

LA REGULACIÓN SUCESORIA DE LA PROPIEDAD DEL CASERÍO EN EL TERRITORIO HISTÓRICO DE GUIPÚZCOA

Baserriaren jabetzaren ondorengotza arautzea Gipuzkoako lurralde historikoan

The regulations governing the inheritance of farmsteads in the historic territory
of Guipuzcoa

Ana Suyapa FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Fecha de recepción / Jasotze-data: 21-04-2009.

Fecha de aceptación / Onartze-data: 19-06-2009.

El presente estudio se centra en el estudio del derecho civil guipuzcoano, primero consuetudinario y luego escrito. Ciertamente, la ley 3/1999, de 26 de noviembre, persigue ser una explicitación de los usos y costumbres mantenidos en las zonas rurales guipuzcoanas en orden a asegurar la transmisión indivisa de una realidad social tan importante en Guipúzcoa como es el caserío. En dicha regulación se contemplan una serie de instrumentos potestativos en orden a facilitar la transmisión indivisa que suponen importantes especialidades respecto al Derecho Civil Común, como son el testamento mancomunado, la ordenación por Comisario y los pactos sucesorios. El objeto del trabajo lo constituye el análisis de este régimen más amplio y beneficioso, en orden a la sucesión del caserío, que el establecido en el Código Civil.

Palabras clave: Derecho Consuetudinario guipuzcoano. Derecho Civil guipuzcoano. Ley 3/1999, de 26 de noviembre. Testamento mancomunado. Ordenación por Comisario. Pactos Sucesorios.



Ikerketa honek Gipuzkoako zuzenbide zibilaren azterketa du oinarri, lehenengo ohiturazkoa eta gero idatzizkoa. Egiaz, azaroaren 26ko 3/1999 Legeak Gipuzkoako baserri inguruetan izan diren erabileren eta ohituren azalpen bat izan nahi du, Gipuzkoan banatu ezin den errealtate sozial baten transmisioa ziurtatzeko, baserriaren errealtatea, alegia. Arau horietan ahalmen tresna batzuk hartzen dira kontuan, zatitu ezin denaren mesedetan, eta hauek Zuzenbide Zibil Komunari dagokionez, espezialitate garrantzitsuak dira, hala nola: testamentu mankomunatua, Komisario bakoitzeko antolaketa eta ondorengotza hitzarmenak. Hitzaldiaren xedea baserriaren ondorengotzarako Kode Zibilean ezarritakoa baino erregimen zabalago eta onuragarriagoaren azterketa da.

Giltza hitzak: Gipuzkoako Ohitura-zuzenbidea. Gipuzkoako Zuzenbide Zibila. Azaroaren 26ko 3/1999 Legea. Testamendu mankomunatua. Komisario bakoitzaren antolaketa. Ondorengotza hitzarmenak.



This paper analyses civil law in Guipúzcoa, first as common law and then as written law. Law 3/1999 of 26 November aims to specify the traditions sustained in rural parts of Guipúzcoa in terms of guaranteeing the undivided transfer of farmsteads, which represent an important social reality in the province. The aforementioned regulation contemplates a series of optional instruments designed to facilitate this purpose. These constitute important specialisations within common civil law, such as joint wills, execution by trustee and inherit-

ance pacts. The purpose of the paper is to examine the broadest and most beneficial system contemplated in civil law for the inheritance of farmsteads.

Keywords: Common law of Guizpúzcoa. Civil law of Guizpúzcoa. Law 3/1999 of 26 November. Joint will. Execution by trustee. Inheritance pacts.

Este trabajo se inscribe en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado GIC 07/62-IT-359-07 (Gobierno Vasco) sobre DERECHO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA y del proyecto DER2008-01965/JURI, del Ministerio de Ciencia e Innovación, sobre DEFENSA CAUTELAR Y REALIZACIÓN DEL CRÉDITO, siendo investigador principal de los mismos el Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. II. INSTRUMENTOS UTILIZADOS EN ORDEN A LA TRANSMISIÓN INDIVISA DEL CASERÍO GUIPUZCOANO CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/1999, DE 26 DE NOVIEMBRE. 1. La pervivencia del Derecho Consuetudinario. 2. Siglos XVI-XVIII. 3. Código Civil hasta la actualidad. III. INSTRUMENTOS UTILIZADOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/1999, DE 26 DE NOVIEMBRE. 1. Consideraciones Previas. 2. Ámbito de Aplicación. 3. Núcleo Central de la Regulación Sucesoria prevista en el Fuero Civil de Guipúzcoa. 4. Análisis de los Instrumentos jurídicos potestativos previstos en la Ley. 4.1. La Ordenación por Comisario. 4.2. El Testamento Mancomunado. 4.3. Los Pactos Sucesorios. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El presente estudio se centra en el estudio del derecho civil guipuzcoano. Dicho objetivo se ve presidido por la manifiesta dificultad que supone la carencia de trabajos publicados sobre el derecho civil de Guipúzcoa, con lo que se vendría así a cubrir ese vacío.

La ley 3/1999, de 26 de noviembre, persigue ser una explicitación de los usos y costumbres mantenidos en las zonas rurales guipuzcoanas, derivados de los documentos notariales de aplicación del derecho que se conservan desde el siglo XVI con la finalidad de conseguir la transmisión indivisa del caserío, y que nunca llegaron a ser promulgados o reconocidos por una ley.

La respuesta, por otra parte, era necesaria, pues la ausencia de una norma escrita que reflejase adecuadamente y debidamente actualizados lo que hasta ahora eran usos y costumbres destinados a dicha transmisión, dificultaba la continuidad por los jóvenes agricultores de las explotaciones agrarias familiares. La configuración de ese adecuado marco legal supone, sin duda, la protección de una realidad social tan importante en Guipúzcoa como es el caserío y su transmisión indivisa.

En dicha regulación se contemplan una serie de instrumentos potestativos en orden a facilitar la transmisión indivisa que suponen importantes especiali-

dades respecto al Derecho Civil Común, como son el testamento mancomunado (prohibidos expresamente por el Código Civil), la ordenación por comisario y los pactos sucesorios (no admitidos con carácter general por el Código Civil).

Ello conlleva más opciones y por tanto un régimen más amplio y beneficioso en orden a la sucesión del caserío que el establecido en el Código Civil que no contempla dichos instrumentos.

En Guipúzcoa, el testamento mancomunado y la ordenación por comisario son aplicables, además de al caserío, al resto del patrimonio. Por el contrario, los pactos sucesorios deben ceñirse al caserío y sus pertenecidos y no pueden abarcar el resto del patrimonio.

Con independencia del instrumento que se utilice para su transmisión, lo verdaderamente importante por lo que supone de ruptura con lo previsto en el Código Civil, es que el caserío se transforma en un objeto independiente con la finalidad de excluirlo de la masa de cálculo de las legítimas, aislándolo del débito legitimario. Esto es, a efectos del cómputo de las legítimas, se sustrae el caserío del caudal relicto de modo que el resto de los herederos forzosos que no hayan sucedido en el mismo, tendrán que recibir su legítima del resto de los bienes del causante (si es que existen).

Por último, no es posible contemplar el estudio de los referidos instrumentos del derecho guipuzcoano aisladamente de los contemplados por el legislador vasco en Vizcaya y Álava por cuanto, en especial el derecho vizcaíno, han servido de base a aquél, lo que exige su estudio contrastado.

Ello nos permite apreciar las diferencias y similitudes no ya sólo con el derecho civil común, sino también con el resto de derechos territoriales vigentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco. De ahí las referencias realizadas en el presente estudio al derecho vizcaíno y alavés.

II. INSTRUMENTOS UTILIZADOS EN ORDEN A LA TRANSMISIÓN INDIVISA DEL CASERÍO GUIPUZCOANO CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/1999, DE 26 DE NOVIEMBRE

1. La pervivencia del derecho consuetudinario¹

El caso histórico de Guipúzcoa viene marcado por la supervivencia de la ordenación consuetudinaria de su caserío, en medio de un ordenamiento jurídico que la ignoraba incluso tras la codificación.

¹ Esta visión general introductoria de la cuestión está tomada de MARTÍNEZ DÍEZ, S.I., Prólogo a NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, 1975, pp. 13-19.

En el caso de Guipúzcoa, en el siglo XI ya puede hablarse de un propio ordenamiento jurídico de carácter consuetudinario, no escrito. Este fenómeno era predicable de cada comarca o territorio que integraba el reino astur, primero, leonés, más tarde, castellano o navarro.

Sólo en la segunda mitad del siglo X comenzarán algunos lugares a poner por escrito algunos privilegios o normas aisladas de su régimen jurídico; son los primeros fueros breves, de carácter local, que apuntan en tierras burgalesas. En Guipúzcoa, el primer fuero local será el de San Sebastián, de la segunda mitad del siglo XII; los siglos XIII y XIV dotarían de fuero municipal a otra veintena de villas guipuzcoanas.

Pero estos fueros locales guipuzcoanos, todos ellos muy breves, sólo recogen algunas reglas aisladas del ordenamiento jurídico, preferentemente de carácter administrativo, fiscal, penal o procesal; el derecho privado sigue siendo, en su totalidad, consuetudinario. [...]

Esta multiplicidad jurídica unida al carácter no escrito del Derecho y su ámbito local o comarcal presentaba grandes inconvenientes, como era una insuficiencia normativa y una inseguridad en el tráfico jurídico por falta de norma precisa o por la dificultad de llegar al conocimiento de la misma. De aquí que muchas villas todavía ancladas en el fuero breve o en el derecho consuetudinario no escrito acogiesen con facilidad, como fuero propio, un fuero extenso de redacción regia, el llamado Fuero Real, de Alfonso X.

Es en este contexto, durante los siglos XIII-XIV, cuando se recibe en Guipúzcoa, al lado de su ordenamiento consuetudinario, el Fuero Real de Alfonso X el Sabio.

Lo mismo puede decirse con el resto de las comarcas y tierras del reino castellano: las villas se decantan a favor del derecho escrito y donde no hay un fuero extenso será el Fuero Real el que se irá imponiendo.

Por otra parte,

admitida, a partir de 1348, la vigencia de las Partidas, aunque sea como supletorias de los fueros particulares, los juristas formados en el derecho común que inspira a las Partidas, y desconocedores o minusvalorantes de los fueros locales, tenderán a dejar a éstos de lado, sobre todo si no se hallan escritos, y a aplicar, prevalentemente, la letra de las Partidas².

De este modo,

a partir de 1348, se constituye un derecho general del reino que aplasta y arrinconaba al viejo derecho consuetudinario, el de los fueros locales de cada villa o de cada comarca. En todo el reino, y Guipúzcoa no es una excepción, al llegar

² Vid. NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío...*, op. cit., p. 43.

la segunda mitad del siglo XV, el derecho local ha sido prácticamente olvidado y reemplazado por un nuevo derecho común a todo el reino.

No obstante,

en medio de este general naufragio del viejo derecho consuetudinario, siempre hay en algunas comarcas ciertas instituciones que por su honda raigambre en el alma del pueblo, o por su condicionamiento socio-económico, logran sobrevivir en medio de unas normas jurídicas que, por generales, no han contemplado la situación o las necesidades particulares de una tierra singular; estas instituciones, dotadas de tal fuerza de supervivencia frente al derecho oficial y escrito pertenecen siempre al ámbito de la familia o al de las sucesiones tan íntimamente ligado con la célula familiar.

Y éste ha sido el caso histórico de Guipúzcoa que, integrada en ese derecho general del reino que se forma en el siglo XIV, ha conservado siempre viva hasta nuestros días la ordenación consuetudinaria de su caserío, tal y como tendremos ocasión de ver seguidamente con ocasión del estudio de las fuentes documentales que se han conservado desde el siglo XVI.

2. SIGLOS XVI-XVIII

Tal y como se acaba de referir, en las zonas rurales de Gipuzkoa se aplicaban costumbres que mantienen la unidad del caserío al margen de la legislación vigente.

Ello era debido a la falta de adecuación del derecho común a la problemática del caserío, lo que obligaba a los guipuzcanos a valerse de complicadas fórmulas tendentes a conservar la integridad del caserío y su transmisión a un heredero único, si bien en algunos casos veremos que se mostraban respetuosas con el derecho común en cuanto al pago de legítimas e incluso se utilizaban algunas figuras netamente castellanas como el mayorazgo o la mejora de tercio y quinto.

Por otro lado, la aplicación de dichas fórmulas dejaba sin solucionar el problema de que el caserío fuese el bien principal de la herencia y no alcanzase con el resto del patrimonio para el pago de aquéllas.

Tal y como se deriva de los documentos notariales de aplicación del derecho que se conservan de esta época, los instrumentos más utilizados para deferir la herencia (en especial el patrimonio consistente en la casa más pertenecidos) en Gipuzkoa durante los siglos XVI a XVIII son variados: las capitulaciones matrimoniales, las donaciones, las dotes, los pactos sucesorios, los testamentos y las ventas de padres a hijos.

Como denominador común, en los instrumentos empleados para deferir la herencia, se observa una tendencia general a atribuir la casa o caserío familiar y sus pertenecidos a uno sólo de los sucesores forzosos del causante. No obstante,

en muchos casos sobre la base del respeto al derecho castellano en cuanto al pago de legítimas al resto de los herederos.

