

El pacto sucesorio y la disposición de la herencia a favor del sucesor único

(The successoral agreement and the inheritance arrangement favour of the only successor)

Monasterio Aspiri, Itziar
Univ. de Deusto
Fac. de Derecho
Apdo. 1
48080 Bilbao

BIBLID [1136-6834 (1999), 28; 217-233]

El examen de documentos notariales del pasado nos permite acreditar la existencia de la costumbre foral guipuzcoana de disponer en vida de la herencia, mediante pacto sucesorio concertado con el sucesor único. Tal disposición permitía la indivisión del patrimonio familiar (agrícola e industrial) y se llevaba a cabo de común acuerdo con los hermanos del sucesor. Estos recibían en vida una cantidad en metálico y formalizaban notarialmente el pacto de renuncia a la legítima futura que pudiera corresponderles en la herencia de los padres.

Palabras Clave: Costumbre foral de Gipuzkoa. Documentos notariales. Pactos sucesorios. Sucesor único.

Iraganeko dokumentu notarialen azterketak bide ematen digu Gipuzkoan —oinordeko bakarrarekin hitzarturiko oinordetzako itunaren bidez— bizitzan herentziaz baliatzeko zegoen foru-ohitura egiaztatzeko. Halako erabakiak familia-ondarearen (nekazaritzakoa eta industrial) zatiezintasuna baimentzen zuen eta oinordekoaren anai-arreben adostasunez burutu ohi zen. Horiek bizi zirelarik diru-kopuru bat jasotzen zuten eta etorkizunear legokiekeen seniparteari uko egiten zioten notariaren aurrean.

Giltz-Hitzak: Gipuzkoako foru-ohitura. Dokumentu notarialak. Oinordetzako itunak. Oinordeko bakarra.

L'examen de documents notariaux anciens nous permet d'accréditer l'existence de la coutume forale de Guipuzcoa de disposer en vie de l'héritage, moyennant un pacte successoral concerté avec le successeur unique. Une telle disposition permettait d'éviter la division du patrimoine familial (agricole et industriel) et devait être appliquée d'un commun accord entre les frères et soeurs du successeur. Ceux-ci recevaient en vie une quantité en espèces et formalisaient devant notaire le pacte de renoncement à la part de l'héritage des parents qui leur correspondrait de façon légitime.

Mots Clés: Coutume forale de Guipuzkoa. Documents notariaux. Pactes successoraux. Successeur unique.

1. RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EL MARCO LEGAL Y LA PRÁCTICA SOCIAL EN EL CAMPO SUCESORIO

La ley 3/1992, de 1 de Julio del Parlamento vasco en el libro tercero dedicado a Gipuzkoa reconoce *la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar, en tanto no se actualicen por Ley del Parlamento vasco* (Lib. III: art. 147).

Según la doctrina, una de las costumbres más arraigadas en Gipuzkoa consistía en mantener indiviso el caserío mediante su disposición a favor de un sucesor único¹. Sobre esta práctica jurídica versa el trabajo de Tesis doctoral del Prof. Alvaro Navajas Laporte, publicado bajo el título *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, trabajo en el que se acude a fuentes documentales pertenecientes al Archivo Provincial de Tolosa y de Protocolos Notariales de Oñate, tomando distintos tipos de escrituras relacionadas con el tema, correspondientes a los siglos XV hasta la actualidad.

El trabajo de Tesis doctoral del Prof. Urrutikoetxea, publicado bajo el título *En una mesa y compañía*², nos permite conocer el contenido de los contratos matrimoniales otorgados en Irún en el período 1766-1845 y apreciar, con gran detalle, cómo quedaba articulada la comunidad de vida entre padres e hijos.

Ambos estudios, de los que partiré en mi trabajo, nos permiten acceder a los documentos del pasado y conocer las costumbres existentes en derredor de la casa, costumbres que afectan, básicamente, al régimen económico familiar y a las reglas sucesorias.

Estas prácticas consuetudinarias, en alguna medida, eran respetadas por el poder público y se mantuvieron pese a la integración de las Provincias vascongadas en la Corona de Castilla y, por consiguiente, la entrada en vigor del Ordenamiento de Alcalá de 1348 en toda Gipuzkoa.

A finales del siglo XV y principios del XVI tuvo lugar la fijación de la ordenación jurídico-administrativa de la Provincia. Se configura la Junta de Procuradores, que va a adquirir el carácter de órgano legislativo propio, subordinado a la autoridad real.

En el ámbito del Derecho Privado las Juntas elaboran las ordenanzas de pastos y plantación de arbolado con éxito e intentan, con peor fortuna, la redacción de diversas ordenanzas relativas a la transmisión a uno de los hijos del patrimonio familiar; la modificación -en la Provincia- de la aplicación de la Pragmática de 5 de noviembre de 1523, recogida en la Ley de Cortes de Madrid de 1534, que prohíbe mejorar a la mujer, y la plasmación en un texto legal de la reversión troncal, institución muy arraigada en toda Gipuzkoa.

A partir de mediados del s. XVI surgió la pugna entre la ley escrita allí vigente, que era la de Castilla, y la costumbre de la tierra y, según refieren los autores, fueron muchas las gestiones llevadas a cabo por las Juntas generales y la Diputación a fin de armonizarlas³.

Durante los siglos XVII a XVIII se recopilan las Ordenanzas de las Juntas de este territorio y en 1696 se imprime la "Nueva Recopilación de los Fueros de Gipuzkoa", siendo apro-

1. NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián, 1975, 93.

2. URRUTIKOETXEA, J., *"En una mesa y compañía" . Caserío y familia campesina en la crisis de la "Sociedad tradicional" , Irún, 1766-1845*. San Sebastián, 1992.

3. En ECHEGARAY, B. (*Derecho Foral Privado*, San Sebastián, 1950,73) y NAVAJAS (ob. cit., 95 a 114) se recoge una amplia referencia de estas gestiones.

bada en 1704. En 1758 se le añade el “Suplemento de los Fueros, Privilegios y Ordenanzas”, sin que prospere la aspiración de las Juntas de recoger en Fueros escritos las normas civiles relativas a la transmisión indivisa del patrimonio familiar.

La doctrina civil guipuzcoana se divide al enjuiciar esta realidad. Hay quien entiende que en Gipuzkoa a lo largo de la historia sólo estuvo vigente el Derecho castellano y afirma que en el ámbito sucesorio se aplicaba el sistema de legítimas -legalmente así estaba dispuesto-, y quien mantiene que junto a esta legalidad estaba vigente el Derecho consuetudinario foral, cuyo principio sucesorio era la libertad de testar⁴.

