

Nuestra libertad de testar

ADRIÁN CELAYA IBARRA

Presidente de la AVD/ZEA

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/15

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Resumen: La libertad de testar, tal y como ha sido entendida en los diferentes territorios de derecho vasco a lo largo de la historia, tiene por objeto la conservación del patrimonio familiar. Las reformas de los siglos XIX y XX en los territorios vascos ha acentuado, sobre todo en la Comunidad Autónoma Vasca, el reforzamiento de las instituciones tradicionales. El Anteproyecto del ley civil vasca de la AVD/ZEA rextiende la foralidad civil a todos los habitantes de la Comunidad Autónoma Vasca, regula la cuantía de la legítima sucesoria y recoge en su integridad los instrumentos típicos de la sucesión testada, sin olvidarse de la troncalidad, en la que introduce reformas fundamentales.

Palabras clave: Libertad de testar vasca, modificaciones históricas, rasgos del Anteproyecto de la AVD/ZEA, foralidad civil, troncalidad.

Laburpena: Testamentua egiteko askatasuna ulertzen bada, euskal zuzenbidea zein lurraldek izan eta lurralde horietan historian zehar ulertu izan den moduan, askatasun horren xedea da familiaren ondarea iraunaraztea. XIX eta XX. mendeetan, zenbait eraldaketa gertatu ziren euskal lurraldeetan, eta, batik bat, Euskal Autonomia Erkidegoan; eraldaketa horiek indartu eta sendotu egin zituzten erakunde tradizionalak. Ildo bere-tik, Zuzenbidearen Euskal Akademiak Euskal Lege Zibilaren Aurreproiektua prestatu du, eta proiektu horrek forutasun zibila hedatzen die Euskal Autonomia Erkidegoko biztanle guztiei. Horrekin batera, proiektuak oinordetzako senipartearen zenbatekoa arautzen du, eta oso-osorik jasotzen ditu testamentuzko oinordetzaren ohiko tresnak, tronkalitatea ahanzi gabe, baina horretan oinarrizko eraldaketak eginez.

Gako-hitzak: Testamentua egiteko askatasuna, Euskal Autonomia Erkidegoan; aldarazpen historikoak; Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aurreproiektuak zein ezaugarri duen; forutasun zibila; tronkalitatea.

Abstract: Testamentary freedom, as it has been understood in the different areas of Basque law throughout history, is aimed at the preservation of family wealth. The amendments of the nineteenth and twentieth centuries in the Basque territories have underscored, especially in the Autonomous Community of the Basque Country, the consolidation of the traditional institutions. The AVD/ZEA's Basque Civil Law Draft Bill puts forward once again the provincial civil law rights of all inhabitants of the Autonomous Community of the Basque Country, which regulates the amount of the legitimate inheritance and compiles in its entirety the typical instruments of testate succession, without forgetting birthright, wherein the fundamental amendments are introduced.

Key words: Basque testamentary freedom, historical amendments, features of the AVD/ZEA (Basque Law Academy) Preliminary Draft, "foral" provincial civil law, birthright.

SUMARIO:

1. LA LIBERTAD DE TESTAR VASCA. 2. LAS MODIFICACIONES ACTUALES. 3. LOS PRINCIPIOS DEL ANTEPROYECTO DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO/ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA. 4. CONCLUSIONES.

1. LA LIBERTAD DE TESTAR VASCA

Vamos a hablar sobre la libertad de testar y debemos hacerlo sin ningún prejuicio. Hay defensores apasionados de la plena libertad de testar y entre nosotros hay quien sostiene que es muy antigua. Decía en 1971 Salinas Quijada que en Navarra existió desde los tiempos más remotos una absoluta libertad de testar.¹ Y muchos piensan que, no sólo en Navarra sino en todo el País Vasco, la libertad de testar ha dominado desde antiguo.

La verdad es que nadie sabe lo que ocurría entre nosotros más allá de los últimos siglos de la Edad Media. El testamento es una creación romana, y así nos lo ha hecho ver Maite Lafourcade cuando nos describe las costumbres de la parte francesa de Euskalerrria, donde el testamento no fue recibido. Si no había testamento, ¿cómo había libertad de testar?

En Labourd y Soule, nuestras tierras de Iparralde, no se recibió el testamento romano sino un sistema de sucesión forzosa muy original, según nos cuenta también Lafourcade. Quien sucede en la hacienda familiar en Labourd es un heredero único, universal, el primogénito, el mayor de los hijos, sea varón o mujer, aunque se le imponga la carga de ayudar a sus hermanos.

