



# **APARTAMIENTO Y DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO CIVIL VASCO**

**TESIS DOCTORAL**

**2021**

**Doctorando: JON ATXUTEGI GUTIERREZ**

**Dirección:**

**LEIRE IMAZ ZUBIAUR**

**JACINTO GIL RODRÍGUEZ**



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b>	8
<b>INTRODUCCIÓN</b>	9
<b>PARTE I</b>	
<b>CAPÍTULO I «ANTECEDENTES HISTÓRICOS»</b>	14
I. INTRODUCCIÓN	15
II. EL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL DERECHO ROMANO	16
1. A modo de introducción	16
2. Época arcaica	18
2.1. <i>Contextualización política</i>	18
2.2. <i>Concepción de la familia y de la propiedad</i>	22
2.3. <i>Derecho sucesorio de la época</i>	28
3. Época clásica	34
3.1. <i>Contextualización política</i>	34
3.2. <i>Concepción de la familia y de la propiedad</i>	37
3.3. <i>Derecho sucesorio de la época</i>	41
3.3.1. <i>Sucesión necesaria formal: la institución o desheredación obligatoria de ciertas personas</i>	45
3.3.1.1. <i>Ius civile</i>	45
3.3.1.2. <i>Ius honorarium</i>	47
3.3.2. <i>Sucesión necesaria sustantiva: la necesidad de participación en el caudal hereditario</i>	49
4. Época postclásica	51
4.1. <i>Contextualización política</i>	51
4.2. <i>Concepción de la familia y de la propiedad</i>	53

4.3. <i>Derecho sucesorio de la época</i>	57
4.3.1. <i>Sucesión necesaria formal: la institución o desheredación obligatoria de ciertas personas</i>	58
4.3.2. <i>Sucesión necesaria sustantiva: la necesidad de participación en el caudal hereditario</i>	60
III. EL SISTEMA LEGITIMARIO DEL DERECHO INTERMEDIO EN LA PENÍNSULA IBÉRICA	62
1. A modo de introducción	62
2. Derechos peninsulares de influencia romana en la Edad Media	63
2.1. <i>Derecho vulgar y su transformación con el Derecho visigodo</i>	63
2.2. <i>Derecho castellano</i>	72
2.2.1. <i>Derecho local</i>	72
2.2.1.1. <i>Fuero de Sepúlveda</i>	75
2.2.1.2. <i>Fuero de Cuenca</i>	76
2.2.1.3. <i>Fuero de Soria</i>	78
2.2.2. <i>Derecho territorial</i>	80
2.2.2.1. <i>Fuero Juzgo y Fuero Real</i>	81
2.2.2.2. <i>Libro de las Leyes o Siete Partidas</i>	84
2.2.2.3. <i>Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro</i>	87
2.2.2.4. <i>Recopilaciones castellanas</i>	91
2.3. <i>Derechos mediterráneos</i>	93
2.3.1 <i>Cataluña</i>	93
2.3.2 <i>Las Islas Baleares</i>	96
3. Derechos peninsulares de influencia germana en la Edad Media	98
3.1. <i>Antecedentes consuetudinarios</i>	98
3.2. <i>Derechos forales pirenaicos</i>	99
3.2.1. <i>Aragón</i>	99
3.2.2. <i>Navarra</i>	102

3.2.3. <i>País Vasco</i>	104
3.2.3.1. <i>Territorio de Álava</i>	105
3.2.3.2. <i>Territorio de Gipuzkoa</i>	107
3.2.3.3. <i>Territorio de Bizkaia</i>	109
<b>IV. EL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DE ESPAÑA</b>	112
1. A modo de introducción	112
2. Proceso de alumbramiento del Código civil	114
3. Fijación-compilación de los Derechos forales o especiales	121
3.1. <i>Aragón</i>	124
3.2. <i>Navarra</i>	126
3.3. <i>País Vasco</i>	128
3.4. <i>Cataluña</i>	130
3.5. <i>Baleares</i>	132
3.6. <i>Galicia</i>	134
4. Constitución Española de 1978: la cuestión foral y reparto de competencias del art. 149.1.8ª	135
<b>CAPÍTULO II «EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUCESIÓN FORZOSA VASCA»</b>	147
I. INTRODUCCIÓN	148
II. EL MARCO CONCEPTUAL DE LA LEGÍTIMA	155
1. La definición actual de la legítima ‘unificada’	155
1.1 <i>El carácter relicto de la legítima</i>	156
1.2 <i>La naturaleza colectiva e individual de la legítima</i>	165
2. Las singularidades legitimarias de los subordenamientos locales	172
2.1 <i>La libertad dispositiva ayalesa</i>	172
2.2 <i>La troncalidad vizcaína</i>	178
III. EL ASPECTO OBJETIVO DE LA LEGÍTIMA	181
1. La acotación del <i>quantum</i> reservado	181

2. El cálculo	187
2.1 <i>El relictum</i>	188
2.2 <i>El donatum</i>	191
3. La imputación	195
3.1 <i>La intangibilidad cualitativa</i>	197
3.2 <i>La intangibilidad cuantitativa</i>	199
IV. EL ASPECTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA	203
1. Los descendientes	203
2. El cónyuge viudo o la pareja supérstite	208
V. EL DERECHO TRANSITORIO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO	213

## PARTE II

<b>CAPÍTULO III: «EL APARTAMIENTO: ENTRE LA EXCLUSIÓN Y LA LIBRE DISTRIBUCIÓN»</b>	220
I. INTRODUCCIÓN	221
II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS	223
III. LA NATURALEZA JURÍDICA	243
IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO	252
V. EL ELEMENTO OBJETIVO	258
1. El apartamiento personal	259
2. El apartamiento real	260
3. El apartamiento mixto	262
VI. EL ELEMENTO FORMAL	262
<b>CAPÍTULO IV: «LA DESHEREDACIÓN: LA EXCLUSIÓN PLENA»</b>	268
I. INTRODUCCIÓN	269
II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS	270

III. LA NATURALEZA JURÍDICA	287
IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO	297
V. EL ELEMENTO OBJETIVO	306
1. El elemento causal	306
2. Del maltrato de obra al abandono familiar como elemento causal	316
VI. EL ELEMENTO FORMAL	325
<b>CAPÍTULO V: «LA PRETERICIÓN: LA EXCLUSIÓN POR OMISIÓN»</b>	331
I. INTRODUCCIÓN	332
II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS	333
III. LA NATURALEZA JURÍDICA	349
IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO	359
V. EL ELEMENTO OBJETIVO	362
VI. EL ELEMENTO FORMAL	365
<b>CONCLUSIONES</b>	369
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	381
<b>ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS</b>	414

## ABREVIATURAS

CA	Comunidad Autónoma
CC	Código civil
CCCat.	Código Civil Catalán
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
DGRN* [DGSJFP]	Dirección General de los Registros y del Notariado. Hoy renombrada como <i>Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública</i> , por Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE, núm. 25 de 29 de enero de 2020).
FN	Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526
FV	Fuero Viejo de Bizkaia de 1452
LDCFPV	Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco
LDCV	Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco
LRPH	Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo



## INTRODUCCIÓN

Actualmente, no resulta fácil entender el Derecho sucesorio sin la existencia de un sistema legitimario que lo pilote y, en cierta medida, lo coarte. Aun así, la *legítima*, como institución romana importada por todos los territorios próximos al Mediterráneo, solamente es una parte del complejo *régimen de sucesión forzosa*. Suele ser habitual entremezclar ambos términos a la hora de referirse a las limitaciones que, en todo caso, debe respetar el *de cuius* a la hora de disponer *mortis causa* de su patrimonio. Pero este es un error, fácilmente refutable.

Históricamente, la *portio debita* no se reconoce a las personas legitimarias hasta bien entrada la época postclásica del Derecho romano; de hecho, no es hasta la promulgación de las Novelas justinianas cuando se implanta el sistema de legítimas que, con ciertas alteraciones, perdura actualmente. Sin embargo, con anterioridad a la promulgación e instauración de este sistema legitimario tampoco goza el causante de una plena libertad dispositiva, debido a otra serie de limitaciones que también conforman la denominada sucesión forzosa. Se trata de otra serie de deberes atribuidos al propio causante, y que, de no satisfacerlos, imprimen diferentes grados de ineficacia a sus disposiciones. Estos otros elementos que, junto a la legítima, conforman el régimen de sucesión forzosa, han emanado y evolucionado de forma dispar; y, aunque los de mayor notoriedad tengan origen romano -como el deber de instituir *heres*, o incluso, el deber de nombrar, o en su lugar, desheredar a determinadas personas-, también pueden encontrarse, en otros ordenamientos, ligados a la transmisión indivisa del patrimonio, como es el caso de la troncalidad vizcaína.

El régimen de sucesión forzosa aglutina en su seno, por tanto, elementos compresores junto a elementos distensores. Todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los peninsulares, han tratado siempre de hallar el equilibrio entre el sistema legitimario que recorta y la libertad dispositiva que aligera. Como si de una balanza se tratara, en un constante tira y afloja se encuentran ambos polos, definiendo, en cada caso, el alcance de la libertad de disposición *mortis causa* que se le concede al *de cuius*. Resulta innegable que el espíritu de la ley ha amparado siempre, en el ámbito de las transmisiones sucesorias, la protección de la familia y de su patrimonio; pero, al mismo tiempo, la misma norma, mediante la articulación

de diversas limitaciones, ha tratado de salvaguardar, en la medida de lo posible, los intereses particulares y las libertades propias del *de cuius*. Si existía deber de instituir *heres*, se permitía, también, la desheredación de ciertas personas; si se imponía la transmisión indivisa de parte del patrimonio, se atribuía, en la medida de lo posible, la facultad de la libre elección de sucesor. De esta manera, aunque la balanza sostenida por el sistema de legítimas y la exclusión sucesoria siempre ha existido, los pesos colocados en cada plato han variado. Y lo han hecho de la mano de las necesidades vitales y sociales en cada coyuntura, acercando el Derecho a la comunidad.

En la imagen de la balanza se asienta la memoria doctoral que aquí se presenta. En el análisis histórico y evolutivo, tanto del sistema legitimario como de la exclusión sucesoria, se ha abordado, desde sus gérmenes, el estudio de los dos polos que integran, en equilibrio, el régimen de sucesión forzosa; para poder, posteriormente, trasladar esa visión de conjunto al vigente marco normativo e indagar, así, en su posible regulación venidera. Con este fin, el recorrido comienza en el preludio del Derecho romano, acompasando la investigación jurídica con otra de calado político y social, en aras a dibujar, no solo el marco jurídico originario, sino también su cimiento y justificación. Se avanza en la línea temporal de forma progresiva, con la consciencia de que los ordenamientos peninsulares no solo beben del Derecho romano, resultando inevitable contrastar sus fuentes jurídicas con la influencia germánica con la que más adelante lidian. Todo ello sin olvidar que, también en la Península, sobre todo en las zonas más aisladas del Pirineo, se enraízan derechos propiamente originarios, que entremezclan sus normas con figuras romanizadas o germanizadas.

Tras una mirada al pasado se vuelve la vista a nuestro presente normativo, para desglosar el vigente régimen de sucesión forzosa en los distintos elementos, compresores y distensores, que equilibran la balanza. Para ello, aunque la presente memoria doctoral se centre en la regulación vasca de la sucesión forzosa, de actualidad debido a la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 5 de junio, de Derecho civil vasco, también se contrastan, en paralelo, los restantes ordenamientos civiles peninsulares -tanto el estatal como los autonómicos- para obtener, desde ese prisma, una fotografía de conjunto. Se adelanta, aquí y ahora, que el actual régimen vasco de sucesión forzosa pivota, por primera vez, sobre un sistema legitimario *casi* unificado

para la totalidad de la Comunidad Autónoma; conservando la constrictión de la troncalidad infanzona y el islote ayalés con su característica y absoluta libertad dispositiva. Instaura para el resto de la Comunidad, a partir de la plantilla tradicional vizcaína, una legítima de naturaleza colectiva que el *de cuius* puede distribuir libremente entre sus sucesores forzosos. En la balanza de la sucesión forzosa, el legislador vasco resta, pues, ciertos pesos al plato de la legítima para incorporarlos al de la exclusión sucesoria. Nos encontramos ante un ordenamiento que, aparentemente, apuesta por salvaguardar, con mayor ahínco, las cotas de libertad del *de cuius*. Esta disyuntiva se resuelve, finalmente, con el examen pormenorizado de los tres sistemas de exclusión sucesoria presentes, aunque no siempre expresamente regulados, en el ordenamiento vasco: el *apartamiento*, la *desheredación* y la *preterición*.

La tesis doctoral que aquí comienza trata de ahondar en el equilibrio entre los dos platos de la balanza. Persigue respuestas: ¿es posible mantener un sistema legitimario que abanderara la protección familiar y, a su vez, dotar al causante de herramientas suficientes para desplegar libremente su voluntad en el diseño de su sucesión?

# **PARTE I**

*“EL PASADO ES TAMBIÉN EL PRESENTE Y EL FUTURO.  
LA NACIÓN QUE OLVIDA ESTÁ PERDIDA”.*  
*-CICERÓN-*

Estas palabras son la antesala de los dos primeros capítulos que abren esta memoria doctoral. El pasado es parte tangible tanto de nuestro presente como de nuestro futuro, y en la sucesión *mortis causa*, este hecho no es una excepción. Toda investigación debe comenzar con la mirada atrás, en los orígenes, en las fuentes. Este viaje en el tiempo nos brinda una visión no solo histórica sino teleológica de los ordenamientos actuales: al estudiar sus comienzos y sus posteriores desarrollos nos es posible aprehender la unión que late entre el derecho y la sociedad, y cómo ambas se nutren mutuamente.

A este fin, el primer capítulo indaga en el desarrollo del sistema de legítimas, desde sus primeros bosquejos en la Roma arcaica hasta la codificación civil española, haciendo especial hincapié en la concepción que cada época confiere a la familia y a la sociedad. Tras este recorrido histórico y evolutivo, el segundo capítulo se sitúa en el presente vasco, en el nuevo régimen jurídico de la sucesión forzosa vasca; para tratar de responder a las palabras de Cicerón y comprobar si la regulación actual ha olvidado sus orígenes o si, al contrario, se nutre de ellos.

# **CAPÍTULO I**

## **«ANTECEDENTES HISTÓRICOS»**

## I. INTRODUCCIÓN

En el camino hacia una más plena comprensión del complejo y plural sistema sucesorio vigente en el ordenamiento español, se antoja preciso retroceder al propio origen de la sucesión *mortis causa*; indagar en el Derecho primigenio, para, después, recorrer de su mano, las a veces desdibujadas sendas que lo conducen al escenario normativo actual. En esta encomienda y porque su influencia en los ordenamientos jurídicos de los territorios que conquista y abarca lo hacen digno merecedor del título de Derecho primigenio, deviene esencial dar comienzo a esta investigación con un estudio entrelazado de la realidad socio-familiar romana y de su Derecho. La regeneración constante que imprime el legislador romano a su normativa, para adecuarla a las necesidades que, en cada etapa, clama su sociedad, dista de ser superflua: la precisión y la calidad de las instituciones que se crean en esta época, siguen, a día de hoy, cubriendo, en gran parte, las necesidades de la ciudadanía. En la concreción del ámbito sucesorio, el equilibrio que persigue y consigue el Derecho romano entre la protección de la familia y la libre voluntad del causante, perdura, sin grandes alteraciones, hasta la actualidad. El sistema legitimario, insignia de la obra justiniana y fruto de un tedioso recorrido de la *successio* romana, concluye la evolución y el aporte que, precisamente, se hereda de Roma.

Bebiendo de este influjo romano, pero sin olvidar el Derecho originario existente en la Península Ibérica –que proviene de una corriente germana y, en este sentido, se encuentra alejado de la predominante y culta normativa romana–, los reinos que componen el territorio peninsular de la Edad Media construyen el llamado Derecho Intermedio. Este Derecho esencialmente medieval muestra una realidad normativa de dispersión y confrontación. Se alza, pues, la apuesta por unificar los dos sistemas ‘originarios’, el romano y el germánico. Sin embargo, la reticencia a abandonar los Derechos propios en ciertas demarcaciones de la Península asegura la continuidad de esta dualidad del sistema normativo: los intentos uniformadores no convencen a toda la población peninsular, ni siquiera hacen mella en esta coexistencia de Derechos. Así, la pugna entre el Derecho territorial o castellano, resultante de la fusión del sistema romano y germano para la unificación del territorio a través de la norma, y el Derecho ‘foral’ o propio, anclado en ciertas regiones que conforman la corona

de Castilla y cimentado en sus sistemas jurídicos originarios, no hace sino avivar la complejidad del sistema sucesorio, cada vez más diverso y heterogéneo.

Finalmente, la etapa de la codificación muestra los últimos avances jurídicos que se llevan a cabo para culminar el afán de unificar el ordenamiento, ahora sí, español. Emulando el periodo precedente, en un primer momento se reproduce la estratagema de restar valor a los Derechos denominados forales, que deben conformarse con ser parte del ordenamiento común con cuerpo de meras Memorias o Apéndices añadidos. Poco resiste este último intento unionista, ya que, diezmado progresivamente durante el período compilatorio (1946-1974), con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 debe reconocer su derrota y aceptar el florecimiento de ordenamientos civiles autonómicos, más completos que sus precedentes compilados. Este último giro de los acontecimientos instaura un sistema sucesorio multicolor dentro del Estado español. El Derecho común o estatal, regulado en el Código civil, mantiene, pese a constantes clamores de cambio, sus característicos vestigios romano-germanos; los Derechos civiles autonómicos guardan sistemas más extremos, desde propuestas projustinianas hasta más puros ordenamientos germánicos.

## **II. EL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL DERECHO ROMANO**

### **1. A modo de introducción**

Diversas instituciones nacen y ven su fin al abrigo de la civilización romana; otras, en cambio, perduran y siguen vigentes en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Se entiende oportuno, pues, abordar un cuidadoso análisis histórico-normativo de aquellas instituciones que aún siguen vivas y obtener, así, una panorámica completa de su desarrollo. Arranca, nuestro estudio, con el Derecho romano. Con el examen, interconectado, de la familia, la propiedad y la sucesión *mortis causa*. Y para poder enmarcar, correctamente, las instituciones objeto de estudio en los diversos periodos que se abordan a lo largo de este primer apartado, se considera conveniente ofrecer, con carácter previo, unos breves apuntes



en torno a la doble periodificación que se da en Roma: la política y la jurídica<sup>1</sup>. Dichos ámbitos, que discurren autónomos pero próximos, muestran, con detalle, la concepción familiar y su configuración como fuente de la norma. El engranaje político-jurídico refleja, pues, en cada etapa, la conexión que late entre la estructuración social de Roma y la dirección que toma su Derecho.

Comienza nuestro relato con la mirada puesta en el *periodo arcaico*, cuando la conocida Roma aún está en sus inicios. Se observa la sintonía que ya entonces late entre la familia y el Derecho sucesorio; entes tan unidos entre sí que diferenciarlos no resulta del todo posible. La realidad familiar dibuja el régimen sucesorio y perpetúa la configuración de la *res familiaris*, que permanece inalterable en manos de la comunidad doméstica, avalando su supervivencia. La sucesión *mortis causa* se entiende, por tanto, como una ramificación del Derecho de la familia, y un complejo sistema de copropiedad sobre el patrimonio familiar lo fundamenta. Como la familia y su *res* deben permanecer ligadas, la *successio* se asemeja a un traspaso involuntario de los bienes tras la muerte del cabeza de familia. El ulterior titular del patrimonio doméstico nunca varía: siempre es la comunidad familiar<sup>2</sup>.

Esta concepción del Derecho hereditario arcaico muta con la prosperidad económica que caracteriza la *República* romana. La familia unida y cerrada al exterior se transforma: para poder progresar comienza a dividirse y a formar grupos más reducidos. En esta nueva configuración de la *domus*, núcleo doméstico romano, la idea de la libre disposición del

---

<sup>1</sup> Los periodos que hacen referencia a la vida política romana y a su historia externa son unitariamente clasificados y denominados por las formas de gobierno que rigen en cada etapa. Así, se distinguen la *época monárquica* (754 a.C.-510 a.C.), la *republicana* (509 a.C.-30 a.C.), la *época del Principado* (30 a.C.-230) y finalmente la del *Dominado*, que, con un punto de partida común en el año 285, se extiende hasta el año 476 en Occidente y hasta 1453 en Oriente. Las dos últimas épocas, en el mismo orden, también reciben el calificativo de Alto Imperio y Bajo Imperio.

El ámbito jurídico, por su parte, toma la forma de litigar como punto de referencia para delimitar periodos romanos. De esta forma se delimitan tres épocas: la *arcaica* (754 a.C.-130 a.C.), la *clásica* (130 a.C.-230) y la *postclásica* (230-476). Este método de periodificación choca con la político-histórica, ya que, la época arcaica subsiste durante los cuatro primeros siglos del gobierno republicano, mientras que la clásica abarca desde mediados de la República hasta el final del Principado. Estas diferentes periodificaciones, que también se reflejan a lo largo del presente trabajo, se extraen de la obra de BETANCOURT, Fernando: *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, pp. 35 y ss.

<sup>2</sup> Tal y como se tratará en un punto posterior, esta caracterización comunitaria, aunque tenga semejanzas con lo que hoy acostumbra a identificarse con familia germánica, resulta propio, también, del Derecho romano arcaico.

testador va tomando fuerza: su voluntad es el eje del nuevo sistema sucesorio, superando la primigenia fase de una *successio* automática en la que la supervivencia familiar se antepone a los anhelos del causante. Ante esta situación de creciente libertad dispositiva, la propia sociedad romana juzga necesaria la implantación de ciertas limitaciones que protejan a los familiares más cercanos del causante. Así, en un principio, el *de cuius* debe instituir o desheredar a los *sui heredes*, y, más tarde, incluso disponer de cierta cuota a su favor. En esta etapa, también se empodera a los *heredes* para los supuestos en los que el causante incumpla sus obligaciones legales: se ponen en sus manos herramientas suficientes para hacer cumplir la ley, entre las que se encuentran instituciones como la preterición o la *querela*. Germina, de esta manera, el diseño más moderno del Derecho sucesorio, en el que la realidad familiar se enfrenta al afán dispositivo del *de cuius*.

Finalmente, en un último periodo denominado posclásico, la labor imperial afianza el Derecho romano y, en consecuencia, el Derecho sucesorio, que por influjo del cristianismo avala, de nuevo, la protección familiar. Las instituciones que florecen en etapas anteriores se detallan con mayor ahínco: se acotan los campos de ejercicio de cada una de ellas, completándose las oquedades mediante nuevas figuras y acciones. La *querela*, instrumento renombrado de la etapa clásica, pierde influjo, ya que, de acuerdo al Derecho imperial, la voluntad del causante prevalece y el testamento difícilmente se anula. La familia romana, ahora cristianizada, se escuda en las compensaciones oportunas que la *actio ad supplendam legitimam* ofrece y garantiza su protección en las atribuciones que la ley regula e impone al causante. Se asienta, de esta manera, un sistema de legítimas que perdura, en los territorios mediterráneos, a día de hoy.

## **2. Época arcaica**

### *2.1. Contextualización política*

Para comprender la estructura política y social de la Roma primitiva es necesario retroceder a una época anterior a la de su propia constitución, pues esta previa organización perdura a lo largo de toda la etapa primigenia, superando incluso los continuos cambios de poder que

tienen lugar en estos primeros compases<sup>3</sup>. Estos mimbres originarios son, en gran medida, referencia y fundamento para los posteriores modelos de estado que se dan en Roma. Los pilares de lo que se conoce como uno de los grandes imperios de la civilización occidental germinan en estos primeros albores. De hecho, esta estructuración primitiva de la organización social no llega a desaparecer del todo; como se verá en el análisis de épocas posteriores, evoluciona y se desarrolla, pero siempre está latente.

En el siglo X a.C. ya existe, en la zona del Lacio, una *población preitálica*, denominada, así, por los autores contemporáneos, al ser la civilización de la que nace la Roma ulterior. Poco se conoce de este pueblo más allá de su ubicación. La mayoría de los datos que los estudiosos ofrecen no llegan a ser más que razonables conjeturas, fundamentadas en el desarrollo ulterior de esta comunidad. Puede, incluso, que anteriormente existieran otras tribus o aldeas en la misma zona<sup>4</sup>, pues es en este primer milenio a.C. cuando diferentes y heterogéneos núcleos poblacionales se expanden a lo largo del Mediterráneo, llevando consigo sus singulares lenguas, culturas y formas de vida<sup>5</sup>.

Algunos siglos más tarde, los *pueblos itálicos*<sup>6</sup>, que abarcan tanto pobladores latinos como sabinos, se establecen en esta misma área, sobre los asentamientos preitálicos; estructurando

---

<sup>3</sup> Abordan el análisis de esta primera etapa obras como la de OGILVIE, Robert Maxwell: *Roma antigua y los Etruscos*, Taurus Ediciones, Madrid, 1982, pp. 31 y ss. o AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine: *Roma y su imperio*, Ediciones Destino, Barcelona, 1980, pp. 18 y ss., en las que se descubre la Italia primitiva, previa la llegada de los etruscos.

<sup>4</sup> Con una orografía poco montañosa, la Italia septentrional carece de regiones aisladas; pero, siguiendo un criterio etnográfico, se llega a hablar de la Galia Cisalpina, de Etruria y de Campania junto con otra serie de poblaciones. En estudios realizados también se observa, que, desde la edad de Bronce hasta los siglos IX y VIII a.C. existe en Roma un núcleo poblacional que vigila el vadeo del Tíber. En este sentido se analiza el estudio de Einar GJERSTAD en la obra de RODRÍGUEZ COLMENERO, Antonio: *Guiones de historia antigua universal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1980, pp. 206 y ss. En el mismo sentido profundiza GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto Romano*, Editore Jovene, Napoli, 1996, pp. 57-62.

<sup>5</sup> La migración que sufre la península itálica es de procedencia dispar: Por un lado, las comunidades indo-europeas, seguidas por poblaciones osco-umbras, sin olvidar la gran oleada de oriente consecuencia de las guerras griego-troyanas. GRIMAL, Pierre: *Historia Universal Siglo XXI*, vol. VI, *El helenismo y el auge de Roma, El mundo mediterráneo en la Edad Antigua*, II, Siglo XXI editores, 1972, p. 78, afirma que Roma está abierta, por vocación, a todas las influencias que se entrecruzan en el mundo mediterráneo, y que, precisamente, es esta síntesis la que le aporta su originalidad posterior.

<sup>6</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al Derecho Romano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, pp. 23 y ss., analiza los diferentes pueblos que guardan relación con los orígenes de Roma. Entre ellos destacan los pueblos itálicos, que, en fecha indeterminada, penetran en la actual Italia, provenientes de las regiones

su día a día en torno a las aldeas, dotadas de una organización política propia. Si bien, en un principio, cada *pagus* o aldea es independiente, siendo propia de cada una de ellas la organización de su gente y economía, debido a motivos de culto común<sup>7</sup> y de defensa, pronto comienzan a formarse las primeras agrupaciones de aldeas. Así, en los siglos VII y VI a.C. se crea, entre otras, la confederación llamada *Septimontium*<sup>8</sup>: la antesala de la futura Roma.

En la estructuración política de esta agrupación de *pagus* se mantiene la idea de que estas atesoren parte del poder, aunque el sistema político regente no es otro que el monárquico<sup>9</sup>. El *rex*, jefe militar, político, religioso y judicial, está investido con todos los poderes y ostenta un cargo vitalicio<sup>10</sup>. Sin embargo, las aldeas, temerosas de perder su independencia, guardan, dentro de este régimen, las prerrogativas que les son propias, mediante la representación de las *gens* patricias a cargo de los *patres*<sup>11</sup>. Siguen realizando curias o asambleas del pueblo,

---

danubianas y dotados de una cultura y lengua totalmente definidas. En estos pueblos pueden diferenciarse dos grandes grupos: los latinos y los sabinos. Cabe destacar que, en un principio, son los latinos los que se sientan en la cuenca del Tíber y, años más tarde, los sabinos. En el mismo sentido se manifiestan otros autores como GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto...*, cit., pp. 63-65 e IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia e Instituciones*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, pp. 12-15.

<sup>7</sup> MARCO SIMÓN, Francisco y otros: *Religión y propaganda política en el mundo romano*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, pp. 25 y ss., analiza, de la mano de Jorge MARTÍNEZ-PINNA, la estrecha conexión que late entre la religión y la creación de las civilizaciones primitivas. El culto asume, de esta manera, de acuerdo al autor, el papel de expresar cual es el ideal político.

<sup>8</sup> El origen de esta denominación no es claro ni unánime entre los autores. Tal y como señala CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., p. 26, la traducción bien puede entenderse como siete colinas, una por cada aldea de la agrupación, o como *saepti montes*, es decir, colinas cercadas, careciendo de valor su número. En cualquier caso, antiguos autores remarcados en la obra de FULMINANTE, Francesca: *The Urbanisation of Rome and Latium Vetus: From the Bronze Age to the Archaic Age*, Cambridge University Press, 2014, p. 75, subrayan en sus textos la utilización de dicho término, “*Ubi nunc est Roma, Septimontium, nominatum ab tot montibus quos postea urbs muris comprehendit*” (donde ahora se encuentra Roma, había una vez Siete Colinas, llamadas así por su número que después abarcaron los muros de la ciudad).

<sup>9</sup> La fábula de los gemelos Rómulo y Remo, amamantados por una loba, sitúan al primero de ellos como fundador de la ciudad. Si bien es cierto que se trata del Rey latino-sabino que menos visos históricos presenta, los estudiosos están de acuerdo en nombrarlo primer monarca de su dinastía, seguido por otros tres reyes previos a la llegada etrusca. Esta primera monarquía es definida como de costumbres patriarcales, sostenida en la división de la sociedad romana primitiva en tribus, con poderes políticos a los que se atribuye la unificación del pueblo, estructurado en *gens*, en una nueva organización política. Tanto la dinastía latino-sabina como los poderes monárquicos primitivos se analizan por RODRÍGUEZ COLMENERO, Antonio: *Guiones de historia...*, cit., pp. 213 y ss.

<sup>10</sup> PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes del Derecho Romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 56 y ss., remarca la presencia del factor religioso en la elección del *rex*, que se hará mediante un *augurium* celestial.

<sup>11</sup> Las *gens*, familias procedentes de un mismo tronco, tienen origen en el asentamiento común, en compartir un culto y unos intereses económicos. Inicialmente, solo las familias nobles, las patricias, forman este tipo de estructuras, pero el aumento del poder económico y del número de plebeyos acarrea consigo la creación de *gens*

siendo una de sus funciones más destacadas la de reconocer el *imperium* de cada nuevo rey. Su afán identitario perdura, por tanto. Ni siquiera el transcurso de varias centurias consigue mermar la voluntad de aquellas aldeas de conservar sus respectivas identidades. Y esta aspiración es la que, precisamente, impide que la confederación *Septimontium*, considerada como el embrión de Roma, se conciba como ciudad-estado<sup>12</sup>; dimensión que llega a adquirir la agrupación tras la conquista etrusca<sup>13</sup>.

Sobre esta liga de aldeas los etruscos introducen una nueva organización política: se imponen novedosas divisiones administrativas, se integran aldeas hasta entonces apartadas y la estructuración urbana se remoja. Perdura, sin embargo, el régimen político, aunque con características distintas a la época latino-sabina<sup>14</sup>. En esta ocasión se trata de una monarquía de gobierno absoluto, que debilita los poderes y privilegios de los *patres* latino-sabinos. No existe reconocimiento del *imperium* del *rex* por parte de las *gens* y la ascensión al trono se realiza por la fuerza; el pueblo no interviene en la vida política, es apartado del poder. La lucha entre el *regnum* y la *civitas* es continua en este periodo. Estos embates degradan

---

para la *plebs*, otorgando a lo largo de los años diferentes derechos a los mismos hasta llegar a la igualdad respecto de los primeros, tal y como indica CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 31-35. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Pilar: *Gens, una forma de agrupación antigua mal conocida*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996, remarca el carácter de comunidad de origen de esta estructura, de su representación del pueblo y de los vínculos entre las gentes del mismo.

<sup>12</sup> Se desconoce la fecha de esta transformación, si bien autores como CHURRUCA, PARICIO o GUARINO, en las obras citadas previamente, apuntan hacia algo gradual, que tiene lugar a lo largo del siglo VII a.C. Tomando como referencia las ciudades autónomas de las extensas colonias griegas, de la mano de los etruscos se inicia la construcción de la *urbs*, siendo experiencia vital la estructuración de estas polis de origen griego. Para más información véase BOARDMAN, John: *Historia Oxford del mundo clásico, 2. Roma*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 469 y ss.

<sup>13</sup> En la monografía sobre la civilización etrusca de ARANA, Aitor: *Etruskoak, ziurtasunaren eta zalantzaren artean*, Hiria, Donostia, 2004, pp. 55 y ss, se subraya el poder tanto naval como terrestre de esta población, fundamento base para su expansión de conquistas a lo largo y ancho de la península. Su campaña militar se relata con todo detalle de la mano de GRIMAL, Pierre: *Historia Universal Siglo...*, cit., pp. 79 y 80. La fundación de ciudades corre a cargo de la fuerza militar y avanza desde la Toscana hasta el interior del país. Alcanzan a su vez las regiones cercanas al Tíber y contactan con las colonias griegas del sur, penetrando con su cultura y política.

<sup>14</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., p. 24, al estudiar los pueblos etruscos remarca su carácter monárquico, ya que el rey goza de pleno poder y ostenta atribuciones que serán posteriormente llevadas a Roma, motivo por el cual no se realiza cambio en lo relativo al régimen político de la anterior época. Dentro de la dinastía etrusca se diferencian tres estirpes totalmente diferenciadas entre sí y que representan las oleadas de invasión que se perpetran sobre Roma de forma sucesiva. De ello se deduce que los reyes etruscos se suceden de la mano de la fuerza, de afirmar su hegemonía momentánea.

internamente, hasta su disolución, el régimen monárquico absolutista, que resulta discordante con el propio origen de Roma: la libre unión de aldeas que mantienen su autogobierno<sup>15</sup>.

La caída anunciada de la monarquía etrusca<sup>16</sup>, cerca del año 510 a.C., trae consigo la instauración del régimen republicano, un orden que no ve su apogeo hasta el siglo III a.C. Se desconoce cuál es el régimen político imperante desde el destronamiento etrusco hasta la total instauración de la República. Se sabe, eso sí, que la figura del *rex* sigue existiendo, aunque sus atribuciones son meramente religiosas, a la vez que los comicios por curias vuelven a recuperar actuaciones. Asimismo, con la nueva entrada del pueblo en la vida política, se desarrollan las *comitia centuriata* y los comicios por tribus, abarcando poderes como los de elección de magistrados o aprobación de proyectos de ley<sup>17</sup>. Con el cambio de régimen político, el sistema de los *pagus*, más en concreto la antigua estructura de familias representativas, vuelve a instaurarse. No se habla de un retroceso sino de un empoderamiento de la *civitas*.

## 2.2. Concepción de la familia y de la propiedad

La familia de la antigua Roma tiene como principio guía el sometimiento de los miembros del núcleo doméstico a la *auctoritas*<sup>18</sup> del *pater familias*. La familia responde solamente ante

---

<sup>15</sup> MARTÍNEZ-PINNA, Jorge: “Algunas observaciones sobre la monarquía romana arcaica”, *POTESTAS. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica*, núm. 1, 2008, pp. 193 y ss.

<sup>16</sup> Relata CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 37-39, que la caída de la monarquía etrusca está relacionada con el declive de su poder militar y su fallida campaña para conquistar el sur de la actual Italia. Además, hay quien sostiene que se trató de un destronamiento realizado por la nobleza latino-sabina junto con la sublevación de los pueblos conquistados. Este derrumbe de la monarquía etrusca no supone la vuelta impermutable de las estructuras primitivas que rigen en las estirpes latino-sabinas; las tribus y curias se transforman debido a la cultura absorbida y el propio senado evoluciona para abarcar mayor poder. Se debe subrayar que la civilización romana previa parte de una situación cultural precaria y que comienza a hacer uso de la escritura gracias al alfabeto etrusco. La evolución en tan breve periodo es impactante, como señala KOVALIOV, Sergei: *Historia de Roma*, Akal, Madrid, 1973, pp. 55 y ss.

<sup>17</sup> PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., pp. 55-56.

<sup>18</sup> CASINOS MORA, F. Javier: “El dualismo autoridad-potestad como fundamento de la organización y de los pensamientos políticos de Roma”, *POLIS. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, 11, 1999, pp. 85-109, remarca que, la presencia en la mentalidad romana, desde tiempos remotos de este concepto sustancialmente opuesto al de «poder», en referencia a la *auctoritas*, que se proyecta en todos los ámbitos de la vida social y política, es el fundamento de una teoría política que al menos hasta la época imperial descansa sobre el dualismo esencial autoridad-potestad, pues aun en ámbitos diferentes resulta complementario del mismo.

el *pater*; suya es la suma autoridad en esta pequeña comunidad, del mismo modo en que él responde por ellos frente a la *civitas*. En este sentido, la estructuración de dominio es la característica esencial y diferenciadora sobre las posteriores épocas. El poder, ostentado por un único miembro de la familia, abarca, no solo a los sujetos<sup>19</sup>, sino, también, al patrimonio de la comunidad familiar, y conforma un grupo organizado bajo la *patria potestas*<sup>20</sup>, en una estructura similar a la de un pequeño estado. No existe *auctoritas* para los miembros de la familia más allá de la figura del *pater familias*.

Si bien esta idea, de una familia dirigida por un mismo mando, resulta unánime para la doctrina, debido a la falta de fuentes sobre la época, son varias las hipótesis lanzadas acerca del nexo entre la *patria potestas* y la vida familiar, punto clave a la hora de examinar y clarificar el concepto romano de familia en los primeros tiempos de esta civilización<sup>21</sup>. Una de las doctrinas mayoritarias considera la familia arcaica romana como un grupo patriarcal; una comunidad cimentada en lazos sanguíneos provenientes de una unión conyugal y sometida a la autoridad absoluta e indisoluble<sup>22</sup> del *pater familias*. Esta hipótesis nace debido

---

<sup>19</sup> Bajo el *pater familias* y sometidos a él se hallan, su mujer, si es *uxor in manu* (voz que designa a la mujer casada que pertenece a la casa del marido), sus hijos no emancipados y los hijos de sus hijos, junto a aquellas personas que acoja en la familia en la posición legal de hijos o nietos. BETANCOURT, Fernando: *Derecho romano clásico...*, cit., pp. 403 y ss.

<sup>20</sup> El fundamento de la *patria potestas* deriva del poder que le confiere el ordenamiento jurídico al *pater familias* -quien tiene la consideración de hombre libre, *cives* y *sui iuris*, esto es, plena capacidad jurídica-, que ejerce su poder sobre los miembros de la familia. En palabras de Carlos Felipe AMÚNATEGUI PERELLÓ: *Origen de los poderes del pater familias: el pater familias y la patria potestas*, vol. 42, Dyckinson, Madrid, 2009, p. 177, «La *patria potestas* es el poder que el derecho le reconoce sobre sus hijos, la *domenica potestas* se ejerce, en cambio, sobre los esclavos, mientras que la *manus* tiene como destinataria específica a la mujer». Ciertamente, IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*, cit., p. 499, analiza la terminología de la propia palabra, afirmando que *pater familias* significa cabeza libre, no sometida a *potestas* alguna.

En contraposición a la persona que ostenta la plena capacidad jurídica, que por lo tanto no se halla subyugada a otra, se encuentran aquellos que carecen de personalidad ante la ley. Como señala Juan IGLESIAS SANTOS, “en los primeros tiempos de Roma, la cualidad del hombre no es bastante, por sí sola, para otorgar la capacidad. Sujeto de derecho únicamente es el *pater familias*, y dado que éste ha de ser libre, ciudadano, y *sui iuris*, la plenitud de la capacidad jurídica implica el concurso de tres condiciones: libertad, ciudadanía y no sometimiento a una autoridad familiar”. Por lo tanto, la plena capacidad jurídica de un hombre libre y ciudadano romano va a depender indispensablemente de la posición que ocupe en la familia, *status familiae*.

<sup>21</sup> El estudio que a continuación se vierte tiene como referencia la división doctrinal que traza Laura SANZ MARTÍN: “Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la *familia* en el Derecho Romano arcaico”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2010, pp. 197-214.

<sup>22</sup> En este sentido ULPIANO, en *Digesto* 50, 16, 195, 1, sentencia: *Pater familias is qui in domo dominium habet*.

a la concepción de la evolución natural de la familia; a la consideración de que la familia es el más elemental de los núcleos<sup>23</sup>. De ahí que resulte lógica y necesaria la figura de una autoridad que cargue con la función de soberano<sup>24</sup>, frente al que responda toda la unidad familiar sin que emerja disenso alguno de por medio. Es por ello que esta teoría destaca el papel del *pater familias* como superior sanguíneo<sup>25</sup>, fundamentando la estructuración de la familia arcaica en torno a esta figura singular.

Aun con todo ello, las teorías fundamentadas en los lazos sanguíneos no responden a toda la realidad familiar del momento. La familia, en su sentido más extenso, se encuentra constituida por hombres y mujeres, ganado y patrimonio. Personas y cosas están sometidas a una misma autoridad de un jefe, *manus* o *mancipium*<sup>26</sup>, no siendo estrictamente el vínculo sanguíneo la conexión entre ellos<sup>27</sup>, sino la *adgnatio*<sup>28</sup>. ULPIANO no yerra al afirmar *iure*

---

<sup>23</sup> TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, p. 509.

<sup>24</sup> Entre los autores clásicos que defienden la idea del patriarcado podemos encontrar a PLATÓN, DÍCARCO o ARISTÓTELES, pues todos ellos afirman que la sociedad proviene de la familia unida mediante lazos sanguíneos. Posteriormente varios autores mantienen esta misma postura en sus obras.

<sup>25</sup> BACHOFEN, Johann Jakob: *Das Mutterrecht*, Basilea, 1897, sostiene en su obra la teoría matriarcal de la familia arcaica, siendo la madre la superior sanguínea y no el padre, si bien hoy en día esta hipótesis está dejada de lado por la doctrina mayoritaria. La razón de mayor peso para no aceptar esta idea radica en que cuando la mujer contrae matrimonio deja su casa, el dominio de su *pater* y se incorpora a la familia de su marido quedando bajo el poder marital de éste. Sobre el origen, concepto, extensión, formas de celebración y extinción del matrimonio *conventio in manu*, forma en la que la mujer se somete al poder de su marido y la más habitual en aquel entonces, puede consultarse KASER, Max: *Derecho romano privado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982, pp. 256 y ss.; José ARIAS RAMOS, y Juan Antonio ARIAS BONET: *Derecho Romano, II, Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1997, p. 740 y ss.; Álvaro D'ORS: *Elementos de Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, 1992, pp. 290 y ss.; Alejandro FERNÁNDEZ BARREIRO y Javier PARICIO: *Fundamentos de Derecho privado romano*, Marcial Pons, 2011, pp. 151 y ss.; Juan IGLESIAS SANTOS: *Derecho romano Historia...*, cit., pp. 339 y ss.; Eduardo VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, Civitas Ediciones, 1986, pp. 635 y ss.; Jesús DAZA MARTÍNEZ y Victoriano SAIZ LÓPEZ: *Iniciación al estudio histórico del Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 92-96; Fritz SCHULZ: *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, pp. 106 y ss., entre otros.

<sup>26</sup> DE VISSCHER, Fernand: "Potestas" et "cura", *Études de Droit Romain*, Paris, 1931, pp.13 y ss., considera que el poder del *pater familias* era propiamente el *mancipium*, siendo éste un poder global, total y originario al que están sometidos personas y cosas, estando todas ellas *in mancipio*.

<sup>27</sup> Si bien en un principio la idea de la sanguinidad es la predominante, al observarse que la familia arcaica está constituida por un grupo de personas no siempre unidas en sangre entre ellas, la teoría no tiene más remedio que evolucionar, aceptando dentro de la familia a aquellos que estrictamente no están unidos por esa estirpe.

<sup>28</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano*, cit., pp. 725 y ss., definen la familia agnaticia romana como un organismo que hoy se calificaría de jurídico-político con rasgos peculiares, al considerar no solo las personas que lo integran sino también los lazos y las formas de pertenecer a la misma. Dentro de estos lazos se hayan figuras jurídicas como la *adrogatio* romana: el *pater familias* adrogado y todos los suyos pasan a formar parte de otra familia bajo la *potestas* del adrogante, dejando su culto originario y



*proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae*<sup>29</sup>. En la familia existen lazos que superan los sanguíneos; la persona soberana que responde a una necesidad evolutiva de autoridad, no se limita a gobernar lo que por sangre le corresponde, también lo hace sobre todo aquello que se somete a su voluntad. Aquellos que mediante vínculos artificiales deciden subyugarse, muestran su conformidad a encontrarse bajo su *auctoritas*. Es esa misma voluntad de sometimiento hacia el poder del *pater familias* la que fundamenta esta teoría más acorde con la realidad romana; la familia, en su conjunto, se ordena alrededor de un líder, que, de acuerdo a la *sacra familiar*, une la comunidad y dirige el orden doméstico y el porvenir de sus dependientes.

En un giro diferente, la teoría bonfantiana se aleja de la importancia de la autoridad sobre la vida familiar romana para remarcar su aspecto político en esta época: el *pater familias* ocupa una posición política y sus funciones superan la gestión familiar<sup>30</sup>. Si bien las bases de esta hipótesis se establecen por RUGGIERO<sup>31</sup>, es el autor del que la teoría obtiene el nombre el que la desarrolla y propugna: BONFANTE<sup>32</sup>. De acuerdo con esta línea de pensamiento, la familia es un ente equiparable a la *civitas*, a un estado germinante, puesto que el autor le otorga soberanía política y estructuración más allá de las funciones administrativas que le son propias como comunidad familiar<sup>33</sup>.

Fundamenta esta naturaleza tanto en la equiparación entre el *pater familias* y el cabeza de una entidad política de mayor envergadura, como en las formas de convertirse en parte de los mismos: el nacimiento y el sometimiento. Los autores romanistas que defienden la teoría

---

aportando su patrimonio al nuevo *pater familias*. Sólo puede ser adrogado el varón *sui iuris*, en razón de que es el varón quien puede continuar con la familia.

<sup>29</sup> ULPIANO, *Digesto* 50, 16, 195, 2.

<sup>30</sup> BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milán, 1963, p. 7, señala que la *potestas* es absoluta y excluyente, trascendiendo del orden doméstico el poder ejercido sobre los demás, que llega incluso a los supuestos en los que los hijos pueden ser juzgados y condenados a penas públicas o a ser vendidos.

<sup>31</sup> DE RUGGIERO, Ettore: *La gens in Roma avanti la formazione del comune*, Critica e scienza positiva, Napoles, 1872, pp. 15-30.

<sup>32</sup> BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto...*, cit., pp. 7 y ss., y *Res Mancipi e res nec Mancipi*, Roma, 1888, pp. 1 y ss., formula esta hipótesis partiendo de la diferenciación de la propiedad romana *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, concluyendo que existe una gran afinidad entre la familia y la propiedad.

<sup>33</sup> OVIDIO, Frank: *Fausto*, II, 547, también acentúa la similitud existente en torno al culto, pues corresponderá al *pater familias* hacer respetar la *sacra privata* para garantizar la protección de los ascendientes difuntos.

bonfantiana reconocen poder político a la familia romana arcaica; esa clase de poder que, hoy en día, se entiende ostenta el estado para ejercitar el orden y la defensa. Dicho de otra forma, resulta coherente que, con carácter previo a la existencia de la *civitas*, una entidad más reducida ejercite el orden y la defensa, en aras a ver salvada una necesidad esencial del ser humano: la seguridad. La familia supone el núcleo donde se ejercita ese orden interno y esa defensa externa<sup>34</sup>, definiéndose, así, la finalidad política de esta institución<sup>35</sup>, que la convierte en un organismo político-germinal de la *civitas*. Germinal, debido a que es base de la misma, pues, hasta épocas posteriores, ambas instituciones coexisten en ámbitos diferentes; y política, porque remarca esta concepción del núcleo familiar en la Roma primitiva.

Así, el propio autor de esta hipótesis subraya que el Estado romano no ejerce su poder de forma directa sobre los individuos<sup>36</sup>; lo hace a través de las diferentes comunidades que en esta etapa histórica conforman el estado: la familia, las gentes, las tres tribus y la *civitas*. Si bien las pequeñas comunidades tienden a la desaparición con el paso del tiempo, esta forma de ejercicio del poder político prueba la politicidad de la familia<sup>37</sup> y su importancia en la

---

<sup>34</sup> VOICI, Pasquale: “Esame della tesi di Bonfante sulla familia romana arcaica”, *Studi in onore Arangio-Ruiz*, I, Milán, 1952, pp. 101 y ss., afirma que los poderes del *pater familias* sí tienen un límite: las *leges regiae*. Si bien es cierto que la *potestas* del padre abarca tanto lo privado como lo público, de las propias XII Tablas se desprende la existencia de ciertos límites impuestos desde la *civitas*, un poder superior al ejercitado por el *pater* y que tiene como objetivo limitar sus funciones internas y externas en la familia. Para mayor abundamiento, véase CHURRUCÁ, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., p. 40.

<sup>35</sup> LONGO, Carlo: *Corso di Diritto romano. Diritto di familia*, Milán, 1946, pp. 1-10, afirma que el poder ejercitado por el *pater familias* sobre sus dependientes es el mismo que ejerce el Estado sobre sus súbditos. No puede entenderse dicha autoridad como doméstica, pues en ella se concentran facultades que superan lo familiar y que hoy en día han desaparecido. Entre estos poderes podemos hallar el *Ius vitae necisque*, la legitimidad del padre de familia de decidir sobre la vida o la muerte de sus hijos, el *Ius exponendi*, por el que se asume el dominio sobre el hijo, el *Ius vendendi*, la capacidad de vender a los descendientes bajo su mando o el *Ius noxae dandi*, por el que el *pater familias* se libera de la responsabilidad delictual o cuasidelictual que nace de los actos que puedan realizar las personas a él sometidas a través de la entrega del responsable.

<sup>36</sup> BONFANTE, Prieto: *Corso di Diritto...*cit., pp. 7 y ss.

<sup>37</sup> Tanto DE MARTINO, Francesco: *Historia económica de la Roma antigua*, I, Madrid, 1985, p. 13, como GROSSO, Giuseppe: *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Turin, 1965, pp. 11 y ss., muestran su conformidad con la teoría política de BONFANTE. GROSSO también señala, a favor de esta hipótesis, el paralelismo entre el Derecho público y el Derecho privado y el ejercicio normativo interno que realiza la institución de la familia, propia de una organización política. FREZZA, Paolo: “Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell’antico diritto romano”, *SDHI*, núm. 4, 1938, pp. 363 y ss., en la línea de los autores anteriores, otorga a la familia una concepción federativa con funciones políticas en el *Latinumnomen*, siendo función del *pater familias* representar a su comunidad familiar ante el resto de los colectivos.

época arcaica. La sociedad y el Derecho de la época giran en torno a la institución familiar, llave del poder político de la *civitas*; la autoridad del Estado no se aplica sobre los individuos de forma directa, sino sobre los grupos a los que pertenecen.

Se formula, también, una tercera teoría que considera la familia como una institución esencialmente económica, con el patrimonio y el trabajo como aspectos básicos en su vertebración interna<sup>38</sup>. Esta concepción encuentra su fundamento en la situación de igualdad que el Derecho público establece entre los *filii familias* y el *pater familias*: todos ellos son iguales ante la ley. Así, el poder que el cabeza de familia ostenta respecto al resto no es más que un poder de gestión; necesario en la estructura agrícola, pues el núcleo familiar lo es de trabajo y su prioridad no es otra que la de la explotar el *fundus* común. En esta misma línea, autores alemanes abogan por una familia equiparable a una comunidad donde todos y cada uno de los miembros son iguales<sup>39</sup>, tanto en deberes como en derechos. El propio GAYO remarca, de acuerdo con esta teoría, el concepto de comunidad familiar, al definir el *consortium*<sup>40</sup> romano. Este grupo doméstico, se centra, por lo tanto, en su contenido material o patrimonial. La familia se halla en un ámbito paralelo al del estado<sup>41</sup>, fundamentándose en la idea de la procreación y dirigiendo sus medios y recursos a la necesidad de sustento.

Habiendo abordado las diferentes teorías construidas por la doctrina, en las que se trata de entender la fundamentación del nexo entre la *potestas* del *pater familias* y la vida familiar,

---

<sup>38</sup> Uno de los principales autores de esta teoría es ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Le Genti e la città*, Università Messina, 1914, pp. 132 y ss. Defiende que la familia romana surge como consecuencia de la transformación de la economía agraria en Roma y se produce el tránsito de una agricultura extensiva a una agricultura intensiva. A partir de dicho momento la familia se mantiene como núcleo de trabajo para explotar intensivamente un trozo de tierra que es el *fundus familiae*. Concuerda en esta idea CHURRUCÁ, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., p. 27, al narrar la evolución de la propiedad en la Roma arcaica. De acuerdo con el autor, existen indicios que prueban un colectivismo agrario que posteriormente progresa a una repartición de las tierras, consecuencia del real asentamiento de esas tribus. La huerta familiar es la primera en fijarse debido a su valor económico en la supervivencia familiar.

<sup>39</sup> KASER, Max: *Derecho romano privado*, cit., pp. 68 y ss.

<sup>40</sup> GAYO: *Instituciones edición bilingüe*, Civitas, 1985, Comentario tercero, 154, describe la comunidad denominada *ercto non cito*, esto es, de dominio no dividido, pues *erctum* es el dominio y *ciere* es dividir.

<sup>41</sup> COLI, Ugo: “Sul paralelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma”, *SDHI*, núm. 4, 1938, autor del paralelismo mencionado, relata que, si bien los objetivos de ambas instituciones son semejantes, las funciones y los medios empleados para lograrlos no pueden ser idénticos, puesto que la familia se halla bajo la jerarquía del *pater familias*, con poderes domésticos, mientras que la *civitas* cumple las funciones políticas del estado, vinculadas al poder de un rey.

debemos concluir que, debido a la falta de fuentes, ninguna de ellas, por sí sola, explica, de forma completa y persuasiva, la naturaleza de la familia. En cualquier caso, que el sometimiento de la familia agnaticia sea uno de los principios fundamentales resulta plausible a la vista de las diferentes hipótesis y escritos en los que se describe el poder del *pater familias* y de su *manus*. Tampoco cabe excluir cierto carácter político del grupo doméstico, pues son atribuciones del cabeza de familia regular el funcionamiento interno de la comunidad, el culto privado o *sacra privata* y, posiblemente, incluso ciertas labores de representación política en el seno de la *civitas*. La fundamentación que expone la tercera de las teorías aporta, como específica, una visión global de la finalidad familiar, que no es otra que la explotación agrícola; prevaleciendo, dentro de la comunidad, los intereses grupales respecto a los individuales.

### 2.3. Derecho sucesorio de la época

Antes de adentrarnos en el estudio del Derecho sucesorio arcaico no resulta baldío ofrecer una breve contextualización de las entonces consideradas fuentes del Derecho. En la Roma arcaica existen normas provenientes de los antepasados, las *mores maiorum*, que abarcan, desde las tradiciones religiosas y los usos sociales, hasta lo estrictamente jurídico<sup>42</sup>. Si bien es cierto que los ámbitos de aplicación –religioso y jurídico- de dichas fuentes se diversifican con prontitud, no es hasta la aparición de las XII Tablas, a mediados del siglo V a.C., cuando realmente puede hablarse de una plena separación de lo religioso (*fas*) y lo jurídico (*ius*)<sup>43</sup>. Aunque más adelante habremos de recurrir a la Ley de las XII Tablas –norma que recoge el Derecho consuetudinario de la Roma arcaica-, no podemos obviar que son las costumbres arraigadas o *mores maiorum* las que aportan la estructura originaria de la *hereditas*, base indiscutible del Derecho sucesorio romano. En las posteriores épocas no se hace sino

---

<sup>42</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...cit.*, p. 39.

<sup>43</sup> IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...cit.*, p. 87, señala que si bien en un primer momento, de conformidad a la voluntad de los dioses, ambos conceptos expresan la licitud de un comportamiento o acto, se considera posteriormente dicha licitud de forma abstracta, siendo el *fas* lo lícito y el *ius* lo que es justo. En un último proceso de secularización, el *fas* tan solo referenciará lo lícito religioso, correspondiendo al *ius* las relaciones entre los hombres.

desarrollar la vertebración de la *successio* arcaica. Precisamente, por este motivo, merecen ser examinados en este mismo apartado.

El origen de la sucesión *mortis causa* romana no está libre de controversia, tanto en lo referente a su fundamentación racional como a su concepción doctrinal<sup>44</sup>. Aun así, podemos señalar cuáles son las tres lecturas que cuentan con mayor apoyo entre los romanistas, para tratar de dilucidar cuál es la base de esta *successio* primitiva fundamentada en las *mores maiorum*. Para una gran parte de los investigadores, con anterioridad a la existencia de las XII Tablas la sucesión hereditaria equivale a una mera transmisión del patrimonio. La *res familiaris*, patrimonio perteneciente al conjunto de la familia y no solo al *pater familias*, pasa a los *domestici heredes*, dentro del orden natural de las cosas: lo que es de la familia pertenece a la misma<sup>45</sup>.

Una segunda hipótesis remarca el acento material de la *hereditas*. Según esta teoría, la concepción de una transmisión que abarca, globalmente, derechos y obligaciones, resulta demasiado elaborada e ideal para un pueblo fundamentado en la familia, cuyos intereses se centran en el patrimonio tangible: el *fundus*, el ganado y los esclavos<sup>46</sup>. Es, pues, la jurisprudencia republicana la que da forma al concepto de *heres* y al de *hereditas*, tiempo más tarde.

La tercera de las explicaciones, y, tal vez, la que mejor encaje tiene dentro de la estructura familiar de la Roma primitiva, sin desmerecer las anteriores, es, justamente, la que defiende que la *successio* no tiene, de origen, un carácter completamente patrimonial. No se trata, por tanto, de una transmisión pura del patrimonio; ya que, junto al traspaso de los bienes de la

---

<sup>44</sup>ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano*, cit., II, pp. 806 y ss.

<sup>45</sup> De acuerdo con esta teoría las ideas de la propiedad y de la autonomía individual comienzan a aparecer posteriormente; la falta de *fili* hace necesaria la aparición de testamento para poder disponer a favor de extraños mediante la figura de la *arrogatio*. Por su parte, SCHULIN, Friedrich: *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, 1882, pp. 8-21, trata en su obra la importancia de esta figura en los testamentos de la época.

<sup>46</sup> El objeto del testamento se desliga, así, de la institución de heredero, y pueden engrosarlo disposiciones singulares del patrimonio. Argumentos a favor de esta concepción, que tiene su origen en la comprensión realista de la sucesión, los aportan BIONDI, Biondo, en *IVRA*, I, 1950, pp. 150 y ss., o COLI, Ugo, en *IVRA*, 7, 1956, pp. 24-91.

comunidad familiar, se produce, también, una sustitución en la soberanía del grupo, núcleo político primigenio<sup>47</sup>. El término *heres* hace referencia, de acuerdo con esta hipótesis, al nuevo jefe de familia, al llamado a *succedere* al anterior *pater familias*. Resulta igual de relevante, acorde a esta tesis, tanto la transmisión patrimonial que tiene lugar mediante la sucesión hereditaria como la decisión de quién toma el cargo de nuevo soberano familiar. La familia romana, como es sabido, gira en torno a la *auctoritas* del *pater familias*, por lo que se juzga de primera necesidad sustituir su persona una vez fallecido.

Tras enunciar los posicionamientos doctrinales basados en hipótesis formuladas por diversos autores acerca de la *successio* arcaica, debemos recurrir a la Ley de las XII Tablas para examinar, sobre el cimiento de los escritos, la configuración de la misma, pues es en este texto jurídico donde se recogen y recopilan las normas consuetudinarias imperantes en la época primitiva. Refiere la tradición que el tribuno de la plebe, Terentilius Arsa, se propuso, en el año 462 a.C., llevar a cabo una codificación del Derecho consuetudinario, no escrito, para igualar en derechos a la plebe y evitar, así, arbitrios discriminatorios o desfavorables en su aplicación. Tras diez años en los que los patricios no transigen, será el Cónsul quien cree, en el año 451 a.C., una magistratura colegiada especial de diez miembros, denominada decenvirato, con el único fin de redactar dicho Código legal. Diez son, también, las tablas que recogen, inicialmente, todo el Derecho no escrito existente hasta el momento, si bien un año más tarde se vuelve a crear un segundo decenvirato para completar con dos nuevas *tabulae* el Código completo<sup>48</sup>.

Quiere la fortuna que en el año 387 a.C., las planchas de bronce que contienen el Código se destruyan en el incendio de la ciudad, desconociéndose, todavía hoy, cuál fue el contenido exacto de las planchas primitivas. Lo único que se transmite, gracias a la labor de autores de

---

<sup>47</sup> BONFANTE, Pietro, en las obras citadas anteriormente en el apartado de familia y propiedad, es el impulsor de esta concepción de la *hereditas* primitiva, al entender que la institución de la familia romana va más allá que su patrimonio, siendo esencial, en la misma, la figura y los poderes del *pater familias*.

<sup>48</sup> Para mayor información de las XII Tablas, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El *Testamentum Calatis Comitiis* y su relación con la sucesión intestada", *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2013, núm. 11, pp. 206-209, referencia las obras de AGNATI, Ulrico: *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, 2002, pp. 9-19 y KASER, Max: *Storia del Diritto Romano*, trad. de la 2ª ed. por Remo Martini, Milano, 1981, p. 63.

la época que trabajan y analizan aquel texto original<sup>49</sup>, son fragmentos, citas textuales o referencias detalladas. Esta falta de fuentes propicia, asimismo, una discusión doctrinal acerca de si las XII Tablas, en lo referente a su contenido, se limitan a reproducir el Derecho existente o si introducen nuevas figuras e instituciones.