Alonso Martínez, jurista que lideró el proceso codificador civil español, cuyo juicio puede considerarse imparcial, dice al respecto:

“Debo hacer la confesión que los procedimientos que emplean los guipuzcoanos, al disponer de la casa a favor de un hijo, no se ajustan completamente al patrón del derecho; de suerte que examinando las cosas a fondo, lo que allí se ve es que de hecho prevalecen las costumbres sobre la ley escrita; y si no surgen de tal estado de cosas graves conflictos, es porque no hay ninguna reclamación, sino que antes bien, se cuenta con la aquiescencia universal.” ...Y añade: “el hecho aparentemente anómalo de la uniformidad de la vida civil, bajo el imperio de legislaciones antitéticas, encierra una gran enseñanza: la de que las costumbres influyen en la sociedad mucho más poderosamente que las leyes”⁵.

En este orden de ideas el Sr. Juan María de Araluze y Villar, en una conferencia pronunciada en San Sebastián en 1970, refirió que la ordenación familiar del caserío guipuzcoano, hábilmente conducida por el buen oficio de escribanos y notarios, hace posible instrumentar dentro de las exigencias del ordenamiento positivo de cada momento histórico lo que realmente podemos calificar de propio Derecho consuetudinario⁶.

El sentido cautelar del notario, preocupado antes que nada por dar a los negocios jurídicos en que interviene la seguridad y fuerza que reclama su eficacia, dota de una apariencia ajustada a la legalidad la realidad que, en un estudio sistemático de los protocolos, constituye una constante exigencia del ambiente, una norma de actuación sancionada por el sentir de la colectividad con valor de tradición.

De todo ello se deduce que al interpretar los documentos notariales no debe polarizarse la atención, y menos de forma exclusiva, en la forma jurídica empleada -apariencia ajustada a la legalidad-, sino que es necesario examinar lo que en sí encierra el negocio, llevar a cabo un examen del conjunto de la operación negocial en la búsqueda de la voluntad, de lo realmente querido por los otorgantes, y así, desvelar cuales son las finalidades que, de modo indirecto, se tratan de alcanzar mediante el empleo de esta apariencia formal.

En esta comunicación justificaré que la relación existente entre el marco legal y la práctica social en el ámbito sucesorio es meramente instrumental. Las instituciones castellanas sirven a las prácticas sociales guipuzcoanas -en defecto de un Derecho foral escrito- a la

4. Según recoge en nota NAVAJAS LAPORTE, A., ob. cit., 23, 24, notas 2 a 7.

5. ALONSO MARTINEZ, M. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1947, 98, 119 y 158.

6. ARALUZE Y VILLAR, J. M., La ordenación familiar del caserío guipuzcoano, el Derecho consuetudinario y el ordenamiento jurídico, conferencia publicada en el periódico Unidad, 24-26 de junio de 1970.

hora de dar forma jurídica a la elección *inter-vivos* de un sucesor único en la casa mediante pacto sucesorio.

2. LOS DOCUMENTOS NOTARIALES GUIPUZCOANOS: LADISPOSICIÓN DE LA CASA Y LA RENUNCIA A LA LEGÍTIMA

Los documentos en los que se consigna la disposición de la casa por actos *inter-vivos* o la renuncia anticipada de los derechos sucesorios son la escritura de donación, los contratos matrimoniales y, en algún caso, la escritura de dote.

En muchas escrituras se recoge, en primer lugar, la disposición de los bienes a favor de un hijo, y a continuación, la renuncia de los restantes hijos a la legítima que pudiere corresponderles. No es infrecuente que, de forma adicional en la misma escritura se disponga por donación o se efectúe la cesión de dicha legítima a favor del hermano que ha sido designado sucesor⁷.

Era muy frecuente que la disposición de la casa tuviera lugar con motivo de la celebración del matrimonio del elegido; sin embargo, no puede considerarse que estas disposiciones tuvieran carácter matrimonial, dado que podían hacerse en cualquier momento mediante donación.

El contrato matrimonial -así se denominaba en el pasado a la escritura de capitulaciones matrimoniales- es una escritura pública que presenta diversos contenidos a lo largo de la historia y atiende a distintas finalidades. Antes de la aprobación del Código civil no sólo contenía la relación de bienes que los contrayentes aportaban al matrimonio, sino también disposiciones de bienes de padres a hijos.

En los territorios forales era frecuente que con motivo de la celebración del matrimonio los padres dispusieran de la totalidad de sus bienes (con frecuencia la Casa) a favor del hijo o hija contrayente. La disposición del patrimonio familiar daba pie a que los padres ordenaran la situación, tanto personal como económica, de cada uno de los miembros de la familia; circunstancia que fué tenida en cuenta por el Prof. Lacruz al calificar el contrato matrimonial foral como verdadero Estatuto de la familia.

3. EL CONTRATO MATRIMONIAL FORAL: ESTRUCTURA Y LÍNEAS GENERALES DE SU CONTENIDO

En el contrato matrimonial se distinguen tres partes:

1. El encabezamiento, en el que se indica el lugar y fecha del otorgamiento, nombre del escribano autorizante, nombre y dos apellidos de los otorgantes, estado y circunstancias personales de los mismos, carácter con el que actúan y referencia a la presencia de los testigos.

2. El "corpus" que ocupa la parte central de la escritura; y que de ordinario va precedido de un preámbulo en el que se expresa el motivo por el que se otorga. Se recoge la institución de heredero o sucesor, o la disposición de la mejora y las donaciones o dotaciones a favor de

7. En NAVAJAS LAPORTE (ob. cit., 77 y 78) aparecen transcritas fórmulas que recogen tales disposiciones, fórmulas que comentaré más adelante.

los contrayentes; a continuación se recogen las cargas y condiciones que se le imponen, la aceptación de la designación y, en su caso, la aceptación de los bienes por parte del elegido.

3. Concluye el documento con las cláusulas que garantizan el fiel cumplimiento de su contenido y en prueba de conformidad se recoge la firma de los otorgantes, la firma y rúbrica del Escribano actuante y la de los testigos.

4. OTORGANTES

Los otorgantes en estas prácticas sucesorias son habitualmente los padres y los hijos; los padres disponen de sus bienes a favor de un hijo y éste los acepta.

En algunas escrituras figuran como otorgantes el hermano sacerdote o miembros de la familia del contrayente, y en tal caso, se deja constancia de que se dispone a favor del sobrino por carecer de descendencia. Excepcionalmente figuran como beneficiarios extraños, que reciben donaciones de carácter remuneratorio o con fines benéficos llevadas a cabo por personas que carecen de herederos.

Los hijos varones son los que resultan favorecidos con la disposición en la mayoría de las escrituras, si bien existe cierto número de casos en que resulta elegida la hija.

No se sigue en la elección el criterio de masculinidad ni el de primogenitura, sino que preside la libertad en la elección, atendiendo a la idoneidad del elegido, en aras a la conservación de la memoria de la casa y el auge del linaje al que representa⁸.

Tratándose de la disposición de bienes a favor del hijo contrayente, la elección de sucesor abarca al contrayente y a la descendencia que hubiere en ese matrimonio con carácter perpetuo de tal modo, que éstos serán llamados a suceder al elegido en primer término⁹.

