asturias* , Gijón, 1976, 40.

[79]Según PAZ ARES, J. C., ("La casa en el Derecho Foral de Galicia" R. D. N. Año XIV. Núm. XLVII. Enero- Marzo 1965, 240) destaca en esta asociación familiar de constitución tácita, compuesta por dos matrimonios labradores, que tiene como fin establecer una comunidad de vida y una explotación conjunta del patrimonio común al servicio de la casa y que produce como efectos inmediatos la atribución igualitaria de los frutos y gastos ordinarios a los distintos asociados; del mismo autor *Instituciones al servicio de la Casa en el derecho civil de Galicia*, Salamanca, 1964; MONTERO LOIS, *Compañía familar gallega*, La Coruña, 1898.

[80]Según SOLANO (" Mi contribución..", ob. cit.,m 334) recogiendo el sentir de las costumbres pirenaicas "sin la convivencia entre instituyentes e instituidos no hay contrato sucesorio, no se concibe éste. Según PALA MEDIANO, F., (La familia en la Complicación del Derecho civil de Aragón ADC., XX, 1967) la asociación tiene más una finalidad de producción que de consumo.

[81]Según de la FUENTE Y PERTEGAZ (*Los heredamientos capitulares en Cataluña*, Madrid , 1921, 61), una de las finalidades del heredamiento era asociar al hijo. Dice PUIG FERRIOL, "Heredamientos: función. Heredamiento a favor de los contrayentes: heredamiento simple. Facultades del heredante en el heredamiento simple", RJC., 361) cuando se pacta comumidad universal de bienes se constituye un nuevo patrimonio

[82]Con el mismo carácter de norma dispositiva aparece regulada la comunidad familiar en la ley 92 y ss. del Fuero Nuevo de Navarra.

[83]GAUDEMET, *Les communautés familiales* , Paris, 1963, 101; LAFOURCADE, *Mariages en Labourd sous l´ancien regime* , Paris, 1963, 116.

[84]Como hemos detallado en el Nº 319

Esta sociedad familiar pactada, encuadrable en la sociedad general de perdidas y ganancias[85], se diferencia de la sociedad legal conyugal -la comunicabilidad foral- en los siguientes aspectos:

1º Se trata de una sociedad de ámbito familiar, en tanto que la comunicación se ciñe al ámbito conyugal.

2º No es una sociedad de bienes, ya hemos expuesto que exclusivamente son comunes ganancias.

3º No es propiamente universal, tomando este término en su acepción romana, es decir, comprensivo de la totalidad de las ganancias que se generen, con independencia de su proveniencia, sino que es general, en cuanto que comprende, básicamente, las ganancias generadas con el patrimonio social[86].

Esta sociedad no tiene personalidad jurídica, sin embargo, hay que reconocer que es una pieza institucional de la "casa" considerada como "entidad supraindividual con fines propios, que tiene que actuar con el juego de titularidades individuales"[87]. En su entronque con la "casa" radica precisamente la esencia y razón de ser de la Compañía familiar gallega[88], los dos matrimonio, "instituyente" e "instituido", se asocian con una finalidad: perpetuar la "casa" y el proceso de continuidad hasta que por ley natural desaparece el más antiguo y ya se prepara la nueva compañía con el heredero. Las personas se renuevan. La institución perdura.

De facto, en muchos casos, la presencia y el reconocimiento social de la casa, determinarán que la sociedad goce de una suerte de personalidad.

[85]Califica PAZ ARES, J. C. (*La casa en el Derecho Foral de Galicia* , ob. cit., 240), en idéntico sentido a la compañía familiar gallega.

[86]P. 5,10,7: "Simplemente faziendo algunos omes compañía diziendo assi: seamos compañeros, non nombrando, ni señalando que la fiziessen sobre todas sus cosas, segun diximos en la ley ante desta, entonces se entiende, que deuen partir entre si egualmente todas las cosas, que ganaren, de aquel menester, o de aquella mercaduria que ussaren".

[87]Añade LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Sucesiones, I, Parte General . Sucesión voluntaria*, Barcelona, Bosch, 1971, 745) que los bienes pertenecen a los individuos, y estos pactan y testan en propio nombre siendo "la casa" un término de referencia y un ente social al que se sirve y perpetúa a través de la vinculación sucesiva de los bienes en personas físicas; Según PAZ ARES ("La casa en el Derecho foral de Galicia ", ob. cit., 235), el concepto casa recoge dos aspectos básicos: el familiar que persigue perpetuar un nombre, y el económico que tiende a asegurar la subsistencia del la explotación agrícola en el tiempo; MARTIN BALLESTEROS *La casa en el Derecho aragonés* , Zaragoza, 1944, 107, en términos semejantes.

[88]PAZ-ARES, J. C., ob. cit., 240.

472. Caracteres de la asociación de vida y trabajo como sociedad universal de ganancias.- La Sociedad universal de ganancias puede servir de marco teórico a la asociación de vida y trabajo.

Según Paz-Ares[89], la sociedad de ganancias se caracteriza por los siguientes rasgos:

1º Las ganancias se extienden a los recursos obtenidos como consecuencia del trabajo de los socios.

2º La sociedad universal de ganancias se extiende al usufructo de los bienes muebles e inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato. De esto se deriva:

a) Trata de regular los rendimientos de las actividades y patrimonios individuales de los socios, pero no aspira o altera el régimen de esa actividad y de esa titularidad, respondiendo a la estructura y finalidad de este tipo social, como sociedad interna sin personalidad jurídica. El empleo del término "bienes en usufructo", refiriéndose al patrimonio social, no es correcto, porque en tal caso los socios quedarían privados de sus facultades dominicales y sin embargo los bienes continúan siendo de dominio particular"[90].

b) La sociedad sólo se extiende a los frutos del patrimonio adscrito al tiempo de la constitución de la sociedad, constituido de ordinario, en nuestro caso, por los bienes donados al contrayente "al tiempo de la celebración del contrato". Los frutos de los bienes adquiridos con posterioridad a título lucrativo no entran en la sociedad.

c) Los gastos es indiferente a quien se imputen, puesto que en todo caso se deducen de las ganancias.

3º A juicio de Paz-Ares, la sociedad de ganancias se extiende a los rendimientos atípicos, que no tiene su fuente en el trabajo, ni en el capital. El carácter universal de la sociedad reclama esta solución[91].

4º La celebración de la sociedad produce transmisión de las deudas, al igual que los bienes.

---

[89]PAZ-ARES, Cándido, *Comentario del Código civil* , T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 1390.

[90]LACRUZ BERDEJO,*Elementos*, II-3, 2 ed, 403; CAPILLA, *Comentarios al Código civil*, Edersa, XXI-1, 96.

[91]PAZ-ARES, *Comentario del Código civil* , T. II, 1390; a favor CAPILLA, *Comentarios*, Edersa, XXI, ob. cit., 95-96; LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, II-3º, 263.

5º No tiene ánimo de lucro.

A nuestro entender la obtención de ganancias es un móvil poderoso que une a los socios, sin embargo no es el prioritario ni el esencial, no hay que olvidar que nos encontramos en una sociedad constituida por miembros, jovenes y mayores de una familia.

Dejando sentado lo que antecede, nuestra apreciación es que la optimización de la explotación del patrimonio, el hacerle rentar y el fijar de que modo han de contribuir a ello, son las razones que les llevan a constituir la comunidad.

473. La disposición de los bienes por actos inter-vivos.- Tal y como hemos expuesto, en la asociación de vida y trabajo rige la regla de disposición conjunta de los bienes.

Esta regla de actuación no distingue si se trata de actos de disposición a título oneroso o lucrativo, ni si quien ostenta la nuda propiedad de los bienes es el instituyente, en el supuesto de institución *post-mortem* , o el instituido, si fué mediante donación. Los bienes constituyen el patrimonio de la sociedad en disfrute.

Esta regla se ha tenido en cuenta en la Ley de 1992 al establecer, con carácter de norma dispositiva, la disposición conjunta por parte de los otorgantes del pacto (Art. 77 del texto vigente) en el pacto sucesorio con eficacia de presente.

En el Derecho histórico si se pacta comunidad, tanto si se ha dispuesto con eficacia *post-mortem* como con eficacia de presente, todo acto de disposición tanto a título oneroso como lucrativo debe ser ejecutado de forma conjunta.

Como excepción a esta regla, en virtud de lo dispuesto en la ley foral, el instituido está facultado para disponer de estos bienes a favor de su descendencia, por actos *inter-vivos* o *mortis causa* [92], y en este caso los bienes se transmitirán gravados con las cargas que le hubieren sido impuestas al instituido en primer término.

No era inusual, a la luz de los documentos, la disposición en vida a favor de la descendecia, dando lugar a que figure compartido el usufructo de los bienes entre tres generaciones.

---

[92]Art. 78 Ley Derecho foral.

474. Modificaciones personales y disolución de la comunidad.- La muerte de los miembros, sean los instituyentes o los instituidos, dá origen a la disolución de la comunidad.

1) Tratándose de la muerte de los instituidos se dispone que los bienes de la comunidad reviertan a la familia en el supuesto de que ésta tuviera lugar sin que quedare descendencia del instituido.

2) Se prevé en el pacto de comunidad su disolución por muerte de ambos instituyentes y se fija el destino que seguirán los bienes ante tal evento.

A la vista de las escrituras sería necesario distinguir dos supuestos:

a) Si el mantenimiento de la comunidad es un hecho constitutivo de condición a la que se sujeta la eficacia de la institución de heredero, si la condición se ha cumplido a la muerte de los instituyentes la institución de heredero produce plenos efectos.

b) Si la designación de sucesor era firme pero modalizada con el pacto de comunidad, disuelta ésta la designación sucesoria integra el disfrute de lo bienes junto a la titularidad de los mismos y queda consolidada.

475. La disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres.- Es frecuente el que se prevea este supuesto en las escrituras y el que se faculte a uno u otro matrimonio para que pueda solicitar la disolución de la comunidad.

La regla general aplicable en el Duranguesado, tratándose de la designación de sucesor tronquero, era que si la comunidad se ha disuelto, sea a instacia de los instituyentes o de los instituidos, los bienes que hasta entonces constituían su patrimonio se dividan por mitad y cada matrimonio los disfrute en el futuro con independencia, disfrute que perdurará en tanto vivan los instituyentes.

En las escrituras del escribano Areitio, en previsión de esta disolución por falta de avenencia, establece la reserva de usufructo vitalicio de la mitad a favor de los instituyentes.

Tratándose de escrituras que contienen la institución de heredero o la donación universal de bienes, ambas sujetas a condición de mantener la comunidad hasta la muerte de los instituyentes, la ruptura de la misma determinará que la disposición a título universal devenga ineficaz y alternativamente, se produzcan los efectos de la disposición donacional, que se perfeccionó en el momento del otorgamiento, en previsión de tal evento.

La naturaleza jurídica del título de designación de sucesor tronquero, título que no se sujeta a condición, determina esta diversidad de respuestas ante una realidad semejante.

j) La asociación como modo y como condición.

476. Consideraciones generales acerca de la modalización del pacto.- Antes de examinar el carácter de modo o condición que desempeña la comunidad, al hilo de la materia vamos a hacer unas consideraciones sobre la frecuencia de la modalización del pacto sucesorio en el Derecho histórico y la medida en el que esta modalización incide en la configuración de su evolución histórica.

El pacto sucesorio como institución *a se* puede otorgarse puro; sin embargo, por lo que en sí entraña de disposición irrevocable de la herencia en vida del causante, *de facto* , frecuentemente aparece modalizado con reservas, cargas y condiciones.

En el Derecho histórico de Vizcaya, la institución sucesoria o donacional aparece comúnmente modalizada en beneficio del instituyente, del resto de la familia o en interés de la idónea explotación del patrimonio.

El Art. 74 del texto vigente se inspira en este Derecho histórico, pero evita cuidadosamente el incurrir en el error de cristalizar los pactos históricos en la regulación actual, dejando abierta la posibilidad de su modalización.

Por medio de la modalización, la declaración de voluntad que contiene la institución de sucesor o heredero, en virtud de la autonomía que el Ordenamiento jurídico le reconoce, se restringe a sí misma, reduciendo el valor que en otro caso tendría, y los efectos más amplios que -faltando la limitación- se seguirían *ex voluntate* del negocio.

Por otra parte, con base asimismo en el principio de autonomía, incorpora a dicha voluntad determinaciones o disposiciones accesorias; es decir, presupuesta una determinación volitiva principal, añade otras secundarias que, partiendo de aquella, le agreguen matices, cuya falta no afecte a la validez ni a la eficacia del negocio, y de este modo configura a su medida la disposición.

La modalización tiene la virtualidad de que los intereses individuales y variables de cada otorgante, que no encontrarían satisfacción con la conclusión pura y simple del negocio típico, puedan ser alcanzados con la inserción de alguna modalidad, a través de la cual los motivos personales de los agentes del negocio penetran en la estructura negocial y adquieren relevancia mediata en la estipulación.

El instituyente configura como más le convenga el esquema operativo de su disposición sucesoria, a través de su modalización con elementos accidentales, es decir, con la incorporación a la misma de las reservas, condiciones y cargas, y sujetando a las mismas al instituido.

Este sentido unitario e integral de la disposición sucesoria modalizada, que constituye la médula de la institución, dota de coherencia al conjunto de la disposición sucesoria, lo que nos permitirá presentar una regulación armónica y detallada de las situaciones fácticas que pueden presentarse de ordinario.

Mediante la incorporación de estos elementos accidentales y accesorios, previamente convenidos con el instituido, la voluntad de instituir sucesor queda configurada de una determinada manera. El instituido acepta, manifestando con ello su sujeción a la voluntad de ser instituido en unas determinadas condiciones a las que se sujeta, y en el caso de que estas reduzcan el ámbito de la liberalidad mediante obligaciones que se le imponen, las asume y se obliga a su cumplimiento.

La influencia que ejercen sobre el negocio cada uno de los elementos accidentales y accesorios es diferente. En unos casos depende de los mismos la eficacia, en otros afecta a la voluntad, modificando la que normalmente contiene el tipo de negocio de que se trate, declarándose querer otras cosas, además de las habituales en la clase del negocio celebrado[93], o bien sujetando la eficacia a determinadas circunstancias de situación, de tiempo o de utilización de los bienes objeto de la disposición[94].

Interesa destacar con Lacruz (la distinción entre modo, condición y término). En el negocio sujeto a un modo, al lado de la voluntad negocial principal, que se dirige a los efectos propios del negocio, el sujeto o lo sujetos del negocio forman y declaran una voluntad accesoria referente a los efectos consistentes en el empleo previsto del objeto de la negociación[95].

---

[93]ALBADALEJO GARCIA, M., "Condición, término y modo", RDN., año V, nº XVII-XVIII, Junio Diciembre, 1057, 45. DE LOS MOZOS, J. L., "El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial" RDP., - LXIII, 1978, 224.

[94]LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil I, Parte General del Derecho civil*, v. 3º, *Derecho subjetivo*, Barcelona, 1984, 261.

[95]LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil I, Parte General del Derecho civil, v. 3. El Derecho subjetivo*, ob. cit., 231.

477. Aspectos en los que puede incidir la modalización.- La modalización de la designación permite atender los intereses previsibles de quien dispone en vida de la herencia[96].

Se ha podido comprobar por el estudio de los documentos que existe una libertad plena, tanto a la hora de optar o no por la modalización como en el contenido de la misma.

Esta modalización, sea con cargas, modos o condiciones, va a determinar que el disfrute de los bienes quede compartido entre instituyentes e instituidos, en tanto vivan los primeros e incidirá en la agudización de la eventualidad de los efectos del pacto sucesorio producidos en vida del instituyente[97].

---

[96]El instituyente al disponer de sus bienes, al designar sucesor, necesita atender a diversos intereses: en primer término, dar certeza y seguridad jurídica al instituido, a tal efecto, queriendo corroborar los efectos que se derivan del carácter pactado de su institución, incorpora la cláusula de irrevocabilidad. Al mismo tiempo, quiere garantizarse el disfrute de los bienes dispuestos mientras viva él o su cónyuge, para lo cual establece la reserva de bienes, la reserva de un usufructo (si hizo donación inter-vivos) o establece su participación en la mitad de las ganancias que se generen en la asociación entre instituyentes e instituidos. Busca la idónea explotación del patrimonio de la familia, la equitativa compensación al hijo sucesor que contribuye a llevarlo a cabo y el establecimiento de un régimen jurídico que normativice la institución en el período que media desde su constitución hasta la muerte de ambos instituyentes, para lo cual modaliza la institución con el modo o destino de los bienes a la sociedad que se constituye entre instituyentes e instituidos y establece que el instituido participará en la mitad.

Finalmente, necesita atender a las necesidades del resto de la familia, y lo hace a través de la imposición de la carga de dotación de los hermanos que asume el sucesor y mediante el establecimiento de la reversión de los bienes, para el caso que no haya un sucesor para los mismos. Sólo acudiendo a la modalización de la institución de sucesor podrá atender al conjunto de estos intereses.

[97]Vease Nº 55 a 61 de este trabajo donde se analizan las leyes del Fuero sobre donaciones con carga de alimentos. Se aprecia una diversidad de cláusulas en cada pacto sucesorio, no cabe duda que en este momento se articula el futuro de la familia y se elabora el estatuto que ha de regirla.

Las cláusulas que se incorporan, a nuestro entender, tratan de alcanzar básicamente dos finalidades: por una parte, determinar que, en tanto vivan los instituyentes, la titularidad en el goce de los bienes se divida entre los dos matrimonios y por otra, establecer un régimen jurídico que regule todas las posibles situaciones, que previsiblemente hayan de plantearse en relación a los bienes y a su disfrute, en tanto vivan los instituyentes.

El medio jurídico empleado para el logro de ambas finalidades consiste en la modalizando de la institución, estableciendo el destino de los bienes a una asociación familiar entre ambos, matrimonios, en otros casos, estableciendo una reserva de usufructo vitalicio sobre la mitad, hasta la muerte del último de los instituyentes, la imposición de unas cargas al instituido.

Las cláusulas modalizadoras también experimentan una evolución y de este modo la ley foral queda actualizada mediante el Derecho consuetudinario, situándonos en la antesala de la regulación actual, en la que se establece una libertad absoluta, tanto para modalizarlo o no, como en el modo de hacerlo y fijando, con carácter de norma dispositiva, una regulación supletoria.

Ahora bien, con independencia de que aparezcan en las escrituras las cláusulas de modalización del pacto sucesorio, el Fuero contiene un Derecho sustantivo que viene a regular básicamente todas las situaciones previsibles, si bien circunscrito en algún caso a la figura de la donación con carga de los alimentos del donante. El Fuero regula la inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes donados en vida del donante cuando los gravó con carga de alimentos (exceptuando la disposición a favor de la descendencia), la comunicación de los bienes, la premoriencia del donatario con descendencia, la reversión de los bienes por premoriencia del donatario sin descendencia, el mantenimiento de la reserva de usufructo con carácter vitalicio en tanto viva uno de los instituyentes, la revocabilidad de la donación por incumplimiento de la carga de alimentos o por haber agredido al donante (salvo que mediare el perdón del ofendido), el cumplimiento defectuoso de los alimentos[98].

478. **Reconocimiento del principio de libertad de estipulación en el texto vigente.-** La regulación actual de los pactos sucesorios se inspira en algunos preceptos del Derecho histórico (Arts. 78, 79, párraf. 2 y 3, 82, 83 y 92), pero en este campo su regulación supone una evolución respecto al Derecho anterior, tanto legal como consuetudinario, puesto que no presume la existencia de modalización alguna y crea normas que regulan las situaciones que pudieran plantearse en el supuesto de que se celebre un pacto sucesorio puro[99].

479. **La comunidad como modo.-** Si existe pacto de constitución de comunidad esta comunidad puede desempeñar el papel de modo, condición y condición y modo.

En 102 escrituras de las 173 en las que se pacta comunidad, ésta desempeña el papel de modo al que se sujeta la disposición sucesoria.