En relación al Derecho sucesorio, es la Tabla V la que refleja las antiguas reglas tradicionales y sociales de la Roma arcaica. En ella, la Ley considera como cimiento de la sucesión a la propia familia, los *adgnati*; todo el entramado de la *hereditas* gira en torno a esta institución agnaticia. A la muerte del *pater familias* se constituye una asociación, una comunidad familiar<sup>50</sup>, denominada *consortium inter fratres*, que garantiza la unidad económico-religiosa familiar y en la que todos son miembros y titulares. Tal es la focalización que se realiza sobre la familia, que la Ley no define en momento alguno la figura del *heres*, llegando a plantearse, por ciertos autores, si esta omisión se debe a la inexistencia de la propia figura en esta época romana o si, por el contrario, se debe a su propia obiedad; puesto que, viviendo el *heres* en *domus* o comunidad, ya es titular tanto de bienes como de cargas, es decir, es necesariamente heredero.

Existe, no obstante, el planteamiento que defiende la no existencia de la sucesión propiamente dicha; más bien, la desaparición de uno de los titulares del patrimonio y el acrecimiento del resto: los *sui heredes* no hacen sino obtener la titularidad plena de lo que hasta entonces pertenece en parte al *pater familias*. Aun así, y debido a la tendencia propia del Derecho romano de optar por el individualismo, la Ley de las XII Tablas recoge la opción de dividir la comunidad<sup>51</sup>, aunque todas las partes resultantes del fraccionamiento

---

<sup>49</sup> De hecho, señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el...", cit., pp. 206-209, que "ha sido gracias a autores como los anteriores y otros como Gayo, Cicerón, Ulpiano, Paulo, Festo, Gelio, Macrobio, etc., que escribieron comentarios a las Tablas, por lo que podemos conocer gran parte de sus disposiciones, si bien de forma sesgada, lo que impide un mejor conocimiento de las instituciones antiguas y hasta hacer un juicio riguroso sobre las mismas".

<sup>50</sup> De esta nueva organización, basada en que todos los *sui* contribuyen a la familia mediante su trabajo en la explotación económica familiar, se desprende la *communio*, característica poco común en el Derecho romano, pero natural en este caso, donde los intereses grupales prevalecen sobre el individualismo.

<sup>51</sup> RASCÓN GARCÍA, César y GARCÍA GONZÁLEZ, José María: *Ley de las XII Tablas, Estudio preliminar, traducción y observaciones*, Tecnos, 1996, pp. 76-79, señalan que la sociedad legítima y natural creada entre los herederos se llama *ercto non cito*, es decir, de *erctum*, que significa dominio, y *ciere*, que significa dividir. Del mismo modo, el clásico GAYO: *Instituciones edición bilingüe*, cit., pp. 82 y ss., recoge en su obra que la

permanecen, en adelante, incluidas en la unión gentilicia. Debido a este vínculo natural, la *res familiaris* permanece unida por los lazos de estirpe de la familia; es su administración y titularidad la que se disuelve, pero se conserva su esencia originaria, su conexión con la *gens*.

Para esta partición patrimonial, por entender que no existe una división plena al mantener una ‘supra-titularidad’ sobre los bienes en cuestión, el Código de las XII Tablas prevé la acción divisoria conocida como *actio familiae erciscundae*, que da inicio a un procedimiento en el que un juez responde a la petición planteada. Diferentes autores coinciden en que, incluso con anterioridad a ese primitivo Código, ya existen diversas formas de llevar a cabo esta división, pues la necesidad de fragmentar la comunidad es anterior a la redacción de la norma<sup>52</sup>.

Para poder comprender la protección que la Ley de las XII Tablas otorga a los parientes más cercanos del causante, los *adgnati*, es necesario remarcar que la institución de la familia arcaica pivota sobre la propia comunidad familiar. Los *sui iuris*, miembros de la familia sometidos a un ascendiente varón común, no adquieren patrimonio a la muerte del jefe de familia, se limitan a continuar con el disfrute de la *res familiaris*, puesto que ya han sido miembros de la *domus* en vida del causante. En este contexto resulta natural que los *sui iuris* ostenten la condición de herederos, pues, en cierto modo, ya lo son antes, si bien de forma latente, dentro de la copropiedad de la familia romana arcaica. La Ley de las XII Tablas no hace sino remarcar esta naturalidad.

En testamento, siguiendo una interpretación restrictiva de la acción de testar<sup>53</sup>, acorde con los autores clásicos, el testador tan solo puede legar su propia *suae rei*, es decir, aquellos

---

ley manda que esta división de la herencia se solicite mediante petición a un juez, responsable de llevar a cabo dicha tarea.

<sup>52</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el...", cit., pp. 223-224, muestra su acuerdo con CALZADA en que, antes de que la Ley recogiese esta acción, también sea posible salir del estado de indivisión "mediante algún mecanismo llevado a la práctica bien por los *pontifices*, bien a través de la mediación de un tercero que actuara como *arbiter*".

<sup>53</sup> De acuerdo a la obra de RASCÓN GARCÍA, César y GARCÍA GONZÁLEZ, José María: *Ley de las...*, cit., p. 77, existen varias interpretaciones realizadas sobre la V Tabla. Para algunos autores la Tabla autoriza al testador a disponer por legado sobre los bienes de su patrimonio, mientras que, para otros, debe de realizarse una interpretación más restrictiva y acorde a la Instituta de GAYO, siendo esta libertad de disposición solo aplicable a sus pertenencias personales, no pudiendo hacerlo sobre el patrimonio familiar.



elementos que le son personales, como sus adornos o sus armas. En ningún caso puede realizar disposiciones particulares respecto del patrimonio familiar, que se encuentra afecto al grupo en su conjunto<sup>54</sup>. Incluso en el supuesto de que el jefe de familia fallezca *ab intestato*, la norma es clara: en la sucesión legítima los primeros en ser llamados son los agnados<sup>55</sup>. Es cierto que esta sucesión legal no es, estrictamente, un mecanismo protector que la ley confiera para garantizar que los *agnati* obtengan la titularidad del patrimonio familiar (que ya ostentan); pero ello no obsta para que dicha constatación venga a remarcar la importancia que la ley confiere a los parientes más próximos en aras a garantizar su protección y su continuidad en la comunidad familiar.

Por su parte, la única vía que el *pater* tiene a su alcance para poder disponer libremente del patrimonio familiar y privar del mismo a los parientes agnados pasa por retirar al heredero su condición de tal. La conciencia social para garantizar la *continuatio dominii* sobre el patrimonio familiar contempla incluso al segundo grado de descendientes en casos de que el *sui* del causante no herede al abrirse la sucesión; por emancipación o por premoriencia<sup>56</sup>. En la Roma primitiva, cuya institución nuclear es la familia, la pérdida de la potestad sobre un hijo resulta, ante todo, un episodio de máxima transcendencia, por lo que se lleva a cabo con

---

<sup>54</sup> Sobre el testamento de la época arcaica romana CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el...", cit., pp. 211 y 212 señala que "la Ley reconocía implícitamente la existencia de testamento en Roma, aunque desde luego no era el *testamentum per aes et libram* que se generalizaría en época republicana progresando de la antigua *mancipatio familiae*. Del fragmento citado puede colegirse que para la Ley de las XII Tablas, la sucesión testamentaria era la delación hereditaria preferente, lo cual no significa que fuera la más frecuente, ya que el testamento en esta época no era un negocio esencialmente privado, sino un acto público que había de otorgarse en unos días o circunstancias muy concretas y cuyo contenido básico, más que obedecer a una libertad personal de disposición, se ajustaba a unos criterios sociales y morales ya preestablecidos que estaban en consonancia con el tipo de sociedad y familia romana". En este mismo sentido, ROTONDI, Giovanni: *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en «Scritti giuridici», vol. I, Pavia, 1922, p. 31., y PASTORI, Franco: *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, Bologna, 1992, p. 746.

<sup>55</sup> Los agnados son aquellas personas que están sometidas a la potestad del *pater* o que lo estarían si aún viviese. Este parentesco jurídico no se fundamenta en las relaciones de sangre, siendo posible que dentro de una familia agnaticia existan personas vinculadas por otro tipo de lazos. IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*cit., pp. 478 y 479.

<sup>56</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el...", cit., pp. 215-218. Este derecho de representación solo se otorga a los *ex filio*, las *ex filia* no son consideradas de la familia al estar bajo una nueva *manus* ajena a la familia.

arreglo al negocio jurídico que se recoge en la IV Tabla: la triple venta del hijo<sup>57</sup> o la *emancipatio*, un rito repleto de formalismos que dificulta su uso.

### 3. Época clásica

#### 3.1. Contextualización política

La época clásica de Roma transcurre desde la constitución de la República hasta la decadencia del Principado. En esta etapa tiene lugar una completa transformación de la vida política romana, así como de su sociedad. Roma pasa de ser una ciudad-estado a convertirse en un imperio que domina gran parte del mundo conocido en aquel entonces<sup>58</sup>.

La República nace para hacer frente al poder absoluto del monarca, que es derrocado en aras a otorgar poder al pueblo romano. Esta nueva forma de gobierno provoca una total separación de poderes y equilibra las disputas entre la aristocracia -formada por patricios- y la plebe, que cobra fama en este periodo<sup>59</sup>. Los comicios del pueblo asumen funciones que anteriormente solo corresponden al *rex* y sus acuerdos toman fuerza de ley<sup>60</sup>. En el mismo

---

<sup>57</sup> GAYO, *Instituciones edición bilingüe*, cit., pp. 79 y ss., explica cuál es el procedimiento con todo detalle. El padre mediante el rito de mancipatorio entregaría tres veces a su hijo, siéndole devuelto por manumisión en las dos primeras ocasiones. De esta manera se retira la *patria potestas* que posee el *pater familias* sobre cualquiera de las personas que se encuentran bajo su autoridad en la condición de *fili familiae*. La palabra deriva del término latino *mancipatio* que significa “captado por la mano” ya que en el acto contractual la persona que hace de pesador coge con una mano al *filius* y en la otra el bronce a la vez que pronuncia una fórmula “afirmo que este hombre me pertenece en virtud del derecho de los quirites; que él me sea adquirido por este bronce y por esta libra de bronce” luego golpea la libra con el bronce y da el bronce a quien recibe la manopresa. (Inst.I:119)”. Cuando “un padre ha vendido tres veces a su hijo, que el hijo sea liberado en relación al padre” (Inst. I:132).

<sup>58</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 45 y ss.

<sup>59</sup> GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto...*, cit., pp. 190 y ss., subraya que, tras la instauración de la República, el poder en Roma vuelve a recaer sobre los patricios, antiguos jefes de las principales familias, que forman el Senado y que son elegidos por los ciudadanos para los distintos cargos públicos. Ante este paso atrás comienza, de mano de la plebe, una lucha por igualarlos en condiciones y abrirles, también a ellos, las puertas del poder político, cerrados hasta entonces.

Durante esta etapa que transcurre en la segunda mitad del siglo V a.C., la plebe consigue que se aprueben leyes que den solución a los antiguos derechos reclamados: la *lex Canuleya*, en el año 444 a.C., en la que se permiten los matrimonios mixtos entre patricios y plebeyos o la ley que admite, a partir del año 421 a.C., acceder a los plebeyos a la cuestura, son claro ejemplo de los logros conseguidas.

<sup>60</sup> Las asambleas ganan importancia en este periodo romano y nacen nuevos comicios para dar respuesta a las demandas de diferentes estamentos y empoderar de esta manera al pueblo. Las antiguas *comitia curiata*, de la época primitiva, caen en desuso para dar paso a las asambleas de centurias, a las de las tribus y al concilio de

sentido, se afianza el Senado, existente también en el periodo gobernado por la monarquía; dirige el ordenamiento interior y la actuación exterior de la política romana, orientando y asesorando al gobierno. La máxima autoridad y la figura sobre la que recae el gobierno directo es el cónsul, que viene a sustituir al monarca, aunque su poder, más limitado, depende, en todo momento, de los comicios<sup>61</sup>. Ciertamente, los *pater familias* recuperan la autoridad perdida y son los responsables de vigilar el ejercicio del poder mediante el despliegue de sus funciones políticas en los comicios.

No obstante, a lo largo del siglo I a.C., el régimen de la República decae y le sucede el periodo del Principado<sup>62</sup>; los cónsules son investidos de atribuciones extraordinarias<sup>63</sup> que suponen un retroceso en la separación de poderes. Las instituciones republicanas apenas pueden sobrevivir, ante la centralización del poder en el *princeps*. En cuanto a la naturaleza jurídica del régimen del Principado, las teorías que emergen son diversas y oscilan entre la diarquía, donde las cabezas de gobierno son el *princeps* y el Senado, y el protectorado, donde la *res publica* está bajo la protección del príncipe, pasando por la Monarquía. Ninguna de ellas colma, por completo y por sí sola, la esencia del régimen formado en este periodo, aunque es indiscutible que evoluciona hacia la monarquía más absolutista durante la época postclásica. El Principado puede ser definido como un régimen mixto entre la República y la Monarquía. De hecho, este periodo se caracteriza por erigirse en tránsito entre una y otra: el poder vuelve a recaer en una única figura regente<sup>64</sup>.

---

la plebe. De estructuración completamente diferente tan solo comparten atribuciones funcionales como la legislativa, mediante la votación de leyes propuestas por magistrados, la electoral, donde cada concilio elige a sus representantes políticos, o la judicial, tanto en su vertiente instructor como jurisprudencial. Para mayor información de los *comitia* véase, PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., pp. 77 y ss. y CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 79 y ss.

<sup>61</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., p. 74.

<sup>62</sup> PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., p. 107.

<sup>63</sup> Augusto es el primero en ostentar este cargo, y acaba con potestades como la *imperium proconsulare infinitum et maius* –el poder supremo de gobernar el Imperio en toda su extensión-, la *tribunicia potestas* –referente a los tributos de Roma-, el *ius belli ac pacis* -derecho a decidir sobre la guerra o la paz-, o el de *pontifex maximus* - que lo convierte en pontífice máximo-.

<sup>64</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 107 y ss.

En este nuevo régimen político, los órganos republicanos van cayendo en desuso y sus funciones se van convirtiendo en meros espejismos<sup>65</sup>. El compromiso con el que nace el Principado, el de establecer una solución entre lo nuevo y lo antiguo, pierde su razón de ser. A partir de ese momento, el Senado deja de ser la asamblea suprema de gobierno y sus funciones van en disminución. Los comicios, por su parte, tanto los populares como los plebeyos, entran en decadencia, aun cuando, por un tiempo, siguen confiriendo poderes y títulos al emperador mediante la *lex de imperio*, hasta que esta función se reduce a una mera aclamación en el pleno del Senado<sup>66</sup>. Patricios y plebeyos se dejan deslumbrar por el poderío militar del *princeps* y, con el paso del tiempo, tras el traspaso de sus potestades políticas a su favor, lo siguen y apoyan en su ejercicio político.

Desde el punto de vista socio-cultural, es opinión generalizada que la República trae consigo el esplendor y representa el cénit del pueblo romano. Es a lo largo de este periodo cuando realmente se afianzan las instituciones clásicas de gobierno y de justicia, así como de la administración del bien público y del anhelo de superación de las desigualdades sociales. Es también en esta época cuando dan comienzo las conquistas del ejército romano, que subyuga, bajo su mando, amplias tierras del centro de Europa, el norte de África y la parte occidental de Asia<sup>67</sup>. Esta expansión trae consigo una gran mezcla de culturas. Roma lleva consigo sus pilares culturales y sus instituciones políticas, pero también asimila, en buena medida, los conocimientos de otros pueblos: se convierte en heredera y depositaria de la cultura helenística<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine: *Roma y su...*, cit., pp. 428 y ss., el poder imperial se abre paso en este periodo a expensas de los diversos órganos de la tradición republicana, que en esta época consuman actividades simbólicas. El propio Senado se convierte en heredero de los comicios electorales.

<sup>66</sup> GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto*,..., cit., pp. 390 y ss.

<sup>67</sup> AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine: *Roma y su...*, cit., pp. 229 y ss., analiza la gran repercusión económica que estas guerras y conquistas tienen sobre Roma. Dos de sus mayores logros son la esclavitud y el comercio. Las conquistas dejan a su paso masas de esclavos que Roma dirige a trabajos forzosos que garantizan el nivel de vida de la ciudadanía. A su vez, las nuevas tierras bajo su dominio permiten la apertura de nuevos puertos para importar a Roma toda aquello que necesite para abastecerse. Las colonias pronto se convierten en cerealeras trabajadas por sus propios habitantes, ahora esclavos, para beneficio romano.

<sup>68</sup> No sólo por su posición geográfica esta Italia llamada a ser la continuadora de la civilización griega, sino que las circunstancias políticas contribuyen también al mismo resultado. Cuando la civilización griega comienza a desaparecer de la escena política, empieza a elevarse en Italia el poder romano, extendiendo su Imperio con sus conquistas por todo el mediterráneo. Habiendo cumplido Grecia su destino de desarrollar elementos de la cultura humana resulta necesaria una fuerza que las expanda y transmita a apartadas regiones. Previa la

La creación del Imperio asienta toda esta prosperidad. Las arcas imperiales, repletas tras las conquistas y las tributaciones de las provincias, permiten mantener las enormes urbes, que aumentan con la llegada de la plebe: la distribución sistemática de alimento y entretenimiento a estas masas se convierte en el principal objetivo. Estas expansiones también dan lugar a una nueva fragmentación de la sociedad y a los antiguos estamentos de patricios y plebeyos se les superpone otro estrato, cimentado en el capital: la aristocracia<sup>69</sup>. Esta queda integrada por nuevas familias no patricias que han amasado fortuna mediante el comercio y la guerra en tiempos de prosperidad. Florece la importancia de la riqueza económica en la sociedad romana.

### 3.2. Concepción de la familia y de la propiedad

Desde los últimos siglos de la República hasta la decadencia del Principado tiene lugar la paulatina, y a la vez profunda, transformación de la concepción de la familia romana. La familia arcaica –unida mediante el *mancipium*, nexo de naturaleza perpetua que finaliza con la muerte o con la *emancipatio*<sup>70</sup>–, es sometida a mutaciones; generadas tanto por la Ley como por las nuevas construcciones filosóficas. Estas nuevas corrientes de pensamiento acaban imponiendo la noción de la familia romana cognaticia<sup>71</sup>, desligándose de los lazos parentales que caracterizan la extensa familia agnaticia propia de la época arcaica.

---

dominación griega, las manifestaciones culturales romanas resultan escasas, no son prioridad de Roma. Pero esta idea cambia junto con el reencuentro de la cultura helena y Roma desea convertirse en faro cultural del mundo, en referencia de las regiones conquistadas. Confirman esta visión TOLLINCHI, Esteban: *La metamorfosis de Roma*, Universidad de Puerto Rico, 1998, pp. 389 y ss., MIRALLES, Carles: *El Helenismo, épocas helenística y romana de la cultura griega*, Montesinos Editor, Barcelona, 1989, pp. 83 y ss. o GRIMAL, Pierre: *Historia Universal Siglo...*, cit., pp. 112 y ss.

<sup>69</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., p. 144 desarrolla la idea de una aristocracia al servicio del Imperio; a cambio de permitirles su participación en la vida política, en senados municipales, *curias*, en calidad de *decuriones*, estas nuevas familias adineradas proveen a la comunidad de capital para costear obras públicas, juegos de diversión, alimentos etc. La aristocracia suple al imperio por ser parte del mismo y pertenecer al estamento político.

<sup>70</sup> BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto romano*, II, *La Proprietà*, Parte I, Milano, 1966, p. 253.

<sup>71</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: “Aproximación al tránsito jurídico de la *patria potestas*: desde Roma hasta el Derecho visigodo”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 9, 2012, pp. 150 y ss.

La familia deja de ser *communi iure* en sentido estricto, para pasar a entenderse como *familia proprio iure*<sup>72</sup>; una institución que carece de funciones políticas, de orden y de defensa, al ser la *civitas* la que las hace suyas. La unión compacta de los grupos familiares deja de ser necesaria; se escinden éstos, a partir de esta nueva concepción, en pequeños grupos de igual número al de los *fili familias* pertenecientes a las anteriores extensas familias<sup>73</sup>. A causa de estas segregaciones, y por la gran labor de pretores y jurisconsultos<sup>74</sup>, la institución familiar se aleja del poder material de la *patria potestas*; y debido a que ésta última se entiende como un derecho abstracto<sup>75</sup>, la familia se define, en estos momentos, por los clásicos, como *in patria potestas sunt liberi nostri, o liberi in potestate parentum esse*<sup>76</sup>.

La nueva concepción supone la superación del primitivo poder absoluto que ostenta el *pater familias* y, por consiguiente, el ejercicio de la *patria potestas* conforme a nuevos principios más humanitarios. Puede que, inicialmente, autorizados discursos como el de SENECA<sup>77</sup> o el de ADRIANO, tomen la forma de meras recomendaciones filosóficas y directivas jurídicas-morales<sup>78</sup> sobre el modo de gobierno de la *patria potestas*; pero, con el paso del tiempo, acarrearán una nueva forma de comprender la familia y los poderes de los que se viste al *pater familias*.

---

<sup>72</sup> Subraya IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*, cit., pp. 467 y ss., que las antiguas primitivas agrupaciones familiares, expresiones de una conciencia política y con claros fines de orden, formulan las líneas cardinales que posteriormente evolucionan en una familia reducida con notas de unidad y vigor.

<sup>73</sup> PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., pp. 120 y ss.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva: “Definición jurídica de la familia en el Derecho romano”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, pp. 155 y 156.

<sup>75</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: “Aproximación al tránsito...”, cit., p. 151.

<sup>76</sup> GAYO: *Instituciones*. 1, 132; 1, 89.

<sup>77</sup> SÉNECA: *De Clementia*, 1, 2 y 1, 15.

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho privado romano*, Iustel Portal Derecho, 2008, p. 269, manifiesta que, en la vida cotidiana de la familia, el ejercicio de la *patria potestas* viene limitado por las costumbres de los antepasados, *mores maiorum*, contrarias a todo abuso en la conducta paterna, y por la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*, junto con otros elementos disuasorios como la nota censoria y la legislación imperial. Si bien se remarca el carácter moral de las directivas jurídicas, pues en lo relativo al fondo no llegan a limitar del todo los poderes absolutistas del *pater*, se deben mencionar dos disposiciones imperiales de esta época: la primera, de Trajano, que obliga al padre a emancipar al hijo maltratado y la segunda, de Adriano, que castiga con la deportación al padre que mata al hijo sin oír al consejo de familia.

Junto a esta novedosa concepción de la familia romana, en este periodo clásico tiene lugar el gran cambio que convierte a Roma en un centro de comercio y potencia económica<sup>79</sup>. La familia agraria que, hasta entonces, se limita a la explotación de su *fundus*, emigra a la *urbs* en busca de negocio y prosperidad. Estos movimientos migratorios provocan, asimismo, la evolución del concepto de la propiedad. A finales de la República o a comienzos del Principado (el periodo exacto no es claro), aparecen los términos de *dominium* y *proprietas*: el primero cuenta con el apoyo de los autores clásicos y el segundo con el favor de la jurisprudencia más tardía<sup>80</sup>.

En cualquier caso, la propiedad comienza a configurarse como un poder individual; no se perpetúa dentro de la unidad familiar como sucede anteriormente<sup>81</sup>. La idea de la propiedad privada comienza a hacer mella en la antigua *res familiaris*, pues se da un cambio en las circunstancias predominantes hasta el momento: el patrimonio familiar deja de ser suficiente para proveer a todos los comuneros o resulta insignificante y poco práctico una vez practicadas las posibles divisiones del *consortium*<sup>82</sup> de la *hereditas*. En este sentido, se vuelve necesario que las personas que se encuentren bajo la *patria potestas* puedan ser titulares y propietarias, para llevar a cabo negocios jurídicos con plenos efectos y aumentar en lo posible la productividad del patrimonio familiar.

Con este fin, se torna habitual que, en este periodo, el *pater familias* conceda una parte de sus bienes a los que se encuentran bajo su poder, tanto a *alieni iuris* como a esclavos<sup>83</sup>. Esta

---

<sup>79</sup> En este sentido PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., pp. 60 y ss., CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 135 y ss.

<sup>80</sup> IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*, cit., p. 229, relata que *dominium* no designa únicamente la propiedad y abarca parte del ámbito del derecho subjetivo como en el *dominium obligationis* o *usufructus*. También señala la etimología de este término, *domus* –casa– el cual está bajo el mando del *pater familias*, el dominio está implícito en la *manus*. Por su parte, defiende que la *proprietas* surge para la diferenciación entre el derecho del propietario y el del usufructuario.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho español*, Madrid, 1984, p. 24.

<sup>82</sup> KASER, Max: *Derecho romano privado...*, cit., pp. 299-300, referencia el peligro de las continuas divisiones repetidas a lo largo de las generaciones; un procedimiento lesivo no solo para la economía familiar sino también para la economía pública.

<sup>83</sup> Profundiza en esta idea FERNÁNDEZ BAQUERO, María-Eva: “El significado del término familia en el Derecho romano, según el texto de Ulpiano, lib. 46 ad edictum D. 50, 16, 195, 1-5”, *Revista General de Derecho*

concesión se conoce por el título de *peculium*<sup>84</sup>, y genera, precisamente, ese concepto: una cantidad de pecunia o pequeño patrimonio. Esta suma o masa se concede para su goce o su administración, y el *filius* puede disponer libremente del mismo<sup>85</sup>. Se trata de una concesión revocable, en todo caso, por parte del *pater familias*, y que retorna a su origen en la hipótesis de que se ejercite la revocación.

Si la familia y la patria potestad arcaica conforman un poder que se ejercita en interés del colectivo, en su ámbito personal y patrimonial, en los tiempos republicanos tardíos y clásicos, la institución se perfila como una autoridad jurídica que se desempeña conforme a unos deberes, *officium*, de protección y cuidado de los *liberi*. La familia se segrega y se reduce; y, por ende, la *potestas* del *pater familias* y su dominio sobre la *res familiaris* disminuyen notablemente en este periodo, de forma gradual y progresiva, al aumentar, mediante la figura del peculio, el uso y disfrute del patrimonio por parte de los *alieni iuris*.

---

Romano, Iustel, núm. 16, junio 2011, en su página 6 al indicar que “para obtener la productividad del patrimonio, el *pater* como persona *sui iuris* – al ser el único miembro del grupo familiar con plena capacidad jurídica y de obrar– se valía del resto de sometidos, *filius* et *filias* e, incluso, esclavos (*servus*) que sometidos a la *patria potestas* y *dominium* del *pater* tenían sólo una capacidad de obrar limitada (capacidad negocial y delictual) pero que con la ayuda de otras instituciones jurídicas podría conseguir, no sólo mantener su patrimonio, sino en el mejor de los casos incrementarlo y enriquecerlo. En este sentido, GAYO, Inst., 2, 86 nos dice claramente que el *pater* podía adquirir también por mediación de los que tiene bajo su *potestas*, *manus* o *mancipio* e, incluso, por medio de los esclavos.

En el mismo sentido se puede leer en D. 41,1,10, expresándose en dicho texto que el *filius nihil habere potest*, por lo que los sometidos a la *potestas* del *pater* no pueden adquirir para sí mismos, de manera que todo lo adquirido por ellos de cualquier modo incrementa el patrimonio del *pater*”.

<sup>84</sup> BETANCOURT, Fernando: *Derecho romano clásico...*, cit., p. 440. Con el fin de regular esta nueva institución se crean tres edictos para los negocios realizados por los que estaban bajo patria potestad: *De peculio, in rem verso, quod iussu*. Todo ello, sin entrar en las disquisiciones doctrinales sobre el concepto de peculio entendiendo por tal, como indica el autor, «el conjunto de bienes dejados por el *pater familias* al hijo o hija o al esclavo para su propia gestión» en cuanto a concepto estático y «el saldo patrimonial positivo o negativo a favor o en contra del hijo o hija o esclavo una vez deducido lo que éstos deben al padre» como concepto dinámico. Para mayor ahondamiento, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho privado...*, cit., p. 383.

<sup>85</sup> IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*, cit., pp. 479 y ss. y FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva: “Definición jurídica de...”, cit., pp. 165-166, advierten la existencia de otro tipo de peculio denominado castrense y que no procede del patrimonio familiar sino de los bienes adquiridos por el *filius* en servicio militar. Al contrario que el peculio originario, éste no es una concesión, pero sí que retorna al patrimonio del *pater*, a la muerte del hijo, debido al *iure peculii*. Sobre estos bienes el hijo tiene plena capacidad jurídica y de obrar tanto *mortis causa* como *inter vivos*, pero ni siquiera en épocas más tardías se reconoce la plena capacidad patrimonial del hijo de familia.



### 3.3. Derecho sucesorio de la época

Desde finales de la República y a lo largo de todo el periodo clásico coexisten, en el plano jurídico, diversos sistemas; que se diferencian entre sí, tanto por el principio de la personalidad del Derecho, que define quiénes son los sujetos a quienes resultan de aplicación las normas concretas, como por su origen o procedencia. Cada sistema jurídico posee cualidades que lo hacen único; algunos tan solo se aplican a aquellos ciudadanos que ostentan un estatus concreto<sup>86</sup>, otros, en cambio, se solapan en cuanto al sujeto destinatario se refiere, pero tienen distinta procedencia.

El primero de los sistemas es el *ius civile*, creado por y para los ciudadanos romanos. También se aplica a extranjeros con concesiones de *commercium* o *connubium* -que permiten el comercio o el matrimonio de un extranjero y un ciudadano romano-, aunque, salvo estas contadas excepciones y debido al principio de personalidad, este Derecho se vincula en exclusiva a los romanos. El *ius* de la *civis* o de los ciudadanos se crea combinando diversos elementos: la sabiduría de las *mores maiorum*, las leyes arcaicas como las XII Tablas y la *interpretatio* de los primeros juristas. Al ser su origen la propia norma romana, es un Derecho que guarda el formalismo y ritualismo de la época arcaica como características principales.

Al descrito *ius civile* se opone, como segundo sistema jurídico vigente que se aplica a sujetos no romanos, el *ius gentium*: un Derecho menos formalista que resulta accesible a los extranjeros en sus relaciones comerciales con la ciudadanía romana. Se construye con normas de claro origen romano pero adaptadas por el *praetor peregrinus*, en aras a evitar posibles conflictos en la aplicación del Derecho romano. Se suprimen los formalismos y se impone el deber de la *bona fides*: el cumplimiento de la palabra dada.

---

<sup>86</sup> El estado de ciudadanía, el *status civitatis*, separa a los ciudadanos romanos –aquellos a los que se les aplica el *ius civile* y siempre han sido libres– del resto, los extranjeros, *peregrini*. Con carácter intermedio entre romanos y *peregrini* se encuentran los *latini*, con cuyo término se designa a los miembros de pueblos del Lacio que tienen un pacto con Roma en virtud del cual sus miembros pueden ejercer algunos derechos. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel: *Curso de historia del Derecho español*, vol. I, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 1064.

En lo relativo al origen de cada uno de los sistemas jurídicos que cohabitan en la Roma de esta etapa, es el *ius honorarium* el que se contrapone al inicial *ius civile*. Considerado como tercer sistema jurídico aplicable a la ciudadanía romana, se define como Derecho de magistrados o pretores y se introduce en el ordenamiento para corregir la aplicación, y, en su caso, suplir los derechos que el primer sistema otorga a los romanos. Se desarrolla mediante la figura de los *edictum* y en un principio es el encargado de regular las controversias, de dar solución a las discrepancias que surgen en la aplicación de las leyes. Se introduce, de su mano, un nuevo ámbito procesal<sup>87</sup>. Sin embargo, y debido a la *auctoritas* de los magistrados y pretores, el propio Derecho sustantivo también se transforma: los formalismos y rituales se flexibilizan.

Junto a este triple sistema jurídico, no se puede obviar la gran labor que ejercen los autores y juristas de la época al responder a las diversas cuestiones jurídicas que se les van planteando. Este sistema de *respondere*, que inicialmente está abierto a cualquier jurista, se limita, mediante concesiones directas del emperador, a unos pocos entendidos de las leyes, pues otorga aquél, únicamente a éstos, su misma *auctoritas*: sus *responsa* tienen la misma fuerza que las provenientes del *princeps*<sup>88</sup>. La larga jurisprudencia de estos autores, que abarca el periodo clásico en su totalidad, actualiza y adapta las concepciones jurídicas a las nuevas circunstancias que vive Roma con el paso del tiempo.

En lo referente al elemento sucesorio, en el periodo clásico la concepción de que el *heres* es poseedor de un derecho latente de copropiedad desaparece. La unidad familiar comienza a

---

<sup>87</sup> Según PUGLIESE Giovanni.: *Processo civile romano* II, Bologna, 1969, p. 57, afirma que la *lex Aebutia* deroga la *legis actio per condictioem*, y al mismo tiempo establece las *formulae* de las dos *condictiones*. Con el tiempo y junto con la creación de otras *formulae* de manos del pretor, el antiguo sistema de pleitos cae en desuso. Hasta entonces, al estar las *legis actiones* todavía en vigor, el demandante puede elegir en esta marea de sistemas, entre ambos procedimientos. Para comprender la evolución del procedimiento, FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita: “El significado de la *lex Aebutia* en el ordenamiento procesal romano”, *Revue Internationale des droits de l’Antiquité*, 2007, pp. 245-274.

<sup>88</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 153-156, trata la importancia del *ius publice respondendi*. Sin poder determinar cuál es su origen exacto o cuál es su alcance real en el Derecho romano, existe unanimidad entre los autores en señalar su enorme labor en la unificación y transmisión del Derecho. Regulados por primera vez por el emperador Adriano, se decreta que la fuerza vinculante de estas respuestas reside en su unanimidad, careciendo de valor aquellas que no son análogas: se trata de unificar el Derecho de todo el Imperio mediante este sistema judicial.

perder, en gran medida, sus prerrogativas respecto al patrimonio del que, hasta el momento, todos son poseedores, y la idea de la propiedad privada agrieta el antiguo régimen sucesorio<sup>89</sup>: el Derecho de sucesiones transita de una sucesión automática y restrictiva a un sistema basado en una absoluta libertad dispositiva del causante. En un contexto donde las particiones hereditarias reducen a la nada el patrimonio familiar, la jurisprudencia comienza a permitir la institución de un único heredero<sup>90</sup>.

Un *heres* que sucede al *pater familias* en toda la *res familiaris*: la libre disposición del testador como contorno de transmisión sucesoria toma fuerza. Sin embargo, esta libertad se ve, en parte, coartada, pues el trasfondo del Derecho consuetudinario no llega a desaparecer del todo e, incluso, cuando el *pater familias* tiene poder de disposición *mortis causa*, la ley establece determinadas limitaciones. En este sentido, cabe subrayar que la ley no suple la falta de observancia de estas restricciones en el testamento; se limita a ofrecer una batería de recursos jurídicos a los parientes del causante que vean lesionada su expectativa sucesoria en caso de que la voluntad del *de cuius* no las haya respetado.

El testamento, por su parte, como instrumento ordenador de la sucesión del causante, adquiere cada vez más relevancia. Su uso aumenta, notablemente, en perjuicio del soporte negocial paccionado, acreedor de un contundente y novedoso veto. El pacto sucesorio es, a

---

<sup>89</sup> Tal y como detalla KASER, Max: *Derecho romano privado...*, cit., p. 301, "El desarrollo de la economía y de las formas de vida que se opera al comenzar la República y con el progresivo crecimiento de la conciencia de la personalidad, se erigió en principio dominante el de la libertad testamentaria".

<sup>90</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho civil*, V, *Sucesiones*, 4ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 8 y 9, refleja que al iniciarse esta evolución en la sociedad romana donde la comunidad hereditaria resulta poco práctica, el testamento ante los comicios resulta insuficiente, y junto a él empiezan a utilizarse, con el fin de nombrar heredero único, el *testamentum per aes et libram*, de naturaleza privada.

Este modo de testar consiste en la aplicación de la *mancipatio* como instrumento para transmitir la propiedad de las cosas: la persona que dispone por testamento la transmisión de su patrimonio mediante la *mancipatio a familiae emptor*, estrictamente un comprador del patrimonio, encargándole oralmente que ejecute su voluntad respecto a otras personas. El mecanismo de esta forma de disponer consta de dos fases sucesivas, en la primera, el adquirente del patrimonio juega el papel de heredero mientras que, en la segunda, el *familiae emptor*, en vez de ser tratado como heredero, no es más que una persona de absoluta confianza, a la que se le insta por escrito, o bien oralmente, el cumplimiento de la auténtica voluntad del causante. Todo este entramado se simplifica en el *ius honorarium*, de manos del pretor, y se concede la *bonorum possessio secundum tabulas*, a quien presente las tablas de un testamento selladas y firmadas por siete testigos, que confirman la voluntad del disponente, instituyéndole heredero.

juicio de los estudiosos, la más antigua herramienta de ordenación sucesoria. Anterior, incluso, a la aparición del testamento. El futuro causante, en virtud del pacto, acuerda, con sus sucesores, el destino *post mortem* de sus derechos y obligaciones. Los sucesores conocen y aceptan, desde la consumación del acuerdo, el diseño de la sucesión del causante. El consenso se alcanza, pues, en vida de aquél y despliega sus efectos tras su fallecimiento.

Desafortunadamente, en la época clásica del Imperio Romano comienza a tejerse el veto a la posibilidad de que el *de cuius* pacte los pormenores de su sucesión con sus eventuales sucesores. Se instaura, para ello, un principio determinante en torno a la voluntad de todo causante: *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. En virtud de este axioma, la voluntad del *de cuius* debe ser, siempre, mutable hasta su muerte, sin posibilidad de vincularla a la de sus sucesores, de forma irrevocable, mediante un pacto bilateral. Es cierto que, con posterioridad a la enunciación del principio, en el Derecho romano se permiten claros supuestos de diseño sucesorio pactado, pero, progresivamente, éstos desaparecen<sup>91</sup>.

Así, con el paso del tiempo, para el diseño de la sucesión *mortis causa* se reconoce, únicamente, la eficacia de la voluntad unilateral, manifestada en un nuevo y funcional instrumento jurídico: el *testamento*, llamado a surtir sus efectos solamente a partir de la muerte del testador. En vida de éste, la voluntad que, en su caso, se haya declarado, no alcanza eficacia de ningún tipo. Bajo la máxima que proclama la *ambulatoriedad de la voluntad testamentaria*, el testador puede variar su diseño sucesorio cuantas veces desee hasta el final de sus días. Y es que, precisamente, ese es el motivo que se alega, en esta etapa del Imperio Romano, para vetar la sucesión paccionada: si el causante pacta su sucesión con los sucesores

---

<sup>91</sup> IMAZ ZUBIAUR, Leire: “La sucesión paccionada”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 344 y 345: “Históricamente, la voluntad del individuo como fuente creadora de relaciones jurídicas no ha encontrado graves dificultades para hacerse hueco en la esfera de los actos *inter vivos*. Sin embargo, dicha voluntad no ha obtenido el mismo reconocimiento de eficacia cuando se ha proyectado hacia el futuro, de manera que sus efectos hubieran de producirse sólo después de la muerte del que la emite, cuando éste ya no existe. Por ello, y ante la carencia de instrumentos jurídicos específicos para dicha función de prolongar, hasta después de la muerte, los efectos de la voluntad declarada en vida, es comprensible que el diseño de la sucesión *mortis causa* comenzara a plasmarse, en los primeros albores de la historia del Derecho, mediante instituciones ya consagradas, de corte bilateral, como la compraventa y la adopción, en las que cabía invocar la concurrencia entre las voluntades otorgantes”. Al respecto, MARÍN PADILLA, María Luisa: *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.

que van a beneficiarse del acuerdo, éstos querrán su pronta muerte, para recibir, cuanto antes, la porción de bienes acordada. Así pues, en el ordenamiento romano, este principio de ambulatoriedad o mutabilidad de la voluntad del causante se protege celosamente, durante siglos; rechazando, de plano, las figuras que provocan o exigen la inmutabilidad de la voluntad *mortis causa*, y, señaladamente, los pactos sucesorios.

Con independencia, pues, del soporte negocial –unilateral o paccionado- que el *de cuius* emplee para diseñar su sucesión *mortis causa*, el Derecho romano consigna dos tipos de restricciones a su libertad dispositiva. La primera, de carácter formal, instaura la obligación de nombrar a los sucesores en testamento y la segunda, de corte material, establece la recepción, por parte de los parientes más cercanos del causante, de una porción de su patrimonio. Los pandectistas alemanes rotulan estas limitaciones asignadas a la libertad dispositiva del *de cuius* como ‘sucesión necesaria formal’ y ‘sucesión necesaria material’ respectivamente. A continuación, se realiza el estudio de estas limitaciones, siguiendo su evolución a lo largo del periodo clásico en los diversos sistemas jurídicos que lo componen.

### 3.3.1. Sucesión necesaria formal: la institución o desheredación obligatoria de ciertos parientes

#### 3.3.1.1. *Ius civile*

Si bien, en un principio, no existe, en el Derecho romano, una limitación a la libertad dispositiva *mortis causa*<sup>92</sup>, el *ius civile* introduce la primera cuña; al entender, como principio de Derecho, que los *sui heredes* no pueden dejar de ser mencionados en el testamento. No pueden ser olvidados por el causante<sup>93</sup>: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*. El *pater familias* que tiene *sui heredes* debe, por tanto, instituirlos o desheredarlos en testamento, tal

---

<sup>92</sup> En su obra BARASI, Lodovico: *La successione legittima*, Milano, 1937, pp. 35-75, menciona que la escuela de Derecho Natural de GROCIO viene a considerar que el poder de disposición no podía ser ilimitado, admitiendo a favor de los hijos y progenitores un derecho de alimentos como método de protección hacia los mismos.

<sup>93</sup> En un principio el Derecho romano dotaba de tal importancia a la institución de heredero que por parte de ciertos autores se llega a defender que este es su único contenido, BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, p. 187.

y como detalla GAYO en sus Instituciones<sup>94</sup>. Basta que el testador instituya o desherede para que esta limitación formal se entienda respetada, sin que sea necesaria la mención de causa alguna<sup>95</sup>. En caso contrario, el supuesto de que, existiendo *sui heredes*, no sean éstos mencionados o desheredados, acarrea un vicio de preterición<sup>96</sup>.

Los efectos de esta preterición son diferentes, y varían según quién sea la persona no mencionada o no desheredada. Así, para el *ius civile*, en caso de que el preterido sea un *suus* varón, el testamento es declarado nulo y se abre, de forma inmediata, la sucesión intestada. En cambio, en los supuestos de *sui* varones póstumos o *suae* mujeres, se efectúa una rectificación del testamento y se instituye al preterido para que éste pueda concurrir como *heres*. Es discutido por la doctrina por qué el Derecho romano castiga con tanta vehemencia la simple falta de mención o institución, y a causa de dicha preterición, anula el testamento. En este sentido, existen varias hipótesis acerca del motivo de esta obligación del testador y de la vigorosa respuesta que la ley impone al incumplimiento de la misma; todas ellas relacionadas, de un modo u otro, con las distintas teorías del origen de la sucesión *mortis causa*<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> GAYO, *Instituciones edición bilingüe*, cit., p. 87, "Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio".

<sup>95</sup> En cualquier caso, serán necesarias el cumplimiento de ciertas formalidades que GAYO expone en sus *Instituciones*: *Sed si quidem filius a patre exheredatur, nominatim exheredare debet; alioquin non videtur exheredare. Nominatim autem (ex)heredare videtur, sive ita exheredetur: TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO, sive ita: FILIUS MEUS EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine.*

<sup>96</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en el derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 25 y ss., este deber de institución o de desheredación debe ser realizadas sobre todos y cada uno de los *sui heredes*, y no solo la omisión supone vicio de preterición, pues la disposición a favor de heredero realizada mediante título distinto al de *heres* contiene las mismas consecuencias.

<sup>97</sup> Para ciertos autores, entre los que se encuentra Pietro BONFANTE, las limitaciones impuestas por el *ius civile* son un claro reflejo del Derecho romano primitivo, en el que falta de libertad dispositiva del causante, siendo la sucesión necesaria un elemento puente entre ambos sistemas. Otros, defienden las aclaraciones vertidas en los textos de GAYO y PAULO, que exponen una copropiedad entre el *pater familias* y los *fili*, siendo la sucesión necesaria la vía para continuar con dicho uso del patrimonio común (así lo defiende Eugene PETIT: *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, 1980). Finalmente, una tercera corriente explica la obligación paterna de instituir o desheredar como respeto hacia los *sui*.

### 3.3.1.2. *Ius honorarium*

El Derecho pretorio no modifica drásticamente la obligación y limitación formal introducida por el *ius civile*<sup>98</sup>. Aun así, sí que ataca la rigidez del mismo al observar las necesidades y dificultades en su aplicación práctica. Los cambios realizados por el pretor son, básicamente, dos.

Por un lado, amplía el abanico de los sujetos a los que resulta aplicable la sucesión necesaria formal. Los *sui heredes* no son los únicos que deben ser instituidos o desheredados. En aras a hacer partícipe a la familia natural, todo descendiente llamado a la *bonorum possessio ab intestato* goza de la protección del principio del *ius civile*. GAYO no solo identifica a los nuevos sujetos sino que detalla las consecuencias de no nombrarlos: *emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes: sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros: quod si neque heredes instituti fuerint neque ita, ut supra diximus, exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem*<sup>99</sup>.

Conforme a esta afirmación, aquellos *liberi* no instituidos o desheredados, según los requisitos recogidos en la ley, tienen a su alcance, sin que resulte relevante su género, un nuevo instrumento jurídico revelado por el *praetor*: la *bonorum possessio contra tabulas*<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> De forma complementaria al *ius civile*, el pretor, mediante edictos y decretos, formula, con el tiempo, un Derecho sucesorio honorario, y asigna, sin realizar adjudicación de título de heredero, el patrimonio de un difunto a un *bonorum possessor*. En ocasiones su labor no es otra que la de confirmar al propio heredero, pero en otras, por estimarlo de justicia, otorga *bonorum possessio* a personas que no son herederas según lo reglado en el *ius civile*, siendo esta última regulación suplida por el honorario.

Esta labor de complementación y revisión del *ius civile* se lleva a cabo por el pretor tanto en la sucesión testada como en la intestada, facilitando y eliminando ciertas formalidades en la primera, y ampliando a la familia agnaticia en la segunda. Para mayor ahondamiento véase BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto...*, cit., pp. 260 y ss. o KASER, Max: *Derecho romano privado*, cit., pp. 302 y ss.

<sup>99</sup> GAYO, *Instituciones edición bilingüe*, cit., p. 89.

<sup>100</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, muestran en su obra *Derecho Romano...*, cit., p. 215, una clara distinción entre los diferentes tipos de *bonorum possessio*: *bororum possessio secundum tabulas, ab intestato* y *contra tabulas*. Estas tres figuras corresponden, en la sucesión regida por el *ius honorarium*, a la distinción de la *hereditas* por el modo de deferirse en testamentaria, intestada y forzosa o legítima en sentido estricto. La *bonorum possessio* puede también otorgarla, de acuerdo a ambos autores, el propio pretor, bien

Así, en caso de no existir una desheredación *nominatim* de todos los varones o *inter ceteros* para las mujeres, se los considera preteridos y autorizados para acudir al pretor. El nuevo mecanismo pretoriano otorga, en dichas hipótesis, a estos sujetos preteridos, la posibilidad de ir contra las disposiciones recogidas en un testamento y hacerse partícipes de los bienes hereditarios. Se llega a defender, incluso, que los *liberi* instituidos puedan hacer uso del mismo, siempre y cuando resulten más beneficiados con su uso.

Por otro lado, el vicio de preterición no supone, en lo referente a los *liberi* -personas libres sometidas al poder del *pater familias*-, la nulidad del testamento<sup>101</sup>. Decaen las instituciones de herederos y las disposiciones hechas a favor de los mismos, pero el testamento sigue siendo válido<sup>102</sup>. En este sentido, el mayor cambio se produce en la nueva distribución de las cuotas, siendo más favorable el ejercicio de la *bonorum possessio contra tabulas* del *ius honorarium* frente al *ius adcrescendi*<sup>103</sup> del *ius civile*. En efecto, mientras que en el *ius civile* no se anula el testamento -otorgándose, tan solo, a los herederos perjudicados, el derecho a aumentar lo recibido hasta obtener lo correspondiente por ley-, de acuerdo al *ius honorarium*, en la aplicación de la *bonorum possessio contra tabulas* las cuotas se fijan como si de una *successio ab intestato* se tratara. Es decir, que en el ‘mejorado’ Derecho del pretor, ante el incumplimiento de la limitación formal de mencionar a sus herederos por parte del causante, el testamento se anula y se abre, en consecuencia, la sucesión intestada.

---

apoyándose en el testamento del *de cuius*, bien, a falta de testamento, en las disposiciones del edicto, o bien con arreglo a éstas aun oponiéndose a la última voluntad del causante.

<sup>101</sup> Tal y como indica RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 33 y ss., la tendencia del pretor a evitar el vicio por preterición está basado en la excepcionalidad del mismo, al dar empuje a la fuerza de los vínculos naturales de sangre. Exactamente lo contrario a lo que acontece en épocas posteriores.

<sup>102</sup> SCHULZ, Fritz: *Derecho romano clásico*, cit., pp. 53 y ss., indica que siguen siendo válidas las disposiciones de sustituciones y manumisiones, así como los nombramientos de tutores y las desheredaciones hechas en forma de ley.

<sup>103</sup> Sobre el instrumento de *ius adcrescendi*, FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, Belén: “El *ius adcrescendi* en la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano”, *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2011, núm. 7, pp. 518 y ss., “Una aproximación a la noción de *ius adcrescendi*”, *Fundamenta iuris: terminología, principios e "interpretatio"*, 2012, pp. 321-330.



### 3.3.2. Sucesión necesaria sustantiva: la necesidad de participación en el caudal hereditario

A partir del siglo II comienza a surgir la idea de establecer limitaciones, no solo formales, sino sustanciales, a la libertad dispositiva del causante. Comienza a no estar bien visto, por parte de la sociedad romana, que el *pater familias* no disponga parte de su patrimonio a favor de ciertas personas con las que comparte lazos de parentesco. En aras a garantizar el cumplimiento de este clamor de la ciudadanía romana, son los tribunales y no los preceptos legales, los que crean una obligación jurídica a cargo del *de cuius*: la disposición de parte del caudal hereditario en favor de ciertos parientes próximos. Por deber de piedad, *officium pietatis*, y frente a la amplia libertad dispositiva *mortis causa*, a la obligación de nombrar o desheredar a los *sui* se le añade el deber de transmitirles parte de los bienes. De este modo, deja de ser la única obligación que existe hasta ese momento, la de realizar una desheredación nominal de los varones (*nominatim*) e indeterminada para el resto de los herederos.

La sucesión necesaria sustancial hace su primera aparición de la mano del *Tribunal Centumviral* y su popular *querela inofficiosi testamenti*<sup>104</sup>. Este tribunal desarrolla una obligación moral impuesta al *pater familias*, basada en el *officium pietatis*, y cercena su libre disposición *mortis causa* no solo en cuanto a la forma de ordenar la sucesión, sino también, en cuanto al reparto del caudal hereditario. El motivo de esta dual limitación es sencillo. Comienzan a darse supuestos en los que los herederos cercanos al causante no se encuentran protegidos por las normas del antiguo *ius civile* o *ius honorarium*, ya que diversas disposiciones realizadas por el *pater familias* le permiten cumplir con las normas limitadoras

---

<sup>104</sup> La *querela inofficiosi testamenti* se desarrolla durante la República tardía, sin tener fundamento en ley alguna y otorgando total arbitrio al tribunal. KASER, Max: *Derecho romano privado*, cit., p. 323 ofrece la siguiente exposición acerca de la *querela* y de su procedimiento ante los tribunales: "La *querela* en Roma se suscitaba conforme al procedimiento sacramental y ante el Tribunal de los *Centumviro*s. En caso de herencias más modestas, mediante el procedimiento formulario. En provincias y bajo el Principado también en Roma se utiliza el procedimiento cognitorio. La cuestión de la infracción del Derecho de legítimas, no constituye una cuestión jurídica, sino que plantea más bien el problema de determinar si se ha quebrantado o no un uso social, razón ésta que justifica que la solución dependa del arbitrio del juez y que permite un empleo a fondo de la oratoria. Un argumento retorico frecuente utilizado era el que el testador había ordenado sus disposiciones bajo los efectos de una perturbación mental. El procedimiento, al carecer de base legal, debió tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y llegar así a la conclusión de que el testador había o no infringido los derechos legítimos".

formales y mantener, al mismo tiempo, la absoluta libertad dispositiva. Tanto la *exhereditio* como las liberalidades *inter vivos* de los bienes son acordes a la ley y a sus limitaciones formales, aunque omitan a herederos o vacíen el caudal hereditario<sup>105</sup>.

Ante esta situación, los tribunales protegen a aquellos herederos no beneficiados y les otorgan la posibilidad de ejercitar la acción *querela inofficiosi testamenti*<sup>106</sup>, según la cual y con base en la falta de atribución material, el testamento se rescinde<sup>107</sup> por vulnerar ese principio de piedad, abriéndose la sucesión *ab intestato*. En un principio, los tribunales argumentan causa de demencia, *so color insaniae*, para declarar la inoficiosidad de aquellos testamentos que consideran ‘tratan de burlar’ los derechos de los herederos, si bien, con el tiempo, no resulta necesaria esta alegación, que supone un menosprecio al *de cuius*.

En cualquier caso, esta nueva acción otorgada por los tribunales solo puede ser ejercitada por aquellos miembros de la familia que, en caso de no existir testamento, heredarían *ab intestato*<sup>108</sup>. Además, existe una prelación entre los legitimados para su interposición: de la lectura del Título segundo del Libro quinto del Digesto<sup>109</sup> se deduce que en primer lugar dicho ejercicio corresponde a los hijos, y, solo a falta de éstos, pueden activarlo los

---

<sup>105</sup> JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1937, pp. 464 y ss.

<sup>106</sup> VOCI, Pasquale: *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, pp. 4 y ss., define la *querela* como la acción que tiene cualquiera de los pertenecientes al círculo más allegado del testador, que creyéndose injustamente desheredado u omitido en el testamento de éste, impugna su validez, con la consecuencia de que, negado el valor de las disposiciones en él contenido, se abre la sucesión intestada.

<sup>107</sup> MENGONI, Luigi: *Successioni per causa di morte, Parte speciale (sucesione necessaria)*, Giuffrè, 2000, p. 5, subraya que no todas las fuentes romanas coinciden en el efecto rescisorio de la *querela* y la posterior apertura de la sucesión intestada a favor del querelante. El autor señala que ciertos textos equiparan la *querela* a una *hereditatis petitio intestati*, que origina la nulidad del testamento, por lo que se ejercita conjuntamente junto a la petición de la cuota intestada. EISELE, Ferdinand: *Zur querela inofficiosi*, 1894, pp. 25 y ss., achaca esta confusión a la coexistencia de dos *querelas* en la época clásica, una dirigida a los herederos civiles y que supone una *petitio hereditatis*, y otra dirigida a los *ab intestato* según la cual el testamento es rescindido. Defiende, asimismo, que, posteriormente, ambas *querelas* acaban fusionándose prevaleciendo la segunda.

<sup>108</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano*, cit., II, pp. 887 y ss.

<sup>109</sup> DIGESTO, V, II, 1: *Sciendum est frequentes esse inofficiosi querelas; omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.*

ascendientes y por último los hermanos y hermanas consanguíneas del causante<sup>110</sup>. Además, ha de subrayarse que la *querela* debe ser tratada como un recurso estrictamente subsidiario y que los herederos forzosos solo pueden hacer uso del mismo en caso de carecer de cualquier otro tipo de vía para reclamar sus derechos. Esta característica de subsidiariedad toma forma para reducir el campo de aplicabilidad de la acción; pues, en caso de no ser subsidiaria, puede llegar a ser ejercitada en tres supuestos totalmente diferentes<sup>111</sup> que cuentan ya con sus propios métodos de protección<sup>112</sup>.

## 4. Época postclásica

### 4.1. Contextualización política

El último periodo de la historia de Roma, y el que da fin al Imperio, es conocido como el Dominado, pues el emperador se concibe como *dominus*, en toda la dimensión de este título<sup>113</sup>. Se trata de una época totalmente distinta a la anterior, y más diversa aún, si es comparada con la etapa preclásica, tanto en lo relativo al régimen político –una Monarquía absoluta sin apariencia alguna de República<sup>114</sup>–, como en su ámbito social, cultural y religioso.

---

<sup>110</sup> Según KASER, Max: *Derecho romano privado*, cit., p. 324, Constantino autoriza a ejercitar la *querela* de los parientes colaterales solamente a los hermanos que tengan el padre común con el testador (*consanguinei*) y únicamente en el caso de haber sido preferida a ellos una persona torpe.

<sup>111</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 39 y ss., afirma que desde una perspectiva en la que la legítima no tuviese un carácter subsidiario podría haber sido ejercida tanto en los supuestos de preterición, de desheredación injusta y en los supuestos de atribución inferior a la *portio debita*. Mediante esta concepción limitada, su campo se verá reducido a los casos de desheredación injusta y de atribución inferior a la *quarta debita*.

<sup>112</sup> Hasta el momento, y teniendo en mente las limitaciones formales, se prevén tanto el *ius dicendi nullum* en el *ius civile* como la *bonorum possessio contra tabulas* en el *ius honorarium* para los supuestos en los que exista la opción de anular el testamento viciado. WINDSCHEID, Bernhard: *Diritto delle Pandette*, Torino, 1925, p. 329, remarca el daño moral que la interposición de la *querela* supone para el testador, al ser este último considerado *insanus*.

<sup>113</sup> CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 185 y ss., otorga a la palabra del *dominus* la fuerza de la ley y asimismo subraya que comienza una cesión dinástica en la potestad política que perdura hasta el Imperio Bizantino.

<sup>114</sup> AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine: *Roma y su...*, cit., p. 458.

A finales del siglo III, tras la gran crisis que tiene lugar durante el final del Principado<sup>115</sup>, los ejércitos nombran emperador a Cayo Valerio Diocleciano, que pronto deviene dueño absoluto de todo el Imperio. Hace frente, desde sus inicios, a disputas externas e internas y lleva a cabo una serie de reformas en la organización imperial<sup>116</sup>. Diocleciano instituye la *tetrarquía* como régimen político<sup>117</sup>: divide el Imperio en dos secciones, la occidental y la oriental, y las deja a cargo de dos *Augustos* y dos *Césares* -funcionarios romanos nombrados por él y con poderes equivalentes a los suyos-. Si bien la dirección del Imperio se divide entre los cuatro cargos, la mayor parte del poder se la reserva el emperador, que tiene facultad para intervenir en todo el territorio romano.

Las instituciones republicanas, que en el periodo del Principado están en plena decadencia, caen en desuso y desaparecen del entramado político. Las libertades de los romanos e itálicos son el precio a pagar para el mantenimiento del régimen imperial<sup>118</sup>. Además, con la única intención de consolidarse como emperador absoluto –pilar de la solidez del Imperio en este periodo-, Diocleciano asume el título de *dominus et deus*, señor y dios, otorgando una connotación religiosa y casi divina a su cargo<sup>119</sup>.

En el mismo sentido, y conocedor del poder de la fe sobre el pueblo, Constantino, emperador romano desde el año 306 hasta el 337, dando un giro a los acontecimientos, detiene la persecución de los cristianos y proclama el Edicto de Milán, que ordena la tolerancia del

---

<sup>115</sup> FERNÁNDEZ UBIÑA, José: *La crisis del siglo III y el fin del mundo antiguo*, Akal Editor, 1982, pp. 17.33, afirma que los moldes políticos de la República no son concordantes a la estructura social y económica de Roma; la caída del final de Roma se pronostica siglos antes, cuando los romanos están obsesionados con el fin de su civilización antes incluso que la creación del Imperio. En este mismo sentido, MAZZARINO, Santo: *El fin del mundo antiguo*, México, 1961, pp. 1 y ss.

<sup>116</sup> Para hacer frente a la anarquía militar previa y evitar posibles sublevaciones a lo largo del Imperio, demasiado extenso para que la presencia del emperador sea constante, da solución al problema sucesorio de los emperadores y realiza una nueva reestructuración de la administración. Asimismo, con la moneda romana totalmente devaluada, se ve obligado a promulgar un edicto por el que se fijan los precios máximos, tanto de víveres como de salarios. También en el ámbito religioso trata de renovar el espíritu tradicional y mantiene una actitud abiertamente persecutoria respecto a cultos paganos, incluyendo al cristianismo.

<sup>117</sup> Para mayor abundamiento en lo referente a esta organización política véase PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., pp. 153-158.

<sup>118</sup> AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine: *Roma y su...*, cit., p. 459.

<sup>119</sup> GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto...*, cit., pp. 496 y ss.

cristianismo en el Imperio Romano<sup>120</sup>. Este edicto, junto con su conversión posterior al cristianismo, son las causas de una profunda transformación en la sociedad romana, que provocan un cambio de dirección en la historia romana. Lo que comienza como una variante del judaísmo logra convertirse en religión oficial de un imperio antes de acabar el siglo IV; pasa de ser un rito clandestino a ser la razón de perseguir lo pagano, esto es, todo aquello que no comulga con sus creencias. La doctrina cristiana, que en su mensaje contiene una serie de principios ético-sociales, entra en conflicto directo con las anteriores concepciones helenísticas<sup>121</sup>: el monoteísmo, la igualdad entre los hombres o la indisolubilidad del matrimonio chocan con principios hasta entonces no discutidos. La sociedad muda su ética y el propio poder público lo impulsa, haciéndolo suyo mediante nuevas normativas en ámbitos hasta entonces regulados por las costumbres<sup>122</sup>.