Y es que lo esencial en tierra vasca, como en Aragón y en todos los países cercanos al Pirineo, es la conservación y transmisión íntegra de la

¹ *Francisco Salinas Tejada*, Derecho civil de Navarra 1, pág. 183.

hacienda familiar a un solo heredero. Esa hacienda, la casa familiar, nuestro caserío con sus pertenecidos, ha de conservarse íntegra y, con libertad y sin libertad, es una conclusión a la que se llega en todas nuestras antiguas leyes forales.

Las leyes vascas mantuvieron la integridad de las haciendas familiares, tanto cuando hay un sistema de sucesión forzosa como en Iparralde, como cuando existe testamento, como ocurre entre nosotros, porque la unidad de la hacienda familiar se logra, casi siempre, a través de la troncalidad.

La conservación de la hacienda familiar era muy importante en tierra Vasca, como en Aragón, y evitó la desmembración del caserío en pequeños minifundios, como ocurría en tierras de Castilla.

Conforme a la Constitución y el Estatuto, nuestras leyes podían conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil vasco. Y reconozco, porque he tomado parte en casi todos los proyectos, que nos ha podido más la función de conservar que la de desarrollar. Ante todo era preciso mantener vivas nuestras instituciones, amenazadas por las leyes generales y en buena medida, tras más de un siglo de vigencia del Código Civil, ignoradas por nuestros letrados. No teníamos Universidad y cuando surgió la Universidad vasca, no se tomó un camino decidido de abrir las puertas a instituciones muy distintas del Código civil. Aquí era imposible que ocurriera, como lo he visto yo en Barcelona, que el profesor empezaba el curso preguntando: ¿Qué queréis que os explique, el Código Civil o las leyes catalanas? Entre nosotros solamente en Navarra se explicaba, se comentaba y se aplicaba la ley civil navarra.

Pero existía algo que, a mi juicio, es un gran valor de la tradición vasca, la pluralidad. Alava, Guipúzcoa y Bizkaia son provincias hermanas, pero en modo alguno idénticas. Cada una tiene su historia y sus usos y costumbres, que podrán ser semejantes, pero nunca iguales.

Alava y Guipúzcoa se incorporaron muy pronto a Castilla, al comienzo del siglo XIII. Y por ello, pese a la defensa que hicieron de sus insti-

tuciones, el peso de la legislación castellana es muy fuerte, sobre todo porque Castilla tiene leyes escritas y los guipuzcoanos y alaveses sólo usos y costumbres

En su origen remoto, las viejas costumbres de todos los territorios vascos no debieron ser muy diferentes de las de Bizkaia. Pero cuando en 1959, el Estado quiso recoger en una Compilación todo el Derecho civil vasco, solamente reguló el Derecho civil de Bizkaia y el de la tierra de Ayala, únicos territorios que tenían leyes escritas.

Esta Compilación no acabó con todo el Derecho vasco no legislado. En nuestro Estatuto se reivindica claramente el Derecho consuetudinario.

2. LAS MODIFICACIONES ACTUALES

Pero en 1992, cuando iniciamos, al amparo de la Diputación de Bizkaia, la redacción de nuestras leyes civiles, tomamos una actitud muy conservadora. No queríamos dar pasos demasiado firmes, simplemente marcábamos el terreno sobre el que era preciso actuar. Nos dominaba el temor de que la ley vasca fuera recurrida ante el Constitucional. Así y todo, el Gobierno presentó un recurso de inconstitucionalidad, algo que no ha sucedido en leyes mucho más innovadoras de otros territorios. En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal constitucional es mucho más comprensiva y nos permite legislar sin recelos sobre el desarrollo de nuestro Derecho civil histórico.

El movimiento codificador del siglo XIX afectó a todos los territorios vascos. En primer lugar, al País vasco francés, cuyas costumbres, escritas tardíamente, estaban muy vivas cuando en 1804, se publicó el Código de Napoleón que instauraba la legítima romana y con su espíritu centralizador y uniformista derogó todas las costumbres vascas y las de otros territorios franceses. Algunos de nosotros hemos sido testigos de la difícil tarea que tienen los notarios franceses para mantener integras las haciendas frente a la división que impone el Código de Napoleón.

Por lo que se refiere al territorio vasco peninsular, pese a que su Derecho no ha sido derogado, se producen importantes reformas:

1. En Navarra, donde el Fuero General, afrancesado, estableció un modo rígido de testar, al decir que nadie puede *dejar a criatura alguna más que a otra*, los Amejoramientos establecieron un sistema de gran libertad, solamente limitado por la troncalidad.

