

Derecho Foral guipuzcoano: Notas desde un aspecto notarial y práctico *

(Statutory Law from Guipuzcoa: Notes from a notarial and practical aspect)

Sanza Amurrio, Jesús María
Luis Mariano, 10, 4º B
20302 Irún

BIBLID [1138-8552 (1998), 12; 81-92]

El autor analiza desde el punto de vista Notarial la forma de testar y la sucesión mortis causa en Guipúzcoa. Da una visión histórica así como de instituciones que se han aplicado en Guipúzcoa. Pero sobre todo lo que intenta realzar son las conclusiones subjetivas desde una visión práctica sobre el posible uso y futuro del Fuero por este territorio Histórico. La visión de esta conferencia es ya a posteriori de la publicación del artículo 147 de la ley de derecho civil vasca.

Palabras Clave: Sucesión testada. Foral de Guipúzcoa. Práctica Notarial. Conclusiones.

Egileak Gipuzkoako testamentu egiteko era eta mortis causa oinordetza aztertzen ditu ikuspegi notarialetik. Ikuspegi historikoa ematen du, Gipuzkoan aplikatu diren instituzioak ukituz. Baina batez ere, ikuspegi praktikoa batetik, ondorio subjektiboak ateratzen saiatzen da Lurralde Historiko horrek etorkizunean bere Foruaz egin lezakeen erabileraren inguruan. Hitzaldi honen ikuspegia euskal zuzenbide zibila legearen 147. artikulua argitaratu ondokoa da.

Giltz-hitzak: Oinordetza testamentuduna. Gipuzkoako Forua. Notarioaren praktika. Ondorioak.

L'auteur analyse d'un point de vue Notarial la façon de tester et la succession mortis causa de Guipuzcoa. Il donne une vision historique ainsi que des institutions qui ont été appliquées en Guipuzcoa. Mais il tente surtout de tirer les conclusions subjectives d'une vision pratique sur l'usage possible et le futur du Fuero par ce territoire Historique. Le but de cette conférence est, à posteriori, la publication de l'article 147 de la loi de droit civil basque.

Mots clés: Succésion par testament. Foral de Guipuzcoa. Pratique notariale. Conclusiones.

* III Jornadas de Derecho Privado Vasco. Homenaje a Adrián Celaya e Ibarra. Donostia. 1993

ORIGEN DEL DERECHO FORAL EN GUIPÚZCOA

En Guipúzcoa el nacimiento y camino de Evolución del Derecho Foral es muy antiguo. Sin duda antes de ser territorio Navarro tendría sus propias normas, cuando formó parte de Navarra aparecen los primeros Fueros de carácter Municipal, los pueblos de la costa recibieron cartas pueblas similares al Fuero de Estella y en el interior el Fuero de Vitoria.

La primera regulación de derecho Civil que aparece en el Derecho Guipuzcoano es la de Fuero de San Sebastián del año 1180, derivado del de Estella, salvo las disposiciones del Derecho del mar, que son autóctonas. En él se establecen algunas disposiciones de carácter sucesorio de carácter troncal.

Se recoge la troncalidad mandando la devolución al tronco de los Bienes Muebles e Inmuebles, consagrando la exclusión del progenitor superviviente en la sucesión de los bienes que dijo premuerto había heredado del otro progenitor. A dicha institución troncal hace referencia un pleito de alrededor del año 1543 seguido por Juanes de Zaldibar contra Juanes de Ayerdi.

En él expone que esta demanda de reclamación de dote, reclamada por el hermano troncal, se hacía “conforme al uso y costumbre inmemorial y privilegio que tiene y “a” dicha villa” y en demostración de dicha costumbre se incorporó a los autos el testimonio de la Cédula que contiene el Fuero de Sancho el Sabio de Navarra”.

El derecho de testar (como libertad de testar) Guipuzcoano ya se invoca en la Ordenanza de Oñate de 1477, incluso se asimila con el derecho Vizcaíno en la cédula aprobatoria de los Reyes Católicos de 6-I-1485, cuando existiendo en el señorío facultad de apartar a los hijos que no fuera el sucesor con la Legítima Foral simbólica se habla indiscriminadamente “de una forma y manera que se hace e acostumbra hacer en Guipúzcoa y en Vizcaya”. En el memorial que presenta Juan Arbelaiz en 1625, ya se recoge la oposición que hay entre la ley escrita y la costumbre.

Desde el año 1200 Guipúzcoa se incorpora a Castilla, incorporación que se hace conservando los Fueros que regían en el Territorio y autonomía legislativa en ciertas materias.

Si bien en lo que al derecho Privado se refiere se aplicó el Fuero Real, y el Ordenamiento de Alcalá de 1384, disponiendo este último que se aplicaran las disposiciones en él contenidas, luego los fueros Municipales y con ellos el Fuero Real y después las Partidas.