#### 4.2. Concepción de la familia y de la propiedad

A lo largo de la época posclásica la tendencia hacia la familia natural o cognaticia se afianza. El proceso evolutivo que tiene comienzo a finales de la República se consolida en esta etapa, al sufrir el *pater familias* una profunda intervención por parte de los poderes públicos en el

---

<sup>120</sup> FERNÁNDEZ UBIÑA, José: “Constantino y el triunfo del cristianismo en el imperio romano”, *Historia del cristianismo*, I, *El mundo antiguo*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 329-398, descifra el contenido de dicho edicto. Comienza por detallar que de ese acuerdo milanés no existe documento directo alguno, y que su contenido se revela mediante unas *epistulae* entre gobernadores. Esta carta es, precisamente, la que, en la actualidad, se define como edicto de Milán. Si bien con anterioridad a este consenso ya existe un tratado de paz por el edicto de tolerancia de Sérdica, no es hasta el año 313 cuando se le otorga a la iglesia cristiana legitimidad religiosa y derecho a detentar bienes.

<sup>121</sup> PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., pp. 161 y ss. Instituciones como la esclavitud comienzan a tambalearse ante los nuevos dogmas. Es cierto que no llegan a desaparecer, la propia figura permanece estable, pero se atenúan los rasgos más duros e inhumanos, dotando a los propios esclavos de ciertos derechos que anteriormente no poseen, como el matrimonio entre ellos o la opción de ordenarse sacerdote sin consentimiento del dueño.

<sup>122</sup> En esta época comienza la formación del Derecho de la Iglesia, con influencias recíprocas entre la Iglesia Cristiana y el Derecho romano, PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes...*, cit., pp. 185-189. Afirma DE LA TORRE, Juan María: *Literatura cristiana antigua, entornos y contenidos*, vol. V, *Desde las postrimerías del imperio romano de occidente hasta los albores de la oscura edad media latina*, Ediciones Monte casino, Zamora, 2009, p. 402, que “todos los acontecimientos de este periodo se desarrollan en una atmósfera impregnada de cristianismo, a la que cabe calificar de “hierocrática”, o también de “teocrática”. Y esto, tanto en oriente donde los emperadores asocian su destino al de la religión oficial, como en occidente donde el derrumbamiento de las instituciones imperiales sólo representa un perjuicio temporal para la Iglesia, que rápidamente se adapta a la nueva situación y que bien pronto se beneficia de ella. El *imperium* ya no existe; la Iglesia rompe su *auctoritas*. Los jefes bárbaros no pueden desconocer el hecho cristiano del cual sólo se les reconoce un simple poder de administración (*potestas*)”.

ejercicio de sus facultades<sup>123</sup>. La familia se configura como un reducido grupo de personas, vinculadas por lazos de sangre. Este desarrollo hacia lo natural coincide con el apogeo del cristianismo en el Imperio Romano y con la transformación moral que se produce en los ámbitos socio-familiares<sup>124</sup>. Es discutido si esta metamorfosis es influjo directo de la patrística<sup>125</sup> cristiana o si, por el contrario, no es más que una mera coincidencia; es decir, si las corrientes filosóficas que brotan en la época clásica son las causantes de esta tendencia hacia la familia natural o si, realmente, es la llegada del cristianismo la que introduce esta concepción<sup>126</sup>.

En cualquier caso, resulta innegable que los valores del periodo clásico –*officium, pietas* y *humanitas*– son sustituidos por los principios de la nueva religión cristiana: *pietas, caritas* y *misericordia*; valores, todos ellos, que deben regir la vida familiar y la de quienes se hallan *sub potestate patris*<sup>127</sup>. Asimismo, la Iglesia adquiere más poder a lo largo del periodo, con fuerza en las cancellerías imperiales, e inunda, con ideología cristiana, las instituciones romanas que, a su parecer, conciernen a su ámbito, como el matrimonio, el divorcio, la familia o la *patria potestas*. La patrística aborda el Derecho romano y elimina todo contenido pagano que no tenga cabida en el cristianismo.

---

<sup>123</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: “Aproximación al tránsito...”, cit., pp. 156-161. Debido a una influencia visible del cristianismo, *Constantino* limita y deroga las potestades que emanan de la institución de la *patria potestas*: El *ius vitae et necis* deja de ser una facultad ligada a la patria potestad al considerarse este derecho como un crimen público. El derecho de abandono de los hijos, *expositio*, no se deroga, pero sí que se intenta mermar tal prerrogativa obligando a abandonarlos en favor de otro padre y negándole a éste, después, todo derecho sobre aquellos. El *ius vendendi* también se ciñe a casos de extrema pobreza e incluso en este caso se impone la obligación al comprador de proteger la calidad de vida del niño comprado.

<sup>124</sup> En este aspecto FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva: “Definición jurídica de...”, cit., p. 156, compartiendo la opinión de VEYNE, Paul: “La famille et l’amour sous le Haut-Empire romain”, *Annales E.S.C.*, 1968, pp. 36 y ss.

<sup>125</sup> RIVAS, Fernando: *Diccionario de literatura patrística*, San Pablo, 2010, pp. 5 y ss., define la patrística como la doctrina, obra y vida de los Padres de la Iglesia católica.

<sup>126</sup> CORREA BASCUÑÁN, Mario: “Influencia en la evolución del Derecho romano hacia el Derecho natural, en materia de relaciones familiares”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 7, núm. 1-6, 1980, pp. 516-518, distingue diferentes periodos en los que la influencia del cristianismo varía. De esta forma, en una época que va desde Augusto hasta Diocleciano, afirma que la incidencia es poca o nula, pues se trata de una religión minoritaria y perseguida. En una segunda etapa, que abarca la legislación de Constantino, tienen lugar reformas con un gran componente cristiano, con el fin de introducir sus principios y fundamentos en diversas instituciones. En el tercer periodo, que acaba con Justiniano, el Derecho romano y el natural son uno, y es la propia iglesia la encargada de interpretar estas leyes.

<sup>127</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: “Aproximación al tránsito...”, cit., p. 159.

Así pues, a lo largo de esta época el poder público asume la regulación del ámbito familiar, que, hasta entonces, corresponde al *pater familias*. La fuerza de la ley penetra, por vez primera, en el núcleo doméstico y desplaza a las *mores maiorum*. En este contexto, los *pater familias* no tratan de imponer su potestad sobre la ley y se convierten en servidores<sup>128</sup> y defensores de la labor del príncipe, ya que la propia concepción familiar no varía; la institución se mantiene como poder exclusivo del varón *sui iuris*<sup>129</sup>. El carácter puramente patriarcal no cambia y es el *pater familias* el que impone su voluntad.

Sin embargo, los poderes que ostenta anteriormente se ven moralizados por los valores cristianos y muchas libertades de las que goza desaparecen. El derecho del *pater familias* para decidir sobre la vida y la muerte de sus hijos resulta deplorable a la patrística y, al ser pecado para la nueva religión, el Derecho civil romano no puede albergarlos<sup>130</sup>. En el mismo sentido, en una clara tendencia hacia la familia natural, se regula la forma de legitimar a los hijos nacidos del matrimonio, y, solo de este modo, adquiere el *pater familias* potestad sobre ellos<sup>131</sup>. La concepción de la familia cognaticia cobra pleno protagonismo, puesto que el núcleo familiar amplio, agnaticio, subyugado al poder del *pater*, desaparece con esta nueva regulación de sometimiento a la *patria potestas*.

---

<sup>128</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva: “Definición jurídica de...”, cit., p. 156, realiza una comparativa entre la “aristocracia competitiva”, símil de los primitivos *pater familias* que tratan de imponer su poder sobre el imperio de la ley, y la “aristocracia de servicio”, la que filosóficamente admite la cesión de cierto poder a favor de la *civitas* con su consecuente pérdida de dominio.

<sup>129</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva: “Definición jurídica de...”, cit., p. 155. En el mismo sentido CHURRUCA, Juan de: “Egalité et inégalité des conjoints dans le mariage chrétien des premiers siècles”, *Cristianismo y mundo romano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, p. 601, manifiesta que el cristianismo ha mantenido la sumisión de la mujer con respecto del hombre en todo lo concerniente a la estructura familiar.

<sup>130</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: “Aproximación al tránsito...”, cit., p. 160.

<sup>131</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva: “Definición jurídica de...”, cit., p. 159, señala el uso que se hace del término “naturales” para referenciar a los hijos nacidos dentro del concubinato. Añade que los hijos legitimados lo son también en las áreas personales, sucesorias, etc.

Del mismo modo, para detener el abuso y la explotación que se produce en el ámbito patrimonial<sup>132</sup>, la legislación amplía la institución del peculio. Constantino forma dos nuevas variantes: el *peculium quasi castrense* y el *peculium adventicium*<sup>133</sup>. El *quasi castrense* es creado para proteger los bienes ganados por el hijo en la labor de funcionario imperial; se extiende, de esta forma, a ámbitos no militares. Posteriormente, el patrimonio obtenido por el ejercicio de cualquier cargo público se considera peculio, incluso el proveniente de la carrera eclesial o las donaciones hechas por el emperador. También aumentan, en este periodo, las capacidades patrimoniales de los *fili familias*, mediante disposiciones que les otorgan la titularidad de los bienes procedentes de la rama materna, sea por sucesión o por donación.

Pero no es hasta el Derecho justiniano cuando la idea de la propiedad de los *fili* se impone plenamente. Al *pater* solo le corresponde la administración y el usufructo, quedando bajo titularidad y dominio del hijo todo lo obtenido por su trabajo, así como lo recibido por liberalidades de terceros: *peculium adventicium*. El *pater familias* no es, a partir de este momento, titular de la *res familiaris*; solo le pertenecen en propiedad los bienes producidos por ese patrimonio familiar, *ex re patris*<sup>134</sup>. Como puede observarse, la familia postclásica se revela contrapuesta a la arcaica y, asimismo, más evolucionada que la clásica. Su concepción, su estructuración y las facultades de sus miembros perduran, casi inmutables, hasta la actualidad.

---

<sup>132</sup> Tal y como referencia SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: “Aproximación al tránsito...”, cit., pp. 159-160, el ejercicio desmedido de la *patria potestas* supone una explotación de los *filius*, algo que de acuerdo a la moralidad cristiana está ligado a la avaricia y la codicia y debe ser corregido.

<sup>133</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano*, cit., pp. 1063-1069, recogen los diferentes textos donde se fundamentan estos peculios.

<sup>134</sup> IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*, cit., p. 481, resume el régimen de los peculios en la época justiniana del siguiente modo: “a) Pertenecen en propiedad al *filius* todos los bienes no procedentes del *pater*, reservándose a éste un derecho de administración y usufructo. Tal derecho le es negado en el caso del *peculium adventicium irregulare*. b) Sigue siendo de propiedad del *pater* lo que éste entrega al *filius*. Rigen aquí las viejas normas del *ius civile*”.



### 4.3. Derecho sucesorio de la época

La nueva Roma imperial, de carácter centralista, hace que, a partir del siglo III, el ordenamiento jurídico romano sufra una completa transformación: la tendencia unitaria también se extiende al sistema jurídico y la ley es, en esta época, la única fuente del Derecho. La jurisprudencia, tal y como se conoce en épocas anteriores, desaparece y solo la voluntad del emperador se considera fuente viva de Derecho: las constituciones imperiales se imponen como única vía de producción normativa<sup>135</sup>. Nace, también, una nueva consideración por lo escrito, lo que permite la pronta expansión de los textos jurídicos a lo largo de todo el territorio. Las recopilaciones, tanto privadas como oficiales, reflejan esta innovación y son las que perduran en el tiempo.

En este sentido, deben ser mencionadas las obras de los emperadores Teodosio y Justiniano. El Código Teodosiano, además de ser la primera compilación oficial, mantiene su vigencia en Occidente y sirve para posteriores redacciones de breviarios visigodos. Por su parte, la Compilación Justiniana constituye el cénit del Derecho romano y se compone de diversas obras que el emperador culmina con el fin de recuperar y restaurar la antigua unidad del Imperio. Esta última compilación está compuesta por un código de leyes, *Codex*, una antología del *iura*, *Digesta*, y un manual institucional, *Instituciones*. Posteriormente, a estas obras se les sumará un segundo código denominado *Novellae Constitutiones*.

En lo referente al Derecho sucesorio, el periodo postclásico y, más en concreto, el justiniano, trae consigo una mayor permisibilidad de la *voluntas testantis*, lo que supone una más detallada definición de la sucesión necesaria y de las diferentes acciones que se otorgan a los herederos para impugnar los testamentos<sup>136</sup>. En el mismo sentido, aparecen nuevas herramientas que vienen a completar la protección de dichos herederos forzosos,

---

<sup>135</sup> Aun con toda la nueva normativa imperial que se promulga en esta época, en la práctica judicial imperial sigue siendo habitual el uso del *ius vetus*, derecho antiguo proveniente de los *responderé* de los clásicos. Su estilo y calidad, fiel reflejo del apogeo del Derecho clásico, mantienen en uso las obras de los más tardíos grandes clásicos como PAPIANO, PAULO, ULPIANO y MODESTINO, además del referente GAYO como bien indica CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., p. 224.

<sup>136</sup> IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1972, pp. 53 y ss.

denominados *legitimarios* a partir de esta etapa; a la vez que sirven para delimitar el ámbito de aplicabilidad de las acciones de épocas anteriores.

Aunque la libertad dispositiva del testador es fundamento de la regulación sucesoria, en esta época se desarrolla, en gran medida, la protección de los parientes de aquél. La sucesión necesaria, tanto formal como sustancial, se detalla con una profundidad sin precedentes. Existe concordancia entre los autores al afirmar que el Derecho justiniano es el que asienta “un sistema de legítimas que pondrá fin definitivamente a la libertad para disponer por testamento, al obligar al causante a reservar una parte de sus bienes para algunos familiares determinados legalmente. Así, la legislación justiniana (...) presentará ya un sistema unificado que instaurará de forma definitiva un sistema de legítimas”<sup>137</sup>.

#### 4.3.1. Sucesión necesaria formal: la institución o desheredación obligatoria de ciertos parientes.

En lo relativo a las restricciones formales del testamento, el régimen impuesto por el *ius civile* y el *ius honorarium* se mantiene sin grandes alteraciones, incluso, en las tres primeras obras de la Compilación Justiniana. Se prolonga el mismo principio de instituir o desheredar a los *sui*, aunque en el periodo postclásico esta obligación se amplía a todos ellos, sin que resulte relevante el sexo o el grado del pariente. Carece de importancia quién sea la persona preterida, pues los efectos que la omisión produce son iguales en todos los casos: la nulidad del testamento con la posterior apertura de la sucesión *ab intestato*<sup>138</sup>.

Con la promulgación de la Novela 115, por su parte, se opera una amplia reforma del sistema de sucesión necesaria formal, que es la base para el posterior *ius commune*. Las aportaciones de esta Novela pueden ser clasificadas en tres apartados<sup>139</sup>. Por un lado, se determina que la porción de heredero pueda ser atribuida por cualquier título sucesorio, aun cuando resulta

---

<sup>137</sup> POLO ARÉVALO, Eva María: "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en Derecho sucesorio español: Precedentes y actualidad", en *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2013, núm. 10, p. 332.

<sup>138</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 41-42.

<sup>139</sup> En este sentido el autor WINDSCHEID, Bernhard: *Diritto delle Pandette*, cit., p. 274, realiza un resumen de estas tres aportaciones, definiendo con sumo detalle sus innovaciones al Derecho romano.

necesaria la obligación de disponer una mínima fracción en calidad de heredero. No desaparece del todo dicha obligación primigenia<sup>140</sup>. La legítima se entiende como *pars* o *quota bonorum*, pues los legitimarios pueden obtener su *porcio debita* por cualquier título, bien en calidad de herederos o como legatarios, donatarios o fideicomisarios.

Por otro lado, este segundo Código de Justiniano tasa, por vez primera, las causas de desheredación. Son catorce para los descendientes y ocho para los ascendientes<sup>141</sup>. Además de estos motivos de *exhereditio*, se admite también, por vez primera, la desheredación denominada *bona mente*. Esta privación se fundamenta en la desconfianza del testador sobre la persona llamada a convertirse en curador de su *heres*, por lo que se le deshereda y se nombra, en su lugar, a otra persona de confianza, procurando a ésta el cuidado del enfermo.

---

<sup>140</sup> POLO ARÉVALO, Eva María: "Concepto y naturaleza...", cit., pp. 336 y ss.

<sup>141</sup> En la *Novela* se enumeran las causas de desheredación por las que los legitimarios pueden ser privados de la cuota que les corresponde: *Novela 115, 3.- Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quae huius constitutionis serie continentur. Causas autem iustas ingratitudinis has esse decernimus: 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem seu rempublicam. 4. Si cum maleficis ut maleficus versatur. 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari temptaverit. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi qui possunt ab intestato ad eius successionem venire, petiti ab eo, vel unus ex his in sua cum noluerit fideiussione suscipere vel pro persona vel debito, in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen quod de fideiussione censuimus ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum, quia prohibuit parentes suos condere testamentum, ut si quidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pre tali causa filium exheredandi licentia.... 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios aut mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eius professionis fuerunt. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti filiae suae vel nepti maritum dare et dotem secundum vires substantiae suae pre ea praestare illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari, quia non sua culpa sed parentum id commisisse cognoscitur. 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit neglegentem filium vel filios aut cognatos ingratos in suo scribere testamento.... 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in eius sit potestate, utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere.... 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare.*

Por último, también se transforman los efectos de los testamentos viciados por preterición o desheredación sin causa legal. En estos supuestos, deja de anularse el testamento para caer en nulidad, únicamente, las instituciones de heredero. Este último cambio enciende entre los autores el debate acerca de cuál debe ser la acción ejercida por el legitimario preterido o desheredado injustamente, ahora que la de nulidad parece no corresponder. Conforme a la opinión de ciertos expertos<sup>142</sup>, en caso de preterición o desheredación, y puesto que no existe previsión normativa al respecto, los legitimarios deben impugnar el testamento a través de la *querela inofficiosi testamenti* o solicitar el complemento de su legítima mediante la *actio ad supplendam legitimam*. También hay quien estima que, regulando la Novela únicamente el Derecho formal, sin entrar en el sustancial, la acción a ejercitar no es otra que la de la propia nulidad<sup>143</sup>.

#### 4.3.2. Sucesión necesaria sustantiva: la necesidad de participación en el caudal hereditario

Para comprender la dirección de las restricciones que se instauran en este periodo, en el ámbito de la sucesión necesaria sustancial, resulta oportuno un pequeño apunte de carácter histórico. Desde la aparición de la *querela* existe abuso, tanto por parte del testador como por parte de los herederos que, habiendo recibido menor cuota, solicitan la nulidad completa del testamento. Ante esta coyuntura, y con intención de respetar la voluntad expresada en testamento, lo máximo posible, la *querela* deja de aplicarse por los tribunales en los litigios referentes a una atribución insuficiente, evitando, de esta manera, la rescisión del testamento, que mantiene su validez.

---

<sup>142</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: "Preterición formal y material y nulidad de la institución", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pp. 318 y ss., VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Madrid, 1982, pp. 454 y ss., BONFANTE, Pietro: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979, p. 649.

<sup>143</sup> Pueden encontrarse ambas defensas en las obras de los autores, POLO ARÉVALO, Eva María: "Concepto y naturaleza jurídica...", cit., pp. 342 y ss., y BONFANTE, Pietro: *Instituciones de Derecho...*, cit., pp. 651 y ss.

Pero esta inadmisión de la acción acarrea un vacío normativo que pronto se regula mediante la figura de la *actio ad supplendam legitiman*<sup>144</sup>. A partir de su creación, los legitimarios que solo reclamen la diferencia entre lo recibido y la *portio debita*, a ellos reservada, deben ejercitar esta nueva acción. Así, de acuerdo con la norma, se calcula la diferencia existente, sin olvidar, en este cómputo, las disposiciones hechas por el testador mediante donaciones *inter vivos*. Se impone a los herederos la obligación de restablecer la diferencia<sup>145</sup>. La incorporación de este nuevo instrumento disminuye, visiblemente, el campo de aplicación de la anterior *querela inofficiosi testamenti*, que, a partir de este periodo postclásico, únicamente se interpone para solicitar la propia inoficiosidad de las atribuciones patrimoniales lesivas en los supuestos de desheredación sin justa causa.

En lo relativo a las cuotas legitimarias, es en esta época cuando se fija la porción del caudal hereditario que debe recaer en manos de los legitimarios. En un principio, la *Lex Falcidia* determina la cuota en una cuarta parte del haber hereditario, motivo por el cual se la denomina, también, la *cuarta falcidia*. En la época justiniana esta cuantía correspondiente a la *portia debita* se eleva hasta un tercio, y, en el caso de que los legitimarios sean más de cuatro, a la mitad del caudal. Asimismo, para evitar posibles fraudes por parte del testador, como lo es la donación en vida del patrimonio para disminuir su activo y eludir las limitaciones impuestas, se regula una nueva modalidad de *querela*: la *inofficiosae donationes*. Mediante este instrumento se garantiza la percepción de las cuotas legitimarias ante enajenaciones a título gratuito, pues los legitimarios gozan de protección frente a terceros en caso de que el causante trate de burlar sus derechos.

---

<sup>144</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, en su obra *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, II, *Las Legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 998 y ss., hace constar que esta acción aparece por vez primera en tiempos de Constancio, hacia el año 361, cuando niega la aplicabilidad de la *querela* en los supuestos donde, ciertamente, se ha dispuesto a favor del legitimario, si bien en menor cantidad de la que le corresponde. Asimismo, define la acción de suplemento como una acción personal, renunciable y trasmisible a los herederos, siendo su prescripción de 30 años.

<sup>145</sup> POLO ARÉVALO, Eva María: "Concepto y naturaleza...", cit., pp. 344 y 345, señala en su trabajo que no existiendo una declaración del testador calificando de ingrato al heredero y argumentando de esta manera su cuota, se debe restituir o completar hasta un tercio de la herencia a los legitimarios, debiéndose realizar el complemento de la legítima *sine nulla mora et sine contentioso propósito*.

### III. EL SISTEMA LEGITIMARIO DEL DERECHO INTERMEDIO EN LA PENÍNSULA IBÉRICA

#### 1. A modo de introducción

El Derecho intermedio, así denominado por ser el intervalo jurídico que se prolonga desde la caída del Imperio Romano hasta las modernas codificaciones (siglos V-XVIII), abarca un proceso histórico-normativo que se dilata durante más de diez siglos a lo largo y ancho de la Península Ibérica. En esta etapa, caracterizada por los constantes cambios políticos, se produce una de las mayores transformaciones geopolíticas del territorio peninsular: la provincia romana deja paso a un ir y venir de reinos, que desemboca, finalmente, y de manera sesgada, en un escenario que los conjunta. Precisamente, esta continúa alteración del sistema de regencia propicia la peculiaridad más destacable del Derecho intermedio: la dispersión de la norma y su consecuente bifurcación romana-germana.

Las demarcaciones territoriales sitas en la Península crean, pues, a lo largo de este periodo, sistemas propios e independientes; de influjos diferentes y con regulaciones de instituciones que, a veces, se manifiestan opuestas en su aplicación. No se debe obviar que esta confrontación jurídica surge desde el primero de los reinados, el visigótico; que se topa, desde los albores de su regencia, con la existencia de los ordenamientos romano vulgar y germano. Pese a las arduas tentativas que realizan todos y cada uno de los monarcas, desde los visigóticos hasta los castellanos, en aras a superar la heterogeneidad de los ordenamientos peninsulares, en esta etapa de la historia se fija el sistema normativo que diferencia el Derecho territorial y el Derecho foral o propio.

Esta caracterización político-jurídica de la época se traslada, de forma directa, al bosquejo del sistema sucesorio, que toma una forma diferente en cada región de la Península. Desde normativas puramente romanas hasta propuestas que parten de elementos y principios germanos, la sucesión *mortis causa* recibe regulaciones antagónicas: afianzados sistemas legitimarios se enfrentan a planteamientos netamente familiares que pretenden conservar indiviso el patrimonio doméstico. Para hallar la fundamentación que se encuentra en la base

del Derecho hereditario intermedio, calificado así por ser puente entre los sistemas originarios romano-germánicos y los actuales ordenamientos civiles, se debe retroceder hasta la invasión germana de la Península Ibérica.

En este momento inicial, se encuentran ambos sistemas jurídicos originarios -el romano y el germánico- y se emprende la pugna para unificarlos, que perdura en los regímenes políticos posteriores. Con este esbozo en mente, en un salto hasta la antesala de la corona castellana, una tesitura de dispersión normativa, cimentada en un Derecho municipal, se expande en el territorio reconquistado; realidad que los reyes castellanos tratan de encarar con la promulgación de normas territoriales de influjo romano, predominante en la Europa de la época. De forma paralela a esta evolución histórica del Derecho puramente castellano, existen, también, en esta etapa postvisigoda, una serie Derechos forales que pretenden desafiar el afán unificador castellano. En regiones señaladas de la Península acaban por redactarse normas que, tras un proceso legislativo propio, convierten su costumbre en ley, si bien su influjo varía en relación a su situación geográfica. Mientras algunas beben del Derecho romano otras permanecen más cercanas a la pujanza germánica, tradicionalmente ligada a la supervivencia económica de la familia. Se clasifican, en cierta medida, en Derechos mediterráneos, romanizados, y Derechos pirenaicos, afines a la propuesta germana.

## **2. Derechos peninsulares de influencia romana en la Edad Media**

### *2.1. Derecho vulgar y su transformación con el Derecho visigodo*

A partir del siglo III, cuando el Imperio Romano es azotado por una gran crisis económico-social que merma la centralidad de su poder, brota, en la parte occidental del territorio, un fenómeno jurídico que transforma el Derecho romano clásico implantado por Roma en sus provincias más lejanas. El ordenamiento clásico se adapta a los Derechos propios de estas regiones romanas en la Península y emerge, de esta ‘aclimatación’, la denominada *vulgarización* del Derecho de Roma<sup>146</sup>. Cronológicamente, en el ámbito jurídico, esta

---

<sup>146</sup> Esta expresión es utilizada, por primera vez, a finales del siglo XIX por el jurista Heinrich Brunner para definir la práctica que realiza el *vulgus* del Derecho romano. Este término pronto comienza a ser analizado por

transmutación del orden normativo romano se sitúa en la época posclásica, cuando tiene lugar, en la estructura oriental de Roma, un desarrollo sustancial del Derecho clásico de la mano de la legislación imperial, desde el año 230 hasta la caída del Imperio en el año 476.

Deben deslindarse, pese a la coincidencia temporal, ambos sistemas jurídicos: el Derecho romano posclásico y el Derecho romano vulgar. Debido al divergente desarrollo sufrido por cada uno de los ordenamientos, el posclásico romano y el vulgar, algunos autores los distinguen en el plano terminológico y los analizan, por ende, en ámbitos dispares<sup>147</sup>. En otras palabras, ambos Derechos pueden ser considerados, *stricto sensu*, posclásicos, pues ciertamente son posteriores a la etapa clásica y son bebedores de ésta. Sin embargo, al seguir tendencias evolutivas discordantes, ha sido necesaria la nominalización de esta bifurcación. En este sentido, debe delimitarse la línea fronteriza entre ambos conceptos: el término *posclásico* alude a una mera concreción del tiempo, el siguiente al clásico, y el vocablo *vulgar* hace referencia a una transformación o deterioro del Derecho romano.

La romanización de Hispania, distinguida provincia romana de abastecimiento tras una conquista que comienza en el año 218 a.C., no pasa por una directa sumisión al Derecho romano<sup>148</sup>. Como la extensión territorial del Imperio se articula mediante la creación de provincias romanas, salvo en los enclaves itálicos donde es plena la aplicación del Derecho romano clásico<sup>149</sup>, en el resto de núcleos provinciales el ordenamiento romano se adapta a la

---

otros estudiosos y las opiniones no pueden ser más diversas. Algunos de ellos, como Antonio Guarino, muestran su disconformidad con la propia existencia de un Derecho del pueblo que está al margen del Imperio Romano. Esta evolución del término puede verse en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, 4ª Edición, Madrid, 1983, pp. 94 y ss.

<sup>147</sup> GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: *El Derecho histórico de los pueblos de España*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp. 54 y ss. y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 83 y ss. revelan en sus obras una estructuración totalmente independiente del Derecho vulgar respecto al Derecho romano, si bien ambas nacen de un mismo sistema, los cambios que sufre la primera lo alejan del orden al que evoluciona la segunda.

<sup>148</sup> Sobre este proceso romanizador y sobre la incorporación de los pueblos hispánicos al sistema jurídico-político romano, MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: *Ley, jurisprudencia y Derecho en Hispania romana y visigoda*, Prensas universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1995, pp. 25 y ss.

<sup>149</sup> D'ORS, Álvaro: *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, pp. 22 y ss. y KASER, Max: "El Derecho romano-vulgar tardío", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30 (1960), p. 622. Este último afirma que, si bien es cierto que el Derecho vulgar es parte del Derecho imperial, resulta erróneo afirmar que todo el Derecho posclásico de la época es vulgarizado, pues solo es posible engloba, bajo este término, las figuras jurídicas que proceden verdaderamente del pueblo.



realidad del lugar. Se produce, así, una confrontación entre la ley imperial, teórica y alejada de la vida local, y la provincial, compuesta por normas cotidianas y propias que se resisten a desaparecer. Este careo, desemboca en el Derecho romano vulgar cuyo origen se encuentra, precisamente, en el *vulgus*, en el pueblo de a pie, sin conocimientos jurídicos suficientes para comprender las complejidades del Derecho clásico y que, con intención de acentuar el pragmatismo de un Derecho repleto de tecnicismos, lo hace suyo y lo simplifica<sup>150</sup>.

Esta vulgarización, que no desmejora el Derecho, sino que le aporta más eficacia, surge como ordenamiento consuetudinario, alejado de la legislación imperial escrita. Es un Derecho no formalista, pues, al margen de posibles aportaciones del sistema jurídico imperial, engloba instituciones y normas jurídicas que nacen de la propia mentalidad y práctica del pueblo. El Derecho vulgar es, en definitiva, la representación de los conocimientos jurídicos romanos en el Occidente de Europa, tras la caída del Imperio<sup>151</sup>; una ‘suplantación’ que, de cara al porvenir, carece de un *corpus* escrito y permanece, por ello, en constante lucha por sobrevivir. De hecho, los pueblos germánicos que conviven a lo largo y ancho de todo el territorio mediterráneo con civilizaciones romanas, tan solo tienen conocimiento del Derecho romano gracias a esta vulgarización<sup>152</sup>; motivo por el cual, ambas fuentes legales, la romana vulgar y la germánica, comparten protagonismo en escritos germánicos de la época y, especialmente, en los visigodos, prolongando su vigencia hasta después de la caída del Imperio.

Antes de adentrarnos en el análisis jurídico de estas fuentes, y determinar, así, la influencia de estos Derechos en las evoluciones normativas posteriores, resulta forzoso conocer, en lo referente a la Península Ibérica, los pormenores del asentamiento del Reino Visigodo; para

---

<sup>150</sup> LEVY, Ernst: “Derecho romano vulgar de occidente”, *Interpretatio: Revista de Historia del Derecho*, vol. IX, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003, pp. 3 y ss., trata el influjo helenístico en este proceso de vulgarización del Derecho, también visible en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 92-93.

<sup>151</sup> KASER, Max: “*El Derecho romano...*”, cit., p. 617, subraya que el Derecho vulgar representa al propio Derecho romano en las posteriores evoluciones jurídicas de los territorios subyugados a Roma.

<sup>152</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona, 2001, pp. 26-27, narra la convivencia de los visigodos con las estructuras romanas, motivo por el que, posteriormente, no existe una ruptura del sistema jurídico.

poder llegar a comprender y ensamblar, como si de un puzle se tratara, todos los distintos y confluyentes Derechos peninsulares vigentes a principios de la Alta Edad Media. Comenzando con la entrada de la civilización visigoda en el territorio peninsular, cabe destacar que la conocida expresión *invasión germánica*, referente a la forma inicial de asentamiento de los pueblos germánicos, no resulta del todo concordante con los hechos históricos acontecidos.

El pueblo visigodo, el de mayor influencia en la Península, penetra en tierras hispánicas merced a pactos militares cerrados con el Imperio Romano<sup>153</sup>. De esta forma convenida, varían sus tierras de asentamiento con el paso de los años: de las tierras del norte, integradas en el Reino de Tolosa, transitan hacia las tierras del sur, constituyendo el Reino Visigodo de Toledo<sup>154</sup>. Con rigor, no es hasta el siglo V cuando se da una total desvinculación entre la Hispania peninsular y el Imperio Romano, y es, entonces, cuando, junto con la desaparición de la fuerza político-jurídica romana, el poder visigodo abraza las estructuras administrativas romanas y asume el dominio en el territorio de Occidente<sup>155</sup>.

Sin embargo, la conservación de las instituciones gubernamentales romanas no acarrea la unificación de la población; conviven, en un mismo espacio, hispano-romanos y godos. La ansiada integración y asimilación de diferentes culturas y sensibilidades se convierte en el

---

<sup>153</sup> Como bien señala LYINCH, John: *Los Visigodos*, El país, Madrid, 2008, pp. 37-39, “los ejércitos migratorios que eran aquellas confederaciones vándalas, suevas y alanas estuvieron intentando alcanzar algún tipo de acuerdo con el gobierno romano, ofreciéndose a proporcionar servicios militares a cambio de un pago regular, suministros y cierto grado de integración en la estructura administrativa imperial. (...) Parece ser que los alanos, los vándalos y los suevos, después de un periodo breve, pero salvaje, de saqueo y destrucción, habían establecido un tratado de federación con el gobierno de Roma.

<sup>154</sup> Para mayor ahondamiento de este proceso histórico véase, entre otras, D’ABADAL Y DE VINYALS, Ramón: *Del reino de Tolosa al reino de Toledo, Discurso de ingreso en la R.A.H.*, Anglada, Madrid, 1960, pp. 9 y ss., SAYAS ABENGOCHEA, Juan José y ABAD VARELA, Manuel: *Historia Antigua de la Península Ibérica*, II, *Época tardo imperial y visigoda*, Los autores, Madrid, 2006, pp. 44 y ss., GONZAGA SERRA Y CLAUSELL, Luis: *Influencia de las civilizaciones romana y germánica en la legislación española*, Madrid, 1857, pp. 8 y ss.

<sup>155</sup> En este sentido GIBBON, Edward: *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, Tomo II, Turner Publicaciones, Madrid, 2006, Capítulo XXX, pp. 20 y ss., y GARCÍA-GALLO, Alfonso: “Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 13, 1941, pp. 168 y ss.; sobre la suplantación del Imperio Romano por parte de los visigodos, MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: *Ley, jurisprudencia y...*, cit., pp. 121 y ss.

mayor obstáculo para la gobernabilidad<sup>156</sup>: comienzan a crearse diversos cuerpos normativos con la clara finalidad política de fusionar ambas civilizaciones. Las autoridades visigodas tratan, pues, de acoplar ambos sistemas, el romano vulgar y el germánico, en aras a garantizar la cohabitación del pueblo.

El Derecho visigodo que crean los diferentes reyes que regentan en esta civilización, engarza, por tanto, con el hasta entonces dominante Derecho romano vulgarizado<sup>157</sup>. Y aunque el conocimiento actual de las fuentes legales visigodas es limitado, el análisis de estos cuerpos jurídicos se presenta como la única vía fiable para trazar la línea entre el Derecho romano y el germánico, e individualizar las instituciones de uno y otro. El *Liber iudiciorum* o *Liber iudicum*, la obra compiladora del Derecho visigodo por excelencia y promulgada por Recesvinto en el año 654, aúna y relaciona entre sí las grandes normas visigodas; y, pese a ser predominante en su texto la tradición romana, llega a custodiar instituciones de procedencia germánica<sup>158</sup>. En efecto, bajo la denominación de *antiqua* y *antiquae mendata*, el *Liber iudiciorum* recoge las más primarias figuras de los Códigos de Eurico y Leovigildo,

---

<sup>156</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 102, señala la doble vertiente del sistema jurídico visigodo, donde la finalidad política de unificar el territorio resulta palpable. Para continuar profundizando en el proceso legislativo visigodo, véase ORLANDIS, José: *Historia del Reino visigodo español*, Rialp, Madrid, 1988, pp. 172 y ss., que realiza un estudio de las diferentes leyes promulgadas en la etapa visigoda. También resulta de interés, en relación al poder unificador de la religión, ORLANDIS, José: “Le royaume wisigothique eta son unité religieuse”, *L’Europe héritière de l’Espagne wisigothique*, Madrid, 1992, pp. 9 y ss.

<sup>157</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 26 y 27.

<sup>158</sup> HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo: *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, CEH, 1915, p. 10, considera la *Lex Visigothorum* como “un triunfo del Derecho romano y de la influencia eclesiástica sobre el Derecho consuetudinario germánico”. Adiciona a este parecer MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: *Ley, Jurisprudencia y...*, cit., pp. 166-167: “El año 654 Recesvinto, mediante el *Liber Iudiciorum*, sitúa las leyes en el más elevado rango de la normativa visigótica. Estas leyes son elaboradas siguiendo un procedimiento de tipo legislativo y aprobadas por el Rey con el VIII Concilio de Toledo (...). Una de las características externas de *Liber Iudiciorum* es la diferente identificación de los textos que reúne. En unos casos aparece claramente nombrado el monarca visigodo condecete: Recaredo, Sisebuto, Chindasvinto, Recesvinto. En los demás aparece el término *Antiqua* (...). Es mucho lo que se ha discutido y escrito sobre estas *Antiquae*, normalmente interpretadas como provenientes de los Códigos de Eurico y de Leovigildo. Me interesa ahora reflexionar acerca del significado de este distinto tratamiento; habitualmente viene explicándose porque sólo las leyes ‘recientes’ están identificadas, mientras las anteriores se sumen en la nebulosa informe del Código leovigildiano (...). Las colecciones visigodas cuyo texto conocemos utilizan la técnica romana –por lo demás, la habitual en las recopilaciones– identificando las circunstancias de concesión o constitución de la norma. Así se hace por Alarico II, así Recesvinto. La obra de Eurico no parece haber sido una colección en sentido estricto, porque no había leyes anteriores que recoger”.

padres de la recopilación del Derecho germánico<sup>159</sup>. Gracias a estas antiguas leyes germánicas, que perduran hasta después del año 711, pueden distinguirse los elementos germanizantes del Derecho visigodo y, en consecuencia, de su sistema sucesorio<sup>160</sup>.

Al igual que el primitivo Derecho romano, el sistema sucesorio germánico parte de una realidad socio-familiar en la que resulta vital la estabilidad del grupo doméstico y de su economía<sup>161</sup>. La libre circulación de los bienes se subordina a la continuidad de su explotación para el mantenimiento de la familia: la voluntad del individuo se somete al interés común<sup>162</sup>. Sin embargo, los sistemas de origen germánico siguen un desarrollo diferente. Puede incluso llegar a sugerirse que no evolucionan sustancialmente y que se mantienen fieles a su raíz: a la muerte de un miembro de la comunidad doméstica, el caudal existente es aprovechado por las personas que integran el núcleo familiar.

---

<sup>159</sup> Cabe señalar que aunque en esta obra se realiza una recopilación de las antiguas normas y preceptos, no existe una total concordancia con las primeras redacciones de las *antiqua*. Una comparativa de las mismas puede encontrarse tanto en LALINDE ABADÍA, Jesús: “La sucesión filial en el Derecho visigodo”, *Anuario de Historia del Derecho español*, Madrid, 1962, pp. 114 y ss. como en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 101 y ss.

<sup>160</sup> Para mayor ahondamiento en el régimen sucesorio germánico BRUNNER, Heinrich y SCHWERIN Claudius: *Historia del Derecho germánico*, Barcelona, 1936, pp. 237-252.

<sup>161</sup> Tal y como relata RADBRUNH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1952, pp. 25 y ss., existe una función supraindividual del derecho hereditario: “La función familiar del Derecho hereditario puede fundamentarse no solo desde el punto de vista del individualismo, sino también desde el del supra individualismo. La familia, entonces, no es solo un centro de relaciones personales entre parientes, sino una totalidad supra personal por cima de dichos hombres, que no puede estar limitada al círculo de aquellas relaciones personales, sino que más bien abraza como una unidad, sobre la distancia de los tiempos, a las generaciones presentes y pasadas y sobre las diferencias de los grados a todos los parientes próximos y lejanos (...). Lo que en la concepción individualista de la función familiar del Derecho hereditario obligaba a la admisión del sistema de legítimas, lleva en la concepción supra individualista a admitir la aglomeración forzosa de la herencia, el fideicomiso y el derecho hereditario integral”.

<sup>162</sup> La vinculación de la herencia a la concepción de la propiedad y de la familia resulta evidente para CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1978, pp. 57 y ss., pues “donde predomina la propiedad familiar no puede haber sucesión, porque todo pertenece a la familia; el padre tiene el goce del patrimonio familiar; pero lo mismo que no puede disponer de los bienes en vida, tampoco puede hacerlo para después de su muerte”. Véase también PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel: *Breviario de Derecho germánico*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pp. 71 y ss., donde se analiza monográficamente los diversos aspectos relativos al sistema sucesorio germánico.

No existe en el Derecho germánico una comunidad familiar semejante a la romana, en la que la titularidad es distribuida mediante un sistema de cuotas<sup>163</sup>. El sistema germánico tiende a configurar el derecho de los miembros del núcleo doméstico como una expectativa, un derecho de acrecimiento patrimonial. En un sistema sucesorio donde solo se conoce la sucesión legal, fundamentada en el principio *solus Deus heredem facere potest, non homo*<sup>164</sup>, los hijos nacen siendo herederos y ostentan lo que los autores definen como expectativa<sup>165</sup>: una probabilidad de obtener, al fallecimiento del cabeza de familia, el poder de gestionar el *munt*, el patrimonio familiar. No se concibe en el Derecho germánico la idea de que el cabeza de familia, mediante testamento, disponga del patrimonio<sup>166</sup>. De ahí que, con la invasión germánica de Roma, el testamento pierda importancia y su renacimiento opere lentamente en los Derechos posteriores de influencia germana.

Pero, como en todo Derecho o sistema normativo, por el paso del tiempo y merced a la convivencia en un mismo territorio de estructuras procedentes de diversos regímenes<sup>167</sup>, se constata la tendencia de unas a asimilar las figuras y herramientas reguladas en otras, de las que ellas carecen<sup>168</sup>. De esta forma, en una época más avanzada en la que los reyes visigodos

---

<sup>163</sup> ROCA SASTRE, Ramón María: “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano”, *Estudios sobre sucesiones*, I, Madrid, 1981, pp. 61 y ss., defiende que la titularidad de los bienes familiares no corresponde al cabeza de familia, sino a cada uno de los miembros de la misma, si bien es cierto que el primero posee cierto poder de gestión. Sobre la estructuración de la familia germánica, que muestra desavenencias con la familia romana, KING, Paul David.: *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, pp. 249 y ss.

<sup>164</sup> BRISSAUD, Jean: *Manuel d'histoire du droit Français*, Paris, 1898-1904, p. 1579.

<sup>165</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: “La dogmática de la herencia y su crisis actual”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1959-2, pp. 258 y ss.

<sup>166</sup> Tal y como explica LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho...*, cit., pp. 8 y ss. y 312 y ss., bien por desconocer el culto a los antepasados, la institución de heredero necesario, o por la falta de concepción de las obligaciones, las deudas del causante no eran transmitidas en herencia. En este sentido, el testamento es una institución completamente diferente al que se conoce en el derecho romano, pues solo tiene una utilidad de declarar la última voluntad, no declara o instituye herederos, pues no es forzoso por ley realizar este tipo de instituciones. En el mismo sentido, el clásico TÁCITO, *De origine et situ Germanorum*, Capítulo XX.

<sup>167</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español...*, cit., p. 58, narra las circunstancias que acarrearán la alteración de la concepción autóctona de la sucesión debido al contacto de los pueblos germánicos durante su entrada en la península.

<sup>168</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 26, hace hincapié en el contraste entre ambos pueblos, entre el pueblo romano, más culto y desarrollado y el germánico, anclado a sus costumbres y ritos, en el proceso de asimilación que este dato supone de cara al sistema germánico. En este sentido la figura que nace en el Derecho germánico y que permite al causante disponer libremente de parte de su caudal se denomina la

pretenden unificar el Derecho en sus territorios, acontece una profunda transformación del sistema normativo: se ligan instituciones de procedencia dispar, que responden a realidades propias de su ordenamiento de origen, y se crea, fusionándolas, un régimen sucesorio inédito deslindado del Derecho de familia. Con las normas visigóticas de la Península no se consuma, pues, una germanización jurídica real; porque el fruto resultante de la mezcla de sistemas se concibe como algo nuevo y propio, desconocido hasta entonces, aunque en él resulta irrefutable la supervivencia de ciertas figuras de origen germánico, entre las que se encuentran la mejora o el pacto sucesorio.

La mejora, institución que crea Chindasvinto en su ley *Dum Inlicita* y que, posteriormente, se recoge en el *Liber iudiciorum*, es el instrumento que flexibiliza la limitación legitimaria impuesta a la libertad dispositiva del causante, pero que, a su vez, garantiza la protección económico-familiar, principio esencial del Derecho germánico. Cabe destacar que esta ley visigótica es anterior a la etapa justiniana y que, por tanto, convive con una regulación sucesoria romana en la que se contempla una libertad absoluta de disponer *mortis causa*. En este sentido, la ley visigoda *Dum Inlicita* comienza por corregir la libertad que el Derecho romano concede al causante para desheredar a sus herederos; y, posteriormente, impone una mínima porción de libre disposición, de un quinto, siendo forzosa la legítima de cuatro quintos. Ante la dimensión de esta cuota forzosa reservada a los descendientes del causante, la necesidad de templar su amplitud resulta esencial: nace, pues, la institución germánica de la mejora<sup>169</sup>, que permite hacer uso de un tercio de esos cuatro quintos que componen la porción legitimaria, para aumentar la disposición hecha a favor de un hijo o nieto<sup>170</sup>.

---

*propia portio*, que surge, precisamente, debido a la influencia de la Iglesia y de las tradiciones familiares respecto al culto. Aun así, la autora afirma que libertad de disposición del causante sigue siendo muy limitada en virtud de la institución de la reserva, una institución que si bien tiene como objetivo la protección a los hijos, no puede ser equiparada con el sistema legitimario romano, en cuanto en la primera existe una delación automática y los descendientes son calificados como herederos forzosos. En el mismo sentido, MERÊA, Paulo: *Estudos de Direito Visigotico*, 1948, pp. 107 y ss., destaca que el uso del testamento se hace más habitual entre la población germánica debido a su cercanía con la ciudadanía romana, y se llega a equiparar su institución de donación *mortis causa*, con la figura foránea romana del testamento.

<sup>169</sup> GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pp. 211 y ss., analiza la influencia de la relación del cónyuge viudo con sus descendientes en la formación de la institución de la mejora, localizando su fuente en la prerrogativa del viudo de excluir a ciertos descendientes para designar un destinatario individual.

<sup>170</sup> MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo: *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885, vol. 1, p. 33, recoge la ley que establece en un tercio la institución de la mejora: “en tal manera que si el padre ó la madre, el avuelo

Otra institución cuyo origen se aleja de la influencia romana es la sucesión paccionada o contractual. La figura del pacto, denominada *affatomie* en el Derecho germánico, se recupera para dar respuesta a la necesidad de acordar, con los sucesores, el destino *post mortem* del patrimonio del causante, antes de su fallecimiento. Debe recordarse que, en un principio, el sistema sucesorio germano carece de testamento y que, si bien la institución de heredero se configura como una vocación legal, automática, existen ciertos aspectos de la sucesión que pueden definirse mediante acto privado<sup>171</sup>.

Esta naturaleza integradora y unificadora del Derecho visigodo, que entremezcla los sistemas romano vulgar y germánico<sup>172</sup>, es la que, posteriormente, cimienta el Derecho castellano en su aspiración de albergar, en su seno, ambas fuentes normativas. La doctrina, sin embargo, se encuentra dividida, pues no está claro que el Derecho visigodo consiga, finalmente, aunar ambos ordenamientos y aplicar la fusión, por igual, a toda la ciudadanía de su Reino<sup>173</sup>. Ciertamente, se cuestiona si el Derecho visigodo se destina a toda la ciudadanía peninsular. En relación a esta duda, existe quien defiende la teoría denominada dualista, en la que, a cada sujeto le es de aplicación un ordenamiento jurídico diferenciado: el Derecho visigodo se limita a regular las relaciones entre visigodos, y para el resto de la ciudadanía queda la normativa consuetudinaria propia de ese territorio o la romana vulgar.

Se contraponen a esta teoría, que divide a la población en dos según su Derecho aplicable, la tesis territorialista, que asegura la vigencia del Derecho visigodo en todo el territorio

---

*ó el avuela quisier meiorar á alguno de los fijos ó de los nietos de su buena, non les pueda dar más de ta tercia parte de sus cosas de meiora.”*

<sup>171</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel: “El régimen jurídico del Patrimonio Uxorío”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 29, 1959, p. 430, establece que la donación *inter vivos* o *mortis causa* cabe incluirse en acto privado, si bien, el testamento y la donación *mortis causa* se llegan a equiparar en la *Lex Visigothorum* por ser ambas revocables.

<sup>172</sup> Como bien recuerda PETIT, Carlos: *Ivstitia Gothica, historia social y teológica del proceso en la Lex Visigothorum*, Universidad de Huelva, 2001, p. 50, “el legislador visigodo adoptó un variado y complejo conjunto de disposiciones para asegurar la puntual aplicación de su código, presupuesto indispensable para lograr esa efectividad del Derecho del rey que acaba de ser afirmada”.

<sup>173</sup> LYINCH, John: *Los Visigodos*, cit., pp. 460 y ss., trata la dicotomía entre lo romano y lo germánico, dos secciones de la población divididas por contrastes y conflictos; la fricción cultural entre romanos y germanos, donde la segunda minoría predomina en ámbitos político-jurídicos del reino, y se realiza una profunda labor para eliminar la categoría de ciudadano romano.

castellano. Conforme a esta segunda teoría la regulación visigoda es la antesala de la castellana; no solo por su criterio unificador, sino por su idéntico ámbito de aplicación territorial<sup>174</sup>. En cualquier caso, si bien es cierto que ambas tesis discurren, por separado, en relación a los primeros cuerpos normativos visigodos, coinciden en el carácter derogatorio del *Liber iudiciorum* y su extensa divulgación entre toda la población del Reino Visigodo<sup>175</sup>.

## 2.2. Derecho castellano

### 2.2.1. Derecho local

Una de las pocas estructuras jurídicas que puede llegar a apreciarse entre los siglos IX y XIII es el denominado Derecho local. Este marco regulador responde a un contexto muy particular de migración: la población abandona el núcleo rural para asentarse en las ciudades, que se convierten en centros neurálgicos de la economía y la política<sup>176</sup>. Ante esta tesitura, nobles y reyes dotan a los habitantes de estas urbes de unas prerrogativas que responden a sus nuevas necesidades socioeconómicas. Y, justamente, son estas licencias las que desencadenan un localismo jurídico que se extiende a lo largo del territorio que, posteriormente, se convierte en el Reino de Castilla<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 130 y ss., concluye sobre esta discusión doctrinal que no resulta admisible confiar en la germanización general de todo el Derecho peninsular, si bien admite la influencia germánica en algunas instituciones que pueden incluso haber permanecido como costumbre en núcleos rurales. Tampoco descarta la supervivencia de Derechos prerromanos, que opina han podido confundirse en origen a sistemas sucesorios germánicos.

<sup>175</sup> Sobre las áreas y formas de expansión del *Liber* en la Península, GARCÍA LÓPEZ, Yolanda: *Estudios críticos de la "Lex Wisigothorum"*, *Memorias del seminario de historia antigua*, V, Universidad de Alcalá, 1996, pp. 32 y ss.

<sup>176</sup> A este respecto, merecen atención las siguientes trabajos que analizan la evolución de las ciudades castellanas a lo largo de este proceso: BARRERO GARCÍA, Ana María: "Los términos municipales en Castilla en la Edad Media", en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pp. 137- 160; CARLÉ, María del Carmen: "La ciudad y su contorno en León y Castilla (Siglos X-XIII)", *Anuario de Estudios Medievales*, 8, 1972-1973, pp. 69 – 103; ESTEPA DÍEZ, Carlos: "El alfoz castellano en los siglos IX al XII", en *La España medieval. IV. Estudios dedicados al Prof. D. Ángel Ferrari Núñez*, Madrid, 1984, pp. 305-341.

<sup>177</sup> El difuso e incierto nacimiento remoto de Castilla ha llenado innumerables páginas de diversos estudiosos, historiadores, literatos y científicos. No llegan a ponerse totalmente de acuerdo en los detalles, puesto que el origen de este territorio y su organización política en la Alta Edad Media -siglos VIII y comienzos del IX-, que es con los siglos uno de los grandes reinos hispanos, surge en medio de una de las épocas más conflictivas y con menos documentos escritos conservados, por lo que las conclusiones son, casi siempre, hipotéticas y muy influidas por lo legendario. Lo que sí parece claro es que el origen de Castilla hay que buscarlo en los



Cada uno de los fueros francos –escritos forales– que los reyes y nobles otorgan a las emergentes ciudades es diferente respecto del anterior: el propio localismo jurídico hace que cada carta puebla evolucione de forma individual e independiente. La procedencia de los textos puede coincidir, pero no el resultado jurídico final, adaptado a sus destinatarios<sup>178</sup>. Todas las dispensas conferidas tienen una esencia común: reconocer a un núcleo de personas una autonomía de jurisdicción y un gobierno del que anteriormente carecen; es decir, dotarlos de capacidad de juzgar y gobernar conforme a los privilegios otorgados, sin que la autoridad superior interfiriera<sup>179</sup>. Los instrumentos utilizados con este fin, fuentes del Derecho local, se clasifican en tres grandes grupos: *cartas pueblas de índole agraria*<sup>180</sup>, *fueros municipales breves*<sup>181</sup> y *fueros municipales extensos*<sup>182</sup>.

Cada uno de ellos responde, en cierta medida, a una fase de la migración, a una fase del asentamiento. Así, las cartas pueblas dan respuesta a un primer momento de creación de núcleos urbanos, con poca organización municipal<sup>183</sup>. Los dos posteriores cuerpos legales,

---

intermitentes procesos de repoblación y resistencia que se originan al este del Reino de Asturias y que tiene sus primeros movimientos en las últimas décadas del siglo VIII. Las gentes que lo protagonizan son, mayoritariamente, una combinación de pueblos celtibéricos poco romanizados y que tampoco se hallan demasiado influidos por el modo de vida y sistema político visigodo. Para ahondar en la posterior evolución de Castilla véase: MARTÍN, José-Luis: *Manual de Historia de España*, II, *La España medieval*, Historia 16, Madrid, 1993, pp. 305 y ss., y LADERO QUESADA, Miguel Ángel: *Historia Universal*, II, *Edad Media*, Vicens Universidad, Madrid, 1987, pp. 624 y ss., 907 y ss.

<sup>178</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 28 y ss.

<sup>179</sup> Sobre la evolución histórica y determinación político administrativa de la merindad de Castilla Vieja, véase a SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael: *El aforamiento de enclaves castellanos al Fuero de Vizcaya, organización jurídica de los valles de Tobalina, Mena, Valdegobia y Valderejo*, Universidad de Burgos, Burgos, 2001, pp. 47 y ss.

<sup>180</sup> Destacan entre este tipo de cartas la de Brañosera (884), la de San Pedro de Cardeña (941), la de Longares (1065) y la de Villaturde (1278).

<sup>181</sup> Describe los fueros breves TOMAS Y VALIENTE, Francisco: *Obras Completas*, II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 1060 y 1061 y LALINDE ABADÍA, Jesús: *Iniciación histórica al Derecho Español*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 87 y 88. IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 35, señala que “las exenciones y libertades contenidas en los mismos tienen como destinataria a la clase burguesa, sita, principalmente en los núcleos urbanos”.

<sup>182</sup> BARRERO GARCÍA, Ana María: “El proceso de formación del Derecho local medieval a través de sus textos: los fueros castellano-leoneses”, *I Semana de Estudios Medievales, Nájera, del 6 al 11 de agosto de 1990*, p. 99, establece la bibliografía fundamental para el estudio de estos fueros.

<sup>183</sup> SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: “Contratos de arrendamiento en el reino asturleonés”, *Cuadernos de Historia de España*, 1948, Madrid, pp. 146 y ss., registra la carta puebla en la modalidad de un contrato agrario, *ad populandum*, utilizada para revivir tierras desiertas de propiedad privada en los territorios de frontera en los

sin embargo, también identificados como fueros francos<sup>184</sup>, responden a una etapa constituyente más avanzada; por un lado, los fueros breves, referencian a una fase en la que pequeñas comunidades comienzan a aparecer y requieren de normativa legal. Por otro lado, los fueros municipales extensos, más tardíos en emerger, abarcan el Derecho en su plenitud; regulan todo el espectro jurídico de los habitantes de esos municipios. Es de mención que todos estos fueros francos, en mayor medida los fueros extensos por la sencilla razón de contener una regulación más dilatada del ámbito privado, no están influenciados por la tradición del Derecho romano; puesto que la mayoría están formados por Derecho consuetudinario<sup>185</sup> y contienen principios totalmente diferentes de los contemplados en el sistema romano. Llegan a aparecer, incluso, instituciones germanas que no se recogen anteriormente<sup>186</sup>.

Los fueros de mayor calado de esta época son los de Logroño, Estella, Sepúlveda, Cuenca y Soria; todos ellos fueros extensos y con fechas de emisión posteriores al siglo XI. Sin embargo, en este apartado solo se analizan los tres últimos, al ser estos los que, posteriormente, tienen una influencia más directa en el Derecho territorial castellano<sup>187</sup>. De

---

primeros albores de la reconquista; considera, en este sentido, la carta puebla como un contrato agrario colectivo.

<sup>184</sup> Para mayor estudio de los fueros francos y sus características, véase, IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>185</sup> GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael: "El derecho municipal de León y Castilla", *Anuario de Historia del Derecho español*, 1961, pp. 695 y ss. En el mismo sentido señala, HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo: *El elemento germánico...*, cit., p. 16, "Por contener los fueros generalmente el Derecho tradicional, es lícito sacar conclusiones de uno solo, (...), entre las instituciones jurídicas más importantes y diversas, un núcleo, común en lo fundamental, procedente sin duda de la época anterior a la invasión árabe, (...), hasta la mitad del siglo XIII, los fueros apenas muestran huella alguna del influjo del Derecho romano, muy pequeño también en los fueros territoriales".

<sup>186</sup> FORSTER, Wolfgang: "La castilla medieval en la investigación alemana. Un balance historiográfico", *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 265, plantea "la pregunta acerca de cómo puede explicarse la existencia de las instituciones jurídicas de la España de la Alta Edad Media que no aparecen en las *leges visigothorum*, pero que corresponden a los derechos de las tribus germánicas. Se sabe que en el reino visigodo había estado en vigor un derecho fuertemente romanizado que no conocía de tales instituciones o incluso las contradecía", para después concluir que "la explicación de este fenómeno se encontró en la tesis relativa a la supervivencia de un derecho consuetudinario godo poco influido por las *leges visigothorum*. Se hablaba entonces de un resurgimiento victorioso del derecho consuetudinario godo".

<sup>187</sup> Sobre la evolución del Derecho local en el Reino Castellano, BARRERO GARCÍA, Ana María: "El proceso de...", cit., pp. 107 y ss.

hecho, estos tres cuerpos normativos son los que representan las cabezas de familia<sup>188</sup> de los fueros del área castellana.

### 2.2.1.1. Fuero de Sepúlveda<sup>189</sup>

El Fuero de Sepúlveda data del año 940, cuando de la mano del conde Fernán González, se les concede a los habitantes de la villa una serie de privilegios; concesiones que se confirman por posteriores señores y monarcas, hasta que Alfonso VI<sup>190</sup> dota a Sepúlveda de un fuero breve en 1076, para la repoblación del área de la Extremadura castellana. Cabe subrayar que, hasta su redacción, el Derecho originario de este municipio emana de asambleas que crean una regulación alejada de las compiladas en el *Liber Iudiciorum* visigótico y que nace de costumbres locales<sup>191</sup>. Alfonso VI consolida este Derecho municipal y se convierte en Señor de la villa, aunque sus funciones son mínimas, ya que la labor organizativa recae, directamente, sobre el Consejo de Sepúlveda, que asume funciones tanto de carácter administrativo como de carácter judicial o militar.

En lo relativo a las redacciones del Fuero, constan dos composiciones: una primera, la constituyente, denominada Fuero Breve o Latino, y, una segunda, mucho más amplia y detallada, calificada como Fuero Extenso y redactada en romance. Precisamente, es esta

---

<sup>188</sup> Tanto los fueros breves como los extensos son clasificados en familias de fueros; se atiende a su fuero de origen y se establece una línea de procedencia que une los diferentes fueros entre sí. Como señala BERMEJO CABRERO, José Luis: *Estudios sobre fueros locales y organización municipal en España (siglos XII-XIII)*, Universidad Complutense, Madrid, 2001, pp. 35 y 36, “como en toda gran familia (...) no venía a ser el mismo en unos y en otros casos: había textos muy próximos al original, incluso meras traducciones: otros manuscritos presentaban ya importantes variantes; mientras que algunos Fueros mostraban influencias más atenuadas respecto al original”. Para mayor información TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 150 y ss.

<sup>189</sup> La información histórico-jurídica de este apartado se fundamenta en gran medida de la obra de GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael: *Los Fueros de Sepúlveda*, Estudio histórico-jurídico, Segovia, 1953, pp. 26 y ss., así como en la obra recopiladora de SUÁREZ BILBAO, Fernando y GAMBRA, Andrés: *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 17 y ss.

<sup>190</sup> El papel del monarca en la historia foral castellano-leonés lo estudia GAMBRA, Andrés: “Los fueros de Alfonso VI: Configuración diplomática y transmisión documental”, *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*, cit., pp. 355-358.

<sup>191</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso: “Aportación al estudio de los fueros”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, pp. 387-446, distingue entre la formación del Derecho y su redacción, lo cual le permite invertir los términos, es decir opinar que el Derecho sepulvedano se crea en su villa originaria, fundamentado también en la costumbre.

segunda versión la que contiene una mayor masa de preceptos normativos. Los privilegios que incluye el Fuero, se refieren, en gran medida, al ámbito pecuniario y judicial. Aun así, también se regula, en menor volumen, el Derecho privado que atañe a las personas de este núcleo urbano. Se trata de un marco jurídico, con influencia claramente romana, que alberga, entre otros, la libertad de la propiedad privada o el reconocimiento de la familia extensa<sup>192</sup>.