Ello se pone de manifiesto en los testamentos, utilizados frecuentemente para mejorar a uno sólo de los herederos forzosos en el tercio y quinto de la herencia, ordenándose que procediese a pagar las legítimas del resto de legitimarios, salvo que éstos renunciasen a las mismas por haberlas recibido con anterioridad.

La mejora, concebida como la parte de la legítima sobre la que puede disponer el testador en beneficio de unos legitimarios con perjuicio de otros, sufre diversos avatares durante la Edad Media, pero al igual que la legítima de los 4/5 y gracias al Fuero Juzgo y Fuero Real, se impone en el ámbito castellano y en la cuantía de un tercio de la legítima.

A este respecto, es característica la prohibición que recogía el Fuero Real de acumular en el mismo hijo la mejora y el quinto de libre disposición, que desaparecerá con las Leyes de Toro, con lo que surge la denominada *mejora de tercio y quinto*.

Las Leyes de Toro se dedican con extensión a la mejora, de su regulación cabe señalar que la acción de mejorar es personal del testador, sin corresponder al comisario, que sólo tiene poder general. El pago de la mejora se ha de hacer en las cosas señaladas por el testador y son válidas las promesas de mejorar o no mejorar, hechas en contrato.

La mejora se utiliza en la aludida modalidad de *tercio y quinto*. Se alude así a la asignación a uno de los herederos forzosos (los hijos fundamentalmente) de la mejora en sentido estricto; esto es, de la porción de un tercio de la legítima que se puede distribuir libremente entre los hijos y descendientes junto con el quinto de libre disposición³.

Se trata, por tanto, de dos componentes de distinta naturaleza, dado que el quinto es la parte del caudal hereditario que se puede atribuir por el causante con plena libertad, incluso a extraños o mandarlo por el alma, mientras que la mejora se debe atribuir a los hijos o descendientes.

El impulso dado por las Leyes de Toro a la mejora rompe definitivamente con el principio de igualdad de los herederos forzosos en la sucesión, que regía hasta esa época en los fueros castellanos y en Guipúzcoa⁴.

³ Teniendo en cuenta que la legítima amplia eran 4/5 y la legítima estricta 2/3, de ello resulta que la legítima estricta era de 8/15 (esto es, los 2/3 de 4/5) y la mejora de tercio (1/3 de 4/5= 4/15) y quinto, de 7/15 (4/15+1/5).

⁴ Vid. MARTÍN OSANTE, L.C., *Estudio sobre la mejora, la legítima, la institución de heredero, los legados y el mayorazgo. Documentos de Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII*, documento inédito, 1996, pp. 6-8.

Incluso cuando el testamento es utilizado para la fundación de mayorazgos, que es precisamente una figura pensada para la acumulación en un solo sujeto del patrimonio familiar, se sigue atendiendo a la *pietas familiar*, mediante la concesión de alimentos⁵.

A través de la institución jurídica del mayorazgo el causante vinculaba todos o la mayoría de sus bienes y derechos a uno de sus hijos, normalmente el primogénito varón, de ahí el nombre. Se constituye así como la máxima expresión de uno de los principios generales rectores del Derecho guipuzcoano de la época: el mantenimiento de la indivisión y continuidad de la explotación agraria familiar por antonomasia; esto es, el caserío.

No en vano, la finalidad última del mayorazgo era la de mantener y aumentar el poder y prestigio de las familias mediante el aseguramiento de una base patrimonial que se debía mantener en su seno con independencia de las vicisitudes por las que pudiera atravesar y de manera invariable a lo largo del tiempo⁶.

Generalmente los testamentos solían ser realizados por una sola persona, el causante. Esta regla general tiene excepciones, ya que en ocasiones el testamento era otorgado por los esposos causantes en un mismo documento (testamento mancomunado), y en otros casos por un tercero o terceros distinto de aquél (testamento por comisario) a los que el causante había apoderado para ello. En algunos casos dicho apoderamiento se limitaba a mejorar a alguno o algunos de los sucesores forzosos del causante.

También cuando la atribución de la casa o caserío familiar y sus pertenecidos a favor de uno de los herederos forzosos se llevaba a cabo por sus padres en las capitulaciones matrimoniales de aquél (normalmente los padres del novio), la dote entregada o prometida por los padres del otro contrayente (habitualmente los padres de la novia) solía servir para que el donatario de la casa pagase las legítimas de sus hermanos⁷.

Frecuentemente, los padres que efectuaban la donación de la casa lo hacían por razón del matrimonio de su hijo en capítulos matrimoniales (donación *propter nuptias*) estableciéndose las bases de las relaciones entre los dos matrimonios que iban a convivir en la casa.

Lo normal era que los padres del novio donasen a éste con carácter irrevocable la casa familiar acompañada de los bienes que indicaban (pertenecidos, herramientas, animales domésticos...), condicionando la misma al cumplimien-

⁵ Vid. MARTÍN OSANTE, L.C., *Estudio sobre la mejora...*, *op. cit.*, p. 73.

⁶ Vid. MARTÍN OSANTE, L.C., *Estudio sobre la mejora...*, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

⁷ Vid. MAZA ERAUSKIN, J., *Los instrumentos para deferir la herencia utilizados en Guipuzkoa durante los siglos XVI-XVIII*, documento inédito, San Sebastián, 1996, p. 15.

to de alguna carga, aunque en la mayoría de los casos en que dejaban la dirección económica de la casa al hijo, se reservaban el usufructo de la mitad de los bienes donados con la imposición a los novios de la carga de pagar en su día las honras y funerarias de los padres donantes.

Con carácter general, los padres solían complementar la donación con la mejora en el tercio y quinto de todos los bienes donados, y los que pudiera adquirir (bienes futuros), a favor del hijo o hija donatario. Ello unido a la irrevocabilidad de la misma, hacía de dicha donación una figura asimilada al pacto sucesorio⁸.

Cuando la donación contenida en capitulaciones matrimoniales se concedía expresamente como mejora, debía considerarse como pacto sucesorio aunque no se calificase como tal.

Las donaciones efectuadas por los padres de los novios en las capitulaciones matrimoniales examinadas en los documentos inéditos de Guipúzcoa de los siglos XVI a XVIII son calificadas en ocasiones como *donaciones* en sentido estricto; otras veces como *donaciones propter nuptias*; esto es, por razón del matrimonio, y, en algunos casos, como *dotes*.

El distinto modo de calificar las aportaciones efectuadas por los padres de los novios al matrimonio no suponía diferencias en cuanto al régimen jurídico aplicable a las mismas. Así, las características comunes y relevantes de dichas aportaciones eran las siguientes: 1) que son aportaciones gratuitas para el beneficiario; 2) que son irrevocables; 3) que tienen carácter sucesorio; 4) que, por tanto, están sujetas a reversión; 5) y que están en correspondencia con las donaciones o aportaciones del otro contrayente, lo que supone cierta *onerosidad* desde este punto de vista⁹.

Asimismo, cuando los padres ordenaban el destino de sus bienes a favor de sus hijos mediante donaciones al margen de los contratos matrimoniales, sus disposiciones resultaban válidas siempre que se hubiesen respetado las legítimas del resto de sucesores forzosos.

El objeto de estas donaciones irrevocables y habitualmente sometidas al cumplimiento de cargas o condiciones impuestas por el donante (la obligación de alimentar al donante y pagar sus funerales, la obligación de contraer matrimonio con persona determinada...) también estaba constituido por la casa más pertenecidos y/o por derechos hereditarios presentes y/o futuros; lo que vuelve a evidenciar el matiz de pacto sucesorio de dichas donaciones.

⁸ Vid. MAZA ERAUSKIN, J., *Los instrumentos para deferir la herencia utilizados en Guipuzkoa cit.*, pp. 11-25.

⁹ Vid. MARTÍN OSANTE, L.C., *Estudio sobre la mejora...*, *op. cit.*, pp. 24-25.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de las ventas de padres a hijos, cuya finalidad era precisamente burlar, en sentido contrario a la normativa vigente, las legítimas de los hermanos, facilitando así la libre transmisión del patrimonio indiviso. Mediante dichas ventas de padres a hijos, el vendedor (el padre), más que vender, ordenaba gratuitamente el destino de sus bienes para después de su muerte a favor de uno de sus hijos, consiguiendo evitar, si no se probaba la simulación del negocio, que al computarse las legítimas el comprador tuviese que traer a colación los bienes comprados.

3. Código Civil hasta la actualidad

En este ámbito, la entrada en vigor del Código Civil no supuso un cambio de concepción, pues el mismo no se basa en la conservación del patrimonio familiar o de una parte del mismo de forma indivisa. Así, el Código establece normas en las que el causante está jurídicamente obligado a dejar a sus parientes más próximos una parte de sus bienes sin preocuparle la división del patrimonio familiar.

En efecto, la concepción de la legítima que nos ofrece el Código Civil en el artículo 806 como cuota que ha de ser satisfecha de modo ineludible con bienes relictos, conduce a la inevitable desintegración de la empresa agraria cuando ésta representa el valor principal del caudal hereditario. En tales supuestos, en los que no hay bienes suficientes para satisfacer el derecho de los legitimarios con independencia de la explotación, se impone la necesidad de proceder a su desmembración para hacer efectivas las cuotas que a aquéllos corresponden.

Como excepción a lo anterior, estaría el beneficio contemplado en el art. 1056, parr. 2 Cc, sobre el que se volverá más adelante, en cuanto permite el pago en metálico extrahereditario al resto de legitimarios¹⁰.

En cuanto a la legislación agraria, si bien es cierto que las últimas reformas pretenden facilitar la sucesión en las explotaciones agrarias, lo cierto es que se mantienen las limitaciones derivadas del régimen de legítimas de tal manera que en muchos casos, sobre todo en patrimonios de escaso volumen en los que el caudal del causante está constituido sólo por la explotación, el crédito legiti-

¹⁰ Ciertamente, con ocasión del estudio del núcleo central de la regulación sucesoria del caserío Guipuzcoano, aludiré a la interesante modificación introducida a este respecto por la ley 7/2003, de 1 de abril, de creación de la sociedad limitada de la nueva empresa. En virtud de la misma se ha reformado este segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil en orden a favorecer la transmisión indivisa de la explotación económica familiar.

mario puede constituir una carga excesiva para el adjudicatario y en la práctica dificulta el mantenimiento de las explotaciones como unidad¹¹.

En Guipúzcoa, una vez más, a falta de normativa propia, será la práctica notarial la que articule las fórmulas que permitan mantener indivisa la explotación agrícola.

Para la consecución de dicho fin, al igual que en el tiempo anterior al Código Civil que se acaba de analizar, se repiten las donaciones *propter nuptias* hechas en capitulaciones matrimoniales, manteniéndose el mismo criterio¹². Esto es, el padre dueño del caserío hace donación al hijo que contrae matrimonio para después de los días del padre o padres donantes, con la característica de que dicha donación se hace estableciéndose una comunidad de vida entre padres donantes e hijos (marido y mujer) donatarios de modo que los bienes donados sirvan a las necesidades de los dos matrimonios.

Esta donación en principio es irrevocable pero aquí también suele quedar sometida a condiciones impuestas expresamente por el donante, de modo que la donación podrá quedar sin efecto (pacto expreso de revocación) si el matrimonio joven abandona la vida en común convenida con el matrimonio viejo en el caserío o si el donatario trata de dar otro rumbo económico al caserío, cuya finalidad única era la de constituir una explotación agrícola¹³.

¹¹ Una muestra de ello la constituye la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que impone expresamente el reenvío al ordenamiento civil: su disposición adicional segunda otorga una nueva redacción al artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 en la que se dispone lo que sigue:

«Por muerte del propietario la explotación no podrá ser objeto de división, y la transmisión “mortis causa” de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación».

¹² Vid. NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., pp. 148 y 149.

De la regulación de las donaciones por razón de matrimonio se ocupaba el Código Civil, en su redacción originaria, en los artículos 1327 a 1335 y se definían como las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno o de los dos esposos.

El fundamento de esta legislación especial, separada de la del resto de las donaciones, es el principio del *favor matrimonii*. Esto es, el legislador trata de proteger y favorecer la institución del matrimonio y el medio o instrumento jurídico del que se vale para ello es la incentivación o estímulo de las donaciones por razón de matrimonio, dotándolas de una normativa especial más favorable que para el resto de las donaciones.

Acerca del concepto, naturaleza y régimen de estas donaciones vid., extensamente, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Granada, 2006, pp. 96 y ss.

¹³ Esta fórmula, que reviste la forma de una donación *propter nuptias*, es la de uso más corriente para asegurar la unidad económica doméstica (así lo advierte DE ECHEGARAY, B., *Derecho Foral Privado*, San Sebastián, 1950, pp. 83 a 85). Los padres declaran su capital en semovientes, muebles, ropas y raíces y señalan la legítima de cada uno de los hijos; al que se casa le donan la totalidad de los

En otras ocasiones, el padre dona los bienes al hijo y se reserva el usufructo, dejando la dirección económica de la casa al hijo, pero en la mayor parte de las capitulaciones matrimoniales el padre se reserva la facultad de revocación

bienes inventariados, imputando la donación en el tercio de mejora que en su día puedan corresponderle, relevando al donatario de colacionarla en lo que quepa dentro del tercio de libre disposición del caudal que dejen a su muerte los causantes, instituyéndole a su vez en dicho tercio.

Se imponen como condiciones: que los donantes, y muerto uno de ellos el que sobreviva, formarán con el donatario una sola familia, asistiéndose mutuamente en sus enfermedades, procurando administrar los bienes de común acuerdo y comprometiéndose, en caso de discrepancia, a respetar lo que los padres resuelvan.