El derecho autóctono quedará absorbido en gran parte por el citado derecho nuevo o de Castilla que irrumpió fuertemente por ser un derecho técnicamente muy avanzado y naturalmente por ser derecho propiamente Real.

Esta aplicación del derecho fue particularmente grave para del derecho privado de Guipúzcoa al no estar recogidas sus normas en ninguna compilación escrita, a diferencia de otros territorios históricos como Vizcaya, Navarra o Ayala en los que se realizan las compilaciones de las normas escritas.

Por lo tanto se inició una etapa de supervivencia del derecho Guipuzcoano autóctono, en la que sólo han logrado estar vigentes unos usos y costumbres de carácter sucesorio-familiar que los guipuzcoanos estimaban vitales para la organización económica-social basados en lo que se denomina “la Ordenación Consuetudinaria del Caserío.”

Y en lo que respecta a los Escribanos o Notarios, como hemos dicho anteriormente, con la incorporación a Castilla eran nombrados por el rey. Estos nombramientos recaían muchas veces en personas extrañas al país, ignorantes de sus lenguas, usos y costumbres. La pro-

vincia planteó en tiempos de la reina Doña Juana estos inconvenientes y en consecuencia se expidió el oportuno Real Privilegio del 13 de agosto de 1513, por la que los municipios y concejos de esta provincia han estado en el uso y constante posesión de proveer las vacantes de sus respectivas escribanías, hasta la unificación y nacimiento del Notariado moderno que data del 28 mayo de 1862. Si bien actualmente se sigue la tradición y es el Gobierno Vasco quien nombra con capacidad de veto a los Notarios propuestos por el Ministerio de Justicia.

El derecho de Guipúzcoa se ha desarrollado en las escrituras pero éstas tienen unos límites dentro del:

ÁMBITO PERSONAL

Dichas “leyes de los particulares”, están limitadas en su ámbito, puesto que los actos tienen repercusión en la familia en el caso de que el otorgante de la escritura pública otorgue Pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales, los sucesores en el caso de que otorgue testamento, los donatarios en el caso de que otorgue escritura de donación, etc...

Hemos dicho que el Notario es encargado de reflejar esa voluntad humana, así como de archivarla (extremo éste que desarrollaremos posteriormente)

ÁMBITO TERRITORIAL

El otorgante solamente puede afectar a los bienes que él posee o pueda poseer en el futuro. En Guipúzcoa y por lo que a nosotros interesa es en el Caserío con todos sus pertenecidos, donde se han desarrollado todas las vicisitudes del Fenómeno de conservación que estamos estudiando. Porque el Guipuzcoano ha tenido un núcleo embrionario de organización que era el caserío. En ese caserío el Etxe-Jaun o Dominus, ejerce una verdadera jurisdicción, en la edad antigua de carácter incluso militar y penal, y el municipio guipuzcoano será en sus orígenes una reunión de caseríos o Fuegos.

Si los mismos dueños de los caseríos hacían las leyes que eran los Fueros, ¿cómo iban a estar limitados a la hora de disponer de los bienes para después de su muerte?

De ahí saldrán representantes que se reunirán en las Juntas de la Provincia, máximo organismo.

ÁMBITO TEMPORAL

El otorgante ante el Notario dará forma a sus aspiraciones y éstas pueden tener eficacia desde ese momento o bien tenerla en el futuro. Si se realiza un testamento, su ámbito es muy significativo; la voluntad vive en muchos años. Se dispone de los bienes para después de su muerte. El testamento es un documento muy significativo pues cobra su verdadera fuerza con la muerte de la persona, regulando relaciones jurídicas y personales para después de aquélla..

Los Notarios han ido guardando año tras año esos documentos encuadrando en su propia Notaría los legajos y escrituras públicas y entregando sus colecciones pasados los cien años respectivos de guarda a los archivos de la Provincia. Por lo tanto los archivos de los Notarios que se hallan en Tolosa y en Oñate son fundamentales para estudiar el derecho autóctono.

El Derecho Guipuzcoano se ha desarrollado al amparo de esos documentos otorgados y guardados por los escribanos públicos. Por lo tanto el Protocolo Notarial, que es así como se llama el archivo de los Notarios, ha contribuido a la conservación del citado derecho.

Veamos cuáles son los documentos que han guardado los Notarios:

EL DERECHO GUIPUZCOANO A TRAVÉS DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES

En Guipúzcoa el Derecho Civil Foral que subsiste como costumbre consuetudinaria recae sobre el derecho de sucesiones y familiar (aunque puntualmente afecte al derecho obligatorio en lo que se refiere a las donaciones); más concretamente sobre la forma de testar los caseríos o lo que Alvaro Navajas llamaba la Ordenación Consuetudinaria del Caserío.