El Fuero sepulvedano también regula, en parte, el Derecho sucesorio, alejado de la incidencia romana visible en el resto de preceptos. Se detalla un régimen sucesorio con carácter troncal, en el que existe la obligación de que los bienes permanezcan en la rama de la que provienen: *la raíz a la raíz se torna onde viene el heredamiento essos lo heredan como lo deven heredar*<sup>193</sup>. De esta forma el orden de heredar resulta ser abanderado por el pariente más cercano, incluyendo ascendientes y descendientes de segundo grado. El Fuero también libera a los vecinos de la villa de la mañería<sup>194</sup>, tradición feudal en la que los bienes de la herencia se transmiten al Señor en caso de carecer de descendencia. En este sentido, concede, en cierta medida, la libre disposición *mortis causa* a aquellas personas sin descendencia alguna.

### 2.2.1.2. Fuero de Cuenca

Este texto castellano es denominado, por ciertos autores, como el Formulario de Fueros, por dos de sus grandes características. De un lado, se trata del fuero por antonomasia; aquel que, por su contenido, calidad y técnica jurídica supone el ‘epilogo’ del Derecho municipal castellano. De otro lado, éste es el fuero al que diversos monarcas recurren, a lo largo de la

---

<sup>192</sup> ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando: “Los enigmas del Derecho sucesorio en el Fuero romanceado de Sepúlveda”, *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*, cit., 147 y ss.

<sup>193</sup> En el parecer de LINAGE CONDE, Antonio: “Otras dos copias del Fuero de Sepúlveda”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, 2013, p. 25, “la regulación de la troncalidad difería mucho, dándose a veces sólo en la sucesión intestada, mientras que otras incluso se prohibía la venta de los bienes en que según ella se podía suceder (...) el derecho en sus diversos pueblos era peculiar y aun contrario entre sí, de suerte que en uno de aquéllos, cuando muere la madre con sucesión y ésta falta posteriormente, vuelven los bienes raíces que aquélla llevó al matrimonio a sus herederos aun viviendo el padre, con arreglo al Fuero de Sepúlveda; en otro se observa el orden regular de suceder, y en el caso propuesto, muerto el hijo sin sucesión después de la madre, es el padre el heredero conforme a la Ley de la Recopilación”.

<sup>194</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 29. Véase el proceso evolutivo de la mañería en GARCÍA GONZÁLEZ, Juan: “La mañería”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1951-52, pp. 278-283.

reconquista, para repoblar municipios carentes de una tradición jurídica propia, al ser el Fuero de Cuenca recopilador del Derecho extremeño-castellano<sup>195</sup>. Sobre la creación de este Fuero, así como de su fecha de otorgamiento, las opiniones de los historiadores no concuerdan del todo. Se deduce, en cualquier caso, que esta obra puede ser encargo del monarca Alfonso VIII; que, cerca del año 1200, desea redactar un fuero municipal que pueda servir de modelo para todo el territorio.

Es por ello por lo que se trata de una obra recopiladora, pues resume y sintetiza el Derecho local de toda una región<sup>196</sup>. A partir de su redacción, una vez otorgado a Cuenca a mediados del siglo XIII, su utilización se extiende a otras localidades extremeñas, carentes de fuero, como Alarcón, Andújar, Montiel, Almansa y Requena, e influye, decisivamente, en la reelaboración de Derechos municipales de otras localidades para entonces bien desarrollados, como Soria y Sepúlveda.

En lo referente al Derecho que alberga el Fuero de Cuenca, de casi mil capítulos de extensión, cabe subrayar que muestra una dualidad característica de la frontera castellana; pues, aun definiendo el Derecho local-municipal, contiene instituciones y terminología desconocidas, incluso, en el Derecho visigodo, que provienen del Derecho romano<sup>197</sup>. El Fuero de Cuenca mantiene, al igual que el Fuero de Sepúlveda, el carácter troncal de los bienes<sup>198</sup>, que deben permanecer vinculados a la familia. Prohíbe la desheredación de los hijos, considerados como

---

<sup>195</sup> MARTÍNEZ GIJÓN, José: “La familia del Fuero de Cuenca. Estado de una investigación científica”, *Atti del II Congresso internazionale della Societa italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, pp. 415-439.

<sup>196</sup> BERMEJO CABRERO, José Luis: *Estudios sobre fueros...*, cit., p. 51 concluye que “el Fuero de Cuenca ha dejado una huella más allá del marco estricto de su familia foral, según cabe advertir a través de un rápido cotejo con el Fuero Real. Se trata de un tema interesante que ha cobrado actualidad al invertirse las relaciones entre el Fuero Real y el Fuero de Soria”, puesto que el fuero se presenta como predecesor del Real y por lo tanto es que lo respalda y lo fundamenta.

<sup>197</sup> GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, GARCÍA MARÍN, José María: *Manual básico de Historia del Derecho*, Dykinson, 2013, pp. 133-134.

<sup>198</sup> MONTES SALGUERO, Jorge: “Notas sobre el Derecho sucesorio en los Fueros de Cuenca y Úbeda”, *Boletín de la facultad de Derecho de la UNED*, 1993, p. 141, señala que estas normas se regulan “más en temas referidos al régimen económico del matrimonio que desde luego a preceptos legales de índole sucesoria, si bien es cierto, como ya afirmó Martínez Gijón, no es posible separar en los Fueros de la familia de Cuenca y, por supuesto, en este pentodo el régimen patrimonial de la familia del Derecho de sucesiones. Es en el capítulo IX, Ley 8, del Fuero de Cuenca, donde se habla ya del que muere sin testar, estableciendo que éste, antes o después del matrimonio, no pague mañería, e indica que, aun sin tener parientes próximos, pueda realizar testamento, repartiendo tanto bienes raíces como muebles”.

herederos legales<sup>199</sup>. Subraya, también, la igualdad de los hijos, que, *nin sanos nin enfermos; mas todos equal mente*, obtienen de acuerdo a la ley, la misma participación en los bienes muebles o raíces<sup>200</sup>.

### 2.2.1.3. *Fuero de Soria*<sup>201</sup>

La versión del Fuero de Soria que ha llegado hasta la actualidad puede definirse como una redacción tardía del mismo, posterior a 1255, aunque hay quien defiende que el monarca Alfonso I otorga al municipio, con anterioridad al texto que nos llega, un fuero que desarrolla los privilegios que se le conceden. En cualquier caso, sobre el proceso de formación de la última redacción, que es la que nos ocupa, se han formulado varias teorías que tratan de explicar su influjo del o en el Fuero Real<sup>202</sup>. La recepción romanista de ambas fuentes legales, Fuero de Soria y Fuero Real, datadas del siglo XIII, mantiene en debate a la doctrina sobre cuál de las dos resulta ser la primigenia y, por tanto, la referente.

La importancia de esta disputa radica en determinar la procedencia del influjo del Derecho romano, es decir, si se trata de una recepción municipal o real. Se trata de clarificar si la romanización de la norma se realiza mediante la voluntad del pueblo, representada en los fueros, o por deseo del rey. La hipótesis más fortalecida parece ser la que defiende la existencia de un fuero bien desarrollado en el municipio soriano, a mediados del siglo XIII, que es derogado por Alfonso X para implantar, en su lugar el Fuero Real. Una imposición que se realiza, parcialmente, debido a una nueva redacción del Fuero soriano que aúna tanto leyes del Fuero Real como normas del Fuero de Cuenca. En este proceso de reelaboración, a

---

<sup>199</sup> En este sentido la concordancia entre el Fuero real, de influjo romano, y el Fuero de Cuenca no resulta del todo semejante como indica el estudio realizado por ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando: “El derecho sucesorio del Fuero de Soria. Aproximación por vía de crítica institucional”, *Anuario de historia del Derecho español*, 2006, pp. 87 y ss.

<sup>200</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 29 y 30.

<sup>201</sup> SÁNCHEZ, Galo: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, pp. 86 y ss.

<sup>202</sup> GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, GARCÍA MARÍN, José María: *Manual básico de...*, cit., p. 133.

modo de justificación de los matices romanistas de ciertas disposiciones, se observa la labor de juristas con conocimientos del Derecho romano-canónico<sup>203</sup>.

En lo concerniente al sistema sucesorio planteado en el Fuero de Soria, cabe destacar que el texto regula un sistema legitimario desconocido en los fueros precedentes<sup>204</sup>. Es cierto que mantiene el principio de troncalidad y la propia institución de la mejora, ambos engranajes con base en el Derecho germánico. Pero innova el régimen de sucesiones e introduce una institución puramente romana: la legítima. De esta forma, sitúa en cuatro quintos del caudal el derecho de hijos y nietos, limitando la libre disposición del causante al quinto restante. Suaviza la vigorosa cuota legitimaria a través de la figura germánica de la mejora, antigua conocida del Derecho visigodo. Asimismo, en título diferenciado al que contiene la regulación del Derecho sucesorio, el Fuero soriano también establece la desheredación de los hijos en un sistema muy dependiente del consignado en el Fuero Real<sup>205</sup>: la desheredación no puede darse sino respecto a los herederos forzosos, que son los hijos y descendientes y, se habla, explícitamente, en el Fuero, de hijos legítimos o *de bendición* y sus descendientes, en caso de activarse el derecho de representación<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando: “El derecho sucesorio...”, cit., p. 83, “Parece indudable que el Fuero Real es fuente del Fuero de Soria y no al revés, que el Fuero de Cuenca ha influido igualmente y que el *Liber* tiene una influencia más lejana, a través del Fuero Real. Cabe añadir que el fuero breve de Soria no ha dejado huella en el extenso y que sí se encuentran en éste referencias a los distintos privilegios concedidos a la ciudad, pero solamente al tratar de las relaciones entre villa y aldeas”.

<sup>204</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 30.

<sup>205</sup> Véase al respecto la obra de PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel: “La desheredación en el Derecho español: su desenvolvimiento histórico”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, junio 1955, pp. 227-343.

<sup>206</sup> ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando: “El derecho sucesorio...”, cit., p. 115 también recoge la casuística de la desheredación entre las que se encuentran: “Herir con saña «crueldad que aumenta el sufrimiento» o a deshonra «de forma que resulte afrentosa, según la opinión común». Decir denuesto vedado «insulto prohibido». Denegar por padre. Acusar de delito que lleve aparejada pena de muerte, mutilación o expulsión de la tierra, si la acusación no fuere contra el rey o su señorío «casos de corte». Cometer incesto con la esposa «madrastra del hijo» o con la concubina del padre. Atentar contra el padre con resultado de muerte o lesión. No prestar fianza por él cuando esté preso, o no redimirle si está cautivo. Impedir o dificultar la manda del progenitor. Apostasía del hijo, que se hace judío o moro”.

### 2.2.2. Derecho territorial

A lo largo del siglo XII tiene lugar en Occidente un movimiento cultural que pretende reanudar el estudio de las antiguas fuentes de Derecho romano justiniano y enlazarlas con cuerpos del Derecho canónico. Estos dos ordenamientos son la base y fundamento de las diferentes legislaciones que nacen en los reinos europeos, por lo que las universidades comienzan a estudiarlas para su redescubrimiento y cultivo. En este periodo, la cultura jurídica cambia y vuelve la tendencia a la homogeneización; a lo que, posteriormente, se conoce como Derecho común<sup>207</sup>. Esta inclinación no pasa desapercibida en la Corona de Castilla, que, en esta época, está en pleno auge territorial después de haber finalizado la reconquista y duplicado su extensión anterior<sup>208</sup>.

A esta situación de demarcación se le añade, además, la profunda dispersión normativa en la que se encuentra sumergida Castilla. Debido a los localismos jurídicos de la etapa previa cada municipio ostenta un marco jurídico propio, alejado de la novedosa apuesta y sin recepción alguna del Derecho común. Por este motivo, después de haber logrado unificar, política y territorialmente, el Reino castellano, los reyes tratan de llevar a cabo una serie de reformas legislativas, con el fin inmediato de crear una regulación jurídica que pueda aplicarse a todos los súbditos por igual<sup>209</sup>. Tal y como se hiciera en la época visigoda, se

---

<sup>207</sup> MARTÍNEZ MARINA, Francisco Javier: *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1808, p. 30, señala en su trabajo las fuentes del Derecho común entre los que se encuentran el Derecho canónico y el feudal, si bien fundamentalmente se trata de un Derecho de influjo romano.

<sup>208</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 155 y ss. Para mayor ahondamiento en el proceso de la reconquista, VALDEÓN BARUQUE, Julio: *La reconquista, El concepto de España: unidad y diversidad*, Espasa, Madrid, 2006, pp. 83 y ss.

<sup>209</sup> Como bien resume PORRAS ARBOLEDAS, Pedro: “Las Ordenanzas Municipales: sus orígenes, contenidos y posibilidades de investigación”, IX Jornadas de Historia Local: de los fueros locales a las ordenanzas municipales de Euskal Herria, *Vasconia, Cuadernos de Historia-Geografía*, Eusko ikaskuntza, 2009, p. 19, “Los fueros habían permitido a los concejos, seguramente hasta el crucial reinado de Alfonso X, legislar sobre amplios campos temáticos (...) algo que los monarcas imbuidos del espíritu del Derecho de la Recepción difícilmente podían soportar.(...) A partir de la interiorización de dicho poder por parte de los monarcas ya no cabía opción a que otros órganos, aun en el caso de los municipios, que actuaban como instituciones delegadas, tuvieran capacidad legislativa más allá de sus más próximas y cotidianas competencias”.



pretende unir a la población utilizando como instrumento el Derecho; más concretamente, el Derecho común<sup>210</sup>.

Esta transformación del ámbito regulador se efectúa a través de dos vías, que responden a la realidad contextual de cada momento y atajan las posibles dificultades que el entorno jurídico puede plantear a esta aspiración unificadora. Debe recordarse que la creación del Derecho territorial comienza en la etapa de dispersión normativa, cuando los fueros extensos están en henchido uso; por lo que las vías utilizadas, en un inicio, difieren de las tardías. Al principio, pues, se continúa con el otorgamiento de códigos que concuerdan con la técnica jurídica utilizada en los municipios: los fueros. En este sentido, se pretende, mediante fueros de carácter territorial, suprimir los textos forales vigentes en las diferentes localidades para sustituirlos por otros que respondan a un Derecho más homogeneizado. Esta vía cae pronto en desuso por su poca eficacia y se emprende la elaboración de textos jurídicos, que, ampliando el ámbito de aquellos textos forales, ambicionan contener el Derecho de todo el Reino<sup>211</sup>.

#### 2.2.2.1. *Fuero Juzgo y Fuero Real*

Entre los siglos VIII y XIII, cuando el Derecho surge de forma consuetudinaria, el cometido de los monarcas no es otro que el de ratificarlo; es decir, manifestar lo que, ciertamente, es Derecho y enfrentarlo a lo que no lo es. En este sentido, la función legislativa propiamente dicha queda en un segundo plano en esta primera etapa del Derecho territorial, aunque se llegan a promulgar normas de aplicación general<sup>212</sup>. Entre estas obras jurídicas se encuentran

---

<sup>210</sup> Véase en este sentido, SÁNCHEZ, Galo: “El antiguo Derecho territorial castellano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1929, pp. 260 y ss., CLAVERO, Bartolomé: “Behetría, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío y la formación de un Derecho regional en Castilla”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1974, pp. 201 y ss., MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: “Los comienzos de la recepción del Derecho romano en España y el Fuero Real”, *Diritto Comune e Diritti Locali nella storia dell’ Europa*, Giuffrè editore, 1980, pp. 253 y ss.

<sup>211</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 167 y ss.

<sup>212</sup> Como indica BARRERO GARCÍA, Ana María: “La política foral de Alfonso VI”, *Estudios sobre Alfonso VI y la reconquista de Toledo. Actas del II Congreso Internacional de Estudios Mozárabes*, Toledo, 1987, pp. 115 y ss., la actividad foralista no le limita al otorgamiento de los textos referidos, pues tomando como referencia el curso del reinado de Alfonso VI, el monarca demuestra una auténtica voluntad de organizar jurídicamente sus dominios. Ello resulta claro en el plano del derecho local privilegiado y así lo evidencia el

dos Fueros, el Juzgo y el Real, que, como se ha señalado, nacen con la intención de unificar el disperso Derecho local vigente en Castilla.

En el proceso de repoblación que lleva a cabo Alfonso X, se concede, a grandes localidades de la actual Andalucía y Murcia, un fuero denominado Juzgo. Este cuerpo legal no es sino la versión traducida al romance del visigodo *Liber iudiciorum*, obra de influjo romano que aúna, tras su divulgación, el Derecho existente en la Península. Concedor de su eficacia previa en el reinado visigodo, mediante su transcripción y promulgación Alfonso X pretende convertir el *Liber iudiciorum* en fuero general; que se extienda a lo largo de todo el Reino, tal y como lo hiciera anteriormente. Junto con su traducción, se lleva a cabo, también, una actualización del Derecho contenido en la obra, hasta ahora destinado a una realidad jurídico-social diferente y pasada<sup>213</sup>.

De esta manera, aunque el Fuero Juzgo es el cuerpo legal por el que el sistema jurídico romano se afianza en Castilla, se suprimen terminologías confusas y se adapta a la nueva realidad práctica de los tribunales, así como al nuevo régimen eclesial<sup>214</sup>. En lo relativo al Derecho sucesorio que contiene, en su libro IV impone el antiguo modelo de legítima romana<sup>215</sup>, vigente, de forma parcial, en el Derecho visigodo. Limita la libertad dispositiva

---

que transcurridos los primeros años de su reinado, Alfonso VI, lejos de suspender los otorgamientos forales los aumenta, a pesar de tener para entonces más asentada su legitimidad. En este sentido SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael: “La pervivencia del Derecho germánico en el Fuero de Miranda de Ebro”, *Boletín de la Institución Fernán González*, núm. 220, 2000, pp. 169 y ss.

<sup>213</sup> PÉREZ MARTÍN, Antonio: “La obra legislativa Alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas”, *GLOSSAE. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1992, pp. 13 y 14, recalca la importancia de la traducción a nivel jurídico-social, fundamental para la aplicación de la norma en los nuevos tiempos castellanos. Estas diferencias se han analizado en la tesis doctoral inédita de PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACÓ, José Manuel: *La versión romance del “Liber iudiciorum”*. Algunos datos sobre sus variantes y peculiaridades, Madrid, 1957.

<sup>214</sup> ALONSO MARTÍN, María Luz: “La perduración del Fuero Juzgo y el Derecho de los castellanos de Toledo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1978, pp. 335-377.

<sup>215</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: *La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 2010, p. 41, referencia en relación al influjo romano del Fuero Juzgo, a ALCALDE PRIETO, Domingo: *Introducción al Derecho Civil Español*, Valladolid, 1889, pág. 119, y señala que, “en lo relativo a la sucesión intestada, los llamamientos que se llevan a cabo coinciden con los establecidos por Justiniano en su día, si bien, se diferencian en que en el Fuero, no se admite el derecho de representación, ni se menciona la descendencia ilegítima, así como en que tras el séptimo grado de colaterales llama al cónyuge supérstite, y en caso de que se trate de un monje o clérigo será llamado su monasterio o iglesia. Además, apunta también este autor que en cuanto a la reserva de bienes, ésta se establece con una mayor latitud que la legislación romana”.

del causante a un quinto del caudal hereditario; asimismo, recupera la importancia de la institución del testamento, esencial en el modelo sucesorio romano, al establecer como régimen supletorio la sucesión legal que sólo se aplica en defecto del primero.

El segundo cuerpo legal que manda redactar Alfonso X y que otorga, por primera vez, en 1255, se conoce por el nombre de Fuero Real. Se trata una norma que, en su prólogo, el Monarca define como unificadora, debido a su finalidad agrupadora. Con ella pretende dar solución a la dispersión normativa de los municipios, carentes de libros jurídicos adecuados por los que regirse, sustituyéndolos por un Derecho compuesto en la Corte por *sabidores del Derecho*<sup>216</sup>. Este fuero de cuatro libros, a diferencia del Juzgo, se concede a lugares donde ya existen fueros propios<sup>217</sup>, por lo que no llega a afianzarse con la misma facilidad y rapidez. Su otorgamiento se topa con una clara oposición de los municipios que ven cuarteada la autonomía de la que gozan<sup>218</sup> y que tachan de intromisión la nueva labor legislativa del Monarca.

Pese a su limitada eficacia, pues a nivel de implantación territorial no logra alcanzar su propósito inicial, su importancia jurídica reside en que rompe con parte de la influencia germánica vigente hasta entonces en los Derechos locales, para hacer recepción del romanismo en su vertiente de Derecho común<sup>219</sup>. En este sentido, reforzando la idea romana de la sucesión *mortis causa*, en su libro tercero, el que guarda el Derecho de familia y sucesiones, reniega de la institución de la troncalidad para regular, con precisión, la figura del testamento y ampliar, de este modo, la capacidad de organización del causante<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 163, sustituye con este término a los juristas cultos asentados en la Corte de Alfonso X, apropiándose de las palabras del propio monarca.

<sup>217</sup> El alcance y las concesiones de este Fuero se siguen en la obra financiada por la Junta de Castilla y León, WATTENBERG GARCÍA, Eloísa e IZQUIERDO BERTIZ, José María: *Fueros y cartas pueblas de Castilla y León: el derecho de un pueblo*, Salamanca, 1992, pp. 122 y ss.

<sup>218</sup> En este sentido, MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: “El Fuero Real y el Fuero de Soria”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1969, pp. 545 y ss., y PÉREZ MARTÍN, Antonio: “El Fuero Real y Murcia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1984, pp. 55 y ss. De este último, también, “La obra legislativa...”, cit., p. 61, donde recalca que se propugna una concepción nueva del estado, más corporativa, que se sitúa entre el régimen feudal del medievo y el estatal de la Edad Moderna.

<sup>219</sup> PÉREZ MARTÍN, Antonio: “La obra legislativa...”, cit., pp. 19 y 20.

<sup>220</sup> IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 75 y 76: “Influido por la recepción del Derecho romano, El Fuero Real recoge en la ley VI título XII, la *donatio mortis causa* romana, reincorporando a su

Mantiene la legítima de hijos o descendientes en los cuatro quintos, debido a la gran influencia del Fuero Juzgo, pero, en un guiño a los Derecho locales, la flexibiliza mediante la mejora visigoda, establecida en un tercio<sup>221</sup>.

#### 2.2.2.2. Libro de las Leyes o Siete Partidas

Esta obra<sup>222</sup>, que comienza a redactarse en 1256 por encargo de Alfonso X y finaliza entre los años 1263 y 1265, es el cuerpo legal del Derecho Castellano de mayor prestigio entre juristas e historiadores<sup>223</sup>; un código de finalidad unificadora que pretende erradicar la normativa local y construir un Derecho universal aplicable en todo el Imperio<sup>224</sup>. En él se recoge, no solo, el Derecho de Castilla, sino el romano, el canónico y el feudal<sup>225</sup>; es decir, en él se aúna, en una única compilación, el Derecho Común que pueda aplicarse en toda

---

régimen jurídico la nota esencial de su revocabilidad, reemplazada durante siglos por la ‘irrevocabilidad’ de la *donatio post obitum*. De esta manera, el texto foral elimina la posibilidad de que el *de cuius* vincule en vida, de forma ‘irrevocable’, su voluntad, obligando a mantener la ambulatoriedad de la misma hasta el momento de su muerte. El afloramiento de la *donatio mortis causa* romana conlleva, así, la germanización de la *donatio post obitum* y la *donatio con reserva de usufructo* a lo largo de la Alta y Baja Edad Media”.

<sup>221</sup> En un análisis más pormenorizado, GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 147, clarifica el debate doctrinal de la época, pues inicialmente existe confusión acerca del número de libres disposiciones: erróneamente se defiende por juristas del periodo la posibilidad de disponer dos veces, uno en vida y otro en muerte. Véase también, DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 31 y PÉREZ MARTÍN, Antonio: “La obra legislativa...”, cit., p. 21.

<sup>222</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 237, analiza la evolución que sufre esta denominación de la norma, ya que, de acuerdo al autor, en un principio no llegan a conocerse como las Siete Partidas sino como Libro de las Leyes, que al resultar ser siete, acaban siendo denominadas por los entendidos de acuerdo a su número. En la misma dirección véase, MARTÍNEZ MARINA, Francisco: *Ensayo histórico-crítico sobre...*, cit., pp. 189 y 241.

<sup>223</sup> Sobre aspectos generales de las Partidas consultar, entre otras: GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: “El código de D. Alonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas. Introducción histórica”, *Los Códigos españoles concordados y notados*, Madrid, 1848, pp. 1-46; GARCÍA GALLO, Alfonso: “El ‘libro de las leyes’ de Alfonso X el Sabio. Del Espéculo a las Partidas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1951-1952, pp. 345 y ss.; AGUILERA, Miguel: “Séptimo centenario de las Siete Partidas”, *Boletín de la Academia Colombiana*, 1963, pp. 241 y ss.; BERMEJO CABRERO, José Luis: “En torno a la aplicación de las Partidas. Fragmento del Espéculo en una sentencia real de 1261”, *Hispania*, 1970, pp. 169-177.

<sup>224</sup> PÉREZ MARTÍN, Antonio: “La obra legislativa...”, cit., p. 61 concluye que la obra legislativa Alfonsina persigue una política concreta, la de centrar en manos del rey las fuentes del Derecho, su propia creación, utilizando como medio de expresión el romance, el habla del pueblo. En el mismo sentido señala que “La obra de unificación y recepción del Derecho común y centralización en el rey de la potestad legislativa, etc., suponía la negación de determinados privilegios, que tenía la nobleza, el clero y los concejos”.

<sup>225</sup> En este sentido RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., p. 49 y PÉREZ MARTÍN, Antonio: “La obra legislativa...”, cit., pp. 37 y ss.

Europa. Aunque su finalidad expansionista no se llega a alcanzar del todo<sup>226</sup>, se trata de la principal obra del *ius commune* de la Corona de Castilla: su influencia perdura en siglos posteriores e introduce, definitivamente, en el ordenamiento castellano, la concepción romanista del Derecho<sup>227</sup>. Por ello, por recopilar y perfilar todo el Derecho previo, a pesar de no llegar a ser un cuerpo legal vigente, se convierte en Derecho supletorio para todo el territorio mediante el más tardío Ordenamiento de Alcalá.

En lo relativo al ámbito sucesorio, la Partida Sexta<sup>228</sup> ofrece una detallada y trascendente ordenación del Derecho de sucesiones<sup>229</sup>; introduce, meticulosamente, las figuras de la legítima y del legitimario, con una regulación de gran semejanza a la del Derecho justinianeo. En este sentido, la influencia del Derecho romano resulta innegable. Se retrocede a la sucesión forzosa y vuelve a interpretarse como necesario el título de heredero, siendo todo ello visible en las acciones que se instauran en favor de los legitimarios en casos como la preterición<sup>230</sup> o la inoficiosidad de las atribuciones realizadas por el causante que les resultan

---

<sup>226</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 240, describe el proyecto de construir un imperio al que aspira Alfonso X por ser representante de los Derechos de la casa de Suabia y de como esos planes no llegan a cumplirse por la oposición del papa Gregorio X. El “fecho del imperio” se analiza con exhaustividad por VALDEÓN BARUQUE, Julio: “Alfonso X y el Imperio”, *IV Semana de estudios alfonsíes*, 2004-2005, pp. 243 y ss.

<sup>227</sup> Como bien explica PÉREZ MARTÍN, Antonio: “La obra legislativa...”, cit., pp. 48 y ss., “Testimonio de la influencia y acogida de la que gozaron las Partidas son los siguientes hechos: 1) sus disposiciones fueron recogidas en recopilaciones jurídicas posteriores; 2) su influencia no sólo se limitó a Castilla y posteriormente a Indias, sino que también influyeron en Portugal y en los territorios de la Corona de Aragón y en los otros territorios de Europa; 3) fueron motivo de que las Cortes se ocuparan de aclarar dudas que originaba su aplicación en la práctica; 4) suscitaban todo un conjunto de obras jurídicas en torno a ellas: glosas, y comentarios, escolios, antinomias, epítomes, índices, etc.; 5) se vertieron al catalán, al portugués, al gallego, al leonés y al inglés; 6) constituyeron la obra básica en la que se formaron los juristas de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna, como nos lo muestra el número de manuscritos de las Partidas que se nos ha conservado y el elevado número de ediciones de que han sido objeto”.

<sup>228</sup> Para análisis de instituciones no ligadas a la sucesión, entre otros, FERRARI, Ángel: “La secularización de la teoría del Estado en las Partidas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1934, pp. 449-456, ITURRIOZ, Jesús: “Fundamentos sociológicos en las Partidas de Alfonso X el Sabio”, *Estudios de Historia Social de España*, 1955, pp. 5-10, ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio: “La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título V de la Quinta Partida”, *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios históricos*, II, Madrid, 1965, pp. 357-433, MARTÍNEZ MARCOS, Esteban: *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el Sabio*, Salamanca, 1966.

<sup>229</sup> PÉREZ MARTÍN, Antonio: “La obra legislativa...”, cit., p. 35, indica que en esta Partida se regulan los testamentos, tanto sus formas como contenidos, el desheredamiento, el quebrantamiento de testamento, la aceptación de la herencia y su partición, la sucesión intestada e incluso la tutela de bienes para huérfanos.

<sup>230</sup> Para apreciar la enorme influencia del derecho romano basta observar cual es la definición que la Ley 10, Título VII, Partida Sexta realiza de la preterición: *Praeteritio, en latín, tanto quiere dezir en romance, como*

lesivas. La institución de heredero resulta, pues, obligatoria al otorgar testamento; se amplía lo establecido en las Novelas de Justiniano y se impone la institución de los legitimarios, en calidad de herederos, en la totalidad de la cuota que les corresponde por ley<sup>231</sup>. En esta línea, las Siete Partidas determinan la nulidad del testamento que incumpla este precepto: en casos de preterición, incluso parcial, los legitimarios mantienen el antiguo *ius dicendi nullum*<sup>232</sup> del Derecho romano, según el cual el testamento, en su totalidad, es nulo, pues *non vale ni es nada* si los descendientes del causante no son nombrados e instituidos herederos.

Así, a diferencia de la regulación previa en la que se sustenta, la Sexta Partida sí opta por establecer una distinción entre las figuras de la desheredación y la preterición, esclareciendo el debate doctrinal latente hasta el momento. La Ley I, en su Título VIII, confirma la viabilidad de la *querela inofficiosi testamenti*: en los supuestos en los que, habiendo sido desheredado injustamente, *a tuerto, e sin razón*, ostentando la condición de heredero necesario, el legitimario puede solicitar ante el juez la nulidad de las atribuciones patrimoniales consignadas en testamento. En este supuesto no se habla, pues, de la invalidez del testamento, sino, solamente, de aquellas instituciones que perjudican el derecho del legitimario a recibir la cuota forzosa a título de heredero<sup>233</sup>. En contraposición, mientras que la desheredación injusta da pie al ejercicio de la *querela* y a la nulidad de las disposiciones que merman las prerrogativas del legitimario, la preterición u omisión acarrea la nulidad del testamento; una nulidad *ipso iure* que afecta a la plenitud del negocio ordenador<sup>234</sup>.

---

*pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo el testador mención en el testamento, de los que auian de heredar lo suyo por derecho. Seguidamente, de acuerdo al Derecho romano, señala el modo de incurrir en vicio de preterición: E esto seria, como si el padre establesciesse algund extraño, u otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredándolo, nin desheredándolo. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: La preterición en..., cit., p. 49.*

<sup>231</sup> LÓPEZ DE TOVAR, Gregorio: *Los códigos españoles, concordados y anotados*, IV, *Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1872, pp. 104 y ss., confirma en su obra la necesidad de contener institución de heredero en testamento, pues la sola mención no basta para excluir el vicio de preterición, admitiendo, aun así, la atribución de la legítima *inter vivos*, alejándose del sistema romano.

<sup>232</sup> Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO en su obra *Limitaciones de Derecho...*, cit., pp. 998 y ss., plantea la discusión sobre la posibilidad de que la preterición o la desheredación sin causa diesen lugar a la nulidad del testamento y no a la rescisión mediante la querrela.

<sup>233</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 32 y 33.

<sup>234</sup> Sobre la distinción de ambas figuras MARCOS GUTIÉRREZ, José: *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez*, Madrid, 1789, pp. 75-79, recoge los criterios establecidos en la época; “1.- La distinta duración de la acción por preterición, 30 años, y la de la *querela*, 5 años. 2.- El juez puede estimar de oficio la preterición, so consta en autos, aunque no se lo pida el preterido. 3.- El preterido tiene la facultad para adir la

Sin perjuicio de las acciones que se ponen a disposición de las personas legitimarias para adquirir el estatus de heredero que les corresponde por mandato legal, la protección de la que gozan, por el mero hecho de ser sucesores forzosos, no resulta tan amplia como cabe esperar de una norma de influencia romanista. Dejando de lado, pues, los instrumentos que se les facilitan para reclamar su condición de herederos, los legitimarios tan solo ostentan, para exigir la diferencia entre lo percibido y lo que les corresponde por ley, una mera acción de carácter personal: la *actio ad supplendam legitiman*. Es decir, para todos aquellos supuestos en los que no existe una desheredación injusta o la omisión de nombramiento, la ley únicamente prevé esta herramienta de los legitimarios para que los perjudicados puedan reclamar lo que la ley les concede. Así pues, el aspecto material de la sucesión forzosa, relativa a la obtención, por los legitimarios, de una parte del caudal hereditario, se protege mediante la justiniana *actio ad supplendam legitiman*, en cuya virtud se reclaman compensaciones de cuotas legitimarias. Es por ello por lo que se defiende que las Partidas empoderan al testamento y a la última voluntad del causante, pues, al margen de los formalismos que se imponen para su otorgamiento, el testamento permanece en pie frente a posibles reclamaciones de los legitimarios<sup>235</sup>.

### 2.2.2.3. Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro

El Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro nacen con la pretensión de erigirse como puente entre los ordenamientos municipales y el interés unificador del Derecho real. Los soportes legales anteriores no llegan a ofrecer una solución plena a la fragmentación jurídica

---

herencia abintestato e intentar la acción de petición de herencia contra cualquier poseedor. 4.- Aprobando el hijo el testamento en que se halla preterido, aunque no convalence por derecho civil, sí por Derecho pretorio, y por tanto en este caso el heredero instituido que se halle incapaz para suceder de otro modo, podrá pedir la posesión de los bienes *secundum tabulas*. 5.- El hijo preterido puede ejercer en juicio la acción de nulidad del testamento en tres formas diferentes: acción, excepción y por vía de replicación. Frente a las dos posibilidades de ejercer la *querela*, diciendo el hijo como lo es legítimo del difunto que fue desheredado sin justa y verdadera causa contra el oficio de piedad, y por incidencia o vía de excepción. 6.- La *querela* no se da frente al legatario, sino frente al heredero instituido y al fideicomisario universal. 7.- La *querela* sólo rescinde el testamento y se transmite a los hijos y descendientes, no a los ascendientes; mientras que el hijo preterido transmite sus derechos a sus herederos de cualquier clase”.

<sup>235</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 32 y 33.

existente y resulta necesaria, por ello, la creación de leyes que estructuren el sistema normativo disperso para aunarlo en uno, en un único *corpus* destinado al conjunto del territorio<sup>236</sup>. Por este motivo y debido a la falta de rigor jurídico de los fueros, tanto a nivel estructural como de contenido, el Ordenamiento de Alcalá establece, por vez primera, un sistema de fuentes: el Derecho que emana del rey goza de preferencia categórica a partir de la promulgación de esta norma, y los fueros municipales, como representantes del localismo, quedan relegados a un segundo lugar, por lo que su aplicabilidad se ve limitada a las lagunas que pueda presentar la regulación real. Por su parte, al Derecho común recogido en las Partidas se le dota de un carácter totalmente supletorio y se integra de esta manera el Derecho territorial, en supuestos de carencia normativa o interpretativa<sup>237</sup>.

Con este orden de prelación impuesto por el Ordenamiento de Alcalá, el Derecho real no logra romper del todo con las inercias jurídicas de los localismos, pues, debido a la gran influencia que ejerce el Derecho germánico en la época altomedieval, en las regulaciones de diversos fueros municipales, los principios romanos visibles, hasta entonces, en las normas unificadoras, se ven forzados a dar un giro completo; un cambio más que visible en las promulgaciones del Ordenamiento de Alcalá, en 1348, y las Leyes de Toro, en 1505<sup>238</sup>.

En su Ley única del Título XIX, el Ordenamiento de Alcalá valida los testamentos que no contienen ninguna institución de heredero y consuma, de esta forma, una transformación completa de la concepción romanista que se mantiene, hasta entonces, de la preterición. Al erradicar la obligación de nombrar herederos a los hijos y descendientes en el testamento,

---

<sup>236</sup> Sobre el Derecho unificado resultante, véase, DÍAZ GONZÁLEZ, Francisco Javier: “El Derecho de sucesiones en los primeros manuales de Derecho español. El caso de la “Ilustración del Derecho real de España” de don Juan Sala Bañuls”, I y II, *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 295 y ss.

<sup>237</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 244, indica la existencia de otros preceptos interesantes de la ley que completan el sistema normativo; así “se ratifica el poder que tiene el rey de dar las leyes y de interpretar todo el Derecho castellano, aclarando dudas, resolviendo contradicciones entre diversas leyes o corrigiendo su significado. En consecuencia, el rey podrá dar “ley nueva” con cualquiera de las anteriores finalidades, y también para resolver hechos o problemas jurídicos que no se puedan solucionar con arreglo al Derecho real, a los municipales o a las Partidas”.

<sup>238</sup> MARTÍNEZ GIJÓN, José: “La vigencia temporal de las leyes de Toro”, *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, vol. 3, 1996, pp. 115 y ss.



vigoriza el empoderamiento que las Partidas conceden a la voluntad del testador<sup>239</sup>: *el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno*. En el mismo sentido, abre la posibilidad, o al menos no la cierra, de transmitir la legítima al margen del título de heredero, puesto que la no institución de los legitimarios no supone, conforme a la ley, vicio alguno del testamento.

Cuestión diferente es la institución de heredero efectuada a favor de un extraño, puesto que la norma sí subraya, en este caso, la necesidad de que herede *aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciera testamento y cúmplase el testamento*. En este último supuesto, cuando el causante instituye heredero a un tercero y no nombra a los sucesores forzosos, la doctrina baraja la posibilidad de que, supletoriamente, se aplique lo recogido en la Sexta Partida; esto es, la nulidad de la institución de heredero<sup>240</sup>. En consecuencia, a la preterición de los herederos les sigue un llamamiento para que éstos se entiendan nombrados y llamados a la sucesión del causante, con la obligación de pagar las mandas o legados en cuanto no mengüen sus legítimas. Las instituciones de heredero en perjuicio de los legitimarios caen, al ser nulas por vicio de preterición<sup>241</sup>.

El Ordenamiento de Alcalá, mediante la misma ley que permite la validez de los testamentos que no contienen instituciones de heredero (Ley Única del Título XIX)<sup>242</sup>, faculta para compaginar la apertura de la sucesión testada con la intestada, algo que, anteriormente, las normas de influencia romana no llegan a contemplar. Al desvincularse la figura del heredero del contenido esencial del testamento, se abre la posibilidad de no realizar instituciones o,

---

<sup>239</sup> LACOSTE, Jorge: *La mejora*, Madrid, 1913, p. 148, subraya el mérito atribuible a esta norma respecto a reforzar las Siete Partidas y el ordenamiento que regulan.

<sup>240</sup> Esta interpretación de la nulidad de la institución de heredero, y no de la del testamento, se deduce al estudiar la Ley I, Título 8, Partida 6, en la que se recoge que “en caso de preterición se entienden nombrados y llamados a la sucesión los herederos forzosos con la obligación de pagar las mandas en cuanto no les mengüen sus legítimas, quedando nula la institución de otro heredero si la hubiese”. Al respecto, ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1845, p. 359, y GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos de derecho civil y penal de España*, Madrid, 1869, p. 53.

<sup>241</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., p. 55.

<sup>242</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 33.

incluso, la de hacerlo parcialmente, obviando la mención de algunos sucesores forzosos. En cualquiera de estos dos supuestos, el testamento mantiene su validez, pero resulta necesaria la apertura de la sucesión intestada para reconocer la condición de herederos a aquellas personas preteridas<sup>243</sup>.

Las Leyes de Toro, por su parte, se redactan para aclarar y armonizar las dudas que se plantean tras la entrada en vigor del Ordenamiento de Alcalá<sup>244</sup>: la concepción e interpretación del Derecho oscila entre instituciones puramente romanas, recogidas por las Siete Partidas, y figuras de origen germánico, recuperadas por el Ordenamiento de Alcalá; por lo que resulta necesaria la creación de leyes que clarifiquen las ambigüedades del ordenamiento jurídico<sup>245</sup>. En lo relativo al ámbito sucesorio, esta nueva normativa define una regulación pormenorizada de la institución de la mejora: su cuantía, su fórmula de pago y su efectividad tras anularse un testamento<sup>246</sup>.

Tan relevante es el elemento germánico en la Leyes de Toro que, además de asumir y regular la mejora como parte del caudal hereditario libremente distribuible entre los sucesores forzosos, permite su atribución, incluso, por pacto sucesorio, algo innovador en el Derecho castellano<sup>247</sup>. Asimismo, confirma la interpretación del Ordenamiento de Alcalá sobre el

---

<sup>243</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 55 y 56.

<sup>244</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 34 y ss.

<sup>245</sup> Muy esclarecedoras a este respecto los estudios realizados por IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino: “Las leyes de toro de 1505 o las instituciones hereditarias como pretexto”, *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505: actas del congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505: Toro, 7 a 19 de marzo de 2005*, Cortes de Castilla y León, 2006, pp. 549-596; CARRETERO ZAMORA, Juan Manuel: “Las Cortes de Toro de 1505”, *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505: actas del congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505: Toro, 7 a 19 de marzo de 2005*, cit., pp. 269-298; BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel: “Las leyes de Toro y la regulación de las relaciones familiares”, *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505: actas del congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505: Toro, 7 a 19 de marzo de 2005*, cit., pp. 383-548.

<sup>246</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, Rodrigo: “Las Leyes de Toro y la cuestionable mejoría del tercio y quinto”, *Investigación: cultura, ciencia y tecnología*, núm. 10, 2013, pp. 56-61.

<sup>247</sup> Al respecto, IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 85 y 86, confirma que “la sucesión paccionada se permite, también, de forma excepcional en el Derecho castellano, a la luz de la ley XVII de Toro de 1505, a través de la institución de la mejora (en su vertiente irrevocable). Las Partidas recogen, a su vez, el principio genérico de prohibición en torno a la sucesión paccionada proveniente del Derecho romano, mas con algunas excepciones: el pacto sucesorio realizado por militares en campaña (ley 33, título XI, partida V), el supuesto de pacto dispositivo sobre la herencia de un tercero cuando el causante presta su consentimiento (ley

concepto de preterición y los efectos de nulidad parcial<sup>248</sup>: el tercio de mejora y el quinto de libre disposición mantienen su validez en caso de que la institución de heredero caiga, pues, *no por eso se rompa, ni menos dexa de valer el dicho tercio y quinto, como si el dicho testamento no se rompiese*<sup>249</sup>.

También cabe destacar que las Leyes de Toro diferencian, definitivamente, los dos derechos que ostenta la persona legitimaria en el Derecho de Castilla: por un lado, el de ser instituido heredero, y por otro el de obtener la porción legitimaria. Esta distinción, que comienza a fraguarse en el Ordenamiento de Alcalá, con la validez de los testamentos que no contienen ninguna institución de heredero, se afianza en las Leyes de Toro y recae, así, en manos del legitimario la decisión de elegir entre las acciones correspondientes ante la lesión de la legítima por preterición -vertiente formal- o por falta de cuota -vertiente material-, pues la legítima puede llegar a satisfacerse por título distinto al de heredero<sup>250</sup>.

#### 2.2.2.4. Recopilaciones castellanas

A medida que aumenta el Derecho real, su interpretación y correcta aplicación comienzan a ser complejas. Entre los siglos XVI y XVII, la cantidad de normas promulgadas es tal que resulta necesario actualizar el ordenamiento jurídico, compilar las leyes vigentes en un único código y derogar aquellas que se encuentran en desuso: se inicia, de este modo, la

---

13, título V, partida V), y cualquier contrato sucesorio a título singular que no tenga por objeto la herencia en su conjunto”. En la misma dirección apuntan, BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La mejora irrevocable (análisis de la mejora ordenada por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 16-42, y ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La sucesión contractual en el Código civil*, Madrid, Universidad de Sevilla, 1999, pp. 42-46.

<sup>248</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: “El Derecho de representación en la herencia testada y la preterición de los herederos forzosos”, *RDN*, 1955, núm. 7, (enero-marzo), p. 55.

<sup>249</sup> FRANCISCO PACHECO, Joaquín: *Comentario histórico, crítico y jurídico de las Leyes de Toro*, I, Madrid, 1862, pp. 95 y ss. Sobre los supuestos de falta absoluta de descendencia, GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., p. 153, afirma que la ley X de Toro permite al padre dejar su caudal a los hijos naturales, incluso con la existencia de ascendientes legítimos.

<sup>250</sup> Para mayor ahondamiento bibliográfico véase RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 49-62.

recopilación del Derecho castellano<sup>251</sup>. El acopio de leyes que se lleva a cabo resulta dificultoso<sup>252</sup> por carecer el Reino de antecedentes antológicos; pues, a la falta de derogación previa se le superpone la incertidumbre sobre el marco jurídico a aplicar. De esta suerte, mediante pragmática, en el año 1567 se sanciona la Nueva Recopilación<sup>253</sup>. Entre los textos utilizados para su redacción, como se deduce de la lectura de la pragmática que la promulga, se encuentran las leyes más relevantes de Castilla por lo que, propiamente, el sistema normativo no conlleva una alteración sustancial.

De hecho, la prevalencia de las normas se mantiene: primeramente, se aplica el Derecho real, en el que se incluyen tanto el Ordenamiento de Alcalá como las Leyes de Toro; a falta de aquél, los fueros municipales y, finalmente, de forma supletoria, la normativa de las Siete Partidas. Con análogo propósito y resultado, en el año 1805 se promulga una nueva obra, denominada Novísima Recopilación y que incorpora al compendio anterior, como destacable

---

<sup>251</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 36, describe el proceso seguido por Felipe II para lograr un código nacional derogatorio de las existentes, si bien indica que el resultado final se reduce a una renovada edición de las Ordenanzas previas.

<sup>252</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 266 compara el proceso recopilador castellano con los seguidos en otras regiones en fechas idénticas, resultando la de Castilla más compleja por motivos tanto políticos como técnicos, entre otras, la amplitud del territorio, la centralización del gobierno o el aumento poblacional.

<sup>253</sup> La pragmática refiere las razones por las que se redacta la compilación e identifica como tales “*las muchas y diversas leyes, Pragmáticas, ordenamientos, capítulos de Cortes, y Cartas acordadas, que por Nos, y los Reyes nuestros antecessores en estos Reinos se han hecho, y por la mudanza, y variedad que cerca de ellas ha avido, corrigiendo, enmendando, añadiendo, alterando lo que, según la diferencia de los tiempos, y ocurrencia de los casos ha parecido corregir, mudar y alterar; y porque assimismo algunas de las dichas leyes o por se aver mal sacado de sus originales, o por el vicio y error de las impresiones, están faltas y diminutas, y la letra de ellas corrupta, y mal enmendada. Y otrosí, en el entendimiento de algunas otras de las dichas leyes, han nacido dudas, y dificultades, por ser las palabras de ellas dudosas; y por parecer que contradecían algunas otras, y que assimismo algunas de las dichas leyes, como quiera que sean, y fuessen claras y que según el tiempo, en que fueron fechas y publicadas, parecieron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado que no pueden, ni deven ser executadas, y que demás de esto las dichas leyes han estado, y están divididas y repartidas en diversos libros y volúmenes, y aún algunas de ellas no impressas, ni incorporadas en las otras leyes, ni tienen la autoridad, ni orden que convendría, de que ha resultado y resulta confusión y perplexidad, y en los Jueces que por ellas han de juzgar, dudas y dificultades, y diferencias y contrarias opiniones; y porque las leyes son establecidas para que por ellas se haga y administre justicia y para que se mande y ordene lo bueno y justo, y se prohíba y vede lo malo e ilícito, y sean regla y medida a todos, a los buenos para que las guarden y sigan, y a los malos para que se refrenen y moderen; y conviene que, demás de ser justas y honestas, sean claras y públicas, y manifiestas, de manera que los súbditos entiendan lo que son obligados a hacer, y de lo que se deven guardar y sea a todos cierta y claramente guardado su derecho y se escusen las dudas y diferencias, pleitos y debates y se viva en la paz y quietud pública, que en los Reinos bien gobernados se debe tener; y que para este mismo efecto en las dichas leyes se supla lo que estuviere faltar y diminuto, y se quite lo superfluo, y se declare lo dudoso, y se enmiende lo que estuviere corrupto y errado*” (Pragmática de Felipe II de 14 de marzo de 1567 por la que aprueba la Nueva Recopilación).

alteración, la regulación divulgada con posterioridad<sup>254</sup>. Ciertamente, al tratarse de meras recopilaciones, no aportan gran innovación al ordenamiento castellano, ni en un plano general ni en la dimensión particular del régimen sucesorio, aunque sí debe subrayarse que ambas obras señalan, definitivamente, una legítima de cuatro quintos para hijos y descendientes, con una posible mejora de un tercio, a la vez que revelan la posibilidad de atribuir la mejora mediante cosa cierta, imputándose el exceso a la legítima estricta del mejorado<sup>255</sup>.

### 2.3. Derechos mediterráneos

#### 2.3.1 Cataluña

Si se efectúa, en este punto, un retroceso histórico hasta la caída del Derecho visigodo y la decadencia del *Liber* en el siglo XI, ha de subrayarse que, en el territorio de Barcelona, comienzan a promulgarse diversas normas generales que pretenden completar las lagunas que el antiguo código visigótico no resuelve<sup>256</sup>. Se constata una insuficiencia normativa ante la nueva realidad jurídica que se vive en el principado y, en este sentido, se considera imprescindible la creación de leyes que regularicen los aspectos jurídicos de la población<sup>257</sup>. Uno de los primeros cuerpos legales en hacerlo resulta ser el denominado *Usatges de Barcelona*, que, debido al gran influjo del territorio barcelonés sobre el resto de condados

---

<sup>254</sup> GALVÁN RODRÍGUEZ, Eduardo: *Consideraciones sobre el proceso recopilador castellano*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2003, pp. 8-96, analiza pormenorizadamente el proceso recopilador de ambas obras a la vez que determina los diversos factores que los alejan de su finalidad, desde defectos pertinentes a la estructuración como al contenido de los códigos.

<sup>255</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 36. Para exhaustivo análisis del contenido véase NOLASCO DE LLANO, Pedro: *Novísima Recopilación de las leyes de España, dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año 1567, reimpresa últimamente en el de 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el Señor Don Carlos IV*, Madrid, 1805.

<sup>256</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 158 y ss., relata el proceso de decadencia y la constitución de la nueva normativa de la región, que se fundamenta en las costumbres arraigadas de la zona.

<sup>257</sup> FONT I RIUS, Josep María: “La comunitat local o veïnal”, *Symposium internacional sobre els orígens de Catalunya (segles VIII-XI)*, I, Barcelona, 1991, pp. 491-576, narra el proceso por el que una vez constituidos los núcleos de población, estos adquieren una personalidad jurídica pública debido a la unión de sus miembros y comienzan a formarse en cada localidad cuerpos representativos para tratar y solucionar casos referentes a las relaciones de la comunidad con su Señor o a la percepción de tributos.

catalanes, acaba por aplicarse en el conjunto de la región<sup>258</sup>. Este Derecho que simboliza lo antiguo, usos y costumbres de siglos pasados<sup>259</sup>, permanece vigente en el periodo marcado por el localismo jurídico, pues los Derechos municipales, *Consuetudines* o *Costums* en Cataluña, se redactan en una etapa muy tardía y se alejan de las redacciones de sus equivalentes castellanos, los fueros breves y extensos.

De ahí que la unión del sistema normativo de la demarcación catalana se mantenga, en esta época de dispersión, mediante la estructura de los *Usatges*. Al margen de posibles ordenamientos más establecidos en ciertas localidades, la creación de un Derecho general o común para toda Cataluña no se detiene<sup>260</sup>, y de la misma forma que ocurre en el Derecho castellano, se pretende construir un mismo sistema jurídico para el conjunto de su territorio. Esas aspiraciones catalanas arraigan y, en esta dirección, en el siglo XIII se conciben dos colecciones privadas: *Las Costumas de Catalunya* y *Commemoracions de Pere Albert*, que pretenden ligar los romanizados *Usatges*, previos a la práctica feudal con *Las Constitucions*, procedentes de las *Corts*, que también reciben en gran medida esta tendencia romanista.

Los órdenes normativos del Derecho catalán beben del *ius commune* en tal medida que su aplicabilidad va más allá de su fuerza supletoria. De hecho, este influjo romano-eclesiástico se mantiene vigente en la etapa recopiladora; si bien es cierto que tiene lugar una renovación del Derecho y se derogan las normas en desuso. Los trabajos de recopilación<sup>261</sup> se limitan, pues, en gran medida, a recoger la normativa anterior, de carácter romanista; diferenciando

---

<sup>258</sup> Sobre esta recepción de la norma, más en concreto la que tiene lugar en la provincia de Girona, véase VALLS Y TABERNER, Fernando: “Els Usatges i Consuetuds de Girona”, *Revista de Catalunya*, IV, núm. 35, Barcelona, 1927, pp. 492-503.

<sup>259</sup> MONTAGUT ESTRAGUÉS, Tomás: “Comunidades locales en Cataluña y su Derecho medieval”, IX Jornadas de Historia Local: de los fueros locales a las ordenanzas municipales de Euskal Herria, *Vasconia, Cuadernos de...*, cit., p. 11, determina que estos usos y costumbres son resultado de una asociación y de organización de los emprendedores ciudadanos de Barcelona, puesto que la actividad económica realizada obliga a desarrollar un Derecho que responda a las necesidades.

<sup>260</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 218, explica detalladamente la importancia del pactismo en la creación del Derecho catalán, al ser esta la vía utilizada tanto para su redacción como para su promulgación.

<sup>261</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 278 y 279, señala que son tres las recopilaciones catalanas, fechadas sus promulgaciones en 1495, en 1589 y en 1704.

las disposiciones de origen pactado –más acordes con la esencia catalana- de aquellas procedentes de la Corona de Castilla –dotadas del espíritu unificador que la caracteriza<sup>262</sup>-.

En lo referente al Derecho sucesorio que se asienta en Cataluña en la etapa intermedia, cabe destacar su corte romano, o, más concretamente, justiniano. La normativa se cimienta en un sistema de legítimas en el que la desheredación con justa causa es posible<sup>263</sup>. La legítima se establece, inicialmente, en un tercio del caudal hereditario, que, al igual que en el Derecho romano, puede llegar a ampliarse hasta la mitad de los bienes del causante en relación al número de descendientes. Posteriormente, se reduce el derecho de las personas legitimarias al valor de la cuarta parte de la herencia, rememorando, de esta manera, la antigua *Lex Falcidia* romana<sup>264</sup>. Esta estructura rígida de la legítima, se flexibiliza, en el ordenamiento catalán, con una figura jurídica de origen consuetudinario: los pactos de institución de heredero, denominados, también, heredamientos<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Este corte homogeneizador del Derecho real, que pretende ocultar aquellos que no concurren con su procedencia, es visible en la intercesión del Conde Duque de Olivares al entonces regente Felipe IV, en que se expresa lo siguiente: “Tenga V.M por el negocio más importante de su Monarquía el hacerse rey de España; quiero decir, Señor, que no se contente V.M con ser rey de Portugal, de Aragón, de Valencia, Conde de Barcelona, sino que trabaje y piense, con consejo modulado y secreto, por reducir estos reinos de que se compone España, al estilo y leyes de Castilla sin ninguna diferencia, que si V.M lo alcanza, será el Príncipe más poderoso del mundo”.

<sup>263</sup> VALLS TABERNER, Fernando: *Los Usatges de Barcelona: comentarios y edición bilingüe del texto*, Barcelona, 1984, pp. 93 y 94.

<sup>264</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 44 y ss.

<sup>265</sup> La introducción de los heredamientos en la vida jurídica catalana se encuentra en el *usatge autotitate et rogatu*, precepto legal del siglo X que menciona por primera vez esta modalidad de sucesión paccionada. Así lo advierte PUIG I FERRIOL, Lluís: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXVII, vol. 2, Madrid, Edersa, 1990, pp. 127 y 128. Sobre el desarrollo del heredamiento, afirma LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Anotación y traducción al Derecho de sucesiones de Julius BINDER*, Barcelona, 1953, pp. 129 y 130, que “tiene lugar mediante la institución contractual, sea con estas palabras, sea llamándola donación universal de bienes presentes y futuros para después de la muerte del donante. En relación con ella se otorgan pactos para regular la ulterior relación entre los instituyentes y el instituido y su cónyuge: para concretar los derechos sucesorios –de moderada cuantía- de los hermanos del heredero o donatario, y establecer la forma de su percepción, muchas veces en vida de los causantes; para determinar el destino futuro del patrimonio familiar, estableciendo su reversión si el instituido fallece sin descendencia o vinculándolo a generaciones venideras, bien plenamente (*heredamientos puros* a favor de hijos nacedores, equivalentes en algunos aspectos a una sustitución fideicomisaria), bien estableciendo límites en la elección, por los contrayentes, de su heredero (*heredamientos prelativos*), bien designando por sus circunstancias un sucesor universal para el evento de no disponer los cónyuges, o encomendando su designación a determinadas personas (*heredamientos preventivos*) que propiamente no son pactos sucesorios”. Comparten esta opinión CASTÁN VÁZQUEZ, José María: “Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pp. 367 y ss., e IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 85. Para mayor análisis, LALINDE ABADÍA, Jesús: “La

Esta institución provoca el distanciamiento entre el concepto de heredero y legitimario, puesto que en el Derecho catalán el sucesor forzoso puede obtener su legítima mediante cualquier otro título y, precisamente, al tratarse de un derecho a recibir un valor, existe la permisión de satisfacerlo en metálico, a decisión del designado heredero, en pacto o en testamento. Así, este sistema legitimario cerrado se malea con la posibilidad legal de cumplimentar la cuota forzosa con patrimonio ajeno al caudal del causante; se otorga a los descendientes un derecho de valor, sin nexo alguno con el patrimonio relicto<sup>266</sup>.

### 2.3.2 *Las Islas Baleares*

Antes de zambullirnos en el estudio del Derecho de las islas que componen las Baleares, cabe destacar que la conquista de Mallorca, Menorca y Eivissa es desigual en el tiempo; por lo que la propia evolución de sus específicos ordenamientos no resulta tan homogénea como en otras regiones. A lo largo del proceso de adhesión a la Corona de Aragón, que comienza por Mallorca en el año 1229 y finaliza con Menorca en el año 1287<sup>267</sup>, sobrevienen, en cada conquista, concesiones monárquicas que dan lugar a la constitución del Derecho propio. A diferencia de lo que ocurre en otras demarcaciones territoriales, existe en las islas una carencia de Derecho consuetudinario previo<sup>268</sup>; al menos, de una magnitud suficiente para ser denominado como tal. La configuración del sistema normativo recae, directamente, sobre el monarca<sup>269</sup>.

---

problemática histórica del heredamiento”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 1961, pp. 195-233 y “Los pactos matrimoniales catalanes”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 1963, pp. 133-266.

<sup>266</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 45, referencia en este sentido al Libro VI, Título II, Ley 2 de las *Constitutions y altres Drets de Catalunya*.

<sup>267</sup> La conquista de las Baleares se analiza en detalle en las obras de SANTAMARÍA, Álvaro: *Determinantes de la conquista de Baleares: (1229-1232)*, Universidad de Barcelona, 1972, pp. 10 y ss., ORTEGA VILLOSLADA, Antonio: *El reino de Mallorca y el mundo Atlántico, 1230-1349: evolución político-mercantil*, Netbiblo, España, 2008, p. 15 y ss.

<sup>268</sup> Véase sobre la evolución de los *iura propria*, FERRER VANRELL, María Pilar: *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2001, pp. 25 y ss.

<sup>269</sup> El sistema de Derecho que instaura el monarca Pedro el Ceremonioso, tras acabar con la monarquía de Jaime III, resulta muy significativa en cuanto extiende el Derecho catalán a Mallorca, donde los *Usatges* son considerados Derecho supletorio hasta entonces. En este sentido, FERRER VANRELL, María Pilar: *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 28 y 29.



Por este motivo, entre las fuentes del Derecho balear se encuentran, ante todo, privilegios reales que se recopilan en el siglo XIV en la obra *Llibre de Pere de Sant Pere*, aunque, con el tiempo y el uso, la práctica judicial introduce sus interpretaciones, recogidas en la colección *Stili sive ritus Curiarum*. Con todo, estas fuentes no llegan a completar un ordenamiento normativo pleno; las numerosas lagunas del Derecho propio son suplidas por el *ius commune*, que se adentra en lo más hondo de este sistema y le proporciona un influjo puramente romano. El movimiento recopilador de los siglos posteriores no muda esta situación, pues la tardía obra de 1663 del Derecho de Mallorca, *Ordenacions y summari dels privilegis, consuetuts y bons usos del regne de Mallorca*, no llega a regular el ámbito jurídico privado: el sistema sucesorio permanece intacto<sup>270</sup>.