Los que disponen son comúnmente propietarios, sin embargo, no es facultad exclusiva de ellos. Los arrendatarios disponen de la casa en arrendamiento, junto con los bienes muebles propios, a favor de sus hijos¹⁰.

La renuncia anticipada de los derechos sucesorios tiene como otorgantes al hijo o hija no favorecidos con la elección y a sus padres, mientras que en la cesión de la legítima correspondiente en la herencia de un tercero (el padre) lo son dos hermanos -el que ha sido favorecido con la transmisión del patrimonio familiar y el excluido¹¹. En estos casos, a lo menos una de la partes ostenta la cualidad de legitimario.

8. Archivo General de Gipuzkoa-Tolosa- (en el futuro A. G. G.), Legajo 1856 folio 468 rº a 471 vº. Ataun, Contrato matrimonial de 19 julio 1604: *"porque no ay otra persona que mas derecha y justamente pueda ella dexar sus bienes y aziendas que a la dicha Catalina y por el cargo y cuydado que tenia de consserbar la memoria de dichas cassas"*.

9. NAVAJAS LAPORTE, A., ob. cit., ANEXO DOCUMENTAL, B, 445: Contrato Matrimonial, Azpeitia, 5 de febrero de 1582: *"Donaban a su hija Maria....en donación propter nuptias para uno con el dicho Domingo..., su esposo e marido, e hijos que Nuestro Señor de consuno les diere..."*.

10. NAVAJAS LAPORTE, A., ob. cit., ANEXO DOCUMENTAL B, 504 y 514: Contrato Matrimonial, Régil, 29 de marzo de 1823 y Capitulaciones Matrimoniales, 11 de octubre de 1492.

11. NAVAJAS LAPORTE, A., ob. cit., ANEXO B, 415 Capitulaciones Matrimoniales, Anzuola, 5 de marzo de 1492: *"Otorgó e concertó que fazia e fizo donación e resignación cesión e renunciación de la parte de la herencia que a ella pertenecía o podía pertenecer, cabo adelante, en la casa e casería de Cornebeta a Juan Cornebeta, su hermano..."*

5. TÍTULOS SUCESORIOS UTILIZADOS: SUCESOR Y HEREDERO, LA MEJORA DEL TERCIO Y QUINTO; LA RENUNCIA A LA LEGÍTIMA Y CESIÓN DE LOS DERECHOS SUCESORIOS PERTENECIENTES A LA HERENCIA DE UN TERCERO

La disposición de la casa se lleva a cabo mediante el empleo de títulos sucesorios y títulos donacionales.

Es usual que figuren ambos títulos de forma alternativa o bien cumulativa -según convenga-, a fin de dar la máxima cobertura jurídica a la designación de sucesor y a la disposición de los bienes. Es frecuente el empleo de esta fórmula: *“y por aquella bía y remedio que de derecho mejor lugar aya”*¹².

Los títulos sucesorios que figuran en los contratos matrimoniales son: designación de sucesor, nombramiento de heredero y disposición de la mejora del tercio y quinto.

El título de sucesor figura en las escrituras que contienen la disposición del patrimonio vinculado o la transmisión de la Casa. Sólo se emplea el título de heredero universal tratándose de la disposición de la globalidad del patrimonio hereditario a favor del hijo único, siendo la fórmula más frecuente, en las escrituras guipuzcoanas, la disposición de la mejora del tercio y quinto, acompañada de la donación *inter-vivos* de los bienes presentes o sin ella. Se recogen como sigue:

*“Había elegido al expresado Francisco, su hijo, por sucesor del vínculo electivo fundado”*¹³.

*“Por razón de matrimonio de Don...y Dña...y acomodo de aquél a la casa y compañía de sus padres, éstos, designan a su citado hijo Don G. como sucesor en la casa”*¹⁴.

*“.....le nombran al dicho Domingo de Mutioçabal su hijo legítimo por su heredero / unibersal, mejorandole como por el pressente contrato le mejoraron / en el terçio y quinto de todos sus vienes susso nombrados abidos / y por aber, como mejor aya lugar de derecho”*¹⁵.

Desde el plano jurídico la presencia de diferentes títulos suscita muchas cuestiones: sentido jurídico y alcance de uno u otro título; consecuencias que se derivan de su empleo, así como de su utilización cumulativa o alternativa; si su empleo responde a distintos épocas históricas o a la existencia de distintas costumbres locales; eficacia que se deriva del empleo de tales títulos; qué es lo realmente querido por quien así dispone, etc.

Voy a dar una respuesta general a estas cuestiones, sin detenerme en aspectos técnicos particulares.

El título de sucesor, así como el de heredero, están presentes en las escrituras de Gipuzkoa lo mismo que en las de Bizkaia. A la luz de las categorías jurídicas forjadas en el Derecho romano, el heredero es quien sucede a la persona del causante en la totalidad de sus

12. A. G. G. Legajo 1565. folio 200 rº a 201 vº: Andoain, Contrato de casamiento, 28 septiembre de 1627; A. G. G. Legajo 1. folio 134 rº a 136 rº. San Sebastián, Contrato de casamiento, 27 septiembre de 1607: *“en la / forma y modo que mas aia lugar en derecho*

13. NAVAJAS, ob. cit., 521: Sentencia del Tribunal Supremo sobre reversión troncal en Guipuzcoa, año 1866.

14. Tomado de NAVAJAS LAPORTE, A., ob. cit., 541: Oñate, C.M. de 21 de julio de 1927.

15. A. G. G. Legajo 1. folio 134 rº a 136 rº, San Sebastian, Contrato de casamiento, 27 septiembre de 1607.

bienes y derechos y, del mismo modo, en sus deudas. El heredero subentra en la posición jurídica y económica que ostentare el causante en el momento de su muerte¹⁶. El Derecho romano y los sistemas que en él se inspiran adoptan una concepción personalista de la sucesión.

La categoría jurídica de sucesor, por el contrario, responde a una concepción patrimonialista de la sucesión, imperante en los reinos hispánicos a partir del siglo X hasta la Codificación y presente en el Derecho germánico. La sucesión en estos sistemas no tiene lugar en la persona, sino en los bienes, atendiendo a su naturaleza o procedencia, por lo que la herencia se disgrega en un número variable de sucesiones: a) sucesión familiar; b) sucesión troncal, c) sucesión señorial, etc... De todas estas sucesiones la primera en aparecer es la sucesión troncal, que arraiga en el Derecho navarro-aragonés, pirenaico y vascongado¹⁷.

Con independencia del título empleado en la designación -sucesor o heredero-, en ambos casos, al tratarse de un título sucesorio, el tránsito de la titularidad de los bienes al favorecido tiene lugar, de un solo golpe, a la muerte del causante.

La fórmula sucesoria más frecuente en Gipuzkoa es la disposición del tercio y quinto de mejora a favor del hijo elegido. Esta disposición va acompañada habitualmente de la donación de los bienes presentes.