Por lo tanto estudiar al costumbres guipuzcoanas hay que examinar principalmente los archivos notariales de las diferentes épocas y especialmente las escrituras de testamentos, pactos sucesorios, capitulaciones matrimoniales, donaciones propter nuptias, testamento por comisario.

LA ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES: SU IMPORTANCIA (VERDADERO PACTO SUCESORIO)

Aunque es el documento más característico, y los protocolos notariales hasta los años 60 están plagados de dichos documentos; hoy en día no se realizan por diversos motivos con frecuencia, y aunque se mantiene la indivisibilidad del caserío, se escogen diversas formas para la realización de la transmisión indivisible del caserío. Será la donación con diversas cláusulas parecidas a las capitulaciones, o bien a través de la compraventa simulada etc...

La sociedad Rural Guipuzcoana ya desde aquellos años y hasta hace muy pocos ha mantenido la costumbre de elegir entre los hijos con entera libertad y sin distinción de sexo; preferentemente el mayor pero no siempre cual de ellos era el continuador del Caserío y éste se hacía generalmente a través de las Capitulaciones Matrimoniales de la pareja joven en que intervenían también los padres de los contrayentes y en las cuales se donaba el caserío con todos sus pertenecidos y aperos agrícolas y útiles de labranza si bien sometiéndolo a una serie de condiciones que variaban según los tiempos y según las zonas.

Estas donaciones tienen carácter de mejora, disponiendo que se imputen al tercio de libre disposición y si no cupieran al de mejora.

Tienen el carácter de asistencia al matrimonio viejo, disponiendo que los donantes (los padres) formarán con el donatario una sola familia, asistiéndose mutuamente en sus enfermedades; procurando administrar los bienes de mutuo acuerdo, costeándose los alimentos de ambas familias y demás personas que vivan en el Caserío.

Naturaleza

El Régimen es muy parecido al existente en Navarra, Ayala o el Alto Aragón.

Es una institución civil de carácter complejo que se encuadra dentro del derecho sucesorio familiar.

Pero aun siendo un negocio atípico participa de las normas de sociedad civil y de la donación, pues no cabe duda que hay aportaciones, cargas que pudieran ser modales, reservas de usufructos pero la finalidad tipifica la relación como sucesorio-familiar.

Contenido de las capitulaciones

Vamos a ver cuál era el contenido de la ordenación consuetudinaria típica del Caserío que se resume primero en unas capitulaciones y en un posterior testamento:

Lo fundamental es un contrato pactado normalmente en capitulaciones (antes de casarse o después del enlace, no importaba el momento) entre el matrimonio joven y el matrimonio viejo; en ellas se establece una comunidad familiar y sucesoria compleja. Normalmente los padres se reservan la mitad del usufructo en igualdad de condiciones aunque no sea uno de ellos el dueño del caserío, en éste es parecido a la fealdat Catalana, si bien el usufructo generalmente es la mitad y no universal.

Es frecuente que los demás hijos declaren haber recibido tal cantidad a cuenta de las legítimas, en documento privado o público.

Reversión troncal

Las Leyes de Toro de 1.505 fueron beneficiosas para la institución Guipuzcoana. Aprovecharon la posibilidad que concedía la Ley sexta de Toro interpretada a sensu contrario en la que se establecía que los ascendientes heredaren de los descendientes en abintestato, salvo que los fueros del lugar o la costumbre dispusieran otra cosa. Y las Juntas de Guipúzcoa disponían lo contrario hasta el punto de recomendar a los escribanos que la pusieran en todas las escrituras.

Se regulaba la Reversión de la dote que generalmente era el caserío reseñado en las capitulaciones cuando la pareja joven se disolvía por fallecer el hijo continuador del Caserío sin hijos, reversión que se hacía en favor de los parientes tronqueros; hay unas Juntas de Guipúzcoa celebradas en Bergara del año 1643 en las que expresamente se ordena y amonesta a los escribanos que no la pusieran y así mismo se pide que se debiera de entender puesta la cláusula de Reversión troncal aun cuando ésta no se mencionara.

Dicha cláusula era una consecuencia lógica de la Donación total del Caserío a la pareja joven puesto que en caso contrario dicho caserío pasaba a la línea de la otra familia; estas instituciones han pasado como hemos dicho hasta nuestros días.

Ha pasado de manera fragmentaria del derecho foral al Código Civil en el artículo 812.

Clausulas de estilo

1.- En favor de padres y del caserío:

“levantar las cargas de la familia” “oirá y atenderá a los padres en todos los asuntos y negocios de la casa”, “no traficar con el ganado de modo impropio a un diligente labrador” “disponer de los bienes inmuebles sin el consentimiento del padre donante o en su falta la madre”.