La legítima, en su aspecto formal y material, resulta idéntica a la romana, y, al igual que en el Derecho Justiniano, su cuantía varía en relación al número de hijos: un tercio del caudal para los supuestos en los que los descendientes no son más de cuatro, y de una mitad para cuando suman cinco o más<sup>271</sup>. La única disimilitud con respecto al sistema romano proviene de una figura consuetudinaria, específica de las islas<sup>272</sup>; una institución que abarca toda la ‘diferenciación’ y que es privilegio y tradición en la región: la *diffinitio*. Se trata de un pacto que articula la renuncia, por parte de un sucesor forzoso, a lo que por legítima le pueda corresponder a la muerte del causante, a cambio de una contraprestación. De esta manera, la sucesión paccionada<sup>273</sup>, no permitida con carácter general en el Derecho romano, abre la posibilidad de negociar con la legítima en vida del causante: flexibiliza la institución legitimaria y evita la disgregación del patrimonio familiar<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 279.

<sup>271</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 46.

<sup>272</sup> FERRER VANRELL, María Pilar: *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1992, p. 22, sobre la diferenciación del Derecho consuetudinario y el romano explica que “las diversas fuentes legitimadoras de la institución aparecen a partir del siglo XII, cuando la penetración del Derecho romano topó con unas prácticas totalmente contrarias a aquellos principios, prácticas que deberían ser respaldadas legislativamente para evitar su aniquilación”.

<sup>273</sup> MASOT, Miguel: *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*, Palma de Mallorca, 1976, p. 40

<sup>274</sup> En palabras de FERRER VANRELL, María Pilar: *La diffinitio en...*, cit., p. 22, “Esta institución servía esencialmente a los principios feudales, evitando la disgregación del patrimonio a través del reparto igualitario

### 3. Derechos peninsulares de influencia germana en la Edad Media

#### 3.1. Antecedentes consuetudinarios

Al tratar del localismo jurídico de la Alta Edad Media, se ha subrayado la importancia de fuentes consuetudinarias en la elaboración de los fueros municipales; de cómo este Derecho no escrito y proveniente de antiguas costumbres arraiga en los fueros, breves y extensos, para convertirse en parte de un sistema normativo más formal, aceptado por la propia Corona. Pero, a diferencia de lo que ocurre en los territorios castellanos, que guardan una gran influencia romanista debido a su precedente visigodo, en la zona pirenaica de la Península la realidad de ese Derecho consuetudinario sufre una evolución distinta. Discurre por otra senda. En contraposición a las normas de procedencia real, que pretenden erradicar todo atisbo de tradición y unificar los ordenamientos regionales, surge, en zonas señaladas de la Península, un entramado jurídico que reivindica la existencia previa de un Derecho propio. Así pues, como respuesta al menoscabo sufrido por la población rural ante los privilegios concedidos por reyes y señores a los habitantes de los emergentes núcleos urbanos, comienza a fijarse, por escrito, el Derecho consuetudinario vigente en las zonas rurales más desprotegidas.

La costumbre se convierte en ley a través de fueros supramunicipales de corte multidisciplinar: nace, así, el denominado Derecho foral. Y es que la zona norte de la Península Ibérica no acaba de estar del todo romanizada, si bien resulta innegable que existe una convivencia más que directa entre ambos mundos. La realidad socio-familiar norteña mantiene viva la naturaleza de unas normas que pueden definirse como propias, de raíces arcaicas y de carácter supralocal. Este Derecho consuetudinario propio, poco romanizado y

---

entre los hijos, que determinaban los principios sucesorios romanos, al fallecer el padre. Era necesario conciliar ambos principios para mantener la riqueza en unas solas manos al objeto de ponderar el “prestigio y lustre de la Casa”, que se obtenía a través de la agnación, y, particularmente, si podía mantenerse en manos del primogénito. En consecuencia, este principio constituye el fundamento económico-social de la institución. Se trataba de evitar la disgregación del patrimonio, que causaría la partición igualitaria romana, para mantener el prestigio y la riqueza de la familia en manos del primogénito varón. A tal fin, se acabó otorgando a la institución sanción legal, a través de los distintos Estatutos municipales, posibilitándose su práctica, aun siendo contraria al Derecho romano”. Apunta en la misma dirección, PASCUAL GONZÁLEZ, Luis: *La definición: institución de derecho sucesorio contractual*, Palma de Mallorca, 1962, pp. 30 y ss.

con una inspiración más próxima a la comunidad familiar germana, muta, pues, su presencia transformándose en norma escrita, y se distancia, así, del Derecho castellano, tanto por sus fuentes como por su ubicación geográfica<sup>275</sup>.

Es objeto del presente apartado, pues, el estudio de la conversión foral de ese Derecho consuetudinario, que se acopla ágilmente a la realidad socio-familiar pirenaica y que, debido a su reducido ámbito de aplicación, difiere de una región a otra. Los frutos del estudio de estos sistemas sucesorios forales se contraponen a los obtenidos del examen del Derecho castellano y en menor medida, a los identificados como derechos mediterráneos, ya que se caracterizan por una mayor flexibilidad en aras a mantener íntegro e indiviso el patrimonio familiar, generación tras generación. Articulan el sistema de heredero único y parten de una mayor libertad dispositiva y distributiva del causante a la hora de diseñar su sucesión.

### *3.2. Derechos pirenaicos*

#### *3.2.1. Aragón*

La supervivencia del Derecho autóctono de Aragón se entiende gracias a un principio que rige su sistema normativo durante la Edad Media: la costumbre, ya sea escrita o no, prevalece y se aplica sobre las leyes generales de vigencia territorial aragonesa; es decir, la tradición

---

<sup>275</sup> Esta idea se recoge en relación al País Vasco, si bien es extensible al conjunto de la realidad pirenaica, por LAFOURCADE, Maité: “Prologo”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho, La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque = La práctica actual del Derecho Consuetudinario en Euskal Herria*, núm. 13, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1998, p. 11: “Asentados en los Pirineos y sus llanuras desde la más alta antigüedad, los vascos se han organizado espontáneamente a partir de la familia, que es el núcleo de base de toda sociedad primitiva. Elaboraron reglas de derecho en función de sus necesidades y de sus tendencias profundas, alejados de toda orientación sistemática. Sin embargo, en las siete provincias vascas actuales, que formaron una unidad política únicamente en un corto período de tiempo, al principio del siglo XI, encontramos, bajo el Antiguo Régimen, el mismo sistema jurídico, muy distinto del que estaba en vigor en las provincias alledañas. Incluso después de su integración en dos Estados distintos, los vascos resistieron a la influencia de los juristas y del derecho romano que en todos los demás lugares modificó profundamente la tradición jurídica popular. El derecho vasco no ha sido romanizado, y eso es lo que hace su particularidad. Lo que le caracteriza es su antigüedad y su permanencia a través de los siglos sin modificación profunda. Sin embargo, no se trata de un derecho arcaico e inamovible. Haciendo prueba de una gran facultad de adaptación, los vascos adoptaron conceptos extranjeros, conservando al mismo tiempo los principios fundamentales de su organización social, sobre todo en lo que respeta a la familia y su patrimonio”.

tiene preferencia sobre los fueros que emanan de las Cortes de Aragón<sup>276</sup>. Con este criterio en mente, en el siglo XIII despegan un movimiento compilador que pretende el alumbramiento de un Derecho general para el conjunto del Reino de Aragón, un Derecho propio del territorio, emanado de las costumbres del lugar, que dota de uniformidad supletoria a la región, en defecto de costumbre aplicable.

Ese ordenamiento no es otro que el recogido en los Fueros de Aragón de 1247, conocido también como *Código de Huesca*<sup>277</sup>. Se inspira en el Fuero de Jaca por su dilatada extensión territorial y contiene, ante todo, Derecho consuetudinario<sup>278</sup>, pese a que también se incluyen, en su seno, algunos documentos reales y varias *fazañas*<sup>279</sup>. Posteriormente, durante el auge del movimiento recopilador a lo largo del siglo XV, se elaboran diversas colecciones; una mera edición de la obra legislativa previa. En cierto sentido las Cortes dejan de crear Derecho foral nuevo: debido al peso de la tradición, se limitan a recoger, a modo de apéndice, los posibles cambios que sufre la normativa de los Fueros de Aragón. Por este motivo, el verdadero régimen sucesorio aragonés, la cuna del Derecho sucesorio foral de Aragón, se encuadra en la primigenia obra foral de 1247<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> Junto a este primer principio, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 210, concreta un segundo, según el cual “las normas legales de contenido y de vigencia general en el reino tienen el carácter de pactos concertados entre el rey y los estamentos del reino, de modo que ni pueden ser derogadas, alteradas o vulneradas unilateralmente, ni pueden prevalecer contra ellas otras normas procedentes directa y exclusivamente de la voluntad real”.

<sup>277</sup> IRANZO MUÑO, María Teresa: “La formación del derecho local de Huesca y los Fueros de Aragón”, *Aragón en la Edad Media*, núm. 8, 1989, p. 337, señala que esta “generalmente admitido que, sobre un fondo más o menos difuso y arraigado de derecho consuetudinario, cuyos orígenes no son mal conocidos y se hallan sujetos a discusión, se despliega con fuerte incidencia la actividad legislativa de los reyes, que a partir del siglo XI comienzan a crear derecho en dos ámbitos bien distintos”.

<sup>278</sup> Sobre la procedencia de la misma, FONT I RIUS, Josep María: “El desarrollo general del derecho en los territorios de la Corona de Aragón (siglos XII-XIV)”, *Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Barcelona, 1962, pp. 289-326, así como COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid, 1880, pp. 34 y ss.

<sup>279</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 211, señala que el fuero general no supone la derogación de los fueros municipales. Asimismo, afirma que estos últimos mantienen su preferencia respecto al general.

<sup>280</sup> LALINDE ABADÍA, Jesús: *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976, pp. 54-68, relata el proceso recopilador de esta región y la lucha continua, en estos albores, del influjo romano-canónico.

La sucesión *mortis causa* de esta región pirenaica tiene un marcado carácter familiar, a causa, en gran medida, de la vigencia del arcaico sistema de copropiedad doméstica que rige las familias<sup>281</sup>. En este sentido, inicialmente, el Fuero de Jaca, en el que se fundamenta la normativa foral de 1247, permite una absoluta libertad dispositiva del causante que se limita mediante la introducción de la justa causa en la desheredación<sup>282</sup>.

Posteriormente, en los Fueros de Aragón, se persigue mantener la libre disposición del *de cuius*; no obstante, debido a la influencia que ejerce el Derecho romano, se inserta un giro en la norma: sigue siendo necesaria la justa causa para poder desheredar y se subraya la costumbre que une los bienes a la familia. La troncalidad se hace presente en los Fueros, pero se introduce, por primera vez, una reserva a favor de los hijos, de corte colectivo, que recuerda, en cierta medida, la institución de la legítima romana<sup>283</sup>. De esta manera, el sistema de legítimas, inexistente hasta entonces en Aragón, se abre camino en su ordenamiento jurídico<sup>284</sup>, aunque con modificaciones sustanciales que responden a las necesidades de la familia aragonesa: no existe una legítima estricta, se trata de una reserva por y para los hijos, para la familia, al fin y al cabo<sup>285</sup>. Se preserva parcialmente el libre reparto de bienes por causa de muerte, solo que con mayores limitaciones que dejan de ser meramente formales, como ocurre en el Fuero de Jaca con la justa causa de desheredación.

---

<sup>281</sup> PELATO HORE, Santiago: “Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón”, *Anuario de Derecho Civil*, 1967, p. 839, defiende que la esencia y la estructura del Derecho aragonés son completamente romanas, si bien debido a la intervención de la voluntad del pueblo se realizan ciertas rectificaciones.

<sup>282</sup> RAMOS Y LOSCERTALES, José María: *Fuero de Jaca*, Barcelona, 1927, p. 23.

<sup>283</sup> BARRIO GALLARDO, Aurelio: “Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón”, *Revista de derecho civil aragonés*, 2011, p. 55, “existe una libertad de testar muy amplia, no cabe duda, pero no es absoluta, sino entendida como libertad de distribución entre los legitimarios y, por tanto, diferente, en este aspecto, según precisan los doctores, de la sancionada por el Fuero de Jaca”.

<sup>284</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Las legítimas en la Compilación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, p. 507, indica que “con esto quedaba transformado el sistema aragonés de sucesión forzosa en uno de legítima global colectiva”.

<sup>285</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 37 y ss.

### 3.2.2. Navarra

Debido a las características particulares del Reino de Navarra resulta comprensible que la evolución de su Derecho difiera del de Castilla, incluso del de Aragón. Las dinastías navarras resultan ser, a menudo, extranjeras, de procedencia francesa, y las reducidas dimensiones del reino permiten que las normas consuetudinarias no tengan una dispersión que dificulte la creación de un Derecho general navarro. A estas características geopolíticas debe sumarse la obligación de los reyes regentes de jurar mantener y mejorar el Derecho del territorio<sup>286</sup>; cometido que se impone para defender la peculiaridad propia frente a posibles monarcas que pretendan erradicarla y que explica el motivo de la mínima influencia romana que sufre la región<sup>287</sup>.

De esta manera, a lo largo de los siglos XIII, XIV y XV, en Navarra continúan vigentes los Fueros de Estella y Pamplona, ambos procedentes de la familia del aragonés Fuero de Jaca, que no llegan a padecer grandes alteraciones y permanecen, surtiendo efecto, al margen de tendencias territorialistas que tienen lugar en la Península. Aun así, si bien es cierto que la legislación navarra goza de independencia jurídica<sup>288</sup>, al margen de los Derechos municipales que no resultan propios del territorio, merced a la influencia de los movimientos unificadores, aflora un proceso para crear una norma navarra aplicable al conjunto del Reino; es decir, una regulación que aúne las normas consuetudinarias de la región.

---

<sup>286</sup> “El Rey de Navarra encarna una poderosa autoridad central, comprometida con la defensa de los fueros; y consolida una unidad política, que significa la amalgama de unas fuerzas sociales coherentes, que constituyen la identidad política Navarra, que se identifica con sus Fueros”, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: “Derecho civil foral de Navarra”, en GÁZQUEZ SERRANO, Laura (Coord.), *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autónomos?*, Madrid, Difusión jurídica, 2011, p. 220.

<sup>287</sup> Sobre la constitución del Reino de Navarra, así como de los Fueros navarros anteriores al jaquéense, URZAINQUI MINA, Tomás y OLAIZOLA IGUIÑIZ, Juan María: *La Navarra marítima*, Erel, Navarra, 1998, pp. 71 y ss. El origen de la monarquía navarra también se relata por YABEN, Hilario: “Navarra en el siglo XI”, *Príncipe de Viana*, 1943, pp. 371-373, ARRIAGA SAGARRA, José Miguel: “Las Cortes de Navarra”, *Príncipe de Viana*, 1954, pp. 297-305, MORET MENDI, José: *Anales del Reino de Navarra*, Eusebio López, Tolosa, 1890.

<sup>288</sup> URZAINQUI MINA, Tomás y OLAIZOLA IGUIÑIZ, Juan María: *La Navarra marítima...*, cit., p. 159, indica que “el Derecho del país se cataloga como Derecho pirenaico, sin embargo, se trata de un auténtico sistema jurídico. No son meros usos y costumbres, sino que forman el sistema jurídico de Navarra. De ahí el interés de Castilla por combatir y eliminar la vigencia y la aplicación del sistema jurídico del país que era inevitablemente el de Navarra”.

Se redacta, así, en el año 1238, el Fuero General de Navarra. Este nuevo cuerpo legal no deroga los anteriores fueros municipales<sup>289</sup>, que continúan plenamente vigentes en esta etapa; pero llega a completar en contenido los fueros breves presentes en diversas localidades, por resultar estos insuficientes en comparación con los extensos. Con la incorporación del Reino de Navarra a Castilla, mediante la conquista militar del año 1512, aumentan los esfuerzos por preservar el Derecho propio, recogido en el Fuero General de Navarra junto con los posteriores Amejoramientos<sup>290</sup> que se le incorporan. Las obras recopiladoras son extensas y, entre los siglos XVI y XVIII, se completan más de cinco, de las cuales solo dos resultan promulgadas: la Nueva Recopilación y la Novísima recopilación de las Leyes del Reino.

En lo relativo al sistema sucesorio navarro, desde el propio Fuero de Estella, concedido en el año 1090 por Sancho Ramírez I, queda reflejada la costumbre del Reino que contempla la absoluta libertad dispositiva del causante. El único vestigio que puede ser comparado con la protección familiar que persigue la legítima se manifiesta en la institución de la troncalidad<sup>291</sup>, vigente en el territorio navarro como principio sucesorio primordial que ata los bienes raíces a los parientes del causante. En este sentido, la última compilación, la Novísima, mantiene la misma querencia hacia la libertad dispositiva<sup>292</sup> e impone una legítima simbólica de carácter foral donde tan solo se reconoce a los hijos el derecho de percibir *cinco fueldos, y una robada de tierra en los montes comunes*. Aun así, se vuelve a remarcar el carácter troncal que pretende la sucesión navarra sobre los bienes que *fueran de conndicion*

---

<sup>289</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 207, señala la excepción de Pamplona, donde el nuevo fuero si se llega a derogar y sustituir al anterior.

<sup>290</sup> Para mayor ahondamiento acerca de los amejoramientos realizados véase TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., p. 208.

<sup>291</sup> Sobre la caracterización de la unidad familiar navarra y del interés en salvaguardarla, SANTAMARÍA ANSA, Juan: "Retracto familiar en Navarra: Su relación con otras instituciones de protección familiar y su régimen legal y sentido interpretativo", *Príncipe de Viana*, 1946, pp. 83-96.

<sup>292</sup> SABATER BAYLE, Elsa: "La casa navarra (a propósito de las Leyes 48 y 75 del Fuero Nuevo de navarra)", *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, 2013, p. 642, subraya esta tendencia al remarcar que "La caracterización de la Casa como eje vertebrador del Derecho privado de Navarra da origen a las instituciones de Derecho familiar y sucesorio especialmente dirigidas a procurar la salvaguarda y protección del patrimonio familiar, cuyas manifestaciones más destacadas son: las donaciones *propter nuptias*, para fundar las nuevas familias o asentarlas a la sombra de las casas antiguas; las comunidades familiares de bienes y la viudedad foral, para acrecentar su economía y mantenerlas en apretada unidad bajo una jefatura; la libertad de testar, para evitar la desmembración de las Casas".

*de labradores*: no existe, pues, una libertad dispositiva plena pues el patrimonio permanece ligado a la familia de acuerdo al principio de troncalidad<sup>293</sup>.

### 3.2.3. País Vasco

Para adentrarse en el análisis histórico del Derecho foral de cada una de las provincias vascas hemos de tener en cuenta una suerte de hechos pre-jurídicos que esclarecen cómo llegan a plasmarse, por escrito, los sistemas normativos de estas tierras y, por ende, el motivo por el que divergen entre ellas. En un proceso datado entre los siglos IX y XIII tiene lugar una lucha entre los reinos de Navarra y Castilla para fijar quién ostenta el dominio sobre los tres territorios vascos. Esta pertenencia intermitente que dura, en el tiempo, hasta el siglo XIII, cuando las tres provincias se incorporan, definitivamente, a la Corona de Castilla, provoca, dentro del ámbito político-territorial de cada uno de los tres enclaves, un régimen jurídico propio y específico del lugar, diferenciado del vigente en el Reino dominante<sup>294</sup>.

En este sentido, el poder de los monarcas sobre Alava, Gipuzkoa y Bizkaia se limita a las zonas de mayor población, las villas; en las que, mediante concesiones y privilegios recogidos en fueros municipales, se introduce el sistema normativo de los reinos. Sin embargo, el influjo del Derecho real no llega a abarcar la totalidad de los territorios, y, en consecuencia, en las provincias coexisten tres tipos de normas: por un lado, los privilegios de ámbito municipal; por otro, las costumbres y tradiciones no escritas, pero con arraigo en los territorios; y, finalmente, las primeras normas emanadas por órganos propios, que tratan de contrarrestar el poder de la monarquía y el ordenamiento castellano<sup>295</sup>. Precisamente, la evolución de estas dos últimas fuentes, la proveniente de la costumbre y la brotada del poder legislativo, es la que toma un camino distinto en cada uno de los tres territorios, lo que nos conduce a una exposición triangular.

---

<sup>293</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 40-42.

<sup>294</sup> Véase la síntesis que realizan URZAINQUI MINA, Tomás y OLAIZOLA IGUIÑIZ, Juan María: *La Navarra marítima...*, cit., p. 179.

<sup>295</sup> Así lo apunta, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 249-253.



### 3.2.3.1. Territorio de Álava

Para comprender el desarrollo del Derecho en este territorio, se debe traer a la memoria que en Álava los poderes señoriales tienen un gran arraigo; de hecho, las concesiones de privilegios a villas como Laguardia, Vitoria, Treviño o Salvatierra son reflejo de la intención de mermar el influjo de esta autoridad. Los fueros breves o de francos, bebedores en esta tierra, del Fuero de Logroño, encarnan la persuasión de los reyes para fundar enclaves urbanos ajenos a los feudos señoriales<sup>296</sup>. Este detrimento del poder feudal da sus frutos y, en 1332, se consuma la incorporación total de las tierras alavesas a Castilla<sup>297</sup>. Tras disolverse la Cofradía de Arriaga<sup>298</sup> -la agrupación de señoríos de Álava- se pacta, entre los Señores y el Monarca Alfonso XI, la concesión del denominado *Privilegio de Contrato*; primer Derecho territorial alavés puramente castellano.

A partir de este momento, a excepción de los privilegios acordados en este contrato, la norma aplicable en la provincia no es otra que el Fuero Real: el régimen jurídico propio desaparece para dar origen al pactismo con la Corona<sup>299</sup>. No obstante, sobrevive en Álava una región donde la singularidad ajena al Reino castellano se mantiene, pues el Señor de la tierra de Ayala redacta, en el año 1373, un texto de noventa y cinco preceptos que recogen el Derecho

---

<sup>296</sup> En relación al Fuero de Vitoria, en palabras de MARTIN DUQUE, Ángel J.: “Sancho VI el Sabio y el Fuero de Vitoria”, *Príncipe de Viana*, núm. 63, 2002, p. 788, “para hacer sentir el peso de su potestad soberana, acordaría Sancho el Sabio aplicar en Álava el régimen de honores y tenencias. Desde la periferia navarra (Antoñana, Campezo) y riojano-castellana (Laguardia, Portilla) lo extendería al corazón de la Llanada y a otros centros neurálgicos del interior hasta Guipúzcoa y el mar. Se empezó remodelando socialmente los puntos de apoyo más estratégicos y económicamente más prometedores, San Sebastián (1180) y Vitoria (1181). El fuero ofrecía en ambos casos estímulos suficientes para potenciar la inmigración y configurar unos núcleos de población burguesa cuyo autogobierno los sustraía y aislaba del medio rural y señorial circundante para ligarlos directamente al soberano”.

<sup>297</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael: *El aforamiento de enclaves...*, cit., pp. 115 y ss. Para mayor detalle, véase ORELLA UNZUÉ, José Luis: “Las instituciones públicas de Álava. Desde la entrega voluntaria hasta la constitución definitiva de la Hermandad (1332-1463)”, *La formación de Álava. 650 aniversario del Pacto de Arriaga (1332-1982)*, Congreso de Estudios Históricos, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1988, vol. I, pp. 289-334.

<sup>298</sup> Sobre la misma, MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: “La Cofradía alavesa de Arriaga (1258-1332)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 1972, pp. 5-74.

<sup>299</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 253-255.

consuetudinario no escrito del lugar: el Fuero de Ayala<sup>300</sup>. Sin embargo, un giro de los acontecimientos provoca que, en 1487, los propios pobladores del lugar renuncien a su Fuero, para solicitar que se les aplique el Derecho castellano. Desean igualar su régimen jurídico al del resto de alaveses, siempre y cuando se reserve parte de sus derechos de origen consuetudinario, entre ellos, los relativos al ámbito sucesorio<sup>301</sup>.

El punto angular del sistema de sucesiones de Ayala resulta ser la absoluta libertad dispositiva del causante a la hora de ordenar el escenario *post mortem* de su patrimonio<sup>302</sup>. Mediante testamento o pacto puede disponer libremente de los bienes; no existe figura que limite esta autonomía dispositiva<sup>303</sup>, como ocurre en otras regulaciones, ya que la libre voluntad del *de cuius* prima sobre las posibles expectativas de los sucesores forzosos: *Otrosí, todo hombre o mujer estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte de ello a quien quisiere, por Dios, é por su alma o por servicio que le hizo*<sup>304</sup>. Esta singularidad sucesoria se respeta, a lo largo de los siglos, por los reyes castellanos, que conforman y

---

<sup>300</sup> Como sintetiza LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: “El régimen jurídico de Derecho público de la cuadrilla de Ayala: pasado, presente y futuro”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 4, 2004, p. 28: “el régimen jurídico por el que se regía la Tierra de Ayala fue, en primer lugar, el Fuero consuetudinario. A partir de 1373, comenzaron a regirse por el denominado Fuero de Ayala, promulgado en 1373, siendo Señor de la Tierra, D. Fernán I Pérez de Ayala. En 1469 se le añadieron nuevos artículos, lo que se conoce como el Aumento de 1469”. Sobre el primigenio Fuero consuetudinario, LÓPEZ, Blas: *Sucinta reseña del Fuero Consuetudinario de la provincia de Álava*, Imprenta Provincial, Vitoria, 1926, pp. 14 u ss.

<sup>301</sup> LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: “El régimen jurídico...”, cit., pp. 23-24. También, URIARTE ZULUETA, Manuel María: “Evolución histórica del Fuero de Ayala”, *La tierra de Ayala. Actas de las Jornadas de Estudios Históricos en conmemoración del 600 Aniversario de la construcción de la Torre de Quejana*. (García Fernández, E., Coord.), Vitoria-Gasteiz, Arabako Foru Aldundia / Diputación Foral de Álava, 2001, pp. 303-309

<sup>302</sup> Como bien remarca SALAZAR IZAGIRRE, Jon Joseba, en su estudio “Fuero de Ayala-Aiarako Forua”, publicado en [www.forulege.com](http://www.forulege.com), 2013, pp. 12-13, “actualmente podemos señalar como fundamental el capítulo XXVIII, que consagra la más absoluta libertad de testar, santo y seña del Fuero de Ayala”, a la vez que afirma que “históricamente esta libertad de testar ha sido aplicada (teniendo en cuenta que la distribución municipal actual es de época reciente) en los municipios de Amurrio, Aiara-Ayala, Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti del municipio de Artziniega”. En el mismo sentido LEIZAOLA, Jesús María: “Sobre la libertad de testar en Euskadi”, *Yakintza*, núm. 3, 1933, pp. 207-209.

<sup>303</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., p. 94, alude a la figura del apartamiento como ejercicio de la libertad de testar, que no únicamente de distribución. Se contempla en el capítulo L del Fuero de Ayala que *todo home que ficiese fijos sin casar sean herederos en los bienes del Padre, e aunque aya otros fijos de mujer de bendición que parta con ellos a cabezas salvo si el Padre lo apartase con cosa cierta...*

<sup>304</sup> Confirma la vertiente hacia la transmisión íntegra e indivisa del patrimonio familiar de este Derecho, URIARTE LEBARIO, Luis María: *El Fuero de Ayala*, Madrid, Imprenta de los Hijos de M.G. Hernández, 1912, pp. 162 y 163.

ratifican el Fuero ayalés para garantizar su cumplimiento. Es por ello que la etapa recopiladora no supone un cambio sustancial en cuanto al contenido de la norma<sup>305</sup>.

### 3.2.3.2. Territorio de Gipuzkoa

Al igual que en la provincia de Álava, se constata la concesión de fueros francos a ciertas villas guipuzcoanas. Así, en 1180, se concede al municipio de San Sebastián un fuero que lleva su nombre: el Fuero de San Sebastián<sup>306</sup>. Se trata de un texto procedente de la familia del Fuero de Estella, que, posteriormente, se extiende a otras urbes como Hondarribia o Mutriku, hasta alcanzar la fundación de un total de veintiséis villas en el periodo de dos siglos. En lo concerniente al sistema normativo privado de esta provincia, en fuentes escritas al menos, no existe, en esta época, otro ordenamiento además del castellano, de tal suerte que el Derecho real coexiste con norma consuetudinaria<sup>307</sup>. En referencia a este Derecho privado propio de esta tierra, contrapuesto al castellano, pocos datos se acreditan en esta etapa<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 255, revela que las posibles obras recopiladoras del Derecho alavés tan solo regulan el aspecto público y penal, visibles en los *Quadernos de leyes y Ordenanzas de 1776*, que se imprimen por primera vez en el año 1825. Sobre los mismos, véase SANTAMARÍA, José Miguel y SANTOYA Julio César: *Quaderno de Leyes y Ordenanzas con que se gobierna esta M.N. y M.L. Provincia de Álava (1623)*, Vitoria, 1978, pp. 23 y ss.

<sup>306</sup> Sobre la concesión de este fuero y su contenido, URZAINQUI MINA, Tomás y OLAIZOLA IGUÍÑIZ, Juan María: *La Navarra marítima...*, cit., pp. 167-178.

<sup>307</sup> La propia Exposición de motivos de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa, ya adelanta que “la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, incorporó en su Libro III, dedicado al Fuero Civil de Gipuzkoa, un único artículo, el 147, en el que se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Gipuzkoa” por lo que mediante dicha Ley “se trata de abordar la regulación por ley de la costumbre más arraigada en el mundo rural guipuzcoano, como es la transmisión familiar del caserío indiviso”.

<sup>308</sup> Previo el análisis del Derecho guipuzcoano deben traerse a colación las palabras de AYCART ORBEGOZO, José María: “Visión histórica y actual del derecho consuetudinario guipuzcoano”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho, La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque = La práctica actual del Derecho Consuetudinario en Euskal Herria*, núm. 13, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1998, p. 36, en las que acertadamente se señala que “la literatura jurídica guipuzcoana sobre este punto concreto es muy escasa y la enumeración de los títulos que componen su específica bibliografía es muy breve. Fundamentalmente está recogida en las bibliografías que figuran en dos trabajos esenciales; DE ECHEGARAY, Bonifacio (“Derecho Foral Privado” - Biblioteca Vascongada de los Amigos del País. San Sebastián, 1950) y NAVAJAS LAPORTE, Álvaro (*La Ordenación Consuetudinaria del Caserío en Guipúzcoa*, Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, C.A.M. y RSBAP, San Sebastián, 1975). En ambas bibliografías, que se superponen y complementan lógicamente, están comprendidos también textos de tipo general, pero recogen especialmente cuanto se ha escrito y publicado sobre El Derecho Privado Guipuzcoano”.

Es un Derecho puramente consuetudinario: transmitido mediante la tradición doméstica<sup>309</sup>, pero con una relevante plasmación notarial, sobre todo, en lo concerniente al ámbito sucesorio y, en concreto, a la transmisión íntegra e indivisa del caserío a un único heredero<sup>310</sup>. Por ello, los autores confirman, mediante conclusiones extraídas del estudio del régimen jurídico posterior, el interés familiar de esta normativa coexistente, centrado su apego en la figura de la casa y del caserío. Se mantiene consuetudinariamente la unidad del patrimonio familiar y la libre distribución respecto a estos bienes<sup>311</sup>. Hay quien señala, incluso, que la aplicación del Derecho propio consuetudinario prevalece sobre la del Derecho escrito, de origen real, y que existe, en este periodo, una confrontación entre la tradición propia y la ley<sup>312</sup>. Dejando de lado los posibles debates doctrinales, lo cierto es que esta carencia de normativa propia escrita, en el ámbito privado, al menos, no llega a solucionarse en las obras recopiladoras, que se limitan a compilar el Derecho público.

---

<sup>309</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 255 y 256.

<sup>310</sup> NAVAJAS LAPORTE, Álvaro: *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, Sociedad guipuzcoana de ediciones y publicaciones, San Sebastián, 1975, p. 78, afirma que de los documentos próximos al siglo XVI, que regulan el principio de la troncalidad del caserío, es posible concluir una práctica de la troncalidad anterior a la etapa en que aparece reflejada documentalmente. Asimismo, BLASCO DE IMAZ, Carlos: *Los Fueros. Apuntes guipuzcoanos*, Irún, Ethnos, 1966, pp. 25-29, e IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 71, que apunta que “queda documentalmente probado que en el territorio guipuzcoano la casa se transmite indivisa de generación en generación. Costumbre que claramente refleja la *Ordenanza de Oñate*, acordada por sus vecinos, de *16 de noviembre de 1477*, en la que, exponiendo la precaria situación de los propietarios agricultores por la excesiva parcelación y división de las tierras, se solicita una normativa especial en materia de Derecho sucesorio”.

<sup>311</sup> En esta línea, ALLENDE SALAZAR, Ángel: “El dualismo en la legislación civil de Vizcaya”, *RGLJ*, núm. 54, 1879, pp. 52-74; CELAYA IBARRA, Adrián: “El Fuero Vizcaya y Álava, adelantado de las modernas legislaciones”, *La Gran Enciclopedia Vasca*, I, Bilbao, 1966, pp. 295-306; DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 42 y LALINDE ABADÍA, Jesús: *Iniciación histórica al...*, cit., p. 725. Con todo, advierte RAMS ALBESA, Joaquín: “Libertad civil, libertad de testar (notas para su formulación)”, *Jornadas Internacionales sobre Instituciones civiles vascas*. (González, M. y Churruca Arellano, J., Coords.), Bilbao, Universidad de Deusto, 1991, pp. 116 y 117, que se trata, en todo caso, de una opción que deriva de un principio de libertad civil, pudiendo ser ejercitada o no, a criterio del causante.

<sup>312</sup> Entre los autores que rechazan esta idea se encuentra ARRECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: “Testar a la navarra”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 1, 1986, pp. 87-111, si bien admite que “aplicando el único derecho escrito referible, se está aplicando en realidad otro derecho. Derecho no escrito, pero vivido: es decir derecho consuetudinario”.

### 3.2.3.3. Territorio de Bizkaia

La dualidad normativa entre el Derecho real y el Derecho propio, que describe la realidad de las tres provincias vascas, es, si cabe, más arisca en Bizkaia. Con las concesiones de cartas pueblas a villas vizcaínas, que comienzan en el año 1199 con el otorgamiento del Fuero de Logroño a Balmaseda<sup>313</sup>, el territorio se divide en dos: se diferencia la Tierra Llana de las amuralladas villas, la sociedad rural de la urbana, la que defiende el Derecho consuetudinario propio de la que acepta los privilegios emanados del poder real<sup>314</sup>. En esta pugna por la supervivencia del mundo rural, en los siglos XIV y XV, el entorno agrario redacta, en sus juntas legislativas, una serie de fueros supralocales, para hacer frente, con normas escritas al Derecho castellano<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> Apunta IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 35, que “girando bajo el influjo de la órbita castellana, todas las villas vizcaínas adoptan y hacen suyo el contenido del Fuero breve de Logroño, directa o indirectamente, (...) a lo largo del siglo XIII, a *Orduña, Bermeo, Ochandiano, Ermua, Durango, Lanestosa y Plencia*, y a lo largo del siglo XIV, hasta 1376, a través de *Bilbao, Ondarroa, Lequeitio, Portugalete, Marquina, Guernika, Elorrio, Munguia, Larrabezua o Rigoitia*, constituyendo todos ellos un trasunto del texto riojano. Se observa, así, cómo el Derecho urbano vizcaíno aparece, en gran parte, uniformizado, labor realizada por una dinastía señorial riojana, la Casa de Haro, lo que justifica el empleo del Fuero de Logroño”. En el mismo sentido, PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *Historia del Derecho Español. Las fuentes del Derecho*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 146, y LALINDE ABADÍA, Jesús: “El sistema normativo vizcaíno”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1986, pp. 122 y 123, que apunta la carencia de un Derecho urbano en Vizcaya hasta el siglo XIII “pareciendo iniciarse en Orduña en el año 1229, pues, aunque se registra una carta puebla de Valmaseda en 1199, en ese momento no parece pertenecer a Vizcaya”.

<sup>314</sup> “Las villas sirven de apoyo al poder señorial y monárquico en su lucha contra el dominio de los poderosos grupos rurales, los cuales, a su vez, y en defensa de sus propios intereses (menoscabados por el desarrollo de la sociedad urbana), obstaculizan el progreso económico de las villas, entorpeciendo el tráfico mercantil o incluso el tránsito personal por los caminos”, afirma GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., pp. 30 y 31. También, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 258 y 259 y LALINDE ABADÍA, Jesús: “El sistema normativo...”, cit., p. 123.

<sup>315</sup> Sobre la creciente tensión de esta lucha, acertadamente, resume IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 35 y 36, que “esta progresiva tensión entre ambos bloques territoriales y la consiguiente desigualdad sufrida por el infanzonado vizcaíno desembocan, finalmente, en la búsqueda de un cierto equilibrio jurídico, (...). Con acierto se ha afirmado, pues, que es la foralidad urbana de las villas la que índice en la creación del Derecho vizcaíno o de la Tierra Llana.

Queda reflejada, de esta manera, la diferente configuración de cada uno de los tipos de fuero. Mientras los fueros de francos son concedidos por reyes y señores, inicialmente, al objeto de articular zonas francas, privilegiadas o exentas (...) los fueros que emanan de la comunidad articulan todo un sistema jurídico sobre el que vertebran una sociedad rural, expresando, fielmente, el Derecho recibido de sus antepasados”. Sobre esta idea véase, GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando, y MONTERO, Manuel: *Historia de Vizcaya*, tomo I, *Los orígenes, la Edad Media y el Antiguo Régimen*, San Sebastián, 1980, p. 69.

Fraccionado el Señorío de Bizkaia hasta el siglo XIII en tres enclaves –el Duranguesado, las Encartaciones y la Bizkaia nuclear<sup>316</sup>–, el primer texto legal en ver la luz, es, aunque en fecha desconocida a lo largo del siglo XIV, el Fuero Antiguo de la Merindad de Durango<sup>317</sup>. Sus preceptos muestran las costumbres de la Tierra Llana duranguesa en el ámbito penal y procesal, así como en la partición de las riquezas comunes<sup>318</sup>. Le sigue el Fuero de Avellaneda de 1394, reformado por el Fuero de las Encartaciones de 1503, que recoge por primera vez las costumbres jurídicas no penales del enclave<sup>319</sup>. En esta querencia de redactar el Derecho propio de cada demarcación, en 1452 se ordenan los usos y costumbres de la Bizkaia nuclear<sup>320</sup>. El Fuero de Bizkaia se promulga y se confirma por el Rey Enrique II dos

---

<sup>316</sup> MONREAL CÍA, Gregorio: *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya hasta el siglo XVIII*, Bilbao, 1974, pp. 36 y ss., muestra una Bizkaia, en la Alta Edad Media, fragmentada en tres núcleos poblacionales: La Bizkaia nuclear situada entre el río Nervión y el río Deba, Las Encartaciones, valles de la parte occidental del río Cadagua, y el Duranguesado, a la cuenca del río Ibaizabal. Junto a estas tres demarcaciones territoriales, comienzan a aparecer como núcleos separados, enclaves que, posteriormente, a principios del siglo XIII, se transforman en villas vizcaínas.

<sup>317</sup> Cabe advertir que “no debe confundirse este Fuero con el concedido en 1150 por Sancho IV de Navarra a los labradores censuarios de la merindad de Durango. Aunque Iturriza y otros escritores lo denominan Fuero, es algo muy limitado, se refiere únicamente a los labradores censuarios y sus disposiciones tratan exclusivamente de los tributos que dichos labradores deben dar al Señor”. CELAYA IBARRA, Adrián: “Fuero Antiguo de la Merindad de Durango”, *Estudios de Deusto*, vol. 46, núm. 2, 1998, p. 91.

<sup>318</sup> Respecto al ámbito de del régimen económico matrimonial, el Fuero alude a una forma de comunidad de bienes, posiblemente precursora de la comunidad foral vizcaína, en la que se hacen comunes entre los consortes, por mitad, todos los bienes, tanto muebles como raíces. En este sentido véase, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 125-127. Asimismo, GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., pp. 43 y 44, sugiere la proximidad existente, en relación a la facultad de disposición *mortis causa* del *de cuius*, entre el capitulado de este Fuero Durangués y el más tardío Fuero Viejo. Tomando como eje la conservación del patrimonio familiar se otorga una posición privilegiada a los parientes del titular actual del bien raíz respecto a las enajenaciones *inter vivos* que pretenda llevar a cabo. En el mismo sentido, efectúan un breve apunte de esta norma URZAINQUI MINA, Tomás y OLAIZOLA IGUIÑIZ, Juan María: *La Navarra marítima...*, cit., pp. 163 y ss.

<sup>319</sup> La Junta de Avellaneda, así como el proceso de redacción del Fuero, se detallan en SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael: *El aforamiento de enclaves...*, cit., pp. 38 y ss. Su contenido lo analizan ESCARZAGA, Eduardo: *Avellaneda y la Junta General de las Encartaciones*, Bilbao, 1927, pp. 27 y ss., y ETXEBARRIA MIRONES, Jesús y Txomin: *Tradiciones y costumbres de las Encartaciones*, Bilbao, 1997, pp. 270-274. GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., p. 183, advierte de la regulación existente sobre las transmisiones en el Derecho encartado.

<sup>320</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., pp. 29 y ss. En lo relativo al fondo civil de este Fuero, se asemeja al esgrimido en el Fuero Antiguo de la Merindad de Durango, tanto en su vertiente matrimonial como sucesorio, como lo señala IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 53 y 60.

años después, si bien no llega a derogar los Derechos municipales de las villas, que permanecen inalterables y fuera del ámbito de aplicación de la norma vizcaína<sup>321</sup>.

La corriente recopiladora que se expande por toda la Península, incita a reformar, en el año 1526, el Fuero Viejo de Bizkaia, para promulgar un fuero mejorado y acabar con la fragmentación jurídica existente en la provincia, aunque esta no se supera del todo hasta 1574<sup>322</sup>. Se propone un acondicionamiento, tanto a nivel sistemático como de redacción, y la supresión de preceptos caídos en desuso desde la redacción del primer Fuero. El Fuero resultante, denominado Nuevo en contraposición al anterior, el Viejo, se compone de treinta y seis títulos y realiza una profunda descripción de costumbres arraigadas en la población vizcaína -se regulan de forma dilatada singularidades como la troncalidad o la comunicación foral de bienes<sup>323</sup>-. A su vez, establece la supletoriedad del Derecho castellano respecto al Fuero; un guiño de cercanía hacia la normativa vigente en las villas, si bien, en la práctica jurídica habitual de la Tierra Llana, este Derecho alto-medieval no llega a cuajar, plenamente, entre los vizcaínos<sup>324</sup>.

El sistema sucesorio que proviene del Derecho consuetudinario, en la provincia de Bizkaia, se fundamenta en la libertad distributiva del causante. Desde una perspectiva formal y

---

<sup>321</sup> SÁNCHEZ KARR, Manuel: “El Fuero Viejo de Vizcaya y los Obispos”, *EMD Fundación Sancho el Sabio Fundazioa*, 1974, pp. 114 y 115.

<sup>322</sup> Como advierte MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: *El régimen económico...*, cit., p. 157, parte del Derecho que recoge este Fuero se aplica “en toda Vizcaya, incluidas las villas, a excepción de las disposiciones de carácter civil, cuyo ámbito de vigencia se ciñe, fundamentalmente, a la *Bizkaia nuclear*, al *Duranguesado* y, a partir de 1574, también a las *Encartaciones*”. Igualmente, IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 42, y NAVAJAS LAPORTE, Álvaro: “Aproximación a la historia de la formación del Derecho territorial del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, núm. 1, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1984, pp. 17-32.

<sup>323</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 43.

<sup>324</sup> Concluye GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., p. 474, que la modificación del Fuero “se aprovecha para propiciar su aproximación al ordenamiento castellano vigente en las villas: en primer lugar, porque explícitamente se asume su aplicación de este último Derecho supletorio en el ámbito geográfico de la Tierra Llana, y, en segundo, porque la incidencia de aquel sistema jurídico, sin detenerse en esa asunción, alcanza a la misma configuración de los institutos que ya regulara el Fuero de 1452 y supone la incorporación de otros desconocidos por éste”. Sobre el trasfondo de esta asimilación del Derecho, IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 41, explica la trascendencia de los juristas que redactan el Fuero Nuevo, pues en su redacción “intervienen, como se ha dicho, juristas formados en las Universidades castellanas, lo que hace palpable, atendidos sus conocimientos del Derecho común romano-canónico (incorporado al Derecho castellano a través de Las Partidas) y de las Leyes de Toro de 1505, la notable influencia, no meramente formal, que dichos ordenamientos jurídicos ejercen sobre el *nuevo* texto vizcaíno”.

coherente con las necesidades del grupo familiar<sup>325</sup>, existe una expectativa sucesoria material en pro de los parientes más cercanos del causante; un *quantum* reservado al colectivo de sucesores forzosos entre los que el *de cuius* puede distribuir su patrimonio libremente. Asimismo, en aras a empoderar la voluntad del causante, se permite, mediante fórmula de apartamiento, evitar la preterición de los descendientes. El Fuero fija quiénes son las personas legitimarias, así como el *quantum* que forzosamente debe disponerse a su favor; no obstante, otorga al causante la facultad para *dar assi en vida como en el articulo de la muerte* todos los bienes a un único hijo y apartar al resto<sup>326</sup>.

Es decir, respetando la amplia legítima que se establece en cuatro quintos para los descendientes, corresponde al *de cuius* determinar qué distribución se hace de la misma, pudiendo ser dispar entre los legitimarios. El único límite formal que se consigna dentro de esta libre distribución es el de apartar a todos aquellos legitimarios en cuyo favor no se llegue a disponer nada, salvo un *tanto de tierra*. Por otro lado, el Fuero desconoce el desheredamiento; no se recoge causa alguna para realizarlo, puesto que el propio apartamiento ocupa su función al carecer éste de causas tasadas.

#### **IV. EL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DE ESPAÑA**

##### **1. A modo de introducción**

Tras una etapa políticamente convulsa, en la que los regímenes políticos y las propias demarcaciones territoriales están en constante cambio, el proceso de codificación que se extiende por Europa, en el siglo XIX, trata de aunar las dispersas normativas de cada ordenamiento en códigos únicos. Esta pretensión de unificar y recapitular el Derecho también se adentra en España de la mano del orden constitucional, a pesar de que el territorio se

---

<sup>325</sup> A este respecto indica AREITIO Y MENDIOLEA, Darío: *El Fuero, Privilegios, y Franquezas, y Libertades del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya*, Bilbao, 1950, p. 21, que “las leyes civiles del Fuero obedecen y están subordinadas a principios fundamentales en el desenvolvimiento de la vida jurídica familiar en Vizcaya, que todo lo supedita a la conservación de la casería”.

<sup>326</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., pp. 180 y ss.



encuentra en plena disputa jurídica, pues la bifurcación normativa heredada de la etapa intermedia continua imperante. Por este motivo, hallar una ponderada solución al ‘conflicto foral’ se convierte, en este periodo de codificación, en la pretensión primordial. Cada constitución, cada ley de bases, propone alternativas dispares para superar la pluralidad normativa y unificar, así, el ordenamiento español; más en concreto, el ámbito civil, que se regula en un total de seis Derechos ‘periféricos’. Entre sistemas de Memorias y propuestas de Apéndices, no es hasta la redacción de las Compilaciones cuando se puede considerar que los Derechos denominados forales son codificados. Este proceso recopilador finaliza en el año 1973, ochenta y cuatro años más tarde que la codificación del Derecho civil común, cuyo fruto se promulga en el año 1889.

Sin embargo, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 trastoca estas labores codificadoras previas. Por un lado, se debe actualizar toda la normativa codificada a los nuevos principios rectores de la Constitución; y, por otro lado, resulta necesario reemplazar los Derechos forales codificados o congelados por los respectivos ordenamientos civiles resultantes del reparto competencial que instaura la Carta Magna. Al margen de los trabajos preparatorios para asumir las competencias pertinentes en los estatutos de autonomía, lo cierto es que el propio precepto que regula la distribución competencial en el ámbito de la legislación civil se pone en entredicho. Debido a los problemas interpretativos que comporta el artículo 149.1.8ª CE, singularmente, sobre la extensión con la que las comunidades autónomas, allí aludidas, pueden asumir y ejercitar la competencia en materia de legislación civil, la ‘cuestión foral’ sigue siendo, actualmente, motivo de numerosos recursos de inconstitucionalidad y constantes estudios doctrinales. La bifurcación normativa, que durante siglos los defensores de un único Derecho civil pretenden superar, se enraíza, aún más, en el ordenamiento español postconstitucional, ya que los sistemas civiles autonómicos no se limitan a legislar las materias que, históricamente, regularon. Existe, en la actualidad, una ‘tensión’ jurídico-política entre el ordenamiento civil común y los sistemas civiles autonómicos, que se halla aún en trance de aquilatar las ‘instituciones conexas’ a las que alcanza su propia competencia legislativa.

## 2. Proceso de alumbramiento del Código civil

Este proceso legislativo lo engrosa una serie de hechos inspirados y motivados por una única filosofía, denominada la Codificación del Derecho. Esta aspiración codificadora<sup>327</sup> se lleva a cabo mediante iniciativas dispares, que, con variados resultados, tratan de redactar códigos únicos para todas las ramas del Derecho<sup>328</sup>. Este planteamiento unificador se introduce de la mano del sistema constitucional, figurando desde la mismísima Constitución de 1812 el mandato de construir códigos que rijan en todo el territorio español<sup>329</sup>. En este sentido, los preceptos constitucionales determinan, a lo largo de esta etapa, el fundamento legal para codificar el disperso Derecho vigente: en lo que concierne a este estudio, el Derecho civil español<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> Sobre las causas que motivan el retraso de la codificación española, DE BENITO FRAILE, Emilio Javier: “La codificación civil y los derechos forales (1808-1833)”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 19, 2012, p. 66, acentúa “la falta de unidad social que caracterizaba a la España de principios del siglo XIX, así como la pugna existente entre partidarios y enemigos del Nuevo Régimen”.

<sup>328</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral*, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1890, pp. 21 y 22, subraya, al respecto, las iniciativas parlamentarias y comisiones nombradas para este fin, así como los proyectos redactados y las publicaciones y Congresos de juristas españoles.

<sup>329</sup> En palabras de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Los Derechos civiles forales (siglos XIX y XX): un tercio de España”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, núm. 50, 2021, pp. 661, “el designio uniformador de los Derechos civiles españoles históricos, para reducirlos o sujetarlos al castellano, viene de lejos y siempre ha tenido gran fuerza, a pesar de lo cual nunca ha logrado imponerse totalmente en el Derecho civil (...). Se remonta al menos a Felipe V (...); se manifiesta apremiante en el programa unificador de las Cortes de Cádiz de 1812, como voluntad de la nación, y se mantiene durante el gobierno absoluto de Fernando VII”. Sin embargo, de acuerdo al autor “la guerra civil (primera guerra carlista) y su desenlace (el abrazo de Vergara, la ley de conservación de fueros) hizo muy difícil aunar las voluntades para la formación de un Código unitario y los gobiernos moderados no tuvieron entre sus prioridades la aprobación de un Código civil”.

Así, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Codificación, Código civil y Derechos civiles forales”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 39 y ss., recuerda que “con la Constitución de 1845, la inflexión hacia la toma en consideración de los derechos forales en toda configuración que en el futuro se dé al Código civil. La redacción de este habrá de respetar la dirección de ajuste hacia el derecho patrio, del que no pueden excluirse las normas vigentes en una parte importante de España. Ciertamente, no en pie de igualdad con el derecho castellano, que es presentado ambiguamente como general o común respecto del que los forales presentarían algunas diferencias. Este planteamiento que «tiene en cuenta» los derechos forales se mantiene más allá de la década moderada. Se manifiesta, como sabemos, en el Congreso de 1866 y dirige los actos de los gobiernos salidos de la Gloriosa”.

<sup>330</sup> Lo confirma BLASCO GIL, Yolanda, “Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 62 y 63, al afirmar que “las constituciones y los códigos responden en esencia a unos mismos principios. Las primeras establecen la división de poderes y

Como acaba de apuntarse el inicio del proceso codificador se inicia en las propias Cortes de Cádiz, por cuanto, en 1813 y tratando de hacer efectivo el mandato del artículo 258 de la nueva Constitución, se crea una comisión de renombrados juristas para que redacten los códigos civil y penal. Los trabajos de este comité no llegan a ver la luz, pues las alternancias de poder y caída del sistema constitucional, suponen la paralización de las pretensiones codificadoras que le son inherentes<sup>331</sup>. Idéntica fortuna le depara la constante variación del régimen a la posterior comisión nombrada en 1821, por lo que el designio codificador sobrevive gracias al auxilio de iniciativas particulares<sup>332</sup>.

No es hasta el año 1839 cuando se reanuda el proyecto codificador, que, tras fijar las bases generales y consumir bosquejos del ámbito penal, concluye su propuesta de codificación civil el 8 de mayo de 1851<sup>333</sup>. Esta proposición de la comisión codificadora tampoco llega a ser promulgada; no supera su carácter de proyecto<sup>334</sup>, aunque su influencia en el proceso

---

los derechos individuales o libertades, mientras los códigos desarrollan las normas en otros sectores del derecho –civil, mercantil, penal...–. Unas y otros cambian el ordenamiento jurídico, conforman unos órganos de poder, una nueva propiedad liberal, libre y privada, o una mayor seguridad jurídica en materia penal (...).

Todas las constituciones españolas, desde Cádiz hasta la II República, proclaman la unidad de códigos. El artículo 258 de Cádiz establecía, como es bien sabido, que « [e]l código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía...». Un artículo semejante figuraba en la constitución francesa de 1793 (Artículo 85). La Constitución del 12 ordena promulgar los códigos, aunque sólo se refiere a un código civil, criminal y de comercio. Después la Constitución de 1837, en su artículo 4º, así como las siguientes, no especifican los códigos que se debían elaborar; sólo prevén que «Unos mismos códigos regirán en toda la monarquía...».

<sup>331</sup> BLASCO GIL, Yolanda: “Constitución, codificación y...”, cit., p. 64, narra la vuelta de Fernando VII y la consecuente detención del proceso abierto.

<sup>332</sup> Sobre los mismos, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil...*, cit., pp. 22 y ss., destaca, que, si bien las pretensiones oficiales se detienen en 1821, la iniciativa particular mantiene viva la fe de la aspiración y continúa la tradición del pensamiento codificador del Derecho civil. Juristas, como Pablo Gorosabal, vuelven sobre los trabajos anteriores y publican un proyecto de Código civil, con un fin unificador en el Derecho civil y bajo un criterio ecléctico de transacción entre las legislaciones de Castilla y forales, que ve su culminación en el año 1836.

Para mayor ahondamiento véase PETIT CALVO, Carlos: *Un Código civil perfecto y bien calculado: el proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Dykinson, 2019.

<sup>333</sup> Firman este trabajo legislativo los Sres. García Goyena, Bravo Murillo, Luzuriaga y Sánchez Puy; declarando, asimismo, la colaboración los Sres. Pérez Hernández, Seijas Lozano, Cortina, Ruiz de la Vega, Vila, García Gallardo, Álvarez (D. Cirilo), Vizmanos y Ortiz de Zúñiga. La importancia del renombre de estos autores la detalla BLASCO GIL, Yolanda: “Constitución, codificación y...”, cit., p. 66.

<sup>334</sup> En palabras de SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil...*, cit., pp. 23 y 24, “la gravedad de la reforma, el espíritu algo estrecho y exclusivista del proyecto, y la falta de decisión en el Gobierno, hicieron que se adoptara una resolución dilatoria, llevada a cabo por la Real orden de 12 de junio de 1851”. Aun con todo el

codificador posterior resulta innegable. En lo relativo a la materia sucesoria, el Proyecto de 1851 marca un antes y un después del sistema sucesorio común. En lo que aquí importa, considera la sucesión hereditaria, que puede ser testada o intestada, como uno de los modos de adquirir la propiedad y, guardando fidelidad a la legislación de Castilla, estima compatibles ambas sucesiones<sup>335</sup>. En el mismo sentido, y alejándose del *Code* francés<sup>336</sup>, mantiene la legítima de los descendientes en cuatro quintos, que se reduce a dos tercios con la existencia de un único legitimario<sup>337</sup>. También se sanciona la mejora, existente en el ordenamiento castellano, con tenues posibles variaciones: se permite conceder al mejorado el doble de lo que le corresponde por legítima y otorgar el usufructo al cónyuge superviviente.

Descartado el proyecto de Código civil de 1851, la ambición de perpetuar un código unitario se ve mermada; la batalla entre quienes apuestan por un Derecho centralizado y los foralistas dificulta en gran medida la tarea de obtener la unidad legislativa en el orden civil<sup>338</sup>. Ante la

---

autor admite la envergadura y la importancia de la misma, ya que “se realiza un libro comprensivo de los precedentes histórico-legales de cada artículo, que ofrece concordadas todas sus disposiciones con el Derecho anterior, y aun con el extranjero más notable, con motivos y comentarios sobre cada uno de sus preceptos, fijando su espíritu y resolviendo algunas cuestiones que se suscitan en la práctica”.

Por su parte BLASCO GIL, Yolanda: “Constitución, codificación y...”, cit., pp. 65 y 66, subraya que “entre las causas del retraso de la codificación civil también hay razones de oportunidad, ya que no se considera necesario la aprobación de un código civil, pues se cree que se podían conseguir iguales resultados a través de vías más sencillas, de leyes concretas y a través de la jurisprudencia o la doctrina se podían reinterpretar los viejos textos legales desde una perspectiva liberal. Además, contribuyeron las discrepancias políticas, así como las tensiones con la iglesia”.

<sup>335</sup> Respecto a la sucesión intestada, la regulación es idéntica a la del Derecho de Castilla “sin más importante novedad que en la de ascendientes desaparece la preferencia lineal y se atiende sólo a la proximidad de grado”, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil...*, cit., p. 34. En idéntico sentido se expresa DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 54, al afirmar que “en materia de legítima, decide prescindir del modelo francés, en aras de la fidelidad a las tradiciones de Castilla, que deben imponerse sobre la legislación foral para unificar así a todo el país en un único régimen legitimario”.

<sup>336</sup> Se acentúa de la mano de varios autores la influencia francesa de este proyecto codificador, llegando a calificar el Código, DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 53, como de filiación francesa. En una visión más amplia de este influjo VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “Influjo de la Revolución francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la codificación española”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 261-312.

<sup>337</sup> En un guiño hacia la igualdad de los descendientes, el proyecto manda igualar lo percibido por los hijos del primer matrimonio y los del segundo. De esta manera se prohíbe que los sucesores provenientes de la segunda unión puedan percibir de la herencia mayor cantidad que la que reciben los hijos del primero. En este sentido véase, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil...*, cit., p. 34.

<sup>338</sup> Sobre los motivos que no permiten la consolidación del proyecto, BLASCO GIL, Yolanda: “Constitución, codificación y...”, cit., pp. 66 y ss., advierte de la carencia de un poder político capacitado, todo ello debido a: “1. Razón política. El partido moderado no puede rechazar la resistencia a su aprobación, porque en los territorios de derecho foral –País Vasco, Navarra, incluso en Cataluña– hay una presencia carlista, que se ha

‘cuestión civil foral’ se comienzan a perfilar tres posturas doctrinales, que evolucionan y se influyen mutuamente. La primera propuesta, para tratar de avanzar en la resolución del desafío foral, mantiene la defensa de la codificación civil en un único Código. Sin embargo, distanciándose de la postura esgrimida por el proyecto de 1851, aboga por incluir, junto a la tradición jurídica castellana, el resto de corrientes existentes en España, generando un Código civil inclusivo respecto a la historicidad jurídica. La segunda visión, por el contrario, rechaza de pleno la necesidad codificadora al considerar que en ciertos supuestos no resulta necesaria y oportuna para los ordenamientos civiles. Desde este prisma, en defensa de la diversidad de las tradiciones jurídicas existentes en España, se opone a posibles codificaciones por el perjuicio que ello pudiese acarrear a los Derechos forales. Finalmente, una tercera postura trata de generar puentes entre las previas posiciones encontradas. De esta manera, aunque mantiene por objetivo la consecución de un único Código civil, antepone una codificación

---

alzado una y otra vez contra el Estado. Existe además en estos y otros territorios –en Aragón, Mallorca, Cataluña y Galicia– instituciones privadas propias, que querían conservar, pues de ellas dependían aquellas sociedades. Aparte, la Iglesia tampoco veía con buenos ojos la mayor importancia que se le concedía al matrimonio civil o que los registros de las personas pasasen a manos del Estado, que ya no fueran los libros parroquiales de Trento.

2. Razón económica o de la propiedad. Sobre todo, había cuestiones sobre la propiedad de la tierra y de formas de heredar. A. En algunas zonas la propiedad de la tierra estaba dividida por censos enfitéuticos, la tenían el dueño del dominio directo y el uso el del dominio útil, a cambio de una pensión –como en Cataluña, o foros en Galicia–. Si en estas zonas se permitía que el dueño del dominio útil o enfiteuta se quedase con la propiedad, indemnizando al dueño del dominio directo, en estas zonas se lograría que la propiedad pasara a manos de los campesinos. En Galicia los que tenían concesiones de foros, los habían cedido en subforo a los campesinos; en Cataluña a través de la *rabassa* también éstos habían obtenido concesiones de dominio útil. Mientras no se producía esa transferencia a campesinos en zonas como en Castilla y Andalucía, con formas de propiedad plena, en manos de la nobleza, del clero y de la burguesía, o en Valencia donde estas clases habían comprado grandes extensiones de tierras. La uniformidad de la propiedad suponía que en las zonas con propiedad dividida pasara a manos de los campesinos, mientras en las otras de propiedad plena se quedaba en manos de la nobleza, clero o burguesía. Por tanto, con la unificación la solución que era adecuada para zonas de propiedad plena, no lo era para otras zonas con formas de propiedad dividida. B. También las formas de sucesión *mortis causa* eran diferentes. Existían soluciones diferentes en las legítimas. En Navarra o en Cataluña la legítima no dificulta que se pueda casi excluir a los otros hijos, porque hay libertad de testar. La institución del *hereu*, primogénito instituido heredero único, o la *pubilla*, si es heredera, en Cataluña, permite mantener unido el patrimonio agrícola o la industria textil, con las ventajas que suponía, aunque en detrimento de los hermanos menores. C. También los regímenes económicos matrimoniales son distintos: en Cataluña y Baleares rige la separación de bienes resto de la península existían distintos regímenes de comunidad de bienes (como los gananciales o la sociedad de conquistas de Navarra). 3. Por otro lado era una etapa propicia al mantenimiento de los derechos propios frente al *Code*. La Escuela Histórica, Savigny y la Pandectística, sostenían que cada pueblo tiene su propio derecho, que procede de su espíritu, de la costumbre, y se le ha de respetar. No son por tanto partidarios de la unificación. Aparte los problemas con la Iglesia sobre el matrimonio civil, las competencias de separación y el registro civil la Iglesia tampoco veía con buenos ojos la mayor importancia del matrimonio civil o que los registros de las personas que pasen a manos del Estado, ya no fueran los libros parroquiales de Trento”.

que permitiese sistematizar y conservar los diferentes Derechos tradicionales para, en un momento posterior, formar un Código civil en que tuvieran cabida los diferentes sistemas<sup>339</sup>.