García Granero, al enjuiciar lo que representa el empleo de la mejora en Gipuzkoa y en otras regiones forales, entiende que en aquellos lugares o comarcas sujetas al Derecho común en donde subsiste el régimen foral de unidad de casa, heredero único y familia troncal, son utilizadas las mejoras y promesas de mejorar como el medio legal de acumular, en un solo de los hijos, el núcleo sustancial e inmobiliario de los bienes de la familia¹⁸. Navajas considera que, ante la falta de normativa favorable a la transmisión indivisa del patrimonio de padres a hijos, la foralidad civil guipuzcoana, en materia de sucesiones, se ha realizado a través de la mejora¹⁹. López Jacoiste añade que la mejora ha servido en las regiones de la periferia, cuyos planteamientos económicos, sociales y familiares se asemejan más a los de las regiones forales, para salvar la unidad e indivisibilidad de la casa²⁰.

La mejora es una institución tradicional en el Derecho castellano que presenta desde sus orígenes una característica que ha perdurado hasta el momento presente, la de ser una ventaja legitimaria²¹. Podemos caracterizarla como una facultad de disposición, que no puede ejercitarse más que dentro de la reserva legal y en beneficio de los herederos naturales²². Su naturaleza *mortis causa* determina su esencial revocabilidad²³.

16. Según BONFANTE (*Instituzioni di diritto romano*, Milano, 1925, 8 ed, 68) la sucesión universal romana consiste en la transmisión en bloque del patrimonio del causante, colocándose el heredero en el lugar que ocupare el causante, es decir, subentrando en la posición del titular anterior.

17. LALINDE ABADIA, J., *Iniciación...* ob. cit., , 808.

18. GARCIA GRANERO, J., "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", RDP, 1949, 805

19. NAVAJAS, ob. cit., 155

20. LOPEZ JACOISTE, "La mejora en cosa determinada", RDP, 1961.

21. LACOSTE, *La mejora, su origen y desenvolvimiento en el Derecho español; su comparación con las instituciones similares del Derecho extranjero*, Madrid, 1913, 4 .

22. LACOSTE, ob. cit., 9.

23. LACOSTE, ob. cit., 253.

La ley XVII de Toro marca una apertura en el sistema al disponer que cabe la disposición de la mejora tanto en testamento como en contrato inter-vivos, teniendo en tales casos carácter revocable. Como excepción a esta regla general, la mejora dispuesta en contrato *inter-vivos* tendrá carácter irrevocable en tres supuestos:

1. Si se entrega al mejorado la posesión de los bienes.
2. Si se entrega la escritura del bien ante escribano.
3. Si se lleva a cabo mediante contrato oneroso con un tercero, como si fuere mediante casamiento o por causa semejante²⁴.

Las leyes de Toro establecen un régimen jurídico que regula la mejora irrevocable. Su contenido esencial es el siguiente: cabe disponer el tercio de mejora a favor del nieto aún en vida del hijo; el beneficiario de la mejora, en vida de mejorante, adquiere un derecho irrevocable al tercio de mejora, ejercitable al momento de la muerte del mejorante; el disfrute del bien deberá atenerse a las condiciones convenidas en el contrato; cabe impugnar los negocios intervivos celebrados por el mejorante²⁵, así como las disposiciones testamentarias que, en ambos supuestos, lesionen el derecho del mejorado.

El hecho de quedar bajo el régimen jurídico expuesto, unido al carácter irrevocable que presenta este tipo de mejora, conduce al notario a la utilización de esta fórmula castellana con una finalidad instrumental. Ahora bien, el negocio perfeccionado bajo este título sobrepasa los límites de la mejora irrevocable y también su contenido, aspectos que quedan atendidos mediante la incorporación de cláusulas modalizadoras y la celebración de negocios que se le yuxtaponen, como veremos más adelante.

Como tema absolutamente polémico en la época no puedo dejar de referirme a la Pragmática de 5 de noviembre de 1523, recogida en la Ley de Cortes de Madrid de 1534 en la que se prohíbe la mejora de la mujer. Esta ley, que colisionaba con la costumbre de Gipuzkoa dio origen a muchos pleitos y dictámenes en los que se enjuició el valor de esta costumbre *contra-legem*²⁶. Llegó a considerarse que esta Ley no debía obedecerse y motivó que, de forma reiterada, se formulara a las Juntas la petición de que se elevara a rango legal la costumbre guipuzcoana²⁷.

En las escrituras examinadas es frecuente que la disposición de la mejora vaya acompañada de la donación de los bienes presentes del mejorante. En tal caso, indica Navajas,

24. Ley XVII Toro: "Quando el padre, ó la madre mejorare a alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por algun otro contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría ó no, fasta la hora de su muerte pueda revocar quando quisiere: salvo si hecha la dicha mejoría, por contrato entre vivos ovriere entregado la posesión de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien la hiciere, ó a quien su poder oviere. O le ovriere entregado ante Escribano la escritura dello. O el dicho contrato se ovriere hecho por causa onerosa con otro tercero así como por vía de casamiento, ó por otra cosa semejante, que en estos casos, mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar sino reservase el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa que según leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas, y con derecho fechas se pueden revocar".

25. Según GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN (*Elementos de Derecho Civil y Penal*, Madrid, 1874, T. II, 83) el mejorado puede reclamar legítimamente la nulidad de la enajenación realizada por el mejorante, puesto que al hacerse la mejora en contrato oneroso, éste no tiene facultad de revocar la mejora, ni de dejarla sin efecto y hacerla irrealizable (cita la S. TS. 30 Octubre 1869).

26. Pueden verse en NAVAJAS, ob. cit., 97.

27. NAVAJAS, ob. cit.,102.

a su muerte ha de colacionarse la donación al valor que tuvieran los bienes al tiempo de su perfección, valor que era normalmente, muy inferior al que tienen los bienes en el momento de la muerte del donante²⁸. La atribución de los bienes se imputaba consecutivamente a legítima, a tercio de mejora y, caso de que sobrepasara a ésta, al quinto de libre disposición.

A juicio de López Jacoiste, tiene gran importancia la conexión de los aspectos cuantitativos (valor de los bienes al realizarse la donación) y cualitativo (imputable al tercio de legítima o mejora), puesto que la percepción de la integridad de la cosa por el mejorado quedaba supeditada a la circunstancia de que su valor no sobrepasara a la cuota, que por legítima y mejora del tercio y quinto pudiera corresponderle²⁹. Si excediere de ese *quantum*, tratándose de bienes existentes en el patrimonio relicto que no admiten cómoda división, la Ley XX de Toro facultaba a los herederos a que pagaran la mejora en metálico.

A la vista de los documentos, puede apreciarse que el notario guipuzcoano evitaba a toda costa el peligro detectado por Navajas y trataba de asegurar, por diversos medios, la división de la casa y su disposición a favor de un único sucesor.