Con los productos de los bienes donados y con los que en lo sucesivo se adquieran, se impone la obligación de costear los alimentos de donantes y donatarios y de las demás personas a las que unos y otros deban esta prestación, así como los entierros y funerales de los mismos, con arreglo a la costumbre de la familia. Asimismo, el donatario no podrá gravar, vender ni enajenar en cualquier otra forma los bienes donados, ni los que adquiera durante la subsistencia del contrato, a título oneroso, sin consentimiento del padre, y en su defecto de la madre.

También se dispone el pago a cada uno de los hermanos del donatario de la cantidad que por legítima paterna y materna se les haya asignado, que suele ser algo más de lo que estrictamente les corresponde en la división de los bienes inventariados, pero a condición de que acaten la voluntad de los padres manifestada en la escritura de contrato matrimonial, pues en otro caso habrá de conformarse con la legítima rigurosa.

Si por cualquier motivo no conviniere a donantes y donatarios continuar la vida común, se dispone su separación, saliendo el donatario de la casa de sus padres, y retirando al hacerlo la dote de su esposa, la mitad de las mejoras que la familia hubiese logrado, y la cantidad que le perteneciese por legítima paterna y materna, procediéndose a formar nuevo inventario para poder determinar el estado económico de la familia después de rescindida la donación, anulada la mejora y revertidos los bienes al donante.

La existencia de una sociedad familiar guipuzcoana según uso del país fue reconocida por la sentencia de 12 de julio de 1984, de la sala primera del Tribunal Supremo, como argumento básico para desestimar las reclamaciones de los demás coherederos frente a quien había recibido por vía de donación el caserío, ejercitando una acción de reducción de donaciones por inoficiosidad que se entiende prescrita.

En el tercer considerando de la referida sentencia se da como probada la existencia de una escritura denominada de «constitución de sociedad familiar y donación», de la cual son estipulaciones la de haber de convivir el matrimonio formado por los padres y el del donatario en el caserío Erguín del barrio de Uribarri de Mondragón, trabajando todos los miembros en beneficio de la casa dentro de la medida de sus posibilidades, asistiéndose y ayudándose recíprocamente todos sus miembros tanto en salud como en enfermedad y achaques, alimentándose de las ganancias que obtengan, de las que sufragarán todos los gastos; llevándose la administración conjuntamente por el padre y el hijo.

Se afirma también en dicho considerando que bajo tal condición es como tuvo efecto la donación de la nuda propiedad de las fincas ahora reclamadas, constituyendo condiciones expresas las de vivir el donatario en el caserío familiar, ayudando y asistiendo a los padres hasta el fallecimiento, haciéndose constar que mientras no resulte de documento público la separación de las partes de la sociedad familiar, deberá entenderse subsistente ésta y en pleno vigor la donación realizada.

En el supuesto de la sentencia no aparece una donación propter nuptias ni el ejercicio de la facultad de mejorar, ni siquiera la utilización del 1056.2 Cc; sin embargo, y aunque no conste en el texto literal de la sentencia, hay datos suficientes para encuadrar el caso dentro del supuesto tipo que Bonifacio de Echegaray considera vigente en la zona baja de Guipúzcoa (Vid. GARCÍA CANTERO, G., Más sobre el derecho consuetudinario Guipuzcoano, en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984. En *Jornadas de estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985, pp. 330 y ss.).

antes mencionada en caso de incumplimiento de las cargas o condiciones por él impuestas¹⁴.

Otro instrumento utilizado en Guipúzcoa por el campesino para facilitar la transmisión *indivisa* de la casa, será el de la mejora realizada en testamento. No obstante, al igual que en el caso de las donaciones, el adjudicatario de la explotación agrícola deberá abonar en metálico a los demás legitimarios su parte en la herencia. Lo que deja sin solucionar, una vez más, el problema del pago de las cuantías legitimarias del resto de sus hijos cuando la herencia esté constituida únicamente o principalmente por el caserío¹⁵.

El único instrumento que se sigue utilizando para burlar las legítimas de los demás hijos y solucionar así ese problema es el caso de las ventas simuladas:

¹⁴ Advierte DE ECHEGARAY, B., (*Derecho Foral Privado cit.* pp. 81 y ss.) que en la zona baja de Guipúzcoa hay una gran resistencia a donar realmente sus bienes en capitulaciones matrimoniales y que cuando lo hacen adoptan las posibles cautelas; así se reservan el usufructo vitalicio y en cuanto a la nuda propiedad sujetan la donación a la condición rescisoria motivada por la separación de viejos y jóvenes.

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales, suelen adoptar la siguiente estructura: bajo la forma de antecedentes, manifiestan los padres del contrayente que ha de vivir en su compañía, los bienes que poseen con sus correspondientes tasaciones, las deudas y obligaciones si las tuviesen, los nombres de los demás hijos y las cantidades que hubiesen entregado a éstos en concepto de legítima.

En la parte dispositiva de la escritura se pacta la vida común entre los padres y los futuros cónyuges, que habrán de ayudarse mutuamente, sanos y enfermos, trabajar todos con arreglo a sus fuerzas y en beneficio de la casa y administrar todos el acervo familiar, si bien se concede al padre el rango de jefe del grupo en todas las relaciones sociales.

A continuación, el padre y la madre, teniendo en cuenta la vida común estipulada, prometen mejorar y desde luego consideran mejorado al hijo o hija contrayente en un tercio de sus herencias y se comprometen a legarle el de libre disposición, y usando de la facultad que les concede el artículo 1056 Cc disponen que todos los bienes que queden cuando ellos fallezcan sean íntegros para el mejorado, con la carga de costear los entierros, funerales y sufragios en la forma acostumbrada por la familia y de abonar a sus hermanos en dinero las cantidades que en el mismo contrato matrimonial se señalan.

También se consigna una cláusula por la que se establece que las ganancias o pérdidas que durante la convenida vida común se obtengan, serán íntegras para los futuros consortes si la convivencia entre éstos y los padres subsiste hasta la muerte de los últimos.

Todo lo consignado en las capitulaciones matrimoniales de un hijo lo ratifican en su testamento con el fin de evitar los expedientes de declaración de herederos abintestato. La cantidad que se les fija por legítima paterna y materna a los hijos apartados (llamada *señalamentuak*) suele ser superior a la debida y en ella se tienen en cuenta los anticipos que por diversos conceptos pueden haber recibido.

Por último, se suele fijar el máximo de edad en que pueden permanecer en la casa y se puntualiza si han de correr a cargo de la misma los gastos correspondientes al aprendizaje de un oficio, estableciéndose también la obligación que contrae el hijo sucesor de recibir en el caserío, y alimentar, a los hermanos enfermos o impedidos que se acogiesen a su amparo.

Estas últimas son notas comunes a todas las capitulaciones matrimoniales en Guipúzcoa, a las otorgadas en la zona alta y a las que se convienen en la zona baja.

¹⁵ Vid. NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa, cit.*, pp. 150 y ss.

el campesino acude ante un notario con su hijo y simula una venta de la casa a favor del mismo, haciendo ante el notario manifestación de que ha recibido el precio con antelación al acto de la firma de la escritura.

De esta forma, se produce una disminución en el patrimonio del padre a favor del hijo, y mediante esa disminución patrimonial y salida de unos determinados bienes del patrimonio, los mismos no entrarán a computarse en el caudal relicto del padre a su fallecimiento. En definitiva, no habrá que traerlos a colación de manera que quedan burladas las legítimas del resto de los hijos.

Al ser un negocio simulado existía el evidente riesgo de la posible declaración de nulidad de la escritura de compraventa y la necesaria integración de los bienes objeto de la venta simulada en la masa hereditaria para la fijación de la partición de los hijos en dicha masa. Por ello, a la vista del resultado obtenido por dicha práctica en los juzgados y tribunales traducido en sentencias de declaración de nulidad sobre dichas ventas, se fue desterrando y se convirtió en el modo menos utilizado en Guipúzcoa para la transmisión indivisa del caserío¹⁶.

Por último, en el tiempo inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Constitución, y tomando como base una interesante encuesta sobre el tema realizada entre juristas, notarios y abogados en ejercicio, conocedores de la realidad guipuzcoana¹⁷, se llega a la conclusión, dada la coincidencia de sus opiniones, del uso cada vez menor de las capitulaciones matrimoniales, que han sido suplidas con la mejora en el testamento y la utilización del beneficio del artículo 1056.2 Cc.

En cuanto a la ordenación económico-familiar de la casa, se sigue utilizando, aun cuando ahora lo es generalmente en documento privado, el mismo tipo de sociedad familiar, con reparto igual de ganancias, estableciéndose unas cláusulas de disolución de la sociedad, con indemnizaciones muy detalladas.

Al cónyuge viudo, en este caso, el del matrimonio viejo, se le asegura el futuro con la adjudicación del tercio de libre disposición en el testamento y con el mantenimiento del contrato de sociedad, en cuanto a la ordenación económica de la casa.

¹⁶ Vid. NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, cit., pp. 162 y ss.

¹⁷ La referida encuesta la llevó a cabo NAVAJAS LAPORTE en su ya citada tesis doctoral sobre *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, publicada en 1975, pp. 203 a 229. La conclusión de la misma figura en la p. 229.

Tal y como observa este último, puede decirse que la formulación práctica, la plasmación de la idea, es obra de los notarios y abogados. El casero guipuzcoano sólo pide, cuando va a un despacho profesional, que se le hagan las cosas (las del caserío), a la navarra, y todavía algunos emplean los términos de mejora de tercio y quinto.

III. INSTRUMENTOS UTILIZADOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/1999, DE 26 DE NOVIEMBRE

1. Consideraciones previas

La ley 3/1999, de 26 de noviembre, pretende dar solución a los problemas que se acaban de poner de relieve en orden a posibilitar la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano. La misma persigue ser una explicitación de los anteriores usos y costumbres mantenidos en las zonas rurales guipuzcoanas puestos de relieve en las intervenciones notariales que, con esa finalidad (la transmisión indivisa del caserío), nunca llegaron a ser promulgadas o reconocidas por una ley.

Ciertamente, tal y como se ha señalado anteriormente, en virtud del artículo 149.1.8 de la Constitución Española, las Comunidades autónomas pueden alcanzar competencias para conservar, modificar o desarrollar su derecho civil foral o especial, allí donde exista.

La Comunidad Autónoma Vasca asumió dichas competencias a través del artículo 10.5 de su Estatuto de Autonomía, introduciendo las dos novedades ya reseñadas; esto es, en primer lugar, la competencia legislativa recae no solamente sobre el derecho escrito, sino también sobre el consuetudinario, lo que permite ordenar las costumbres civiles que se conservaban, principalmente en Guipúzcoa, en sentido muchas veces contrario al establecido en la legislación común y, en segundo lugar, se permitía a la Comunidad autónoma fijar el ámbito territorial de vigencia del derecho foral e, indirectamente, del Derecho Común.

En ejercicio de estas competencias, el Parlamento Vasco, en virtud de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, recogió las instituciones existentes en dicho territorio histórico, articulando el texto en un título preliminar y tres libros de dimensión desigual, uno para Vizcaya, otro para Álava y el tercero, constituido por un único artículo, destinado a Guipúzcoa.

Como continuación en el ejercicio de esta competencia legislativa se sitúa la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa¹⁸. En ella se desarrollan legislativamente las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío que

¹⁸ Ley del Parlamento Vasco recogida en el BOPV núm. 249, de 30 de diciembre, por la que se añade el desarrollo del Libro III a la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco; y corrección de errores en BOPV número 26, de 8 de febrero de 2000, por la que se incorporan las disposiciones adicionales segunda y tercera.

hasta ese momento simplemente se declaraban vigentes por el artículo 147¹⁹, único integrante del Libro III dedicado al Fuero Civil de Guipúzcoa.

Precisamente es en este último precepto en el que se basa el nuevo artículo 147 integrante del título primero del nuevo Libro III relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa. Tal precepto, de valor declarativo, reconoce *la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Guipúzcoa*. Ello parece situar en un plano de igualdad el patrimonio familiar con el caserío cuando en realidad es este último el que constituye el núcleo de la nueva regulación, lo que podía haberse obviado por el legislador.

Que la ley proteja sólo el caserío y no otras realidades sociales también importantes como la vivienda familiar o la empresa familiar fue una opción de política legislativa que encuentra su justificación en el importante papel que, a la hora de la elaboración de la ley, tuvo la cartera de agricultura en el seno de la Diputación, además de la presión ejercida por los sindicatos agrarios.

No en vano, tal y como se ha referido al aludir a los antecedentes de la ley, fue el diputado de agricultura el que solicitó dictamen inclusivo de suge-

¹⁹ Cfr. antiguo art. 147: *Se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Guipúzcoa, las cuales deberán ser actualizadas por ley del Parlamento Vasco.*

El Gobierno vasco y las instituciones forales de Guipúzcoa promoverán y estimularán los trabajos necesarios para que el derecho consuetudinario de dicho territorio histórico quede definitivamente formulado en los términos de su vigencia actual.