En estas escrituras, que recogen la disposición de los bienes de la herencia utilizando distintos títulos transmisorios, lo querido por el instituyente de forma adicional a su voluntad de instituir o donar, aparece recogido en la expresión de la aplicación o destino que haya de darse a los bienes, expresión que comporta el disfrute de los mismo en régimen de comunidad.

---

[98]Puede verse en los nº 55 a 61 de este trabajo la regulación de las donaciones con carga de los alimentos del donante, la inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes donados en vida del donante cuando los gravó con carga de alimentos, exceptuando la disposición a favor de la descendencia.

[99]Art. 75, 77 y 78 de la Ley del Parlamento vasco.

Como ya venimos diciendo, el establecimiento de la reserva de usufructo , como la constitución de la comunidad determinan que queden escindidas la titularidad de dominio y la de goce. La titularidad dominical la ostentará quien le corresponda en virtud del título empleado y la titularidad en el disfrute corresponderá al reservista o a la comunidad. En cada caso los bienes quedan sujetos al contenido del pacto modalizador, en el caso que nos ocupa quedan sujetos al régimen jurídico establecido para la comunidad en la propia escritura.

480. **El modo: acepciones y regulación.-** Vamos a tratar de justificar que la constitución de esta comunidad es un modo[100].

Atendiendo a su contenido, el modo es una obligación accesoria que puede imponerse al beneficiario, en los negocios a título gratuito (testamento, donación). Es, pues, el modo un límite a la liberalidad o un gravamen que pesa sobre ésta[101].

Además de esta acepción de medida o límite cuantitativo, se recoge otra en el Digesto, de modo o manera de emplear la cosa que se recibe[102]. Nos vamos a fijar en esta segunda acepción. Las Partidas, como Derecho supletorio, admiten que la liberalidad puede hacerse de "manera"[103] o sujeta a "condiciones" y asimismo reconocen la obligatoriedad de su cumplimiento y la facultad de revocación para el caso de incumplimiento.

Esta segunda acepción del modo aparece recogida en el Proyecto de Código de 1851, en el Art. 714 y en el Anteproyecto de 1882-1888 Art. 884, con la siguiente redacción: "la expresión del objeto o aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador ....". Texto que pasó sensiblemente modificado al actual Art. 797, 1., C. c. en el que se suprime la palabra "expresión", empeorándolo, pues lo que se pretende significar no se refiere[104].

---

[100]BIONDI, *Corso di Diritto Romano. Le donazioni*, Milano, 1940, 643; TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967; BIONDI, *Successione testamentaria e donzioni.*, Milano, 1955, 204.

[101]ALBADALEJO, "Condición, término y modo" R.D.N., Año V. Núm. XVII-XVIII. Julio-Diciembre, 1957, 85.

[102]*Digesto* 3, 1, 17, 4, y 35, 1, 40, 5. Para una exposición esquemática de las varias significaciones jurídicas del *modus* en el Derecho romano vid. BIONDI, v. MODO (diritto romano), en " Novissimo Digesto Italiano" X (Torino, Uted. 1964), 820-821

[103]P. 4, 4, 2 y 4, 4, 6 que se refieren a las donaciones modales y P. 6, 4, 22 recoge las disposiciones testamentarias *sub modo*.

[104]ALBADALEJO, "Consideraciones sobre el modo testamentario" A.D.C. T. XXXVI, fasc. 1. Enero- Marzo 1983, 1094.

Del tenor literal de este último artículo se desprende que puede considerarse carga:

a) Que se exprese el objeto, es decir, el fin que se persigue con la institución de que se trate, o el propósito que guió a hacerla.

b) Expresión de la aplicación que haya de darse a lo dejado.

c) Que se imponga una carga.

El mismo artículo añade, "lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador, y en caso contrario la devolución de los percibido con sus frutos e intereses"[105].

481. **La expresión de la aplicación que haya de darse a lo dejado por el instituyente.-** La asociación de vida y trabajo de ambos matrimonios constituye la expresión de la aplicación que ha de darse a lo dejado.

El pacto de comunidad de vida y trabajo constituye un modo y no una condición. La aposición del modo puede plantear el problema de su fácil confusión con la condición, respecto de la que tiene un disciplina diversa, puesto que mientras la condición suspende la producción de los efectos el modo no los impide, aunque constriñe al cumplimiento de la obligación en que consiste. La condición es presupuesto de la eficacia del negocio jurídico y el cumplimiento del modo lo es de su irrevocabilidad[106].

Luego es necesario acreditar que constituye un modo, esto último en la acepción que hemos indicado. Para ello vamos a examinar de forma básica los criterios de diferenciación de estas dos figuras en los textos legales de la época, en la doctrina y por último procederemos a una interpretación de la voluntad contenida en el documento al constituir la comunidad[107].

Según Torralba[108], la glosa de Gregorio López a la ley 21, T.9, Part. VI, no le lleva a presentar una doctrina completa del modo, sino se ciñe a diferenciarla de la condición, fundamentalmente por medios gramaticales. En la glosa 6, T. VI, Part, V,

[105]El texto de este Art. pasó a ser el art. 797 del Código civil, introduciendo sólo algunas modificaciones que afectan más a la terminología que al contenido.

[106]ALBADALEJO, *Instituciones de Derecho civil I*, Barcelona, Bosch, 1960, 416.

[107]Los criterios de diferenciación del modo en relación a la condición y a la contraprestación son aplicables a otras cargas (tercera acepción de modo) que se le imponen al instituido.

[108]TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967, 84.

agrega que en caso de incumplimiento del modo, el donante puede elegir entre exigir el cumplimiento o pedir la revocación.

Los autores castellanos[109] inciden en los criterios de distinción entre el modo y la condición, agregando que al tenor literal de la declaración de la voluntad, ha de añadirse el tiempo en el que se producen los efectos, de suerte que la disposición modal no suspende los efectos, la condicional sí. En el supuesto de incumplimiento, la condición deja "ipso iure" sin efecto la disposición; sin embargo, el incumplimiento del modo concede una acción para que se cumpla. Admitiendo, asimismo, la revocación de la disposición.

A la luz de la doctrina actual, los criterios de diferenciación son los siguientes:

a) Atendiendo a la producción de los efectos: Según Lacruz, es clara la diferencia, de la función que desempeña el modo respecto de la condición y el término: mientras la condición y el término suspenden o resuelven los efectos del negocio cuando se cumplen, cuando se apone un modo se quieren los efectos propios del negocio que se lleva a cabo más el nuevo efecto de la imposición o carga a uno de los interesados[110].

b) Atendiendo al ligamen existente entre la cláusula condicional o modal y el resto de la voluntad negocial; se funda en la estructura mismo de los dos elementos accidentales. La condición se funde con la voluntad misma del disponente, la cual es un todo unitario, es decir una voluntad condicionada, en tanto que en el "modus" existen dos voluntades, la voluntad accesoria no inviste ni compenetra a la voluntad principal[111].

c) Criterio de la temporalidad. Si el hecho debe preceder a la adquisición, es condición; si debe seguir a aquella, es modo.

[109]TORRALBA, *El modo en el Derecho* , ob. cit., 78 cita a vario autores: CASTILLO SOTOMAYOR " Quotidianarum controversiarum juris" 1726, lib. IV, cap. 55, núm. 29, p. 552. y JUAN YAÑEZ PARLADORIO, "Opera juridica sive Rerum quotidianarum. Libri duo; quotidianarum differentiarum sesquicenturia; et quaestiones practicae forenses duo de viginti", 1734. La doctrina sobre el modo la desarrolla en " quotidianarum differentiarum Sesquicenturia " Diferencia CXLVII, núm. 1, 385.

[110]LACRUZ BERDEJO, *Elementos . Parte general. Derecho Subjetivo*, 247; Añade ALBADALEJO ("Condición, término y modo" R.D.N., ob. cit., 85), la accidentalidad de la condición y el término, lo cual significa que la voluntad se autolimita, reduciéndose a querer los efectos sólo para el caso de que concurran las circunstacias previstas, existe una sola voluntad pero encaminada a una hipótesis más restingida; En idéntico sentido LUNA SERRANO, "Disciplina del modo testamentario", A.D.C., T. XXI, fasc. 1, Enero-Marzo, 1968, 110.

[111]BONET, *Compendio de Derecho civil, t. I, Parte general.* Madrid, 1959, 689.

d) Teoría que fundamenta la distinción en la existencia de un vínculo jurídico. Siempre que se impone un vínculo jurídico al destinatario de la liberalidad, estamos ante un modo[112].

Sometida a examen la declaración de voluntad que expresa la constitución de la comunidad y tomando como pautas de interpretación los criterios anteriormente enunciados, entendemos que la constitución de la sociedad entraña una voluntad accesoria, separada de la voluntad principal; no precede, no es un *prius* en función del cual se quiere instituir sino que se especifica el modo y manera en el que se le instituye, se establece el perfil propio con el que se le quiere instituir; surje un vínculo jurídico en el instituido, en este caso sería de vivir en comunidad y someterse al régimen jurídico acordado para la misma.

A nuestro juicio, encierra un especial interés el que se vea la integración de una voluntad con la otra (la principal y la accesoria) , viniendo la segunda a configurar a la primera de una determinada manera. No son voluntades paralelas, al pacto sucesorio, en las que cada una entraña unos derecho y obligaciones, sino concurrentes. La voluntad accesoria se integra dentro de la principal, configurándola.

482. El mantenimiento de la sociedad de vida y trabajo como condición.- En 72 escrituras de un total de 173 el pacto de comunidad constituye condición suspensiva de la institución sucesoria.

Sólo cumple esta función en las escrituras que recogen la institución de heredero universal, o en el pacto sucesorio instrumentalizado mediante la fórmula de donación universal de los bienes.

El instituyente quiere vivir en comunidad con los instituidos y llevar en sociedad la explotación de los bienes. El hecho constitutivo de condición consiste en el mantenimiento de la comunidad hasta la muerte de ambos instituyentes. Se trata de una condición suspensiva, mixta y negativa. Si la condición se cumple. es decir, si se mantienen la comunidad de vida hasta la muerte de ambos instituyentes produce sus efectos la institución de heredero. Prevén las escrituras que la causa de la disolución pudiera ser por no congeniar los caracteres, y que a instancia de uno u otro matrimonio pueda ser pedida ésta, en cuyo caso tendrá lugar la ineficacia de la institución.

---

[112]TORRALBA, ob. cit., 99, cita a varios autores: SCUTO *Il "modus" nel Diritto civile italiano*, Palermo 1909, 102 y ss, DEGNI *Lezioni di Diritto civile. La successione a causa di morte*, t. II, *La successione testamentaria*, v. II, Padova. Cedam, 1936, 122.

A la ineficacia de la institución se une, frecuentemente, la eficacia de la donación de la mitad de los bienes o la donación de bienes concretos como hemos expuesto al tratar del título de heredero condicionado.

483. La comunidad como modo y su mantenimiento como condición.- Se trata de escrituras en las que se dispone del patrimonio mueble, siendo el título transmisorio el donacional o el de institución de heredero en el remanente de los bienes.

La comunidad de vida desempeña una doble función:

a) Se constituye en modo, en relación a los bienes donados de presente, usualmente la mitad del patrimonio mueble.

b) Se le dona o se le instituye heredero en la universalidad de dicho patrimonio mueble condicionándolo al hecho de que mantenga la comunidad de vida hasta el momento de la muerte, de manera que el hecho del mantenimiento es condición suspensiva de la institución.

Decíamos, al tratar de estos títulos transmisorios que de presente se le hace donación universal, o heredero universal del remanente, pero para que esta expectativa se convierta en el momento de la muerte del instituyente en derecho exigible o bien opere *ope legis*, deberá haberse mantenido la comunidad.

Queremos poner de relieve que en las escrituras estudiadas se trata del título de heredero el que se condiciona, en ningún caso el de sucesor en bienes.

k) Cargas que asume el instituido.

484. Tipos de carga. Diferenciación de la contraprestación.- Al instituido se le imponen unas cargas u obligaciones que debe cumplir; la existencia de estas cargas no tiene carácter de contraprestación, puesto que si así lo entendiéramos determinaría que la institución presenta una nota de onerosidad, cosa que no corresponde con la realidad ni con el sentido técnico de la palabra.

Kipp pone el siguiente ejemplo: si aquél a quien se atribuye algo en el contrato sucesorio asume obligaciones, por ejemplo la de sustentar al causante en lo que le reste de vida, no es procedente que a pesar de ello se apliquen los principios del contrato bilateral

"la causa jurídica de la atribución por causa de muerte no es la prestación prometida por la otra parte, sino que la atribución tiene lugar, como siempre, *mortis causa* [113].

El modo o carga se diferencia de la contraprestación:

a) En que el primero no tiene carácter commutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial, ni siquiera en parte, sino meramente limitativo[114].

b) Sólo cabe en los negocios a título gratuito que impliquen liberalidad, pues ésta, al no existir entre su objeto y la carga una correlación causal, no pierde su naturaleza y no se transforma en negocio a título oneroso.

Se cuestiona Torralba si, en aquellos casos en los que el modo es una prestación considerable, no se transformará en contraprestación y la liberalidad en negocio oneroso. Hedemann responde afirmativamente, en tanto que Biondi lo niega, pues la liberalidad y la prestación son independientes de la relación cuantitativa entre modo y liberalidad, la cual afecta a la subsistencia de este última, pero no al carácter gratuito del negocio modal[115].

485. **La carga de la dotación de los hermanos.-** Es una carga que se impone al instituido en algunas escrituras .

Puesto que en el sistema vizcaíno no existe una legítima individual y que las leyes facultan a que se instituya a uno, simplemente apartando a los demás, podríamos pensar que, en muchos casos, uno sería el instituido y los demás hijos no recibirían nada.

Por otra parte, tampoco es obligatorio dotar a los hijos para el matrimonio, sin embargo, a la luz de los textos legales[116] y de las escrituras examinadas, podemos afirmar que todos los hijos reciben bienes o una dote en el momento de su "acomodo".

[113]KIPP, *Derecho de sucesiones*, 2 ed. al cuidado de Puig Ferriol y Badosa, ob. cit., 371.

[114]MEZQUITA DEL CACHO, "La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad" R.D.P., Enero 1960, 21.

[115]Según BIONDI (*Le donazioni*, ob. cit. 656), aunque el modo favorezca al donante no se da una relación de interdependencia entre aquél y la liberalidad.

[116]El preámbulo del Título veinte reza "De las dotes, y donaciones y profincos y ganancias de entre marido y muger" y sus leyes 1, 2, 4, 7 y 19 hacen referencia a distintos aspectos relativos a la aportación de una dote para el matrimonio.:FN.21, 7; 17, 8; 26, 1 reconocen la existencia de una dote.

La dotación de los hijos se atiende de diversos modos[117], siendo frecuente que, tratándose de la designación de sucesor tronquero con donación inter-vivos de los bienes, se le imponga esta carga al propio sucesor[118].

Los hermanos beneficiarios de esta dote tiene derecho a cohabitar en la casa del sucesor, a recibir alimentos y atención en caso de enfermedad, y asimismo, tienen la obligación de trabajar bajo la dirección del sucesor. En ocasiones recibirán una soldada por su trabajo que le será entregada, al acomodarse, junto con la dote. Se establece que si no se acomodaren tendrán derecho a alimentos con carácter vitalicio.

486. **La cuantía de esta dote.-** El instituyente puede fijarla de antemano en la escritura de designación de sucesor, si bien no es común el que lo haga; por el contrario lo frecuente es que guarde proporcionalidad con el valor de la designación y con los haberes de la casa.

La dote no es exigible por el hermano, en tanto "no se acomode", entendiéndose este acomodarse por cambio de estado civil, ingreso en orden religiosa o establecimiento por su cuenta. Aparecen escrituras en las que, habiendo alcanzados los 25 años el que ha de ser dotado, decide abandonar la casa, en cuyo caso recibirá como dote una cantidad semejante a la que le hubiere correspondido por soldadas, en razón al tiempo trabajado a las órdenes del sucesor. Su pago se efectúa en muchos casos del acervo de la mitad de los bienes que recibió de presente el donatario.

487. **Garantía del cumplimiento de la obligación de dotar.-** Es frecuente que el sucesor o donatario garantice el cumplimiento de la obligación de dotar con su persona y bienes. Es destacable en nuestro sistema, en el que legalmente la dote no es obligatoria, el que podamos afirmar, a la vista de los documentos, que resulta protegido su pago y reversión de forma privilegiada, en algunos casos, con carácter

[117]1) Hemos presentado en la segunda parte que la dote en metálico que entregan al donante o instituyente tiene por finalidad expresa el atender al acomodo de los restantes hijos. 2) Los padres donantes se reservan la facultad de acomodar en la mitad que se reservaron al instituir sucesor. 3) Se establece como carga de la comunidad la dotación de los restantes hijos 4) Finalmente mediante la imposición al sucesor de la carga de dotación de los hermanos, complementariamente el reconocimiento del derecho de habitación y alimentos hasta el momento de su acomodo.

[118]Es frecuente que figuren como dotantes los hermanos sucesores de la familia de uno de los contrayentes, puede ampliarse en el Nº 282 de este trabajo.

preferente respecto a la aplicación de las reglas de la troncalidad o de la vinculación de los bienes[119]. Es frecuente su pago escalonado.

488. **Carga de alimentos y exequias fúnebres del donante.-** La carga de alimentos que deberá asumir el instituido o donatario aparece regulada detalladamente en el Fuero. Sin embargo, no es frecuente su presencia en las escrituras, mientras que sí lo es la constitución de una comunidad de vida y alimentos; sin duda existe una evolución de las costumbres, que en este caso dejan prácticamente en desuso la donación o institución con carga de alimentos.

Del mismo modo que hemos observado una evolución en el empleo de títulos empleados, y de la donación se pasa al título de heredero o sucesor en bienes, en la modalización la evolución viene determinada por el tránsito de la obligación de la carga de alimentos a la constitución de una sociedad entre instituyentes e instituidos.

La carga de la exequias fúnebres del último de los instituyentes, en la Iglesia parroquial, con la pompa correspondiente a su calidad de propietario o de inquilino, es una carga que corresponda pagar al instituido o instituidos en proporción a la cuantía recibida mediante pacto.

l) La reversión de los bienes.

489. **Causas que dan origen a la reversión convencional y finalidad a la que atiende.-** Esta cláusula, tal y como hemos expuesto en la segunda parte de este trabajo, figura en un porcentaje muy alto de escrituras, en las que se trata, en la misma cláusula de la reversión de los bienes objeto de pacto sucesorio, de la reversión de la dote y se regula la situación en la que queda el cónyuge supérstite.

La reversión convencional amplía el ámbito de la reversión legal por falta de descendencia, en una triple dimensión:

1º. Se incorporan dos causas adicionales: que habiendo tenido descendencia no llegaren a edad de poder testar o que habiendo llegado fallecieren abintestato.

2º. Se amplía el plazo de tiempo en que ha de tener lugar la reversión. Es decir, no se ciñe al momento de la disolución del matrimonio, que sería el que se corresponde con el supuesto legal, sino que se amplía a todo el tiempo en el que concurran dos

[119]Hemos tratado de ello en el Nº290 de este trabajo al examinar los documentos.

circunstancias, por una parte, que la descendecia no haya alcanzado la edad de testar o que habiendo alcanzado falleciere abintestato (lo que presupone, en algunos casos, que se haya producido la comunicacón foral), y al mismo tiempo, que sobrevivan los reversionarios de los bienes.

3º Por último, en lugar de revertir exclusivamente a favor del padre instituyente (supuesto legal) se amplía en cuando al número de reversionarios, para el supuesto de que el instituyente hubiere fallecido. No figuran como reversionarios extraños a la familia.

Vamos a ceñirnos a la reversión por falta de descendencia, por cuanto que determina la resolución del pacto, objeto de estudio.