2.- En favor de los hermanos: “el derecho a vivir en el caserío mientras permanezcan solteros y no hayan recibido asignación.” “los hijos podrán volver al caserío en caso de enfermedad y todos ellos en todo tiempo serán bien recibidos en Gure Enea, los días tradicionales de fiestas y visitas”.

3.- El donatario no podrá vender , gravar o enajenar los bienes sin consentimiento de los donantes.

4.- Si por cualquier motivo no conviniere a los donantes y donatarios continuar la vida en común, se separarán saliendo el donatario de la casa de sus padres y retirando al hacerlo la dote de su esposa.

5.- Cuando se da una cantidad global en metálico se suele poner esta cláusula:

“Si procediere la liquidación de la herencia del testador, se reconocerá a los hijos no mejorados lo que por legítima les corresponda, con reserva del derecho a suplemento si en su día al ser liquidados ambas herencias no alcanza las cantidades asignadas”

Bonifacio de Echegaray distingue si el Caserío es de la zona interior o de la costa, predominando más que se reserven el usufructo de todo el caserío en la costa.

- El matrimonio viejo reserva la propiedad.
- El usufructo con variantes, la facultad de disponer.

EL TESTAMENTO

Junto a las capitulaciones hay un testamento posterior o simultáneo en el que hay una promesa de mejorar en el testamento en el tercio y dejarle el tercio de libre disposición posteriormente en testamento, paralelamente se instituye heredero a fin de respetar las legítimas instituyendo al sucesor de la manera dicha. Se solía poner albaceas poniendo comisario que también esta institución se ha aplicado en Guipúzcoa o a modo de consejo de parientes dándole libertad de elegir sucesor entre los hijos.

Quizá nos encontremos ante una nueva variante de la libertad de testar.

En él se instituía heredero al hijo o hija que continuaba en el caserío dándole el tercio que establecía el fuero Real pero que no podía acumularse al quinto de libre disposición.

La mejora en el testamento

La mejora se establecía en Guipúzcoa en el testamento favoreciendo como hemos dicho anteriormente a favor del continuador del Caserío; las leyes de Toro ampliaron la facultad de testar de los Guipuzcoanos al permitir acumular el tercio y el quinto y favorecer la elusión de las legítimas Castellanas.

Sin embargo la Pragmática Real de 1.534 prohibió mejorar en el tercio y en el quinto por dote o donación a las hijas. Desde esa fecha son constantes las referencias en numerosas Juntas de Guipúzcoa por las que se insta a impugnar la aplicación de dicha ordenanza. El continuador del caserío por lo tanto no era siempre el mayor ni siempre el hombre sino que se tenían en cuenta las aptitudes de los hijos para llevar la sucesión de la casa. No hay continuidad pues del mayor ni incluso de apellidos y lo que importa y se conoce es el solar o el nombre del caserío.

Las legítimas y la libertad de testar: un pase foral a la guipuzcoana

Las dificultades que originaron la aplicación de las legítimas Castellanas dieron lugar a numerosos planteamientos por parte de las Juntas de Guipúzcoa, que pese a ser muchos no han cristalizado en un Régimen Sucesorio Legal quedándose en prácticas recogidas por escrito únicamente en los protocolos Notariales.

Las Juntas Generales de Guipúzcoa celebradas en Tolosa en 1.696 dispusieron que “cualquier persona pudiera dar por contrato intervivos o mortiscausa a uno de sus hijos o hijas o al nieto de éstas, todos sus bienes muebles y raíces derechos y acciones, apartando a los otros hijos o hijas o descendientes legítimos con cualquier cosa o cantidad poca o mucha que les quisieran señalar”.

Las Ordenanzas que se establecieron en dicha Junta fueron rechazadas por el Consejo de Castilla en auto ejecutivo de la providencia de 19 de Diciembre de 1.697, también en el mismo sentido las Juntas celebradas en Azcoitia en 1.747. Se le podría objetar como algunos autores han señalado que estas Juntas copiaron el Régimen de Libertad de testar Navarro, sin embargo hemos de decir que a pesar que los Navarros tenían la libertad de testar establecida en numerosos fueros municipales como el de Peralta de 1.144 y el Fuero de Jaca del año 1.187. Curiosamente en el Fuero General de Navarra sólo se da la libertad de testar a los nobles y con unas limitaciones legitimarias superiores incluso a las castellanas pues la legítima establecía que tenían que dar a cada hijo una arizanda de viña, dos robadas de trigo y un huerto con una era. Y ésto solamente en vida pues por testamento no podían dar más a un hijo que a otro. En 1.688 la legítima forzosa Real se sustituye por otra formula, por lo tanto la costumbre Navarra elevada a ley no difiere en años tanto como pudiera pensarse.