En esta línea, con el objeto de materializar el deber de actualización que el citado precepto establece, en fecha de 29 de julio de 1997, el diputado de agricultura y medio ambiente de la diputación foral de Guipúzcoa, Ilmo Sr. D. Iñaki Txueka Isasti, contactó mediante carta con Don José Javier Hualde Sánchez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco, manifestándole la intención del referido departamento de *solicitar dictamen* inclusivo de sugerencias y textos alternativos sobre un borrador del Fuero Civil de Guipúzcoa que se proponía, cuyo objeto, según la carta era *la regulación de la sucesión en el caserío guipuzcoano, cuya fragmentación resulta imprescindible evitar, debiendo protegerse la sucesión en su titularidad por quien asume su explotación agrícola, estableciendo al mismo tiempo las unidades mínimas de explotación para el mantenimiento de su rentabilidad. En atención a ese objeto, se establece su aplicación en toda Guipúzcoa, pero reducido a la sucesión en el caserío, en cuanto explotación agraria, manteniendo el régimen del Código Civil para todo el resto de los guipuzcoanos e incluso para los propios titulares de caseríos, si además de éstos ostentan otros bienes.*

El borrador inicial, recibido junto con la referida carta de 29 de julio de 1997, fue sustituido por un segundo borrador, cuya entrega se fechó el 17 de octubre de 1997, y éste por un tercero y definitivo, que lleva fecha del 29 del mismo mes y año.

El solicitado dictamen fue realizado por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco, incluyendo un borrador alternativo de texto legislativo del que básicamente deriva la creación de la nueva Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho civil Foral del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa (GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., y GALICIA AIZPURUA, G.H., *Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su «conservación, modificación y desarrollo»* (documento inédito), Universidad del País Vasco, Donostia, 1998-1999).

rencias y textos alternativos sobre un *borrador* del Fuero Civil de Guipúzcoa que se proponía, cuyo objeto era *la regulación de la sucesión en el caserío guipuzcoano*.

Es decir, la ley aborda la regulación de la costumbre más arraigada en el mundo rural guipuzcoano como es la transmisión familiar del caserío indiviso y colateralmente se establecen normas, a las que más adelante se referirá, que afectan al resto del patrimonio familiar como en el artículo 164 apartado número 1²⁰.

Asimismo, el nuevo artículo 147 declara plasmación y desarrollo de las reconocidas costumbres civiles el establecimiento de las siguientes disposiciones relativas a la transmisión mortis causa del caserío, que integran el Fuero Civil de Guipúzcoa²¹.

En lo relativo a esta última afirmación, ha de hacerse notar que la misma no es exacta ya que la normativa establece que la transmisión del caserío indiviso puede ser mortis causa o intervivos indistintamente. Así se recoge en el artículo 155²² y en los artículos 180 y 181 de la nueva ley referentes al pacto sucesorio con transmisión de presente del caserío. Ello supone que la transmisión es en vida del instituyente. Por tanto, sus efectos son *inter vivos*, no *mortis causa*.

²⁰ El citado precepto establece que *el causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio*.

²¹ Cfr. nuevo artículo 147:

1. *Se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Guipúzcoa.*

2. *Como plasmación y desarrollo de aquéllas, se establecen las siguientes disposiciones relativas a la transmisión mortis causa del caserío, que integran el Fuero civil de Gipuzkoa.*

²² Cfr. art. 155: 1. *Las prescripciones del artículo anterior (relativas a la disposición mortis causa del caserío y sus pertenecidos) serán de aplicación, igualmente, a la donación (disposición intervivos del caserío) que el titular hiciere del caserío y sus pertenecidos cuando el beneficiario o beneficiarios de la misma sean alguno o algunos de los herederos forzosos mencionados en los dos primeros números del artículo 807 del Código Civil, siempre que aquéllos conserven, hasta el fallecimiento del donante, el destino que el caserío tuviere al momento de la atribución y mantengan, en su caso, la indivisión.*

2. *Las donaciones contempladas en el apartado anterior no serán colacionables salvo si el causante hubiese dispuesto expresamente lo contrario.*

Cfr. artículo 180: *El pacto sucesorio podrá ser con transmisión de presente del caserío y sus pertenecidos o con transmisión diferida al momento de la muerte.*

2. *La donación mortis causa del caserío y sus pertenecidos tendrá la consideración de pacto sucesorio.*

Cfr. art. 181: *La designación sucesoria con transmisión de presente del caserío y sus pertenecidos confiere al sucesor la titularidad del mismo con las limitaciones pactadas. Todo acto de disposición o gravamen requerirá para su validez el consentimiento conjunto de instituyente e instituido.*

Al margen de estas consideraciones críticas, de dicha declaración contenida en el título primero se deriva que tal Ley constituye la respuesta a la ausencia ya constatada de una adecuada configuración jurídica de la que hasta ahora constituía la costumbre más arraigada en el mundo rural guipuzcoano, como es la transmisión indivisa del caserío.

La respuesta, por otra parte, era necesaria, pues la carencia de una norma escrita que reflejase adecuadamente y debidamente actualizados lo que hasta ahora eran usos y costumbres destinados a dicha transmisión, dificultaba la continuidad por los jóvenes agricultores de las explotaciones agrarias familiares. La configuración de ese adecuado marco legal supone, sin duda, la protección de una realidad social tan importante en Guipúzcoa como es el caserío y su transmisión indivisa.

2. **Ámbito de aplicación**

En este punto la ley distingue tres ámbitos: ámbito territorial, ámbito personal y ámbito funcional.

Respecto al primero de ellos, la delimitación del ámbito territorial de vigencia del Fuero Civil de Guipúzcoa que realiza el artículo 148 no precisa de mayores aclaraciones dada la letra de la ley: *El presente Fuero rige en todo el territorio histórico de Guipúzcoa en tanto que legislación civil propia del mismo.*

En lo relativo al ámbito personal, el artículo 149 establece quiénes han de ser considerados guipuzcoanos a los efectos de este Fuero Civil: *son guipuzcoanos quienes hayan ganado vecindad civil en el territorio histórico de Guipúzcoa*, vecindad que se obtiene conforme a la regulación contenida al efecto en el Código Civil.

Ciertamente, dada la configuración de un derecho civil guipuzcoano, ha de existir una vecindad civil guipuzcoana en virtud de la cual se determine la sujeción al mismo, que no puede ser otra que la regulada por los artículos 14 y 15 del Código Civil. De este modo, queda asegurada una cierta vinculación del sujeto donante al territorio histórico de Guipúzcoa.

Por último, conforme al ámbito funcional, las personas que quieran servirse de los instrumentos de transmisión del caserío que disciplina el presente Fuero Civil, además de tener vecindad civil en el territorio histórico de Guipúzcoa, han de ser titulares de un caserío situado en ese mismo territorio.

De este modo, la aplicación del sistema foral guipuzcoano presupone la concurrencia de un presupuesto subjetivo y otro geográfico: que el titular del caserío tenga vecindad civil en el territorio histórico y que en el mismo radique la explotación que va a ser objeto de transmisión.

No ha de excluirse dicho régimen por el hecho de que el propietario no cumpla otro tipo de requisitos que proceden y tienen mejor encaje en la legislación propiamente agraria. Así, por ejemplo, si no es agricultor profesional, la explotación no es prioritaria o el casero no vive en el caserío de su propiedad²³.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por caserío? Con la intención de dar respuesta a este interrogante nos encontramos ante el artículo 151 del Fuero. Sin embargo, de su lectura se derivan a su vez otros interrogantes a los que dicho precepto no consigue dar, a mi juicio, una respuesta satisfactoria.

Así, de acuerdo con lo previsto en el mismo, ha de entenderse por caserío el conjunto formado por la siempre presente casa destinada a vivienda y las dependencias relacionadas de hecho con ella como edificaciones y terrenos, así como los muebles que se encuentren inmovilizados, por hallarse afectos a su explotación, si fuere objeto de ésta.

No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto forman parte del caserío todas las fincas discontinuas que lo constituyen. Es decir, hasta qué lejanía una finca puede estimarse parte del *baserri*.

²³ La ley de 1 de julio de 1992 del Derecho civil foral, no recoge un concepto de caserío pero sí alusiones al mismo (vid. KARRERA EGIALDE, M., *Los arrendamientos rústicos históricos. Análisis a partir de la realidad Guipuzcoana*, Madrid, 1998, pp. 241 y 242).

Las más significativas se encuentran en los artículos 26 y 115, correspondientes al libro de Vizcaya, ya que aportan, respecto de sus antecedentes, una caracterización, siquiera somera, de lo que es el caserío. El artículo 26, cuyo espíritu es que se entregue todo lo necesario para regir la casería, además de actualizar los términos y adiconar la maquinaria e instalaciones a los elementos, exige que éstos sean *para su explotación*; esto es, introduce el criterio del destino para considerarlos elementos del caserío. Por su parte, el artículo 115 retorna al sentido propio del Fuero, es decir, el de mantener la unidad del caserío, que era vulnerado en la aplicación de su antecedente inmediato (art. 51 de la Compilación) por cuanto posibilitaba ejercitar el derecho *respecto de todos o de cualquiera de los bienes troncales*.

Ciertamente, el artículo 26 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco establece que la *transmisión a título gratuito de un caserío con sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, el mobiliario, semovientes, maquinaria e instalaciones para su explotación existentes en el mismo*. Su antecedente más inmediato es el artículo 12 de la Compilación de 1959: *La transmisión a título gratuito de un caserío con sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, el mobiliario, semovientes y aperos de labranza existentes en el mismo*. Sobre esta disposición, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1987 entiende que una donación de casería comprende todo lo edificado en la finca aunque no se haya mencionado en la donación.

Por su parte, el artículo 115 dispone que *si son varias las fincas que se enajenan, podrá el tronquero ejercitar su derecho respecto de una o varias y no de las demás, pero tratándose de la enajenación de un caserío, habrá de adquirirlo como un unidad de explotación, con todos los pertenecidos que se enajenen, aunque figuren inscritos separadamente en el Registro de la Propiedad*. Su antecedente más próximo es el artículo 51 de la Compilación de 1959: *Los parientes tronqueros, según el orden del artículo 7 y grado de proximidad a la raíz, tienen un derecho de preferente adquisición de los bienes troncales de su línea respectiva que se intentare enajenar a título oneroso, derecho que podrá ejercitar respecto de todos o de cualquiera de los que hayan de ser objeto de enajenación*.

Además, en muchos pueblos el único modo de construir un chalet en el campo es bajo la forma de caserío y con tener un gallinero adosado al edificio ya parece que se tiene un *baserri*, lo que indudablemente dificulta su determinación.

Por otro lado, al no exigirse requisitos al caserío sobre la existencia de una explotación que se derive del mismo (el art. 151 se refiere a la misma como *si fuere objeto de ésta*) y que por lo tanto el *baserri* termine siendo una vivienda sin ningún tipo de actividad económica: ¿qué justificación existe para dotarle de una regulación diferente al resto de las viviendas de los guipuzcoanos?

Ciertamente, en el caso de que el caserío no realice actividad o explotación se transformaría en una simple vivienda que, a mi juicio, no es merecedora de una normativa especial que la proteja.

Sin perjuicio de estas deficiencias, la idea de caserío debe responder a la visión clásica de casa de labor con sus terrenos correspondientes, que no tienen por qué ser anejos, pero que constituyen la explotación afecta al mismo; y los aperos, animales, etc, que resulten necesarios; o, lo que es lo mismo, lo que en Vizcaya se denomina también *casería*²⁴.

3. Núcleo central de la regulación sucesoria prevista en el Fuero Civil de Guipúzcoa

En dicha ley el núcleo central de la regulación sucesoria del caserío se encuentra en los apartados 1 y 2 del artículo 154²⁵ en el que se establece que los herederos beneficiados con el caserío y sus pertenecidos en una sucesión lo

²⁴ En este sentido, vid. ANGULO LAGUNA, D., *Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pp. 28 y 40: *La casería es una finca rústica, cuya extensión superficial es variable, pero respecto de la cual se puede afirmar que comúnmente oscila entre 10 y 15 hectáreas; [...] Compónese este tipo de fincas de la casería propiamente dicha, o sea la vivienda o casa-habitación de la familia cultivadora, de la huerta, que suele estar inmediata a la casa; de las heredades, cercanas también por lo general, y de los montes. Estos elementos, la ganadería y las aves de corral constituyen toda la fortuna del casero y los factores todos de la producción agrícola en Vizcaya.*

Del concepto general de caserío se ocupa, más recientemente, KARRERA EGIALDE, M., *Los arrendamientos rústicos históricos...*, op. cit., p. 238, donde, tras seguir la línea marcada por el concepto amplio y tradicional de caserío se concluye, resumiendo, que el mismo está formado por diversas fincas con cultivos complementarios, y una casa de labor y vivienda conjunto que, constituyendo una auténtica explotación agropecuaria, absorbe la capacidad de trabajo familiar y le sirve de sustento.

²⁵ Cfr. art. 154: *1. Si el causante dispusiere del caserío y sus pertenecidos a favor de alguno o, en proindivisión, en favor de algunos de los herederos forzosos mencionados en los dos primeros números del artículo 807 del Código Civil, se entenderá que el beneficiario o beneficiarios suceden en él con exclusión de cualesquiera otras personas.*

2. En tal caso, y salvo que el causante estableciere expresamente lo contrario, el valor del caserío y sus pertenecidos no se computará en el caudal que para el cálculo de las legítimas determina el artículo 818 del propio Código civil.

heredan con exclusión de cualquier persona, no computando el valor del mismo en el caudal para el cálculo de las legítimas.

Con ello se consigue superar las trabas del Código Civil y de la mencionada legislación agraria a favor de la transmisión indivisa del caserío pero en contra de aquellos herederos que quedan excluidos del caserío que pudiera constituir la parte más valiosa en las herencias guipuzcoanas afectadas.