2. Creo que el viejo Fuero de Ayala regulaba un derecho de libertad de testar también limitado por las reservas troncales. Pero en la escritura otorgada con su Señor don Pedro de Ayala, el 30 de setiembre de 1589, los ayaleses renunciaban a sus leyes propias y se acogían al Fuero Real y a las Partidas, con la única reserva de conservar la ley que prohibía la prisión por deudas, el derecho a elegir libremente sus alcaldes en el campo de Sarobe y en materia civil, la disposición de la ley XXVIII del Fuero de Ayala que disponía que *todo hombre o mujer estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte dello a quien quisiere por Dios é por su alma o por servicio que le fizo*.

Esta es la absoluta libertad de testar en el valle de Ayala, sin reservas ni limitaciones. El Código Civil no afectó a la vigencia de esta norma.

3. Gipuzkoa y el resto de Alava parecían quedar íntegramente dentro de las normas del Código Civil sin que se les reconozca su antiguo Derecho consuetudinario hasta que se abre la vía del Estatuto de Autonomía.

4. En Bizkaia, el Fuero Viejo de 1452 reconocía que *hasta ahora en Vizcaya* había total libertad de disponer para el testador, salvo en los bienes troncales, un sistema muy similar al de otros territorios vascos, pero los redactores del Fuero hicieron una rectificación que es la causa de la gran extensión de la troncalidad en Bizkaia pues se declara que los bienes adquiridos por cualquier título, aunque no sea por sucesión, son también troncales, y ésta es una situación sobre la que seguramente merecerá reflexionar. Pero no conformes con esta gran amplitud de la troncalidad, el Fuero de 1526, claramente influido por el Derecho caste-

llano, introdujo la legítima, con la misma extensión que regía en Castilla antes del Código Civil, la legítima de los cuatro quintos, que creo que ya es hora de retocar, pues en modo alguno responde a nuestra tradición. Habiendo hijos, la libertad se reducía a una quinta parte de los bienes.

La legítima vizcaína de cuatro quintos vigente en Castilla, se convirtió al trasladarse a Bizkaia en una enorme cuota, muy superior a la romana. El Código Civil se percató de esto y la redujo a los dos tercios; pero no la imponía en los territorios forales y en Bizkaia siguió siendo de cuatro quintos.

El valle de Ayala conservaba su libertad de testar; pero en Guipúzcoa y Alava, donde penetraba día a día el Derecho de Castilla, la legítima castellana se hizo presente con su legítima de dos tercios, uno de ellos de riguroso reparto entre los hijos, en continuo contraste con la costumbre foral.

3. LOS PRINCIPIOS DEL ANTEPROYECTO DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO/ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

En esta situación, cuando se enfrentó la comisión redactora con la legislación de Bizkaia, en una iniciativa de la Diputación vizcaína, se tendió más a la conservación de las instituciones tradicionales que a su desarrollo.

Pero creo que ha transcurrido bastante tiempo y llega el momento de que desarrollemos de verdad nuestra legislación foral. Para ello, la fórmula aceptada por la Academia en la redacción presentada al Parlamento Vasco se sustenta en las siguientes bases:

Primera. Hemos optado por hacer extensiva la foralidad a todo el Territorio de la Comunidad Autónoma Vasca, aunque respetando las peculiaridades locales. Creemos que esta es una decisión realista. Somos un territorio pequeño y no se justifica muy bien la diversidad de las leyes vigentes. Por otra parte hay razones para pensar que en todo el territorio vasco existió en origen una gran libertad de testar sólo limitada por la troncalidad.

Esto nos permite crear una vecindad civil vasca que hasta ahora no ha existido. En este momento somos la única Comunidad que no tiene una vecindad común a todos sus habitantes. Se puede ser de vecindad aragonesa, castellana o catalana, pero no vasca. Me encanta la diversidad pero no llevada a términos tan extremos.

Segunda. Aceptamos la cuantía de la legítima que regula hoy el Código Civil, dos tercios del total de todos los bienes, sin el tercio de mejora. De este modo reducimos la legítima vizcaína de cuatro quintos, una cuantía excesiva que fue introducida por la reforma del Fuero en 1526 y que, a mi juicio, estaba tomada de la legítima entonces vigente en Castilla, pues los redactores de aquel Fuero presumían de tener muchos letrados, sin duda formados en la Universidad de Salamanca. Naturalmente que no aceptamos la legítima estricta, sino que los dos tercios puede el testador distribuirlos libremente, con la única limitación, muy propia de nuestras leyes, de tener que apartar a los hijos no favorecidos.