Es por lo tanto que pensamos que Leizaola o Galindez no se hallan muy alejados al decir que la libertad de testar regía en Guipúzcoa y Oñate al igual que en Ayala y Navarra.

El condado de Oñate y la libertad de testar:

Semejanza con el Fuero de Ayala.

¿Embrión de una futura libertad de testar en Guipúzcoa?

Tardíamente incorporado este Condado a Guipúzcoa conservó durante muchos años el privilegio otorgado por los Reyes Católicos y renovado por sucesivas leyes. El citado privilegio otorgaba la libertad de testar a sus habitantes. Sin embargo en el siglo XIX por error, afirma Uriarte Lebario se confundió con el derecho de mayorazgos de Castilla como el derecho que tenían sus habitantes a hacer Mayorazgos y fue suprimida en el siglo XIX cuando las leyes del Estado abolieron dichos mayorazgos.

En dicho territorio no había mayorazgos, entendidos éstos como vinculación de bienes a una sucesión de personas y la propiedad transmitida al mayor de la casa (Sentido que tenían en Castilla).

- la obligación de darles alimentos, cantidades...

SIGLO XX

Será en los años veinte (1929) cuando hay un proyecto serio de la Diputación donde se recoge la regulación del Caserío, la forma de su transmisión, préstamos para la compra de caseríos arrendados,...proyecto muy ambicioso y adelantado para su tiempo que viene a coincidir en materia de arrendamientos con el que el gobierno del estado realizó sesenta años más tarde en 1981 y el Estatuto de Agricultores Jóvenes.

Quizá por esos motivos, hubo polémica con los propietarios de caseríos, y el proyecto no salió adelante; pues hay que tener en cuenta que muchos de los caseríos están arrendados y proviene el arrendamiento de muchos años atrás, siendo propietarios de caseríos marqueses, duques y grandes de España.

Por lo tanto si hemos de reformar la Compilación para meter a Guipúzcoa sería necesario tener presentes tanto los textos de las Juntas celebradas en la Provincia como el más reciente proyecto de los años veinte de la Diputación en que se regulaba el caserío guipuzcoano.

En él se regulaba el Casería definiéndolo como la “propiedad rústica que radicando en la provincia de Guipúzcoa, fuera del radio de la zona natural de ensanche de las poblaciones, forme un cuerpo de bienes independientes o unidos con una o más vinda, habitadas bien por su propietario o arrendatario o colono que con su trabajo personal y familiar lo dedique a explotación agrícola y tenga varias piezas de terreno o pertenecidos aunque no linden entre sí ni con las viviendas”.

Se regulaba la forma de compraventa de los caseríos, con un novedoso acceso a la propiedad de los arrendatarios que había de hacerse notarialmente.

Se regulaba la sucesión hereditaria del citado caserío, estableciéndose en su artículo 14 la libertad de testar respecto de los caseríos.

Y el art.15 “... el propietario del caserío designará en su testamento a la persona que ha de suceder en él...con exclusión de los demás herederos forzosos, a quienes señalará como legítima la porción de herencia que tuviere por conveniente, a satisfacer bien con otros bienes si los hubiere, bien por el sucesor en el caserío....”

Estableciendo el artículo 17 una prelación en la designación de heredero (entre los hijos y el cónyuge).

Se ocupaba el artículo 19 de la donación intervivos del caserío, la cual solamente podía ser de la nuda propiedad y a los herederos forzosos del artículo 17, reservándose obligatoriamente el usufructo vitalicio.

Y en el artículo 18 se regulaba una modalidad de poder testatorio o testamento por comisario.

Este proyecto nos abre el camino a la reforma. Ahora bien ¿habrá que extender su ámbito al industrial, urbano o comercial?

Hay que destacar que el Tribunal Supremo en el año 1984 se ha adelantado a las Instituciones Forales reconociendo la vigencia de la citada Costumbre Guipuzcoana.

Al contrario que en otros tiempos con el pase foral se “obedezca pero no se cumpla”, o el llamado Contrafuero, en el siglo XVI las sentencias se perdían en la Chancillería de Valladolid, no es el caso de la sentencia que vamos a comentar y la postura del Tribunal Supremo en estos momentos:

La sentencia de 1984 es importante porque el órgano superior de justicia asume la realidad jurídica de Guipuzcoa. ¿Quizá demasiado tarde?

El camino recorrido en la sentencia es primero el juez de Bergara que ante una reclamación de legítimas y petición de reducción de donaciones de un caserío donado a otro hijos aplica si más el Código Civil, prosperando la reducción.

En la Audiencia de Pamplona prospera la Apelación y se revoca la Sentencia de Bergara por razones de prescripción de la acción de reducción y revocación de la donación.

En cambio el Tribunal Supremo, en esta importante sentencia define jurisprudencialmente la costumbre consuetudinaria guipuzcoana.