Los demás supuestos de reversión constituyen cláusulas de cierre, que sin alterar la existencia del pacto, determinan el destino que han de seguir los bienes, evitando el que tenga lugar el llamamiento abintestato por muerte del instituido, es decir se antepone al llamamiento legal y puede evitarse su aplicación simplemente testando.

La reversión por falta de descendecia tiene por finalidad el que los bienes no salgan de la familia de origen y vayan a los herederos forzosos del donatario y posibilita a que el instituyente haga un nuevo nombramiento en los mismos. La reversión convencional atiende a los supuestos en los que habiendo hijos no haya existido el nombramiento de sucesor por no poder o no querer.

490. **Tiempo en que ha lugar y consecuencias que se derivan de la reversión.-** La reversión pactada ordenada para el supuesto de que hubiera muerto el instituyente se limita, comúnmente, a los bienes raíces, en tanto que si se trata de bienes muebles, en ocasiones, éstos, se consideran libres.

En defecto del instituyente, se ordena frecuentemente a quién deben revertir, y se establece un orden de prelación de reversionarios, comúnmente a favor de los hijos y de su representación legítima. Sólo podrá hablarse de pacto reversional si este retorno de los bienes transmitidos de presente se establece a favor del instituyente, si bien no desnaturaliza el pacto reversional por la circunstancia de pactarse, además, la reversión a favor de sus herederos.

Puig Ferriol mantiene que si el pacto reversional se estableciera a favor de terceros, nos encontrariamos ante una sustitución fideicomisaria[120]. En los documentos analizados no figuran terceras personas.

En la reversión ordenada en vida del instituyente, el evento reversional actuará como término resolutorio que atribuirá los bienes a dicho instituyente, sin necesidad -ni aún posibilidad- de ulterior aceptación, posibilitando, de este modo, a que instituya nuevo sucesor en estos bienes.

Los textos legales de Navarra[121], establecen la reversión al donante o heredante, lo cual, teniendo en cuenta que dicho donatario no los ha podido enajenar antes -pues las citadas disposiciones lo prohiben- equivale a la caducidad del llamamiento[122].

III. Efectos

a) Anteriores a la apertura de la sucesión.

491. **La cláusula de irrevocabilidad.-** Es relativamente frecuente el que de forma adicional a la institución sucesoria o donacional se incorpore la cláusula de irrevocabilidad[123], lo que no quiere decir que en el caso de no hacerlo exista duda sobre

---

[120]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código civil* , ob. cit., 255; Según LACRUZ BERDEJO (*Estudios de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1958, 243), la cuestión que fundamentalmente se plantea en este tipo de reversión, es la naturaleza del llamamiento reversional, estableciendo varias hipotéticas construcciones: a) contrato a favor de tercero; b) contrato de legado o de institución de heredero, en la que el causante es el donatario; c) donación doble; d) donación corriente con un llamamiento posterior; d) donación bajo sustitución fideicomisaria; Para GONZALEZ MARTINEZ, ("La donación con cláusula de reversión en el C.c. " R.C.D.I., T. XL, año 1967), la solución de los problemas de la reversión ha de buscarse en la doctrina referente al mayorazgo, que es el entronque también de la sustitución fideicomisaria; en idéntico sentido PONS PEREZ "La reversión de donaciones en el Código civil", R.D.P., XLI. 1957, 1187; VALLET DE GOYTISOLO *Estudios sobre donaciones* , Montecorvo, Madrid 1978, 413;

[121]Amejoramiento 3; Nov. Recop., 3, 7, 9 y Vizcaya (FN.20, 17)

[122]Emplea LACRUZ (en BINDER ob. cit. 139) el término " equivale"; Por nuestra parte entendemos que el hecho de no dejar descendencia determina la resolución *ex nunc* de los efectos de la disposición causada.

[123]LANDABURU, 3 Febrero 1826, (70): "Irrevocable por efectuarse por causa honerosa de matrimonio y si lo hicieran quieren que no se les admita en juicio, ni fuera de él que por el mismo caso sea visto haberla visto y aprobado, añadiendo fuerza a fuerza, y contrato a contrato"; ERCILLA, 24 Marzo 1823, (256): "se obliga a no revocarla, a menos que intervenga justa causa"; AREITIO, 7 Febrero 1832, (44): "se obligan en legal forma a no revocar, ni variarla con motivo, ni pretexto alguno pena de no ser oido, ni admitido en jucio ni fuera de él y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos, y estabilidades, añadiendo fuera a fuerza, y contrato a contrato".

su naturaleza irrevocable. La cláusula contractual cumple la finalidad de corroborar esta nota.

492. **Revoca la disposición sucesoria anterior y vincula la facultad de disposición mortis-causa del instituyente.-**

1. La institución de sucesor mediante pacto revoca las disposiciones testamentarias anteriores que versen sobre estos bienes. Si precede a la disposición un testamento mancomunado los efectos del pacto sucesorio dependen de que las disposiciones mancomunadas se hayan convertido en contractuales[124], en el caso de Vizcaya, se alcanzará la irrevocabilidad del testamento mancomunado si uno de los que testaron mancomunadamente ha fallecido antes de un año y día, contados a partir del otorgamiento del dicho testamento y no en caso contrario[125].

2. Derivado de su carácter pactado, el instituyente queda despojado de la facultad de disponer de los bienes *mortis causa* , tanto por testamento como por contrato.

3. El instituyente no puede revocar el pacto, sin embargo puede impugnarlo. De ahí parece deducirse que el plazo de prescripción de la acción de nulidad comienza a correr (para el causante y sus herederos) desde que dicho causante pudo ejercitar tal acción, aunque la conclusión no es segura[126]. Podrá modificar su contenido de común acuerdo con los demás otorgantes o sus sucesores (Art. 75 en su párrafo 2).

493. **Adquisición del título de sucesor por el instituido.-** El instituido adquiere el título de sucesor electo con carácter irrevocable. Este título no puede ser objeto de disposición ni negociación alguna, en cuanto supone una posición jurídica estrictamente personal[127]. El título es firme, si bien es incierto su contenido económico, aunque el mismo no debe quedar alterado sino por el ejercicio normal y corriente del *ius disponendi*. Si se ha condicionado la institución de heredero universal el título transmitido estará condicionado.

---

[124]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., ed. 1971, 728;

[125]FN. 21, 1; Ley de Derecho Civil Foral 1 Julio 1992, Art. 52.

[126]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ibídem.

[127]CRISTOBAL MONTES, *La sucesión contractual*, ob. cit., 51; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, ed. 1971, ob. cit.,729 y ROCA SASTRE, "La sucesión contractual..", ob. cit., 365, mantienen que el favorecido no podrá negociar el derecho adquirido en virtud de contrato sucesorio "porque ello constituiría un contrato sobre la herencia futura de un tercero, lo cual está prohibido" y por tratarse de una cualidad personalísima.

494. La disposición de los bienes por actos inter-vivos.- El instituyente y el instituido, a partir de la celebración del pacto sucesorio, experimentan una mutación en su facultad de disposición mediante actos *inter-vivos*, en lo que respecta a los bienes objeto del pacto sucesorio.

La fijación del ámbito o medida de esta facultad de disposición vendrá determinada en virtud del título transmisorio empleado y de la modalización o no de la disposición. Distinguiremos varios supuestos:

1. En el caso de la designación pura y simple con eficacia post-mortem, el instituyente conserva la titularidad de los bienes, si bien no puede burlar el derecho del instituido puesto que está obligado a entregárselos a su muerte, a tal efecto la vigente Ley foral establece que el instituyente puede realizar actos de disposición a título oneroso, en cuyo caso, por efecto de la subrogación real el patrimonio objeto de pacto sucesorio queda inalterado. Nada se dice respecto a los actos de disposición a título lucrativo, por lo que habrá de entenderse que no tiene facultad de hacerlos. Ciertamente lo que si podrá hacer es instituir de presente a quien anteriormente instituyó post-mortem.

En el Derecho alemán no se establece una prohibición genérica de disposición a título lucrativo, sino que se limita a las disposiciones en las que exista intención de perjudicar al heredero contractual[128]. De manera semejante en el Derecho catalán, en el que se considera que no tienen tal carácter los regalos módicos, donaciones remuneratorias proporcionadas o las que tengan un fin piadoso o para sufragios; es decir, aquellas donaciones cuya finalidad y cuantía dejen prácticamente intacta la herencia[129].

Entendemos que se exceptúa la aplicación de esta regla prohibitiva ante la situación de estado de necesidad en el instituyente[130]. En el Derecho de Vizcaya existe

---

[128]MEDICUS "Curso de doctorado sobre la vinculación del causante", impartido en la Universidad de Deusto, enero 1992, mantuvo la siguiente interpretación al parágrafo 2.287 BGB. (que dice: "Si con la intención de perjudicar al heredero contractual ha hecho el causante una donación, dicho heredero contractual, después de que le esté deferida la herencia, puede exigir del donatario la restitución de lo donado según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto..."), la intención como meta a alcanzar ha de ser dolosa, bien dolo directo o eventual, siendo difícil de probar; BINDER, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., 140, mantiene que la institución contractual *post mortem* tiene sólo trascendencia de Derecho sucesorio, que el causante, ni está obligado a omitir disposiciones que se encuentren en contradicción con el contrato sucesorio, ni se encuentre limitado por el contrato en el poder de disposición entre vivos sobre su patrimonio (§ 2286). Sin embargo la ley sienta aquí dos excepciones: si el causante ha hecho una donación con el propósito de postergar al heredero contractual, y en igual medida si ha hecho con intención de postergar al legatario contractual.

[129]ROCA SASTRE, "La sucesión contractual...", ob. cit., 367.

[130]ROCA SASTRE ("La sucesión contractual", 367) cita la Ley Rotharia, cap. 173 que en materia de heredamiento establecía que el instituyente no puede disponer en perjuicio del instituido, a no ser en caso de necesidad.

precedentes legales y documentarios en los que se reconoce que en estado de necesidad puede disponer de los bienes[131].

Tratándose de un pacto sucesorio a favor de los contrayentes, éstos gozarán de facultad de disposición de dicho título a favor de su descendencia, bien por actos *inter-vivos* o *mortis causa*, tal y como se recoge en el texto vigente (Art. 78 y 92) que tienen como precedente el Derecho histórico[132].

2. En el pacto condicionado con eficacia *post-mortem* , la posición que ocupare el instituyente aparece fortalecida, es decir, se ha vinculado de forma condicional por lo que habrá de aplicarse como máximo las reglas establecidas para el pacto sucesorio post-mortem.

3. El Art. 77 de la ley vigente establece en el pacto sucesorio con eficacia de presente que la disposición inter-vivos de los bienes requiere, salvvo pacto, el consentimiento conjunto de instituyentes e instituidos.

La regla general en esta modalidad de pacto es la libertad de estipulación respecto a la disponibilidad de los bienes, en defecto, con carácter de norma dispositiva, se establece la disposición conjunta de los bienes para el supuesto de que se hubieren pactado limitaciones, en interés de los instituyentes, de la familia y de la explotación de los bienes.

Tratándose de pacto a favor del contrayente, en todo caso existirá la limitación legal derivada de la reversión para el supuesto de premoriencia sin que dejare decendencia (Art. 83).

¿Podrá impugnar el instituido en vida del instituyente aquellas enajenaciones fraudulentas?. ¿Podrá, en caso afirmativo, conseguir que se deshagan, o, cuando menos, hacer que se adopten garantías para el día en que se abra la sucesión?. La solución que adopta el Derecho intermedio, catalán y navarro en su regulación vigente consiste en la posibilidad del ejercicio de la acción de impugnación por fraude o simulación por parte del heredero o los que lo fueren de éste, incluso en vida del heredante[133]. Tomando como apoyatura el Derecho histórico entendemos que cabe la impugnación en vida de los actos de fraude de los pactado, llevados a cabo, tanto por el instituyente como por el instituido (FN. 23, 1 y 17, 8).

---

[131]FN. 23, 1.

[132]FN. 20, 17.

[133]Art. 79 Código sucesorio catalán, ley 179 Comp. N.; Por el contrario el BGB. respecto a las donaciones realizadas en fraude de la sucesión contractual en el § 2286 establece que se podrá dirigir contra el donatario por enriquecimiento injusto una vez deferida la herencia.

4. Si el pacto sucesorio se modaliza mediante cláusulas adicionales, será necesario analizar la naturaleza de esta modalización y su trascendencia, en lo que respecta a los efectos del pacto, y en concreto, habrá que examinar si la cláusula modalizadora prevé algo respecto a la disposición de los bienes por actos inter-vivos, y en caso afirmativo se regirá por lo que la misma dispone.

En las escrituras examinadas era muy frecuente el que se madalizadara el pacto sucesorio con el acuerdo de asociarse ambos matrimonios, en cuyo caso todo acto de disposición de los bienes requería el consentimiento conjunto de instituyente e instituido por ser esta la regla que rige a dicha asociación.

495. La premoriencia del instituido dejando descendencia.- La institución de sucesor en la escritura de capitulaciones matrimoniales se otorga a favor del hijo contrayente y de su descendencia.

Tratándose de una institución sucesorio mediante pacto, resulta evidente que se instituye en primer término al compareciente, al hijo que va a contraer matrimonio y en segundo término la descendencia. No es unánime la doctrina a la hora de determinar en virtud de que título reciben los bienes estos descendientes del instituido.

En otras regiones, ante la designación del contrayente y su descendencia en el contrato matrimonial[134], entiende la doctrina que se transmite el derecho a la descendencia. Vamos a detenernos a analizar esta calificación, no sólo para justificar nuestra respuesta, sino por razones más profundas que inciden en la valoración de la naturaleza del derecho que recibe el instituido y que, a su vez, está íntimamente relacionado con la naturaleza de la institución objeto de examen.

Se alega que en caso de premoriencia del instituido no cabe sea llamada su descendecia en calidad de sustitutos vulgares, -pese a que así se les denomine, por ejemplo, en el Art. 73-1 del Código de sucesiones por causa de muerte catalán-, ya que si existe heredamiento, el hijo es heredero desde el momento de su designación, como consecuencia de la nota de irrevocabililidad que le acompaña, razón por la que no puede entrar en juego la sustitución vulgar, por cuanto que la misma presupone que el llamado no llegue a ser heredero, es decir, que el primer instituido no ha llegado a ser heredero

[134]DE LA FUENTE Y PERTEGAZ, *Los heredamientos capitulares en Cataluña*, Madrid, 1921, 84; MON PASCUAL, "El Heredamiento universal y sus relaciones hipotecarias", R.J.C., T. XXIII, año XXII, 1917-1918, 65, se hace el heredamiento a favor de hijo y de futuros nietos nececederos; Refiere AIZPUN TUERO, "El pacto sucesorio en el Derecho civil de Navarra" A.D.A. II , 1945 , 177 que es rara la donación en la que no se haga también llamamiento a los bienes donados en favor de los hijos del matrimonio que contrae el donatario y con ocasión del cual se otorgan las capitulaciones.

por no querer o no poder (*"si heres non erit"*), en cuyo caso la herencia se defiere sucesivamente a los sustitutos, mientras que aquí, el llamado en primer lugar ya es heredero y, por tanto, los hijos del mismo sólo se pueden entender llamados para después de la muerte de su padre (llamamiento sucesivo)[135].

496. La transmisión de los bienes a la descendencia en el supuesto de premoriencia del instituido.- El derecho de los hijos del favorecido a la herencia del heredante tiene un fundamento distinto, dice Puig Ferriol, quien entiende que debe buscarse en base a la función de estos heredamientos en el régimen sucesorio-familiar, y tal función es evidentemente la de mantener la integridad y cohesión del patrimonio familiar. La solución está en que esta designación irrevocable se transmite a los hijos que tengan el doble carácter de hijos y sucesores del heredero contractual[136].

Puig Brutau entiende que la razón que determina la transmisibilidad del derecho a la descendencia radica en que la persona favorecida por el contrato sucesorio tiene un derecho adquirido en firme, aunque no podrá hacerlo efectivo hasta que la herencia se haya deferido. Este derecho es normalmente transmisible a los herederos del favorecido, excepto cuando lo convenido se haya hecho depender de la condición de que sobreviva al causante; apoya su parecer en el de Roca Sastre, para quien la razón está en que se trata de algo aceptado, no en virtud de una delación, que, si existiera, sería futura, sino en virtud de una vinculación contractual anterior[137].

Roca Sastre añade que, el derecho adquirido en contrato, pero sujeto a condición suspensiva, se transmite a los herederos del adquirente que falleció antes de que se cumpliera dicha condición porque, al hacerlo mediante contrato, en lugar del juego

[135]Según PUIG FERRIOL (*Comentarios al Código civil y Legislaciones forales*, T. XXVII, v. 2, 152), este llamamiento sucesivo comporta un sustitución fideicomisaria a favor de tales descedientes.

[136]PUIG FERRIOL, ob. cit., 154; Con respecto al Derecho anterior, S.T.S. 13 febrero 1886, 26 febrero 1892 y la Sentencia de 27 octubre 1894 reconocen la validez de la donaciones y heredamientos universales a pesar de que ocurriere la muerte del donatario antes que la del donante.

PUIG FERRIOL, Actualidad civil- Audiencias Nº 2- Febrero 1991, Sentencia 28 mayo 1990 del Trib. Sup. de Justicia de Cataluña: "que en los heredamientos a favor de los contrayentes el requisito de la superviviencia del instituido a su causante no se exige como regla general, y en atención al carácter esencialemente familiar de los heredamientos capitulares catalanes, se establece como principio la transmisibilidad de la condición de heredero, ya adquirida con carácter irrevocable según el apartado primero del artículo 67, a favor de los hijos del instituido en la manera y forma que sean sus heredero, cuando aquel heredero premuera al heredante".

[137]ROCA SASTRE, "La sucesión contractual...", ob. cit., 368.

delación-aceptación posterior, hay vinculación simultánea y en un mismo plano aunque medie una condición suspensiva[138].

Lacruz, al comentar los contratos sucesorios permitidos en el Código civil, entiende que son de ineludible aplicación las reglas relativas a todas las disposiciones *mortis causa* , por lo que la premoriencia del instituido deja ineficaz la disposición[139]. Entendemos que tratándose de pactos institutorios, en aplicación de una técnica correcta ha de seguirse esta regla.

Antes de presentar las razones en las que apoyamos nuestra respuesta, vamos a ver cómo se justifica la transmisión de un derecho sucesorio, en el que se dá la circunstancia de que quien transmite premuere al causante.

Las opiniones doctrinales son las siguientes:

Tratándose del pacto sucesorio con eficacia *post mortem* la respuesta se divide: se considera que en virtud de la designación, el instituido adquiere un derecho sujeto a condición[140], a término [141]o sujeto a *conditio iuris* [142] y en su función, no podrá transmitir en el supuesto de que la condición fuere precisamente la premoriencia, transmite el derecho si se entiende sujeto a plazo o finalmente no cabe la transmisión porque el derecho como tal no ha nacido.

Hay quien manifiesta que la conciencia popular, al hacer herederos para después de la muerte, ordena irrevocablemente la transmisión de la herencia en tal día en favor del hijo designado o de quien en la familia ocupe por propio derecho su lugar, luego no cabe

---

[138]ROCA SASTRE, ibídem. A nuestro entender, este autor se fija en la fuente de creación del derecho y da una respuesta unitaria sin considerar cuál es la naturaleza del derecho objeto de contrato.

[139]LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., 1971, 728.

[140]BROCA *Historia del Derecho de Cataluña especialmente el civil*, Barcelona,1985, ed. facsimil, 708, es condicional el heredamiento de los bienes del donador que existan al fallecimiento de éste, puesto que su efectividad depende de que a la muerte del donador existan bienes. Por ser condicional ningún derecho, compete al donatario en vida del padre, y, como declaró el Tribunal Supremo en sentencia 4 mayo 1911, tiene una simple esperanza; Según ROCA SASTRE, "Sucesión contractual..", ob. cit., 368, cabe la transmisión a sus herederos aunque fuere instituido bajo condición suspensiva "siempre que ésta no consista en su misma premoriencia".