Los medios jurídicos empleados son los siguientes:

a. La aceptación de la designación por parte del hijo elegido que determina su carácter pactado e irrevocable.

b. La incorporación de la cláusula de irrevocabilidad de la disposición causada.

c. La incorporación de la renuncia a la legítima futura por parte de los hijos no favorecidos con la elección.

d. La cesión de la legítima futura llevada a cabo por parte de los hijos no favorecidos a favor del elegido.

e. Y finalmente, la cláusula de cierre y garantía con la que concluyen todos los contratos matrimoniales. Renuncia a la leyes contrarias a lo dispuesto, juramento de no contravenir el contenido del documento, etc...

La aceptación de la disposición por parte del instituido (a) y la cláusula de irrevocabilidad (b) son aspectos esenciales en este análisis, a los que dedico los apartados 7 y 8 del trabajo, respectivamente.

A fin de proteger la elección de un sucesor único y evitar futuras reivindicaciones por parte de los legitimarios es muy frecuente que se recoja en la propia escritura de elección de sucesor la renuncia a la legítima por parte de sus hermanos (c) y la donación o cesión de la legítima a favor del hermano elegido (d). Se expresan así:

“porque ellas renunciasen el derecho de sus legítimas en García Altuna, su hermano legítimo, donatario de todos los dichos vienes, de que se dieron por contentas y pagadas..... Por ende, para que mejor se pueda conserbar la memoria de lo dichos sus padres y por las muchas obras que del dicho García, su hermano, havian rescivido y esperaban rescevir adelante y por razón del dicho casamiento dixieron que por thenor d’esta presente carta renunciaban y renunciaron, cedían y cedieron al dicho García Altuna, su hermano

28. Ley XXV de Toro.

29. LOPEZ JACOISTE, “La mejora en cosa determinada”, RDP., 1961, ver Ley XXVI de Toro

*legítimo, todo el derecho y acción así paterno como materno que les pertenesce y pueda haber y pertenecer en la dicha casa de Altuna y su vástago y axuar y pertenecido como en otros cualesquier vienes donados al dicho Garcia y ...y de todo ello le hacian e hicieron gracia y donación pura, mera, perfecta e irrevocable que es dicha inter-vivos, por razón de dicho cassamiento al dicho Garcia Altuna, su hermano*³⁰.

*"contentos de las dichas cantidades o porciones a ellos asignados por sus legítimas partes, como dicho es, e porque era su voluntad dellos e de cada uno que la dicha casa Olacabal e su memoria quedase entera e fama en uno de sus hijos a saber en el dicho Juan de Olacabal su hermano mayor como siempre avyan quedado fasta aqui por siempre.....hacen donación al dicho su hermano e porque en su tiempo e a causa dellos no se perdiese la memoria de la casa Olacabal e de sus antepasados la cual se causarya sy ellos e cada uno dellos avyesen de pedir sus legítimas partes en la dicha casa Olacabal.....E por ende dixerón que facían ellos e cada uno dellos donación cesión y renunciación de todo al dicho Juan de Olacabal su hermano contentos de las quantidades e partes apartadas por los dichos padres por su legítimas e de todo ello se dieron e otorgaron por contentos entregados e pagados"*³¹.

La razón que les lleva a renunciar reside en el hecho de anteponer el interés familiar a la conservación de la casa y la memoria de sus antepasados, a sus intereses personales. En compensación a la renuncia de la legítima el renunciante recibe una cantidad en metálico y con ella se da por contento. Siempre se trata de una compensación en dinero. El *quantum* de la compensación, según Navajas, vendrá determinado en función de los haberes de la casa. La renuncia a la legítima comprende tanto lo que le corresponde actualmente como lo que pudiere corresponderle en un futuro.

Obsérvese que en Gipuzkoa la renuncia a la legítima es un recurso necesario que viene a suplir lo que en Bizkaia se atiende con el apartamiento de los hijos no elegidos, siguiendo con la comparación puede considerarse que tiene lugar un apartamiento consensuado entre el titular de los bienes y los legitimarios.

6. TÍTULOS INTER-VIVOS UTILIZADOS: DONACIÓN UNIVERSAL; DONACIÓN INTER-VIVOS Y DONACIÓN PROPTER-NUPTIAS

El uso de la donación para disponer a favor del heredero único está generalizado en estas escrituras, más frecuente en las pertenecientes al siglo XV y XVI. Se trata en muchos casos de donaciones universales.

Las modalidades más empleadas son la donación pura, perfecta, inter-vivos y la donación *propter nuptias*. La donación inter-vivos es un categoría que, tomada del Derecho romano, afloró de nuevo en España como fruto de la recepción y se caracteriza por ser irrevocable, en contraposición a la donación *mortis causa*, por naturaleza revocable hasta la muerte del donante³².

30. Tomado de NAVAJAS, ANEXO B, C. M. 1 de mayo de 1611.

31. Tomado de NAVAJAS, ob. cit., 415, Anzuola, C. M. 5 de Marzo de 1492.

32. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. 1, 650.

La donación *propter nuptias* tiene un régimen especial ya que la causa no es la mera liberalidad del donante sino la celebración del matrimonio. Su régimen es más riguroso: no admite la revocación por ingratitud del donatario ni por supervenencia de hijos, y los bienes donados deben reservarse a favor de los hijos que hubiere en ese matrimonio³³.

El empleo de la donación está generalizado como vehículo jurídico para la transmisión de la casa en las regiones forales, tanto en sus textos legales como en la práctica social.

Sobre el particular dice el Prof. Lacruz: salvo en Aragón (donde es también frecuente la institución contractual explícita), lo usual es disponer, en los capítulos mediante “la donación pura, perfecta, simple e irrevocable, llamada entre vivos.....”, “la donación universal, valedera de presente y efectiva después de la muerte...” (Cataluña y Baleares); “la donación universal de bienes presentes y de los que adquieran en lo sucesivo por cualquier título los donantes...” (Navarra y, aunque menos, Cataluña)³⁴.

Esta opinión guarda relación con la regulación legal que recibe la institución en los territorios forales³⁵, exceptuando Galicia, donde la costumbre consistía en la disposición del patrimonio familiar unitariamente a favor del petrucio, atribuyéndole la mejora de los dos tercios del caudal hereditario, o un tercio y un quinto³⁶.

En la actualidad todas las regiones forales recogen y regulan los pactos sucesorios como institución propia. Sin embargo ha tenido tal peso la tradición que sus textos mantienen la posibilidad de su instrumentalización a través de la donación³⁷ o de la disposición de la mejora del tercio y quinto³⁸.

Destaco que la consecuencia que se deriva del empleo del título inter-vivos -la donación- es que tengan lugar sus efectos a partir del otorgamiento. La titularidad de los bienes -la casa en muchas ocasiones- pasa al donatario en ese momento y puede inscribirse en el Registro de la propiedad tal titularidad con las limitaciones y cargas que se le imponen.