CONCLUSIONES

Dar pie a que el Derecho, aquí en Guipúzcoa, configure un Derecho nuevo o un Derecho Foral; o bien no eligiendo ninguna de las dos líneas, un Derecho intermedio que recoja prácticas habituales del caserío y que le dé pie a la provincia de Guipúzcoa a regular el Derecho Civil Sucesorio y Familiar, de la que se ha ocupado la provincia de Guipúzcoa a través de sus prácticas y de sus costumbres, se ha ocupado de conservarlo.

El asunto no sería tan grave en cuanto que la Constitución lo permite, en cuanto que la Constitución Española del 78 permite conservar el Derecho Foral allí donde exista, modificarlo, desarrollarlo e incluso aplicarlo a situaciones nuevas, dentro del contenido que ha tenido de siempre el Derecho de Guipúzcoa, y tampoco sería tan grave puesto que ya en las Leyes y Ordenanzas Fiscales se regula el Derecho Sucesorio, o sea, en cuanto que el impuesto de sucesiones y donaciones se regula por entero por la Diputación de Guipúzcoa a través de sus ordenanzas; incluso en las Leyes Fiscales se toca o se regula la transmisión del caserío a efectos de exencionarlo, tanto en el impuesto de transmisiones patrimoniales —que afecta a los Notarios en cuanto a las escrituras que se realicen o se transmitan el caserío y sus bienes, de acuerdo con la costumbre guipuzcoana, que se transmita a un hijo para su explotación agraria—, y también en el impuesto de sucesiones o donaciones.

Incluso ha llegado a la provincia de Guipúzcoa, junto con las otras hermanas de Vizcaya, Álava y la de Navarra, a exencionar el impuesto de sucesiones a los descendientes y a los ascendientes; cosa bastante o que se ha adelantado a la legislación, por lo menos, la estatal.

Por lo tanto, mi exposición lo que da a entender es que la *costumbre jurídica* ha dado lugar a un Derecho consuetudinario de Guipúzcoa, que le da derecho bien a la Diputación, o al Gobierno Vasco en su caso, a regularlo, bien cogiendo prácticas habituales antiguas —en que será necesario estudiarlas fuertemente—, e incluso relegando dicho derecho y regulándolo.

Y con esto, defino la función notarial en el Derecho de Guipúzcoa.

Al ser un *Derecho consuetudinario*, debemos de decir, de destacar, que la provincia de Guipúzcoa ha sido eminentemente práctica; y yo creo que los profesionales, que también los Notarios hemos sido prácticos en adaptar ese Derecho que no se llevaba acertadamente con el Derecho Castellano, que había discordancias, en adaptar esas normas a los hechos que pedían los clientes.

Estas discordancias y estas inquietudes de la provincia de Guipúzcoa se manifiestan desde muy antiguo, y así los Notarios o la provincia de Guipúzcoa ha pedido, desde muy antiguo, el nombramiento de los Notarios; y fue concedido, por el Privilegio de la Reina Dña. Juana, el 13 de Agosto de 1.513. Además fue como consecuencia, este privilegio de la provincia de Guipúzcoa, de una disputa con los franceses, en unas guerras que ayudaron los guipuzcoanos a los castellanos, como consecuencia o como pago, entre otros privilegios se le concedió, a la provincia de Guipúzcoa, el nombramiento perpetuo de los Notarios.

Así se recogen en la nueva recopilación, de 3 de Abril de 1.696, de los *Fueros, Ordenanzas, Leyes de la Provincia de Guipúzcoa*; en el Subtítulo 14 se refiere a los Escribanos, a la forma de nombrarlos, a su número, del modo de llevar los protocolos, y trata extensamente el tema de los Escribanos o antiguos Notarios.

Por lo tanto, Guipúzcoa no se ocupó, quizá, de coger o de recoger las disposiciones forales, pero sí se ocupó de recoger los instrumentos prácticos necesarios para poder llevar a la

práctica los deseos de los habitantes; por ejemplo, el nombramiento de los Notarios que se ocupaban de conseguir los resultados perseguidos por los habitantes. Digamos que la *función notarial* no se limitó nunca a, simplemente, ser fedatarios en el sentido anglosajón de la función, sino que se ocupó de fijar, en primer lugar, los hechos jurídicos que querían o que recibían de los clientes, buscar la norma jurídica aplicable y elaborar la norma privada, lo que se llama la elaboración notarial de las normas.

Las escrituras tienen un valor tanto probatorio como incluso se les puede atribuir, en el terreno jurídico, un valor de cosa juzgada. En esto estamos con Castán, (lo que llama la función notarial) y la elaboración notarial del Derecho, que en Guipúzcoa ha sido prominente.