En efecto, en el régimen del Código Civil, la concepción de la legítima como cuota que había de ser satisfecha ineluctiblemente con bienes relictos (la legítima como *pars bonorum*-art. 806 Cc) conducía a la inevitable desintegración de la explotación agraria familiar cuando ésta representaba el valor principal del caudal hereditario.

En estos supuestos, en los que no había bienes suficientes para satisfacer el derecho de los legitimarios con independencia de la explotación familiar, se imponía la necesidad de proceder a su desmembración para hacer efectivas las cuotas que les correspondían.

Esta situación se ha visto considerablemente mejorada a raíz de la ley 7/2003, de 1 de abril, de creación de la sociedad limitada de la nueva empresa, por la que se modifica la ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

En virtud de la misma se ha introducido una interesante modificación del segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil cara a la conservación de las explotaciones económicas familiares (como es el caserío²⁶) por medio de la regulación de su transmisión mortis causa. Así, se permite que el testador legue

²⁶ Acerca de la facultad conferida al testador por el artículo 1056, parr. 2 Cc y sobre la interpretación amplia que ha de hacerse de su elemento objetivo puede verse LLOPIS GINER, J.M., La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil. En *Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*, monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 11 (2004), pp. 51-69, esp. pp. 59-63.

En el referido trabajo se ponen de manifiesto las diferencias con la redacción anterior del precepto, mereciendo especial atención las consideraciones relativas a sus elementos subjetivos y objetivo.

A este respecto, la redacción original del art. 1056 parr. 2 del Código Civil es la siguiente:

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.

Por su parte, la redacción del art. 1056 parr. 2 del Código Civil tras la reforma introducida por la ley 7/2003, de 1 de abril, se corresponde con la siguiente:

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por

a su voluntad la totalidad de la misma, disponiendo el pago en metálico de la legítima a los legitimarios. En el supuesto de que no exista metálico, el pago de la legítima se puede producir con efectivo extrahereditario como excepción al principio de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia²⁷.

El testador, asimismo, tiene la facultad de fijar un plazo de hasta 5 años desde su fallecimiento para dicho pago.

En consecuencia, si el 1056.2 Cc establece, en el supuesto de que no haya más bienes en la herencia, la compensación con activo extrahereditario al resto de herederos legitimarios, y el art. 154 del Fuero Civil de Guipúzcoa no dispone nada en el mismo supuesto, de ello puede interpretarse que la **legislación guipuzcoana** exceptúa el sistema legitimario del Código Civil posibilitando al heredero favorecido recibir el caserío sin tener que pagar complementos de legítimas al resto.

Esta cuestión podía haberse aclarado para Guipúzcoa, añadiendo un artículo que especificara que no hubiera obligación de pagar ninguna cantidad al resto de los hermanos si el caserío constituye el único bien de la herencia.

el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador [...].

Si se estudian los dos preceptos en sus elementos subjetivos puede hablarse de la existencia de tres grupos de personas: 1. Las que ostentan la legitimación activa de las facultades concedidas por el art. 1056.2; 2. Las que pueden ser beneficiarias del ejercicio de esas facultades; y 3. Las personas cuyo derecho no puede ser vulnerado por ese ejercicio.

Respecto del primer grupo de personas, tras la reforma ha desaparecido el término *padre* que ha sido sustituido por el de *testador*, con lo que evidentemente se amplía el supuesto y se acoge lo que constituía el sentir mayoritario de la doctrina que interpretaba el precepto.

En cuanto al segundo grupo, quién puede ser el beneficiario, se ha visto ampliado con la reforma del término *padre*, ya que este término utilizado por el precepto limitaba tanto el sujeto activo como el pasivo al exigir esa relación parental en ambas partes.

En relación al tercer grupo de personas cuyo derecho no puede ser vulnerado, el texto modificado ya no se refiere a los demás hijos, sino a los demás interesados, por lo que también el segundo grupo de personas se ha visto ampliado. Los *demás interesados* a quienes ha de pagarse su legítima serían cualquiera de los legitimarios a que se refiere el artículo 807 del Código Civil; esto es, a los demás descendientes a quienes no se le ha asignado la explotación, al ascendiente o ascendientes que, siendo legitimarios, mantengan su derecho sobre el patrimonio hereditario y también el cónyuge viudo.

Por último, el elemento objetivo estaba constituido antes de la reforma por la *explotación agrícola, industrial o fabril*, mientras que el texto actual habla de *explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas*. Una vez más, la reforma recoge lo que ya en su día había dicho la doctrina a favor de la amplia interpretación del precepto, considerándolo extensible a cualquier explotación.

²⁷ El art. 1056 parr. 2 en su redacción anterior a la ley 7/2003, de 1 de abril, ya se interpretaba en este sentido. Tras la reforma, se especificó legalmente la naturaleza extrahereditaria de la compensación en metálico al resto de legitimarios en el supuesto de que en la herencia no hubiese más bienes o resultasen insuficientes (vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario al artículo 1056 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 2480).

Por su parte, en **derecho vizcaíno**, la existencia de una mayor flexibilidad respecto a la distribución de la cuantía de la legítima que en el Código Civil (los 4/5 pueden distribuirse libremente entre los sucesores, pudiendo recaer la totalidad de la misma en uno de ellos e incluso verse favorecido también con el 1/5 de libre disposición: arts 54 y 55 LDCFPV²⁸), indudablemente favorece la transmisión indivisa de la explotación agraria familiar a uno sólo de los herederos forzosos máxime si tenemos en cuenta que para ella juega la troncalidad²⁹, con lo que además no existe el riesgo de que quede fuera de la línea familiar transmitente vía libre disposición.

En **Álava**, por su parte, la libertad de disposición de los bienes es total. Así se deriva del art. 134 LDCFPV, cuyo apartado primero dispone que los que ostentaren la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren. En su apartado segundo se especifica que se entenderá por herederos forzosos los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil.

Volviendo a **Guipúzcoa**, los instrumentos sucesorios contenidos en su Fuero ofrecen una vía adecuada a la transmisión indivisa del caserío. No obstante, es preciso hacer las siguientes precisiones: En primer lugar, como ya se ha señalado, se mantiene la regulación del Código Civil en Guipúzcoa para los Guipuzcoanos que no disponen de caserío. En relación con los titulares de caseríos, pueden acogerse a esta nueva regulación con las prescripciones del art. 153 de la ley³⁰.

²⁸ Cfr. Art. 54 LDCFPV: *El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno sólo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.*

Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de la sucesión.

Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente. En otro caso, la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido.

Cfr. Art. 55 LDCFPV: *La legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador.*

El quinto restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo.

²⁹ Acerca de la troncalidad en derecho vizcaíno puede verse GALICIA AIZPURUA, G., *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el derecho de Vizcaya*, Madrid, 2002. Más recientemente, vid. GIL RODRÍGUEZ, J. y GALICIA AIZPURUA, G.H., *Patrimonio y troncalidad. En El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinados por M. Garrido Melero, y J.M. Fugarido Estivill, tomo II, Barcelona, 2005, pp. 501-574.

³⁰ Cfr. art. 153: *Rigen en el territorio histórico de Guipúzcoa las limitaciones que a la libertad de disposición por causa de muerte impone el capítulo II, título III, libro III del Código Civil, a salvo*

En segundo lugar, es preciso destacar que esta regulación es voluntaria y no de aplicación obligatoria. Así se deriva de la dicción de los artículos 150 y 154 donde se utilizan, respectivamente, las expresiones *podrán servirse* y *si el causante dispusiere*. Esto es, junto a las transmisiones indivisas del caserío, podemos encontrarnos con otras situaciones diferentes amparadas en que la regulación contenida en esta ley es de carácter voluntario o dispositivo y no imperativo³¹.

En tercer lugar, es necesario distinguir en el patrimonio del *baserri* dos tipos de bienes: el caserío y el resto del patrimonio. Así, el caserío se transforma en un objeto independiente con la finalidad de excluirlo de la masa de cálculo de las legítimas, aislándolo del débito legitimario. Esto es, a efectos del cómputo de las legítimas, se sustrae el caserío del caudal relicto de modo que el resto de los herederos forzosos que no hayan sucedido en el mismo, tendrán que recibir su legítima del resto de los bienes del causante (si es que existen).

No obstante, con relación al resto del patrimonio del causante, esta exclusión del caserío no es absoluta a efectos de legítimas. Así, el apartado 3 del artículo 154 señala que el valor del mismo sí computa sobre el resto del patrimonio del causante en relación con los herederos afortunados sucesores del caserío a los efectos de procurar la satisfacción de la legítima.

Ello significa que si la legítima no se cubre con el valor del caserío, el resto lo recibiría o se imputaría sobre el resto del patrimonio del causante.

En cuarto lugar, la facilidad para adquirir el caserío sin dividir no alcanza a cualquier sujeto. Sólo podrán adquirirlo los herederos forzosos de los dos primeros números del artículo 807 del Código Civil; es decir, los hijos y descendientes o padres y ascendientes³².

Por tanto, el núcleo central de esta novedosa regulación es la posibilidad de elegir entre los herederos (generalmente hijos o hijas del baserriarra), sin distinción de sexo, edad..., quién recibe el caserío y sus pertenecidos sin necesidad

las determinaciones que recogen los artículos siguientes en pro de la ordenación indivisa del caserío guipuzcoano.

³¹ Ciertamente, conforme al principio de libertad civil, que conlleva especial interés en el ámbito sucesorio, los mecanismos que el texto articula no se imponen necesariamente a los guipuzcoanos como derecho imperativo. Se ponen simplemente a su disposición, por si consideran adecuado servirse de ellos.

³² Así se dispone expresamente en el transcrito artículo 154.1 y como complementario a éste, el artículo 156 dispone: *la exclusión del valor del caserío y sus pertenecidos del cómputo legitimario referida en los artículos anteriores procederá únicamente si el beneficiario o beneficiarios ostentaren la cualidad de herederos forzosos al momento del fallecimiento del causante o del donante. A este sólo efecto, se entenderá que gozan de tal condición todos los descendientes, incluso aquellos que desciendan de otro que pudiera concurrir a la misma sucesión.*

del pago de legítimas al resto de los herederos (generalmente hermanos) en caso de que no haya más bienes en la sucesión.

Así parece derivarse de la anteriormente mencionada interpretación conjunta del art. 1056 parr. 2 del Código Civil y el art. 154 del Fuero Civil de Guipúzcoa, lo que sin duda garantiza la indivisibilidad del mismo.

De este modo, se configura la fórmula idónea para garantizar la no partición, lo que desde un punto de vista de oportunidad legislativa nos puede llevar a cuestionarnos la razón de la aplicación de dicha libertad al caserío y no a otras realidades sociales tan importantes como la del caserío, como es el caso de la pequeña empresa o la vivienda familiar.

Con todo, si el causante dispone del caserío y sus pertenecidos en la forma prevista en el artículo 154 no podrá imponer sobre el mismo limitación o carga de ninguna especie salvo las normales al uso y costumbre del lugar³³. Nos encontramos entonces ante una indefinición importante: ¿Cuáles son las limitaciones o cargas normales del lugar? ¿hipotecar el caserío, sería normal?

Por otro lado, hay que destacar la pequeña compensación, relativa a su derecho de alimentos, que se realiza a favor de los herederos excluidos del caserío que, como ya dije anteriormente, son los verdaderos perjudicados por este núcleo central de la regulación sucesoria del caserío.

Así, el artículo 158.1 señala que los descendientes y ascendientes que ostentaren la condición de herederos forzosos y que, como consecuencia de la exclusión del caserío y sus pertenecidos del cómputo legitimario, quedaren en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamárselos al beneficiario o beneficiarios de aquél, en proporción a cuanto éstos hubieren recibido del causante.

Además, tal y como establece el artículo 162, el heredero favorecido debe respetar el destino que al caserío estaban dando sus antecesores durante un plazo de 6 años. Ello se traduce en una limitación a la libertad de actuación del heredero favorecido.

El problema introducido por la ley es determinar cuándo se ha producido una alteración del destino. Así, por ejemplo, si el caserío se destinaba a la producción agrícola y el nuevo sucesor lo quiere destinar a la actividad ganadera o a una actividad de agroturismo, esto podría suponer un cambio de destino.

Por otra parte, ese cambio de destino puede ser interpretado no sólo en cuanto al uso sino también en cuanto al cambio en su titularidad. Esto es, en

³³ Vid. Art. 161.1: *Si el causante dispusiere del caserío y sus pertenecidos en la forma prevista en el art. 154, no podrá imponer sobre el mismo limitación o carga de ninguna especie, a excepción de las contempladas en los artículos anteriores y de las que en su caso estableciere ateniéndose al uso y costumbre del lugar.*

lugar de conservar el caserío, disponer del mismo. Nos encontraríamos entonces con la habilitación del sucesor para, una vez transcurridos seis años desde la muerte del causante, vender el caserío o partes del mismo.

De este modo no quedaría garantizada su indivisibilidad ni por supuesto su conservación destinada a la explotación agraria, que es supuestamente lo que persigue la ley, con lo que su objetivo quedaría claramente vulnerado.

Ello sin perjuicio de los problemas familiares que seguramente surgirían si pensamos por ejemplo en los casos de transformación de la calificación urbanística o de que el terreno del caserío lindase con una carretera o con un polígono industrial. Su valor indudablemente sería elevado y su venta sólo beneficiaría al heredero favorecido.

