

### **STS de 1 de diciembre de 1923**

En la Villa y corte de Madrid a 1.º de diciembre de 1923, en los juicios declarativos de mayor cuantía, acumulados, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Durango, y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Burgos por D. José Ramón Mugarza y Barrenechea, Veterinario y vecino de Bedia, como padre y representante legal del menor Juan Mugarza Sagastabeitia, y Doña María Ignacia y D. Cosme Adrián Mugarza Sagastabeitia, sin profesión especial la primera y vecina de Bilbao, y estudiante y vecino de Amorebieta el segundo, contra Doña Gertrudis de Aurrecoechea y Echevarría, labradora y también vecina de Amorebieta, y contra D. Mauricio De Ituarte y Echevarría, labrador y vecino de Dima, sobre nulidad de cláusula testamentaria y otros extremos; pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Procurador D. Santos de Gandarillas, bajo la dirección del Letrado D. Antonio Goicoechea, en nombre de la parte actora, habiéndose personado el Procurador D. Luis Guinea en representación de Doña Gertrudis de Arrecoche y Echevarría, a la que defiende el Letrado D. Ricardo Oreja.

Resultando que en 20 de octubre de 1885 contrajeron matrimonio D. Cosme Sagastabeitia Querejeta y Doña Gertrudis Aurrecoechea Echevarría, y en la escritura de capítulos que se otorgó en 24 de Agosto de dicho año, los padres de D. Cosme, D. Juan u doña Casilda, se donaron la finca radicante en la anteiglesia de Amorebieta, constituida por la casa Zubieta Mayor y la de Zubieta Menor, y sus pertenecidos, en los que más tarde construyeron el donatario y su esposa, constante el matrimonio, otra casa que se denominó Zubieta Berri, habiendo adquirido la finca donada doña Casilda por donación de sus padres, D. José Querejeta y doña María Antonio Bediaga; y al fallecimiento del D. Cosme, ocurrido en 1893, heredaron la mitad de la referida finca sus hijos Leocadio y Laureano, y la otra mitad, su viuda, doña Gertrudis, en virtud de la comunicación de bienes del matrimonio que estatuye el Fuero de Vizcaya, falleciendo poco después Leocadio Sagastabeitia, a quien heredó su hermano Laureano en cuantos bienes tuviesen carácter troncal; y en 22 de octubre de 1918 murió el D. Laureano bajo testamento otorgado en 19 del mismo mes, en cuya cláusula segunda instituyó por su única y universal heredera a su madre, doña Gertrudis, disponiendo la sucediese y heredase en el todo de sus bienes y derechos y acciones, sin reserva ni limitación alguna, y con exclusión a toda otra persona, apartando a cualesquiera otros parientes y excluyéndolos de la herencia, con un palmo de tierra, una teja y el árbol más lejano e infructífero; en virtud de cuyo testamento, la mitad de las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor y Zubieta Barri, aquel el don Laureano Sagastabeitia había heredado de su padre, D. Cosme, y de su hermano –de los que fue declarado heredero por auto que dictó el Juzgado de Durango en 5 de diciembre de 1918–, y los pertenecidos de dichas casas pasaron a manos de la Doña Gertrudis, que los inscribió en el Registro, como así también había inscrito la otra mitad, que hizo suya en virtud del régimen foral de la comunicación de bienes del matrimonio, constando en autos que por escritura de 20 de

septiembre de 1919, doña Gertrudis Aurrecoechea vendió a D. Mauricio de Ituarte las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor y Zubieta Barri y sus pertenecidos, en precio de 55.000 pesetas, con reserva para la vendedora del usufructo vitalicio de finca y con la estipulación autorizada por el art. 1.504 del Código civil:

Resultando que ante el Juzgado de primera instancia de Durango presentaron, en 1.º de Marzo de 1920, D. José Ramón Mugarza y Sagastabeitia, el primera como padre y representante legal del menor Juan Mugarza Aurrecoechea y Echevarria, en cuya demanda se hizo relación de los antecedentes que sustancialmente se dejan expuestos, agregando: que D. Juan Sagastabeitia y doña Casilda Querejeta contrajeron matrimonio en 29 de abril de 1854, y de esta unión nacieron tres hijos: D. Juan, que falleció sin sucesión; don Cosme, que casó con la demandada y tuvo cuatro hijos: D. Justo, doña Vicenta, D. Leocadio y D. Laureano, de cuya sucesión se trataba, todos los cuales habían fallecido y doña Rita, que casó con D. José Ramón Mugarza, de cuyo matrimonio eran hijos los demandantes, habiendo fallecido la doña Rita el 30 de septiembre de 1913; que, por consiguiente, al morir D. Laureano, último de los hijos de D. Cosme y doña Gertrudis, no quedaban descendientes del mismo ni ascendientes suyos en la línea de los Sagastabeitia-Querejeta, ni otros descendientes que los demandantes del D. Juan Y doña Casilda, que constituían el enlace de ambas ramas Sagastabeitia, y que los fundamentos legales que pasaban a exponer acreditaban los hechos relatados, los vicios esenciales que contiene el testamento de don Laureano y lo incuestionable del derecho de los demandantes a heredar y reivindicar las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor y Zubieta Barri, y en derecho invocaron los artículos 10, 12, 15, 353, 361, 451, 453, 454, 455, 457, 912, 915 y 918 del Código civil, 2.º, 3.º y 69 de la ley Hipotecaria; las leyes 25 del tít. 21, tercera del tít. 17, 14, y 18 del tít. 20, octava del tít. 21 y tercera del tít. 36, todas del Fuero, de Vizcaya, y sentencias de 17 de febrero y 25 de abril de 1868, 25 de octubre de 1839, 28 de Julio de 1862, 28 de enero de 1892, 4 de marzo y 17 de mayo de 1893, 23 de febrero, 17 de marzo y 18 de junio de 1896; 17 de diciembre de 1899, y 23 de noviembre y 13 de julio de 1903, y, además una sentencia dictada por el Juzgado de Durango el 11 de julio de 1919, y terminaron pidiendo se dictara sentencia, por la que:

**Primero.-** Se declarase nula y sin ningún valor ni efecto la cláusula segunda del testamento abierto otorgado en octubre de 1918 por D. Laureano Sagastabeitia, en cuanto en ella dispone de la mitad de las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor, Zubieta Barri, y pertenecidos al nombrar por su única heredera, sin limitación alguna, a su madre, la demandada, apartando a cualesquiera otros parientes que excluye de la herencia.

**Segundo.-** Se abra, respecto de tales bienes la sucesión intestada del D. Laureano, declarando sus herederos abintestato a los demandantes, adjudicándoseles los bienes por terceras e iguales partes.

**Tercero.-** Para el caso de no estimarse que alcanza a la mitad de la casa Zubieta

Barri la restricción a la libre disposición del testador puesta por la ley, se condenase a doña Gertrudis a entregarla a los actores por derecho de accesión, previo abono de su valor, tomando como base de éste el que tuviera en la fecha en que fue construida, o el menor que se determinase, y fijando la cantidad, bien en el curso del pleito o en período de ejecución de sentencia.

**Cuarto.-** Se decretase la cancelación del título que en el Registro de la Propiedad figura a favor de doña Gertrudis, y la subsiguiente inscripción a favor de los demandantes; y

**Quinto.-** Se condenase, definitiva, a la demandada a pasar por todo lo que antecede y a devolver a los actores los frutos, rentas e intereses de la mitad de las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor y Zubieta Barri, y sus pertenecidos, desde la fecha de la presentación de la demanda, y a abonar la diferencia, si otros productos mayores hubiese podido obtener de ellos, así como responder de su deterioro o del menoscabo que, en su valor, pudieran tener, todo ello con expresa imposición de costas; con cuyo escrito de demanda presentaron diferentes certificaciones del Registro civil, la escritura de capitulaciones matrimoniales de 24 de agosto de 1885, varias partidas sacramentales y copia del testamento otorgado por D. Laureano Sagastabeitia, y además un árbol genealógico, cuyo tronco lo constituye el matrimonio de Juan Sagastabeitia y Casilda Querejeta:

Resultando que al evacuar la demandada el traslado de contestación mostró su conformidad con la relación de hecho que la demandada contiene, reconociendo que los demandantes son nietos por la línea materna, de doña Casilda Querejeta, como hijos de la hija de la misma, doña Rita Sagastabeitia, así como también el finado D. Laureano era nieto de la Doña Casilda, por ser hijo de ésta su padre D. Cosme, teniendo, por consiguiente, parientes tronqueros en cuarto grado civil de consanguineidad legítima, como primos, hijos de hermanos, de cuya madre común proviniera la raíz de que se trata; que la sentencia del Juzgado de Durango, a que de contrario se aludía, fue la que determinó a la parte actora a promover este pleito, cuando a todos los Letrados a quienes había consultado se habían esforzado en hacerla ver lo temerario de su pretensión, tratando de disuadirla de su loco intento; y que la demandada, por causas que no eran preciso determinar, había vendido la finca objeto de este juicio a D. Mauricio de Ituarte y Echevarría, quien la inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad, y en derecho citó los artículos 807, 811, 1.404 y 1.902 del Código civil; leyes 25 del tít.11, primera y segunda del tít. 18, 10, 11, 14, y 18 del tít. 20; quinta, sexta, octava, novena y 10 del tít. 21, y tercera del tít. 36 del Fuero de Vizcaya, y sentencias de 28 de Junio de 1862, 23 de febrero de 1882, 18 de junio de 1896, 3 de febrero de 1898, 19 de abril y 11 de octubre de 1905, 8 de junio de 1906, 20 de noviembre de 1907, 20 de abril de 1910, 28 de febrero de 1913, y 10 de marzo de 1914, pidiendo se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, y que se absolviese de ella a la demandada, con imposición de costas a los actores, y presentó con este escrito copia de la escritura pública de 20 de septiembre de 1919, por la que doña Gertrudis vendió a

D. Mauricio de Ituarte las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor y Zubieta Barri, y sus pertenecidos, por el precio y demás condiciones a que se hace referencia anteriormente:

Resultando que, mediante escrito de 26 de abril de 1920, evacuaron los actores el traslado de réplica, reproduciendo los hechos de la demanda y reconocieron como exacta la parte dispositiva de la sentencia de Durango, invocada en ella y comentada en el escrito de contestación, así como también reconocieron el hecho de otorgamiento de la escritura de 20 de septiembre de 1919 entre doña Gertrudis y Don Mauricio de Ituarte, e insistieron también en los fundamentos de derecho ya invocados en el primer escrito, pidieron se tuviese por modificada su anterior solicitud, y hecha reserva expresa de cuantas acciones pudieran competirles sobre las casas de referencia y sus pertenecidos, y se dictase sentencia declarando nula y sin valor la cláusula segunda del testamento otorgado por D. Laureano, en cuanto en ella dispone de la mitad de las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor, Zubieta Barri y sus pertenecidos, o, en su caso, de las casas Zubieta Mayor y Zubieta Menor y sus pertenecidos, y del terreno sobre el cual está edificada la casa Zubieta Barri y sus pertenecidos, al nombrar por única y universal heredera, sin limitación alguna, a su madre, apartando a cualesquiera otros parientes, abriendo la sucesión intestada del D. Laureano y declarando herederos abintestato del mismo a los actores, y condenando a la demandada a pasar por todo ello, en las costas; y agregaron, por medio de otro-si, que si la doña Gertrudis reconocía que los actores eran lo más próximos parientes de travesía del tronco que habían sobrevivido al D. Laureano, no existieron descendientes ni ascendientes de éste de la línea de su padre, estimaban reducido el litigio a cuestiones de índole exclusivamente legal, y por tanto, innecesario el recibimiento a prueba, con lo que se mostró conforme la parte demandada, en el escrito de dúplica, en el que reprodujo sus alegaciones y pretensiones, y, en su consecuencia, acordó el Juez se fallase el pleito sin necesidad de prueba:

Resultando que, en este estado los anteriores autos, formularon los mismos hermanos Mugarza, representado el por, D. Juan, por su padre, D. José Ramón Mugarza de mayor cuantía contra doña Gertrudis Aurrecoechea y D. Mauricio de Ituarte, que fue acumulada al juicio anterior por auto de 17 de septiembre de 1920, y en cuya segunda demanda reprodujeron los actores los hechos de la primera, agregando: que, celebrado ya el acto de conciliación y entabladas negociaciones particulares para que doña Gertrudis reconociese el derecho de los demandantes, acudió aquélla, con Ituarte, al ardid, que estimaba había de crear trabas y dificultades para que prosperase la acción de los demandantes de otorgar la escritura de 20 de septiembre de 1919, cuyos términos comentan, para deducir que se trata de una escritura simulada, y haciendo notar que los derechos reales no se liquidaron hasta el 20 de febrero de 1920, y hasta el 25 de dicho mes, ya redactado el escrito de demanda, no se inscribió la finca en el Registro, sin duda, para sorprender a los actores con el anuncio de esa inscripción, verificada con toda rapidez, mientras se sacaban las copias del escrito y se presentaba al Juzgado, y excepcionar que no podían reivindicarse las fincas de manos de doña Gertrudis, por no ser la actual poseedora, ni discutir un título que afectaba a persona que no era parte en aquel procedimiento; y por ello modificaron en la réplica su petición, limitándose a

pedir la nulidad de la cláusula segunda del testamento de D. Laureano, en cuanto en ella disponía a favor de su madre de la mitad de las tres casas de referencia y sus pertenecidos, y, en su caso, de las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor y sus pertenecidos, y del terreno sobre el cual estaba edificada la casa Zubieta Barri y sus pertenecidos, pidiendo se abriese la sucesión intestada de D. Laureano y se declarase a los actores herederos abintestato del mismo; y que, por consiguiente, estaba en sustanciación un pleito declarativo sobre nulidad de transmisión que a título de herencia hizo D. Laureano a favor de su madre de la mitad de las casas Zubieta Mayor, Zubieta Menor y Zubieta Barri y sus pertenecidos, y de una escritura falta de causa y de realidad objetiva, otorgada con el exclusivo propósito de poner trabas al derecho de los actores, y cuya escritura se inscribió el 24 de febrero de 1920, sin haber transcurrido en esa fecha, ni en la de esta demanda, el plazo de dos años desde que, por muerte de su hijo, se causó la inscripción a favor de la demandada de la mitad de las fincas reclamadas, y reproduciendo los fundamentos legales de la primera demanda citaron, además, los artículos 1.267 del Código civil, 23 de la ley Hipotecaria y diferentes sentencias de este Tribunal Supremo, pidiendo se dictara sentencia que condenase a ambos demandados a pasar por la nulidad de la cláusula segunda del testamento de D. Laureano, en cuanto en ella dispone de la mitad de las tres casas de referencia o, en su caso, de las Zubieta Mayor y Zubieta Menor y pertenecidos, al nombrar por su única heredera a su madre, sin limitación alguna, excluyendo de la herencia a cualesquiera otros parientes, por la apertura del abintestato respecto de tales bienes, y declaración de herederos a favor de los demandantes, y por la inexistencia o nulidad de la escritura de venta de esos mismos bienes, otorgada en 20 de septiembre de 1919, entre doña Gertrudis y D. Mauricio, y a que entreguen a los demandantes la mitad de tales fincas y pertenecidos, libres de todo gravamen, y doña Gertrudis, además, los frutos, rentas e intereses que hubiesen producido desde la presentación de esta demanda, abonando la diferencia si otros productos mayores hubiesen podido obtener de ella los actores, respondiendo, a la vez, de su deterioro o del menoscabo que en su valor experimentase; y, al no estimarse que alcanza a la mitad de la casa Zubieta Barri la restricción a la libre disposición del testador puesta por la ley, se condenase a los demandados a entregarla a los actores por derecho de accesión, previo abono de su valor, tomando como base de éste el que tuviera en la fecha en que fue construida o el que se determine, fijando la cantidad en el curso del pleito o en ejecución de sentencia, y decretando en definitiva, la cancelación de los títulos que en el Registro de la Propiedad figuran a favor de los demandados, y la consiguiente inscripción a favor de los actores, con las costas, habiendo presentado con esta segunda demanda idénticos documentos a los aportados con la primera y, además, unas certificaciones de defunción de don Justo y de D. Vicente Sagastabeitia, hijos de D. Cosme y doña Gertrudis, y certificación del acto conciliatorio celebrado el 3 de mayo de 1920:

Resultando que los demandados doña Gertrudis Aurrecochea y D. Mauricio de Ituarte contestaron a la anterior demanda insistiendo en los puntos de vista que consignaron en la contestación a la primera, y añadieron: que frente al árbol genealógico

que los actores habían presentado lo hacían ellos de otro haciendo subir la ascendencia y tronco común hasta los bisabuelos del D. Laureano y sus primos, que fueron D. José Querejeta y doña Antonia Bediaga, padres de doña Casilda, abuela tronquera, la que tuvo otros cuatro hermanos, cuyo parentesco con el D. Laureano era también de cuarto grado, siendo este grado de la línea también troncal, como se hizo constar en el matrimonio de D. Cosme y la demandada, declarando entonces los padres de aquél que doña Casilda adquirió la finca en cuestión por donación de sus padres, D. José y doña María Antonia, tronco común del árbol que ahora presentaban los demandados, que para demostrar el parentesco del cuarto grado no debe establecerse el tronco común en los abuelos, sino en los bisabuelos, ya que los primos, a menos que los actores, que pretendían llevar el derecho de la troncalidad más allá de lo admitido por todas las leyes, antiguas y modernas, quisieran también trasplantar al derecho vizcaíno el principio feudal de que la herencia nunca asciende, sino que desciende o se irradia; que el acto de conciliación no se había celebrado, ni siquiera se habían formulado y fechado las papeletas para el mismo cuando se otorgó la escritura de 1919 entre los demandados, deteniéndose éstos a comentar los términos en que tal documento se autorizó, para rechazar las alegaciones contrarias respecto a la supuesta simulación de tal escritura, y que la solicitud de los actores fue modificada en la réplica, desistiendo de la acción reivindicatoria de la finca y de la cancelación de su inscripción; pero después de haberse desistido de esas acciones en el juicio, habían insistido en ellas, mediante sus reproducción en la nueva demanda; y como fundamentos legales ratificó doña Gertrudis, e hizo suyos D. Mauricio, todos y cada uno de los consignados en los escritos de contestación y dúplica del primer pleito, citando además la ley 8.0 del título 20 del Fuero de Vizcaya, artículos 496, 659, 807, 811, 968, 1.401 y 1.404 del Código civil: 23, 25, y 34 de la ley Hipotecaria, y sentencias de 3 de junio de 1896 y 4 de octubre de 1907, y terminaron pidiendo sentencia absolutoria, con las costas, acompañando con este escrito el árbol genealógico a que antes se hace referencia, y certificación de fallecimiento de D. José Antonio Querejeta, padre de doña Casilda, bisabuelo, por tanto, de los demandantes, y del D. Laureano Sagastabeitia:

Resultando que, evacuados los traslados de réplica y dúplica y practicada prueba, el Juez de primera instancia de Durango dictó sentencia en 27 de octubre de 1921 declarando no haber lugar a ninguno de los pedimentos de la demanda y que es válido el testamento otorgado por D. Laureano Sagastabeitia y por el cual instituyó heredera a su madre, doña Gertrudis, sin hacer expresa condena de costas: cuya sentencia fue esencialmente confirmada por la Audiencia territorial de Burgos en 26 de abril de 1922 absolviendo de la demanda a los demandados, declarando válida la institución de heredero hecha en su testamento por D. Laureano a favor de su madre, y válida la transmisión posterior e inscripción de los bienes objeto de la herencia a favor del otro demandado, D. Mauricio de Ituarte, con imposición a los actores de las costas de primera instancia anteriores al auto de acumulación de las dos demandas, sin hacer especial condena de las restantes de aquella instancia ni de las de la alzada:

Resultando que con depósito de 1.000 pesetas, han interpuesto, D. José Ramón Mugarza y litis-socios recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la de Enjuiciamiento civil por los siguientes motivos:

1.º La sentencia recurrida infringe por interpretación errónea y aplicación indebida las leyes 14 y 18 del título 20 y las 3.ª, 5.º y 6.ª del título 21 del vigente fuero de Vizcaya, y por no aplicación, el principio contenido en la ley 25, título 11, del mismo Fuero, según el cual, el tronco vuelve al tronco y la raíz a la raíz, en cuanto la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos sienta la doctrina de que en tierra llana de Vizcaya son herederos forzosos: primero, los descendientes, segundo, los ascendientes de todo género de bienes troncales o no, y tercero, los parientes tronqueros de traviesa, hasta el cuarto grado, y esta interpretación de aquellas leyes, que se citan como infringidas, es totalmente equivocada, y para demostrarlo basta examinar, con separación, cada una de las siguientes cuestiones:

A) Interpretación gramatical del fuero, con relación a cuyo extremo es citar la ley 14 del título 20, que agrupa los bienes en tres clases: muebles, raíces y tronqueros, y, en relación con estos últimos nada dice acerca de si el poseedor que tenga ascendientes legítimos puede disponer del todo o de una parte de los mismos, y, en cambio, alude a dichos bienes tronqueros cuando habla del que carezca de aquellos parientes; y, una de dos: o se trata de un silencio intencionado del legislador, que responde el criterio de que la raíz sólo puede pasar al ascendiente de la línea de donde proceda, o habrá que extender al primero las palabras "reservando la raíz para los propincuos tronqueros", que en el segundo miembro del período legal figuran, porque lo que no puede ser es confundir en un solo concepto los bienes raíces y los bienes tronqueros, pues la diferencia no es producto del capricho del legislador, sino que se funda en realidades jurídicas de la vida foral de Vizcaya, si bien se identifican por algunos las cosas raíces con las cosas troncales, al amparo de la ley primera del título 20 del Fuero, según la cual "toda la raíz de Vizcaya es troncal", atribuyendo a esta frase un excesivo alcance que puede tener, ya que, aunque en tierra del infanzonado toda raíz está vinculada o es vinculable, esto no quiere decir que sobre toda raíz ostente la familia del poseedor la facultad troncal, como sucedería, por ejemplo, en el supuesto de inmuebles adquiridos por donación de persona extraña al adquirente, y como quiera que unas cosas son bienes raíces y otras bienes tronqueros, y la ley 14, examinada en su primer inciso, no se refiere para nada a los últimos, no cabe, en buena lógica, decir que los adjudica como legítima, en una proporción de las cuatro quintas partes, a los descendientes, y, a falta de éstos, a los ascendientes; y, en cambio, la construcción gramatical del texto autoriza a sostener, con la repetida frase "reservando la raíz para los propincuos tronqueros", que comprende ambos supuestos legales, sin que tampoco la ley 18 del mismo título 20 establezca un orden de preferencia en el régimen de las legítimas, pues se limita a la prohibición general, que impone, de disponer de la raíz en provecho de extraños, cuando el poseedor tiene descendientes, ascendientes o tronqueros, autorizando la ley 3.ª del título 21 al poseedor para elegir heredero entre los descendientes o propincuos, y de sus palabras no cabe desprender conclusión alguna en orden a la cuestión discutida, y

menos todavía puede deducirse de ley tan indiferente al caso debatido, como la quinta del mismo título, que se refiere a los testamentos privados, apareciendo, en cambio, explícita la mente del legislador, que siempre sobrepone el derecho de troncalidad al de parentesco, entre otras, en las leyes 25 del título 11 y 15 del 20, pues según la primera no pueden ser confiscados los bienes raíces en beneficio del Fisco "antes –dice el Fuero– sucedan en ellos los hijos y descendientes o ascendientes a los otros propincuos tronqueros", debiendo advertirse que con los últimos forma una solo grupo, contrapuesto al de los hijos y descendientes, y que la ley 15 del título 20, que consagra el principio de territorialidad, en el derecho interprovincial ordena sean admitidos para la tal raíz los parientes tronqueros, silenciando a los ascendientes y es que el Fuero, siempre que habla de ascendientes, con relación a los inmuebles, pone su pensamiento en los tronqueros, y cuando nombra a los tronqueros comprende a descendientes, ascendientes y colaterales bajo el mismo denominador, encontrándose claro el precepto definidor de la situación de los parientes frente a los bienes raíces en la ley 3.<sup>a</sup> del título 17, que declara, en términos generales, que los parientes de la otra línea de origen distinto de la raíz, aunque sean muy cercanos, sean habidos por extraños en cuanto a la troncalidad; todo lo que evidencia que la interpretación que al Fuero da la sentencia recurrida no cuenta con el sentido literal de sus disposiciones, que en ninguna parte establece, frente al derecho de troncalidad, la excepción que se pretende defender en beneficio de los ascendientes no tronqueros, siendo indudable que el legislador se limita, en las leyes antes analizadas, a restringir las facultades dominicales del tronquero, sin anteponer la propincuidad ascendente a la troncalidad; y para apreciar si cuenta la expresada interpretación con el espíritu de la ley, precisa examinar la segunda de las cuestiones a analizar.

B) Interpretación del Fuero, y con referencia a ella, considerar, en primer término, que, según la ley 8.<sup>a</sup> del título 21, en el orden de suceder abintestato a parece llamado el colateral tronquero, y suponiendo que en el régimen de las legítimas y en la esfera de la sucesión testada pase todo lo contrario, e imaginarlo también a un testador que quiera dejar a un hermano sus bienes raíces, heredados del padre de ambos, y que tiene un abuelo materno, aparece que si a este hipotético testador se le hace otorgar testamento instituyendo heredero de su patrimonio troncal al hermano, se habrá realizado una institución nula, y el ascendiente ajeno a la línea de donde los bienes proceden podrá, en su día, reivindicar éstos; pero, en cambio, si, conocedor de las disposiciones que rigen la sucesión intestada, se abstiene del testamento o revoca el otorgado, pasarán dichos bienes a su hermano, quedando así cumplida su voluntad; y este absurdo revela mejor que ningún razonamiento cuál es el verdadero espíritu que informa la legislación de Vizcaya, puesto que es evidente que las legítimas cualquiera que sea el fundamento que se las atribuya, se asientan en principios inalterables de justicia que comprenden todas las formas de sucesión, al extremo de que, dentro de la misma herencia troncal, no goza ninguna preferencia el ascendiente tronquero, pues, según la ley 6.<sup>a</sup> el marido y la mujer pueden dar y donar o mandar lo suyo a uno de sus hijos de muchos que haya, descendientes, o –a falta de ellos– a los ascendientes o tronqueros propincuos de