En otras normas del Estado, también se elaboraron a partir de escrituras o con mucha influencia de los Notarios, como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En el Derecho Guipuzcoano puede ocurrir lo mismo, que a través de la práctica de las escrituras, de la práctica durante muchos siglos, pueda dar lugar a un Derecho de Guipúzcoa.

Al Notario le corresponde comunicar la naturaleza de las cosas, los hechos jurídicos, con las normas tanto dispositivas como imperativas del Estado, antiguamente del Reino; lo que pasa es que en Guipúzcoa ha habido una discordancia total entre los principios, sobre todo en lo que se refiere al Derecho Guipuzcoano en las materias de familiar y sucesoria, ha habido una discordancia que parte ya de los mismos principios, porque el Derecho Guipuzcoano se basa en el principio general del Derecho: *en el derecho sucesorio de la libertad de testar y la unidad familiar o de la casa familiar*.

La libertad de testar se muestra como principio general sucesorio prácticamente en todos los Derechos llamados Pirenaicos (tanto el Navarro como el Vizcaíno y como los Derechos Franceses, incluso los adyacentes de Aragón), e incluso en su más ligera expresión con el de la propia libertad de testar expresado en el *Fuero de Ayala*.

Los Notarios, juristas eminentemente prácticos, han tenido que armonizar principios distintos, expresados por los deseos de los habitantes, con normas imperativas que son las legítimas castellanas, que se basaban en unos principios totalmente contrarios a los del Derecho Pirenaico; esto es, la sucesión casi regulada por el Estado, o sea que el Estado era el que imponía *cómo* debe hacer la sucesión la persona o *a dónde* deben ir los bienes después del fallecimiento. Armonizar esto ha supuesto una labor práctica y una labor fuerte de los Notarios, y lo han resuelto a través de diversos documentos o de diversas escrituras: principalmente las *Capitulaciones Matrimoniales*, que se hacen en escritura pública también hoy en día; y la *Donación* que, por exigencias del Derecho Común o el Código Civil, si es de inmuebles se debe hacer en escritura pública; y luego se ha armonizado la voluntad de los guipuzcoanos con el *Testamento*.

El Derecho de Guipúzcoa tiene unos caracteres: que es un *Derecho Foral* frente al Derecho Común; es un *Derecho Rural*, lo que no quita para que pueda ser extensivo en una futura regulación a poderlo ampliar a las ciudades, puesto que antes el mundo rural era prácticamente el 90 % de la población, y si de Guipúzcoa regulaba con su costumbre el 90 % de la población, yo creo que tiene derecho a regular la totalidad del Derecho Sucesorio de Guipúzcoa; es un *Derecho que organiza las relaciones familiares*, y es un *Derecho recogido en los protocolos notariales*.

El origen del Derecho de Guipúzcoa, me remito a lo que ha dicho el letrado Aycart, si bien en las diversas Juntas se recomendaba a los Notarios, en la institución de la reversión dotal de la dote, el añadir la cláusula de que fuera ésta troncal, o sea que volviera al tronco, lo que se convirtió "en cláusula de estilo notarial" y se hizo en todos los protocolos notariales, e inclu-

so se mandaba o se dio orden a los notarios de poner la cláusula que era contraria al resto del Estado, por las Juntas de Guipúzcoa.

El *Derecho Guipuzcoano estaba limitado a un ámbito personal*, que eran las propias personas y los propios habitantes de Guipúzcoa y los habitantes, en concreto, del caserío, sobre el caserío y la hacienda, o nombrando un sucesor como bien tuvieran y soslayando las Legítimas Castellanas de una manera práctica.

Digamos, como conclusión, que el Derecho Guipuzcoano ha llegado hasta nuestros días; incluso, he hecho alguna escritura de *Capitulaciones Matrimoniales* idéntica a las de la tradición de la costumbre guipuzcoana, si bien la incidencia es menor, pero no porque se hayan dejado de hacer sino porque la importancia de los caseríos en la provincia ha disminuido, incluso las labores del caserío se comparten, incluso el propio casero baja a la fábrica o tiene otro tipo de actividades.

La escritura básica del Derecho Guipuzcoano eran las *Capitulaciones Matrimoniales*, que se hacían entre los padres y los hijos cuando iban éstos a contraer el matrimonio, esto se hacía en escritura pública e iba a la par con un negocio jurídico complejo de un *Testamento*, que se hacía instituyéndolo heredero al sucesor y mejorándolo en el tercio de mejora, y nombrándole y atribuyéndole el tercio de libre disposición.