Este debate doctrinal, como ya se ha avanzado, enfría la apuesta codificadora, aunque ello no supuso olvido del entramado foral. Así, en los años posteriores al fracaso del proyecto de 1851, se trata de hallar un engarce entre dos posturas en principio opuestas: la codificación y la conservación de los Derechos civiles forales<sup>340</sup>. No es hasta la promulgación de las constituciones de 1869 y 1876 cuando parece encontrarse engarce constitucional a la coexistencia de ordenamientos civiles de tradición dispar, cuando se recupera la salvedad que, antaño, parecía dejar hueco a las especialidades de los territorios de ultramar: "*sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes*"<sup>341</sup>.

Bajo este paraguas constitucional el ministro Álvarez Bugallal propone, mediante Decreto de 2 de febrero de 1880, recuperar el proceso codificador, pero respetando en cierta medida los Derechos civiles de las regiones ‘forales’, más en concreto, País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra. Resulta preciso subrayar que el respecto no es pleno, pues se aboga por mantener, inicialmente y únicamente, aquellas instituciones dignas de continuar rigiendo en sus respectivos territorios. Adicionar, al Código civil común una suerte de apéndices destinados a recoger con vigencia reducida a cada uno de los territorios de Derecho foral, las instituciones civiles que fuese conveniente conservar. Con este fin, y para

---

<sup>339</sup> Ofrece una detallada de las posiciones doctrinales TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 546 y ss.

<sup>340</sup> No obstante, en aras a facilitar el camino, y a modo de transición entre ambas posturas, se sancionan diversas leyes especiales en materia civil que unifican el Derecho civil en aspectos concretos. A este respecto véase DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Los Derechos civiles...”, cit., pp. 677 y ss.

<sup>341</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 547 y ss., considera que esta fórmula “por sí misma a nada obligaba, pero que significaba una puerta constitucional abierta para permitir y aun aconsejar cierta flexibilidad a la hora de preparar el Código civil. Es cierto que esa misma puerta estaba abierta desde la Constitución de 1869 y que durante la vigencia de ésta no se aprovechó. Pero desde 1876 las circunstancias habían cambiado. Los movimientos nacionalistas adquirían nuevo arraigo, y el reconocimiento de los Derechos civiles era un precio políticamente aceptable a cambio del cual se podía obtener un cierto apoyo al nuevo régimen restaurado por parte de la burguesía catalana e incluso del pueblo vasco, al cual se le hacía ver, poco después de la ley unificadora de los regímenes administrativo y militar en 1876, que, en otro campo, el civil, cabía la conservación de parte de su ordenamiento jurídico tradicional. *El texto constitucional daba, pues, luz verde para un cierto reconocimiento de los Derechos civiles forales y la situación política hacía conveniente el hallazgo de una fórmula satisfactoria en este sentido. Todo consistía en encontrarla*” (la cursiva constituye añadido de propósito).

garantizar la viabilidad del trabajo resultante de la comisión codificadora se agregan al comité una serie de juristas forales de renombre con el encargo de entresacar las instituciones más arraigadas en su respectivo Derecho civil<sup>342</sup>.

La propuesta de Ley de Bases de 1881, resultado de los trabajos de esta comisión ‘foralizada’, no consuma del todo su anhelo unificador, pues se presenta en las Cortes de forma fraccionada<sup>343</sup>. La parte relativa al ámbito sucesorio, la que mayor controversia acarrea entre foralistas y unificadores, no pasa de ser una propuesta de la Ley de Bases de 1881, y en este sentido, no llega a traspasar el umbral que lo introduciría en el Proyecto de 1882<sup>344</sup>. No obstante, los sucesos políticos vuelven a frustrar las aspiraciones de esta nueva propuesta y no es hasta el 7 de enero de 1885, cuando se vuelve a solicitar la autorización de las Cortes para publicar un código civil.

Con fundamento en una nueva Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, se pretende superar el mayor obstáculo para la creación de un único código civil: la existencia de tradiciones jurídicas sucesorias dispares. En esta ocasión, se proyecta un sistema de Apéndices<sup>345</sup> que

---

<sup>342</sup> A pesar de que se tratará con mayor detenimiento en un punto posterior, en palabras de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 548, “cada uno de estos juristas presentó al cabo de poco tiempo a la Comisión de codificación sendas Memorias en las que se recogían y ordenaban las instituciones de sus respectivos Derechos civiles que a su juicio debían conservarse. Las más importantes Memorias (no sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también por la calidad del trabajo precodificador en ellas realizado) fue las de Durán y Bas y Franco y López. La simple contemplación de las memorias ya indica que mientras en Aragón y Cataluña (y en cierto modo también en Navarra) podía conservarse todo un sistema completo de Derecho civil, en los otros tres territorios sólo se proponía la conservación de instituciones aisladas: algunas de Derecho de familia y sucesiones por lo que se refiere a Provincias Vascongadas, los foros y la sociedad gallega en Galicia y algunas concernientes a sucesiones, bienes de los casados, donaciones y censos en el antiguo reino de Mallorca”.

<sup>343</sup> El proyecto de Código Civil de 1882, fundamentado en la propuesta de bases aun por promulgar, consta de dos Libros, que comprenden, en 605 artículos, la doctrina referente a las personas y a la propiedad.

<sup>344</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Los Derechos civiles...”, cit., p. 681, recuerda cómo “fracasa la primera ley de bases (presentada por Alonso Martínez, gobierno liberal, el 22 de octubre de 1881), que ofrece incluir en el código, basado en el proyecto de 1851, algunas instituciones forales y, sobre todo, que serían objeto de otra ley aquellas instituciones de las provincias aforadas que, por estar muy arraigadas en las costumbres, fuese imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia”.

<sup>345</sup> Sobre este sistema de *Apéndices* recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Codificación, Código civil...”, cit., p. 40 que “sabemos también que, a partir de 1888, fue precepto legal que los derechos forales habían de «conservarse por ahora...» (art. 12 Cc), junto con la previsión de formar proyectos de ley que serían, una vez aprobados, apéndices al Código civil (art. 6º ley de bases). La cuestión de cómo se presentaría físicamente el cuerpo del Código civil más sus apéndices admitía múltiples respuestas, ya que las normas forales se seguían viendo como «variaciones» respecto de las castellanas del código aprobado, por lo que podrían ser

pretende garantizar la supervivencia del Derecho foral, pues, como se recoge en la Ley, las regiones *lo conservarán por ahora en toda su integridad*. Debe subrayarse que esta previsión de conservación mantiene los derechos forales como meros añadidos y en cierta medida subordinados al derecho castellano, que es presentado como general o común. Se pretendía remarcar o sobreponer el Código civil unificado frente a los derechos no comunes<sup>346</sup>.

Tras la promulgación de la Ley de Bases el 11 de mayo de 1888, comienza la fase final del proceso codificador. El articulado de la nueva propuesta, elaborado en el breve margen de cinco meses, es puesto a disposición de las Cortes para que éstas aporten los dictámenes correspondientes acerca de su pertinencia. Sus enmiendas, observaciones y críticas se insertan en una segunda redacción, que da lugar al vigente Código civil de 24 de julio de 1889. Pese a que el sistema sucesorio regulado en este Código se analiza con detalle en capítulos siguientes, cabe destacar, como novedad en esta materia, la reducción de la legítima corta de los descendientes a la tercera parte del caudal hereditario. Así, la mejora puede consistir en uno o dos tercios del caudal, si se entiende como posible cuota de la mejora la que el causante tiene a su libre disposición. También se señala que el cónyuge supérstite, los hijos naturales y los ascendientes de estos últimos, son considerados sucesores forzosos, además de los hijos y descendientes legítimos.

---

artículos bis, capítulos o secciones intercalados, incluso notas a pie de página (como en tantas publicaciones privadas de la época que incorporaban de estos modos al texto del código el de las leyes forales vigentes). El propio nombre de «apéndices» y el que su objeto fuera cada uno de los derechos forales inclinaba a pensar en la adición física de los apéndices a continuación del cuerpo central del código. El cuerpo legal del Código civil español estaría compuesto por el código de 1888 seguido de sus apéndices. De hecho, así se publicó frecuentemente, primero con el Apéndice aragonés de 1925, luego con las compilaciones”.

La doctrina coincide en recalcar que “los Apéndices estaban destinados a refundirse e interpretarse, era la solución de la codificación. En verdad, sólo apareció el aragonés en 1925 y las otras Compilaciones se retrasaron hasta los años sesenta”, BLASCO GIL, Yolanda: “Constitución, codificación y...”, cit., p. 69.

<sup>346</sup> CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho civil. Introducción, Derecho de la persona, Derecho subjetivo, Derecho de propiedad*, Tecnos, 1996, pp. 50 y ss. Remarca que “la Ley de Bases de 1888 superó el escollo foral mediante una renuncia a la unidad civil, si bien con pretensiones de que aquella renuncia no fuera definitiva. El derecho civil de los territorios de fuera se ‘conservará por ahora’, y el CC sólo sería supletorio en defecto del que lo fuera en cada uno de estos territorios”.



### 3. Fijación-compilación de los Derechos forales o especiales

Al estudiar la etapa codificadora de los Derechos forales, en relación a la problemática de la coexistencia de los mismos con el Derecho común, cabe distinguir dos fases. Una primera, que se fundamenta en la unificación y centralización del Derecho, y una segunda, que, en cierta medida, acepta la pluralidad de ordenamientos forales, aunque mantiene ese afán unificador. El primer periodo, que germina a lo largo del siglo XVIII de la mano de la corona de Castilla y fosiliza los Derechos forales impidiendo su desarrollo y evolución hasta la codificación<sup>347</sup>, se caracteriza por el intento de elaborar un código civil de aplicación general en toda España. Es decir, un código que permita prescindir de los Derechos forales. En esta primera etapa se sitúan los Anteproyectos de Código civil de 1821, 1832 y 1851, que tienen como premisa erradicar las singularidades regionales y unificar el Derecho español.

Sin embargo, este periodo centralizador se supera y comienza una segunda fase que ambiciona introducir, en el ordenamiento común, instituciones y costumbres que perviven a lo largo y ancho de la península. Cabe ubicar, en esta ulterior etapa, el Decreto de 2 de febrero de 1880, que desempeña un papel fundamental en el inicio del proceso de codificación foral, así como todas las demás leyes de bases y anteproyectos de código civil que lo siguen. Los sistemas de los que se sirven para llevar a cabo esta visión antológica varían y evolucionan: desde simples memorias recopiladoras hasta completas Compilaciones, pasando por una vía de apéndices.

---

<sup>347</sup> En parte como consecuencia de la Guerra de Sucesión, en la que Valencia, Baleares y Cataluña apoyan al archiduque Carlos de Austria, y en parte por el importante movimiento centralista de inspiración francesa, Felipe V se esfuerza por imponer una estructura nacional unitaria, cuyo primer instrumento es la unificación jurídica nacional. Con los Decretos de Nueva Planta se abole el Derecho Especial de Valencia, que ya no vuelve a restablecerse. Posteriores Decretos suprimen los órganos de los antiguos reinos de Aragón, Mallorca y Cataluña, los cuales, al no poder renovarse, pierden la posibilidad de dictar normas para ir adaptándose a las nuevas necesidades y, en consecuencia, tales ordenamientos forales se cristalizan. No obstante, aunque se suprimieron los Consejos propios y se impone en los asuntos públicos y criminales la legislación castellana, en el ámbito de lo civil se dispone que se sigan actuando conforme a la legislación foral. Posteriormente, por ley de 1841, dictada como consecuencia del Convenio de Vergara, que puso fin a la Guerra Carlista, Navarra pierde su autonomía legislativa y, por tanto, la posibilidad de seguir creando su propia legislación. Lo mismo sucede con el País Vasco como consecuencia del llamado Decreto de Euzkadi. Lo relata BATALLER, Enric: “El Derecho civil autonómico en España: génesis y perspectivas”, *Derecho civil valenciano*, núm. 5, 2009, pp. 2 y ss.

Como ya se ha mencionado, la primera disposición que abre las puertas de la codificación a los Derechos forales es el Decreto de 2 de febrero de 1880. Mediante esta norma, que ordena la creación de una comisión codificadora con representación de todas aquellas regiones con Derecho propio, renombrados juristas forales redactan Memorias donde se recogen aquellas instituciones peculiares de sus ordenamientos. El objetivo de estos estudios es determinar cuáles son las figuras que pueden convivir, incluso suplir, las instituciones del Derecho común<sup>348</sup>. Dicho de otra manera, proceder a la redacción de un código civil unificado que no olvide las herramientas forales que le resulten beneficiosas. Pero, como se ilustra en puntos anteriores, el proyecto de 1880 no alcanza las metas propuestas debido a las desavenencias de los expertos y pronto este sistema de Memorias pierde peso.

La codificación foral no vuelve a fortalecerse hasta la Ley de Bases de 1888, que, por mandato deliberado de su Base sexta, ordena acometer un sistema de Apéndices que sustituya a las Memorias precedentes<sup>349</sup>. Con esa finalidad, mediante Real Decreto de 17 de abril de 1899, se vuelve a organizar la Comisión General Codificadora, que crea una serie de Comisiones especiales para encargarse de la redacción de estos Apéndices. Esta técnica recopiladora tampoco colma los anhelos de los juristas de los territorios forales, que lo

---

<sup>348</sup> La propia Exposición de Motivos del Decreto de 2 de febrero de 1880 establece las causas que fundamentan estas recopilaciones: “Una Memoria en que consignen y razonen su opinión acerca de los principios e instituciones de Derecho foral, que por tener un robusto apoyo en sentimientos profundamente arraigados y tradiciones dignas de respeto, o afectar de un modo grave a la constitución de la familia o la propiedad, deben incluirse en el Código civil, como excepción respecto a cada cual de dichas provincias, de las disposiciones generales sobre las mismas materias; y también sobre aquellas otras, de que ya por inconvenientes, ya por innecesarias, ya por haber caído en desuso, se debe prescindir”.

<sup>349</sup> BATALLER, Enric: “El Derecho civil...”, cit., p. 3, fija que “se abre así la vía para el acuerdo, que se materializará con la promulgación, el 11 de mayo de 1888, de una Ley de Bases comprensiva de 8 artículos y 27 bases para redactar el Código civil, que verá la luz finalmente en 1889. Tienen especial importancia los artículos 5 y 6, donde se consagra la pluralidad española en materia civil: Art. 5: “Las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código que regirá tan solo como supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3ª, relativa a las formas del matrimonio”. Art. 6: “El Gobierno, oyendo a la Comisión de Códigos, presentará a las Cortes, en uno o en varios proyectos de ley, los apéndices al Código Civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen.”. El sistema mixto por el que optó la Codificación española dejaba de lado momentáneamente una de las principales finalidades de todo proceso de estas características, cuál era la de superar el particularismo jurídico e instaurar la igualdad de los ciudadanos ante la ley”.

rechazan por atenuar el contenido de sus Derechos e instituciones, al ser un mero instrumento conservador.

El Congreso Nacional de Derecho Civil cambia las tornas en el año 1946<sup>350</sup> y tras una etapa de hibernación puede decirse que la codificación foral vuelve a retomarse; en esta ocasión mediante un sistema de Compilaciones<sup>351</sup>. Se elaboran, entre los años 1959 y 1973, cuerpos legales completos -más los últimos que los primeros- que albergan los Derechos forales existentes y que, con sus respectivos sistemas de fuentes, pretenden encararse de igual a igual, al Derecho contenido en el Código Civil<sup>352</sup>. Sin embargo, no puede obviarse que estas compilaciones no dejan de ser leyes estatales que se adicionan al Código civil en aquellos territorios donde, por tradición, se aplica otro Derecho. Se recopila para determinar su contenido actual, pero sin visos a desarrollarlo.

Las Compilaciones aprobadas se clasifican en tres partidas, caracterizadas por el tono que cada una de ellas contiene hacia el Derecho Común, así como por su indagación y profundidad de los ordenamientos forales. En este sentido, las primeras tres Compilaciones, las de Vizcaya y Álava, Cataluña y Baleares, resultan más moderadas en respuesta al anhelo de ser refrendadas. Por su parte, la Compilación de Derecho civil de Galicia, a modo de transición, recoge, en el año 1963, las costumbres vigentes en el territorio. Finalmente, en una tercera fase, con obras más elaboradas y completas, cierran la codificación foral las Compilaciones de Aragón, 1967, y Navarra, 1973, que, precisamente, por este desarrollo más

---

<sup>350</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, en su obra “El congreso Nacional de Derecho civil de 1946”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 152 y ss., expone la totalidad de lo ocurrido en este congreso. De esta manera, expone la problemática surgida en torno a la aplicabilidad de los Derechos forales.

<sup>351</sup> La distinción entre ambos sistemas codificadores la muestra BATALLER, Enric: “El Derecho civil...”, cit., p. 5: “Existe una notable diferencia entre los Apéndices antes señalados y las Compilaciones, debida a su distinta situación respecto del Código civil: los Apéndices debían completar el Código como piezas accesorias, mientras que las Compilaciones coexisten con el Código, sin subordinación alguna, sino en plano de igualdad, hasta lograr inducir de todos esos textos el futuro cuerpo legal unitario. Este era, evidentemente, un intento abocado al fracaso porque bebía del voluntarismo imperante en la España ultranacionalista del general Franco, que creía en la presencia de una misma “esencia patria” en todos los derechos territoriales españoles, olvidando que éstos no son más que el fruto de las diversas determinaciones socioeconómicas que históricamente se han ido dando en cada zona peninsular y que se mantienen, y aún se agrandan, con el paso del tiempo.”

<sup>352</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: “Conservación, modificación y...”, cit., p. 181 y DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., pp. 67 y 68.

elaborado, pasan con alteraciones menos sustanciales a la actualidad<sup>353</sup>. Resulta enriquecedor profundizar en el contenido sucesorio de todos estos cuerpos legales, por ser, éstos, la antesala de los posteriores ordenamientos autonómicos y, por lo tanto, soporte indispensable para observar su evolución en el tiempo.

### 3.1. Aragón

La redacción de la Memoria foral aragonesa es encargada al jurista FRANCO Y LÓPEZ, nombrado vocal de la Comisión de Codificación para elaborar un estudio en el que recoger aquellos principios e instituciones del Derecho foral de Aragón que, por su arraigo, deben permanecer vigentes en el territorio. Si bien es cierto que el examen profundiza en la libertad dispositiva *mortis causa* propia del Derecho aragonés, finalmente, debido al influjo del Derecho común, se traza un sistema legitimario amplio, de cuatro quintos. En el año 1893, tras la entrada en vigor del Código civil, el mismo autor acomete cambios en la Memoria inicial presentada. Con la intención de exponer las modificaciones que considera oportunas operar, publica la Adición a la Memoria, una adaptación de la primera que incorpora nuevos puntos de vista más adaptables al código vigente.

Entre los muchos cambios que propone, incluyendo por vez primera la denominación de código, fija la legítima de los descendientes en cuatro quintos del haber hereditario, que se reducen a dos tercios cuando el número de hijos sea dos o uno. De estos cuatro quintos (o dos tercios), la mitad ha de dividirse por igual entre los hijos, mientras que la otra mitad cabe distribuirla libremente entre sus descendientes o incluso adjudicarla a uno solo de ellos. Al margen de esta adición a la Memoria, con la promulgación de la Ley de Bases de 11 de mayo

---

<sup>353</sup> Esta distinción entre las primeras y últimas Compilaciones la dilucida, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “¡Por fin, hacia un Derecho civil vasco!”, en GÁZQUEZ SERRANO, Laura (Coord.), *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Madrid, Difusión Jurídica, 2011, p. 243: “Para tratar siquiera de explicarles la afrenta, me permitirán que les recuerde cómo las Compilaciones de antaño difieren por rótulo y contenido. Para su identificación, las correspondientes a Vizcaya (Álava) y Navarra (la primera y la última se adjetivan foral, las demás (Cataluña, Baleares, Galicia y Aragón) prefieren el adjetivo especial. En relación con el derecho que se quería “conservar por entonces”, no es desconocido el dictamen según el cual las de primera época (1959-1961: Vizcaya, Cataluña y Baleares) se resignan a plasmar instituciones forales preexistentes, la intermedia (1963: Galicia) legaliza costumbres peculiares y las últimas (1967-1973: Aragón y Navarra) desbordan la idea de “compilación”, establecen un sistema propio de fuentes y relegan la supletoriedad del Código, que lo será de segundo grado”.

de 1888 se inicia el proceso de redacción del Apéndice aragonés<sup>354</sup>. Así, se redactan un total de tres proyectos que sirven de fundamento para el Apéndice definitivo: el Proyecto “Ripollés” en 1899, el Proyecto “Gil Berges” de 1904 y el redactado en 1924 por la Comisión Permanente de la General de Codificación. El Apéndice del Derecho civil de Aragón, que se aprueba por Decreto de 7 de diciembre de 1925, consta de 78 artículos que siguen la sistemática de las materias del Código civil, definiendo las excepciones al código común que rigen en el territorio aragonés<sup>355</sup>. En lo relativo al Derecho sucesorio, se transforma el sistema legitimario expuesto tanto en la Memoria como en su Adición. El Apéndice recupera la tradicional libertad del disponente de distribuir la legítima entre los hijos y rompe con la legítima individual propia del Derecho común. En este sentido, se elimina también la obligación del causante de nombrar heredero a todos los hijos<sup>356</sup>.

En la etapa compiladora que se inicia tras el Congreso de Zaragoza de 1946, se vuelve a abrir la oportunidad de revisar el contenido del Derecho civil de Aragón, tarea que dirige el

---

<sup>354</sup> MOREU BALLONGA, José Luis: “El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y la cuestión territorial en España”, *Ius Fugit*, núm. 15, 2007-8, pp. 81 y 82, indica que “como se sabe, Aragón es el único territorio español con Derecho civil propio en el que se realizó un Apéndice conforme al estricto programa que el Código civil había establecido en 1889 y conforme al designio de los juristas de la Restauración y de Alonso Martínez, muy en particular. Fue el primer territorio con Derecho foral o civil propio en el que este Derecho se codificó en un sentido moderno, derogándose los cuerpos legales históricos del Derecho aragonés, que fueron, como es sabido, los Fueros y Observancias del Reino de Aragón”. Para posteriormente acerca de su valor jurídico defender que “sobre el valor del Apéndice de 1925, que representó la primera codificación moderna del Derecho aragonés, y la primera de un Derecho histórico español, tengo la impresión de que se le critica o incluso descalifica en cierta medida siempre en la doctrina aragonesa de las últimas décadas de forma que me parece apresurada y algo injusta. Una cosa es que ese cuerpo legal no satisficiera en su momento las aspiraciones de muchos de los foralistas aragoneses y otra muy distinta que su texto legal no tuviera considerables aciertos y valores o que no debamos apreciar como un gran progreso en ese momento histórico su entrada en vigor y la derogación de los Fueros y Observancias que el Apéndice realizó”.

En relación a su proceso constitutivo y de redacción, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil Aragonés: de la Compilación al Código del Derecho foral de Aragón de 2011”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, 2011, p. 180, recuerda que “el Apéndice, vigente el 2 de enero de 1926, fue preparado con varios Proyectos de influencia desigual: «Memoria» y «Adición a la Memoria», ambos de Franco y López (1886 y 1893, respectivamente); Proyecto «Ripollés» (redacción, 1895; publicado en 1899), Proyecto de 1904 («Gil Berges») y Proyecto de 1924 (Comisión Permanente de la General de Codificación, bajo presidencia de Antonio Maura)”.

<sup>355</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles: “El Derecho civil de Aragón”, *Revista valenciana d’estudis autonòmics*, 2010, núm. 54, II, pp. 115 y ss.

<sup>356</sup> Ahondan el contenido del Apéndice, entre otros, AZPEITIA ESTEBAN, Mateo: *El Proyecto de Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas*, Madrid, 1924, pp. 23 y ss.; PALA MEDIANO, Francisco: *Observaciones al proyecto de Apéndice al Código civil, correspondiente al derecho foral de Aragón*, Barbastro, 1924, pp. 15 y ss.; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*, núm. 12, 1998, pp. 93-114.

profesor LACRUZ BERDEJO en el borrador que presenta a la Comisión compiladora aragonesa. El segundo proyecto de 1963, fundamentado en el borrador inicial y sometido a información pública mediante un primer proyecto de 1962, se envía a la Comisión General de Codificación y se aprueba como *Ley 15/1967, de 8 de abril, de la Compilación del Derecho civil de Aragón*<sup>357</sup>. Esta ley, de ciento cincuenta y tres artículos, defiende las peculiaridades de la familia en Aragón y actualiza el modelo ordenado en su Apéndice. Mantiene el carácter colectivo de la legítima, si bien rectifica el criterio previo y posibilita atribuir la legítima a cualquier descendiente, aunque viva y sea capaz el de grado intermedio del cual desciende el beneficiado<sup>358</sup>.

### 3.2. Navarra

El encargo de redactar la Memoria foral navarra recae sobre el jurista MORALES GÓMEZ, que, aunque preserva instituciones propias del Derecho de Navarra pretende vestir la memoria con un ‘carácter eminentemente práctico’ en consonancia con el Derecho común. Criticado por los defensores del Derecho navarro por este acercamiento, el propio prólogo indica cuál es el límite infranqueable del ordenamiento de Navarra, como los son “el modo de ser de la familia y de la propiedad (...) y es forzoso hacer constar que si por parte de Navarra ha podido aparecer menor la transigencia en algunos puntos del Derecho, ha sido porque es el único territorio donde enfrente del sistema de las legítimas, y de las mejoras, y de la porción libre, rige la libertad absoluta de testar”<sup>359</sup>. Así, la Memoria salvaguarda la libertad dispositiva *mortis causa* absoluta mediante la ‘legítima foral’ consistente en cinco sueldos carlines y una robada de tierra en los montes comunes (art. 624).

---

<sup>357</sup> Ver LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Objetivos y métodos de la Compilación aragonesa”, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1965, p. 331; LORENTE SANZ, José: “El anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación, y en las Cortes españolas”, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1965, p. 341; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1965, p. 287.

<sup>358</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, VI, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Madrid, Reus, 1979, pp. 542 y ss.

<sup>359</sup> MORALES Y GÓMEZ, Antonio: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código General, y tras la que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884, p. VII del prólogo.

Tras la entrada en vigor del Código civil, bien por considerar que no regiría en Navarra, bien por el valor de la costumbre y el de la libertad civil en el ordenamiento navarro, lo cierto es que el sistema de Apéndices no llega a implantarse en Navarra<sup>360</sup>. Los proyectos son muchos, entre los que se encuentran los iniciales *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil* (1900) y *Leyes civiles de Navarra* (1900), o los más tardíos, *Proyecto de COVIAN* (1926), *Anteproyecto de AIZPÚN y ARVIZU* (1929) y el presentado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona bajo el nombre de *Apéndice de Derecho navarro al Código civil* (1930). Todos ellos son base y sostén para el Proyecto de Apéndice que la Diputación Foral aprueba el 17 de febrero de 1945, aunque finalmente no llega a presentarse al Gobierno central para su aceptación y promulgación. Sobre el contenido material de los diferentes proyectos de Apéndice, tan escaso que cuestionaba la necesidad de mantenerla<sup>361</sup>, cabe destacar que mantiene la tradicional legítima simbólica foral, así como las donaciones matrimoniales.

En relación al proceso compilador, el de Navarra no se asemeja al de otros territorios, pues el carácter ‘paccionado’ que el Estado le reconoce en el año 1841, otorga a la Diputación foral navarra una posición privilegiada respecto a su Derecho civil. Así, toda modificación del Derecho debe gozar del consentimiento del órgano foral, una prerrogativa que no se reconoce al resto de territorios. Bajo este criterio, la comisión encargada de llevar a cabo el anteproyecto recopilador, concluye en 1959 el *Anteproyecto de Fuero Recopilado*. Este proyecto es revisado privadamente por un grupo de juristas formado por NAGORE YARNOZ, GARCÍA-GRANERO, AIZPÚN TUERO, LÓPEZ JACOISTE, ARREGUI GIL, SALINAS QUIJADA, SANTAMARÍA ANSA y el romanista D’ORS. Completan para el año 1970 una serie de libros, que editan como *Derecho foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación privada)*, que se presenta por parte de la Comisión Oficial Compiladora como Anteproyecto Oficial a la Diputación Foral. De carácter historicista y romanista debido a la

---

<sup>360</sup> JIMENO ARANGUREN, Roldán: *El régimen económico matrimonial en el Derecho Navarro (1839-2015), hacia una revisión legislativa*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 51 y ss.

<sup>361</sup> Indica JIMENO ARANGUREN, Roldán: “Derecho civil navarro y codificación general española”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 2012, p. 298, que “los mencionados anteproyectos y proyectos de apéndice buscaban recoger las instituciones privativas del derecho civil navarro. pese a la buena voluntad de sus autores, se trata de piezas normativas incompletas, con muy pocos artículos, y con deficiencias sustantivas y formales. no entran a realizar una exégesis o interpretación del derecho, lo que llevó a sostener a los detractores del derecho navarro que «tan poca cosa foral» no merecía mantenerse”.

aportación de juristas no navarros, la *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* se aprueba mediante una ‘ley de prerrogativa’ por el entonces jefe del estado sin pasar por las Cortes Generales<sup>362</sup>. Al tratarse de la última de las compilaciones aprobadas, goza de una técnica más elaborada y su contenido se desarrolla extensamente a lo largo del articulado. En total coherencia con sus tradiciones, se opone por completo al régimen legitimario castellano y mantiene la legítima simbólica foral, así como la libertad de otorgar los pactos sucesorios<sup>363</sup>.

### 3.3. País Vasco

La Memoria Foral del País Vasco se redacta de la mano del jurista LECANDA Y MENDIETA, que firma el documento el 10 de agosto de 1881. Se trata de una Memoria breve, apenas completa las treinta páginas, y en ella se recogen aquellas instituciones que, a juicio del letrado que representa el territorio vasco en la Comisión General de Codificación, deben perdurar. Ciertamente, la esencia del sistema sucesorio lo resume en unas pocas líneas al expresar que “todo hombre o mujer que tenga hijos o hijas legítimos, o nietos o descendientes de hijos que hayan fallecido, pueda dar o dejar a uno de ellos todos sus bienes apartando al resto con algún tanto de tierra, mucho o poco, (...). Es también de capital importancia en el régimen foral la ley 18, en cuanto prescribe que no se pueden dar ni mandar a extraños bienes raíces algunos, habiendo descendientes o ascendientes legítimos o parientes colaterales del tronco, dentro del cuarto grado”<sup>364</sup>. Por lo tanto, en sentido estricto, no es hasta el proceso de Apéndices cuando se realiza una revisión del Fuero Nuevo de Bizkaia, pues la Memoria no hace sino sintetizar el contenido general del régimen sucesorio.

---

<sup>362</sup> El proceso de redacción y su posterior aprobación los relatan, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro: “Derecho civil navarro y codificación civil en España”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 6, 1988, pp. 65-84.

<sup>363</sup> Para el contenido de la Compilación, NAGORE YARNOZ, Javier: “La Compilación de Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1973, pp. 399 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español...*, cit., pp. 564 y ss.

<sup>364</sup> LECANDA Y MENDIETA, Manuel: *Memoria redactada por el letrado D. Manuel de Lecanda como miembro correspondiente de la Comisión General de Codificación por la Provincias Vascongadas en virtud del art. 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880 y del Real Decreto de 16 del mismo mes y año*, Imprenta de la Provincia, Bilbao, 1890, pp. 10 y 11.



En relación a la fase de Apéndices, Bizkaia, tras la creación de las Comisiones especiales en 1899, entrega su propia propuesta de Proyecto de Apéndice a la Comisión General de Codificación el 26 de febrero de 1900. Sin embargo, no es hasta veinticinco años más tarde cuando la Diputación Foral de Bizkaia solicita el informe pertinente al Colegio de Abogados de Bilbao, que lo redacta y entrega, en noviembre de 1928, el Proyecto Reformado de Apéndice. Si bien la entrega de esta documentación no culmina con la promulgación del Apéndice vizcaíno<sup>365</sup>, su contenido es aprovechado más tarde, al ser la primera revisión de la normativa vigente en cuatro siglos.

Tras el Congreso de Zaragoza, por Orden de 10 de febrero de 1948, se nombran los vocales representantes de los organismos jurídicos de cada territorio y se les encarga la redacción de los anteproyectos de Compilación, entre los que se incluyen los de Araba y Bizkaia. Las comisiones finalizan sus trabajos el 29 de julio de 1950 y el 28 de febrero de 1953<sup>366</sup>, respectivamente. Seis años más tarde se promulga la primera de las Compilaciones como *Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava*. En un análisis del contenido sucesorio que se regula en esta Compilación, cabe subrayar que presenta, para el territorio de Bizkaia, una sucesión forzosa de tipo electivo. La amplia legítima colectiva, de cuatro quintos, puede adjudicarse libremente dentro del círculo de sucesores forzosos. También se detalla la institución del apartamiento, diferenciada de la desheredación castellana, en sus exigencias formales, por poder darse en instrumento ajeno al testamento y por la falta de fórmula requerida, pues el apartamiento puede ser expreso o tácito<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> Sobre el intento fallido de redactar el Apéndice para Bizkaia y Araba, véase IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 45 y 46, que señala como causa principal para la no tramitación del proyecto de Apéndice la inactividad de la Diputación provincial y del Colegio de Abogados de Bilbao. Preceden esta opinión, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: *El régimen económico...*, cit., pp. 187 y ss., y GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., pp. 204 y ss., los cuales tratan los informes respectivos para la aprobación de la recopilación.

<sup>366</sup> Se debe indicar que la propuesta de la comisión vizcaína se fundamenta en el informe presentado por el Colegio de Abogados de Bilbao en 1928, tal y como se indica en la exposición de motivos de la Compilación.

<sup>367</sup> En lo relativo a las diferencias existentes entre ambas instituciones, GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., pp. 256 y ss., también expone aquellas relativas al fondo. Es decir, al margen de las formalidades requeridas por cada una de ellas, existen disimilitudes de raíz: mientras que la desheredación se considera en la norma castellana, un castigo hacia la persona legitimaria, el apartamiento no es sino el fundamento de la tutela de la expectativa sucesoria material del Derecho vizcaíno. En palabras del autor, “el apartamiento les otorga una suerte de derecho a su recuerdo y a su mención”.

En cuanto a la tierra de Ayala, la compilación recoge la regulación de la libre disposición *mortis causa* ayalesa: en sus artículos 62 y 63 se establece la absoluta libertad dispositiva de la que gozan los ayaleses respecto de sus bienes, bien mediante testamento, manda o pacto sucesorio<sup>368</sup>. En el resto del territorio alavés, salvo Laudio y Aramio que se encuadran con Bizkaia en cuanto a Derecho civil a pesar de pertenecer administrativamente a Álava, así como en la provincia de Gipuzkoa, rige el Código civil, manteniendo la pluralidad de ordenación civil característica del País Vasco.

### 3.4. Cataluña

La redacción de la Memoria catalana es encargada al jurista DURÁN Y BAS, en calidad de representante de Cataluña en la Comisión General de Codificación, finalizando éste el manuscrito bajo la denominación de la *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. En comparación con otras Memorias, se trata de una obra extensa, de un total de 345 artículos, que no acata la ordenación sistemática esperada: el autor no se somete a la recomendación de redactar las memorias de acuerdo al Proyecto de Código civil de 1851 y adecúa la estructura de la Memoria a la que, a su parecer, debe tener un código. Entre las instituciones reguladas el autor diferencia cuatro categorías: las que deben importarse al Código, las que deben conservarse para una ley especial posterior, las que para su conservación requieren de reformas y las que deben eliminarse<sup>369</sup>. En cuanto a las instituciones sucesorias, la Memoria establece una legítima corta, del valor de un cuarto del caudal hereditario, que debe dividirse a partes iguales entre los legitimarios. También preserva la institución tradicional del heredamiento, que permite mantener la unidad del patrimonio familiar mediante el heredero único.

---

Véase también, GARCÍA ROYO, Luis: *Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas*, Vitoria, 1952, pp. 12 y ss; CELAYA IBARRA, Adrián: *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, XXVI, *Ley sobre el Derecho civil foral del País Vasco*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss.

<sup>368</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español...*, cit., pp. 573 y ss.

<sup>369</sup> BARÓ PAZOS, Juan: “El Derecho civil de Cataluña ante el proceso codificador español”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 12, 2015, pp. 137 y ss.

Posteriormente, en la coyuntura del sistema de Apéndices, Cataluña encara dos intentos de redactar y promulgar los correspondientes a su territorio. El primero, de carácter particular, del año 1896, se presenta de la mano de la Academia de Derecho. Se configura como un apéndice en su sentido más estricto: rechaza un sistema de fuentes propio para hacer suyo el del Código civil, a la vez que trata el articulado como meras normas especiales que se agregan a las del Derecho común. Tras rechazar esta propuesta de Apéndice, no es hasta 1930 cuando la Comisión especial nombrada en 1899 redacta una segunda proposición. Realizando una interpretación amplia del termino Apéndice, este proyecto adapta la Memoria a la nueva realidad social catalana, aunque respecto al contenido sucesorio no introduce cambios destacables. Este proyecto de Apéndice se traslada a la Comisión General de Codificación, que en 1931 revisa y reduce, en parte, la propuesta. Sin embargo, los cambios políticos que acontecen, la entrada en vigor de la Constitución republicana y del Estatuto de Cataluña, suponen la inviabilidad del proyecto, por lo que el Apéndice no llega a promulgarse<sup>370</sup>.

El proceso compilador catalán culmina el 21 de julio de 1960 con la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Lo que comienza entendiéndose como una vía para compilar todo el Derecho civil vigente o histórico, pronto acaba convirtiéndose en una recopilación de las instituciones distintivas del ordenamiento catalán. Su elaboración, que se inicia en el año 1948 con una tercera revisión de la Memoria y una actualización del Apéndice de 1930, concluye con la redacción del Proyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña en el año 1955 y su promulgación como *Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*<sup>371</sup>. Se produce un cambio en la sistemática, más próxima a la del Código civil, al organizar el articulado en libros y títulos. Su contenido, en cambio, no varía: abarca todo el Derecho propio de la región y custodia la

---

<sup>370</sup> Detallada descripción histórica de estos hechos en BOSCH CAPDEVILA, Esteve: “La compilación del Derecho civil especial de Cataluña: génesis, significado y ¿defunción?”, *Ius Fugit*, núm. 16, 2009-10, pp. 181-196.

<sup>371</sup> Al respecto, ROCA SASTRE, Ramón María: “Los elementos componentes de la Compilación”, *Estudios sobre Sucesiones*, I, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1981, pp. 99-120; GASSIOT MAGRET, José: *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Catalunya*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 26 y ss.; SALVADOR CODERCH, Pablo: “El proyecto de Código Civil de 1851 y el derecho civil catalán”, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 7-133.

regulación sucesoria catalana. En este sentido, configura la legítima catalana, que se fija en una cuarta parte del caudal hereditario, como *pars valoris bonorum*<sup>372</sup>.

### 3.5. Baleares

La Memoria sobre las instituciones de Derecho balear es redactada por el representante de Baleares en la Comisión General de Codificación, es decir, por el jurista RIPOLL Y PALOU. De carácter romanista, la Memoria aboga por mantener su vínculo con el Derecho justinianeo y, en este sentido, no apostar por una mayor libertad dispositiva, tal y como ocurre en otros territorios; el artículo primero establece que tanto la sucesión testada como la intestada se rigen por las leyes y disposiciones del Derecho romano de Justiniano. Curiosamente, el pertinente informe del Colegio de Abogados tras hacer relación de un limitado conjunto de instituciones que el Colegio consideraba conveniente conservar, el informe concluye diciendo que “en obsequio a la unidad legislativa, el colegio estima renunciables otros muchos fueros que, como los de las definiciones de las hijas por sus legítimas, privación de estas a los descendientes que contraigan matrimonio contra la voluntad de sus mayores, especialidades sobre censos, emancipaciones, formación de inventarios, y otros muchos, están menos encarnados en las costumbres del pueblo mallorquín”<sup>373</sup>. Es decir, parece obviar la que posteriormente será una de las instituciones distintivas, la *diffinitio*.

Con la promulgación de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, tras la creación de las Comisiones especiales, se inicia el proceso de redacción del Apéndice de Baleares que culmina su trabajo el 20 de febrero de 1903. Sin embargo, al igual que ocurre con otras provincias, no es hasta el 2 de junio de 1921 cuando el Colegio de Abogados emite el informe pertinente para completar lo preceptuado en la Ley de Bases de 1888<sup>374</sup>. El informe toma

---

<sup>372</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español...*, cit., pp. 556 y ss.

<sup>373</sup> Para mayor detalle, PLANAS ROSELLÓ, Antonio: “El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 2012, p. 285.

<sup>374</sup> Ciertamente, El Colegio de Abogado si llega a reunirse con anterioridad, en Junta extraordinaria, para debatir acerca de una circular de la Fiscalía que establece como único Derecho aplicable para las sucesiones abintestato la recogida en el Código civil. Aun así, esta Junta no llega a adoptar acuerdo por considerar más adecuado esperar a la celebración de la Junta extraordinaria que debe emitir en Informe del Proyecto de Apéndice. Sobre ello, FERRER VANRELL, María Pilar: *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 39.

como base el Proyecto de Apéndice aprobado en la Junta General de Colegio el 7 de septiembre de 1920, un texto que bebe de la propuesta de 1903. Si bien el proceso de aprobación del Apéndice no llega a prosperar, su contenido sí llega a introducir algunos cambios respecto a la Memoria previa, cambios por los que es criticado: el proyecto obvia la supletoriedad del Derecho romano en todo lo relativo al régimen sucesorio, a la vez olvida mencionar las instituciones menorquinas o las de Ibiza y Formentera<sup>375</sup>. Existe un ulterior proyecto de Apéndice, posterior al Congreso de Zaragoza de 1946, redactado el 22 de febrero de 1949 por la Comisión de juristas constituida mediante la Orden de 10 de febrero de 1948, en la que se definen instituciones menorquinas e ibicencas no contempladas en los anteriores proyectos y en la que se hace referencia expresa al derecho romano como derecho supletorio<sup>376</sup>.

El proceso de Compilación del Derecho balear, ciertamente, se inicia con el proyecto de Apéndice de 1949, pues, tras permitir, mediante carta de la Subsecretaría de Justicia el 23 de febrero de 1953, fundamentar los Anteproyectos de las Compilaciones en los Proyectos de Apéndices, es este último el que se revisa por la Comisión General de Codificación. En primera sesión, el 5 de diciembre de 1958, la sección Especial para la Compilación del Derecho civil de Baleares opera la revisión de este proyecto para, finalmente, ser aprobado por las Cortes Generales como *Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares*<sup>377</sup>. Así, la Compilación continúa con un fuerte influjo romano<sup>378</sup> y recoge un régimen sucesorio en el que el derecho

---

<sup>375</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: “Sobre el Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, 2009, núm. 10, pp. 44 y ss.

<sup>376</sup> PASCUAL GONZÁLEZ, Luis: *Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, Mossèn Alcover, 1979, pp. 422 y ss.

<sup>377</sup> ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz: *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992, pp. 19 y ss.; SUBÍAS FELÍU: “La Compilación del Derecho civil especial de Baleares”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, pp. 619-645; LLODRA GRIMALT, Francisca: “El Derecho civil propio de la Isla de Mallorca”, *Narria*, núm. 113-114-115-116, 2006, pp. 36 y ss.

<sup>378</sup> Sobre la supletoriedad o no del Derecho romano, MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: “Sobre el Derecho...”, cit., p. 51, señala que “en este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964, que declaró inaplicable el derecho romano como derecho supletorio de las Baleares ya que en virtud del artículo 13 del Código Civil, este lo había sustituido, pudiendo aplicarse sin embargo dicho derecho romano en su carácter de derecho consuetudinario”.

del legitimario, al contrario de lo establecido en el Apéndice de 1921, debe ser pagado en bienes de la herencia. Sin embargo, esta naturaleza de la legítima no se prolonga a las islas de Eivissa y Formentera, en las que el heredero goza de una *facultatis solutionis* para abonarla en metálico si el causante lo autoriza para ello, o por pacto con el legitimario. Respecto a la institución de la *diffinitio*, se mantiene su concepto de anticipo, liquidación y finiquito de la legítima y de todos los derechos hereditarios que en su día puedan corresponder al legitimario de la herencia del causante. La institución se mantiene para la isla de Mallorca, se extiende a Eivissa y Formentera, pero se excluye expresamente para Menorca<sup>379</sup>.

### 3.6. Galicia

Sin antecedentes escritos previos, el Derecho civil foral gallego comienza a redactar sus usos y costumbres, por primera vez, de la mano de la Memoria foral de LÓPEZ DE LAGO, miembro de la Comisión General de Codificación. En esta primera redacción, se hace constar que el ordenamiento gallego presenta pocas divergencias con el Derecho común, y que tan solo en lo relativo a las instituciones del foro y la sociedad gallega existe tradición jurídica diferente. Así las cosas, no es hasta la redacción del Proyecto de Apéndice cuando se plantea, por parte de PÉREZ PORTO, en su Memoria de 1915, la existencia del derecho de labrar y poseer y la aparcería como instituciones consuetudinarias.

De esta manera, la propuesta de Apéndice de 30 de abril de 1915, redactada por la Comisión especial de Derecho foral de Galicia, recoge en respectivos títulos las cuatro instituciones gallegas a conservar: los foros, el derecho de labrar y poseer, la Compañía familiar y la aparcería<sup>380</sup>. Precisamente, en el ámbito sucesorio, es el derecho de labrar y poseer el que se contrapone al Derecho común, al permitir, en defensa de la unidad de la tierra, la transmisión de todos los bienes a favor del hijo elegido para continuar al frente de la familia<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español...*, cit., pp. 545 y ss.

<sup>380</sup> RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco: “El denominado Derecho foral gallego y su Compilación”, *Centenario de la Ley del Notariado, Estudios Jurídicos Varios*, Madrid, 1962, pp. 734 y ss.

<sup>381</sup> DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 84.

Tras la celebración del Congreso de Zaragoza, se aprueba, el 31 de diciembre de 1948, el proyecto gallego de Compilación, fruto del Proyecto de Apéndice, al que se le suma finalmente un quinto título relativo a las formas especiales de comunidad, en materia de montes, aguas, agro, agra o vilar y *muiños de herdeiros*<sup>382</sup>. De esta manera, después de ser revisado por la Comisión General de Codificación, se promulga la *Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia*. Se compilan y se promulgan, así, instituciones consuetudinarias “con gran tradición en Galicia, como la Compañía familiar o el Petruciazgo, que tenían como finalidad principal mantener la unidad de la casa”<sup>383</sup>. Esta transmisión indivisa se ejecuta con la elección anticipada del hijo, que sucede en la explotación del patrimonio familiar<sup>384</sup>.

#### 4. Cuestión foral y reparto de competencias del art. 149.1. 8ª CE

Con la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978 comienza un nuevo periodo en relación al Derecho civil foral. Se perfila un nuevo enfoque de la denominada cuestión foral, pues el nuevo sistema constitucional, basado en el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, también se adentra en lo concerniente a la legislación civil<sup>385</sup>.

---

<sup>382</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, Pedro: “Lembranza da loita polo Dereito galego”, *Estudios do dereito civil de Galicia*, 1973, Vigo, p. 208, menciona la carencia de los cuerpos normativos previos a la hora de recoger la plenitud de las instituciones del Derecho gallego.

<sup>383</sup> BELLO JANEIRO, Domingo: *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega: la Ley 4/1995, de 24 de mayo*, Montecorvo, Madrid, 1999, p. 71.

<sup>384</sup> FUENTESECA DÍAZ, Pablo: “Prologo”, *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho civil de Galicia*, Salamanca, 1964, pp. 6 y ss.; FUENTEMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: “El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia”, *Foro Gallego*, 1967, pp. 263-279; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español...*, cit., pp. 562 y ss.

<sup>385</sup> BATALLER, Enric: “El Derecho civil...”, cit., p. 7, manifiesta que “nuestra vigente Constitución abandona definitivamente la aspiración a lograr un Código civil unitario; consagra el Derecho foral preexistente a ella, que puede ser recibido por cada Comunidad mediante previsión expresa en su respectivo Estatuto de Autonomía; y, en suma, establece la estricta igualdad entre todos los ordenamientos civiles presentes en España. La razón de esto último es simple: la relación entre el ordenamiento civil estatal y los autonómicos no se basa en el criterio de jerarquía, sino en el de reparto competencial. No hay una relación vertical, sino en plano horizontal, si bien el derecho estatal será en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas, por expresa dicción del art. 149.3 in fine de la Constitución”.

En el mismo sentido DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Codificación, Código civil...”, cit., pp. 41 y ss.: “la Constitución de 1978 prolonga esta misma línea, que es la que la codificación civil ha tenido realmente en España desde, al menos, 1844. Aleja y hace imposible (jurídicamente, constitucionalmente) la ilusión de un código único, al garantizar la pluralidad de legislaciones civiles a través de la atribución de la competencia legislativa sobre cada uno de los «derechos civiles forales o especiales», «allí donde existan», a la Comunidad

En una primera lectura, el artículo 149.1. 8ª CE establece, como regla de carácter general, la exclusiva competencia del Estado para legislar en materia civil. Se le adjudican, además, al legislador estatal, concretos ámbitos normativos del Derecho civil en los que, en principio y excepción hecha de la determinación de las fuentes, no cabe intromisión alguna por parte de las comunidades autónomas<sup>386</sup>: *las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, y las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho.*

Sin embargo, y contradiciendo una primera interpretación literal del precepto, la propia disposición confiere a determinadas comunidades autónomas la posibilidad de *conservar, modificar y desarrollar* su propio *Derecho civil, foral o especial*<sup>387</sup> *allí donde exista*. La Carta

---

autónoma correspondiente. Aclararlo así, en términos de «garantía de la foralidad», es la gran contribución del Tribunal Constitucional. (...) Otra cosa es que estas «leyes secundarias», las leyes de derecho civil hoy vigentes, no sean uniformemente iguales para todos los españoles, sino que algunas emanen de Comunidades autónomas en el ejercicio de la competencia que la Constitución de 1978 les reconoce. Esto es consecuencia de la gran aportación que esta Constitución ha hecho a la convivencia entre todos los españoles al instaurar el Estado de las Autonomías, que ha permitido, entre otros logros, culminar la codificación del derecho civil español plural”.

<sup>386</sup> Se debe recordar la existencia de limitaciones materiales en las competencias legislativas civiles autonómicas. Es algo asentado en la doctrina del Tribunal Constitucional, que ciertos ámbitos de la regulación civil escapan de las posibles competencias asumibles, por su calado estatal. Así, nos rememora, ZABALO ESCUDERO, María Elena: “Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, 1994, pp. 253 y ss., que las normas de resolución de conflicto de leyes competen en exclusiva al Estado.

<sup>387</sup> Sobre el debate doctrinal acerca de la terminología empleada por la Constitución al diferenciar el Derecho civil *foral* y el *especial*, véase: GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Por una interpretación del artículo 10.5 del Estatuto Vasco”, *Primer Congreso de Derecho Vasco: Actualización del Derecho civil*, celebrado de 16 al 19 de diciembre de 1982, Oñate, 1983, pp. 289- 291; ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho civil vasco”, *Derechos Civiles de España*, I, BERCOVITZ, Rodrigo, y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián, Pamplona, 1999, pp. 141-143; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Qué son los Derechos civiles forales”, *La Tierra de Ayala*, Actas de las Jornadas de Estudios Históricas en conmemoración del 600 Aniversario de la construcción de la Torre de Quejana, Diputación Foral de Álava, 2001, pp. 285 y ss. Aglutina este debate IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 181, al concluir que “se trata de una redundancia legislativa o de una defectuosa reproducción del texto constitucional”. Cabe destacar que, en la época constitucional, los Derechos autonómicos no se fundamentan en antiguas concesiones reales ni que se definen como particularidades del Derecho estatal. En este sentido, los términos empleados en la carta magna distan de ser acertados, pues desde el punto de vista técnico es más conveniente la denominación pura y simple de *Derecho civil*.

En el mismo sentido, respecto al término *Derechos especiales*, conviene traer a colación la aportación de CARDONA GUASCH, Olga: “Semblanza del Derecho civil de las Comunidades Autónomas. Reflexiones sobre la evolución del Derecho civil español a partir de la Constitución de 1978”, *InDret*, núm. 4, 2019, p. 13, según la cual “en los territorios con Derecho foral se ha hecho un esfuerzo por despojar a éste de la etiqueta de especialidad que, históricamente, ha acostumbrado a caracterizar a los Derechos civiles territoriales. Este esfuerzo se advierte en la misma terminología y, en concreto, en la supresión del adjetivo especial, para



Magna concede, pues, cierta envergadura al Derecho civil foral y lo dota de peso al admitir su existencia y al convertirlo, ahora sí, y en todo caso, en Derecho civil autonómico. Así, la competencia estatal tiene cabida y sus normas ordenan los elementos estructurales, pero sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de sus ordenamientos civiles preconstitucionales. En este sentido, puede decirse que el conflicto foral se salva con el engranaje que se propone en el artículo 149.1. 8ª, al permitir que una pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexista en el territorio estatal<sup>388</sup>.

A pesar de tratarse de un precepto que, claramente, tiende un puente a los Derechos civiles hasta ahora forales, lo cierto es que el debate doctrinal sobre su interpretación, y, por lo tanto, sobre la magnitud de la competencia legislativa, es prolífico<sup>389</sup>. La controversia, a lo largo de los años, ha llegado a abarcar la totalidad del precepto, desde la limitación de las comunidades autónomas comprometidas en el *allí donde existan*, hasta la dimensión de la autonomía legislativa que confiere la prerrogativa de conservar, modificar y desarrollar su

---

denominar el Derecho civil respectivo. A decir verdad, la Compilación aragonesa (1967) y el Fuero Nuevo de Navarra (1973), a diferencia de las Compilaciones que les precedieron, ya habían prescindido ab initio de este adjetivo para identificar sendos Derechos. En los demás territorios aforados la supresión del calificativo especial tuvo lugar desde la Comunidad Autónoma, con ocasión del proceso de adaptación de las Compilaciones a los dictados de la Norma Suprema”.

<sup>388</sup> Resulta innegable que la implantación de este sistema competencial termina con la vía que se inicia en el año 1946 en el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza. RUBIO TORRANO, Enrique: “El artículo 149.1.8 de la Constitución y la reciente jurisprudencia doctrinal”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993, pp. 312 y 313, recuerda que “no parece correcto defender -como lo hacen los Magistrados Viver Pi-Sunyer y González Campos, en sus votos particulares (STC 2 marzo 93) que el ámbito del Derecho civil, foral o especial, existente en una Comunidad Autónoma se halle limitado sólo materialmente por la reserva competencial en favor del Estado que se recoge, dentro del 149.1.8, en el inciso “en todo caso”. Tal interpretación descansa en una concepción autonomista en materia competencial civil, propia de la Constitución de 1931, que mantuvo el borrador inicial de la actual Constitución y que, sin embargo, fue abandonada en el Congreso en el texto definitivo de la Ponencia, a favor de la opción foralista. Por ello, parece más ajustado sostener que son los conceptos “conservación, modificación y desarrollo” los que ofrecen la medida y el límite de las competencias atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas dictadas en ese ámbito por el legislador autonómico; la reserva “en todo caso” fija el ámbito material en el que no es posible siquiera la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, por ser éste de competencia exclusiva del Estado”.

<sup>389</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: “La codificación civil”, *Manual de Derecho Civil, I, Introducción y Derecho de la persona*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 46 y 47, detalla los pormenores de las diferentes corrientes doctrinales. También, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Los Derechos Civiles Forales en la Constitución”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1979, pp. 643-668., y “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, pp. 361 y ss.

propio Derecho civil, y aunque la doctrina constitucional ha tratado ambos ejes, tan solo el primero parece haber sido resuelto.

En este sentido, a pesar de que estrictamente la locución del artículo 149.1.8ª CE *allí donde existan* no sea en la actualidad susceptible de interpretación, debido a la clara doctrina constitucional al respecto, conviene retomar las posturas esgrimidas por el Alto Tribunal en aras a identificar las Comunidades Autónomas que dicho precepto competencial referencia. La doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la interpretación de dicha locución, concerniente a quiénes puedan asumir competencia civil, se inicia con las SSTC 121 y 182/1992. La primera resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos valencianos, mientras que la segunda, lo hace en relación a la Ley del Parlamento gallego 2/1986, de 10 de diciembre, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia. Ambas sentencias confirman que la titularidad de la competencia del artículo 149.1.8ª CE “alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación..., sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución”. Según eso, la conservación, modificación y desarrollo concierne a las Autonomías en las que, a la aprobación de la Constitución, hubiere normas civiles especiales y se mantengan vigentes. De ahí que, la competencia puede dar lugar a la recepción de posibles normas consuetudinarias, pues el matiz radica en la vigencia, no en su posible forma compilada.

Pero esta doctrina, inicialmente promocionada, acabará enclaustrada, si no frontalmente contradicha una vez que la Comunidad Valenciana, tras la oportuna modificación estatutaria, aprueba las Leyes civiles autonómicas 10/2007, 5/2011 y 5/2012, que el Gobierno recurre en su totalidad. A diferencia de lo rubricado previamente, las SSTC 82, 110 y 192/2016, declaran la nulidad de aquellas Leyes autonómicas y niegan la competencia ‘propia’ civil de las Cortes Valencianas ex artículo 149.1.8ª CE.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional recuerda la obligatoriedad de que toda Ley autonómica promulgada bajo la competencia del artículo 149.1.8ª CE no solo debe limitarse

a la materia integrada en el acervo normativo o consuetudinario de su Derecho civil histórico, sino que debe acreditar la existencia de alguna Ley o costumbre vigente a la entrada de la Constitución que en cierta medida lo avale. Elimina la posibilidad de recuperar Derechos civiles desaparecidos a la entrada en vigor de la Constitución Española y, por lo tanto, reduce la competencia de desarrollar su Derecho civil propio a aquellas Comunidades Autónomas consideradas, ya de acuerdo al Real Decreto de 2 febrero de 1880, como ‘regiones forales’, es decir, País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra.

Pero al margen de esta locución controvertida del artículo 149.1.8ª CE, sobre las autonomías aludidas a asumir la competencia legislativa de su Derecho civil, no pueda obviarse, tampoco, el debate en torno a la dimensión de la autonomía legislativa que confiere el sistema competencial al referenciar la posibilidad de *conservar, modificar y desarrollar* dicho Derecho. Ciertamente, el precepto constitucional que, en puridad, sólo realiza una distribución de las competencias entre el Estado y determinadas comunidades autónomas, abre el debate sobre el alcance preciso que ha de conferírsele a estas competencias y los topes del posible desarrollo de los ordenamientos civiles ‘periféricos’.

A este respecto, tal y como se ha señalado previamente, la doctrina se muestra dividida entre los que abogan por una interpretación literal y restrictiva del artículo 149.1. 8ª y los que, en contrario, consideran que el precepto referencia facultades mucho más amplias para las Autonomías. De acuerdo a la primera corriente, denominada ‘de mínimos’, la redacción de la disposición constitucional no admite mayor interpretación que la mera conservación del Derecho ya existente y, si acaso, su modificación actualizadora. El desarrollo se encuentra al margen de esta competencia constitucional<sup>390</sup>.

---

<sup>390</sup> Entre el sector doctrinal que comulga con esta interpretación, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1993, pp. 80 y ss., GARCÍA AMIGO, Manuel: “La competencia legislativa civil según la Constitución”, *El desarrollo de la constitución española de 1978*, 1983, pp. 499-528. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “¡Por fin, hacia...”, cit., pp. 1 y 2, cita, también, como exponentes de este discurso, a MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: “Prologo”, de la obra *Subsuelo: Hecho y Derecho*, de ALEGRE VILLA, Pamplona, 2008, p. 15, y a MOREU BALLONGA, José Luis: “La defensa del matrimonio por el joven profesor José Castán Tobeñas y el nacionalcatolicismo”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, vol. 2, pp. 1695 y ss.

En el polo opuesto a esta corriente reduccionista se sitúan los autores que defienden la interpretación más laxa del precepto constitucional, en favor del mayor desarrollo posible de sus ordenamientos: la también llamada corriente de ‘máximos’. Conforme al discurso de estos últimos juristas, el precepto permite una interpretación abierta de los términos *modificar* y *desarrollar*. Defienden, así, la posibilidad de regular nuevas áreas e instituciones del ámbito civil, sin importar si las mismas superan las lindes del Derecho civil foral previo, siempre y cuando no se invada alguna de las materias listadas tras el ‘en todo caso’ del artículo 149.1.8ª CE.

Una vía intermedia, se abre paso en el Congreso sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución (Zaragoza, 1981). De esta manera, las primeras conclusiones apuntan que las Compilaciones vigentes con anterioridad no representan restricción alguna para el ejercicio de la nueva competencia<sup>391</sup>.