De este modo, no hacíamos violencia a los territorios de Guipúzcoa y Alava en los que el Código Civil está, en este aspecto, plenamente introducido. Si me decís que esa legítima es también muy amplia, estoy de acuerdo. Lo que ocurre es que quizá los redactores de la reforma somos hombres prudentes que no quieren cambios demasiado violentos, que probablemente han de llegar en el futuro.

Tercera. Los instrumentos propios de la sucesión testada que son más característicos de nuestro País, se recogen en su integridad. Esto ocurre con los testamentos por poder, el testamento mancomunado y los pactos sucesorios. Fueron eliminados por el Código Civil por prejuicios doctrinales que creemos que ya no están vigentes.

Estos instrumentos son típicamente forales, se utilizaron en todo el territorio vasco y creo que incrementan la libertad del testador.

Se seguirá hablando mucho tiempo sobre la libertad de testar, pero hay que reconocer que es difícil pensar en ella sin tener presente algún caso

concreto. Si pensamos en el cabeza de familia que la abandona y hace un uso caprichoso de su libertad podemos ser partidarios de la sucesión forzosa. Y al contrario, si nos viene a la mente la imagen de los hijos y sucesores ingratos o de personas que mueren sin hijos, nos inclinaremos a la libertad de testar.

Lo correcto parece dejar el destino de los bienes a merced de la persona que está en mejor situación para valorar la pertinencia de su destino, que no es el Estado ni la ley, sino el propietario o cabeza de familia, que está en la mejor situación para acertar. Si esa persona no es razonable trataríamos de recurrir a la sucesión forzosa, conforme a la ley, pero sin ninguna garantía de acierto.

Los vascos estamos empezando a caminar, en el momento en que otros territorios forales han avanzado ya mucho. Lo que creo necesario es que no nos retrasemos más. Debemos dejarnos guiar por el buen sentido, dejando decisiones más avanzadas para la iniciativa política.

Cuarta. ¿Qué queda de la troncalidad? Se encierra en la Tierra Llana de Bizkaia pero aún así, cada día son menos la caseríos que justifiquen aquella idea tradicional de la troncalidad, como medio de mantener la unidad del patrimonio y la familia. Mantenemos su vigencia, cada día más limitada, quizá porque hombres como yo somos incapaces de olvidar aquellos caseríos que visitaba como Juez y en los que la troncalidad era aún muy viva e incluso me presentaban a quien llamaban *alkar poderoso*, que gozaba de un poder testatorio.

4. CONCLUSIONES

Pero los tiempos han cambiado y ésta es una realidad que el legislador no puede ignorar. Seguimos razonando a favor o en contra de la libertad de testar o la legítima con los argumentos de antaño, ajustados a una sociedad muy distinta.

En el mundo de hoy el orden social es muy distinto. El derecho antiguo se amoldaba a una situación en la que se tenía en mente un tipo de familia que queda muy alejado. La vida en el caserío no está encerrada en un caserío apartado porque los medios de comunicación nos acercan a la realidad viva que en forma dominante se desarrolla en la ciudad. Las carreteras ya no están cercadas por largas hileras de maizales ni los caminos cruzados por carros de bueyes. Los caseros, en su mayor parte, comparten una actividad de trabajo en fábricas u oficinas con el cultivo de la tierra cada día más reducido.

La familia tradicional aún subsiste y sería poco razonable legislar al margen o contra ella, pero la sociedad es muy distinta. Antes se pensaba en el caserío que había que mantener vivo, y ahora el casero y sus hijos tienen preocupaciones distintas, a menudo centradas fuera del campo.

Yo pensaba y he mentenido hasta ahora, que la competencia que nos dejó la Constitución en materia civil había que utilizarla ante todo para fijar los términos del Derecho vigente en nuestro país a fines del siglo pasado, pero ha pasado tanto tiempo que ahora sentimos toda la inquietud de avanzar más, porque hace tiempo que nuestra sociedad dejó de ser puramente rural.

En este momento me inclino, en materia de troncalidad, a proponer dos reformas fundamentales.

En primer lugar, suprimir lo reformado en el Fuero de 1452 que hacía troncales todos los bienes raíces. Esta extensión me parece hoy desmesurada y sería bueno volver a la situación anterior que sólo entendía por troncales los recibidos de un ascendiente por herencia o donación.

En segundo lugar, el derecho de saca foral debía ser sustituido por un retracto. Esto ya lo he razonado en otras ocasiones sin ningún éxito, y si vuelvo a plantearlo es porque cada día es mayor mi convicción de la pertinencia de esta reforma.