33. GARCIA ROYO, L., *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Vitoria, 1952, II, 259.

34. LACRUZ BERDEJO, J. L. Y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho de Sucesiones I, Parte General, Sucesión voluntaria*, Barcelona, 1971, 733.

35. El Derecho histórico de Aragón regula la donación de todos los bienes habidos y por haber (Fuero 4º *De donationibus*); y la donación *mortis causa* con carácter irrevocable (Obs. 7 y 18 *De donationibus*).

Cataluña regula la donación *post obitum* como donación irrevocable (*Usatge Auctoritate et rogatu*) y la Constitución *A foragitur fraus* de Pedro IV de Aragón define el heredamiento como donación con motivo del casamiento del hijo. En Bizkaia el Fuero Viejo y el Nuevo de 1452 y 1525 regulan las donaciones universales, las donaciones con carga de los alimentos del donante y las donaciones *propter nuptias*. Asimismo el Fuero general de Navarra regulaba la donación de un bien concreto en vida de los padres, si bien con efectos a su muerte, y las donaciones *propter nuptias*.

36. PAZ ARES, C. “La casa en el Derecho foral de Galicia”. R.D.N. Año XIV. Nº. XLVII. Enero-Marzo 1965, 242.

37. Navarra: Ley 1/1973 de 1 de marzo, reformada por Ley de 1 de abril de 1987, las leyes 112 a a 115 regula la donación *propter nuptias*; Mallorca: Ley 79/1990 de 6 de septiembre, arts. 8 a 13 regulan las donaciones universales; Galicia: Ley 4/1995 de 24 de mayo, arts. 114 a 116.

38. Galicia: Ley 1995 en el art. 128 regula el contrato sucesorio de mejora.

7. LA ACEPTACIÓN DE LA DESIGNACIÓN, Y EN SU CASO, DE LOS BIENES POR PARTE DEL ELEGIDO

La aceptación de la disposición por parte del elegido determina su carácter pactado y su irrevocabilidad por voluntad de una de las partes, en aplicación de las reglas generales en materia contractual. Los pactos requieren la concurrencia de ambos otorgantes para modificarse o revocarse. La aceptación abarca a los bienes -si adicionalmente al título sucesorio se donaron- y va acompañada de la asunción de obligaciones por parte del donatario. El elegido acepta los bienes y se obliga al cumplimiento de las cargas que se le imponen con motivo de la liberalidad.

Se recoge en los documentos de este modo:

“Juan de Olacabal e Domeja su muger dixeron que rescyryan e aceptavan la dicha donación para sy.....en la forma suso declarados e expresados e se obligaron asy con sus bienes de cumplir e mantener todo lo que de suso se contiene e atañe de cumplir de su parte en qualquier manera”³⁹.

8. INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA DE IRREVOCABILIDAD

Son numerosas las escrituras en las que se incorpora la cláusula de irrevocabilidad de la disposición, expresada en estos términos:

“que se obligan a no revocar la donación por testamento ni por otra vía ni disposición alguna, en otra manera ni en tiempo alguno”⁴⁰.

Quien así dispuso queda vinculado y en ningún momento puede contravenir lo pactado, es decir, queda privado de la facultad de disposición para celebrar actos de disposición *mortis causa* -testamento- o *inter-vivos*. -donación, venta etc.-, claro está, en lo que respecta a los bienes dispuestos por pacto. Esta limitación le obliga en todo tiempo.

9. OBJETO: LA CASA SOLAR DE GIPUZKOA. PROTAGONISMO DE LA CASA EN LOS TERRITORIOS FORALES

La Casa solar constituye el patrimonio del que se dispone *inter-vivos* prácticamente en la totalidad de las escrituras.

En los territorios forales la casa es un ente social compuesto por una familia campesina estable y los bienes -ordinariamente, una explotación agrícola o ganadera-. Estos bienes y, con ellos, la soberanía doméstica, han de transmitirse íntegros a un sucesor apto. Los foralistas consideran que la casa goza de una suerte de personalidad jurídica. Tiene nombre y se corresponde con el de la familia que la erigió.

Según Arpal⁴¹ el solar -lugar en el que física y jurídicamente se asienta una familia- no se explica tanto como el suelo, propiedad y explotación de una familia sino de un linaje, de tal modo, que la pérdida del solar entraña pérdida del linaje, no sólo porque se pierda la me-

39. Tomado de NAVAJAS, ob. cit., 410: C. M. Anzuola, 5 de marzo de 1492.

40. Tomado de NAVAJAS, 410, C. M. Anzuola, 5 marzo de 1492.

41. ARPAL, J., *La sociedad tradicional en el País vasco (El estamento de los hidalgos en Guipúzcoa)*, 79, 145.

moria sino porque el linaje requiere la condición hidalgo y sin solar no hay hidalguía en el ordenamiento jurídico.

Achón⁴² mantiene que la casa, como elemento sustentador del linaje, pasó a ubicarse dentro de la disciplina corporativa que comenzaban a imponer las villas. Casa y corporación urbana vinieron a constituir así materialmente el tejido político provincial en su nivel primero y decisivo⁴³.

El Derecho civil foral posibilita el que atiendan estas aspiraciones que se plantean en una instancia social de mayor alcance. La perpetuación de la casa requiere su indivisión, y tal indivisión se erige como uno de los principios jurídicos en los que se asienta el sistema 43. La libertad de testar, eje del sistema sucesorio foral vasco, hace posible tal indivisión mediante la designación de un sucesor único.

10. MODALIZACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO CON RESERVAS, CARGAS Y CONDICIONES. LA REVERSIÓN DE LOS BIENES

Por regla general, el que dispone de la casa o la totalidad de su patrimonio por contrato inter-vivos, impone al que lo recibe una serie de cargas, modos y condiciones que ha de cumplir. En el contrato matrimonial se recogen estas cargas y se conviene cómo queda regulado el disfrute de los bienes, objeto de pacto. La reserva de usufructo por parte de los donantes o la constitución de una comunidad familiar entre padres e hijos son las cláusulas que se ocupan de ello.

Desde el punto de vista jurídico es importante la calificación de estas cláusulas, así como la fijación de su naturaleza, a fin de delimitar la trascendencia jurídica que se deriva de su incumplimiento.

Es frecuente que, en las escrituras en las que el título empleado es la donación, el donante se reserve la propiedad de algunos bienes -dinero, bienes muebles o la dote que aportó quien contrae matrimonio con un sucesor-, o establezca la reserva de la mitad del usufructo. Se trata de un usufructo muy particular, que tiene carácter vitalicio y se constituye a favor del donante y de su cónyuge⁴⁴.

La carga de la dotación de los hermanos es habitual que se imponga al sucesor, salvo que se atienda con la dote entrante en la casa, aportada por quien contrae matrimonio con un sucesor. La dote de los hermanos es en dinero, su pago escalonado y la cuantía proporcional a los haberes de la casa.