[141]SOLANO, "Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón " A.D.A., 1944, 4336, entiende que esta designación entraña un derecho sujeto a término y en consecuencia, desde el momento de la institución el instituido hereda diferido a la muerte de los instituyente y si hereda puede transferir por su fallecimiento".

[142]Según CRISTOBAL MONTES ("El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragonesa" R.C.D.I., 1979-1, 339). la sobrevivencia del instituido al instituyente no puede conformarse de otra manera que no sea la de una *conditio iuris* que se integra en el supuesto de hecho de la norma como un requisito para su eficacia.

que quede ineficaz la institución del mismo cuando sus descendientes sobrevivieren a los instituyentes, sino que en tal caso transmite[143].

Palá, reconociendo que en tal caso no existe un derecho actual sino un derecho expectante, entiende que, si bien es personalísimo, inalienable e intransmisible, no obstante se suponen llamados en caso de premoriencia (derecho de representación o sustitución tácita) sus descendientes[144].

En el propio pacto se hace llamamiento expreso a favor de los hijos del donatario, indica Aizpún, con lo cual del propio pacto resulta que no se pueden suspender sus efectos por la simple premoriencia del donatario[145], calificándolo como pacto sustitutorio: el carácter de sustitutos en los designados no le ofrece duda, por lo que no se detiene a acreditarlo.

Lacruz entiende que la premoriencia del instituido dejando descendencia no siempre hace caducar la institución, sino que, a juicio de los autores, para que pueda entenderse que tiene lugar la transmisión, el heredamiento debe ir acompañado de la donación inter-vivos, entendiendo que lo que se transmite es la propiedad nuda o plena de los bienes, que ya tenía el donatario[146]. Se resiste a admitir este autor esta respuesta, y añade: "con todo, los autores parten, para opinar en favor de la transmisión, del supuesto, muchas veces, de ser el heredamiento una donación *inter-vivos* "[147].

Puig Ferriol defiende que la transmisión es posible a pesar de la premoriencia del instituido, cuando dejare descendencia, puesto que en este tipo de heredamientos a favor de los contrayentes rige la solución contraria (respecto a la intransmisibilidad de quien fallece *pendente condicione*), de no exigirse la supervivencia del heredero a su causante para que surta efectos la institución contractual de heredero, lo cual se explica porque en

---

[143] BATALLA, "Disponibilidad de los bienes en Aragón A.D.A. I, 1944, 353

[144]Añade PALA ("Los Señores Mayores en la familia Alto Aragonesa", en Segunda semana de Derecho aragonés, Jaca, 1943, 162), este derecho expectante se convierte en efectivo y actual, si el heredero o sus descendientes viven al tiempo de la apertura de la sucesión del instituyente".

[145]Añadiendo AIZPUN TUERO ("El pacto sucesorio en el Derecho civil Navarro" A.D.A. , II,1945, 177) que aunque no se hubiera hecho un llamamiento expreso en favor de los hijos entraría en juego el derecho de representación que en Navarra tiene la mayor amplitud en la sucesión testamentaria y paccionada.

[146]LACRUZ BERDEJO, en BINDER, Derecho de sucesiones, ob. cit., 139, en los heredamientos forales.

[147]LACRUZ BERDEJO, ibídem. Por nuestra parte entendemos que ahí reside la razón. Es relativamente reciente la creación de una tipología propia de pacto sucesorio, que a su vez se clasifica: con eficacia de presente y con eficacia post-mortem. Hasta en el momento presente existe un atavismo mimético a encuadrarlo bajo la donación .

ellos, el momento relevante no es el de la delación diferida al momento de cumplirse la condición, sino el de la designación, que tiene carácter irrevocable"[148].

Palá y Sapena, deseosos ambos de dotar a la institución de la virtualidad precisa para mantener los bienes de la casa en la familia, carecen del preciso asidero jurídico para argumentarlo, hasta el extremo de que no habrían tenido otro remedio que acudir al recurso del derecho condicional o a término, lo que por instinto y acertado encuadre de la figura rechazaban.

La adecuda atención a este problema, cuando la voluntad de los otorgantes nada ha previsto, es el tratamiento del supuesto a escala legal, con tal normación ya no hay necesidad de recurrir a los insostenibles enfoques del contrato sometido a condición o a término, ni hace falta fantasear una transmisión, donde en principio, se contempla otra cosa, dice Cristóbal Montes[149].

Coincidimos con Palá, tanto en lo que respecta a la calificación de la posición juríca que ostenta el instituido como derecho expectante, como en la estimación del tránsito del mismo a los descendientes en virtud de sustitución tácita, si bien en nuestro caso se trata de sustitución vulgar expresa, porque esto se desprende de las escrituras[150].

La respuesta estará condicionada por el título de disposición empleado -institución sucesoria o donación -y por la calificación que reciba el derecho adquirido por el instituido.

La institución presenta paralelismo con los fideicomisos contractuales, "aunque como su mismo nombre indica, son verdaderos contratos, conservan la naturaleza de disposiciones testamentarias de donde fueron trasplantados al terreno contractual, siendo consecuencia de todo ello que la eventualidad de un derecho no se transmite a los heredero del que lo tiene a su favor si éste muere antes que la eventualidad o condición se

---

[148]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código civil y Legislaciones forales* T. XXVII, v. 2, 117. Este llamamiento sucesivo comporta una sustitución fideicomisaria a favor de tales descedientes.

Según BROCA, (*Historia del derecho de Cataluña. especialmente el civil,* ob. cit., 710): aunque el heredamiento se otorgue ahora para después de la muerte del donador, del carácter de donación inter-vivos deriva su condición de irrevocable, robustecida por serles aplicable con todo rigor la constitución *A fora gitur fraus;* En idéntico sentido FONTANELLA, *De pact. nup.* Cláus. IV, glosa 3, núms.24..

[149]CRISTOBAL MONTES, "El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragonesa" R.C.D.I., Año LV, Enero-Febrero 1979, Núm. 530, 335.

[150]En defecto de cláusula expresa de sustitución, puede desprenderse la voluntad del instituyente de las cláusulas que acompañan a la designación, en la que se reconoce el mantenimiento de la comunidad por premoriencia del contrayente y la de reversión que sólo es operativa en los supuestos de falta de descendencia.

realice"[151], porque toda sustitución *post mortem* aplazada presupone el evento de la existencia del sustituto en dicho momento[152].

Entendemos que algunas opiniones responden a que esta institución no ha conseguido erradicar la influencia de su primitiva concepción de donación de la herencia, aspecto que de forma ilustrada presenta Palá[153].

La Ley civil foral optó ante este supuesto por la fijación de un criterio legal, que aparece recogido en el Art. 83. El legislador no establece diferenciación en función de que nos encontremos ante un pacto sucesorio con eficacia *post-mortem* o con eficacia de presente, sino que establece una regla única: "La designación sucesoria otorgada a favor de un contrayente determinará que, por premoriencia del instituido, se transmita su derecho a los hijos y descendientes".

497. **No estamos ante un supuesto de transmisión.-** Las razones que determinan el que no quepa hablarse de transmisión a la descendencia, en el supuesto de pacto institutorio simple, responden:

1) A la calificación *mortis causa* que se dé a la figura, reconduciendo a su justa dimensión el hecho de haberse concertado mediante acto inter-vivos.

2) A la calificación que reciba el "derecho" que nace en el instituido.

3) Por entender que no cabe una respuesta única -derecho de transmisión-, tanto para las disposiciones con eficacia *post-mortem* como para las que tienen eficacia de presente.

En lo que al primer punto se refiere, nos encontramos con una disposición que, tanto por el objeto como por el contenido y tiempo en el que ha de surtir sus efectos, su naturaleza *mortis causa* no ofrece duda. Entendemos que, una cosa es que en base al pacto sucesorio se considere irrevocable la designación causada y ésta confiera al instituido el título de sucesor, y otra bien distinta, es que se considere que ha sido sucesor, por el hecho de haber aceptado la herencia, cuando todavía no ha muerto el

---

[151]MARTI MIRALLES, "¿Cláusula reversional o sustitución fideicomisaria?, Fideicomisos contractuales condicionados" R.D.P. , T. XIX, Mayo 1932), 45.

[152]VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones* , Montecorvo, Madrid, 1978, 417.

[153]PALA, ibídem; En este sentido AIZPUN TUERO ("El pacto sucesorio en el Derecho Civil de Navarra"A.D.A. , II- 1945, 178), establece la distinción del llamamiento frente a la donación.

causante y no se ha abierto la sucesión[154], dando igualdad de trato, a efectos de la imposibilidad de llamar al sustituto, con la del heredero testamentario que habiendo muerto el testador acepta y recibe la herencia y posteriormente muere.

Entendemos que este derecho expectante no es transmisible a los herederos porque la disposición que le dá origen es *mortis causa* [155].

La delación y aceptación que se hiciere al tiempo del otorgamiento con eficacia pospuesta a la muerte del causante determina que al producirse ésta tenga lugar la sucesión.

Producirá plenos efectos o se resolverán los mismos si a la muerte del causante le sobreviviere el causahabiente o su descendencia, momento en el que se cierra el supuesto de hecho.

498. **La descendencia del instituido como sustitutos vulgares.-** La doctrina de Vizcaya basó el ingreso en la herencia de los nietos en la existencia de un llamamiento especial del abuelo, o bien, en la existencia de una sustitución vulgar tácita[156].

Por nuestra parte entendemos que tiene lugar una sustitución vulgar cuando el instituido en primer término no ha llegado a ser heredero a todos los efectos porque premurió al instituyente. A la hora de hacer una valoración al respecto las opiniones doctrinales se dividen[157].

---

[154]Esta institución se forja por la necesidad de atender a unas necesidades concretas y representa una apertura del carácter rígido y cerrado de las categorías sucesorias. Hablamos de hacer heredero con caracter irrevocable, de la delación sucesoria en momento anterior a la muerte del causante, de preeficacia en vida de ciertos efecto sucesorios. Ahora bien, ello exige un desdoblamento de ciertas categorías hasta ahora estáticas, que permita albergar estas realidades. Esta tarea, a nuestro entender, ha de realizarse dentro de una sistemática rigurosa, coherente e innovadora.

[155]Según ALBADALEJO ("Condición, término y modo", ob. cit., 69), la transmisibilidad *mortis causa* de la expectativa es discutible a la luz de los arts. 759 y 799 del C.c., la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se inclina por la intransmisibilidad; Por el contrario ROCA SASTRE("Sucesión contractual", ob. cit., 368), entiende que la transmisión hereditaria tiene lugar, cuando medie una condición suspensiva distinta de la premoriencia, y presenta Set. 13 febrero 1892 y 27 octubre 1894, que distingue si el derecho condicional procediese de contrato o testamento ".

[156]Puede verse en los Nº 40 a 43 de este trabajo las opiniones de Hormaeche, Garcia Royo, Lezón y Jado al respecto.

[157]Según LACRUZ (*Derecho Sucesiones Parte general* , ed. 1976, 395), la sustitución vulgar representa la expresión de un orden de preferencia del heredero y es un medio de introducir la representación en la sucesión testada; PUIG FERRIOL (ob. cit., 153) entiende que "no existe sustitución vulgar porque esta presupone lógicamente que el primer instituido no ha llegado a ser heredero y aquí el primer instituido ha sido heredero en méritos de la irrevocabilidad de la designación". Según COSTA (*Derecho consuetudinario y economía popular en España*, I (Alto Aragón), Barcelona, 1902, 92) la institución no causa todos sus efectos o los efectos causados no se hacen definitivos, hasta que se produzca la muerte de los padres instituyentes, por tanto, si el instituido fallece antes, la institución pierde todo su valor aunque haya dejado descendencia.

La designación por pacto se resuelve por premoriencia del instituido. El momento de la sucesión efectiva y total hay que referirlo a la muerte del instituyente[158], y la aceptación ha de entenderse desde ahora, si bien, con eficacia pospuesta al momento en que tenga lugar la referida muerte[159].

La irrevocabilidad hace alusión a la certeza del derecho pero no al tiempo en que éste será efectivo, por otra parte es una irrevocabilidad, si no claudicante, a lo menos, vulnerable. Nadie pone en duda que existen causas que pueden determinar la revocabilidad de la disposición y circunstancia, como la inexistencia de descendecia, que dan origen a su resolución, del mismo modo el derecho expectante e irrevocable a ser heredero se resolvería por premuerte del instituido, *conditio iuris* de la sucesión ***mortis causa***.. La valoración en otro sentido olvida su naturaleza *mortis causa*.

Esta calificación nos parece la correcta, por tres razones:

1) Se ajusta a la voluntad de los otorgantes expresamente manifestada en las escrituras.

2) Guarda coherencia con lo dispuesto en los textos legales, que establecen el destino de estos bienes a la descendecia: Por aplicación de las reglas sobre disolución de la comunicación (matrimonio del instituido por muerte con descendecia)[160]; en virtud de la reserva de los bienes donados para un matrimonio a los hijos habidos en éste y no a otros[161]; por interpretación *a sensu contrario* de la ley que establece la reversión legal[162] así como de la reversión convencional para el supuesto de muerte del instituido sin descendencia.

3) Atendiendo al fundamento de la institución y a la naturaleza *mortis causa* de la disposición; esta calificación responde a la esencia de la institución que consiste en que a través de esta concatenada serie de sucesiones se produzca una adscripción indefinida del patrimonio a una determinada familia y por otra parte, es una respuesta coherente con la naturaleza *mortis causa* del pacto sucesorio.

---

[158]PALA, ob. cit., 142.

[159]Según LACRUZ y SANCHO (*Derecho de Sucesiones. I.*, ed. 1971, 727), la aceptación se hará ahora respecto a la herencia que se deferirá en el futuro a consecuencia del contrato.

[160]FN. 20, 1.

[161]FN. 20, 3.

[162]FN. 20, 17.

Del tenor literal de las escrituras examinadas[163], se desprende que por la simple premoriencia del donatario, aunque no se hubiere hecho un llamamiento expreso puede entenderse llamados su representación legítima, al igual modo que en el derecho navarro[164].

499. Premoriencia del instituido sin que dejare descendencia.- En el caso de que premuriere sin dejar descendencia, habiendo instituido sucesor con eficacia de presente, revertirán los bienes al instituyente. Esta regla se recoge en el párrafo 2 del Art. 83 y de forma adicional en el Art. 92 referido a las donaciones con carga de alimentos.

500. Deudas del instituyente anteriores al otorgamiento.- Si se trata de deudas contraidas por el instituyente con anterioridad al otorgamiento, es necesario diferenciar de que clase de deudas se trata y qué tipo de pacto ha llevado a cabo, es decir con eficacia de presente o post-mortem. En Vizcaya es necesario este análisis en base a la existencia de diferentes masas patrimoniales dentro de la herencia y, en consecuencia, la posibilidad de que existan varias sucesiones, lo que cara a las deudas y del mismo modo a los bienes futuros, exige una delimitación de la masa a la que corresponden y a partir de ahí la fijación de quién se hace cargo de las mismas, en el caso que haya mediado pacto sucesorio.

1. Las deudas del patrimonio troncal anteriores al otorgamiento, tanto si se celebra el pacto sucesorio con eficacia de presente como con eficacia post-mortem, en principio acompañan a éste, si bien hay que indicar que de la lectura de los documentos se desprende la costumbre consiste en que se disponga libre de las deudas vencidas y devengadas, siendo habitual que al recogerse en la escritura la identificación de la finca, se indique que la misma está libre de deudas y gravámenes. Del mismo modo hemos apreciado que rige el principio de libertad de pacto.

Por otra parte existen referencias en los documentos que la dote en metálico, que recibe el instituyente de manos de los padres del otro contrayente, va destinada, entre otras finalidades, a la atención de las deudas del instituyente, no sólo serán las deudas del patrimonio troncal sino las personales del instituyente.

---

[163]Al recoger en la claúsula de reversión la relación de reversionarios es constante el que se indique quién ha resultado designado y se agregue o su representación legítima .

[164]AIZPUN TUERO, "El pacto sucesorio e el Derecho Civil navarro", Revista Principe de Viana, Año VI, Núm. XXI, 612.

Las deudas que se derivan de la existencia de una carga real que habiéndose constituido en el pasado venciere una vez instituido sucesor (por estar gravado con un censo la propiedad, por ejemplo), se sujetará a lo pactado. Si no existe previsión al respecto en las escrituras, habrá que tenerse en cuenta que si el pacto es con eficacia de presente, el titular de los bienes -el instituido- se hará cargo de las mismas.

En relación al pago de estas deudas de tracto sucesivo será necesario que se tenga presente, si los pactos o estipulaciones concertados hacen referencia al disfrute de los bienes en el tiempo que media desde el otorgamiento del pacto hasta la muerte del instituyente. En los documentos era común el que se pactara la asociación de ambos matrimonios o se estableciera la reserva de usufructo de la mitad, en cuyo caso se acordaba que contribuyeran a medias al pago de estas deudas, siendo coherente esta solución pactada con principio jurídico que se induce del sistema, "que quien asuma las ganancias asuma los gastos".

2. Del mismo modo, las escrituras que corresponden a la disposición de un patrimonio vinculado establecen que, los bienes libres irán destinados al pago de las deudas, sin identificar a qué tipo de deudas se refiere.

3. Cuando se trate del pacto sucesorio sobre la generalidad de los bienes con eficacia post-mortem, atendiendo a la indeterminación del *quantum* de la herencia, en la fase anterior a la apertura de la sucesión las deudas las asumirá el instituyente. No existe referencia alguna sobre estas deudas en las escrituras correspondientes.

4. Por deudas del instituido no podrán ser embargados estos bienes en virtud de disposición legal contenida en el Art. 92 del texto vigente.

Entendemos que la seguridad de los terceros no queda alterada puesto que la institución sucesoria con eficacia de presente no puede hacerse en perjuicio de los acreedores del instituyente ya que su derecho nació con anterioridad al pacto y en consecuencia frente a ellos es el instituyente quien queda obligado.

El Derecho catalán establece que las deudas anteriores al heredamiento se atenderán haciendo excusión en los bienes donados y los reservados por el instituyente. Respecto a las deudas posteriores no responderá el instituido en vida del instituyente y al abrirse la sucesión cabe el que acepte a beneficio de inventario[165].

---

[165]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código*, ob. cit., 171.

501. Bienes futuros al otorgamiento.- A la hora de su demitación ha de tenerse en cuenta:

a). La división de masas patrimoniales dentro de la herencia de una persona, es decir si se trata del pacto sucesorio sobre un patrimonio autónomo -troncal o vinculado- o sobre la generalidad de los bienes.

b). Si se trata del pacto sucesorio con eficacia de presente o *post-mortem*.

1. Si se trata del patrimonio troncal, los bienes futuros al otorgamiento y anteriores a la apertura de la sucesión irán al titular de dicho patrimonio, es decir, al instituido si el pacto sucesorio fuere con eficacia de presente, o al instituyente si se trata de un pacto con eficacia *post- mortem* . A medida que vayan apareciendo los bienes futuros al otorgamiento conexionados con el troncal irán pasando directamente y de forma intermitente a su titular. En este punto habrá que tener presente si existen reservas a favor del instituyente y en qué medida pueden incidir sobre los bienes futuros.

2. Tratándose de la institución sucesoria en la generalidad de los bienes es más dudosa la fijación de qué se entiende por bienes futuros y en qué momento pasan al instituido. No existe una respuesta unánime por parte de la doctrina[166]:

a) Los bienes futuros comprenden lo bienes que llegaren al patrimonio del donante con posterioridad a la donación. El paso de estos bienes al donatario será de forma intermitente (Hierneis), es decir a medida que van llegando.

b) Comprenden los bienes que existieren en el patrimonio del donante al tiempo de su muerte. De modo que se transmiten al heredero los bienes presentes por donación y los futuros mediante disposición sucesoria. Esta opinión es la que está más generalizada[167] y salva el problema de la auto-incapacitación adquisitiva del donante.

c) Son los que existieren al tiempo de la muerte del donante[168].