El contenido de las *Capitulaciones* venía a ser el mismo, tenían un contenido asistencial, que también, recordemos, ha podido quebrar un poco el Derecho Guipuzcoano a través de la Seguridad Social, puesto que los padres intentaban de alguna manera conservar su nivel de vida, o la posibilidad de vivir cómodamente, a través de los hijos a los que daban el caserío. A los hermanos se les dejaba o se les daba la legítima estricta en metálico, pero generalmente se reservaba el derecho a vivir en el caserío mientras permanezcan solteros y no hayan recibido asignación, o si tuvieran enfermedad podían volver al caserío, etc. Los padres, según zonas, se reservaban bien el usufructo o bien el usufructo con facultad de disponer, o bien se reservaban la propiedad durante un tiempo, con cláusulas reversionales. También se ha hecho, o hay práctica habitual en nuestros días de hacer compraventas simuladas, o sea, que hay compradores y donaciones simuladas. A esto habría que aplicar la teoría del negocio de la simulación relativa, en cuanto que se le dona, o hay una compraventa del caserío o por un precio que seguramente no existirá, al hijo que vaya a continuar en el caserío. Estas prácticas muy habituales por motivos fiscales y de elusión del sistema legitimario del Código Civil.

Yo lo que destacaría en el Derecho Guipuzcoano es, aparte de ser unas costumbres y la Legítima de Guipúzcoa para poder regular su propio Derecho Sucesorio, sería la *libertad de testar*, que se recogió en varias Juntas y concretamente en la de 1.696, que decía que cualquier persona pudiera dar, por contrato inter vivos o por mortis causa, a uno de sus hijos o hijas o a nieto de éstas todos sus bienes, muebles y raíces, derechos y acciones, apartando a los otros hijos o hijas o descendientes legítimos con cualquier cosa o cantidad poca o mucha que les quisieran señalar. Esto, al contrario que en otras provincias o en otros reinos, fueron rechazadas por el Consejo de Castilla, no sé por qué razones. Y, luego, también destacar que en el Condado de Oñate, estudiado por el padre de D. Uriarte, hubo un Privilegio, un Fuero similar al de Ayala, que en Guipúzcoa no prosperó, porque se confundió con un Mayorazgo, y se suprimió en el siglo pasado. El Fuero era de 1477, dado por los Reyes Católicos y confirmado por los demás reyes, y en él se venía a las mismas conclusiones que las de las Juntas de 1697 de Tolosa, en la que se posibilitaba elegir heredero y apartar con mucho o poco como bien tuvieran, muy similar al Derecho Navarro y al Derecho Ayalés.

Destacar, también, que en los años 20 hubo un proyecto de la Diputación —que habrá que tener muy en cuenta para desarrollar el Derecho Guipuzcoano—, en el que se definía el caserío, el acceso a la propiedad al mismo, había una relación de la sucesión al intestato —en el caso de no haber Testamento— de preferencia respecto a quién debía de ser el sucesor en el caserío, dejaba libertad de testar en el caserío, y considero realmente importante para la elaboración del Derecho de Guipúzcoa el citado proyecto.

Y, asimismo, también destacar que el Tribunal Supremo ha confirmado el Derecho Guipuzcoano, en sentencia de 1984; o sea, nuestra Real Corte ha confirmado, después de muchos siglos, la existencia del mismo, dando la razón e incluso definiendo consuetudinariamente la costumbre guipuzcoana, en la sentencia del citado año.

También yo haría referencia a que no sólo hay que recoger las relaciones con el caserío y las costumbres guipuzcoanas, sino también las *costumbres actuales guipuzcoanas*. A mí cuando me vienen a pedir un Testamento, noto discordancia y rechazo muchas de las veces a las Legítimas. Generalmente, el testador quiere que, cuando vienen un matrimonio, herede primero la mujer, o que herede lo más posible la mujer —o la mujer, el marido—, y posteriormente dicen “los hijos”; esto es lo que podríamos llamar el Testamento urbano común. Y también habría que hacer referencia, ya que basados en el principio de la libertad de testar, en la posibilidad de incluir al cónyuge dentro de los legitimarios o que pudiera tener un tanto por ciento más elevado en la herencia, y la posibilidad de ser un poco más protagonista.

Quizá sería bueno aplicar otras instituciones similares del Derecho Navarro o Vizcaíno, o incluso aplicar el Derecho Ayalés, limitado a los hijos y al cónyuge: o en la línea del Artículo 13 del Fuero de Vizcaya (que dice que respecto a los vizcaínos no aforados podrán testar mancomunadamente y por comisario, con arreglo a las disposiciones de este Fuero); al Artículo 10 (que dice que los municipios en los que rige la Legislación Civil General podrán optar por la aplicación de este Fuero Civil en todo su término), etc., que es una fórmula de extender el Fuero a todos los términos y ámbitos que no sean solamente rurales.

Y ya como colofón, destacar pues como principio general o destacar lo fundamental del Derecho Guipuzcoano: que *se basa en el principio de la libertad de testar*, frente al Derecho Castellano, que es un Derecho más imperativo o estatal.