Pasando a la doctrina constitucional, puede constatarse cómo ya desde las primeras sentencias al respecto, SSTC 88<sup>392</sup> y 156/1993<sup>393</sup>, resultan descartadas ambas interpretaciones extremas y se trabaja con el alcance de las expresiones *modificación* y *desarrollo*: mientras la STC 88/1993 sugiere la posibilidad de una ordenación legislativa en ámbitos civiles hasta entonces no normados, si se trata de ‘instituciones conexas’; la STC 156/1993 evidencia que el Derecho positivado en las Compilaciones puede ser alterado y extenderse a ámbitos ‘no totalmente ajenos’. Así, en palabras del Tribunal Constitucional, STC 88/1993, FJ tercero, el concepto constitucional de desarrollo “del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece (...) aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución

---

<sup>391</sup> A este respecto véase ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: “Congreso de jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución”, *Anuario de Derecho civil*, 1982, pp. 377-404.

<sup>392</sup> STC 88/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1392/1988. Promovido por el Gobierno de la Nación contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos.

<sup>393</sup> STC 156/1993, de 6 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 2401/1990. Promovido por el Gobierno de la Nación contra el artículo único del texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear, en la medida en que da redacción a los artículos 2, párrafo primero y 52 de dicho cuerpo normativo.

permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de ‘conservación’ y ‘modificación’, sino también de una *acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico* y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también *la vitalidad hacia el futuro*, de tales ordenamientos preconstitucionales”<sup>394</sup>.

De esta manera, la referencia, respecto de la inteligencia del artículo 149.1.8ª CE, viene a fijarse en la denominada postura intermedia, también conocida como de las instituciones conexas<sup>395</sup>. Es decir, la competencia de las autonomías en cuanto al desarrollo no es plena,

---

<sup>394</sup> ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: “El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, p. 19, refieren el hecho de que el Tribunal Constitucional en su sentencia 88/1993, de 12 de marzo, parece decantarse por la tesis intermedia, “aunque ciertamente la observación del desarrollo alcanzado por algún Derecho civil autonómico -favorecido, sin duda, por razones de oportunidad política- hace patente que no siempre se ha respetado la graduación que la misma requería”. Cimientan esta opinión en el Fundamento Jurídico 3º de la sentencia, el cual dispone que “la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a una inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”.

<sup>395</sup> Explica RONCESVALLES BARBER, Cárcamo: “La constitución y el Derecho civil”, *REDUR*, núm. 2, 2004, p. 49, que “el reconocimiento y asunción de la diversidad foral en materia civil hecho por la Constitución de 1978 ha procurado la revitalización y el desarrollo del Derecho foral, al atribuirse a los Parlamentos de las Comunidades Forales competencia legislativa en materia civil según lo descrito por el atormentado y barroco art. 149.1.8ª C.E. De otro, la facultad reconocida por la Constitución a todas las Comunidades Autónomas para asumir competencias en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en materias que de alguna manera se revelan propias de Derecho civil o estrechamente vinculadas con éste, ha provocado el surgimiento de un Derecho civil autonómico, no foral, que en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil foral coexiste con éste”.

También debe subrayarse la importancia de las sentencias emanadas del Tribunal Constitucional al respecto, puesto que este alto tribunal es el responsable de interpretar los límites del Derecho civil autonómico. Comenzando por la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, descrito por autores como “crucial a la hora de conformar una posición más clara, manifiesta y central” (BELLO JANEIRO, Domingo: *El ejercicio de...*, cit., p. 41.), se advierte que el límite de las materias civiles se encuentra, precisamente, en la *conexión* con instituciones ya reguladas previamente. Cabe la modificación y el desarrollo de los ordenamientos preconstitucionales, pero se exige un nexo entre los nuevos ordenamientos autonómicos y dichas regulaciones anteriores. Este criterio del Tribunal Constitucional se vuelve a exponer en la Sentencia 156/1993, de 6 de mayo, al reivindicar lo que la doctrina denomina la *interpretación intermedia*. Profundizan este campo, entre otros, BELLO JANEIRO, Domingo y FRAGA IRIBARNE, Manuel: *El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional: el caso gallego*, Madrid, Difusión Jurídica, 2010, pp. 25 y ss.; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: “La recuperación de la competencia legislativa en materia de Derecho civil”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, núm.

pues se encuentra limitada, en cierta medida, por una ‘conexión’ forzosa respecto al Derecho propio existente<sup>396</sup>. Para que una Comunidad Autónoma con competencia en materia civil pueda legislar y desarrollar una institución no regulada por su Derecho propio con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta Magna, la doctrina constitucional considera forzosa la existencia de una ligadura entre la institución que se desea regular en el presente y el ordenamiento civil previo. De esta suerte, todo desarrollo debe mantener una conexión orgánica, ya que no se permite ordenar un ámbito enteramente ajeno.

Sobre la interpretación que en sus ulteriores sentencias lleva a cabo el Tribunal Constitucional en torno a estos elementos o puntos de conexión<sup>397</sup>, puede concluirse que dicha apuesta por el crecimiento orgánico no ha sido desmentida. Aun así, como bien previó el Magistrado Don Julio Diego González Campos en su voto particular a la STC 88/1993, “este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho Civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abiertas no pocas interrogantes. Entre ellas, si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo del Derecho Civil debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota”<sup>398</sup>.

Dejando al margen el cariz político de los recursos de inconstitucionalidad planteados, no puede pasarse por alto el llamativo contraste entre dos resoluciones del Tribunal Constitucional, fechadas en el mismo año 2017. De un lado, la STC 95/2017, de 6 de julio, que homologa la Ley catalana 19/2015, donde se considera que la conexión, para la propiedad

---

18, 2006, pp. 15-24; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 17 y ss.

<sup>396</sup> Como recuerda BERIAIN FLORES, Irantzu: “Algunas reflexiones en...”, cit., pp. 547 y ss., esta conexión no debe superar en ningún caso las reservas específicas que en todo caso establece la Constitución a favor del Estado.

<sup>397</sup> El propio prontuario “Jurisprudencia Constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE” de la Secretaria General del Tribunal Constitucional, a abril de 2021, nos adelanta cuarenta seis sentencias en relación al ámbito competencial en relación al Derecho civil, con una media anual de más de una resolución por parte del alto tribunal.

<sup>398</sup> Apunta a este respecto BERIAIN FLORES, Irantzu: “Algunas reflexiones en...”, cit., pp. 552, que “no es lo mismo que el condimento necesario deba estar ligado al Derecho Civil, en general, a las materias que lo integran, en particular (familia, sucesiones, derechos reales etc.), o, que se determine conforme a su vinculación con instituciones concretas (filiación, cauces sucesorios, arrendamientos, régimen económico matrimonial etc.)”.

temporal y de la propiedad compartida, “puede extraerse del conjunto de ese ordenamiento, incluidos los principios que lo informan”, inscribiéndose en una interpretación ‘permisiva’, según algunos, constante en favor de Cataluña. De otro y para contraste, la STC 133/2017, de 16 de noviembre, que niega, a la regulación gallega de la adopción y de la autotutela (Ley 2/2006, de 14 de junio), la requerida conexión necesaria con norma alguna consuetudinaria o de la Compilación<sup>399</sup>. Declara la nulidad de dichos artículos por apreciar la inexistencia de una base sólida que permita tender un puente entre lo habido, aunque fuera de índole consuetudinario, y lo regulado. Se opta por aplicar el criterio de conexión de la forma más limitativa posible y exigir un nivel de prueba severo sobre dicha conexión.

Desde luego, no faltan los análisis que subrayan la elasticidad puesta de manifiesto en el enjuiciamiento constitucional de las normas catalanas, singularmente, a propósito de la STC 31/2010, que salva la redacción equívoca del artículo 129 del Estatuto de Cataluña, aun con la prescripción de traducirlo a la lectura de la ‘conexión: es válido siempre y cuando se entienda conforme a la doctrina consolidada, esto es, conforme a la tesis intermedia o de instituciones conexas. Esa misma generosidad hermenéutica ha vuelto a subrayarse con ocasión de la más reciente STC 132/2019, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de Libro VI -obligaciones y contratos- del CCCat y concluye, previa interpretación reductora de la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones, que la regulación autonómica impugnada no interfiere en la estatal y, por ello, no debe declararse inconstitucional, a excepción del art. 621.54.3 CCCat, regulador de un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos a través de un procedimiento notarial, que deviene inconstitucional porque constituye una norma procesal de resolución extrajudicial de conflictos, cuyo ámbito legislativo está reservado por el art. 149.1.6 CE a la exclusiva competencia del Estado<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Analiza y compara la doctrina constitucional esgrimida en ambas sentencias BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La destrucción de la obra codificadora”, *Revista jurídica de la universidad de León*, núm. 7, 2020, pp. 3-22.

<sup>400</sup> ASUA GONZALEZ, Clara: “Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37, 2020, p. 238, considera que “las claves de resolución en la sentencia son las esperables en un conflicto competencial relativo al derecho civil, pues, de un lado, se analiza la necesaria conexión con referencias normativas anteriores, y, de otro, si se han respetado ámbitos exclusivamente reservados al Estado en virtud del art. 149.1.8ª CE. En el caso, y por lo que atañe a los ámbitos de reserva estatal, se trata fundamentalmente de las bases de las obligaciones contractuales. Y posiblemente este se pueda ver como el aspecto más emblemático de la decisión, no solo porque es la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional aborda tan directamente la cuestión y con semejante envergadura, sino por el

Con todo, puede afirmarse que el criterio mantenido en estas últimas resoluciones es mucho más permisivo en el desarrollo y reconocimiento de la competencia legislativa de las CCAA con ordenamiento civil propio. Y es que, de acuerdo a la fundamentación que el propio Tribunal Constitucional mantiene en sus últimas sentencias, la conexión exigida entre lo desarrollado en el presente y lo existente al tiempo de aprobarse la Constitución, puede extraerse del conjunto de ese ordenamiento y, por lo tanto, también de sus principios informadores. Es decir, se obvia la necesidad justificativa de una conexión institucional precisa, y lo sustituye por una conexión espiritual de la norma: si la actual ley de desarrollo que se pretende promulgar responde a los principios generales del Derecho civil propio de esa Comunidad, aunque no case apegadamente con la normativa previa existente, y sea, por tanto, postconstitucional, esta nueva norma tendrá encaje constitucional.

Además, la nueva tendencia interpretativa del Tribunal Constitucional también parece romper con lo que hasta el momento se consideraba intocable, permitiendo alcanzar a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio de las competencias exclusivas que se reservan al legislador estatal en la segunda parte del artículo 149.1.8ª CE, a partir del ‘en todo caso’. Esta nueva posición jurisprudencial avala que pueda incidirse en dichas materias, siempre y cuando se respete el núcleo o las bases de la regulación estatal, y, por lo tanto, no la desvirtúen o la vacíen de contenido. Específicamente, en relación con las bases de las obligaciones contractuales, aunque para salvar la constitucionalidad se recurra a una interpretación ‘restrictiva’ de dichas bases.

La última sentencia relativa a la cuestión competencial, la STC 157/2021, de 16 de septiembre de 2021, referente al recurso de la inconstitucionalidad de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo, reitera la interpretación extensiva mantenida en la previa STC

---

modo en el que lo ha hecho. Pero la decisión también es muy destacable por lo que hace a sus valoraciones y posicionamientos en torno a la conexión. Tenía necesariamente que serlo, habida cuenta de la muy considerable diferencia entre el punto de partida normativo y el resultado de la actividad legislativa del Parlamento de Cataluña que se ponía en cuestión”.



132/2019<sup>401</sup> y viene a comprimir la reserva estatal, en particular, sobre las bases de la obligaciones contractuales y con relación a los registros públicos.

Concretamente y para el reajuste de dichas bases, el Alto Tribunal remarca y subraya la doctrina enunciada en la STC 132/2019. Así, recuerda cómo el Estado no ha procedido a fijar esas bases, dando a entender que esa inactividad no puede perjudicar el desarrollo del Derecho civil propio y asegura que “en materia contractual solo deba considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos”<sup>402</sup>. Y haciendo hincapié en que, en la operación de inferencia de las bases, no significa considerar que todas las normas contractuales contenidas en el libro IV del Código Civil lo sean, antes al contrario, el art. 149.1.8 CE está aludiendo al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación<sup>403</sup>.

Finalmente, la STC 157/2021 ha tenido que empezar a perfilar el significado de la reserva estatal a propósito de la ordenación de los registros e instrumentos públicos, aclarando que únicamente corresponde al Estado la competencia para determinar los efectos de la

---

<sup>401</sup> Es interesante observar cómo reitera la idea de desarrollo del Derecho civil propio, reproduciendo la doctrina de la STC 95/2017, de 6 de julio: la competencia legislativa autonómica comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.

<sup>402</sup> ‘Básicas’, “solo lo serán aquellas reglas que contengan los elementos esenciales que garanticen un régimen contractual común para todos los ciudadanos”; esto es “las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de este sector (mutatis mutandis, STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4).

<sup>403</sup> En esa concreción de las bases de las obligaciones contractuales “puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores”.

inscripción registral y lo referente a los actos y negocios jurídicos que pueden acceder al registro<sup>404</sup>.

Así, mientras el Derecho civil autonómico respete los principios esenciales que inspiran la regulación estatal, en lo relativo a las competencias estatales exclusivas, parece que el desarrollo autonómico no encuentra mayores limitaciones. Este nuevo escenario vuelve a abrir el debate doctrinal sobre la interpretación del artículo 149.1.8ª CE, por lo que, previsiblemente, dependiendo de la voluntad de los legisladores autonómicos para continuar desarrollando su Derecho civil, emergerán nuevos recursos por parte de la Abogacía del Estado y consiguientes resoluciones del Tribunal Constitucional; que, de una vez por todas, debería posicionarse, de forma clara y exhaustiva, al objeto de poner fin a esta larga y compleja contienda<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> Por ello, “las comunidades autónomas con competencias en materia de derecho civil pueden incluir en sus regulaciones cuestiones relacionadas con el acceso a los registros, siempre que se vinculen con sus competencias en materia de conservación, modificación o desarrollo de su derecho civil propio y no suponga con ello inmiscuirse en la ordenación sustantiva de los registros públicos. Esto es, siempre que no incidan en la regulación del registro ni en la de Ja protección que la inscripción registral otorga o la publicidad que deriva de la referida inscripción ni tampoco en la determinación de los actos y negocios jurídicos susceptibles de ser protegidos de ese modo”.

<sup>405</sup> En este punto resulta interesante traer a colación la propuesta de futuro para la reestructuración del reparto de competencias en materia de Derecho civil que realiza GARCÍA RUBIO, María Paz: “Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2017, pp. 1-33.

**CAPÍTULO II**  
**«EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA**  
**SUCESIÓN FORZOSA VASCA»**

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en adelante Ley 5/2015, publicada en el Boletín oficial del País Vasco el 3 de julio de 2015, pero en vigor desde el 3 de octubre del mismo año, tal y cómo establece su disposición final, supone una novedosa regulación del ordenamiento privado vasco. Adquiere una indiscutida centralidad la implantación, por parte del legislador autonómico, de una vecindad civil común hasta ahora desconocida para la ciudadanía de los tres territorios históricos; en otras palabras, el nuevo articulado establece una vecindad civil vasca, común, para el conjunto de la ciudadanía del País Vasco. Así, el ordenamiento civil vasco supera la fragmentación previa y se suma a aquellos ordenamientos autonómicos con un Derecho civil propio que establecen una misma vecindad civil para el conjunto de su territorio.

Como asegura la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, la actuación legislativa unificadora *“ha podido elaborarse con plena libertad y sin plantearse las dudas competenciales en las que se desarrolló la de 1992, y pudiendo aspirar a mirar más allá, siempre dentro de los límites delimitados por la jurisprudencia constitucional, el buen sentido y el mejor provecho de todos. Y todo esto, siempre con la clara idea de mantener vivo y aprovechar el legado del Derecho tradicional y consuetudinario, pero con la vista puesta en el mundo de hoy y en un país como el vasco, que tiene una gran actividad comercial e industrial, y no puede identificarse con la sociedad rural de hace unos siglos a la que la formulación original de aquel derecho respondía”*. Por lo tanto, una doble coyuntura justifica y permite esta actuación legislativa: la competencial, prevista en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en conformidad con el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española, y la requisitoria, en la que se demanda una regulación común, para todo el ámbito territorial y personal de la Comunidad Autónoma Vasca, de aquellas instituciones que continúan respondiendo a las necesidades de la ciudadanía<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> Sobre el ámbito competencial autonómico, véase, KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: “Derecho privado y foralidad: atribución competencial”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 111 (mayo-agosto 2018), pp. 103-142.

Sin embargo, el punto de partida para esta transformación del ordenamiento jurídico vasco no surge de forma espontánea y, en este sentido, varias han sido las etapas que destacan en el trayecto de fraguado de esta nueva Ley. Puede decirse que el camino se inicia, o mejor dicho, continúa -pues no debe obviarse que desde la promulgación de la Ley 3/1992 el estudio del Derecho civil vasco no cesa como bien lo demuestran los congresos, las jornadas y los diversos espacios dedicados a su análisis- con la Ponencia parlamentaria de 25 de mayo del 2006, que recibe el respaldo de todos los Grupos parlamentarios<sup>407</sup>. Si bien esta tentativa no culmina en una actuación normativa, debido a la finalización de la VIII legislatura del Parlamento Vasco, las seis sesiones que tienen lugar entre junio de 2007 y marzo y mayo de 2008, y, sobre todo, las 18 comparecencias de expertos que las conforman, reflejan las cuestiones esenciales que futuras intervenciones legislativas debieran abordar. Se debate, entre otra serie de aspectos, sobre la extensión territorial de la Ley 3/1992, la proyección al conjunto de la Comunidad autónoma de la libertad dispositiva ayalesa o la posible legislación por etapas, emulando las experiencias catalana y aragonesa.

Este revés a la Ponencia bloquea temporalmente la reforma del Derecho civil vasco, y hasta la X legislatura del Parlamento no vuelve a activarse ‘el procedimiento reglamentario oportuno para aprobar la reforma del Derecho civil vasco’; justamente, con la proposición no de ley relativa a la actualización del Derecho civil vasco, del 16 de enero de 2013. Se apuesta, de nuevo, por constituir una Ponencia, pero, en esta ocasión, con un cronograma más constreñido: se inicia un proceso consultivo, pre-normativo, de 6 meses, en el que, tras solo dos sesiones informativas<sup>408</sup>, se solicita al Letrado del Parlamento la elaboración de una propuesta de texto de resolución que culmina el 22 de noviembre de 2013, con el *Informe*

---

<sup>407</sup> Para ahondar en las circunstancias de esta etapa puede acudir a los trabajos de GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Del Derecho Foral al Derecho Civil Vasco”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 21, 2011 y MONREAL ZIA, Gregorio: “Codificación civil y legislación foral de Bizkaia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013.

<sup>408</sup> En la primera sesión, de 4 de junio de 2013 se personaron Andrés Urrutia (vicepresidente de la Academia Vasca de Derecho), Mario Martínez de Butrón (decano del Colegio Notarial del País Vasco), Nazario Oleaga (decano del Colegio de Abogados de Bizkaia y vicepresidente del Consejo General de la Abogacía), Germán Barbier (decano territorial del País Vasco del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil) y María Gomeza Villa (notaria de Llodio). En la segunda sesión, que tuvo lugar el día 14 del mismo mes, comparecieron los Profesores del Departamento de Derecho Civil de la UPV/EHU Jacinto Gil, Gorka Galicia y Leire Imaz.

*elaborado por la ponencia para la actualización del Derecho Civil Vasco*<sup>409</sup>. En los meses siguientes a la emisión de este informe se requieren aportaciones escritas a las personas comparecientes y, tras esta ronda de consultas formales, el Presidente de la Ponencia da por concluida, el 18 de junio de 2014, la etapa inicial de asesoramiento externo.

Comienza, ahora sí y con asombrosa celeridad, en escasos cuatro meses del año 2015, la tramitación parlamentaria de la que será la Ley 5/2015: el 10 de marzo se registra la *Proposición de Ley de Derecho civil vasco*, por parte de los portavoces de los Grupos Nacionalistas Vascos, Socialistas Vascos y Popular Vasco, que recibe el 1 de abril el criterio favorable para su admisión de manos del Gobierno Vasco<sup>410</sup> y la aceptación del Pleno por unanimidad el 23 de mayo. Se presentan cinco enmiendas por el Grupo EH Bildu, dos de ellas se resuelven mediante transacción mientras que las tres restantes son desechadas. El dictamen resultante se eleva a pleno para su aprobación el 25 de junio de 2015, en el que se rechazan las tres enmiendas mantenidas y se aprueba la iniciativa registrada con los votos a favor de los grupos firmantes de la proposición y la abstención del resto de grupos. Nace, de

---

<sup>409</sup> Sobre el contenido de este informe indica OSÉS ABANDO, Josu: “Autogobierno y Derecho civil vasco: el rol del Parlamento Vasco”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, p. 124, que “carece de valor jurídico vinculante, lo cual no empaña lo más mínimo su significado político de mandato al propio Parlamento con las siguientes orientaciones a seguir: a) Se propone el establecimiento de una hoja de ruta que articule una política legislativa para trasladar el vetusto DCV a la categoría de ordenamiento jurídico del siglo XXI. b) El Parlamento se auto convoca para la elaboración de una proposición de ley de origen exclusivamente parlamentario, esto es sin abdicar lo más mínimo del protagonismo que le corresponde. c) Se reconoce al DCV como acervo *iusprivatista* del Pueblo Vasco, conservado históricamente por el esfuerzo de los diversos operadores jurídicos y por la sociedad vasca. d) Se asume y respeta el acervo jurídico en euskera y se destaca la necesidad de actualización de este léxico jurídico. e) Se recalca el reconocimiento de la labor legislativa producida, aunque también se insiste en el carácter provisional y en las leyes de partida de la década de los años 90. f) De entre las diferentes alternativas posibles –algunas de ellas expuestas en las comparecencias–, se opta por un método de trabajo bien concreto con un objetivo diáfano: la aprobación de una ley como núcleo general básico vertebrador del DCV, basada en la vecindad civil, abierta a la extensión a nuevos contenidos, yendo decididamente a la superación del archipiélago jurídico y mediante la interlocución directa e inmediata con profesionales y expertos”.

<sup>410</sup> El escrito que presenta el Gobierno Vasco razona su posicionamiento ante la reforma del Derecho civil vasco; “proclama preliminarmente su firme compromiso con la conservación, modificación y desarrollo del DCV como “elemento básico de expresión de nuestro autogobierno”. A continuación “se valora muy positivamente el amplio consenso suscitado a lo largo de todo el laborioso y nada fácil proceso (...) y el propio hecho, que no suele ser habitual, de que aparezca suscrita conjuntamente por tres grupos parlamentarios de la Cámara”.

En cuanto al contenido se señala su carácter “profundo y ponderado” a partir los cuales se mantiene el legado de nuestro derecho, pero con la vista puesta en el derecho aplicable en los ámbitos vasco, estatal y comunitario, con vocación de vigencia en toda la CAPV”. OSÉS ABANDO, Josu: “Autogobierno y Derecho...”, cit., p. 126.

esta manera, y con vocación de enmendar las carencias de su predecesora, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco<sup>411</sup>.

En cuanto al ámbito territorial de la Ley, como se ha ido advirtiendo, una de las premisas clave de esta reforma del Derecho civil vasco es la de constituir un régimen uniforme por el que la Ley 5/2015 “*se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto*” (art. 8 LDCV). El afán del legislador vasco por recalcar expresamente la eficacia territorial de su nueva Ley no se motiva, únicamente, en la fragmentación del territorio en varios y diversos ordenamientos jurídicos que coexisten aumentando la conflictividad<sup>412</sup>. La necesidad de ahogar toda incertidumbre sobre la propia competencia del Parlamento vasco para llevar a cabo dicha expansión del Derecho civil, hasta ahora denominado ‘foral’, también influye en esta redacción tan reiterativa respecto de la propia competencia<sup>413</sup>.

---

<sup>411</sup> Al tratarse de una Ley reciente, conviene acompañar su estudio con lo recogido en la “Evaluación de situación del Derecho civil vasco 2015-2018, situación del Derecho civil vasco tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, efectuada por la Comisión de Derecho civil vasco y publicada el año 2021. Tal y como se recoge en dicho documento “el objetivo de esta investigación pasa por “ser una primera aproximación para valorar la situación de partida del Derecho civil vasco, en este momento crucial de su desarrollo, sobre la experiencia práctica desde la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco y las demás leyes que recientemente han avanzado en la línea de su desarrollo, con el fin de alimentar las reflexiones y debates que puedan producirse en la Comisión”.

<sup>412</sup> Mantiene esta opinión GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 5, al advertir que “la mayor parte de ordenamientos civiles autonómicos no se encuentren previsiones similares, sino, a lo sumo, normas que recuerdan la eficacia territorial del Derecho civil propio al único fin de salvar la existencia de puntuales excepciones: muy especialmente, de las que representan las situaciones que deban regirse por el estatuto personal (así, en materia de Derecho de familia y sucesiones) y cualesquiera otras normas de extraterritorialidad (arts. 111.3.1 del Código Civil de Cataluña –CCCat.- y 3 de la Ley de Derecho Civil de Galicia –LDCG-)”.

<sup>413</sup> En este sentido, el Dictamen de Consejo de Estado 1537/1992, de 27 de mayo de 1993, sobre la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral, cuestiona, en relación a la delimitación territorial de la Ley 3/1992, si la expresión “allí donde existan” contenida en el art. 149.1.8ª CE debe actuar como límite territorial a la competencia de las asambleas autonómicas, pero concluye que tal expresión debe entenderse referida no al concreto espacio geográfico de una institución foral sino a la totalidad del territorio autonómico, de suerte que el ámbito territorial sujeto al Derecho foral podía extenderse o modificarse dentro de la comunidad autónoma en tanto en cuanto existiera, en aquellos territorios a los que se extendía, una conexión con los elementos identificadores del Derecho civil foral o especial, como efectivamente ocurre en la CAV, en la que históricamente se ha aplicado el Derecho foral, en parte de las villas sometidas al Derecho común (Bizkaia), como puso de manifiesto el Consejo de Estado.

Debe argumentarse, en defensa de dicho título competencial, que el ya mencionado artículo 10.5 del Estatuto Vasco dispone que *“la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva”* para la *“conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”*. No resulta baladí, por tanto, la incorporación del último enunciado por el que se confiere legitimidad a la CAV para definir el ámbito territorial de su Derecho civil propio, pues es esta legitimación la que fija la competencia del Parlamento vasco para la constitución de una vecindad civil que supera la anterior, unificándola territorialmente. En la misma línea, cabe sostener que la propuesta del legislador vasco encuentra asiento en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación al término ‘desarrollo’ de los Derechos civiles autonómicos.

La interpretación delineada por el Tribunal respecto del alcance de lo contenido en el artículo 149.1.8ª CE permite el crecimiento orgánico de dichos ordenamientos: la competencia autonómica no se limita al contenido presente y permite su expansión siempre que medie conexión con figuras normadas a la entrada en vigor de la Constitución, al entender que *“no pretende esta ley agotar ahora todo el posible campo de desarrollo del Derecho civil foral vasco, que será paulatinamente ampliado a nuevos campos por otras leyes que puedan ser dictadas por este Parlamento en función de las diferentes necesidades y las demandas sociales de cada momento, dentro del marco competencial arriba descrito, así como, tal y como ya se ha dicho, por la vía de la costumbre y los principios generales del Derecho civil foral, como fuentes del Derecho”* (Exposición de Motivos de la LDCV)<sup>414</sup>.

---

<sup>414</sup> En lo relativo al paulatino desarrollo del Derecho civil vasco debe indicarse que el Consejo de Gobierno del País Vasco, el día 1 de junio de 2021, ha probado el Proyecto de Ley del Recurso de Casación civil vasco. Un anteproyecto que de acuerdo al dictamen 189/2020 de COJUA, p. 14, “en cuanto al soporte competencial, ninguna duda suscita la competencia de la CAPV para el dictado de una ley que regule el recurso de casación civil vasco, a tenor de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 10. 6 de su Estatuto de Autonomía en materia de “Normas procesales y de procedimientos administrativos y económico administrativo que se deriven de las especialidades de derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco”. Así lo corrobora la STC 47/2004, de 25 de marzo, que encuadró competencialmente la regulación autonómica del recurso de casación del derecho civil gallego “sin ninguna dificultad” en el ámbito competencial “legislación procesal”, cuyas reglas de distribución traza el artículo 149.1 6 de la CE, que reserva dicha legislación procesal al Estado como competencia exclusiva, “... si bien dicha reserva no es plena ni absoluta, en tanto en cuanto el citado precepto constitucional permite un espacio de normación a las Comunidades Autónomas, al señalar ‘sin



Respecto al ámbito personal de la Ley 5/2015, el artículo 10, junto con la Disposición Transitoria Séptima, es el responsable de instaurar la novedosa vecindad civil vasca y concluir, a pesar de ciertas particularidades que continúan vigentes en el articulado, con la fragmentación que históricamente ha padecido el territorio vasco en cuanto a la adscripción civil de la población<sup>415</sup>. De esta suerte, tras la unificación de los cinco estatutos jurídicos previstos en la anterior Ley 3/1992<sup>416</sup>, se establece una vecindad común para todo el territorio vasco, que “*se adquiere, se conserva y se pierde conforme a las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales*”.

Sin embargo, sí se preservan, en cierta medida, una serie de vecindades civiles ‘locales’ que responden, precisamente, a la conservación de instituciones que les son propias a esos territorios “*como ocurre con la libertad de testar ayalesa, o la troncalidad y el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio vizcaíno*” (Exposición de Motivos de la LDCV). Así, la perduración de normas a modo de subordenamientos particulares implica mantener, singularmente, la diferenciación de la ciudadanía; la vecindad civil vasca responde a la actual

---

perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden [el orden procesal] se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

A este respecto, también merece atención la tesis doctoral en euskera de FIDALGO ASTIGARRAGA, Mikel Tomas: *Euskal Zuzenbide zibilarri dagokion Zuzenbide jurisdikzionala: lege data eta lege ferenda azterketa*, 2020, que en sus pp. 352 y ss., que tras su análisis exhaustivo del derecho procesal relativo a al DCV, elabora una propuesta *lege ferenda*, precisamente, en torno a la casación vasca.

<sup>415</sup> Sobre esta fragmentación cabe destacar que su predecesora en el tiempo, esto es, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil Foral del País Vasco, mantenía, dentro de su estructuración por libros, otros tantos regímenes particulares para cada uno de los Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma Vasca. A esta división, se le adicionaba, para los territorios vizcaíno y alavés, que su respectivo ámbito de aplicación espacial no se extendía a la totalidad de dichas provincias, sino que era más limitado: mientras el Fuero de Bizkaia regía únicamente en la parte que, dentro de este Territorio Histórico, se conoce con el nombre de “Infanzonado” o “Tierra Llana”, el Derecho alavés concentraba su vigencia en la denominada “Tierra de Ayala”. En el resto de Álava y Bizkaia era aplicable la legislación civil general, mayoritariamente, el Código civil español (si bien en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio regía, por razones históricas, el Fuero vizcaíno: art. 146 LDCF). Por su parte, el Fuero guipuzcoano (desarrollado mediante Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la LDCF) tampoco resultaba de aplicación a todos aquellos sujetos que hubiesen obtenido vecindad civil en Gipuzkoa, sino solo a quienes, habiéndola obtenido allí, fuesen a la par propietarios de un caserío ubicado en dicha delimitación geográfica.

<sup>416</sup> El pertinente al CC, los tres estatutos regulados en la LDCF para cada uno de los Territorios Históricos y un quinto previsto para los vizcaínos no infanzones, toda vez que el art. 13 LDCF les reconocía la posibilidad de testar mancomunadamente y por comisario, eximiéndolos, en consecuencia, de las prohibiciones contenidas en los arts. 669 y 670 del Código civil.

vecindad civil ‘común’, mientras que para la aplicación de normas limitadas a ámbitos espaciales concretos se requiere de una vecindad civil ‘local’.

En lo relativo al ordenamiento sucesorio que establece la Ley 5/2015 también se advierte que la actuación legislativa unificadora está, ciertamente, presente. A los cinco sistemas legitimarios existentes en la Ley 3/1992<sup>417</sup> los sucede una única legítima, que tan solo rompe su homogeneidad con la conservación de la troncalidad del Fuero vizcaíno o la libertad de disposición propia del territorio ayalés. Pero dejando de lado ambas singularidades y adentrándonos en el sistema legitimario ‘común’ que propone la Ley 5/2015 para la ciudadanía con vecindad civil vasca, se esboza una legítima de naturaleza colectiva, prevista únicamente en favor de los descendientes y de cuantía reducida. Además, el articulado dispone, para el cónyuge viudo o miembro supérstite de la pareja de hecho, un derecho de habitación sobre la vivienda familiar que se adiciona a su legítima usufructuaria. En este sentido, realizando un cotejo con la propuesta normativa de la predecesora LDCFPV, las variaciones destacan en tres apartados.

En primer lugar, se suprime la legítima reservada para las personas ascendientes, que dejan de ostentar la condición de legitimarios, aunque continúan atesorando la cualidad de parientes tronqueros y de sucesores legales para los supuestos de sucesión legal. En segundo lugar, se realiza una reducción de la cuantía legitimaria reservada a los descendientes, que pasa a constituir un tercio del caudal, en contraste con los dos tercios del Código civil o cuatro quintos del Fuero de Bizkaia contenido en la ya derogada Ley 3/1992. En tercer y último apunte, se abandona el seccionado recurso a la legítima individual para expandir a todo el territorio autonómico una legítima de naturaleza colectiva, arraigada durante siglos en Bizkaia, en la que prima la libertad de distribución de la porción reservada entre las personas

---

<sup>417</sup> El atomizado panorama jurídico que padeciera la CAV hasta el pasado 3 de octubre de 2015 también tenía reflejo en el ámbito de las limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte, pudiendo detectarse en su seno la concurrencia de hasta cinco sistemas legitimarios diferentes: mientras en la mayor parte de su territorio regía el esquema del Código civil, en Gipuzkoa, el Infanzonado vizcaíno y la Tierra de Ayala se aplicaban unos sistemas particulares y específicos contemplados en la LDCF de 1992. De entre estos, solo los dos últimos establecían una regulación completa, puesto que el Fuero guipuzcoano se limitaba en realidad a modular y flexibilizar la disciplina del Código civil aplicable por entonces en dicho Territorio Histórico a fin de permitir la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano al causante que así lo deseara.

legitimarias. Sin embargo, los cambios que pretende operar la Ley 5/2015 no cabe calificarlos de menores, por lo que un análisis pormenorizado resulta indispensable. De esta manera, a lo largo del capítulo que aquí se introduce se tratará de ahondar en los nuevos planteamientos que se recogen en el articulado de la LDCV y de bosquejar, así, el nuevo régimen legitimario vasco<sup>418</sup>.

## II. EL MARCO CONCEPTUAL LA LEGÍTIMA

### 1. La definición actual de la legítima ‘unificada’

Como se colige a lo largo del primer capítulo de la presente memoria doctoral, los sistemas familiares de protección han evolucionado de manera dispar, no solo en Europa sino también en el seno de la propia Península Ibérica. De esta forma, si bien los ordenamientos peninsulares parecen haber optado por sistemas sucesorios asentados en la institución de la legítima, como figura de amparo para la familia, lo cierto es que aún continúan vivos ciertos vestigios normativos que recuerdan a la organización sucesoria germana y a su reserva hereditaria.

La nueva Ley 5/2015, por su parte, parece apostar, en un principio, por una legítima cuasi justiniana que tan solo protege el valor de una cuota del caudal, aunque, como se detallará

---

<sup>418</sup> En reflexión de GIL RODRIGUEZ, Jacinto: “El derecho civil vasco como ‘precedente cronológico’”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 221-222, “considero que es obligado reconocer que la *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco* ha elegido el rumbo del viejo desiderátum, esto es, la generalización de un estatuto civil común para los vascos. Y por si ello fuera poco, a la vez, ha materializado un significativo *esfuerzo de modernización* de los viejos moldes o, si se prefiere, una inteligente reutilización de los añejos odres, para ponerlos al servicio de otros caldos: *los valores personales*. *Permanecen*, ciertamente, los esquemas de antaño (mancomunado, fiducia y pacto; también, la legítima ‘colectiva’ en obsequio a una mayor disponibilidad por parte del causante), *pero* –aquí el acierto pleno– esos mismos bosquejos dogmáticos *han sido enucleados* de su primigenia función e *instalados en un nuevo tiovivo*, según afortunada imagen y descripción del conjunto sucesorio vasco acuñada por la Profesora Leire Imaz Zubiaur.

Dicho de otro modo. Es evidente que aquellas *instituciones* relativamente altruistas, finalistas o *funcionalizadas* a la mayor gloria y riqueza del viejo esquema familiar han transmutado en *ropajes estrictamente personalistas* (cuando no egoístas), para atender a la muy extendida –si no ‘globalizada’– directriz contemporánea: la denominada *emergencia de la protección prioritaria del individuo frente a, y por encima de, la institución*.

Ahora, queda concienciarnos de que, en efecto, se trata de otro tiovivo, porque su eje de rotación es, en adelante, la autonomía de cada persona, individualmente considerada. A todos nos corresponde extraer las consecuencias del nuevo giro y averiguar dónde han de situarse los oportunos contrapesos”.

más adelante, dicho corte romano postclásico no se encuentra lo suficientemente definido en la norma autonómica como para poder afirmarlo rotundamente. Así, el concepto de la nueva legítima vasca se supedita al análisis, necesario, de su carácter y naturaleza, pues ambos elementos fijan las singularidades que la diferencian tanto del régimen contenido en el Derecho común como de la normativa recogida en el resto de ordenamientos civiles autonómicos.

### *1.1 El carácter relicto de la legítima*<sup>419</sup>

El capítulo segundo de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, bajo el título “(d) *e las limitaciones a la libertad de testar*” -si bien correspondería reemplazarlo por el ‘de las limitaciones a la libertad dispositiva’ en aras a incluir en la alocución tanto los pactos sucesorios como la sucesión a través de tercero-, divide en un total de once artículos la sección pertinente a la institución de la legítima. Así, en un orden inverso, que continúa con la tradición de la anterior regulación<sup>420</sup>, tras determinar, en el artículo 47, quién ostenta la

---

<sup>419</sup> Si se pretende indagar en profundidad la figura de la legítima, resulta necesario delimitar, primeramente, los conceptos de carácter y naturaleza, pues su uso a lo largo de los diferentes apartados no resulta fortuito. Aunque ambos términos parecen tener idéntico significado, ‘carácter’ es utilizado para referenciar al conjunto de cualidades o circunstancias propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que la diferencia, por su modo de ser u obrar, de las demás. Mientras, el término naturaleza, hace hincapié en el principio generador del desarrollo armónico y la plenitud de cada ser, en cuanto tal ser, siguiendo su propia e independiente evolución (*Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Madrid, 2014). Por este motivo, de aquí en adelante, el término carácter se reservará para señalar aquella parte de la legítima que guarda relación con sus propias características pero que no llega a adentrarse en la propia esencia. Por el contrario, al entender que la locución de naturaleza está más ligada a lo inherente, al tuétano de la institución, se mantendrá para discutir aquello que resulta inamovible y que crea el propio ser de la legítima.

Esta diferenciación también puede encontrarse en las obras de autores que trabajan la legítima en diversos derechos pirenaicos, entre otros, SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en Aragón”, *RDCA*, XVI, 2010, pp. 67-134, o GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., pp. 275 y ss.

<sup>420</sup> Tal y como hiciera la anterior LDCF, y en oposición a las regulaciones que sí ofrecen, detalladamente, una definición para la institución de la legítima, la LDCV mantiene un orden inverso de los artículos, enumerando, primeramente, a las personas legitimarias, para, posteriormente, dar a conocer la descripción de la legítima. En este sentido, se dan por sabidos, al hacer lectura del artículo 47, cuáles son los parámetros de la legítima vasca. Caso contrario es el de la regulación catalana, que en el artículo 451 del CCCat define, acertadamente, la institución para después esclarecer quiénes son los sujetos legitimarios. Este principio de *iura novit* también se traslada, a mayor escala, al orden sistémico de las materias, pues en relación a la legítima, en palabras de GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa: planteamiento general”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, p. 399, “la Ley regula la institución en el capítulo segundo del título II (referido a las sucesiones) tras abordar en el primero la “sucesión testada”. No obstante, es de suponer que, en tanto que acota la libertad de disposición *mortis causa*, la legítima también

cualidad de persona legitimaria, pasa a conceptualizar el término de la legítima en el artículo siguiente, el 48, estructurando su descripción en cinco apartados.

Dispone la nueva Ley que la legítima “*es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo*”. No se puede negar que la voluntad de la cámara legislativa de definir la institución de la legítima constituye, en sí misma, un avance respecto a la norma anterior, que tan solo detallaba a lo largo de su articulado el aspecto cuantitativo de la porción reservada a las personas legitimarias. Sin embargo, la disposición del artículo 48 no puede considerarse una definición completa de la institución legitimaria: no desvela, con la claridad y precisión debidas, ni su carácter ni su esencia<sup>421</sup>.

De hecho, la propia doctrina se atreve a sugerir que nuestro breve entramado normativo esboza hasta tres nociones discrepantes entre sí respecto de esta nueva legítima; no se llega a esclarecer si se trata de una cuota *pars hereditatis*, o si, por el contrario, se nos presenta una innovadora legítima *pars valoris* o, en su caso, una más conservadora *pars bonorum*. Debemos recordar que la tarea de fijar, de forma minuciosa, este carácter de la nueva legítima resulta imperiosa para poder delimitar sus contornos, pues cada una de estas concepciones

---

debe ser respetada por los otorgantes de pacto sucesorio, negocio jurídico que paradójicamente se regula después, en el capítulo tercero. Ocurre además que dicha ubicación sistemática revela una concepción muy tradicional de la figura, entendida, según acabo de indicar, como una limitación a la libertad del causante. Luego el énfasis normativo se pone antes en lo que de freno comporta la legítima para el *de cuius* en lo que de derecho supone para el legitimario. La doctrina más moderna advierte, empero, que no cabe ignorar esta última vertiente del instituto, especialmente porque a través de ella se aprecia que se trata de un derecho subjetivo también presente en las hipótesis de delación legal o intestada”. Esta propuesta de ubicar la legítima fuera de la sede de la sucesión testamentaria también es apoyada por la doctrina catalana, que no entiende la institución únicamente como un límite a la libertad de testar, por lo que se le ha otorgado, dentro del CCCat, título propio denominado ‘Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley’. Al respecto, VAQUER ALOY, Antoni: “La legítima en el Derecho civil de Cataluña”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 471 y ss.

<sup>421</sup> La tinta vertida sobre la incorrecta definición que se realiza en el Código civil sobre el carácter de la legítima española parece no haber hecho plantear a la cámara vasca un enunciado más cuidadoso. Recordemos que el Código define la legítima en su artículo 806 como “*la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”. En este sentido, la confusión entre los conceptos de persona legitimaria y *heres*, al que además se añade el calificativo de ‘forzoso’, provoca que la dificultad por definir qué se entiende por legítima y cuál es su naturaleza se haya acrecentado. Como bien indica POLO ARÉVALO, Eva María: “Concepto y naturaleza...”, cit., pp. 345 y ss., “de la literalidad del precepto podría concluirse que ésta se configura como una *pars hereditatis*, por atribuir al legitimario la cualidad de heredero forzoso, teniendo por tanto derecho a una parte alícuota de la herencia”.

describe la institución legitimaria de una forma distinta, atribuyéndole cualidades dispares. Es por ello que, a continuación, se presentan, brevemente, las líneas generales de cada uno de los distintos moldes en los que puede tener cabida la nueva legítima vasca.

Comenzando con la acepción de la legítima como *pars hereditatis*, esta se constituye como una parte de la herencia, por lo que, en consecuencia, toda persona legitimaria debe resultar instituida heredera; la legítima, al tratarse de una porción de la herencia, atribuye el derecho a una parte alícuota tanto del activo como del pasivo, es decir, la persona legitimaria sucede al *de cuius* en la titularidad de todas sus relaciones jurídicas activas y pasivas. En opuesta dirección se encuadra la concepción de la legítima como *pars valoris*, que considera la institución como un derecho de crédito de la persona legitimaria frente al caudal hereditario. De acuerdo a esta variante, la posición que resulta para la persona beneficiaria es la de mera acreedora; no adquiere sino un crédito contra el *heres* de carácter puramente personal, sin ataduras respecto del caudal relicto. Finalmente, la legítima entendida como *pars bonorum* describe la institución como una parte de los bienes relictos que, por cualquier título, debe recibir la persona legitimaria, ostentando esta última una cotitularidad del caudal hereditario líquido en tanto su legítima no le haya sido satisfecha. Así, salvo en excepcionales supuestos en los que se prevé recibir el valor económico de esa parte, la legítima grava los bienes relictos, que, mediante cualquier título, garantiza su percepción<sup>422</sup>.

---

<sup>422</sup> Tras este análisis de las posibles concepciones que recibe la figura de la legítima (véase para mayor profundización LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho...*, cit., pp. 316 y ss.), se considera necesaria una comparativa de los diferentes ordenamientos sucesorios que se presentan en el orden legal español, pues teniendo en cuenta la existencia de siete regulaciones sucesorias, las alternativas que cada una de ellas propone en su sistema legitimario pueden ayudar a esclarecer el carácter de la legítima vasca.

Comenzando por la legítima que se describe en el Código civil, es decir, el **ordenamiento estatal**, la doctrina se encuentra dividida, tal y como se ha adelantado, debido a una poco afortunada definición de la institución. Así, acerca de la naturaleza de la legítima, históricamente, se observan posiciones encontradas: ciertos autores defienden la condición de heredero del legitimario (fundamentando su argumentación en una estricta lectura del articulado del Código civil); otros apoyan la visión de una persona legitimaria con cualidad de acreedora (la influencia del Código civil alemán secundaría esta corriente); incluso hay quien entiende la legítima como un derecho de garantía sobre los bienes relictos (ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>: “La naturaleza jurídica de la legítima”, *RDP*, vol. XXVIII, 1944, pp. 185 y ss.). Sin embargo, tras la reforma que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, es doctrina mayoritaria que la legítima en el Código civil se conceptúa como una *pars valoris bonorum*, por lo que la persona legitimaria no tendría por qué ser *heres* o recibir un legado, pero al ser titular de una parte o cuota del activo líquido de la herencia, se le deberá satisfacer esa *portio* por los herederos en el momento en que se proceda a la partición de la herencia en la forma en que deseen, incluso en metálico. Entre otros, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María: “Naturaleza de la legítima y pago en metálico”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1984, núm. 4, pp. 997 y ss., DOMÍNGUEZ

---

LUELMO, Andrés: “La legítima en el Código Civil (I)”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 25-28.

El **ordenamiento aragonés**, por su parte, que regula la legítima en el título sexto del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en el que se sanciona el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, mantiene el sistema legitimario histórico y configura la legítima como *pars bonorum*. Descartada una legítima *pars hereditatis*, indica SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 83, que “el legislador aragonés nunca ha pretendido convertir la legítima en un simple derecho de crédito (*pars valoris*), por el contrario, tradicionalmente se ha configurado la legítima como un derecho a una parte de los bienes del causante. Pero esta idea de que la legítima debe atribuirse en bienes relictos, (497.1 CDFA), sólo es exacta referida a lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables en ella. La legítima a recibir mediante atribuciones sucesorias es la que debe ser entregada en bienes del caudal relicto, no siendo suficiente a tal efecto atribuir un mero derecho de crédito representativo de parte del valor de éste a pagar por el heredero o legatario extraño, pues en tal caso habría infracción del deber de cumplimiento en bienes relictos”. Aun así, la legítima aragonesa sí que llega a gozar de carácter *pars valoris* en algunos supuestos que la propia Ley prevé (arts. 496.3, 497.3 y 508.1 CDFA); lo explica BRUN ARAGÜÉS, Javier: “Intangibilidad cualitativa de la legítima”, *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2006, p. 411.

El **ordenamiento balear**, regulado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación, presenta una normativa absolutamente distinta de los sistemas legitimarios para las islas de Mallorca y Menorca, por un lado, y para Ibiza y Formentera, por otro. Así, la naturaleza de la legítima difiere de una isla a otra: en Mallorca y Menorca, se configura como una *pars bonorum* (si bien se permite su pago en metálico) mientras que para Eivissa y Formentera, la legítima se conceptúa como una *pars valoris bonorum*. El artículo 48 de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares (en adelante CDCIB), en relación a las dos primeras islas, una vez determinado el carácter de *pars bonorum* de la legítima, indica que ésta debe pagarse en bienes hereditarios. Afirma VILA RIBAS, Carmen: “La legítima en el Derecho Civil de las Islas Baleares”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, p. 293, que “el pago en bienes de la herencia es la consecuencia lógica de la naturaleza que se le atribuye y se enuncia como la regla general. Sin embargo, en ese primer párrafo del art. 48 CDCIB se prevé la posibilidad de que el pago pueda hacerse también en metálico, aunque dado su aparente carácter excepcional, tal posibilidad ha de ser autorizada por el causante”. Se plantea la legítima como el derecho a percibir una cuota de bienes hereditarios, pero a la vez, se faculta al obligado a extinguir esta deuda legitimaria con el pago en metálico. Respecto a las islas Ibiza y Formentera, la configuración que le atribuye la doctrina a la legítima es la de *pars valoris bonorum*. Si bien la Exposición de Motivos no esclarece del todo su carácter, la interpretación del articulado “permite concluir que se trata de una atribución al legitimario de un derecho a percibir u obtener una fracción o cuota del valor del patrimonio relicto y que el heredero, albacea u otra persona facultada al efecto podrá optar por satisfacer en dinero (incluso no hereditario) o en bienes de la herencia, correspondiendo a los legitimarios una acción real que da lugar a la mención legitimaria del artículo 15 LH, por existir una afección real sobre todos los bienes de la herencia en garantía de pago de la misma” (MUNAR BERNAT, Pedro: “La legítima en el Derecho Civil de las Islas Baleares”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, p. 333). Para más detalle del ordenamiento balear, FERRER PONS, Jaime y otros: “Sistema legitimario de les Illes Balears”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, 2010, XI, pp. 307-324.

El carácter *pars valoris* de la legítima se manifiesta tanto en el **ordenamiento catalán** como en el **ordenamiento gallego**; en ambas se configura como un derecho de crédito de la persona legitimaria. En el primero, el artículo 451.1 del CCCat, establece que la legítima “*confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma*”. Ilustra al respecto VAQUER ALOY, Antoni: “La legítima en...”, cit. p. 476, que “los legitimarios carecen de legitimación para exigir como legítima bienes hereditarios, únicamente gozan de la legitimación en tanto que acreedores de un valor”. De forma más contundente, la LDCG en sus artículos 244 y 249 considera “al legitimario como un acreedor ‘a todos los efectos’ y expresa que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima. (...) no es, por el mero hecho de sustentar tal condición, cotitular del patrimonio hereditario” (GARCÍA RUBIO, María Paz, NIETO ALONSO, Antonia y HERRERO OVIEDO, Margarita: “Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho

Con estas posibles acepciones en mente, en una lectura apegada a la letra de la norma, el primer segmento del apartado primero del artículo 48 dispone que la legítima es una cuota que se calcula ‘sobre la herencia’, es decir, se propone que las personas legitimarias hagan suya, en *natura* y en calidad de *heres*, una parte de la herencia. Esta primera conclusión encuentra cobertura en cierta inexacta terminología que se propaga en la Ley, concretamente, en los artículos 20, 48 y 51 LDCV, en los que se hace un uso indiscriminado del término ‘heredero forzoso’, al pretender el articulado hacer alusión a las ‘personas legitimarias’<sup>423</sup>. Sin embargo, lo cierto es que el propio artículo 48, en el segundo segmento de su primer apartado, descarta una legítima vasca de naturaleza *pars hereditatis* al señalar que el causante puede atribuirle “*a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo*”.

---

Civil de Galicia”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, p. 207).

Acerca del **ordenamiento navarro** no puede decirse que a su legítima pueda atribuírsele ninguno de los caracteres descritos, pues como bien es sabido, y así lo esclarece SANTAMARÍA ANSA, Juan: “El Derecho civil de Navarra”, *Príncipe de Viana*, núm. 62, 1956, p. 100, la libertad de testar es fundamento primordial de este ordenamiento, “tanto en cuanto la designación de heredero con apartamiento de los legitimarios por medio de una legítima honoraria (cinco sueldos febles o carlines y cinco robadas de tierra en los montes comunales, según la tradición)”.

<sup>423</sup> En idéntico sentido, enjuicia GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa...”, cit., pp. 401 y 402, que “la definición de la legítima como “*cuota sobre la herencia*” no constituye más que una impropiedad del lenguaje y un exceso verbal del legislador vasco. Lo mismo cabe decir del uso de la locución “*heredero forzoso*”, importada (se ignora si deliberadamente) del Código civil. Es de resaltar que la redacción de la LDCF de 1992 fue en este punto más cuidadosa, ya que en ella se acuñó la expresión “*sucesor forzoso*” para referirse en todo momento a estos sujetos”. Todas estas incorrecciones terminológicas no han sido enmendadas por la Dirección de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, en la *Corrección de errores de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco, el 5 de mayo de 2016.

Entre las correcciones propuestas tampoco se alude a un posible uso de un lenguaje inclusivo en la LDCV; sustituyendo el lenguaje sexista existente por términos que envuelvan a la persona y no al género. Ejemplo de ello es la utilización continua de ‘legitimario’ en vez de ‘persona legitimaria’. Como bien defiende BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: “Género y lenguaje. Presupuesto para un lenguaje jurídico igualitario”, *Revista de Derecho político*, núm. 73, 2008, p. 71, “el lenguaje jurídico exige la mayor posibilidad de correspondencia de significados, para evitar la inseguridad del tráfico jurídico, y es necesario, por tanto, que las expresiones lingüísticas se aproximen en la mayor medida a la justa expresión que se pretende en su regulación. Sin embargo, es posible modificar el género en el derecho, si en lugar de pensar todo esto desde el derecho, intentamos aproximarnos al lenguaje”. Resaltar, a modo de curiosidad, que esta problemática, olvidada, no llega a trasladarse a la versión en euskera, por ser un idioma en el que el lenguaje de género no se presenta con tanta fuerza.



Se permite, en este sentido, la atribución de la legítima mediante donación o legado, no siendo imperativa la designación, de la persona legitimaria, como heredera<sup>424</sup>. De este modo, este segundo segmento desecha la posibilidad de una legítima que deriva de la aceptación de una cuota reservada a una persona heredera, es decir, de una cuota que se transmite por delación directa a los *heres* por el mero hecho de serlo. La premisa de que la persona legitimaria no debe ostentar, necesariamente, el título de heredera, refuta, categóricamente, el carácter de *pars hereditatis* de la legítima: no cabe entender que esta institución siga estando ligada al nombramiento mediante título de *heres*.

Corresponde, entonces, dilucidar, tras reparar en la imposibilidad de una legítima *pars hereditatis*, si la Ley 5/2015 regula un sistema legitimario fundamentado en un derecho crediticio, *pars valoris*, o, por el contrario, lo ajusta a una cuota sujeta a los bienes relictos, *pars bonorum*<sup>425</sup>. El debate doctrinal nace, precisamente, del enunciado del artículo 48.1 LDCV, que no resuelve con rotundidad el carácter que desea imprimir al nuevo sistema legitimario. Así, aunque en la definición de la norma se establece que la cuota pagadera se calcula “*por su valor económico*”, el artículo no es tan concluyente como otras redacciones, en las que se apuesta por una legítima íntegramente *pars valoris*. Como se ha indicado previamente, tanto el ordenamiento catalán como el gallego presentan un sistema legitimario de carácter *pars valoris*, pero a diferencia de la Ley 5/2015, sus normas equiparan, sin ningún atisbo de duda, la legítima a un derecho de crédito.

---

<sup>424</sup> Concluye GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa...”, cit., p. 401, acerca de las personas legitimarias que “pueden recibir bienes imputables a la legítima por cualquier título gratuito, tanto mediante liberalidades hechas en vida (donaciones) como mediante atribuciones o liberalidades hechas por causa de muerte, ya sean a título singular (legados), ya sean a título universal (herencia). La concurrencia de descendientes no impediría de consiguiente al causante instituir como heredero universal a un extraño y colmar la legítima de aquellos, verbigracia, mediante mandas. Incluso es posible que al instante de la apertura de la sucesión el *de cuius* ya haya satisfecho su deber de legítima, y, así, cuando durante su vida haya hecho en favor de la prole donaciones por importe suficiente a tal efecto”.

<sup>425</sup> Con la anterior LDCFPV de 1992, el debate sobre el carácter de la legítima no alcanzaba tantas incógnitas, pues tanto por motivos históricos, como por el régimen que describía la propia Ley, la configuración jurídica guardaba similitud con la establecida en el Código civil. En este sentido, era opinión doctrinal mayoritaria que se definía una legítima *pars bonorum*. Véase, CELAYA IBARRA, Adrián: “Las Legítimas”, *Boletín de la Academia vasca de Derecho - Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, núm. 12, 2007, pp. 120 y ss.

No ocurre así en la regulación vasca, pues establecer que la legítima “*se calcula por su valor económico*”, no es equiparable a afirmar que la persona legitimaria ostenta un derecho “*a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial*” o que la legítima se constituye por “*la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido*”. El cálculo de toda legítima se realiza mediante su valoración económica, eso es evidente, por lo que para fraguar una legítima crediticia hace falta establecer que su propio carácter es de valor; y eso es, precisamente, lo que no ocurre en la Ley 5/2015, al no esclarecer si ese segmento le otorga a la legítima dicho carácter de valor. Sin embargo, la doctrina defensora de una porción legitimaria crediticia pondera<sup>426</sup>, como argumento a su favor, que, al margen de esta ambigua redacción del articulado, la Ley 5/2015 permite la posibilidad de satisfacer los derechos legitimarios mediante formas que difieren de las mantenidas hasta ahora. Así, a las ya conocidas liberalidades a título individual o universal, pudiendo realizarlas con carácter *inter vivos* o *mortis causa*, el artículo 48 LDCV adiciona el giro “*o de otro modo*”, abriendo la oportunidad de atribuir la legítima mediante otro instrumento, si bien no informa de posibles nuevas vías. Acaso se pretende hacer referencia a un abono de la cuota legitimaria con dinero extrahereditario<sup>427</sup>.

Por ello, al no contener la Ley un articulado que realmente sustente esta corriente doctrinal favorable a una legítima *pars valoris*<sup>428</sup>, convendría mantener, como criterio general, la

---

<sup>426</sup> Entre aquellos que apuestan por una legítima vasca de carácter *pars valoris*, encontramos a GRANADOS DE ASENSIO, Diego María: “La legítima en la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco: sus caracteres”, *Texto de la Ponencia presentada el 2 de marzo 2016 en la Jornada celebrada en la Diputación Foral de Gipuzkoa*, p. 3, que defiende una delimitación cualitativa de la legítima, al configurarla como valor económico; o a URRUTIA BADIOLA, Andrés María: “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco y los testamentos en particular”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, p. 315, que describe la legítima “como una cuota de la herencia que se calcula por su valor económico, esto es, por su configuración como una *pars valoris*, con el fin de facilitar la transmisión sucesoria”.

<sup>427</sup> Clarifica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa...”, cit., p. 403, que “mientras con la expresión “legado” la norma estaría pensando en la asignación a título particular de un bien relicto, con la locución “*de otro modo*” estaría aludiendo a la adjudicación de un legado en metálico no hereditario (o, también, de cosa ajena)”.

<sup>428</sup> Realizando comparativas, lo cierto es que la nueva Ley carece de enunciados equiparables a los establecidos por el CCCat o la LDCG, al regular el carácter de sus respectivas legítimas. De esta manera, se echan en falta, en aras a defender un cambio hacia la conceptualización de una legítima vasca *pars valoris*, artículos que denieguen la afección real de los bienes relictos a la satisfacción de los derechos legitimarios; bien disponiendo

vigencia de una legítima vasca *pars bonorum*; es decir, interpretar que la legítima es una porción de bienes de la herencia y que, por lo tanto, confiere a la persona legitimaria la condición de partícipe en la comunidad hereditaria<sup>429</sup>. De esta manera, tras la imputación de las donaciones atribuidas en favor de las personas legitimarias, la cuota legitimaria que falte por cubrir deberá satisfacerse en bienes relictos<sup>430</sup>. Al fin y al cabo, a pesar de resultar tentadora e innovadora una legítima constituida como *pars valoris*, ciertamente, la redacción de la Ley 5/2015 no concede argumentación suficiente para efectuar un cambio de semejante magnitud.

Aun así, habida cuenta del principio de libertad civil que rige en la Ley 5/2015, conforme al artículo 4 de la misma<sup>431</sup>, hay quien sugiere la posibilidad de envidar por una legítima de carácter *pars valoris bonorum*: la persona legitimaria gozaría de un derecho a percibir una cuota del valor del patrimonio relicto que podría satisfacerse en metálico o en bienes del

---

que “*el heredero responde personalmente del pago de la legítima*” (art. 451-15.1 CCCat), o que “*el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima*” (art. 248 LDCG).

<sup>429</sup> Esta era la propuesta que se defendía por ASUA GONZÁLEZ, Clara, GALICIA AIZPURUA, Gorka, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier e IMAZ ZUBIAUR, Leire, en el *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco, Bases para un nuevo régimen*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 2011, pp. 101 y 102, que en la Base 61.<sup>a</sup>, en relación a la intangibilidad cualitativa, establecía que “*la legítima global, o la porción de ella que reste por atribuir, deberá pagarse en bienes relictos*”. Se observa, así, que “de acuerdo con los sistemas legitimarios hoy vigentes en el País Vasco (así, Código civil y Fuero de Bizkaia), se confiere a la expectativa forzosa aquí propuesta la naturaleza de una *pars bonorum*, lo que coincide, de otra parte, con su carácter global y sus dimensiones relativamente amplias. Piénsese, en efecto, que la articulación de la legítima al modo de un simple derecho de crédito (o *pars valoris*) liquidable en metálico sólo adquiere pleno sentido cuando se asigna a cada sucesor forzoso una porción individual intangible no muy grande, pues, en tales casos, su conservación en numerario permite que aquélla no se convierta en un obstáculo insalvable en orden a la transmisión indivisa del patrimonio familiar (singularmente, de la empresa) sin gravar, a la vez y en exceso, al sujeto designado como sucesor a título universal”.