---

[166]LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., ed. 1971, 732, presenta las tres directices doctrinales al respecto: 1) la de actuación intermitente, es decir que los bienes entran al patrimonio del instituido conforme van llegando (Hierneis); 2) los bienes presentes pasan en el momento del otorgamiento, en tanto que los futuros al tiempo de la muerte del donante; 3) deberá atenerse en cada caso a lo pactado y en defecto tendrá lugar en el momento de la muerte del donante, este último criterio se sigue en la Compilación Aragonesa Art. 101.

[167]Según ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, T. III, 7 ed., Barcelona, 1979, 889), esta interpretación se acomoda mejor a la construcción técnica del heredamiento, salva el problema de la autoincapacitación del donante y atiende los problemas de índole civil, registral y hasta de liquidación del impuesto de sucesiones.

[168]Sigue este criterio la ley de Derecho civil foral del País Vasco del 1 julio 1992, Art. 76, asi como la Compilación aragonesa Art. 101; Según LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, (*Derecho de sucesiones I. Parte general. Sucesión voluntaria*, Barcelona, 1971, 733) esta tercera es la que resulta más conforme con la naturaleza de las cosas..

En el sistema catalán establecen que se adquieren en el momento de la muerte del causante y en virtud del título sucesorio[169]. Entendemos que es el criterio más ajustado a la voluntad del instituyente, tratándose del pacto sobre la generalidad de los bienes del instituyente.

A la luz de los documentos, tratándose de la generalidad de los bienes, los datos indicativos que nos sirven para fijar qué se entiende por bienes futuros y cuándo entran éstos en el patrimonio del instituido son a través del empleo del título donacional o el de institución de heredero universal y en este último supuesto si se le instituye en la universalidad de los que entren en el patrimonio o por el contrario en los que existieren a su muerte[170].

b) En el momento de la apertura de la sucesión.

502. Muerte de ambos instituyentes.- La muerte de ambos instituyentes determina la apertura de la sucesión. En el Derecho histórico legal y consuetudinario recuperado a través de los documentos, se reconoce que en tanto viva el cónyuge supérstite instituyente que instituó mediante pacto no se abre la sucesión del premuerto[171].

En el Art. 82 del texto vigente recoge de forma expresa que el cónyuge supérstite conserva íntegros y con carácter vitalicio los derechos que los mismo se hubieran

---

[169]Si se trata de un heredamiento con eficacia de presente los bienes futuros pasaran al heredante y a su muerte al instituido (Art. 84 Código sucesorio). Entendemos que los pactos sucesorios con eficacia de presente en los que se dispone de los bienes que existen por una parte, y se instituye sucesor en los restantes, no existe duda que respecto a estos últimos entrarán en el patrimonio del instituido en el momento de la muerte del instituyente. El problema se plantea con las donaciones de bienes presentes y futuros, típicas en el derecho mallorquín y en Navarra, si los bienes pasan a medida que van llegando al patrimonio del instituyente o si por el contrario lo hacen al tiempo de su muerte.

[170]Tratándose del pacto sucesorio sobre la generalidad de los bienes con eficacia de presente (históricamente se instrumentalizaba mediante el título donacional universal o la fórmula dona, promete y manda). En Vizcaya tratándose del pacto sobre la generalidad de los bienes con eficacia *post-mortem* los bienes futuros al otorgamiento y anteriores a la apertura de la sucesión no adscritos a algún patrimonio autónomo entrarán directamente en el patrimonio del instituyente, y a su muerte, pasarán al instituido.

[171]FN. 20, 1; 23, 1: "Y si el Abuelo donador fuere muerto, y la Abuela viva, ó en contrario, el que vivo quedare, pueda demandar su mantenimiento de los bienes de la meytad del finado, salvo, si por contrato, ó convención de partes fuere puesto, o assentado otra cosa". En los documentos se ha comprobado que tratándose de pacto sucesorio universal lo común es que se establezca la reserva de usufructo o el mantenimiento de su participación en las ganancias de la comunidad.

reservado, introduciendo junto a los supuestos del Derecho histórico, de comunidad o reserva de usufructo, otros pactos de naturaleza análoga.

503. Adquisición de la herencia ipso iure.-

1. En Vizcaya no hay necesidad de aceptación a la muerte del instituyente porque en su día ya se aceptó la herencia. En el Derecho histórico la aceptación es expresa en todas las escrituras, como hemos indicado anteriormente, siendo, por otra parte, el criterio generalizado en los derechos forales[172]. A la muerte del instituyente, el instituido deviene heredero *ipso iure*. o sea, automáticamente, no por obra del sistema sucesorio germánico o de *saisine (le mort saisit le vif)*, sino por la energía vinculante del mismo contrato sucesorio[173] en virtud de la aceptación que en su día se hizo.

2 En Vizcaya no tiene trascendencia práctica el problema que plantea la doctrina sobre si cabe la aceptación a beneficio de inventario, puesto que la responsabilidad en nuestro sistema es *cum viribus"* .

En otras regiones, en el supuesto de que en la disposición se haya empleado exclusivamente el título sucesorio debe reconocérsele tal posibilidad, pues el instituido, cuando aceptó el título de heredero lo hizo, naturalmente, con desconocimiento de cuál sería en su día el contenido de la herencia, y como de ello sólo puede adquirir conociento al morir el instituyente, es lógico que entonces pueda optar o no por el beneficio del inventario[174], esta cuestión tendrá relevancia en aquellos sistemas en los que se aplique el principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

3. No cabe la repudiación de la herencia, entendiéndose, en todo caso, que siendo la renuncia un acto unilateral, resultaría insuficiente para modificar el contenido del pacto[175].

504. Efectos del pacto sucesorio con respecto a las deudas del instituyente.- Como ya ha quedado dicho, la existencia de varias masas patrimoniales en la herencia de Vizcaya y, en consecuencia, la posibilidad de que existan varios herederos universales, determina el que sea necesario establecer un criterio en la

[172]Es frecuente que sea el propio instituido quien acepte, la fórmula empleada es: "el heredero acepta agradecido la anterior institución"; en este mismo sentido CRISTOBAL MONTES, ob. cit., 167.

[173]ROCA SASTRE, "Sucesión contractual", 369.

[174]ROCA SASTRE, "Sucesión..", ob. cit., 370.

[175]CRISTOBAL MONTES, *La sucesión contractual*, ob. cit., 53; Art. 86 Comp. C.

asignación de las deudas del institutente al tiempo de su muerte y fijar quién se hace cargo del pago de las deudas personales.

Cuando nada se haya previsto en la escritura, respecto a la responsabilidad por deudas, las orientaciones seguidas en antiguos ordenamientos que recogen la sucesión troncal, son las siguientes: en algunos, cada una de las masas de bienes objeto de sucesión independiente tiene una correlativa masa de obligaciones por las cuales responde en exclusividad; mientras en otros, frente a la formación de masas especiales de bienes, no existe una correlativa división de las deudas. En este segundo caso, la condición de herederos en los sucesores troncales obliga a distribuir proporcionalmente la responsabilidad entre todas las masas de bienes que integran el caudal relicto, sea cualquiera la masa a que pertenezcan[176].

El precepto del Fuero establecía que las deudas deberán pagarse con los bienes muebles y no con la raíz y éste es el criterio que sigue el texto foral vigente en su Art. 63, completado con el criterio de la distribución proporcional a la cuantía, cuando en defecto de bienes muebles y raíces no troncales, haya que acudir a los troncales.

Su tenor literal es: "Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y de los bienes inmuebles no troncales, y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes raíces troncales de cada línea, en proporción a su cuantía".

En los documentos el pago de las exequias fúnebres del instituyente es una carga que se le impone al instituido y si son varios sucesores, en bienes troncales y no troncales, se indica la obligación que tienen de contribuir todos ellos a su pago. En los contratos matrimoniales no existe otra referencia adicional respecto a las deudas y en consecuencia la respuesta que aplicamos es la legal.

En esta materia y momento de la sucesión, entendemos, ha de seguirse idéntico criterio al que sigue una disposición sucesoria testamentaria, porque una vez abierta la sucesión en nada se diferencia el sucesor en virtud de pacto sucesorio del anterior, excepto en un supuesto. Si el pacto sucesorio se modalizó con pactos y estos establecen un régimen de cómo han de atenderse las deudas se sujetarán a los mismos: en los documentos ese pacto es con frecuencia el régimen de comunidad y en el mismo se prevé que una vez disuelta la asociación por muerte, previamente a la adjudiación de los bienes se detraigan del haber las cantidades para el pago de las deudas o en su caso, se asigna quién ha de hacerse cargo de las mismas (sería el caso de la deuda consistente en pago de las dotes de los restantes hijos, en el último caso, en el último caso).

[176]Según LACRUZ BERDEJO (*"Derecho de Sucesiones"* , T. I, Barcelona 1971, 28.

505. **Los bienes futuros.-** Completando lo ya expuesto, en el momento de la muerte del instituyente se diferenciará en el patrimonio del causante los distintos tipos de bienes con fijación de la masa patrimonial a la que correspondan.

Si el patrimonio troncal fué objeto de pacto sucesorio con eficacia *post-mortem* o bien, siendo de eficacia de presente, el instituyente se reservó bienes, éstos pasarán ahora al instituido en virtud del título sucesorio.

Si por diversos títulos llegaren al patrimonio del instituyente bienes que no están afectos a un patrimonio concreto, éstos corresponderán al instituido heredero en la generalidad de los bienes.

506. **Cabe impugnar los actos que hizo en fraude del pacto sucesorio.-** Los contratos sucesorios del C.c. no privan al instituyente de la disposición *inter-vivos* de sus bienes, sino en cuanto que los actos de disposición perjudican directamente la expectativa del heredero o legatario contractuales.

La posición de éstos presenta analogías con la del legitimario: como él pueden, al causarse la herencia, impugnar los negocios jurídicos celebrados en fraude de su derecho; tanto los actos a título oneroso-simulados o no- como los actos a título gratuito, serán fraudulentos en cuanto disminuyan la porción del heredero, al no tratarse de donaciones usuales. En vida del causante se acepta comúmnemnte que el favorecido no puede impugnar por analogía con los legitimarios[177].

Las legislaciones forales tratán de garantizar este derecho de forma más exhaustiva[178]. La legislación catalana establece, que en el heredamiento simple los actos de disposición a título oneroso que el heredante realice en fraude del heredamiento serán anulables, salvo que el adquirente sea extraño al fraude.

Pueden ejercitar esta acción y la de simulación, en su caso, el heredero o quien lo sea de éste, incluso en vida del heredante. La doctrina aclara que se dá en ocasiones la simulación relativa, cuando el heredante quiere favorecer a alguno de sus hijos a costa del heredero, encubriendo bajo la apariencia de un contrato oneroso una donación. En tal caso debe aplicarse las reglas propias de la simulación, y cuando ésta sea relativa al ponerse de manifiesto el negocio disimulado, éste deberá ser reputado nulo por cuanto persigue un fin ilícito.

---

[177]LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., ed. 1971, 728; en idéntico sentido ROCA SASTRE, "La sucesión contractual..", ob. cit., 367.

[178]Art. 79. 3 Código sucesorio.

Tratándose de la acción de impugnación por fraude, entiende que si bien el precepto no alude a que tipo de fraude ha de extenderse, por los precedentes legales se entiende que ha de ser una actuación fraudulenta intencionada con ánimo de perjudicar al heredero[179].

Se discute, si el instituido podrá, una vez fallecido el*de cuius*, impugnar las deudas contraídas por el instituyente después del contrato y en fraude de la institución.

Entendemos que en lo que concierne a los pactos sucesorios otorgados acogiéndose a la legislación de Vizcaya, tratándose de actos de disposición a título lucrativo no sería necesario atacarlos mediante pruebas de intencionalidades en el instituyente, siempre difíciles de acreditar. Para que prospere la impugnabilidad de la disposición del instituyente bastaría alegar, tratándose de pacto sucesorio con eficacia de presente, la falta de consentimiento por parte del instituido (Art. 78) o la prohibición de llevar a cabo dichos actos (Art. 77) tratándose de pacto sucesorio con eficacia post-mortem.

El posible fraude en los actos de disposición a título oneroso puede atacarse alegando la falta de consentimiento por parte del instituido, si estamos ante un pacto sucesorio con eficacia de presente. Solamente será necesario probar la existencia de fraude o simulación en la actuación del instituyente en la disposición a título oneroso, tratándose de pacto sucesorio con eficacia post-mortem (Art. 78).

IV. Causas de revocación y de resolución del pacto.

507. **Causas de Revocación.-** El Art. 79 de la Ley del Parlamento vasco establece como causas de revocación:

"Los instituyentes pueden revocar la designación:

1. Por las causas pactadas.

2. Por incumplimiento grave de las cargas y condiciones establecidas.

3. Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación.

4. Por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar.

5. En los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio".

---

[179]PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código ...*, ob. cit., 195.

508. **La revocabilidad del pacto como sanción por el incumplimiento.-** Estas obligaciones que se le imponen al instituido constituyen cargas que determinan la medida de la liberalidad.

La legalidad foral histórica establece el carácter preferente en el cumplimiento de la obligación y admite la posibilidad de revocarla en caso de incumplimiento[180].

En este punto ha de seguirse la orientación doctrinal general, entendiéndose que dicho incumplimiento ha de ser debido a culpa en el instituido. Apreciándose restrictivamente la existencia de la culpa, que sólo debe incluir la culpa cualificada y el dolo[181].

Las legislaciones forales reconocen la posibilidad de revocar el pacto en caso de incumplimiento[182]. La legislación aragonesa establece la revocabilidad del pacto sucesorio cuando exista un incumplimiento grave de las condiciones o cargas, remitiéndose a las normas del Código civil en materia de donación (Arts. 644 a 653 C.c.), este incumpliento grave ha de ser así entendido por la Junta de parientes.

En Navarra en lo relativo a la revocación del pacto se entiende que ha de tratarse del incumplimiento de cargas esenciales impuestas al donatario; en cuanto a las otras, el donante podrá exigir su cumplimiento[183].

Por nuestra parte entendemos, que en caso de incumplimiento del modo, existen dos resortes jurídicos: la ejecución forzosa del modo[184] y la revocación del negocio principal al que va unido[185].

---

[180]FN. 23, 2; FN. 17, 8 y 23, l y 3 establecen las dos primeras leyes, la facultad de vender los bienes cuando el obligado a prestar alimentos no lo cumpliere y las restantes del título 23 hacen referencia al cumplimiento defectuoso.

[181]LUNA SERRANO, "Disciplina del modo testamentario imposible", ADC. R.XXIV, fasc. 1, Enero- Marzo 1968, 122.

[182]Art. 103.3 Comp. A. y 118 Comp. N.

[183]Ley 118 Comp. N.

[184]Según LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil I, Parte general* . v, III, Barcelona, 1984, 249), el modo tiene la función de añadir a los efectos propios del negocio gratuito la obtención de otros efectos no típicos que el heredante no hubiera podido lograr a través del negocio puro. El modo se configura como una obligación y puede exigirse su cumplimiento; Según LUNA SERRANO, ("Disciplina del modo testamentario imposible", A.D.C. T. XXI, fasc. I, Enero- Marzo 1968, 123) si se dá la circunstancia de que una persona esté interesada y legitimada para solicitar el cumplimiento del modo puede optar entre las posibilidades que le brinda el Art. 1124 C.c., cuya disciplina considera aplicable al caso por razón de analogía"; Según ALBADALEJO ("Condición, término y modo", ob. cit., 90), en la medida de la liberalidad que supone el modus me parece encontrar razón suficiente para sostenenr la aplicabilidad al caso presente del principio contenido en el Art. 1124, 2º C.c.

[185]ALBADALEJO, "Condición, término y modo", ob. cit., 92.

Un sector de la doctrina justifica la revocabilidad en base a que el cumplimiento de la carga era motivo determinante de la disposición[186]. Otros entienden, que la vía a la revocación queda abierta en el supuesto de incumplimiento culpable de la carga modal[187].

Compartimos la opinión de Luna Serrano, quien entiende que siempre que la naturaleza de la obligación lo permita, el instituyente podrá optar entre solicitar su cumplimiento o pedir la resolución de la liberalidad, puesto que puede considerse aplicable al caso por analogía[188] las posibilidades que brinda el art. 1124 del C.c., teniendo en cuenta la función y la esencia del *modus*.

Nos encontramos ante una institución cuya característica es la irrevocabilidad, ciertamente la revocación de la disposición ha de ser fundamentada, por reunir, las notas de ser determinante de la disposición de los bienes y a su vez por tratarse de un incumplimiento culpable y grave, con apercibimiento previo por parte de la autoridad judicial, que será en última instacia quien estime su gravedad (tomando como precedente el Derecho histórico), porque de no ser así entendemos que tiene más fuerza la irrevocabilidad de la disposición. En este sentido se recoge el Art. 79 de la ley sobre Derecho civil foral del País vasco, que hace incapié en la exigencia de la gravedad del incumplimiento.

Sólo están legitimados para revocarlo los directamente interesados, es decir el instituyente, en defecto sus herederos y los beneficiarios del modo[189].

509. **Revocación por causa de indignidad.-** Teniendo como precedente las leyes del Fuero, que reconocen la ingratitud del designado como causa de revocación de las donaciones[190], y por otra parte su remisión a las causas por las cuales el derecho manda desheredar, la comisión recogió en el Art. 79 las causas de revocación de la designación:

---

[186]Según TORRALBA (El modo, ob. cit, 250 ss), solamente dá lugar a la resolución de la disposición el incumplimiento del modo determinante.

[187]LACRUZ BERDEJO (en BINDER, *Derecho de sucesiones*, 342), "el incumplimiento culpable de la carga abre vía en todo caso a la revocación de la liberalidad"; En contra TORRALBA ob. cit. 250.

[188]LUNA SERRANO "Disciplina del modo testamentario ..." ob. cit., 123; En sentido contrario ALBADALEJO " Condición, término y modo", 95; TORRALBA (El modo, 244), se decide por la preferencia de los que piden el cumplimiento del modo en e caso de que no coincidan los legitimados para pedir el cumplimiento y los legitimados para pedir la revocación citando a BOUYSSOU, *Les liberalités avec charges en droit civil francaise* (Paris 1945), 296.

[189]ALBADALEJO, "Condición, término y modo", ob. cit., 92.

[190]FN. 34, 22..

El hecho de haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación ha sido considerado por las legislaciones que reconocen el pacto sucesorio como causa de revocación, sin embargo la respuesta no es uniforme en los distintos ordenamientos:

a) El § 2.294 del BGB. reconoce al causante la facultad de dejar sin efecto el contrato sucesorio cuando el designado se hace culpable de una falta que le autorizaría a la privación de la legítima. Esta respuesta tiene un cierto fundamento por cuanto el sistema legitimario impone también una vinculación al causante frente a sus más próximos parientes.

b) En el Código de sucesiones catalán se sigue un criterio restringido. Se abstiene de hacer referencia a las causas de desheredación, y en el art. 77 de dicho texto legal se limita a dar beligerancia tan sólo a las causas de indignidad que establecen los núms. 1, 2, 3 y 5 del art. 11 del mismo, que hacen referencia a actuaciones del instituido contra el instituyente que dan origen a sentencia firme en materia penal.

c) La Compilación aragonesa en el art. 103-2 establece que serán las causas de indignidad y de desheredación las que puedan dar origen a la revocación, siguiendo un criterio uniforme con las disposiciones testamentarias.

d) El art.79-2 de la ley sobre Derecho civil foral del País vasco establece que el haber incurrido en causa de indignidad o desheredación por parte del instituido dá derecho a revocar el pacto sucesorio.

510. Causas de resolución.- Se recogieron las causa de resolución de la institución sucesoria. Unas son específicas del pacto sucesorio y otras son comunes y se derivan de la aplicación del Derecho de obligaciones.