traviesa, apartando a todos los otros, con mucho o poco de tierra, y siendo esto así, no se puede pretender que sea de mejor condición al ascendiente no troncal que el transversal del tronco, cuando el mismo ascendiente tronquero está nivelado con el colateral de la misma clase, en relación con el cual no goza de ninguna prioridad, ni se puede ir, en beneficio del ascendiente no troncal, a despojar de los bienes raíces al pariente de traviesa de donde proceden, cuando su derecho es superior al del mismo Fisco, según declara la ley 25 del título 11, y si bien hay quien estima que la ley admite la posibilidad legal de que pasen los bienes a los ascendientes, prescindiendo de los colaterales de la rama de donde aquéllos provenga, por considerar que si los bienes raíces no pueden pasar a los ascendientes no troncales, carece de explicación satisfactoria la ley 9.<sup>a</sup> del título 21, que establece la reserva en favor de los hijos supervivientes habidos en anteriores matrimonios de los bienes raíces que el cónyuge que pasó a segundas nupcias heredó de los hijos fallecidos pertenecientes a la primera unión, olvida quien así argumenta que en el patrimonio de un vizcaíno aforado coexisten, al lado de los bienes raíces, los bienes troncales, y ya se ha dicho que hay bienes raíces acerca de los cuales ningún pariente del poseedor puede ostentar esperanza troncal de ninguna especie, y si hay posibilidad de que el ascendiente heredó bienes raíces no troncales, el precepto se halla justificado, y su sola existencia no destruye la doctrina que proclama la conclusión de los ascendientes no tronqueros, en relación con las fincas troncales, todo lo que viene a demostrar que tampoco en el espíritu del Fuero encuentra amparo la doctrina que establece la Sala sentenciadora, lo mismo que acontece examinando la otra cuestión.

C) Sentido general del Fuero y Derecho de Troncalidad, ya que el problema jurídico que se ventila ha de resolverse aplicado al principio de troncalidad que proclamaba la ley 25 del título 11: frente a cuyo principio ninguna excepción admite expresamente el fuero, ni resulta tampoco de relacionar sus distintos preceptos, siendo de notar que la troncalidad se apoya en el parentesco, por un lado, y en el origen de los bienes por otro, subordinado las personas a los bienes, en forma que quienes pasan no son éstos, sino aquéllos, y aunque el vínculo de parentesco podrá justificar el establecimiento de las legítimas, en relación con los bienes raíces no troncales, para que se dé a favor de cualquier pariente el derecho de troncalidad es imprescindible que los bienes procedan del tronco común sin que exista, en realidad, casi disposición alguna del Fuero en que no se refleje el principio de troncalidad que, según la ley 25, título 11, detiene la acción del Fisco, en el supuesto de confiscación, porque los bienes troncales son inembargables y no pertenecen en absoluto al poseedor, quien ha de reservarlos, y además, dicho principio de troncalidad engendra el retracto para impedir que salgan del patrimonio de la familia los bienes que han de sustentarla, según la ley 3.<sup>a</sup> del título 17, así como, según la Ley 1.<sup>a</sup> del título 20, el principio de troncalidad limita la comunicación de bienes en la hermandad foral, puesto que a la disolución del matrimonio, si no hubiere hijos, vuelven a la familia de donde salieron; y como este imperio troncal afecta, más que ninguna otra materia, a las sucesiones, es necesario en éstas, para evitar confusiones peligrosas, formar dos grupos, uno con los bienes troncales y otro con los no troncales, que pueden ser raíces también, aplicando al

primero el principio de troncalidad con todas sus consecuencias, y al segundo el criterio general, fundado en el parentesco, y si en el patrimonio jurídico de un vizcaíno aforado no se distinguen estos dos géneros de herencia –troncal y no troncal– con finalidades distintas y diversas trayectorias, se incurrirá, al interpretar el Fuero, en el error que ha cometido la Audiencia de Burgos, contra cuya doctrina se pronuncian la mayor parte de los comentaristas, inclinados a sostener la tesis de que los ascendientes, si no son tronqueros, no pueden ostentar derechos sobre herencia troncal y deben ser considerados como extraños; y en relación con la misma opinión está la que prevaleció en el artículo 41 del proyecto de apéndice al Código civil, al consignar que los colaterales tronqueros son herederos forzosos, con preferencia a los ascendientes en quienes no concurra la calidad de tronqueros, compatible con el 47, relativo a la reserva a favor de hijos de anterior matrimonio; y

2.º La sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 23 de la vigente Ley Hipotecaria, puesto que es evidente que con arreglo al párrafo segundo de dicho artículo, el comprador y demandado, Ituarte, no puede alegar su calidad de tercero de significación hipotecaria, y su título no puede prevalecer frente al derecho de los recurrentes, toda vez que las inscripciones de títulos hereditarios no adquieren firmeza para perjudicar a tercero hasta después de transcurridos dos años desde la fecha de las mismas, exceptuándose el caso de los herederos forzosos; y la Sala sentenciadora, al hacer supuesto de la cuestión, estima el carácter de tal en relación con los bienes de troncalidad en Doña Gertrudis Aurrecoechea, a base de una argumentación que caerá por su base al prosperar la tesis de este recurso, siendo además, incuestionable que desde el 19 de diciembre de 1918, en que se practicaron las inscripciones en el Registro de los caseríos de Zubieta a favor de la demandada, hasta la presentación de la demanda contra ella e Ituarte, en 19 de mayo de 1920, no había transcurrido ese plazo de dos años que establece el artículo 23:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Santiago del Valle y Aldabalde, por el que estaba designado:

Considerando que la cuestión, meramente de derecho, planteada en este recurso estriba, primordialmente, en determinar y resolver si el Tribunal a quo, en la sentencia recurrida, infringió, como sostiene el recurrente en el primero de los motivos de casación que alega, por interpretación errónea y aplicación indebida al caso controvertido, la ley 14, título 20, del Fuero de Vizcaya, y la 18 del mismo título, en relación, además, con la 3.ª, 5.ª y 6.ª del 21, y, por no aplicación, del principio contenido en la 25 del título 11, según el cual, "el tronco vuelve al tronco y la raíz a la raíz", y en tal sentido y supuesto planteada la cuestión, resulta que la citada ley 14, título 20, del Fuero, que constituye la clave del problema legal planteado y el eje sobre que gira principalmente la discusión en orden al mismo, siendo las demás que se invocan elementos de juicio que han de tenerse en cuenta para su más acertada interpretación, con notoria claridad estatuye un orden de suceden testamentario en perfecta concordancia con el sistema de legítimas que el mismo Fuero establece, el que difiere

del regulado en dicho Cuerpo legal para la sucesión abintestato; y en la citada ley se determina que cuando el testador "tenga hijos o descendientes o ascendientes legítimos, pueda mandar y disponer de todo lo tal, hasta el quinto de todos sus bienes muebles y raíces, y no más. Y a falta de los tales descendientes y ascendientes legítimos, pueda disponer de todo el mueble, a su voluntad, reservando la raíz para los propincuos tronqueros"; explícito reconocimiento de que la legítima en la línea recta, ascendente o descendiente, la constituyen los cuatro quintos del total caudal hereditario, de donde se infiere, además, que a los parientes en línea recta corresponde esa legítima, antes que por razón de troncalidad de parentesco, por el vínculo que la sangre establece entre los mismos, consideración más humana, de un orden muy superior, tratándose de la sucesión entre ascendientes o descendientes, a la simplemente derivada de la calificación legal que los bienes tengan por razón de su procedencia, y que está más en consonancia con lo que constituye la esencia intrínseca de la familia; que es sobre todo, antes que comunidad o comunión de intereses, comunidad o comunión de afectos que se engendran y nacen de la relación de paternidad, y, en cambio, la misma ley, al referirse a la sucesión fuera de la línea recta, cuando esa consideración primordial resulta más atenuada y predomina la del interés patrimonial familiar, establece expresamente la reserva de la raíz para los "propincuos tronqueros", fundada en consideraciones de orden más secundario, aunque muy atendibles también, dada la especial naturaleza del principio de troncalidad y el fin que con el mismo se persigue; y si bien el enunciado, epígrafe y rúbrica de la ley habla de "bienes muebles, raíces o tronqueros", lo que implica, a juicio de recurrente, una clasificación tripartita y una distinción entre raíces y tronqueros, que después, en el contenido o Cuerpo del Texto legal, sólo abarca o comprende los dos primeros términos de la clasificación al referirse a lo que constituye la legítima de los descendientes o ascendientes, lo que supone, según él, o un silencio intencionado que obedezca al criterio de que "la raíz sólo puede pasar a la raíz de donde procede", o que habrá que extender al primero las palabras "reservando la raíz para los propincuos tronqueros", que en el segundo inciso del precepto legal figuran, no es dable aceptar el supuesto ni el argumento que del mismo deriva el recurrente, porque el contenido de la ley no autoriza aquél ni establece tal distinción entre bienes raíces y bienes troncales tratándose de la legítima de descendientes o ascendientes, por estar comprendidos unos y otros, como sinónimos para ese efecto, en el concepto genérico de raíces, y porque, además, en la línea recta, siendo todo tronco entre ascendientes y descendientes, falta el término o punto de referencia respecto del mismo, que es lo que determina, cuando del llamamiento de los colaterales se trata, la relación de troncalidad, concepto complejo, derivado, por un lado, de la naturaleza o condición de los bienes en razón de su procedencia en orden a un ascendiente común, y de otro, de la relación de parentesco entre el actual poseedor de los mismos y aquel que se cree con derecho a sucederle en la posesión; y de ambos respecto del ascendiente común del que los bienes procedan; en cuyo caso, al hablar la ley "de reservar la raíz para los propincuos tronqueros", ya se sobreentiende que ha de referirse a la troncal, a menos que se sostenga la tesis, inadmisibles, de algunos expositores y comentaristas del derecho privado de Vizcaya, de que toda raíz lo es, y toda sucesión; y porque de admitir la

distinción aplicada a la sucesión testamentaria de los ascendientes, nos llevaría al absurdo de equiparar a éstos con los extraños, en cuanto a los bienes troncales, al ser llamados a la sucesión de sus hijos y ascendientes, y a una limitación de su legítima que la ley no autoriza:

Considerando que tampoco cabe suponer infringido, por no aplicación el principio contenido en la ley 25, del título 11, que dispone "que bienes no pueden ser confiscados", según el cual "el tronco vuelve al tronco y la raíz a la raíz", ya que de aplicarse en los términos absolutos que supone el recurrente llevaría en la práctica y en la realidad a convertir el principio de troncalidad en una verdadera institución vincular, limitando a la vez abusivamente el libre ejercicio del derecho de propiedad, cuando por el contrario, todas las limitaciones de éste deben entenderse y aplicarse restrictivamente; y así tiene declarado esta Sala en sentencia de 10 de marzo de 1914 "que como el principio de troncalidad ataca el de libre disposición, tanto inter vivos como mortis causa, las leyes que lo regulan –refiriéndose concretamente a las 14 y 18, título 20, del Fuero– han de interpretarse en sentido restrictivo":