Además, a mi juicio resulta escaso el plazo de 6 años para alterar o disponer del caserío después de haberlo recibido sin el pago del débito legitimario.

Otra limitación que se le impone al heredero favorecido por el caserío es la que señala el artículo 159 que establece que en caso de que procediere la exclusión del valor del caserío y sus pertenecidos del cómputo legitimario, el cónyuge viudo ostentará un derecho de habitación sobre la casa o la parte de la misma que constituyere la vivienda familiar³⁴. Con ello se pretende que la referida exclusión no suponga una notable reducción del usufructo reconocido al cónyuge viudo por los artículos 834 y ss del Código Civil.

Tal derecho de habitación se configura como independiente y distinto del derecho que sobre el resto del patrimonio del causante pudiera corresponder al cónyuge viudo a tenor de lo establecido en los artículos 834 a 840 del Código Civil³⁵. En este caso, además del derecho de habitación sobre el caserío, sobre el resto del patrimonio operaría el tercio de mejora a efectos de usufructo del cónyuge viudo.

Además, ese derecho de habitación, que corresponde legalmente al cónyuge viudo, puede verse ampliado por el causante con la disposición a su favor

³⁴ Vid. Artículo 159: «1. En caso de que procediere la exclusión del valor del caserío y sus pertenecidos del cómputo legitimario, el cónyuge viudo ostentará un derecho de habitación sobre la casa o la parte de la misma que constituyere la vivienda familiar.

2. Gozará de este derecho de habitación el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, y lo perderá si contrajere nuevo matrimonio o si pasare a vivir maritalmente de hecho con otra persona.

3. El causante podrá privar de este derecho a su consorte si hubiere incurrido en alguna de las causas de desheredación contempladas en el artículo 855 del Código Civil».

³⁵ Vid. Art. 160: *El derecho de habitación al que alude el artículo anterior es independiente y distinto del derecho que, sobre el resto del patrimonio del causante, pudiera corresponder al cónyuge viudo a tenor de lo establecido en los artículos 834 a 840 del Código Civil.*

del legado del usufructo del caserío y sus pertenecidos. Las causas de pérdida de este beneficio son el contraer nuevo matrimonio o convivir maritalmente de hecho con otra persona, salvo disposición en contrario del causante (art. 161.2).

Con dicha previsión legal se pone de relieve la actualización de la práctica consuetudinaria guipuzcoana ya vista consistente en conciliar la transmisión íntegra del caserío con el aseguramiento del cónyuge viudo.

Por último, como ya se puso de manifiesto, la puesta a disposición del caserío se puede hacer asimismo a través del instrumento de la donación, que en este caso no será colacionable salvo si el causante hubiese dispuesto expresamente lo contrario. Con la dispensa de la obligación de colacionar se estaría salvando el problema de las legítimas del resto de los herederos forzosos cuando la herencia esté constituida únicamente o principalmente por el caserío. Así se establece en el artículo 155³⁶.

En este caso el plazo relacionado con la no modificación del destino del caserío es hasta el fallecimiento del donante.

Para concluir, de este núcleo central de la regulación sucesoria del caserío se desprende que cuando el caserío representa una pequeña parte del patrimonio familiar, esta regulación especial no produce efectos distintos a los del Código Civil: no habría problemas de legítimas que solventar para transmitir *indiviso* el caserío y no sería necesaria esta regulación. A la misma consecuencia se llegaría si aplicásemos la normativa común.

No obstante, como verdadero avance y novedad respecto al régimen del Código Civil, hay que destacar que, de entre las fórmulas que esta ley contempla para facilitar la transmisión indivisa del caserío, el testamento mancomunado y la ordenación por comisario son aplicables también al resto del patrimonio. Ello conlleva más opciones y por tanto un régimen más amplio y beneficioso que el establecido en el Código Civil que no contempla dichos instrumentos.

Así, los guipuzcoanos que quieran acogerse a estos instrumentos (ordenación por comisario y testamento mancomunado), sobre todo los titulares de grandes patrimonios, podrán hacerlo adquiriendo previamente un caserío.

³⁶ Cfr. art. 155: 1. *Las prescripciones del artículo anterior serán de aplicación, igualmente, a la donación que el titular hiciere del caserío y sus pertenecidos cuando el beneficiario o beneficiarios de la misma sean alguno o algunos de los herederos forzosos mencionados en los dos primeros números del artículo 807 del Código Civil, siempre que aquéllos conserven, hasta el fallecimiento del donante, el destino que el caserío tuviere al momento de la atribución y mantengan, en su caso, la indivisión.*

2. *Las donaciones contempladas en el apartado anterior no serán colacionables salvo si el causante hubiese dispuesto expresamente lo contrario.*

4. **Ánálisis de los instrumentos jurídicos potestativos previstos en la ley**

Junto a la regulación central de la ordenación sucesoria del caserío, en los capítulos II, III, y IV del título III, la normativa establece instrumentos jurídicos de apoyo que se pueden utilizar para la transmisión indivisa del caserío, como son la ordenación por comisario, el testamento mancomunado y los pactos sucesorios.

De este modo se posibilitan dos figuras en **Guipúzcoa**, la ordenación por comisario y el testamento mancomunado, no contempladas por el Código Civil aunque sí están presentes en los ordenamientos autonómicos y en especial en el Derecho civil foral vasco vizcaíno (Infanzonado o Tierra Llana) y alavés (Llodio y Aramaio en cuanto les es aplicable el Fuero Civil de Vizcaya), por lo que también se aludirá a su regulación comparándola con la contenida en el Fuero de Guipúzcoa para esos mismos institutos.

Ambas figuras son aplicables, además de al caserío, al resto del patrimonio (arts 172.1 y 164.1 Ley 3/1999, de 26 de noviembre)

En Vizcaya, por su parte, como una extensión del ámbito personal del Fuero, los vizcaínos no aforados también podrán testar mancomunadamente (art. 13 LDCFPV).

También se abre una posibilidad distinta a la establecida por el Código Civil desde el momento en que dichos instrumentos pueden utilizarse para ordenar el resto del patrimonio. Por tanto, sería suficiente con ser guipuzcoano titular de un *baserri* sito en Guipúzcoa para poder ordenar por comisario o por testamento mancomunado el resto del patrimonio, y todo ello con independencia del valor del caserío en relación con el total de la herencia³⁷.

Pasaremos a analizar cada uno de ellos separadamente.

4.1. **La ordenación por comisario**

El primer instrumento que establece la ley 3/1999, de 26 de noviembre, relativa al Fuero Civil de **Guipúzcoa**, para facilitar la transmisión indivisa del caserío, es la ordenación por comisario.

Así, en el artículo 164 se establece que el causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio.

³⁷ Sobre esta cuestión se pronuncia FERNANDEZ DOMINGO, J. I., Ley 3/1999, de 26 de noviembre, relativa al Fuero Civil de Guipúzcoa, *Actualidad Civil*, 48 (2001), p. 48, para quien si resultase que el caserío no constituyera el bien principal del causante, parecería justo el que no fuera de aplicación la institución del comisario o, en todo caso, que ésta se sustrajera exclusivamente a la disposición de aquél.

La utilización de esta figura tiene carácter potestativo para el causante guipuzcoano y constituye un medio interesante para resolver situaciones en las cuales no se tiene la decisión de quien será el sucesor del caserío, generalmente por la juventud de los hijos, además de que refuerza la posición del cónyuge viudo frente a los herederos.

El nombramiento de comisario únicamente será válido si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación o, si, a falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos, como es el caso de los descendientes.

Así, en referencia a los sucesores posibles del caserío, tal y como establece el artículo 164.2, en primer lugar, el comisario deberá elegir entre los señalados por el causante y a falta de tal señalamiento entre los herederos forzosos. No puede olvidarse el complemento señalado en el apartado 3 del mismo artículo que, basado en la idea de realizar la elección idónea del sucesor, amplía el grupo de sujetos, entre los cuales el comisario debe designar al sucesor o sucesores, a cualesquiera descendientes del causante *aun cuando vivan sus ascendientes y aquéllos hubiesen nacido con posterioridad a su óbito*, con lo que indudablemente se refuerza la figura del cónyuge viudo.

Respecto a los designados finalmente por el comisario como beneficiarios del caserío y sus pertenecidos, procederá asimismo para ellos la exclusión del cómputo legitimario del artículo 156. Esto es, el valor del caserío no computa para el cálculo de la masa de las legítimas, aislándolo del débito legitimario.

En cuanto al sujeto que puede ser designado comisario, la ley señala que solamente podrá serlo el cónyuge, limitando por tanto la elección al causante y revistiendo a la institución de un carácter familiar.

Se continúa así con la tradición de la práctica consuetudinaria guipuzcoana que ya hacía recaer el susodicho nombramiento sobre el supérstite, que normalmente era la esposa³⁸.

Por lo que respecta a la forma de nombramiento del comisario, el art. 165 prescribe que deberá hacerse en testamento abierto otorgado ante notario o en escritura pública, que podrá ser la de capitulaciones.

Como puede verse, dada la importancia que puede tener el comisario, se prescribe, por elementales exigencias de seguridad jurídica, la intervención de un fedatario público.

En referencia a la forma de nombramiento del sucesor por parte del comisario, el artículo 170 establece que podrá ser en escritura pública que será irrevocable.

³⁸ Vid. NAVAJAS LAPORTE, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián, 1975, p. 276.

cable³⁹ o en su propio testamento, pero únicamente (su utilización sólo alcanza pleno sentido en tales hipótesis) cuando disponga de los bienes del causante que estuviese usufructuando con carácter vitalicio y para cuya disposición no tuviese señalado plazo más breve.

En este último caso de ordenación realizada por el comisario en testamento, la decisión es revocable hasta su muerte, disponiéndose en ese testamento del comisario de sus propios bienes y de los bienes del causante.

A diferencia del derecho vizcaíno, en el Fuero Civil de Guipúzcoa no se utiliza la expresión *testamento por comisario* sino la de *ordenación por comisario*. Ello se debe a que realmente la sucesión puede deferirse sin que intervenga el fenómeno testamentario.

De un lado, como acaba de verse, puede realizarse el nombramiento de comisario en escritura pública y el comisario proceder a la designación de sucesor también mediante escritura pública.

De otro lado, aun en el supuesto de que el comisario nombrase sucesor mediante testamento, éste no sería propiamente un testamento por comisario (otorgado por el comisario en nombre del causante), sino el testamento del propio comisario en el que, además de disponer de sus bienes, dispone de los del causante.

En lo relativo al ejercicio del poder por parte del comisario, el artículo 166 determina que deberá estar a lo establecido por el causante. En otro caso ostentará las mismas facultades, incluidas las opciones del Fuero, que hubieran correspondido al causante pero no podrá revocar su testamento si no hubiere sido expresamente autorizado para ello.

El causante podrá señalar al comisario un plazo determinado para el ejercicio del poder. Si el cónyuge fuere, además, usufructuario vitalicio, el plazo podrá concederse por los días de su vida respecto a los bienes a que alcance el usufructo (art. 169 ley 3/1999, de 26 de noviembre, cuya redacción es prácticamente idéntica a la del art. 44 LDCFPV también relativo al plazo para el ejercicio del poder por parte del comisario en derecho vizcaíno).

A falta de cualquier acotación, el plazo será de un año desde la muerte del causante o desde la declaración judicial de su fallecimiento si todos los posibles sucesores fueren mayores de edad o estuvieren emancipados; en otro caso, desde que el más joven de ellos alcanzare la mayoría de edad o quedare emancipado.

³⁹ Estamos ante una declaración unilateral de designación sucesoria que produce efectos desde ya –siendo, por tanto, irrevocable–. De este modo, la aceptación del heredero se erige no como un requisito de validez del acto (que es lo que ocurriría si el acto de caracterizara como donación), sino simplemente como un medio de adquisición del derecho hereditario.

Por último, el art. 171 se refiere a las causas de extinción del poder testatorio cuando hubiera resultado más apropiado hablar de extinción del poder para designar sucesor ya que, conforme a lo manifestado anteriormente para explicar la sustitución del término *testamento por comisario* por el de *ordenación por comisario*, la sucesión puede deferirse sin que intervenga el fenómeno testamentario⁴⁰.

En **Vizcaya**, el testamento por comisario puede definirse como el otorgado por una persona (comisario) en nombre de otra ya fallecida (comitente) en virtud del poder que ésta le confirió.

Debe distinguirse entre el testamento por comisario y el acto en que se funda, el poder testatorio. Poder testatorio es el otorgado a favor de una persona para que disponga de los bienes del poderdante después de la muerte. El testamento por comisario es el otorgado haciendo uso del poder testatorio.

A diferencia del derecho de Guipúzcoa, en Vizcaya cualquier persona puede ser designada comisario (artículo 32⁴¹), aunque la costumbre es designar comisario al cónyuge. A esta designación entre cónyuges se le denomina alkar-poderoso (artículo 33⁴²).

Si el viudo es comisario, los derechos de los hijos dependerán de su decisión por lo que su posición en la comunidad formada entre el cónyuge superviviente y los hijos (la comunicación se consolida) es absolutamente dominante.