El Art. 80 establece:

"Se resolverá la designación sucesoria:

1. Por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba sujeta.

2. Por fallecimiento del instituido sin que dejare descendecia.

3. Por acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública".

El fallecimiento del instituido sin que dejare descendencia es un precepto de raigambre histórica, al que hemos hecho referencia al tratar de las causas que dan origen a la reversión de los bienes.

El acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública, cuando tenga por objeto resolver el pacto que anteriormente perfeccionaron, requerirá identidad en el objeto y concurrencia de todos los otorgantes que perfeccionaron el pacto precedente y del mismo modo su modificación (Art. 75).

511. El resarcimiento de las mejoras costeadas por el instituido y la reversión de los bienes a la familia de origen.- Tomando como precedente lo dispuesto en el Fuero en la ley 4 del título 20 e inspirados en un principio del sistema, que entiende que nadie debe enriquecerse sin justa causa, el Art. 81 del texto vigente establece que en los casos de revocación y resolución del pacto ha de entenderse que el instituido deberá ser resarcido en el plazo de un año de la mitad del valor actual de las mejoras e incorporaciones que él hubiese costeado. En los casos de revocación y resolución los bienes serán objeto de reversión en la forma dispuesta en el Art. 83, 2 de la Ley foral.

CONCLUSIONES.

Las conclusiones a las que hemos llegado tras efectuar este trabajo son las siguientes:

1º En el período examinado existe un número considerable de contratos matrimoniales, siendo frecuente que contengan la disposición de los bienes por parte de los padres a favor del hijo contrayente mediante pacto sucesorio. Tratándose de la disposición del patrimonio familiar, hemos constatado que en algunas familias el hacerlo en el contrato matrimonial es una tradición que se mantiene de generación en generación.

2º Existen escrituras de donación en las que se dispone de la herencia mediante pacto con el elegido, presentando semejanza su instrumentalización con la otorgada en el contrato matrimonial, tanto por los títulos de disposición empleados como por las cláusulas que le acompañan.

3º Los otorgantes de los pactos sucesorios están unidos por vínculos de parentesco, siendo frecuente el de consanguinidad. Lo común es que sean pactos sucesorios otorgados por los padres a favor de los hijos.

4º Preside el principio de libertad en la elección del sucesor y en algunas escrituras resulta elegida la hija.

5º Es frecuente que el padre o madre viudo, al disponer por pacto sucesorio del patrimonio familiar, actúe en nombre propio y en uso del poder de su cónyuge premuerto.

6º En los documentos examinados se emplean dos títulos sucesorios universales: el de heredero sucesor tronquero en la universalidad del patrimonio troncal (bienes libres o vinculados) y el de heredero universal (en la generalidad de los bienes de naturaleza mueble).

7º Es frecuente que si un contrayente recibe unos bienes con motivo del matrimonio, su cónyuge reciba una dote en dinero. En el caso de que se hubiere designado sucesor tronquero, la dote se le entrega al padre instituyente en muchos casos y al hacerlo se indica que dicha entrega es "en remuneración de la disposición causada".

8º La dote en metálico es el elemento fungible y partible de que se sirve el padre instituyente para disponer del patrimonio familiar de forma indivisa y al mismo tiempo, atender la dotación de los restantes hijos. Es de pensar, que si no hubieran existido estas dotes los padres no hubieran hecho estas disposiciones en vida, tal como las hicieron.

9º En estos documentos se perfeccionan pactos sucesorios a título universal y particular; con eficacia de presente (mediante la incorporación de donación inter-vivos); con eficacia post-mortem (la institución de heredero o de sucesor simple) y con eficacia mixta (institución de heredero o sucesor con donación singular de bienes).

Que existan disposiciones con eficacia de presente no debe hacernos olvidar que todas ellas alcanzan su eficacia plena, integrada, consolidada e inatacable a la muerte de los instituyentes.

10º La designación de sucesor tronquero puede equipararse al nombramiento en un cargo, para el que se elige al contrayente y a su descendencia, quienes están llamados a representar el linaje de la casa por espacio de dos generaciones. Esta designación no figura condicionada, en tanto que la institución de heredero universal si lo está en muchos casos.

11º Existe una correspondencia entre la modalidad de pacto sucesorio elegido y la naturaleza de los bienes que en el mismo se disponen. Puede enunciarse como sigue:

a) Disposición del patrimonio troncal libre o vinculado mediante designación de sucesor tronquero con eficacia post-mortem, de presente o mixta. El cónyuge del sucesor aporta una dote al matrimonio. La designación se modaliza, frecuentemente, con la constitución de una comunidad entre instituyentes e instituidos o con la reserva de usufructo, a favor de los primeros.

b) Institución de heredero universal pura y simple en la generalidad del patrimonio relicto (generalmente de naturaleza mueble). Institución, en ocasiones, complementaria o cumulativa a la designación de sucesor tronquero. La eficacia de la misma es *post-mortem*.

c) Institución de heredero universal o donación universal. En ambos casos figura condicionada al hecho del mantenimiento de la comunidad hasta la muerte de los instituyentes. De manera que, si la comunidad de vida se mantiene la institución de heredero produce plenos efectos. Para el caso, por el contrario, de disolución anticipada de la comunidad se dona la mitad de los bienes muebles. La eficacia de la institución de heredero es *post-mortem*. .

d) Disposición a título particular con eficacia de presente, post-mortem o mixta. Aparece modalizada mediante la constitución de una comunidad de vida.

12º La modalización del pacto sucesorio mediante la constitución de una comunidad determina que el régimen normativo de la comunidad regule el disfrute y disposición de los bienes. La regla general es que la disposición sea conjunta y el disfrute compartido.

13º En el Derecho histórico, cuando se trata de la designación de heredero sucesor tronquero, la disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres da lugar a la separación en el disfrute de los bienes, que hasta entonces se mantenía indiviso.

14º La muerte de uno de los instituyentes no impide que el supérstite mantenga íntegros los derechos reservados para ambos, bien en aplicación del Fuero o por disponerlo así.

15º Se ha podido apreciar que el pacto sucesorio ha ido evolucionando desde la regulación que recibe en el Fuero hasta el período examinado. La costumbre *preter legem* lo va configurando formalmente como institución sucesoria.

Su evolución histórica hasta el momento actual presenta, tanto en su conformación como institución sucesoria como en su modalización, tres estadios:

a) El pacto sucesorio en el s. XVI: Según resulta del texto del Fuero Nuevo, la disposición se lleva a cabo mediante donación universal inter-vivos con eficacia de presente y se modaliza con la imposición de la carga de los alimentos del donante. Su carácter sucesorio queda evidenciado por la existencia de una eventualidad de los efectos que tienen lugar en vida (sujeto a reversión para el caso de premoriencia del donatario sin descendencia; sujeto a revocación por incumplimiento de las cargas; sujeto a limitaciones: indisponibilidad de los bienes, inenajenabilidad e inembargabilidad de los mismos), limitaciones que se levantan en el momento de la muerte del donante supérstite, en el que la disposición produce plenos efectos, en la persona del donatario o de su descendencia. También respecto a los bienes futuros será este el momento en el que entren en el patrimonio del donatario.

b) El pacto sucesorio en la etapa examinada: La disposición se lleva a cabo mediante el empleo de un título sucesorio, bien sea la designación de sucesor en los bienes (con donación o sin ella) o la institución de heredero universal. Si la institución sucesoria es simple los efectos del pacto quedan pospuestos al momento de la muerte de los instituyentes.

Se modaliza, tanto si se dispone con eficacia de presente como post-mortem, con la constitución de la asociación o se establece la reserva de usufructo. Esto determina que en uno u otro caso queden escindidas la titularidad de los bienes (que será del instituyente o del instituido en función de si se acuerda la eficacia de presente o post mortem) y la titularidad en el disfrute de los mismos que quedará compartido en ambos casos entre

instituyentes e instituidos, en vida de los primeros. La evolución en la modalización busca el disfrute compartido de los bienes (en un caso favorecerá a los instituyentes, pero en la institución con eficacia post mortem a los instituidos).

Su naturaleza sucesoria queda fortalecida respecto a la fase anterior al incorporar la posibilidad de disponer exclusivamente a título sucesorio, requiriéndose la superviviencia del instituido para que dicha sea eficaz.

c) En el momento actual: El pacto aparece encuadrado legalmente como un modo de delación sucesoria con categoría propia. Rige el principio de libertad civil a la hora de establecer el momento de su eficacia y su modalización.

INDICE DE LAS ESCRITURAS EXAMINADAS

I. AREITIO, José Antonio
(Escribano Real)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
07-02-1827	572	45	1
26-02-1827	572	51	2
21-04-1827	572	118	3
21-04-1827	572	118	4
14-07-1827	572	189	5
09-09-1827	572	291	6
09-09-1827	572	319	7
27-09-1827	572	324	8
01-12-1827	572	374	9
05-01-1828	573	1	10
06-04-1828	573	104	11
12-07-1829	573	173	12
24-11-1828	573	483	14
29-09-1828	573	404	13
02-05-1829	574	175	15
05-09-1829	574	341	16
17-09-1829	574	447	17
05-12-1829	574	521	18
06-12-1829	574	531	19
14-12-1829	574	553	20
02-04-1820	575	115	21
05-06-1830	575	173	22
26-06-1830	575	209	23
03-07-1830	575	227	24
12-08-1830	575	305	25
02-10-1830	575	358	26
27-09-1830	575	388	27
13-11-1830	575	395	28
08-01-1831	576	18	29
23-03-1822	576	29	30
22-01-1831	576	37	31
12-02-1831	576	69	32
17-02-1831	576	91	33
22-02-1831	576	104	34
02-04-1831	576	121	35
07-04-1831	576	132	36
16-04-1831	576	147	37
26-05-1831	576	180	38
25-06-1831	576	191	39
02-07-1831	576	221	40
07-07-1831	576	232	41
07-07-1831	576	240	42
18-08-1831	576	292	43
07-02-1832	576	101	44
06-03-1832	577	127	45
01-03-1832	577	195	46
08-06-1832	577	250	47
08-06-1832	577	250	48
02-07-1832	577	297	49
18-09-1832	577	412	50
21-09-1832	577	417	51
29-12-1832	577	472	52
29-04-1833	578	159	53
25-05-1833	578	207	54
25-05-1833	578	210	55
30-05-1833	578	215	56
01-07-1833	578	231	57
17-09-1833	578	324	58
07-12-1833	578	376	59

II. LANDABURU, Francisco
(Escribano del Número)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
13-01-1823	558	9	60
18-01-1823	558	11	61
25-01-1823	558	15	62
24-04-1823	558	41	63
07-05-1823	558	45	64
26-08-1824	559	118	65
25-09-1824	559	135	66
11-03-1825	560	63	67
30-07-1825	560	135	68
30-08-1825	560	159	69
03-02-1826	561	18	70
30-12-1826	561	383	71
20-02-1827	562	23	72
23-02-1827	562	28	73
18-10-1827	562	148	74
26-11-1828	562	241	75
03-03-1829	563	58	76
23-03-1829	563	88	77
08-05-1829	563	122	78
01-08-1829	563	223	79
22-02-1830	564	61	80
24-04-1830	564	122	81
06-10-1827	562	139	82

Fecha	Legajo	Folio	Nº
30-10-1830	564	393	83
06-11-1830	564	429	84
01-08-1831	565	271	85
05-04-1831	565	81	86
30-05-1831	565	163	87
05-11-1831	565	397	88
02-12-1831	565	435	89
05-01-1832	566	9	90
26-01-1832	566	43	91
03-03-1832	566	68	92
12-08-1832	566	232	93
04-10-1832	566	275	94
30-03-1833	567	4	95
20-09-1833	567	40	96
28-06-1833	567	188	97
26-09-1833	567	287	98
19-10-1833	567	396	99

III. ZUAZUA, Juan Bautista
(Escribano del Número)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
31-01-1824	933	74	100
25-02-1824	933	79	101
05-03-1824	933	85	102
09-02-1825	934	52	103
16-06-1826	934	183	104
08-07-1825	934	195	105
13-08-1825	934	254	106
22-10-1825	934	369	107
17-05-1826	935	116	108
15-09-1826	935	220	109
12-04-1831	938	173	110
06-05-1831	938	235	111
25-06-1831	938	266	112
02-07-1831	938	290	113
17-07-1831	938	301	114
06-08-1831	938	319	115
31-12-1831	938	592	116
25-01-1832	939	31	117
23-02-1832	939	70	118
25-04-1832	939	105	119
07-06-1832	939	146	120
18-01-1833	940	3	121
18-01-1833	940	8	122
05-04-1833	940	73	123
05-04-1833	940	78	124
22-04-1833	940	102	125
23-12-1833	940	332	126

IV. AZTIAZARAN, José María
(Escribano del Número)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
01-02-1823	516	22	127
05-02-1823	516	28	128
13-02-1823	516	38	129
22-02-1823	516	90	130
17-05-1823	516	100	131
28-05-1823	516	116	132
18-08-1823	516	198	133
23-08-1823	516	202	134
17-10-1823	516	381	135
03-02-1824	517	40	136
07-02-1824	517	48	137
20-03-1824	517	106	138
12-04-1824	517	116	139
17-04-1824	517	120	140
18-05-1824	517	144	141
27-08-1824	517	227	142
11-09-1824	517	240	143
29-09-1824	517	263	144
02-10-1824	517	279	145
19-03-1825	518	111	146
18-06-1825	518	178	147
10-08-1825	518	245	148
13-08-1825	518	250	149
20-09-1825	518	268	150
28-12-1825	518	517	151
10-01-1826	519	21	152
08-04-1826	519	127	153
20-07-1820	519	269	154
29-07-1826	519	276	155
15-01-1827	520	36	156
20-01-1827	520	53	157
01-02-1827	520	67	158
03-03-1827	520	104	159
04-03-1827	520	115	160
13-03-1827	520	122	161
17-04-1827	520	187	162
17-04-1827	520	190	163
20-06-1827	520		164
31-07-1827	520	462	165
04-08-1827	520	471	166
07-07-1827	520	546	167
15-09-1827	520	548	168
22-09-1827	520	562	169
31-10-1827	520	664	170
01-12-1827	520	757	171
26-11-1827	520	741	172
15-12-1827	520	789	173
29-12-1827	520	818	174
19-01-1828	521	17	175

Fecha	Legajo	Folio	Nº
31-01-1828	521	35	176
31-01-1828	521	37	177
04-02-1828	521	45	178
09-02-1828	521	62	179
11-02-1828	521	65	180
01-04-1828	521	145	181
07-05-1828	521	175	182
07-05-1828	521	183	183
05-09-1828	521	313	184
27-09-1828	521	359	185
21-10-1828	521	417	186
23-11-1828	521	423	187
24-11-1828	521	427	188
04-02-1829	522	62	189
06-02-1829	522	71	190
06-06-1829	522	348	191
07-07-1829	522	192	192
03-08-1829	522	507	193
27-11-1829	522	740	194
20-02-1830	523	105	195
20-03-1830	523	146	196
20-03-1830	523	148	197
29-05-1830	523	260	198
12-06-1830	523	280	199
26-07-1830	523	347	200
29-07-1830	523	350	201
18-08-1830	523	380	202
04-09-1830	523	393	203
24-09-1830	523	424	204
16-10-1830	523	468	205
16-10-1830	523	481	206
23-10-1830	523	501	207
27-10-1830	523	507	208
31-12-1830	523	636	209
27-01-1832	525	42	210
04-02-1832	525	56	211
05-03-1832	525	88	212
08-03-1832	525	102	213
24-03-1832	525	125	214
24-04-1832	525	171	215
07-06-1832	525	219	216
16-06-1832	525	232	217
17-08-1832	525	280	218
28-08-1832	525	296	219
20-10-1832	525	352	220
17-11-1832	525	221	221
16-12-1832	525	436	222
27-12-1832	525	480	223
02-05-1833	526	165	224
25-05-1833	526	186	225
15-06-1833	526	219	226
20-06-1833	526	227	227
10-07-1833	526	258	228
20-07-1833	526	266	229
07-11-1833	526	412	230
28-12-1833	526	524	231

V. BARRENECHEA, Martín Antonio
(Escribano Real y Secret. Ayuntamiento)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
28-04-1823	472	12	232
03-06-1823	472	27	233
20-09-1823	472	59	234
06-11-1823	472	142	235
07-02-1824	472	22	236
28-04-1824	472	56	237
28-02-1825	473	35	238
10-03-1825	473	48	239
08-06-1825	473	85	240
11-03-1826	473	30	241
02-05-1826	473	64	242
10-06-1826	473	81	243
17-09-1826	473	99	244
18-09-1826	473	103	245
12-11-1826	473	177	246
21-12-1826	473	201	247
28-12-1826	473	211	248
30-01-1827	474	6	249
03-03-1827	474	28	250
04-08-1827	474	94	251
12-12-1827	474	207	252
05-01-1828	74	1	253
14-04-1828	474	42	254

VI. ERCILLA, Jorge Timoteo
(Escribano del Número)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
15-02-1823	928	66	255
24-03-1823	928	6	256
18-02-1824	928	18	257
26-01-1825	928	4	258
23-02-1825	928	23	259
26-01-1824	487	13	260
17-03-1824	487	23	261
18-04-1824	487	35	262
03-04-1824	487	41	263
17-05-1824	487	57	264
03-06-1824	487	63	265
09-04-1825	487	104	266
14-05-1825	487	114	267

Fecha	Legajo	Folio	Nº
23-07-1825	487	129	268
26-07-1825	487	135	269
28-10-1825	487	145	270
02-03-1827	487	89	271
13-05-1827	487	—	272
05-02-1828	487	170	273
21-02-1828	487	172	274
02-03-1828	487	176	275
13-09-1828	487	216	276

VII. ICABALCETA, José Antonio
(Escribano del Número)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
20-4-1833	667	—	277

VIII. INUNCIAGA, Miguel Antonio
(Escribano del Número)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
17-02-1823	505	—	278
19-02-1823	505	6	279
20-02-1823	505	8	280
28-02-1823	505	11	281
20-04-1823	505	56	282
21-06-1823	505	89	283
30-08-1823	505	167	284
30-08-1823	505	165	285
18-09-1823	505	186	286
20-09-1823	505	202	287
04-10-1823	505	—	288
11-10-1823	505	222	289
18-10-1823	505	228	290
23-10-1823	505	250	291
10-01-1824	506	21	292
23-10-1824	507	320	293
26-06-1826	507	146	294

IX. GANGUTIA, Pedro José
(Escribano del Número)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
30-11-1825	961	111	295
17-04-1826	961	66	296
23-07-1826	961	169	297
22-10-1826	961	265	298
07-04-1827	962	75	299
20-01-1828	963	45	300
02-04-1828	963	86	301
22-05-1828	963	122	302
09-09-1828	963	264	303
23-01-1830	964	36	304
21-02-1830	964	68	305
13-04-1830	964	117	306
13-04-1830	964	126	307
29-05-1830	964	217	308
02-06-1830	964	224	309
29-07-1830	964	342	310
16-11-1830	964	442	311
02-01-1831	965	3	312
19-02-1831	965	78	313
29-03-1831	965	136	314
08-06-1831	965	201	315
09-08-1831	965	320	316
29-11-1831	965	415	317
19-03-1832	966	118	318
27-03-1832	966	133	319
28-06-1832	966	355	320
16-07-1832	966	374	321
29-10-1832	966	507	322
24-11-1832	966	543	323
28-04-1833	967	250	324
15-06-1833	967	373	325
30-08-1833	967	500	326
31-08-1833	967	210	327

X. MEABE, Antonio
(Escribano Real)
Merindad de DURANGO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
13-01-1826	600	—	328
15-01-1826	600	14	329
19-03-1826	600	—	330
15-04-1826	600	40	331
19-06-1826	600	—	332
30-09-1826	600	101	333
21-10-1826	600	118	334
30-11-1826	600	—	335
01-02-1827	600	12	336
02-03-1827	600	45	337
02-03-1827	600	47	338
12-03-1827	600	61	339
12-03-1827	600	58	340
19-03-1826	600	29	341
29-04-1827	600	115	342
01-05-1827	600	118	343