La constitución de una comunidad de vida entre padres e hijos es una cláusula muy frecuente en estas escrituras. Puede considerarse que el hecho de contar con un colaborador en la casa y el constituir una comunidad entre padres e hijos es una de las finalidades que trata de alcanzar quien dispone de la casa en vida.

42. ACHON INSAUSTI, J. A. *A voz de Concejo. Linaje y corporación urbana en la constitución de la Provincia de Gipuzkoa: los Báñez y Mondragón, siglos XIII-XVI*, San Sebastián, 1995, 336-337.

43. Esta apreciación, que comparto plenamente, fué mantenida por VALLET DE GOYTISOLO, en un curso de Doctorado impartido en la Universidad de Deusto en enero de 1992.

44. NAVAJAS, ob. cit., 428.

La comunidad de vida ha sido objeto de una importante investigación llevada a cabo por el Prof. Urrutikoetxea (vid. nota 2), razón por la que no me detengo y me remito a su publicación. Este pacto regula el disfrute de los bienes, objeto de pacto sucesorio, en la etapa que media desde que se formaliza hasta el momento de la muerte de los padres otorgantes. Destaco que el gobierno de los bienes ha de ser conjunto y la participación en las ganancias y pérdidas que se generen por mitades e iguales partes. Se prevé la posibilidad de la disolución de la comunidad por no congeniar los caracteres de padres e hijos, y para tal caso se dispone la partición de los bienes por mitades y su disfrute independiente.

La reversión de los bienes es una cláusula común a todos los contratos matrimoniales y se acuerda entre todos sus otorgantes, es decir, entre los padres de ambos contrayentes y éstos.

Se trata de una institución forjada en el derecho consuetudinario guipuzcoano cuya aplicación se impone a la ley vigente. Se recoge de este modo:

“todas las dichas partes otorgantes, en conformidad de la costumbre que de inmemorial tiempo a esta parte se observa y guarda en esta M.N y M.L. Provincia de Guipuzcoa, pusieron por clausula y condicion expresa que si (lo que no quiera Dios) el matrimonio entre los dichos Raphael Antonio de Aramburu y Magdalena de Aguirre se disolviere sin hijos, o teniendolos muriesen en edad pupilar, y aunque llegasen a edad perfecta a poder testar murie- // sen ab intestato, en tal caso todos los bienes que ambas partes llevan a este matrimonio se vuelvan a sus respectivos troncos, con la mitad de las conquistas que hubiere durante él, bien entendido que la dote de la dicha Magdalena se aya de bolver a respecto de treinta ducados de vellon, y las camas, ropas y vestidos en el estado en que se hallasen al tiempo que subcediese el caso, lo cual quieren se observe y guarde inviolablemente sin embargo de la ley sexta de Toro y otras qualesquiera que aya en contrario, que las renunciaron en forma”⁴⁵.

Según recoge Echegaray, hubo dos pactos de reversión que originaron litigios y dieron lugar a dos Sentencias del Tribunal Supremo. La sentencia de 19 de Diciembre de 1859 declaró nulo lo convenido, porque no se consignaba de manera expresa la renuncia a la Ley 6^a de Toro considerada vigente en Gipuzkoa; en la otra, que es de 28 de abril de 1866, se proclamó válida la estipulación contraída, en atención a que contenía claramente aquella renuncia⁴⁶.

La cláusula de reversión regula los efectos que se derivan de la disolución del matrimonio que va a contraerse. Se prevén las causas y el destino que seguirán los bienes caso de que se produzca. Ambas familias acuerdan que los bienes aportados por cada uno de los contrayentes retorne a la familia de donde procedan.

11. LOS PACTOS SUCESORIOS COMO CATEGORÍA JURÍDICA: SU RECIENTE INSTITUCIONALIZACIÓN. CLASES DE PACTOS SUCESORIOS. LOS PACTOS SUCESORIOS HISTÓRICOS EN LAS REGIONES FORALES

La sucesión *mortis causa* puede proceder de la ley o de la declaración de voluntad y, en el segundo supuesto, puede nacer de la voluntad unilateral del causante (testamento) o de

45. A.G.G., leg. 2.990, fol. 76r-85r. C. M. 2 Septiembre de 1740.

46. ECHEGARAY, B., ob. cit. en nota 3, 93.

su voluntad concordada con otra voluntad en forma de convención, que es lo que llamamos sucesión contractual. Lacruz define el contrato sucesorio como la ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación de modo unilateral por el causante.

Esta institución no hunde sus raíces en el Derecho romano que la prohíbe a partir del período clásico y eleva en el Derecho intermedio a la categoría de dogma el principio prohibitivo *viventis, nulla est hereditas*. A este dogma responde el art. 1.271 del Código civil.

De esta circunstancia se deriva que los Códigos actuales, con fuerte inspiración romanista, prohíban los pactos sucesorios en tanto que los de corte germánico y los sistemas de los territorios forales los admitan sin reservas.

La conceptualización e institucionalización de los pactos sucesorios es muy reciente, podemos situarla a comienzos del siglo XIX en Alemania con motivo de su codificación civil y en los territorios forales a raíz del movimiento Compilador.

La doctrina distingue tres clases de pacto sucesorio: pactos afirmativos o adquisitivos (sucesión contractual), negativos o abdicativos y pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero. Mediante los primeros el causante regula su propia sucesión (ordena la institución de heredero o un legado) con el favorecido. En los pactos renunciativos el disponente es precisamente un presunto heredero o legitimario, que renuncia a su expectativa. El pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero es el que celebran varios sujetos y versa sobre la herencia de un tercero, que no concurre al otorgamiento; al respecto Lacruz no considera pacto sucesorio este tipo de acuerdos (conocidos por "pacto de los cuervos") salvo que el causante preste su consentimiento y muera sin revocarlo⁴⁷.

Al tratarse de una institución de tardía institucionalización como categoría sucesoria, y en consecuencia, de reciente incorporación a los textos legales, en todas las regiones forales, el pacto sucesorio histórico queda regulado, en mayor o menor medida, a través de la donación *propter nuptias*, donación *post-obitum* o mediante la disposición de la mejora del tercio y quinto por acto *inter-vivos*.

Hemos expuesto en el nº 6 de este trabajo la opinión del Prof. Lacruz al respecto.

En Galicia (donde no existió un Derecho foral escrito) la costumbre consistía en disponer del patrimonio familiar unitariamente a favor del petrucio, atribuyéndole la mejora de los dos tercios del caudal hereditario, o un tercio y un quinto⁴⁸. El pacto sucesorio histórico de las regiones forales fue evolucionando en el tiempo y acentuando vía consuetudinaria su carácter sucesorio y su institucionalización se inició con el movimiento compilador en las regiones forales.