En efecto, si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges (o declaración de fallecimiento) con hijos, la comunidad se convierte en

⁴⁰ Cfr. Art. 171: *El poder testatorio se extinguirá:*

1. *Al expirar el plazo establecido para su ejercicio.*
2. *Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevinida del comisario.*
3. *Por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder.*
4. *Cuando el comisario contraiga ulteriores nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el causante hubiere dispuesto expresamente lo contrario.*
5. *Por renuncia.*
6. *Por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder.*
7. *Por las causas previstas en el propio poder.*
8. *Por revocación.*

⁴¹ Cfr. Art. 32 LDCFPV: *El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor; la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.*

⁴² Cfr. Art. 33 LDCFPV: *El nombramiento del comisario habrá de hacerse en testamento ante Notario. Los cónyuges, antes o después del matrimonio, podrán además nombrarse recíprocamente comisario en la escritura de capitulaciones o pacto sucesorio. A esta designación entre cónyuges se le denomina alkar poderoso.*

universal (se consolida, art. 104 LDCFPV⁴³) y continúa entre el cónyuge viudo y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto hasta la división y adjudicación de todos los bienes.

Cada una de estas dos partes tiene derecho a la mitad de los bienes comunicados. La parte de los hijos se distribuirá entre ellos según la voluntad del premuerto, si hizo testamento o nombró comisario, y en partes iguales si no lo hizo.

Además, salvo disposición en contrario del testador, mientras no haga uso del poder testatorio designando sucesor, el cónyuge viudo designado comisario tendrá el usufructo del caudal constituido por los bienes de la comunidad universal (art.105 LDCFPV⁴⁴).

Esos amplios poderes de los que está dotado el cónyuge comisario, han permitido que en el uso vulgar se le llame *alkar-poderoso*. El viudo *alkar-poderoso* posee las facultades que le haya asignado el testador, pero si, como sucede con frecuencia, no se le concretan en el poder, el artículo 105 le concede la representación de la herencia y la administración de todo el caudal⁴⁵.

La representación alcanza a la esfera civil y a la procesal. El viudo podrá demandar y ser demandado en nombre de la herencia, tiene la legitimación activa y pasiva para ello. Representa a la herencia en los negocios civiles y mercan-

⁴³ Cfr. Art. 104 LDCFPV: *Cuando el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos o descendientes comunes, se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo, de una parte, y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, de otra, hasta la división y adjudicación de los bienes.*

⁴⁴ Cfr. Art. 105 LDCFPV: *Si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados.*

Salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo, designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio tendrá además el usufructo del caudal, sin obligación de prestar fianza.

⁴⁵ Vid. CELAYA IBARRA, A. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXVI, *Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*, op. cit., pp. 476 y 477.

Ciertamente, la fiducia sucesoria vizcaína (al igual que otros institutos similares contemplados en otros ordenamientos autonómicos, vid, por todos, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid, 1992, pp. 85 y ss.; y, de modo ejemplificativo, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Las formas de designar sucesor en bienes*. El artículo 27 de la ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, *Revista Jurídica de Navarra*, 22 (julio-diciembre 1996), p. 219, np 47) contemplada como la atribución al cónyuge supérstite de la facultad de elección de sucesor, unida a la facultad de gestión de todos los bienes del patrimonio conyugal o familiar era la solución adoptada para conseguir las siguientes finalidades: mantener la unidad del grupo parental, conservar la unidad del patrimonio familiar o de la explotación agrícola y, por último, atender la situación económica del cónyuge viudo (vid. MARTÍN OSANTE, L. C., *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, op. cit., pp. 647-648).

tiles, arrendamientos y actos de administración. Los demás herederos no pueden ostentar tal representación ni siquiera actuando colectivamente.

En lo que respecta al plazo para el ejercicio del poder, el comitente podrá señalar un plazo determinado. Si el comisario fuere el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido⁴⁶ o por los años que viviere. A falta de señalamiento de plazo, éste será de un año desde la muerte del testador, o desde la declaración judicial de su fallecimiento, si todos los presuntos sucesores fuesen mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación (art. 44 LDCFPV).

Por último, los vizcaínos no aforados también podrán ordenar por comisario, con arreglo a las disposiciones de este Fuero (art. 13).

En el caso de **Álava**, si se constituye usufructo poderoso a favor del cónyuge viudo, institución que presenta evidentes analogías con el testamento por comisario (salvo la ausencia, en Álava, de designación legal de plazo al cónyuge para el ejercicio del poder), además del contenido propio del usufructo, el viudo usufructuario podrá adjudicar bienes concretos, que podrán ser todos los bienes; así lo indica expresamente el art. 140 LDCFPV:

el usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo.

Añade el art. 141 LDCFPV que:

no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ejercicio de la libertad de testar, el constituyente del usufructo estará facultado para señalar las personas entre las cuales el usufructuario poderoso pueda designar al o a los destinatarios de los bienes, así como para ampliar, restringir o concretar su contenido⁴⁷.

4.2. El testamento mancomunado

El segundo de los instrumentos que el Fuero Civil de Guipúzcoa propone para ser utilizado voluntariamente por los guipuzcoanos titulares de un *baserri* es el testamento mancomunado.

⁴⁶ Constituía una costumbre de gran arraigo en Vizcaya el prorrogar indefinidamente el poder testatorio, aun fuera del término legal regulado en el Fuero Nuevo de Vizcaya (a este respecto vid. GALICIA AIZPURUA, G., Comentario a la sentencia de 12 de marzo de 2002. Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526: prórroga del poder testatorio como costumbre praeter legem, *CCJC*, 60 (octubre-diciembre 2002), pp. 935-954)

⁴⁷ A estas amplias facultades del viudo se refiere CORRAL GARCÍA, E., *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Barcelona, 2007, pp. 162-163. También puede verse, más extensamente, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Vitoria, 1999.

Dicha fórmula, ya contemplada en los ordenamientos vizcaíno (Infanzonado y Tierra Llana) y alavés (Llodio y Aramaio), se encuentra prohibida por el Código Civil en su artículo 669⁴⁸.

Según el art. 49 LDCFPV relativa al Fuero Civil de Vizcaya, los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad.

En el caso de **Guipúzcoa**, mediante el testamento mancomunado los cónyuges podrán ordenar la sucesión en el caserío a través de un solo instrumento, en el que además podrán disponer del resto de sus bienes (art. 172.1 de la ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa).

Los motivos tradicionalmente alegados para justificar la prohibición del art. 669 del Código Civil son la posible confusión de patrimonios y la falta de espontaneidad de los otorgantes.

Sin embargo, basándose en el deseo de testar conjuntamente por el interés familiar⁴⁹ y con el objeto de facilitar la transmisión del caserío de forma indivisa evitando los problemas particionales que pudiera acarrear la sociedad de gananciales, el art. 172.1 del Fuero Civil de Guipúzcoa dispone que mediante el testamento mancomunado los cónyuges podrán ordenar la sucesión en el caserío a través de un solo instrumento, en el que además podrán disponer del resto de sus bienes.

Podrán testar mancomunadamente aquellos matrimonios en los que al menos uno de los consortes reuniere las condiciones que exige el presente Fuero para su aplicación (art. 172.2).

Nos encontramos ante una remisión a lo dispuesto en los artículos 149 y 150, que se ocupan del ámbito personal y funcional del Fuero.

Señala el artículo 149 (ámbito personal) que *A los efectos del presente Fuero Civil, son guipuzcoanos quienes hayan ganado vecindad civil en el territorio histórico de Guipúzcoa*, vecindad que se obtiene según la regulación contenida en el Código Civil al efecto.

⁴⁸ Cfr. art. 669 Cc: *No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*

⁴⁹ Este espíritu ya era reflejado por SANTA-MARÍA ANSA en el Prólogo. En ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar, legítima foral y desheredación en el Derecho navarro*, Pamplona, 1948, p. 6, [...] *Los padres, con celosa providencia, han tratado de inquirir las condiciones de cada uno, sus aptitudes y garantías, y con espíritu casi religioso, van a otorgar la carta de donación propter nuptias o a instituir heredero en un testamento que harán de mancomún, puesto el corazón en la memoria de los antepasados y la mente en el supremo interés de la familia y de la casa.*

En cuanto al ámbito funcional (artículo 150), se determina que:

aquellos guipuzcoanos que sean titulares de un caserío sito en el territorio histórico de Guipúzcoa podrán servirse de los instrumentos que disciplina el presente Fuero civil en orden a su transmisión, sin perjuicio de lo que, en relación al testamento mancomunado, establece el apartado 2 del artículo 172.

Por tanto, si uno de los cónyuges reúne la condición de guipuzcoano y se trata de su sucesión, de la que forma parte un caserío, será factible dicho testamento mancomunado, aunque el otro sea de Derecho común (donde se encuentra prohibido por el Código Civil) o pertenezca a un Derecho foral o especial diferente. Estaríamos así ante una extralimitación de dudosa legalidad en cuanto chocaría con lo establecido por el Código Civil.

Sin embargo, hay quien defiende que no se trata, como pudiera parecer en un principio, de una norma expansiva, tendente a la ampliación indiscriminada del Fuero guipuzcoano, sino una razón evidente de conservación del caserío.

Es el caserío la figura estelar alrededor de la cual se aglutinan las situaciones, y a cuya inercia deben moverse las instituciones jurídicas. Y es por ello por lo que, tratándose en todo caso de defender el caserío, se impone la necesidad de que su sombra se proyecte sobre cuantas figuras se acercan a su entorno⁵⁰.

Así, los guipuzcoanos que quieran acogerse a este instrumento, sobre todo los titulares de grandes patrimonios, podrán hacerlo adquiriendo previamente un caserío.

En cuanto a la forma, el artículo 173 señala que el testamento mancomunado sólo podrá revestir forma abierta y deberá otorgarse, en todo caso, ante notario. La intervención del notario aportará seguridad y asesoramiento en la realización de estos documentos.

La finalidad apuntada en orden a facilitar, mediante el testamento mancomunado, la transmisión del caserío de forma indivisa, evitando los problemas particionales que pudiera acarrear la sociedad de gananciales, se consigue mediante su irrevocabilidad una vez fallecido uno de los consortes.

En efecto, la normativa establece que, fallecido uno de los consortes, el cónyuge sobreviviente no podrá alterar el testamento, lo que impide que quede como modificable la voluntad del cónyuge fallecido (art. 177 Ley 3/1999).

Así, el artículo 177 establece que, fallecido uno de los cónyuges, el otro no podrá revocar ni modificar las disposiciones que hubiese otorgado sobre su propia herencia si tuvieren su causa en las disposiciones del premuerto.

⁵⁰ Vid. FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., Ley 3/1999, de 26 de noviembre, relativa al Fuero Civil de Guipúzcoa, *op. cit.*, p. 52.

La norma, con buena lógica, impide en este caso alterar el testamento al cónyuge superviviente, ya que de otro modo quedaría como modificable la voluntad del cónyuge fallecido, predominando la voluntad del sobreviviente, efecto no querido por la normativa.

Por su parte, el artículo 178 recoge una norma de cierre para evitar el fraude a lo prescrito en el art. 177: el supérstite sólo podrá disponer a título gratuito de los bienes objeto de las susodichas disposiciones correspectivas a favor de la persona o personas que se hubieren designado como beneficiario o beneficiarios de las mismas en el testamento mancomunado.

Sin embargo, ésta es una norma desplazable por los propios testadores, además de que la ley tampoco impone limitación alguna al supérstite en cuanto a la posibilidad de disponer a título oneroso. La única explicación posible es que se entienda que el equivalente redunda en beneficio del designado sucesor en el testamento mancomunado, aunque no se impide legalmente que se le dé otro destino lo que indudablemente supondría un fraude a lo prescrito en el artículo 177.

Lo que sí se permite por la ley es la posibilidad de revocación en vida de los otorgantes, aunque con una serie de límites y garantías. En este caso la ley distingue entre el actuar conjunta o unilateralmente en la revocación o modificación del testamento.

En el caso de ser revocado o modificado conjuntamente, el artículo 175.1 establece que habrá de hacerse observando las mismas formalidades que se exigen para su otorgamiento o mediante pacto sucesorio.

En el supuesto de revocación o modificación unilateral deberá hacerse, según el artículo 175.2, mediante testamento abierto otorgado ante notario o mediante pacto sucesorio. Esta revocación o modificación unilateral sólo surtirá efecto desde la fecha en que se notificare fehacientemente al otro consorte.

Además, el artículo 176 establece que si la revocación o modificación unilateral afectara a alguna disposición que tuviere causa en otra otorgada por el otro testador, devendrán ineficaces todas las que sean igualmente correspectivas.

A estos efectos, salvo prueba en contrario, se presumen correspectivas todas las disposiciones de carácter patrimonial contenidas en el testamento mancomunado.

En **Vizcaya**, fallecido uno de los cónyuges dentro del año siguiente a la fecha en que otorgaron el testamento mancomunado o de hermandad, no cabe su revocación unilateral en cuanto a las disposiciones que recayeren sobre bienes comunes (art. 52 de la ley 3/1992).

En vida puede ser revocado, distinguiéndose aquí, a semejanza de lo establecido para Guipúzcoa, si actúan conjunta o unilateralmente. En el primer supuesto, el testamento mancomunado podrá ser revocado o modificado con-

juntamente por ambos cónyuges mediante otro testamento o pacto sucesorio posterior otorgado ante notario (art. 50 de la ley 3/1992).

También podrá ser revocado unilateralmente el testamento de hermandad por cualquiera de los cónyuges, siempre que notifique al otro en forma auténtica la revocación, sin cuyo requisito ésta no surtirá efecto. Además, la revocación unilateral del testamento mancomunado o de cualquiera de sus cláusulas conlleva la ineficacia de todas sus disposiciones (art. 51 de la ley 3/1992).