Fecha	Legajo	Folio	Nº
19-05-1827	600	129	344
14-08-1827	600	337	345
18-08-1827	600	345	346
18-08-1827	600	348	347
07-09-1827	600	359	348
15-02-1829	601	36	349
02-03-1829	601	48	350
08-03-1829	601	53	351
10-04-1829	601	71	352
18-04-1829	601	80	353
31-05-1829	601	120	354
01-06-1829	601	124	356
13-06-1829	601	150	356'
11-07-1829	601	175	357
29-09-1830	601	239	358
05-11-1830	601	245	359
01-02-1830	601	8	360
01-03-1830	601	44	361
29-12-1830	601	295	362
11-02-1832	602	32	363
10-12-1832	602	387	364
31-12-1832	602	417	365

XI. GONDRA, Juan Antonio
(Escribano del Número)
Merindad de URIBE.
Archivo Foral de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
14-02-1824	5.653	40	366
01-04-1824	5.653	66	367
02-03-1824	5.653	94	368
25-10-1824	5.653	235	369
04-11-1824	5.653	244	370
06-01-1828	5.653	1	371
11-02-1825	5.653	18	372
15-02-1825	5.653	26	373
27-04-1825	5.653	75	374
23-07-1825	5.653	142	375
12-10-1825	5.653	228	376
29-10-1825	5.653	238	377
03-12-1825	5.653	268	378

XII. BARANDICA, Manuel
(Escribano del Número)
Merindad de ZORNOZA.
Archivo Foral de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
13-04-1819	1818-1834	—	379
13-05-1822	1818-1834	—	380
19-03-1827	1818-1834	—	381
31-05-1829	1818-1834	—	382
06-06-1829	1818-1834	—	383
03-05-1829	1818-1834	—	384
27-02-1830	1818-1834	—	385
05-06-1830	1818-1834	—	386
21-08-1830	1818-1834	—	387
02-04-1831	2828-2834	—	388
29-05-1831	1818-1834	—	389
29-05-1831	1818-1834	—	390
15-01-1833	1818-1834	—	391
05-04-1833	1818-1834	—	392
14-07-1833	1818-1834	—	393
01-03-1831	1818-1834	—	394

XIII. VERGARA, Tomás Francisco
(Escribano del Número)
Merindad de ZORNOZA.
Archivo Foral de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
17-10-1824	4.812	5	395
29-12-1824	4.812	19	396
31-12-1824	4.812	20	397
24-01-1825	4.812	27	398
17-04-1825	4.812	41	399
23-07-1825	4.812	63	400
11-09-1825	4.812	77	401
17-09-1825	4.812	79	402
31-12-1825	4.812	102	403
31-12-1825	4.812	108	404
05-01-1827	4.812	1827	405
11-01-1827	4.812	1827	406
01-02-1827	4.812	1827	407
13-05-1827	4812	1827	408
30-11-1827	4.812	1827	409
20-01-1828	4.812	1828	410
07-02-1828	4.812	1828	411
07-10-1828	4.812	1828	412
22-12-1828	4.812	171	413

XIV. ZABALBURU, Jorge Timoteo
(Escribano Real)
ENCARTACIONES.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
14-06-1823	2.435	42	414
11-07-1823	2.435	93	415

XV. CALLEJO, Manuel
(Escribano del Número)
ENCARTACIONES.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
20-12-1823	1.340	1823	416
06-12-1824	1.340	1824	419

XVI. ECHEGUREN, Ramón
(Escribano Real)
ENCARTACIONES.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
02-08-1824	1.375	1824	417
30-08-1824	1.375	1824	418
13-04-1828	1.375	1828	420

XIX. ECHEANDIA, Marcos
(Escribano del Número)
Merindad de ARRATIA.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
30-11-1823	1.031	55	421
02-11-1824	1.031	48	422
24-04-1824	1.031	14	423
28-01-1825	1.031	11	424
16-08-1825	1.031	83	425
29-10-1825	1.031	133	426

XX. ACHUTEGUI, Antonio
(Escribano Real y del Número)
BILBAO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
01-06-1828	3.025	132	427
04-10-1824	3.025	180	429

XXI. ARRIBALZAGA, Diego Antonio
(Escribano del Número)
BILBAO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
20-01-1824	3.041	—	430
31-01-1825	3.041	—	431
01-02-1824	3.041	—	432
08-02-1824	3.041	—	433
28-02-1826	434	—	434
08-03-1824	3.041	—	435
07-05-1824	3.041	—	436
30-01-1825	3.041	—	437
12-07-1824	3.041	—	438
15-07-1825	3.041	—	439
25-09-1825	3.041	—	440
02-11-1825	3.041	—	441
25-09-1826	3.041	—	442
06-10-1826	3.041	—	443

XXII. ARTAZA, Nicolás Cayetano
(Escribano del Número)
BILBAO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
11-01-1824	2.733	476	444
02-03-1824	2.733	486	445
24-04-1827	2.733	616	446
09-09-1826	2.733	658	447
23-02-1826	2.733	612	448
07-11-1826	2.733	686	449
19-05-1827	2.733	731	450
17-07-1827	2733	741	451
21-07-1827	2.733	748	452
23-07-1827	2.733	753	453
20-09-1827	2.733	764	454
30-09-1827	2.733	771	455
14-01-1828	2.733	795	456
14-10-1828	2.733	842	457

XXIII. BARANDICA, José Joaquín
(Escribano Real)
BILBAO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
22-02-1823	3.265	33	458
28-02-1823	3.265	37	459
13-03-1824	3.266	47	460
02-04-1824	3.266	67	461
01-07-1824	3.266	148	462
19-04-1825	3.266	150	463
09-12-1825	3.266	344	464
20-04-1825	3.266	156	465

XIV. GOROSTIZAGA, José
(Escribano Real)
BILBAO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
09-09-1818	3.041	—	466

XV. ORBETA, Juan Bautista
(Escribano Real y del Número)
BILBAO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
02-07-1825	4.218	225	467
17-12-1825	4.218	277	468
15-01-1826	4.218	291	469
09-02-1826	4.218	351	470
20-06-1826	4.218	495	471
24-09-1826	4.218	660	472
22-02-1827	4.219	35	473
27-05-1827	4.219	95	474
25-07-1827	4.219	152	475
07-07-1831	4.219	181	476
01-10-1827	4.219	208	477
08-02-1828	4.219	329	478
23-05-1828	4.219	433	479
13-10-1828	4.219	570	480
03-06-1829	4.221	266	481
06-06-1829	4.221	247	482
12-06-1830	4.221	652	483
13-11-1830	4.221	—	484
27-11-1830	4.221	—	485
18-01-1831	4.223	470	486
26-05-1831	4.223	622	487
03-07-1831	4.223	682	488
14-01-1832	4.223	16	489
25-01-1832	4223	31	490
27-02-1832	4.223	100	491
01-08-1832	4.223	—	492
30-11-1832	4.223	427	493

XXVI. ZAVALA, Pío
(Escribano del Número)
BILBAO.
Archivo Histórico Provincial de Bizkaia.

Fecha	Legajo	Folio	Nº
13-11-1824	1.008	448	494
26-03-1826	1.008	558	495
14-05-1826	1.008	572	496
31-05-1826	1.008	579	497
01-06-1828	1.008	661	498
19-10-1828	1.008	701	499
04-12-1829	1.008	820	500
15-11-1829	1.008	709	501

BIBLIOGRAFIA SOBRE EL DERECHO VIZCAINO

ACILLONA, J., "Erróneas interpretaciones dadas a la Jurisprudencia Vizcaína por el Tribunal Supremo", ADC.,1959.

Actas de las sesiones celebradas por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, Imprenta Provincial, Bilbao, 1902.

ALLENDE SALAZAR, A., *Biblioteca del Bascófilo,* Edit. Gerardo Uña, Bilbao, 1987.

ALLENDE SALAZAR, A., "Codificación civil y las legislaciones forales", RGLJ., T. 53, 1878.

ALLENDE SALAZAR, A., "El dualismo en la legislación civil de Vizcaya", RGLJ., T. 54, 1879.

ALONSO MARTINEZ, M., *El código civil en su relaciones con las legislaciones forales*, Plus ultra, Madrid, 1947.

ALVAREZ DURAN, F., Examen histórico-analítico de los Fueros de Vizcaya, establecimiento tipográfico de Saavedra y Compañía, Madrid 1849.

ANGULO LAGUNA, D., *Derecho Privado de Vizcaya*, Hijos de Reus, Madrid, 1903.

AREITIO, D., de, "Algunos pueblos de Castilla que tenían el Fuero de Vizcaya", Imprenta de la Diputación de Guipuzcoa, San Sebastián, 1923.

AREITIO, D., "Derecho Civil de Vizcaya", Enciclopedia Seix, v. Derecho civil de Vizcaya.

ARTECHE, A., "El Fuero de Vizcaya en el Infanzonado", Euskalerriaren Alde, año II, nº 34, (1911-1931), la Gran Enciclopedia Vasca, v. II, Bilbao, 1974.

ARTIÑANO Y ZURICALDAY, A., *El Señorío de Bizcaya, histórico y foral*, Establec. tipográfico de Mariol y Lopez, Barcelona, 1885.

ASTORQUI ZABALA, A., *Manual del Derecho foral de Vizcaya y Alava*, Bilbao, 1959.

ASUA GONZALEZ, C., *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid 1992.

BALPARDA Y DE LAS HERRERIAS, G., *El fuero y el caserío*, Imprenta casa de Misericordia, Bilbao,1913.

BALPARDA Y DE LAS HERRERIAS, G., *Historia crítica de Vizcaya y de sus Fueros*, La editorial vizcaína, Bilbao, 1919.

CARRANDI, A., *catalogo deGenealogías*, Bilbao, gráficas Ellacuría,1958.

CARRANDI, F. A., "La vizcainía originaria y la vecindad en Vizcaya", Revista de Estudios Vascos, Número extraordinario, Zumárraga, Bilbao, 1952.

CELAYA IBARRA, A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Compilación de Vizcaya y Alava*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1979. +

CELAYA IBARRA, A., *Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao 1993.

CELAYA IBARRA, A., "El Derecho foral de Vizcaya en la actualidad", La Gran Enciclopedia vasca, T. IV, Bilbao, 1970.

CELAYA IBARRA, A., "El Derecho Privado de Vizcaya en la concepción del Fuero de 1452", II Simposio organizado por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, publicaciones de la Diputación Provincial de Vizcaya, Bilbao, 1973.

CELAYA IBARRA, A., "El futuro de nuestro Fuero en materia civil", *VI Jornadas Vizcaya ante el siglo XXI*: *Actualización del Derecho civil vizcaíno*, v. 2, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1988.

CELAYA IBARRA, A., "El sentido actual del Derecho foral", Estudios Deusto, 2 época, v. 23, Enero-Junio,1975.

CELAYA IBARRA, A., "La troncalidad en Vizcaya", *Anuario de Derecho Foral I*, Pamplona, 1975.

CELAYA IBARRA, A., "Propiedad troncal y patrimonio familiar: la troncalidad en Bizkaia", *Jornadas Internacionales sobre Instituciones civiles vascas*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

CELAYA IBARRA, A.,*Derecho Foral y Autonómico Vasco*, publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 1984.

CHALBAUD ERRAZQUIN, L., "Derecho privado vasco", *en Primer Congreso de Estudios Vascos. Recopilación de los trabajos de dicha asamblea, celebradas en la Universidad de Oñate, del 1 al 8 de septiembre de 1918, bajo el patrocinio de las Diputaciones vascas*, Bilbaina de Artes gráficas, Bilbao, 1919.

CHALBAUD Y ERRAZQUIN, L., "Estabilización de las clases sociales vascas", *en Primer Congreso de Estudios Vascos de Oñate* , Bilbaina de Artes gráficas, Bilbao, 1919.

CHALBAUD Y ERRAZQUIN, L., "La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca", en *Primer Congreso de Estudios Vascos.de Oñate de 1918* , Bilbaina de Artes gráficas, Bilbao, Bilbao 1919.

CHALBAUD Y ERRAZQUIN, L., *La troncalidad en el Fuero de Bizcaya*. Sucesión troncal, llamamientos en las transmisiones onerosas, Tipografía de Sebastián Amorrortu, Bilbao, 1898.

CHALBAUD Y ERRAZQUIN, L., Prólogo a la obra de SOLANO Y POLANCO,*Estudios jurídicos del Fuero de Bizkaia* , Imprenta casa Misericordia, Bilbao, 1918.

COMPORTI, M., "Sucesiones, comunidad familiar, patrimonio: Principios generales e instituciones civiles vascas", *Jornadas Internacionales sobre Instituciones civiles vascas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

DE LA PLAZA Y SALAZAR, C., *Duplicidad de leyes Civiles en los Municipios de Vizcaya*, Imprenta de la Misericordia, Bilbao, 1912.

DE LA PLAZA Y SALAZAR, C., *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil, dentro y fuera del Señorío de aquel nombre*, T. II, Imp. y Enc. de Andrés P., Bilbao, 1899.

DELGADO ECHEVERRIA, J., "Propiedad troncal y Patrimonio familiar", *Jornadas Internacionales sobre Instituciones civiles vascas*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

Diccionario Geográfico-Histórico de España, Sección I, T. II, Madrid, 1802, reedición La gran Enciclopedia Vasca, Bilbao,1980.

ECHEGARAY, B., *Derecho Foral Privado*, Biblioteca vascongada de los Amigos del País, San Sebastián,1950.

ECHEGARAY, B., "Errores en la interpretación del derecho civil vasco", Yakintza. Revista de cultura Vasca 1933-36, reed. la gran Enciclopedia Vasca, vol. I, Bilbao, 1977.

ECHEGARAY, B., "La vecindad. Relaciones que engendra en el País vasco", Revista internacional de estudios vascos,T. XXIII, nº 1, 2, 3 y 4, Imprenta de la Diputación de Guipuzcoa, San Sebastián, 1933.

ECHEGARAY, B., "La vida civil y Mercantil de los vascos", Revista Eusko-Ikaskuntza, T. XIII, nº 3 y 4, año 17, T. XIV, nº 1, años 1922 y 1923, Imprenta de la Diputación de Guipuzcoa, San Sebastían, 1923.

ECHEGARAY, B., "Moción sobre el Apéndice al Código civil", Boletín de la Sociedad de Estudios Vascos, Publication Internationale trimestrièlle, 4º trimestre,1930.

ECHEGARAY, B., "Significación jurídica de algunos ritos funerarios del País vasco", Revista Eusko-Ikaskuntza, T. XVI, Nº 1 y 2, Imprenta de la Diputación de Guipuzcoa, San Sebastián, 1925.

EGAÑA, J., *Ensayo sobre la naturaleza y trascendencia de la Legislación foral de las Provincias vascongadas*, Madrid, 1850.+

EGAÑA, J., *Estudios generales sobre la legislación de las tres provincias vascongadas,* Madrid, 1850.

ELIAS DE TEJADA, F., *El Señorío de Vizcaya*, Minotauro, Madrid 1963.

ELORRIETA y ARTAZA, T., "El espíritu del régimen foral vasco", conferencia explicada en Bilbao el 16 de Abril 1920, Eusko-ikasKuntza, San Sebastian, 1920.

Enciclopedia General Ilustrada del País Vasco, cuerpo A. Diccionario Enciclopédico Vasco, v. XXVIII, Auñamendi, 1990.

ESCAGÜES Y JAVIERRE, I., "El Derecho hereditario en el Fuero de Vizcaya", Gráficas Ellacuría, Bilbao, sin fecha.

ESJAVIERRA, J., "El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil de Vizcaya", Estudios Deusto, vol. VII, nº 14, Julio-Diciembre, Bilbao, 1959.

FABIE, A., *Estudios sobre la organización y costumbres del País vascongado*, Establecimiento tipográfico de Fontanet, Madrid 1896.

FAIREN GUILLEN, V., *El Fuero del Señorío de Vizcaya en lo civil durante los s. XVIII, XIX*, publicada en la revista general de legislación y jurisprudencia, Marzo, 1946, Instituto editorial Reus, Madrid, 1946.

GALINDEZ, J., *El Derecho vasco* , Edit. vasca Ekin, Buenos Aires,1947.

GALINDEZ, J., La tierra de Ayala y su Fuero, Editorial vasca Ekin, Buenos Aires, 1957.

GARCIA ROYO, L., *Foralidad civil de las Provincias vascongadas*, T. I, II y III, S. Católica, Vitoria, 1952.

HELGUERA Y DEL PORTILLO, "El estatuto personal en la Compilación de Derecho civl de Vizcaya", ADC., T. XIII, 1960.

HORMAECHE, R., *Leyes Civiles de Vizcaya*, Tipografía Católica de josé de Astuy, Bilbao, 1891.

ISABAL, M., voz "Derecho civil de Vizcaya", en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, t. XI, 1910.

JADO VENTADES, R., *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, 2 ed., Imprenta encuadernación de la casa de Misericordia, Bilbao, 1923.

Jornadas Internacionales sobre instituciones civiles vascas , Bilbao, 20-22. 2. 1991, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

Jurisprudencia Civil Foral, T.I y II, Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto, Bilbao, 1992.

LABAYRU, E., *Historia general del Señorio de Bizcaya* T.I, la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao,1968.

Legislación Foral de Bizkaia, Colección de textos Forales. Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao,1991.

Legislación Foral de España. Derecho vigente en Vizcaya. Precedida de una memoria sobre instituciones civiles de aquel País por D. Manuel Lecanda, Biblioteca Judicial, Madrid 1888.

LEZON NOVOA, M. R., "¿Puede ser nombrado heredero único el nieto vizcaíno viviendo el padre?, Boletín Colegio Nacional de Registradores, 1975.

LEZON NOVOA, M. R., "Las dos legislaciones civiles vigentes en Vizcaya", RCDI., 1963.

MADARIAGA, R., "El derecho foral de Vizcaya en relación con la organización familiar", conferencia explicada en Pamplona el día 5 Septiembre último, con ocasión de los curso de verano organizados por la Sociedad de estudios vascos, Tipografía del Norte, Bilbao, 1932.

OLEAGA Y ECHEVERRIA, F. J., "Herencia de los nietos con padres sobrevivientes", Colegio de Abogados. Señorío de Vizcaya, 1978.

Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil, Oñati-1983, Instituto vasco de administración pública, Vitoria, 1983.

QUADRA SALCEDO, F., de la, *Fuero de la M.N.y L. Encartaciones,* Casa de misericordia, Bilbao, 1916.

RUIZ SALAS, J.M., "El Derecho civil foral de Vizcaya y la época actual", Zumárraga nº 6, revista de Estudios Vascos, Bilbao , 1956.

S.P. "Apuntes sobre las limitaciones que según Fuero de Vizcaya tiene la facultad de disponer de los bienes raíces del infanzonado", Revista de Jurisprudencia, T. LXII.

SAGARMINAGA, F., *El gobierno y el Régimen foral de Bizkaya*, T. I,José Astuy, Bilbao, 1892.

SANCHEZ DE LA TORRE, A., "El párrafo 3º del art. 10 del Código civil y los abintestatos de los vizcaínos", Estudios Deusto, Bilbao, 2 época, v. V , Nº 9, Julio-Diciembre 1957.

SANCHEZ DE LA TORRE, A., "Régimen jurídico de la legítima vizcaína", Estudios Deusto, 2 época, v. VI, Nº11 Enero-Junio 1958.

SANCHEZ DE LA TORRE, A., "Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína", Estudios Deusto, 2 época, v. V-VI, Nº 11, Enero-Junio, 1958.

SANCHO TELLO y BURGUETE, V., *Lecciones de Derecho Civil Foral . Apéndice a las lecciones elementales de Derecho civil de Salvador Viso*, Ramón Ortega,Valencia, 1886.

SCALA, J. M., "La herencia de nietos en el Derecho Foral Vizcaíno", (inédito).