En la actualidad todas las regiones forales han incorporado los pactos sucesorios como un modo de delación sucesoria adicional al testamentario y al legal; por respeto a la tradición mantienen la posibilidad de otorgar pacto sucesorio acudiendo a la donación o a la disposición de la mejora del tercio y quinto.

47. LACRUZ BERDEJO, J. L. Y SANCHO REBULLIDA, F. A., ob. cit., 720. La Ley 172 del Fuero Nuevo de Navarra de 1 de Marzo de 1973 admite el pacto sobre la herencia de un tercero si el causante de la herencia presta su consentimiento.

48. PAZ ARES, C. "La casa en el Derecho foral de Galicia". RDN. Año XIV. Nº. XLVII. Enero-Marzo 1965, 242.

12. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS EXAMINADOS: LOS PACTOS SUCESORIOS GUIPUZCOANOS Y SU TIPOLOGÍA

El Prof. Lacruz⁴⁹ propone en su metodología que al efectuar el análisis jurídico de los documentos se apliquen los siguientes criterios:

- a) el método naturalístico
- b) los métodos dogmáticos
- c) el análisis de Derecho comparado

1. La aplicación del método naturalístico, dice Lacruz, supone una superación de los métodos puramente históricos. De un lado, parte de la posibilidad de distinguir en los fenómenos jurídicos, la estructura y la forma, de otro, la función y la finalidad de una institución.

Al aplicar este método al Derecho guipuzcoano -habida cuenta de las diferencias que presenta con el Derecho aragonés para el que se ideó- valoraré, por una parte, la finalidad a que aspiran los otorgantes del negocio transmisorio, y por otra, la forma de que se sirven para formalizarlo.

La finalidad que persiguen los otorgantes reside en mantener indivisa la casa, para ello eligen libremente al hijo idóneo para sucederles en el gobierno de la misma.

Esta finalidad puede extraerse empíricamente a través del examen de: a) la disposición en vida de la herencia a favor de un hijo y su aceptación por parte de éste.

- b) la renuncia y cesión de su legítima futura por parte de los restantes hijos.

La legalidad vigente en Gipuzkoa -el marco legal- establece la obligatoriedad de entregar la legítima individual a los herederos forzosos; sin embargo, la práctica social con relevancia jurídica nos indica que, de común acuerdo con los legitimarios, dicha obligación no se cumple. Los legitimarios están conformes con la designación de sucesor en la persona de un hermano y con tal motivo renuncian, libre y voluntariamente, a la legítima futura, y en muchos casos, disponen de ella por acto inter-vivos a favor del hermano elegido sucesor en la casa⁵⁰.

A la luz de los documentos, los motivos que alegan al formalizar la renuncia a la legítima son: el que se conserve la casa y la memoria de la familia a la que representa bajo el gobierno de un sucesor único; la idoneidad para el cargo del hermano elegido; en remuneración al hermano elegido, por ser muchos los favores que de él han recibido o que esperan recibir en el futuro, o -en la mayor parte de las escrituras- porque se dan por contentos y satisfechos con la cantidad que le ha sido entregada en dinero para su dotación o con la cantidad que se obliga a entregarles el sucesor en el futuro.

En defecto de un Derecho foral escrito, la cobertura jurídica para llevar a cabo tales disposiciones se alcanza mediante el empleo de títulos reconocidos en el sistema vigente. Es decir, la institución de la mejora y la donación -debidamente modalizadas- utilizados como vehículo jurídico para alcanzar de modo indirecto las finalidades expuestas.

49. LACRUZ BERDEJO, J. L., "Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón, ADA. 1945, 123 a 135.

50. vease el nº 5 de este trabajo.

El empleo del negocio indirecto es frecuente en la práctica en los casos en que no exista adecuación entre el Derecho escrito y la práctica social. Pero la tendencia a la superación del fenómeno se desprende de la subsunción de estas individualidades anómalas bajo figuras ya disciplinadas⁵¹. En nuestro caso se da tal fenómeno por una doble circunstancia: por una parte, en Gipuzkoa no existió un Derecho foral escrito, por otra, a nivel general el pacto sucesorio no estaba institucionalizado como categoría propia. Una razón unida a la otra determinan el que sea necesario utilizar de modo indirecto otras categorías conocidas.

2. A la luz de las categorías jurídicas actuales, tomando como marco conceptual la institución de los pactos sucesorios (recogida en el nº 11 del trabajo), vamos a ver si las disposiciones de bienes analizadas presentan los caracteres propios de la institución referida.

En el intento de simplificar la exposición voy a fijarme exclusivamente en los caracteres esenciales que definen a los pactos sucesorios:

- a) formalización mediante pacto o acuerdo de voluntades
- b) contenido sucesorio.

a) Se formalizan en vida y presentan un carácter pactado. Los padres disponen la casa y fijan las condiciones en las que lo hacen; el hijo elegido acepta la disposición o los bienes y se obliga al cumplimiento de las obligaciones que se le imponen. Su carácter pactado determina que tales disposiciones sean irrevocables unilateralmente.

b) Los documentos examinados recogen la disposición, la renuncia o la cesión de derechos sucesorios -la herencia (la casa) o la legítima futura-. Tales disposiciones se llevan a cabo mediante el empleo de títulos sucesorios (la mejora) o inter-vivos (la donación universal de bienes presentes y futuros), lo que determina que sus efectos plenos y consolidados tengan lugar a la muerte del causante.

En Gipuzkoa tienen lugar los tres tipos de pactos sucesorios que admite la doctrina: los pactos sucesorios adquisitivos, los negativos o abdicativos y los pactos sobre la herencia de un tercero, que concurre al otorgamiento.

Dentro de los pactos adquisitivos existen dos modalidades: los pactos con eficacia post-mortem, es decir los pactos que posponen sus efectos a la muerte del causante -se deriva de su formalización mediante la mejora- y los pactos sucesorios con eficacia de presente -formalizados mediante donación-. En el último caso en el momento de la formalización del pacto se producen algunos efectos, si bien adquieren carácter pleno y consolidado a la muerte del donante.

3. Los pactos sucesorios guipuzcoanos guardan paralelismo con los pertenecientes al Derecho navarro en lo que concierne a la presencia de los tres tipos de pactos sucesorios; con el Derecho gallego por el empleo de la mejora a la hora de formalizarlo -e inexistencia de un Derecho foral escrito- y, por último, con el Derecho vizcaíno en lo que respecta al contenido del pacto sucesorio -presencia de la cláusula de la comunidad de vida, tipología de la cargas y presencia de la reversión. El pacto sucesorio de designación a favor del hijo conyugado es muy frecuente y tiene una riqueza de cláusulas y de contenido como los que se otorgaban en el pasado en Bizkaia⁵².

51. RUBINO, D., *El negocio indirecto*, traducción de Rodríguez-Arias, L., Madrid, 1953, 32.

52. Puede verse en mi Tesis sobre *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Diputación Foral de Bizkaia, 1994.