Del régimen de revocación conjunta del testamento mancomunado en Guipúzcoa y Vizcaya se deriva una elevada exigencia de forma, lo que supone un alto coste. Asimismo, la revocación unilateral de cualquiera de sus cláusulas supone la ineficacia de la totalidad del testamento, lo que sin duda también constituye una medida disuasoria a su revocación.

Por último, los vizcaínos no aforados también podrán testar mancomunadamente, con arreglo a las disposiciones de este Fuero (art. 13).

4.3. Los pactos sucesorios

La tercera posibilidad puesta a disposición por la normativa a los guipuzcoanos titulares de un caserío es la de los pactos sucesorios.

Al igual que las dos opciones anteriores, los pactos sucesorios no son admitidos con carácter general por el Código Civil⁵¹ (art. 1271), pero sí por los ordenamientos civiles autonómicos⁵².

⁵¹ Como excepción a lo dispuesto en el artículo 1271 estaría la donación contemplada en el párrafo segundo del artículo 1341 del Código Civil; esto es, una donación por razón de matrimonio de bienes futuros contenida en capitulaciones matrimoniales sólo para el caso de muerte.

Acerca de la compleja naturaleza de este tipo de pactos, puede verse, ampliamente, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, op. cit., pp. 197 a 213.

Tras una exposición detallada y debatida de las diferentes posturas acerca de esta cuestión, en dichas páginas califico, a modo de conclusión, a la donación matrimonial de bienes futuros como inter vivos porque, aun aplazando la transmisión de la propiedad a la muerte del donante, por su naturaleza contractual se declara irrevocable y válida de presente, y tal validez representa un efecto actual.

Por recaer sobre bienes futuros, reviste la cualidad de un pacto sucesorio, constituyendo así una excepción a lo dispuesto en los arts. 635 y 1271 del Código Civil.

⁵² En efecto, en nuestros derechos forales, es hecho bien conocido la larga tradición de la que ha gozado siempre la sucesión contractual. En el Derecho histórico de las regiones forales, los pactos sucesorios se rigieron por fueros o por la costumbre. El Apéndice de Aragón los admitió con amplitud y, más recientemente, las Compilaciones vinieron a regularlos con minuciosidad.

Los heredamientos son el tipo de contrato sucesorio que más se práctica, con notables analogías, en Cataluña, Baleares, Aragón y Navarra (aquí denominado *donación propter nuptias*). En las economías rurales de esas regiones, estos pactos obedecen por lo general, como dice LACRUZ, al deseo de

Este tipo de pactos, dada su esencial irrevocabilidad, presenta la ventaja de su utilidad en supuestos de crisis matrimoniales en los que los cónyuges quieran asegurarse que los hijos comunes recibirán después del fallecimiento de cada uno de ellos la titularidad de determinados bienes.

Su acogida obedece a su condición de medio idóneo para satisfacer los distintos intereses y aspiraciones que confluyen en el caserío. Al instituyente le permite recabar la colaboración del instituido y éste adquiere la certeza de que esa colaboración no va a ser en vano, pues a diferencia del testamento, el pacto sucesorio no es revocable.

Para **Guipúzcoa**, el artículo 179 establece que la ordenación de la sucesión en el caserío y sus pertenecidos podrá realizarse en virtud de pacto sucesorio plasmado en escritura pública. Los otorgantes podrán utilizar, para este fin, la de capitulaciones matrimoniales.

Por tanto, en cuanto a la forma, el pacto sucesorio debe plasmarse en escritura pública que podrá ser la de capitulaciones matrimoniales. La intervención del notario aportará también aquí asesoramiento y seguridad.

A diferencia de la ordenación por comisario y del testamento mancomunado únicamente se habla de *caserío y sus pertenecidos*. Ello significa que los pactos sucesorios no pueden abarcar el resto del patrimonio.

En cuanto a la eficacia, tal y como sucede con cualquier figura testamentaria, el pacto se impone, con alcance revocatorio, sobre otras manifestaciones de tal modo que cuando la designación sucesoria se lleva a cabo a través del mismo dejará sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior salvo en el caso del testamento mancomunado que, dada su singularidad, se estará a lo dispuesto en los ya referidos artículos 175 a 178 (art. 183).

Además, y dada su naturaleza contractual, el pacto sucesorio sólo podrá modificarse o dejarse sin efecto mediante nuevo pacto entre el instituyente y el instituido o con los descendientes de éste, o por las causas establecidas en los artículos 185 y 186⁵³ (art. 184).

mantener unido el patrimonio de la familia y a la necesidad de obtener un colaborador cuando el jefe de dicha familia envejecía.

La forma de asegurarse la colaboración de uno de los hijos es garantizarle para el futuro, precisamente con ocasión de contraer matrimonio y en capitulaciones matrimoniales, la titularidad de los bienes a cuya conservación y aumento va a ayudar.

⁵³ Cfr. art. 185: *El instituyente podrá revocar la designación:*

1º Por las causas pactadas.

2º Por incumplimiento grave de las cargas y condiciones establecidas.

3º Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación.

4º Por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar.

La norma nos presenta, al igual que en el derecho vizcaíno al que luego se aludirá, dos tipos de pacto sucesorio: el pacto sucesorio con atribución patrimonial de presente del caserío y sus pertenecidos y el pacto sucesorio con transmisión diferida al momento de la muerte (art. 180).

En el caso de pacto sucesorio con transmisión de presente del caserío se produce una atribución patrimonial de presente a favor del instituido sujeta a las limitaciones pactadas y todo acto de disposición y gravamen requiere el consentimiento conjunto de instituyente e instituido (art. 181).

Con ello el instituyente mantiene un cierto control, además de que así se garantiza la conservación del *baserri* y su explotación en el seno familiar al menos durante la vida del mismo, de acuerdo con la finalidad de la ley.

Por otro lado se establece una ventaja en la regulación para el instituido heredero en pacto sucesorio con transmisión de presente, pues en virtud del artículo 162.4 (que nos remite al artículo 155.1), se exceptiona para él lo dispuesto en el 162.1 según el cual el heredero favorecido debe respetar el destino que al caserío estaban dando sus antecesores durante un plazo de 6 años tras la muerte del causante como límite a su libertad de actuación.

En consecuencia, frente a los designados sucesores por comisario o en testamento mancomunado, el designado sucesor en pacto sucesorio con transmisión de presente sólo tendrá que respetar el destino hasta el fallecimiento del instituyente y no tendrá que esperar seis años desde su muerte para poder alterarlo. Ello pone de relieve que, al menos en este punto, la transmisión *inter vivos* del caserío goza de un trato más favorable por el legislador que la *mortis causa*.

No obstante, tal y como se puso de relieve, el problema introducido por la ley es determinar cuándo se ha producido una alteración del destino, ya que puede ser interpretado no sólo en cuanto al uso sino también en cuanto al cambio en su titularidad. Esto es, en lugar de conservar el caserío, disponer del mismo.

En el supuesto de transmisión diferida del caserío la atribución patrimonial al instituido queda diferida a la muerte del titular del *baserri*. Nos encontramos, por tanto, ante un pacto con un doble contenido y efecto: por un lado, la designación sucesoria que, como tal, sólo tendría virtualidad *post mortem*; y, por otro, una atribución patrimonial de presente con efectos, por tanto, *inter vivos*.

5º En los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio del instituido, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio.

Cfr. artículo 186 :

Se resolverá la designación sucesoria:

1º Por cumplimiento de la condición resolutoria a que estuviere sujeta.

2º Por fallecimiento del instituido sin que dejare descendencia o, aun cuando la hubiere dejado, si el instituyente privó a ésta del derecho de representación.

Para esta clase de designación sucesoria, el artículo 182 permite que el instituyente pueda disponer del caserío y sus pertenecidos a título oneroso y no establece ningún límite en cuanto al destino que haya de darse al equivalente; esto es, no dispone que el mismo haya de redundar en beneficio del instituido. Ello supondría la posibilidad de hacer ilusoria la designación y revocar el pacto, de modo que el instituyente no quedaría obligado a nada.

En **Vizcaya** son admitidos los pactos sucesorios para todos los bienes de los otorgantes formalizados en capitulaciones matrimoniales o pacto otorgado en escritura pública (art. 74). En ello difiere de Guipúzcoa donde, como acabamos de ver, los pactos sucesorios deben ceñirse al caserío y sus pertenecidos y no pueden abarcar el resto del patrimonio.

En cuanto a la eficacia, al igual que en Guipúzcoa, cuando la designación sucesoria se lleva a cabo a través del mismo dejará sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior sobre los propios bienes (art. 75).

También aquí, dada su naturaleza contractual, se dispone que el pacto sucesorio sólo podrá modificarse o resolverse mediante nuevo pacto entre los otorgantes o sus sucesores o por las causas establecidas por las partes (art. 75 parr. 2), además de por las causas legalmente establecidas en los artículos 79 y 80⁵⁴ básicamente coincidentes con las previstas para Guipúzcoa en los mencionados artículos 185 y 186.

Al igual que en Guipúzcoa, la designación de sucesor en bienes por pacto sucesorio puede ser con transmisión de presente (art. 77) o con eficacia post mortem (art. 78).

El art. 77 mantiene como norma básica el respeto a la libertad de las partes, por lo que el sucesor adquiere la titularidad con las limitaciones pactadas en interés de los instituyentes, de la familia y de la explotación de los bienes.

⁵⁴ Cfr. art. 79:

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.*

Cfr. art. 80:

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 descendencia.*
3. *Por acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública.*

En cuanto a los actos de disposición o gravamen hay que estar a lo pactado. A falta de pacto se requiere el consentimiento conjunto del instituyente e instituido para todo acto de disposición o gravamen.

El art. 78 establece que la designación sucesoria con eficacia post mortem confiere al instituido la cualidad de sucesor en los bienes, que será inalienable e inembargable.

Del mismo modo que para Guipúzcoa, se permite disponer al instituyente, aunque sólo a título oneroso, y no se establece límite alguno en cuanto al destino que haya de darse al equivalente. Ello supondría aquí también la posibilidad de hacer ilusoria la designación y revocar el pacto.

El instituido adquiere la cualidad de sucesor, que en tanto viva el donante no deja de ser una expectativa, porque entre tanto resulta inalienable e inembargable⁵⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ANGOITIA GOROSTIAGA, V., *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Victoria, 1999.

ANGULO LAGUNA, D., *Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903.

ASPIRI, I., *Los pactos sucesorios en el derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid, 1992.

- Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, *Revista Jurídica de Navarra*, 22 (julio-diciembre 1996).

CORRAL GARCÍA, E., *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Barcelona, 2007.

ECHEGARAY, B. de, *Derecho Foral Privado*, San Sebastián, 1950.

FERNANDEZ DOMINGO, J. I., Ley 3/1999, de 26 de noviembre, relativa al Fuero Civil de Guipúzcoa, *Actualidad Civil*, 48 (2001), p. 48.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Granada, 2006.

⁵⁵ En este punto se hace especialmente patente, dadas las evidentes similitudes entre las dos normativas relativas a los pactos sucesorios, que la regulación contenida en el Fuero Civil de Guipúzcoa encuentra en gran parte su base en la establecida para Vizcaya.

Para un estudio más detenido de los pactos sucesorios en Vizcaya, puede verse ASPIRI, I., *Los pactos sucesorios en el derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994; e IMAZ ZUBIAUR, L., *La sucesión paccionada en el derecho vasco*, Madrid, 2006.

- GALICIA AIZPURUA, G., *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el derecho de Vizcaya*, Madrid, 2002.
- Comentario a la sentencia de 12 de marzo de 2002. Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526: prórroga del poder testatorio como costumbre praeter legem, *CCJC*, 60 (octubre-diciembre 2002), pp. 935-954.
- GARCÍA CANTERO, G., Más sobre el derecho consuetudinario Guipuzcoano, en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984. En *Jornadas de estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985, pp. 330 y ss.
- GIL RODRÍGUEZ, J. y GALICIA AIZPURUA, G.H., Patrimonio y troncalidad. En *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinados por M. Garrido Melero, y J. M. Fugardo Estivill, tomo II, Barcelona, 2005, pp. 501-574.
- GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., y GALICIA AIZPURUA, G.H., *Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su «conservación, modificación y desarrollo»* (documento inédito), Universidad del País Vasco, Donostia, 1998-1999.
- IMAZ ZUBIAUR, L., *La sucesión paccionada en el derecho vasco*, Madrid, 2006.
- KARRERA EGIALDE, M., *Los arrendamientos rústicos históricos. Análisis a partir de la realidad Guipuzcoana*, Madrid, 1998.
- LLOPIS GINER, J.M., La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil. En *Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*, monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 11 (2004), pp. 51-69.
- MARTÍN OSANTE, L. C., *Estudio sobre la mejora, la legítima, la institución de heredero, los legados y el mayorazgo. Documentos de Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII*, documento inédito, 1996.
- MARTÍNEZ DÍEZ, S. I., Prólogo. En Navajas Laporte, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián, 1975, pp. 13-19.
- MAZA ERAUSKIN, J., *Los instrumentos para deferir la herencia utilizados en Guipúzcoa durante los siglos XVI-XVIII*, documento inédito, San Sebastián, 1996.
- NAVAJAS LAPORTE, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián, 1975.