Semana de Derecho Foral, Foru-Legedi astea, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, (Comisión de Vizcaya), Bilbao-Guernica, 1979, Imp. Diputación foral del Señorío de Vizcaya, 1982.

SOLANO Y POLANCO, J., *Estudios jurídicos del Fuero de Bizkaya*, Casa de Misericordia,Bilbao, 1918.

SOLANO, J., "El primer congreso de Estudios Vascos de Oñate", RDP., T. IV, Enero-Diciembre, 1917.

TRUEBA, A., "Organización social de Vizcaya en la primera mitad del s. XIX," *La Gran Enciclopedia Vasca* , T. II, Fasc.1 y 2, Elexpuru, Bilbao, 1968.

UNAMUNO, M., "El Derecho consuetudinario", RGLJ., T. 88, 1896.

URIARTE LEBARIO, L. M., *El Fuero de Ayala* , Diputación Foral de Alava, Vitoria, 1974,

VI Jornadas Vizcaya ante el siglo XXI: *Actualización del Derecho civil vizcaíno*, v. 2, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1988.

VICARIO DE LA PEÑA, N., *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Imprenta de Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1901.

VICARIO DE LA PEÑA, N., "Observaciones al Proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Alava", Bilbao, 1899 (inédito).

BIBLIOGRAFIA GENERAL

ABOUCAYA C., "Les différentes conceptions de la Donatio Mortis Causa chez les romanistes médiévaux", Revue historique de Droit français et étranger, Quarante-Guatrième année, Librairie Sirey, Paris, 1966.

AIZPUN TUERO, R., "El pacto sucesorio en el Derecho civil de Navarra" ADA., II , 1945. (también aparece publicada en Revista Principe de Viana, Año VI, Núm. XXI).

ALBADALEJO GARCIA, M., "Condición, término y modo", RDN., Año V. Núm. XVII-XVIII, Junio- Diciembre 1957.

ALBADALEJO GARCIA, M., "Consideraciones sobre el modo testamentario" ADC., T. XXXVI, fasc. 1, Enero- Marzo 1983.

ALBADALEJO GARCIA, M., *Instituciones de Derecho civil I,* Bosch, Barcelona, 1960.

ALONSO LAMBAN, M., "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media", RDN., 5-6, 1954-1955.

ALPAÑES, E., "La delegación de la facultad de mejorar", RGLJ., 1953.

ALVARADO Y DE LA PEÑA, S., *Compendio Teórico-Práctico de la Librería de Escribanos de Don José Febrero* , T. I, 2 v., Sancha, Madrid, 1834.

ANOUILH, M., *De l´institution contractuelle dans l´áncien droit francais,* Durand, Paris, 1860.

ARANGIO RUIZ, G., *La società nel diritto romano*, Napoles,1965.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano*, T. II, 17 ed, Revista de Derecho privado, Madrid, 1984.

ARIAS RAMOS, J., "Los orígenes del contrato de sociedad : "consortium" y "societas", RDP., 1942.

ARVIZU Y AGUADO, F., *Las donaciones inter-vivos en el Derecho civil de Navarra*, 2 ed., La Acción social, Pamplona, 1964.

BARRERA GONZALEZ, A.,*Casa, herencia y familia en la Cataluña rural* ,Alianza, Madrid, 1990.

BATALLA, M., "Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad", ADA., I, 1944.

BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, traducido de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español por LACRUZ BERDEJO, Labor S. A., Madrid, 1953.

BIONDI, B., *Corso di diritto romano. Diritto ereditario: parte generale,* Milano, 1934.

BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación,* traducido por Manuel Fairen, Bosch, 1960.

BLANCO GARCIA , M., *Estudio jurídico de la Socidad familiar asturiana*, Everest, Oviedo 1957

BLASCO GASCO, F., *La mejora irrevocable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

BONET RAMON, F., *Compendio de Derecho civil, t. I, Parte general,* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BONFANTE, P., V*Corso di diritto romano*, v.I y II, Attilio Sampadesi, Roma, 1925-1928.

BONFANTE, P.,*Istituzioni di diritto romano*, Francesco Vallardi, Milano, 1925.

BONO, J., *Historia del Derecho Notarial español,* Ars Notariae Hispánica, 2 vol., Madrid, 1979.

BROCA, S. de, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio, en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia* , Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985.

BRUNNER, Von Schewering, *Historia del Derecho Germánico,* traducción anotada por J. L. Alvarez López, Barcelona, 1936.

CANO, F., "Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales (Problemas del art. 1704 del C.c), RDN., 1957.

CAPILLA RONCERO, F.,*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXI-I, Edersa, Madrid, 1979.

CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, 2 vol., Giuffrè, Varese, 1982.

CARDENAS, F. de, *Ensayo sobre la historia de la propiedad* en España, Tomo I y 2, Imprenta de Noquera, Madrid, 1873.

CARROZZA, A., "Per un diritto agrario ereditario", RDC., 1978.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil Español Común y Foral* , T. VI, revisada y ampliada por José Luis de los Mozos, Reus, Madrid , 1971.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*., V-1, 9 ed., Reus, Madrid, 1976.

CASTAN TOBEÑAS, J., y DE LOS MOZOS, J. L., *Derecho civil español común y foral*, VI-3, Reus, 8 ed., Madrid, 1978.

CASTAN VAZQUEZ, J. M., "Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español", ADC., T. XVII, fas. 1, Enero-Marzo, 1964.

CASTILLEJO Y DUARTE, J., *La forma contractual en el Derecho de sucesiones*, Hijos de M. G. Hernandez, Madrid, 1902.

CERDA GIMENO, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXI-1, Edersa, Madrid, 1980.

CLAVERO SALVADOR, B., *Mayorazgo : propiedad feudal en Castilla* "(1369- 1836, siglo XXI de España, Madrid, 1974.

COSACK, K., "El Derecho hereditario según los principios del Código civil alemán y comparados con los del Derecho español", RDP., T. X, Enero-Diciembre, Madrid 1923.

COSTA, J., *Derecho consuetudinario y economía popular*, I (Alto Aragón), Manuel Soler, Barcelona, 1902.

CRISTOBAL MONTES, C., "El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragonesa", RCDI.,1979.

CRISTOBAL MONTES, C., *La sucesión contractual aragonesa. Comentarios*, Pórtico, Zaragoza, 1978.

CUENCA ANAYA, F., "Explotación familiar y agricultores jovenes: Estudio de la Ley de 24-XII-81", RCDI., Año LIX, Enero- Febrero 1983.

DAVILA GARCIA, J., "La empresa mercantil individual en la sucesión mortis causa", AAMN., III, 1946.

DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., *La disposición "mortis causa" en la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977.

DE CASSO, I., Voz "Sucesión contractual" en el *Diccionario de Derecho Privado, II*, Madrid, 1950.

DE CASTRO BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte General*, T. I, *Introducción al Derecho civil*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1955.

DE LA FUENTE PERTEGAZ, P., *Los heredamientos capitulares en Cataluña*, Establecimiento de Jaime Rates, Madrid, 1921.

DE LOS MOZOS, J. L., *Derecho Civil Español I, Parte General* , Universidad Pontificia, Salamanca, 1977.

DE LOS MOZOS, J. L., *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el derecho agrario,* Servicio de Publicaciones Ministerio de Agricultura, Madrid 1977.

DE LOS MOZOS, J. L.,"La partición de herencia por el propio testador", RDN., Año VIII, Núm. XXVII, Enero-Marzo 1960.

DEGNI, F., *Lezioni di Diritto civile. La successione a causa di morte. La successione testamentaria*, v. II, Padova, Cedam, 1936.

DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEON, L., ""El negocio jurídico de Derecho de familia" , RGLJ., 1962.

DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Sistema de Derecho Civil* , v. V, 5 ed., Tecnos, Madrid, 1978.

DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho civil*, V. II, Tecnos, Madrid, 1988.

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. 1 y 2, Madrid, 1847.

FALCON, M., *Exposición doctrinal del Derecho Civil común y foral*, T. I, II y III, 2 edic, Imp. Nuñez Izquierdo, Salamanca, 1882.

FIORE , V., "Comunione tacita familiare", en *Enciclopedia del Diritto,* VIII.

FONSECA GONZALEZ, R., "La naturaleza de la sociedad familiar a través de la Jurisprudencia de la Audiencia Territorial", Boletín de Estudios Asturianos, nº 134, año XLIV, Oviedo, Abril- Junio, 1990.

FONTANELLA,J., *De pactibus nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus,* Sugduni, 1668.

FUENTE Y PERTEGAZ, P. de la, *Los heredamientos capitulares en Cataluña*, establecimiento Jaime Ratés, Madrid, 1921.

GARCIA DE VALDEAVELLANO, L.,"La comunidad patrimonial en el Derecho español medieval", Estudios medievales de Derecho privado, Sevilla, 1977.

GARCIA GALLO, A., "El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española", AAMN., T. X, 1959.

GARCIA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español* II, Madrid 1959.

GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* 4 t. en 2 vol., Soc. tip. editorial, Madrid, 1852.

GARCIA GOYENA, F., *Febrero Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, edición corregida y aumentada por los doctores D. Joaquin Aguirre y D. Juan Manuel Montalban, 11 vols., Madrid 1847.

GARCIA GOYENA, F., *Febrero o librería jueces, abogado y escribanos comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo. con arreglo en un todo a la legislación hay vigente*, T. 1 y 2, I. Boix, Madrid, 1841.

GARCIA HERREROS, E., *La sucesión contractual,* Madrid, 1902.

GAS, F., "Pactos sucesorios" RJC., 1953.

GASCO BLASCO, F., *La mejora irrevocable*, Tirant le Blanc, Valencia, 1991.

GAUDEMET, J., *Les communautés familiales,* Editions Marcel Rivière, Paris, 1963.

GOMEZ DE LA SERNA, P., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, T. I y II, 2. ed. , Librería Sanchez, Madrid 1874.

GONZALEZ ENRIQUEZ, M., "Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos", RDP., 1945.

GONZALEZ MARTINEZ, P., "La donación con cláusula de reversión en el C.c.", RCDI., T. XL, año 1967.

GUTIERREZ, B., *Codigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,* 7 vols: Ts. I, II, III: 5 ed.; Ts.IV y V: 3 ed.; Ts. VI y VII: 2 ed. , Imprenta Peñuelas, Madrid, 1878-1881.

HERVELLA FERREIRA, A., *Las comunidades familiares y la Compañía gallega después de la publicación del Código Civil*, Monforte, 1898.

JORDAN DEL ASSO Y DEL RIO, I. y MANUEL y RODRIGUEZ, M. de, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Francisco Xabier García, Madrid, 1771.

KIPP, T., *Derecho de Sucesiones* , T. V-I del Tratado de Derecho de Ennecerus-Kipp-Wolf (estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón M. ROCA SASTRE), Bosch, Barcelona, 1951.

KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, T. v-I, Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolf (segunda edición al cuidado de PUIG FERRIOL y BADOSA COLL), Bosch, Barcelona, 1976.

LACOSTE, J., *La mejora,* su origen y desenvolvimiento en el Derecho español; su comparación con las instituciones similares del Derecho extranjero (trad. del francés por Luis GARCIA GUIJARRO), Hijos de Reus, Madrid, 1913.

LACRUZ BERDEJO, J. L., "Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón", ADA. 1945.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Familia,* Bosch, Barcelona, 1978. Se ha utilizado la edición de 1976.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil I, Parte General del Derecho civil,* v. 3º, *Derecho subjetivo*, Bosch, Barcelona, 1988 y la edición correspondiente a 1984.

LACRUZ BERDEJO, J. L., "Los Derechos forales" , Estudios de Derecho civil, Bosch, Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J. L., "Objetivos y método de la Codificación Aragonesa", RDI-1- 1968.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones*, T. V, reimpresión, Bosch, Barcelona, 1990. y las ediciones correspondientes a los años 1976 y 1981.

LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones I. Parte General. Sucesión voluntaria.*, Barcelona, Bosch, 1971.

LAFOURCADE, M., *Mariage en Labourd sous l´ancien regime,* Universidad del País vasco, Bilbao,1989.

LALINDE ABADIA, J., *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona,1965.

LALINDE ABADIA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, Ariel, Barcelona 1978.

LALINDE ABADIA, J., "Pactos matrimoniales catalanes", AHDE. nº 33, 1963.

LAMBERT, E., *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l´histoire comparative*, Paris, 1901.

LOPEZ JACOISTE, J. J., *La mejora en cosa determinada*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

LUNA SERRANO, A., "Disciplina del modo testamentario imposible", ADC. R.XXIV, fasc. 1, Enero- Marzo 1968.

MARELLA, M. R., "Il divietto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento", La nuova giurisprudenza civile commentata, 1991, num. 2, segunda parte.

MARTIN BALLESTERO COSTEA, L., *La casa en el Derecho aragonés* , Estudios de Derecho aragonés, CSIC., Zaragoza, 1944.

MARTIN RETORTILLO, C., "Breves consideraciones sobre la sucesión contractual", RGLJ., LXXI.

MARTINEZ ALCUBILLA, M.,*Códigos Antiguos de España.Colección completa.* T. I y II, Lopez Camacho, Madrid,1885.

MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L., "El pacto sucesorio en el nuevo estatuto de la explotación familiar agraria", La Ley 4, 1982.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad" RDP., Enero 1960.

MON PASCUAL, J., "El Heredamiento universal y sus relaciones hipotecarias", RJC., T. XXIII, año XXII, 1917-1918.

MONEVA,L., prólogo *a la casa en el derecho aragonés de Martin Ballesteros*, Zaragoza, 1944.

MONTERO LOIS, M., *Compañía familar gallega*, La Coruña, 1898.

MOREL y TERRY, J., "Mejoras", RGLJ., 1893, T. 83; 1894: T. 84.

MURO, L., *Guía del Escribano* , T. 1, Valladolid, 1847.

NAGORE YARNOZ, I., "Capitulaciones matrimoniales", en el Libro de *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán,* T. 4, Pamplona, 1969.

NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipuzcoa* , San Sebastián, 1975.

NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los comentarios a las ochenta y tres leyes de Toro*, Imprenta Joseph Doblado, Madrid, 1795.

PACHECO, J. F., *Comentario a las leyes de desvinculación* , 4 ed., Imp. Manuel de Rojas, Madrid, 1849.

PALA MEDIANO, F., "La familia en la Compilación del Derecho civil de Aragón", ADC., XX, 1967.

PALA MEDIANO, F., "Los señores mayores en la familia altoaragonesa", en Segunda semana de Derecho aragonés", Jaca, 1943.

PALAZZO, A., *Autonomia contracttuale e succesione anomale.* (Le forme alternative al testamento, Ed. Jovene, Napoli, 1983,

PAZ ARES, J. C., *Instituciones al servicio de la Casa en el derecho civil de Galicia*, Salamanca, 1964.

PAZ ARES, J. C., "La casa en el Derecho Foral de Galicia", RDN., Año XIV, Núm. XLVII, Enero- Marzo 1965.

PAZ-ARES, C., *Comentario del Código civil* , T. II, centro de publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

PELAYO HORE, S., "Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón", ADC., XX, 1967.

PELLA Y FORGAS, A., *Derecho civil de Cataluña*, T. III, 49, 2 ed., Barcelona, Vela, 1943.

PLANITZ, H., *Principios de Derecho privado germánico*, Traducida de la 3 edic. alemana por MELON INFANTE, Bosch, Barcelona, 1957.

PONS PEREZ, "La reversión de donaciones en el Código civil", RDP., XLI. 1957.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil* , T. V, v. III, Barcelona, 1988 y la edición correspondiente al año 1984.

PUIG FERRIOL, J. L., Actualidad Civil- Audiencias Nº 2- Febrero 1991, Sentencia 28 mayo 1990 del Trib. Sup. de Justicia de Cataluña.

PUIG FERRIOL, J. L., *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1978.

PUIG FERRIOL, J. L., "Heredamiento : Función. Heredamiento a favor de los contrayentes: Heredamiento simple. Facultades del Heredante en el heredamiento simple. Sentencia 1 Julio 1970", RJC., Año LXX- Núm. 1 Enero- Marzo 1971.

PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones de Derecho civil de Cataluña, Primera parte. Itroducción y Parte general*, Bosch, Barcelona, 1987.

RIPERT y BOULANGER, J., *Traité de Droit civil. T. IV, Régimes matrimoniaux. Successions - Liberalités*, Librairie Génerále de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1959.

RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit Civil de Planiol*, Librairie Génerále de Droit et de Jurisprudence, T. 3, Paris. 1951.

RIVAS MARTINEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral* , T. II, 2 ed., Dykinson, Madrid, 1992.

ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, T. III, 7 ed., Bosch, Barcelona, 1979 y la edición correspondiente al año 1954.

ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado* , T. I, II, Madrid, 1948.

ROCA SASTRE, R. M., "La sucesión contractual en el Derecho común y en las legislaciones forales", *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948.

ROCA SASTRE, R. M., "Sobre la necesidad de diferenciar lo rural de lo urbano en el Derecho sucesorio", AAMN., 1943.

ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, T. III, 7 ed., Barcelona, 1979,

RODINO, V., "Società civile", Storia del Diritto, en Nuevo Digesto Italiano, XII, 1º.

ROYO MARTINEZ, M., *Derecho sucesorio, "mortis causa"*, Edelce, Sevilla, 1951.

RUBIO, J., "Donatio post obitum y Donatio reservato usufructo en al Alta Edad Media de León y Castilla" AHDE, T. IX, 1932.

SALA, J., *El Derecho civil Español con correspondencia del Romano*, comentado por Domingo de Morató, T. I y II, H. Rodriguez, Valladolid 1868.

SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I y II, José Collado, Madrid, 1820.

SALVADOR CODERCH, P., "El título de heredero" R.D.N. Año XXXII- Nº CXXVII. Enero- Marzo 1985.

SAMPER POLO, F., "Las disposiciones *mortis causa* en el Derecho Romano Vulgar", AHDE, T. 38, 1968.

SANCHEZ GARCIA, A.,*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, Edersa.

SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho Civil* , T. 5, v. 1, 2 ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1912.

SANCHO REBULLIDA, F. A., "La viudedad aragonesa" ADA., T. VIII, 1955-1956.

SAPENA, J., "El pacto sucesorio en el Alto Aragón", RDP. 38, 1954.

SCUTO, *Il "modus" nel Diritto civile italiano*, Palermo 1909.

SILVELA, F., *Discursos (Legislatura 1884-1885)*, Madrid, 1886.

SOLANO,J., "Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón", A.D.A., 1944.

TERRE, F., y LEQUETTE, I., *Droit Civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, Paris, 1983.

TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, 2 ed. Tecnos, 1980.

TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967.

TUERO BERTRAND, *Instituciones tradicionales en Asturias* , Gijón, 1976.

V. TUHR, A., *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán. v. II. Los hechos jurídicos*. Buenos Aires, 1947.

VALLET DE GOYTISOLO , J., "La agricultura y la explotación familiar", RJC., Año LXIII- Núm.1. Enero- Marzo 1964.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, T. II, Perspéctiva dinámica, Civitas, Madrid 1984.

VALLET DE GOYTISOLO,J., *Estudios sobre donaciones* , Montecorvo, Madrid 1978.

VALLET de GOYTISOLO, J., "La conservación del *fundus instructus* como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles" AAMN., T. XVI, 1968.

VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Parte Especial Derecho de sucesión "mortis causa", 4 ed, Valladolid, 1939.

VATTIER FUENZALIDA, C., "Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar". RCDI., año LIX, Julio- Agosto 1983, Nº 559.

VISMARA, G., *Storia dei Patti successori,* Giuffrè, Milano,1986.

VISO, Salvador de, *Lecciones elementales de Derecho civil,* T. I, II y III, Valencia, 1884.

WINKER, W., "El Derecho sucesorio agrario en Alemania", *Jornadas Internacionales sobre Instituciones civiles vcascas,* Universidad de Deusto, 1991.