Considerando que esta interpretación viene a estar corroborada por la ley 9.º del título 21, que prescribe "cómo puede disponer el padre de los bienes que heredó de algún hijo, cuando tiene hijos de otro matrimonio", cuya ley constituye en esencia la institución de los bienes reservables del derecho común, concretada en el artículo 811 del Código civil; por cuanto al imponer el padre o madre que pasa a segundas nupcias la obligación de reservar a favor de los hijos del primer matrimonio los bienes que heredó de alguno habido en éste, evidentemente arguye la inaplicación del principio de troncalidad en la sucesión testamentaria en la línea recta ascendente; pues de ser aplicable resultaría ociosa e innecesaria la reserva en cuanto a los bienes troncales, ya que éstos, por su condición, no podrían pasar al ascendiente no tronquero; o, cuando menos, implicaría una verdadera redundancia, innecesaria en la aplicación del principio de troncalidad, que el recurrente hace o supone extensivo a la línea recta ascendente, lo mismo en la sucesión testamentaria que en la intestada; y porque no se concibe, ni se explica, que un heredero tronquero, si la troncalidad es la que prevalece y no el parentesco y el vínculo de la sangre entre ascendientes y descendientes en la primera de dichas sucesiones, venga obligado a tales reservas; ni que la troncalidad se resuelva en un derecho eventual sujeto a una verdadera condición resolutoria; ni cabe alegar en contrario, como lo hace el recurrente, que esa reserva se refiere y entiende únicamente respecto de los bienes raíces no troncales; por cuanto la aludida ley sólo nos habla de bienes raíces, sin especificar ni distinguir entre troncales y no troncales, comprendiéndolos todos en el concepto genérico de raíces:

Considerando que si bien la ley octava, título 21, del Fuero claramente consagra el principio de troncalidad en la sucesión abintestato en la línea recta ascendente, es ello explicable, tratándose de dicha sucesión, en cuanto aplicada a la misma, el principio de troncalidad tiende a evitar la división de la finca que constituye la explotación agrícola de la familia –tratándose de Vizcaya y de la tierra llana, la casería–; por no haber

previsto lo conducente el causante de la sucesión a evitar la contingencia de ese riesgo, como puede hacerlo en la testamentaria, por la libertad que tiene, dentro de la cuota legitimaria de ascendientes y descendientes, de elegir entre ellos el que haya de sucederle en dicha casería y explotación, cual acontece con la facultad –aunque más restringida– que al testador atribuye el art. 1.056 del Código civil, en su párrafo segundo; consideración muy atendible y merecedora de tenerse en cuenta en Vizcaya, ya que responde a una realidad social y a un claro y perfecto conocimiento de lo que en la práctica de los abintestatos acontece, y que se sobrepone a todo interés individual y egoísta, el familiar de que la casería permanezca indivisa, ya sean sus cultivadores los mismos propietarios, o colonos que, de generación en generación, la recibieron y llevan de sus antepasados, que en ella han puesto su esfuerzo y su trabajo, acrecentando su valor, y que se funda en la tradición, en la costumbre y hasta en una razón muy atendible de verdadera economía regional, que la norma legal trata por ese medio de amparar y proteger, aparte la consideración primordial de que no es permitido, en buenos principios de derecho, hacer extensiva la aplicación de la ley a casos distintos de los expresamente comprendidos en la misma y que ya están regulados por otra:

Considerando que aun cuando el art. 41 del proyecto de Apéndice foral al Código civil, redactado por la Comisión especial de codificación de Vizcaya, afirma el principio troncal de la sucesión testamentaria en la línea recta, ascendente, y el octavo dice: "Que son parientes tronqueros en dicha línea los ascendientes legítimos de la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate", sobre no tener dicho Apéndice, aunque muy autorizado, mientras no reciba la correspondiente sanción, otro carácter que el de un mero proyecto, sin valor ni eficacia legal, sujeto a muy posibles y probables rectificaciones de criterio y de principios, incurre en contradicción entre el que sustenta en el octavo y el que mantiene en el 47 al establecer la institución de los bienes reservables, contradicción resultante de las razones antes expuestas, y que es aún más palmaria con el 45, ya que por un lado afirma que los colaterales tronqueros son herederos forzosos, con preferencia a los ascendientes no tronqueros, y por otro, admite la posibilidad de que, contra el precepto legal, el ascendiente haya adquirido bienes que legalmente no podía adquirir, y se regula ese supuesto de hecho imposible, según el 41:

Considerando que, por todos los razonamientos expuestos, es forzoso llegar a la conclusión de que el Tribunal a quo, en la sentencia recurrida, no infringió la citada ley 14, título 20, del Fuero de Vizcaya, así como tampoco los demás que, en relación con ella, cita el recurrente, sino que, por el contrario, los interpretó acertadamente, en su verdadero espíritu y recto sentido, y que por lo mismo, y en consecuencia, es improcedente el recurso en cuanto al primero de los motivos de casación que alega el recurrente:

Considerando que siendo el segundo de los motivos de casación alegados consecuencia y derivación del anterior, la desestimación de éste lleva consigo implícita la de aquél, lo que hace innecesario entrar en el examen y apreciación de las consideraciones legales en que se apoya;

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Ramón Mugarza y Barrenechea, D. Cosme Mugarza Sagastabeitia, D. Antonio de Ucelay e Isari y su esposa Doña María Ignacia de Mugarza Sagastabeitia, a los que condenamos al pago de las costas y a la pérdida del depósito que han constituido, el que se distribuirá con arreglo a la ley; y líbrese a la Audiencia territorial de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. – Rafael Bermejo. – El Magistrado Sr. Higuera votó en la Sala y no pudo firmar: Rafael Bermejo. – Mariano Avellón.– Santiago del Valle. – Pedro Armenteros. – Félix Ruz. – Luis Ibargüen.

Publicación. – Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago del Valle y Aldabalde, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el día de hoy, ante mí, de que certifico como Secretario de la misma.

Madrid, 1.º de diciembre de 1923. – Juan de Leyva.