<sup>430</sup> Añade GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa...”, cit., p. 403, que deberá satisfacerse con bienes relictos “aun cuando se le ordene simultáneamente la restitución del exceso a los legitimarios mediante el pago de cantidad o cosa no relictas”.

<sup>431</sup> Sobre el principio de libertad civil, URRUTIA BADIOLA, Andrés María: “La sucesión *mortis*...”, cit., pp. 313 y 314, indica que se encuentra “reconocido expresamente en el artículo 4 LDCV y que constituye el eje fundamental de la regulación civil vasca también en materia de sucesiones. Su innegable parentesco con las disposiciones navarras y aragonesas en esta materia y su antecedente legislativo más inmediato en el artículo 4 de la Ley 3/1992 hacen que este principio, a través de una serie de manifestaciones en los diferentes órdenes del Derecho civil, tenga también trascendencia en el ámbito del Derecho sucesorio”. Cita en esta comparativa a SALINAS QUIJADA, Francisco: *Derecho Civil de Navarra, I, Introducción*, Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana, Pamplona: 1983, 2ª edición, pp. 113-122, y a DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.); PARRA LUCÁN, María Ángeles (coord.): *Manual de Derecho civil aragonés conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, 4ª edición, pp. 33-80.

caudal hereditario<sup>432</sup>. De esta manera, al margen de una afección real de los bienes relictos al propio cumplimiento del pago de la cuota legitimaria, prevalecería la voluntad del causante de ordenar, en metálico, la atribución de la legítima<sup>433</sup>.

Aun así, para este último supuesto quedaría por dilucidar si el consentimiento de la persona legitimaria aceptando el pago en metálico es imperativo; es decir, si el criterio que así lo establece, impuesto tanto por la DGRN, en su resolución de 29 de diciembre de 2014<sup>434</sup>,

---

<sup>432</sup> A este respecto, señala LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “Artículos 47-57”, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Dykinson, 2020, p. 459, que “en cuanto a la naturaleza de la legítima en la polémica o discusión sobre si es *pars valoris* o *pars bonorum*, hay que entender que la legítima colectiva sigue participando de las características esenciales de legítima como *pars bonorum* (en cuanto al viudo y miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita) que debe concretarse en bienes hereditarios de un valor que cubra la cuota legalmente reservada. Si a los legitimarios se les reserva una cuota del patrimonio hereditario líquido, está claro que tienen el derecho a reclamarla in natura. Es más, parece acertado el criterio de ROCA SASTRE aplicable a este tema mutatis mutandis, en el sentido de que se estaría ante una legítima *pars valoris bonorum quia in specie heres solvere debet*. Es decir, el legitimario tendría una titularidad sobre el valor pecuniario de los bienes que integran el patrimonio hereditario con la naturaleza propia de un derecho real de realización de valor que afectaría a todo el patrimonio hereditario, y que se traduciría en la percepción de ese valor no en dinero, sino en bienes hereditarios in natura diferenciándose por esta razón de la *pars valoris*, en cuanto que aquella no tiene que ser satisfecha en dinero como esta, sino en bienes in natura”.

<sup>433</sup> En clave de advertencia, se observa por parte de GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa:...”, cit., p. 404, que “incluso desde esta perspectiva habría de reconocerse la existencia de una subyacente afección real de los bienes relictos como garantía de su satisfacción, según vendría a demostrar el art. 43.5 LDCV cuando, en sede de fiducia, exige la autorización de los legitimarios para que el comisario que sea a la vez representante y administrador del caudal pueda disponer a título oneroso de los bienes que allí se enumeran. Nótese, además, que así se establece expresamente para las hipótesis de conmutación de un derecho legitimario “menor” como es el usufructo correspondiente al viudo o pareja supérstite, por cuanto, según el art. 53.2 LDCV, mientras no se realice el pago de la parte que a este compete “*estarán afectados todos los bienes de la herencia*” (cfr. art. 839 CC)”.

<sup>434</sup> De acuerdo a la DGRN, “Resolución de 29 de diciembre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Alcázar de San Juan nº 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 20, de 23 de enero de 2015, pp. 5072 a 5078, “la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1.057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados”. Por su parte, LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “Artículos 47-57”, cit., p. 460, analizando la RDGRN de 4 de julio de 2019, señala que “pueden extraerse las siguientes notas destacables de la nota de calificación del registrador: 1. La legítima es definida como una cuota sobre la herencia, y puede ser otorgada por donación, herencia y/o legado u otro modo; 2. Es claro el carácter *pars bonorum* de la legítima reconocida al cónyuge viudo y/o supérstite conviviente (pareja de hecho inscrita); no así el carácter de la legítima en los descendientes legitimarios; 3. El

como por el TS, en su sentencia de 22 de octubre de 2012<sup>435</sup>, resulta aplicable a la nueva legítima vasca. Sobra decir que, al ser criterio asentado el que presentan ambos órganos, la participación de la persona legitimaria tanto en la liquidación como en la adjudicación de la partición realizada será necesaria, pues no se plantea, por el momento, ninguna otra fórmula por la cual garantizar la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

### *1.2. La naturaleza colectiva e individual de la legítima*

El artículo 48 LDCV se ocupa, como es sabido, de establecer los contornos generales de la nueva legítima vasca; así, si bien en el primer apartado del precepto se formula una definición parcial de la institución, es el epígrafe segundo el que fija una particularidad clave del vigente

---

legitimario, es denominado a veces así (arts. 33.2, 51.2. y 51.3 LDCV), otras veces sucesor forzoso (arts. 56.1 y 58 LDCV), y el cónyuge viudo o miembro superviviente pareja de hecho (usufructuario de 1/2 y/o 2/3 de la herencia -art. 52 LDCV-) y 4. De los artículos 56 y 57 LDCV se colige que no se está pensando en la concepción de una legítima *pars valoris*, si los legitimarios fueran simples acreedores de los herederos. Y se concluía que los legitimarios (hijos) no son titulares de una *pars valoris* o derecho de crédito y, en consecuencia, con el otorgamiento de la escritura de aceptación de un legado específico de cosa propia y determinada del causante a una hija, debían concurrir sus hermanos, ya que habían sido nombrados herederos universales”.

<sup>435</sup> La STS 604/2012, de 22 de octubre (RJ 2012/10413), FJ segundo, señala que “la reforma operada por la ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio lugar, entre otros, al tenor actual de los artículos 841 a 847 del Código Civil, favoreció, de forma notable, la posibilidad del pago de las legítimas en metálico. Del carácter general de este cambio normativo da buena cuenta la regulación, muy favorable, que el Código dispensa respecto del supuesto especial en el que el pago en metálico afecta a la legítima de los descendientes; los citados artículos 841 a 847 de dicho Cuerpo legal. No obstante, y he aquí lo relevante, esta posibilidad se establece, también, conforme al cumplimiento de unos requisitos o condicionantes que tienen, como finalidad última, velar por la neutralidad, seguridad y equilibrio de la conmutación operada en el pago de la legítima, de forma que su mera aplicación no resulte perjudicial para los intereses de los legitimarios.

Esta finalidad, de salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima y de la seguridad respecto del pago efectivo de la misma, viene también reforzada desde la perspectiva conceptual que presenta el pago en metálico de la legítima de los descendientes conforme al marco establecido en los artículos 841 a 847 del Código Civil. En efecto, porque que en este supuesto, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, el testador o, en su caso, el contador partidor expresamente autorizado, en rigor, no está ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren (842 del Código Civil), se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial. Con lo que el pago en metálico de la legítima viene a constituir una facultad y no una carga del heredero llamado en principio a quedarse con los bienes del caudal relicto (...)

En esta línea, y conforme a la tutela o salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima, el propio artículo 843 del Código Civil requiere, sin distinción alguna, la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partición practicada, pues en caso contrario será necesaria su aprobación judicial. De ahí, entre otros argumentos, que para la inscripción de los bienes hereditarios deba aportarse, necesariamente, dicha confirmación o, en su caso, la aprobación judicial de la partición hereditaria (artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario)”.

sistema legitimario<sup>436</sup>. Verbaliza el enunciado del artículo 48.2 que, a pesar de la obligación del causante de satisfacer la cuota debida de las personas legitimarias, “*puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita*”. Se expande, así, a todo el territorio de la CAV, la naturaleza colectiva que hasta 2015 ostentaba la legítima vizcaína<sup>437</sup>, en la que se reconoce, al grupo de sujetos legitimarios en su conjunto, una

---

<sup>436</sup> Defiende GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., pp. 7 y ss., la elección del legislador vasco al respecto por entender que una legítima colectiva es, “a la hora de establecer un régimen uniforme para todos los vascos, preferible a una de carácter individual (como la del Código), lo que se explica atendidos ante todo tres argumentos. El primero (y crucial) tiene que ver con las trabas que una estructura legitimaria como la del Código civil plantea en orden a la transmisión indivisa de las pequeñas y medianas empresas (muy especialmente, las de corte familiar): aunque su titular pueda, ciertamente, valerse del tercio de mejora e incluso del de libre disposición para dejársela íntegra a aquel de los hijos que estime más capacitado para continuar la explotación, la porción de legítima estricta que ineludiblemente han de recibir sus hermanos conduce en numerosas ocasiones y a falta de otros bienes suficientes en la herencia a la división (o gravamen) del negocio. De este problema se ha hecho eco el propio legislador estatal, quien ha tratado de solventarlo a través de reformas parciales, pero siempre insuficientes, como, por ejemplo, la materializada mediante la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que modificó el art. 1056.2º CC. No será impertinente recordar, asimismo, que este problema afectó de lleno durante mucho tiempo a las explotaciones agrarias guipuzcoanas y que fue el que condujo de forma directa a la promulgación de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la LDCF en lo relativo al Fuero civil de Gipuzkoa. El segundo argumento esgrimible en favor de la extensión a toda la CAV de una legítima colectiva consiste en que se trata de un esquema que no resulta del todo ajeno a las personas sometidas a vecindad civil común (como lo eran la mayoría de los vascos hasta el pasado 3 de octubre), pues el tercio de mejora de los arts. 808 y 823 CC no es otra cosa sino eso: una expectativa sucesoria forzosa de carácter global. En fin, el tercer y último argumento se cifra en que un sistema de legítima colectiva comporta, por obvias razones, un considerable refuerzo tanto de la autoridad parental como del principio de solidaridad intergeneracional, fundamento último del instituto”.

<sup>437</sup> En favor de esta naturaleza colectiva, ASUA GONZÁLEZ, Clara, GALICIA AIZPURUA, Gorka, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier e IMAZ ZUBIAUR, Leire, en el *Estudio sobre Derecho...*, cit., pp. 87 y 88, apuntan que “una legítima de carácter colectivo o global, libremente distribuible por el causante al modo de la vizcaína, permite evitar algunos serios inconvenientes que plantean los sistemas que reservan porciones individuales intangibles para cada uno de los sucesores forzosos, como el del Código. En particular, son muy severas las trabas que el esquema legitimario del Código civil plantea en orden a la transmisión indivisa de las pequeñas y medianas empresas (muy especialmente, las de corte familiar), pues aunque su titular pueda, ciertamente, valerse del tercio de mejora e incluso del de libre disposición para dejársela íntegra a aquel de los hijos que estime más capacitado para continuar la explotación, la porción de legítima estricta que ineludiblemente han de recibir sus hermanos, conduce, a falta de otros bienes suficientes en la herencia, a la división (o gravamen) del negocio”.

De esta manera, la extensión de esta naturaleza colectiva, hasta entonces solo existente en cierta parte de Bizkaia, al resto del territorio vasco, supone, para Gipuzkoa un cambio significativo en su ‘histórica’ regulación. Señala ELICEGUI MENDIZABAL, Luis: “El fenómeno sucesorio en Gipuzkoa: una perspectiva de futuro”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 380 y 381, que “la regulación de la legítima (arts. 47 a 57) que permite ordenar la sucesión con gran libertad, y extender a todos y, por tanto, a los titulares de pequeñas empresas, negocios y vivienda única, las facilidades que tenían los titulares de un caserío para ordenar la sucesión. En la Ley 3/1999 se moduló la legítima sólo para permitir a los titulares de un caserío la sucesión indivisa del mismo, manteniendo la regulación del Código Civil para el resto de los bienes del causante. Con ello se consigue el objetivo final que señala GALICIA AIZPURUA, “el de terminar con la fragmentación legislativa y establecer un sistema de legítimas único para todos los vascos y vascas” en la forma propuesta, la de un “sistema de legítima colectiva, libremente distribuible por el causante

expectativa sucesoria material. Es decir, si bien la persona legitimaria es sujeto de derechos legitimarios, al dirigirse estos últimos, en su conjunto, a un grupo abstracto de legitimarios preferentes, hasta la plena distribución de la legítima se desconoce en qué proporción serán beneficiados o, incluso, si lo serán.

No existe, por lo tanto, una legítima individual de cada descendiente, ni siquiera para los legitimarios de grado preferente. Salvo en el supuesto en el que la persona descendiente sea única, nadie tiene una expectativa legitimaria cuantitativamente medible, de forma que, aunque no todas las personas legitimarias tienen la misma consideración legal, todas están legitimadas para recibir la legítima y ninguna tiene derecho individual a parte alguna. En pocas palabras, la naturaleza colectiva no es sino una manifestación de la libertad de distribuir que concede al causante la libre disposición de la legítima entre el grupo de descendientes<sup>438</sup>. Se antepone, en cierta medida, la libertad del individuo frente a, y por encima de, la institución de la clásica legítima<sup>439</sup>. Debe advertirse, sin embargo, que esta libertad distributiva derivada de la naturaleza colectiva tampoco es absoluta, pues debe respetar en todo caso ciertas limitaciones legales inherentes a la propia legítima, como lo es su intangibilidad, en su vertiente la cuantitativa y cualitativa<sup>440</sup>.

---

entre sus sucesores forzosos”. Teniendo en cuenta el significativo desfase del sistema sucesorio del Código Civil, la nueva regulación supone un decidido avance hacia la libertad civil.”

Así, las normas particulares hasta entonces aplicables al caserío en Gipuzkoa, “pasan a ser una regulación de carácter meramente testimonial, que se mantiene como un guiño a la costumbre guipuzcoana, con una única disposición con carácter especial que es la referencia a los *ondazilegis*”.

<sup>438</sup> Confirma estas palabras LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “Artículos 47-57”, cit., p. 453, al afirmar que “La legítima es colectiva, no existe un derecho de legítima individual para todos y cada uno de los sucesores forzosos, a diferencia de la legítima romana. Su consecuencia es que la legítima sería un límite que impide sacar los bienes fuera del grupo familiar”.

<sup>439</sup> Conviene en este punto recordar las palabras de GIL RODRIGUEZ, Jacinto: “El derecho civil...”, cit., p. 222, que defiende que “las instituciones de supervivencia del viejo esquema familiar han transmutado en ropajes estrictamente personalistas”.

<sup>440</sup> Misma advertencia traslada SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., pp. 84 y ss., al analizar la legítima colectiva del **ordenamiento aragonés**, pues “la distribución de los bienes ha de respetar, como es obvio, los límites legales que derivan de la regulación de la intangibilidad, cuantitativa y cualitativa, de la preterición no intencional, de la desheredación o exclusión por motivo o causa erróneos y determinantes, así como del derecho a alimentos, figuras que, en ocasiones, pueden modalizar la distribución efectuada por el disponente”.

Postergando el análisis más detallado de estas limitaciones a apartados posteriores del presente capítulo, corresponde ahora estudiar cuál es el alcance real de esta dimensión colectiva de la nueva legítima vasca. En este sentido, es preciso manifestar que no existe límite respecto al grado de parentesco de las personas descendientes legitimarias; toda persona descendiente, que conserve, a la muerte del causante, la condición para ser beneficiaria de la cuota debida, es, automáticamente, componente del grupo abstracto de personas legitimarias. Es prerrogativa del causante, tal y como detalla el artículo 51.1 de la Ley 5/2015, “*disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos*”<sup>441</sup>.

De esta manera, no puede hablarse de legítimas individuales en las que la Ley guarde cuotas fijas para determinado grupo de descendientes, pues es potestad del *de cuius* distribuir la cuantía reservada para la legítima de acuerdo a su criterio; no está obligada la persona causante a respetar la proximidad en grado de los descendientes, pudiendo, en su caso, aplicar la denominada institución *per saltum*, y atribuir a un descendiente no preferente la cuantía total del *quantum* reservado<sup>442</sup>. Este es el motivo por el que el sujeto protegido por la legítima colectiva es el grupo en su conjunto, y si bien existe cierta prelación entre los sucesores forzosos, en base a su proximidad en grado, solo ostentan una expectativa hasta la efectiva

---

<sup>441</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa...”, cit., p. 400, asevera: “por tanto, es posible, verbigracia, asignársela íntegramente a un nieto aun cuando viva su padre y sea capaz para suceder al *de cuius*, sin que, para la exclusión o apartamiento de este último, sea necesario alegar causa alguna; mucho menos, de desheredación”.

<sup>442</sup> SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., pp. 81 y 82, en referencia al **ordenamiento aragonés**, pero igualmente aplicable al vasco, explica que se otorga una amplia libertad al testador para que pueda distribuir la misma, siempre, eso sí, dentro del grupo de legitimarios: puede, por tanto, repartir igualitariamente la *portio legitima* entre todos los descendientes o, por contra, de forma desigual entre ellos, adjudicándola a alguno o a varios a su elección, aunque fueran de grado más remoto. Así, “los descendientes en quienes es posible cumplir la legítima pueden ser de cualquier grado, basta con que sean descendientes, de modo que es posible, por ejemplo, instituir directamente a un nieto en el total de la herencia, viviendo su padre, pues la legítima es colectiva: del grupo de descendientes. La legítima está cumplida siempre que el grupo de descendientes ha recibido o recibe su importe. No hay una legítima individual de cada descendiente, ni siquiera de los legitimarios de grado preferente. Salvo el descendiente único, nadie tiene una expectativa legitimaria cuantitativamente medible, pero uno o varios de los descendientes han de recibir el importe de la legítima, pues en otro caso habrá infracción cuantitativa.

El carácter colectivo de la legítima significa que, aunque no todos los legitimarios tienen la misma consideración legal, todos están legitimados para recibir la legítima y ninguno, salvo que sea el único, tiene derecho individual a parte alguna. El carácter colectivo es una manifestación de la libertad de distribuir la legítima entre el grupo de descendientes”.



distribución del *quantum* reservado<sup>443</sup>. Por ello, ninguna disposición gratuita, *inter vivos* o *mortis causa*, del *de cuius* en favor de cualquier miembro del grupo de legitimarios puede reputarse inoficiosa, pues no lesiona los derechos legitimarios colectivos, fundamentados en la expectativa sucesoria de carácter grupal<sup>444</sup>.

Sin embargo, al apostar por la expansión de una legítima colectiva a todo el territorio de la CAV, el legislador autonómico sí que implanta, en cierta medida, un derecho de carácter individual y personal en favor de la persona descendiente que solicite alimentos; una previsión que, ciertamente, también traslada del anterior ordenamiento sucesorio vizcaíno - más en concreto, del artículo 66 LDCF- y que preserva la defensa de los intereses individuales de las personas legitimarias. Precisamente, el artículo 21.1 LDCV establece que “*se pagarán con cargo al caudal relicto: a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas*”.

Así, en las disposiciones generales de la sucesión testada, lejos de la sección correspondiente a la legítima, se recoge esta carga del caudal relicto, en razón de posibles derechos de alimentos que tengan causalidad en la distribución del mismo<sup>445</sup>. Cierta parte de la doctrina

---

<sup>443</sup> Debe recordarse que tal y como afirma LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “Artículos 47-57”, cit., p. 453, “de acuerdo con lo prescrito en el párrafo primero del artículo 17 LDCV los hijos y descendientes del causante reciben la legítima por derecho propio. No es como en el CC, en el que los hijos reciben la legítima, en tanto que los nietos y ulteriores descendientes participan en la legítima por derecho de representación. En el caso del artículo 47 LDCV, cualquier hijo o descendiente que sobreviva al causante son legitimarios”.

<sup>444</sup> Al igual que ocurre en el **ordenamiento aragonés**, (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: “La legítima”, *Manual de Derecho civil aragonés*, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.), El Justicia de Aragón, 2007, p. 635), “el conjunto de legitimarios carece de personalidad y no puede ser titular de derecho alguno; sus integrantes, los legitimarios, sólo tienen derecho para reclamar a extraños si existe lesión y son de grado preferente, pero no reclaman para el grupo sino para sí mismos, y no la totalidad de la lesión sino su fracción individual”.

Por este motivo, concluye GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa...”, cit., p. 405, en relación a la nueva Ley, que “salvo en el caso de que exista uno solo, no hay legítimas individuales para cada uno de los descendientes, ni siquiera para los más cercanos. Ello a su vez significa que, como regla general y al contrario de lo que acontece en el Código civil, ningún legitimario podrá reclamar a otro por lesión de su (inexistente) legítima estricta o, dicho de otra forma, que las atribuciones hechas por el causante a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, en favor de cualquiera de ellos no podrán en principio reputarse inoficiosas frente a los demás. De donde en la CAV ha dejado de existir con alcance general la acción de suplemento de legítima entre sucesores forzosos”.

<sup>445</sup> Realizando una comparativa con el articulado del **ordenamiento aragonés**, que también establece unos derechos de alimentos a favor de las personas legitimarias, recalca SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., pp. 126 y ss., que “en Aragón no hay legítima individual, ni legítima formal y se puede,

comparte el criterio de configurar, este derecho de alimentos, como “una suerte de legítima material eventual, de carácter necesario y exigible con cargo al patrimonio relicto, siquiera con carácter subsidiario y a falta de cualesquiera otros obligados”<sup>446</sup>. Poco detalla el articulado los pormenores de este particular derecho de alimentos; de hecho, reduce la regulación establecida en el anterior artículo 66 LDCFPV, por lo que la deducción parece resultar la única vía para conocer su fondo. Así, puede aventurarse, en base a la doctrina previa, que se descartan las necesidades alimenticias preexistentes, y que, por lo tanto, tan solo aquellas que son originadas por el reparto de la herencia correrían a cargo de este caudal relicto. Se pretenden evitar, de esta forma, posibles situaciones de indigencia por motivo del reparto hereditario, y se constituye, para ello, como ya se ha indicado, un derecho de alimentos, personal e individual, en favor de las personas legitimarias.

Cabe destacar que este derecho de alimentos no es una peculiaridad propia del ordenamiento vasco. De hecho, parece ser la generalidad en aquellos ordenamientos en los que también está presente una legítima de naturaleza colectiva o simbólica. Ejemplo de ello es el ordenamiento aragonés, que en su legislación ha experimentado una evolución en lo referente a este particular derecho de alimentos: aunque mantiene la esencia del artículo 121 de su Compilación, traslada su contenido al artículo 515 del Código del Derecho Foral de Aragón, e introduce ciertas precisiones y restricciones en cuanto a las situaciones legales en las que cabe solicitar alimentos.

---

por tanto, preterir intencionadamente o excluir, incluso de forma absoluta, sin que ello otorgue derecho alguno a los legitimarios preteridos o excluidos (salvo en caso de error determinante), por ello no deja de ser hasta cierto punto contradictorio que, sin embargo, los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos porque no se les ha dejado nada de la herencia (la situación de necesidad debe existir ya en ese momento) puedan reclamarlos de los sucesores del causante (aunque no sean legitimarios), en proporción a los bienes recibidos del caudal relicto. La Ley de sucesiones ha precisado que se trata de los alimentos que les corresponderían «como descendientes del causante», más amplios que los debidos entre hermanos; y, en el apartado 2 del art. 200 (515 CDFFA), ha restringido mucho su aplicación al indicar que sólo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general. Quedan, por tanto, como unos alimentos muy residuales, como una obligación legal para los sucesores del causante, pero en última instancia, es decir, en defecto de la obligación de alimentos legales entre parientes del cónyuge, descendientes, ascendientes (entre los que hay que incluir al viudo usufructuario: arts. 116 y 71-2 Lrem.; 298 y 253-2 CDFFA) y hermanos, por este orden conforme al art. 144 Cc.”

<sup>446</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La sucesión forzosa...”, cit., p. 405.

También el ordenamiento navarro, en su ley 272, de la Ley 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, prevé una obligación de alimentos similar. Aunque en este caso, el desarrollo de este derecho es mayor y se adentra, incluso, en la fijación de la cuantía de los alimentos. Así, la ley 272 introduce un doble criterio para limitar cuantitativamente este derecho de alimentos que “*se fijará en función de las necesidades del alimentista*”. Por un lado, los alimentos se deberán por hijos y descendientes, pero siempre dentro del valor de lo recibido. Por otro lado, la cuantía de los alimentos debidos en tal concepto no “*podrá exceder de la cuota que idealmente correspondería a cada uno de los hijos del causante en una división igualitaria entre sí de su patrimonio*”, es decir, los alimentos se limitan al valor ideal de la cuota de la sucesión legal<sup>447</sup>.

Sin embargo, los redactores de la Ley 5/2015 parecen optar por una vía en la que este derecho de alimentos no deja de ser eventual, abandonando la posibilidad de poder configurarlo como un sistema real de protección legitimaria. Se da por perdida la ocasión de poder avanzar en la construcción de un diseño sucesorio en el que se aboga por un mecanismo de protección familiar enclavado en los alimentos. En la actualidad, las voces que proponen alternativas al sistema legitimario clásico son cuantiosas, pues si la función originaria de la legítima es favorecer la subsistencia familiar mediante la atribución de una cuota determinada, no puede obviarse que los legitimarios, hoy día, suceden normalmente cuando ya gozan de estabilidad económica y profesional; no precisan de esta participación forzosa<sup>448</sup>. Y en sentido contrario,

---

<sup>447</sup> HUALDE MANSO, Teresa: “Ley 272”, *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 1086-1091.

<sup>448</sup> Comparte esta visión PARRA LUCAN, María Ángeles: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554. Adiciona, a esta idea de los sucesores ‘tardíos’ (p. 539), que la libertad dispositiva, en una sociedad envejecida, es un mecanismo de protección para los causantes de edad avanzada pues permite recompensar a las personas que los atienden en sus últimos años, sean descendientes o no (p. 488). Compara, así, el sistema legitimario de origen romano con el sistema Inglés o Gales para concluir que “en este sistema no existen clases concretas de parientes que tengan derecho a recibir una porción de los bienes hereditarios. Sin embargo, el juez puede, discrecionalmente, y a favor de los dependientes del causante, disponer la provisión de bienes necesarios para sobrevivir o para llevar a un nivel de vida semejante al que llevaban anteriormente” (p. 487). Rechaza, además, que el sistema legitimario esté amparado por los principios constitucionales y recuerda que la absoluta libertad dispositiva ya está presente tanto en Ayala como en Navarra, sin que ello suponga una ruptura del orden público (p. 500). Aboga, así, por permitir que el causante disponga de sus bienes a favor de quien prefiera y construir mecanismos que amparen las concretas situaciones carenciales de personas dependientes del causante a las que éste atendía.

para aquellos supuestos excepcionales, por no ser los mayoritarios, en el que realmente un descendiente vulnerable precise de medios, la asignación de una cuota preestablecida, que no varía de acuerdo a sus necesidades, no parece ser suficiente.

Bajo esta sencilla argumentación, cabe esbozar un sistema sucesorio en el que las limitaciones a la libertad de disponer debieran de ser excepción, y tan solo conservarse para los supuestos en los que concurran descendientes vulnerables y en la medida que no resulten amparados por posibles atribuciones del causante<sup>449</sup>. Un reforzado derecho de alimentos legitimario parece ser la respuesta idónea, pues, bajo la premisa de la absoluta libertad de disposición, los descendientes vulnerables encuentran protección, incluso mayor, que con la atribución de una mera cuota, y más aun cuando dicha legítima es de naturaleza colectiva. Lamentablemente, la modificación del sistema legitimario vasco no ha pretendido alcanzar este punto, y si bien se han introducido ciertas actualizaciones, el encaje global dentro del sistema sucesorio no resulta pleno. No existe plena libertad dispositiva pero tampoco se garantizan los derechos legitimarios: una propuesta alternativa resulta necesaria.

## **2. Las singularidades legitimarias de los subordenamientos locales**

### *2.1 La libertad dispositiva ayalesa*

Tal y como ocurriera con la anterior Ley 3/1992, no puede decirse que la nueva Ley homogeneice plenamente el sistema legitimario en el territorio del País Vasco<sup>450</sup>. Al margen

---

<sup>449</sup> Comparte esta visión en favor de una mayor libertad dispositiva del causante y en transforar el sistema legitimario actual VAQUER ALOY, Antoni: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, pp 1-25. Ciertamente, aunque el autor no apuesta por un derecho de alimentos si considera necesario limitar la legítima a los descendientes sólo en el supuesto que deba manifestarse la solidaridad intergeneracional. Es decir, rechazar una legítima uniforme para una categoría concreta de parientes y abogar por una legítima que ampare a aquellos legitimarios vulnerables.

<sup>450</sup> De acuerdo a GALICIA AIZPURUA, Gorka: “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 307 y 308, si bien la LDCV “termina hasta cierto punto con esta irracional fragmentación normativa, ya que viene a establecer un régimen uniforme aplicable en toda la CAV. Así lo declara el art. 8 LDCV, en el que se establece literalmente que “[l]a presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto”. (...) No obstante, como se comprobará más adelante, se preservan a modo de subordenamientos especiales ciertas instituciones forales

de las peculiaridades relacionadas con la institución de la troncalidad, que perdura en el infanzonado de Bizkaia y que se analizará posteriormente debido a su vínculo con la legítima en esa demarcación territorial<sup>451</sup>, el mismo capítulo segundo establece la excepcionalidad del

---

*“muy diferenciadas, como ocurre con la libertad de testar ayalesa, o la troncalidad y el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio vizcaíno” (de nuevo, exposición de motivos).”*

En cuanto a la realidad concreta del territorio alavés, tras la entrada en vigor de la Ley, TAPIA PARREÑO, José Jaime: “El fenómeno sucesorio en Araba”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, p. 349, señala que continúa siendo la de aplicabilidad más compleja, “pues en la mayor parte del Territorio y para una población que puede ser de unos 287.8825, rige, con la matización expresada sobre la vecindad civil, el Derecho Civil vasco. En Llodio y Aramaio, y para unos 19.906 habitantes se aplica, además de obviamente el Derecho civil vasco, el Derecho civil que podríamos denominar vizcaíno, más precisamente el propio de la Tierra Llana o Infanzonado, que se ciñe a la troncalidad y al régimen matrimonial de la comunicación foral de bienes, y finalmente en Ayala con unos 15.144 habitantes, aparte de dicho Derecho civil vasco, los ciudadanos que tengan la vecindad civil ayalesa podrán usar de la libertad de testar”.

No debe obviarse que la LDCV también prevé un tercer estatuto sucesorio local junto al vizcaíno y el ayalés, ya que en sus artículos 96-99 establece las normas especiales acerca del caserío en Gipuzkoa. Ciertamente estos artículos carecen de contenido sustancial en tanto el actual sistema sucesorio vasco absorbe las formas, instituciones y principios tradicionales de dicho territorio histórico en relación a la ordenación sucesoria del caserío.

<sup>451</sup> Exhaustiva y acertadamente, indica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, pp. 25-29, que “a diferencia de la honda innovación que ha supuesto el establecimiento de un régimen legitimario de nueva planta para toda la CAV, lo primero que ha de subrayarse al respecto de los arts. 61 a 87 LDCV, preceptos en los que se regula el instituto de la troncalidad, es que en ellos éste queda preservado con un alcance muy similar al que le adjudicaba el Fuero vizcaíno de 1992. En consecuencia, cabe afirmar sin temor a equívoco que la troncalidad sigue actuando en Bizkaia no solo como un criterio informador de la sucesión legal o intestada, sino como un molde configurador del régimen de disposición de los inmuebles, ya se trate de actos *inter vivos*, ya de actos *mortis causa*: en efecto, el apartado segundo del art. 62 LDCV establece, de forma parecida a cuanto hacía el 17 LDCF, que, en virtud de este principio, “*el propietario de los bienes troncales solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros*”, sea en el ámbito de las enajenaciones onerosas, sea en el de las disposiciones a título gratuito entre vivos o por causa de muerte. Luego la troncalidad constituye en este ordenamiento, todavía hoy, un auténtico molde delimitador del derecho de propiedad sobre los inmuebles vinculados mediante el que se restringe la facultad dispositiva del dueño con un muy concreto fin: garantizar su continuidad en el círculo parental.

(...) resulta patente que la LDCV de 2015 ha decidido preservar, aunque bien es verdad que, lenificado en algunos aspectos, uno de los sesgos más particulares del Derecho vizcaíno, como es la existencia de una sucesión forzosa en los bienes troncales que constriñe con fuerza la libertad de disposición *mortis causa* del causante infanzón al actuar tanto en favor de descendientes como de ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado. De este modo, el ordenamiento de la Tierra Llana sigue siendo el único ordenamiento civil, de entre los varios coexistentes en el Estado, que adjudica a los colaterales una expectativa sucesoria necesaria, si bien esta (y la de los ascendientes desde el 3 de octubre de 2015) queda circunscrita -se insiste- a los bienes troncales.

(...) de concurrir a la sucesión descendientes del causante, los bienes troncales se computarán para el cálculo de la legítima y se entenderá imputados en primer lugar al pago de la misma (art. 70, apartados 2 y 7). Ahora, comoquiera que “*los derechos de troncalidad prevalecen sobre la legítima*” (art. 70.1), ha de entenderse que los dos tercios inicialmente reservados a la libre disponibilidad del causante ostentan un carácter contingente, debiendo reducirse en la proporción necesaria si el valor de los bienes troncales superara el tercio que aquella importa”.

Valle de Ayala<sup>452</sup>. Así, en una terminología no del todo correcta por preveer únicamente el testamento como instrumento de ordenación sucesoria, bajo el título ‘libertad de testar en el valle de Ayala’, la sección cuarta de este segundo capítulo, en su breve articulado, preserva la particularidad jurídica de mayor relevancia en el ámbito territorial del valle: la absoluta libertad de disposición *mortis causa*<sup>453</sup>.

La redacción, que permanece sin grandes alteraciones en las diversas normas que se han promulgado a lo largo del tiempo<sup>454</sup>, varía, en esta ocasión, para introducir ligeras actualizaciones<sup>455</sup>. Establece, de esta manera, el artículo 89 LDCV, que “1. *Los que ostenten*

---

<sup>452</sup> TAPIA PARREÑO, José Jaime: “El fenómeno sucesorio...”, cit., p. 350, plantea una cuestión de carácter sistemático, al considerar que la ubicación de la regulación ayalesa no es del todo oportuna en la LDCV: “No llegamos a entender por qué se ha situado la regulación del Fuero de Ayala dentro de una Sección, enmarcada en el Capítulo II y comprendida en los artículos 88-95 de la Ley, que tiene por título ‘De las limitaciones a la libertad de testar’, cuando precisamente si algo caracteriza a aquél es ‘una absoluta libertad de testar’”.

<sup>453</sup> Al respecto, URIARTE ZULUETA, Manuel María: “El Fuero de Ayala”, *Derecho civil foral vasco*, Consejo General del Poder Judicial, Bilbao, 1995, pp. 219-242.

<sup>454</sup> Riguroso análisis de la última etapa ofrece GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 29: “Pues si la Compilación de Vizcaya y Álava de 1959 la acogió sin reservas (art. 62), otro tanto de los mismo hizo el art. 134 LDCF: “1. *Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren. 2. Se entenderá por herederos forzosos los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil.*”

Se ha aseverado –no sin un punto de razón– que la letra del art. 134 LDCF y la limitación que en él se imponía a la libertad de testar ayalesa, consistente en la necesidad de *apartar* a los *herederos forzosos*, no dejaban de encerrar una cierta contradicción, “porque si hay libertad no hay herencia ni herederos forzosos”. Sin embargo, a poco que se reflexionara sobre la exigencia foral, enseguida se apreciaba su carácter completamente lógico y natural, ya porque el territorio ayalés ha estado circundado históricamente por otros en los que la legítima (siquiera global) tenía un profundo arraigo, ya porque a su través el legislador colmaba una necesidad esencial: se aseguraba de que la exclusión sucesoria, por el *de cuius*, de sus parientes más cercanos había sido realizada adrede y a plena conciencia, descartando al tiempo cualquier hipotético error (cualquier desvarío) en la formación de su voluntad *mortis causa*.

En efecto, aunque el art. 134.1 LDCF conservara la vieja fórmula empleada por la *Escritura de Iguala y Avenencia* de 1487 del apartamiento “*con poco o con mucho*” (más tarde repetida por el art. 62 de la Compilación de 1959), es lo cierto que terminó plegándose a la práctica de excluir *con nada* (SAP Álava 14 enero 2004 –JUR 228524–); esto es, el legislador de 1992 decidió prescindir de cualquier símbolo o fórmula sacramental demostrativa de que el causante tuvo presentes a sus herederos forzosos al instante de ejercitar su libertad dispositiva y, a cambio, dio por buena y bastante cualquier manifestación de esta representación mental. Más aún: el art. 135.2 pasó a establecer que la preterición intencional “*se considerará apartamiento tácito*”, con lo que se reputaba suficiente, incluso, el silencio deliberado del disponente. Solo la preterición errónea daba lugar a una reestructuración de la ordenación sucesoria a fin de dar entrada en ella al o a los legitimarios preteridos (arts. 137 y 138 LDCF)”.

<sup>455</sup> Sobre una de las modificaciones visibles, la supresión del termino *manda*, ANGOITIA GOROSTIAGA, Victor: “Álava ante la nueva Ley”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 4, 2007, p. 93.

*la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho. 2. Se entiende por legitimarios los que lo fueren con arreglo al artículo 47 de esta ley”.*

Por tanto, al hacer lectura del enunciado puede considerarse que existe, en el territorio de Ayala, una legítima que se ha descrito por los autores como formal o simbólica<sup>456</sup>. Las personas legitimarias ayalesas carecen, *stricto sensu*, de derechos legitimarios similares a los contemplados para el resto de vecinos vascos; no se les atribuye, tan siquiera, una expectativa sucesoria material: se le concede al *de cuius* la máxima libertad dispositiva posible. Esto es debido a que “esta última intervención legislativa parece haber llegado a consumir la pulverización del apartamiento”<sup>457</sup>, menguando toda posible expectativa que ostentasen las personas descendientes con la anterior LDCF.

Para poder comprender este cambio se debe advertir que en el anterior articulado la libertad dispositiva mantenía como limitación formal el apartamiento de las personas legitimarias, pudiendo este realizarse de manera expresa o tácita. Sin embargo, la nueva LDCV va más allá, y en su artículo 90.1, establece que “*la omisión del apartamiento producirá los efectos que se establecen en el artículo 48.3*”, es decir, la propia omisión del apartamiento se considerará hecha en su forma expresa. Se elimina, de esta suerte, la ligera traba impuesta por el anterior articulado al *de cuius*, que, si bien continúa con la carga aparente de apartar a las personas sucesoras forzosas, ve salvaguardados sus posibles errores en la ejecución del apartamiento o de la desheredación, o incluso en un supuesto de preterición errónea.

---

<sup>456</sup> RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M., “El Fuero de Ayala”, *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 169, FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: *Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*, Bilbao, Academia Vasca del Derecho, 2014, p. 334.

<sup>457</sup> Adiciona GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 409, que “el legislador vasco habría tocado fondo, al volver la espalda a la exigencia más liviana y negarse –como parece– a calibrar la mera consciencia en el *de cuius* de que, con sus actos dispositivos, está consumando la marginación de sus legitimarios; una indiferencia normativa que, consiguientemente, ensancha la ya muy irrestricta libertad ayalesa para abrirla a la posibilidad de secundar, ahora también, su ejercicio (hasta cierto punto) ‘inconsciente’.

Anteriormente, en estas situaciones en las que la carga de apartar, preterir o desheredar no se llevaba a cabo correctamente, las personas legitimarias ayalesas contaban con el derecho a reclamar su legítima individual, pero con la nueva redacción operada en la institución del apartamiento, todas estas posibles reclamaciones caen en saco roto por estar equiparadas o incluidas dentro de un apartamiento tácito. Puede llegar a concluirse, por tanto, que en el Derecho de Ayala no cabe hablar de la sucesión forzosa, y que el legislador vasco bien podría haber instituido una completa libertad dispositiva sin divagar sobre apartamientos vacíos de contenido<sup>458</sup>.

Sin embargo, la Ley 5/2015 es clara y restrictiva: para poder ordenar la sucesión en base a estos preceptos de la sección cuarta, del capítulo segundo, y gozar así de una libertad dispositiva absoluta, regula un ámbito tanto territorial como personal muy concreto. Respecto a los municipios en los que rige el Fuero de Ayala, el artículo 88.1 reseña los términos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo, junto con cuatro pueblos pertenecientes a Artzeniaga: Mendieta, Retes de Tudela, Santacoloma y Sojoguti. Cabe destacar que en la propia villa de Artzeniaga no será de aplicación el Fuero ayalés, ya que en su incorporación al valle efectuó manifestación expresa de regirse de acuerdo al Derecho común. En cuanto al ámbito personal, la ‘característica libertad dispositiva está delimitada por la vecindad civil local ayalesa, que, en este sentido, se antepone y complementa a la genérica vasca<sup>459</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el vecino ayalés goza tanto de vecindad civil vasca como de su vecindad civil local y que su adquisición, conservación y pérdida se regulan conforme a los artículos 14.1 y 16.1.1ª del Código Civil; la ley personal continúa estableciéndose como criterio determinante para conocer la ley aplicable, por lo que, al margen de las

---

<sup>458</sup> URIARTE ZULUETA, Manuel María: “Bibliografía sobre el Derecho privado en Álava”, *Jornadas sobre el estado de la cuestión del Derecho histórico de Euskal Herria*, San Sebastián: Instituto de Derecho Histórico de Euskal Herria, 1996, p. 20, ya adelantó que si la exclusión se puede deducir de determinados actos “el apartamiento ha perdido toda su razón de ser, y en este caso tal vez fuera preferible una total libertad de testar, sin exigir siquiera la existencia de apartamiento”.

<sup>459</sup> Explica TAPIA PARREÑO, José Jaime: “El fenómeno sucesorio...”, cit., pp. 351 y 352, que “en la Ley 3/1992, había dos normas que se referían a dicha cuestión, que se reflejaban en el art. 133 apartados 1 y 2, que en realidad se refunden en la norma comentada, y, por lo demás, tiene coherencia con lo preceptuado en el art. 10.2 de la Ley que ya contempla “una vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla”, y éste es precisamente uno de los casos, así como una remisión a las normas contenidas en el Código Civil para la adquisición, conservación y pérdida de tal vecindad local y la vecindad civil vasca”.



manifestaciones y presunciones del artículo 11 LDCV para facilitar los puntos de conexión de esta vecindad civil vasca o local, el artículo 149.1.8ª CE reserva como competencia exclusiva del Estado la adopción de las “*normas para resolver los conflictos de leyes*”.

Como se ha indicado, a cambio del cumplimiento de estos condicionantes territoriales y personales, la Ley 5/2015 concede una libertad dispositiva que se despliega en todos los niveles, por lo que puede llegar a definirse como absoluta. Por una parte, en lo que respecta al ámbito subjetivo, las disposiciones pueden ser hechas en favor de cualquiera, la voluntad de la persona causante no se limita en interés de ciertos parientes debido a la variación que la actual Ley ha efectuado en la institución del apartamiento. Por otra parte, a nivel objetivo, esta libertad de disposición recae sobre todo tipo de bienes ya sean muebles o inmuebles; carece de relevancia el emplazamiento de los mismos, pues siendo la ley aplicable a la unidad de la sucesión la personal del *de cuius*, de acuerdo al artículo 9.8 del Código civil, aunque los bienes raíces se sitúen fuera del territorio ayalés estos continúan sujetos a la regulación del valle. Finalmente, esta absoluta libertad también se refleja en el aspecto instrumental o formal, pues el mencionado artículo 89.1 LDCV posibilita, con su redacción, la disposición de los bienes mediante cualquier instrumento de ordenación sucesoria<sup>460</sup>. En otras palabras, en la ordenación de la sucesión el causante cuenta con todos los posibles cauces de disposición previstos tanto en la Ley 5/2015 como en el Código civil, incluidos el testamento, en todas sus variantes y el pacto sucesorio<sup>461</sup>.

---

<sup>460</sup> Por lo que a los cauces de disposición respecta, indica CELAYA IBARRA, Adrián: “*Compilación de Vizcaya y Álava*”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 1978, p. 570, que “la libertad ayalesa es también libertad de formas, no exige necesariamente el testamento, ni está sometida a las prohibiciones del Código Civil respecto de la exigencia de que el testamento sea unilateral o no se otorgue por comisario, ni la prohibición de los pactos sucesorios”. Así, concluye GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “La inconsistencia de...”, cit. p. 6, que “la Ley 5/2015, al reformular el giro del citado precepto capital (art. 89.1 LDCV), que el sistema ayalés ampara por igual el pacto sucesorio que el testamento (mancomunado e *hil-buruko*, incluidos) y que su usufructo poderoso representa una de las más amplias formas de fiducia sucesoria”.

Es de mención “la posibilidad de llevarla a cabo mediante “pacto sucesorio”; mención que implica una remisión al Capítulo Tercero del Título II de la Ley (artículos 100-124), aunque ya la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 19 de abril de 2004, había expuesto que era posible tal pacto sucesorio conforme a la Ley 3/1992”. Así lo recoge, TAPIA PARREÑO, José Jaime: “El fenómeno sucesorio...”, cit., p. 352.

<sup>461</sup> En palabras de IMAZ ZUBIAUR, Leire: “Pactos sucesorios en el País Vasco”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, I, Civitas, 2011, p. 1479, especial reproche merece la alusión a la donación respecto del pacto ya que “la donación es, en sí misma, un pacto sucesorio, bastando la mención a la categoría genérica”.

Tampoco se puede dejar de mencionar, que, en esta sección de la Ley 5/2015, referente al Derecho del Valle de Ayala, se regula, junto a la característica libertad dispositiva ayalesa, una institución muy representativa del lugar y que permite a la persona causante una ordenación postergada a su fallecimiento. Esta figura, conocida por el nombre de *usufructo poderoso* aún, en cierta medida, en los artículos 91-95 LDCV, el usufructo universal y el poder testatorio, pues constituye un usufructo vitalicio y a la vez confiere a la persona usufructuaria poder dispositivo, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, sobre estos bienes usufructuados. Debe subrayarse que, en aras a amparar la libre voluntad del *de cuius*, se permite constituir el usufructo poderoso en favor de cualquier persona, sea esta familiar o no, y que, a su vez, las personas destinatarias finales no están limitadas al grupo de descendientes, pudiendo disponerse en beneficio de cualquier otra persona señalada expresamente por el constituyente. Queda claro, por tanto, que esta institución no es de naturaleza familiar, si bien en un origen su uso se destinaba a fortalecer la posición del cónyuge supérstite, y que su fundamento actual no es otro que el de acrecentar el elenco de instrumentos de ordenación sucesoria brindados al disponente<sup>462</sup>.

## 2.2 La troncalidad vizcaína

Al igual que ocurre con la libertad dispositiva impresa a la vecindad civil local ayalesa, la Exposición de Motivos de la LDCV manifiesta, en relación a la figura de la troncalidad, que si bien “la evolución de la actual sociedad parece poco favorable a las instituciones de este tipo (...) su arraigo en Bizkaia hace aconsejable mantenerla”<sup>463</sup>. Por este motivo, al *de cuius*

---

<sup>462</sup> Obra esencial para estudio detallado de esta institución ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor: *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Vitoria-Gasteiz, Diputación Foral de Álava, Departamento de Cultura, 1999. Para una comprensión más didáctica, véase GIL RODRIGUEZ, Jacinto: “Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, 2016, pp. 403-428.

<sup>463</sup> Crítica GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, “El futuro de la institución troncal”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016*, p.280, que “nos encontramos con una especie de voluntarismo legislativo que desea contribuir a su permanencia. Pero éste no será acertado si no logra adecuar sus elementos a las exigencias actuales, buscando una sintonía social entre su utilidad y la actualidad de los principios y valores troncales: – Principio troncal: la transmisión íntegra del caserío (patrimonio) dentro de la familia de procedencia. – Idea o valor troncal: vinculación entre familia y caserío (patrimonio), que incluye, por un lado, un modelo de familia estable (¿a preservar?) y, por otro, un concepto de propiedad familiar colectiva, no individual (¿a proteger?). – Necesaria aceptación social por su utilidad y aplicación. En definitiva, se trata de un conjunto de disposiciones legales, dentro de un sistema

con vecindad local vizcaína se le adicionan restricciones a su libertad dispositiva que se derivan de este principio de troncalidad y que, de alguna manera, cuestionan el principio de que la voluntad del causante es la ley de la sucesión. Se advierte que la articulación prevista en la Ley 5/2015 para la regulación de la troncalidad poco difiere de la establecida por la predecesora LDCF, aunque sus efectos han menguado ligeramente: no solo configura la sucesión legal, sino que actúa como criterio informador del régimen de disposición –en actos *inter vivos* o *mortis causa*- de determinados bienes inmuebles<sup>464</sup>. La institución de la troncalidad delimita el derecho de propiedad de los bienes que vincula, pues coarta la facultad de disposición del propietario para garantizar su continuidad como bien familiar.

En delimitación de los bienes inmuebles sujetos a la troncalidad vizcaína, la Ley 5/2015 supera la mera localización de los bienes para ser considerados raíces -que continúan con el deber de estar sitos en la tierra llana de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio- y exige un requisito complementario: la transmisión previa del bien a un descendiente. Es decir, en comparación con la Ley 3/1992, que calificaba como troncales todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, cualquiera que fuese el título de su adquisición, aunque hubiesen sido adquiridos de extraños, la Ley 5/2015, en su artículo 63.3, establece que los bienes adquiridos de quien no es pariente tronquero “*no se hacen troncales mientras no se transmitan a un descendiente*”<sup>465</sup>.

---

jurídico completo, dirigidas a garantizar un fin: que los bienes raíces no sean divididos y sacados de la familia mediante cualquier acto de disposición, bien sea *inter vivos* o *mortis causa*, bien de forma onerosa o gratuita”.

<sup>464</sup> Afirma GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 29, que “en efecto, el apartado segundo del art. 62 LDCV establece, de forma parecida a cuanto hacía el 17 LDCF, que, en virtud de este principio, “el propietario de los bienes troncales solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros”, sea en el ámbito de las enajenaciones onerosas (arts. 72 a 87 LDCV, que regulan la saca foral y el derecho familiar de preferente adquisición correspondiente a estos últimos), sea en el de las disposiciones a título gratuito entre vivos o por causa de muerte (art. 69, que sanciona con nulidad relativa los actos de tal carácter cuando se hagan en favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite)”.

<sup>465</sup> No debe inducir a confusión la letra del art. 68.1 LDCV, ya que si bien, en principio, en él se dice que la troncalidad nace desde el momento en que un bien raíz es adquirido por una persona de vecindad local vizcaína o de los términos municipales de Aramaio y Llodio, entendiéndose desde ese momento a todos sus descendientes, el precepto matiza seguidamente que ello debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en el art. 63.3 LDCV.

El bien troncal, por lo tanto, está subordinado a una doble transmisión dentro del círculo familiar. Este novedoso requisito también aporta ciertos matices al aspecto subjetivo de la troncalidad, pues, aunque los parientes tronqueros continúan siendo los mismos, la prolongación de la línea y grado del parentesco finaliza y se supedita a esta transmisión. En el caso de los ascendientes la troncalidad termina en aquél que primero poseyó la raíz y, en el mismo sentido, para los colaterales, resulta necesario que se trate descendientes de un ascendiente común al titular que haya poseído la raíz en cuestión.

Sin embargo, a pesar de introducir un nuevo condicionante que, ciertamente, limita visiblemente el campo de bienes inmuebles calificados de troncales, la Ley 5/2015 preserva la existencia de una sucesión forzosa circunscrita a los bienes raíces; un límite que constriñe la libertad de disposición del causante en favor de una expectativa sucesoria de los descendientes y de ciertos ascendientes o colaterales. Además, esta restricción de la libertad dispositiva la acentúa la prohibición expresa que evita posibles sustituciones o gravámenes de cualquier clase sobre los bienes troncales, siempre y cuando no se efectúen en beneficio de otro pariente tronquero. Existe pues, una intangibilidad de los bienes raíces que dificulta la libertad dispositiva del *de cuius* a la hora de ordenar su patrimonio.

Aun así, la sanción de nulidad que se recogía en el articulado de la Ley 3/1992 para los actos de disposición gratuitos que no respetaban los límites impuestos por el principio de troncalidad, es decir, los que se efectuaban en favor de extraños o de parientes que no pertenecían a la línea preferente, se sustituye en la nueva norma por una más modesta anulabilidad<sup>466</sup>. Para el ejercicio de esta acción, ejercitable desde el momento mismo del

---

<sup>466</sup> Semejante clase de ineficacia se ajusta mucho mejor a la índole privativa de los intereses subyacentes al instituto de la troncalidad, ante todo, por su carácter disponible y la prescriptibilidad de la correspondiente acción. Adiciona GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, “El futuro de...”, cit., p.282, que “ahora, la nueva Ley de 2015, en su artículo 69, establece una presunción de validez para el acto de disposición, que podrá ser impugnado y anulado a instancia de los parientes tronqueros en el plazo de caducidad de cuatro años, contados desde que los legitimados para presentar esa impugnación tuvieran conocimiento del acto de disposición y, en todo caso, desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Con esta modificación se suavizan unos efectos que algunos consideraban excesivos y perjudiciales en la actualidad para el tráfico jurídico y económico, manteniendo garantías suficientes para aquellos parientes tronqueros y situaciones reales de perjuicio por dicho acto de transmisión irrespetuoso, evitando, en otros casos, situaciones de abuso y especulación por determinados (y, a veces, desconocidos hasta entonces) parientes tronqueros”.

otorgamiento del acto dispositivo, resultan legitimados activamente todos los parientes tronqueros, incluidos los apartados o excluidos por el causante<sup>467</sup>.

### III. EL ASPECTO OBJETIVO DE LA LEGÍTIMA

#### 1. Acotación del *quantum* reservado

El aspecto cuantitativo de la legítima lo regulan los artículos 49 y 52 LDCV. Así, mientras que el primero determina la extensión del *quantum* reservado para los descendientes, el segundo delimita el correspondiente al cónyuge viudo o miembro supérstite de la pareja de hecho. Sin embargo, antes de adentrarnos en los significativos cambios que presenta la nueva regulación respecto a la cuantía de la porción reservada, cabe recordar que la Ley 5/2015 opta por mantener, para aquellos supuestos en los que el causante ostenta vecindad local vizcaína, la concurrencia de la legítima y la expectativa sucesoria circunscrita a los bienes raíces familiares. La troncalidad, al igual que en la Ley 3/1992, puede ser motivo de un aumento relevante del *quantum* reservado, pues, al ser un elemento que completa el régimen vizcaíno de sucesión forzosa, existe la posibilidad de que la parte de libre disposición *mortis causa* se vea mermada: debido a la prevalencia de este histórico principio, cuando el valor de los bienes raíces supera la cuota destinada a la parte libre, este último *quantum* se reduce hasta la completa imputación de los bienes troncales<sup>468</sup>.

Pero, al margen de las singularidades ayalesas o vizcaínas, lo cierto es que el mayor cambio que se fragua con la Ley 5/2015 es la unificación de la hasta ahora fragmentada legítima vasca. Así, a excepción de las salvedades territoriales mencionadas, se establece un mismo

---

<sup>467</sup> Los tronqueros ostentarán legitimación activa para ejercitar la acción de impugnación, aunque sean sucesores a título universal del disponente -SAP Bizkaia 357/2002, de 19 de julio (JUR 2002/253401)- y también cuando hayan sido apartados o excluidos por él (la declaración de nulidad protege las expectativas que, como tales tronqueros, ostentan frente a futuras transmisiones).

<sup>468</sup> Conviene matizar, para el supuesto en el que el *de cuius* ostente vecindad local vizcaína que “dicha porción reservada puede llegar a ser mayor por efecto de la troncalidad, pues, atendida la prevalencia de este principio (art. 70.1), la parte libre se verá reducida si el valor de los bienes raíces troncales supera el de aquella cuota, a cuya satisfacción se imputan preferentemente (arts. 47.2 y 70.2 LDCV)” (GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p.21).

*quantum* reservado para todo el conjunto de la CAV, rompiendo con los moldes establecidos en las anteriores regulaciones, en los que cada territorio histórico ostentaba una articulación dispar de la legítima. Asimismo, también se introducen ciertas variaciones en lo que respecta a la extensión del *quantum* reservado: cambios que afectan a su cuantía y a las personas legitimarias destinatarias.

La LDCV reduce hasta el tercio el alcance de la porción reservada para los descendientes, si bien el cálculo no se realiza sobre la herencia en sí misma, como erróneamente establece el artículo 49 LDCV, sino sobre un caudal ulterior que deriva de la deducción de las deudas y cargas del *de cuius* y la adición de posibles donaciones computables<sup>469</sup>. La minoración que se presenta consagra el principio de libertad civil, de gran arraigo en el Derecho civil vasco; de forma que sigue existiendo, debido a la cuantía de esta legítima, la posibilidad de arreglar la sucesión de acuerdo al planteamiento propuesto por el Código civil o por cualquier otro ordenamiento.

Lo que sí borra decididamente la Ley 5/2015, respecto a las anteriores regulaciones, y se acerca, en este sentido, a propuestas más novedosas, son los derechos legitimarios reservados para los ascendientes. Esta generación familiar deja de ser sujeto legitimario de la mitad de los bienes del causante en supuestos de falta de descendientes, para ocupar un lugar simbólico en la sucesión legal; siempre salvando la excepción en la que deba aplicarse la institución de la troncalidad, pues a pesar de no ser considerados sujetos legitimarios, sí que son llamados, en la línea ascendente, en calidad de parientes tronqueros<sup>470</sup>.

---

<sup>469</sup> Como se indicará posteriormente, esta deducción se deriva del artículo 58 de la LDCV en el que se establece que “para el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor de todos los bienes de la sucesión (...) con deducción de deudas y cargas” y “se le adicionará el de las donaciones computables”.

<sup>470</sup> Para apreciar con mayor claridad la evolución y las influencias que el nuevo entramado vasco presenta en la LDCV, resulta esencial realizar una comparativa entre los diferentes ordenamientos sucesorios presentes en el orden legal español.

Comenzando por la legítima que se describe en el Código civil, el **ordenamiento estatal**, se establece que las personas legitimarias preferentes -los hijos y descendientes- tienen derecho a percibir en concepto de legítima, según el artículo 808, “*las dos terceras partes del haber hereditario*”, pudiendo el testador no obstante “*disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes*”. Sin embargo, el Código también regula, subsidiariamente, la legítima de los ascendientes en los artículos 809 y ss. Fija su *quantum* reservado en la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo que concurran con el cónyuge viudo del causante, puesto que entonces se reduce a la tercera parte de la herencia. No obstante, la reglas para el reparto de la legítima varían si se trata de los progenitores o del resto de

Toda esta reducción en la extensión del *quantum* reservado a la descendencia, que implica un evidente engrandecimiento de la libertad dispositiva del causante, no conlleva, en esta ocasión, un cambio cuantitativo en los derechos legitimarios atribuidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. En pasadas normativas se ha constatado una tendencia a acrecentar la cuota legitimaria de estos sujetos legitimarios en detrimento de la cuota libre; sin embargo, esta nueva redacción, en su artículo 52, mantiene el derecho “*al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes*”,

---

ascendientes: en el caso de los primeros, si ambos progenitores hubieran sobrevivido al causante, la legítima se divide en dos partes iguales, pero si uno hubiera fallecido, su parte acrecerá al sobreviviente; sin embargo, cuando el testador no hubiera dejado progenitores pero si ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas, y si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea. Más detalle al respecto, se encuentra en LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho...*, cit., pp. 315 y ss., y en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en...”, cit., pp. 25-28.

El **ordenamiento aragonés**, por su parte, más cercano al planteamiento legitimario vasco, reconoce la calidad de sujetos legitimarios, únicamente, a los descendientes del causante, de cualquier grado, y establece su cuota legitimaria en “*la mitad del caudal fijado conforme al artículo 489*” (art. 486 CDFA). Debido, también, a la naturaleza colectiva de la legítima aragonesa, el Código prevé, expresamente, para el caso de que el *de cuius* no hubiera hecho distribución alguna, que se entienda distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente.

En el **ordenamiento balear**, si bien se observa una legítima variable en función de los hijos, constituida por la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos y ascendiendo a la mitad si excedieren de cuatro, no se concluye con la fragmentación propia del sistema balear, por lo que la regulación prevista para las diversas islas resulta diferente. De esta manera, si para Mallorca y Menorca, el artículo 44 CDCIB arrebata la cualidad de legitimarios a los hijos adoptivos y sus descendientes, respecto de sus padres y ascendientes biológicos, y viceversa, dicha previsión no consta para Ibiza y Formentera.

También existe disparidad en las disposiciones referidas a la legítima de los ascendientes, pues si bien ambas regulaciones la recogen, para Ibiza y Formentera, el artículo 79 CDCIB realiza una remisión al Código Civil, por lo que ésta se fija en la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, mientras que, para Mallorca y Menorca, el artículo 43 CDCIB reconoce como legitimarios a los progenitores en la cuarta parte del haber hereditario.

Respecto al **ordenamiento gallego** y el **ordenamiento catalán**, ambos fijan en la cuarta parte del líquido del caudal hereditario el *quantum* reservado. No obstante, pese a estas semejanzas, a la hora de enumerar las personas a las que se reconoce el derecho a ser legitimarias, ambas regulaciones difieren. Así, para la regulación catalana, son legitimarios, en primer término, los hijos y descendientes de hijos premuertos, de los desheredados justamente, de los declarados indignos y de los ausentes; y, tan solo subsidiariamente, los progenitores, no siendo legitimarios el resto de ascendientes. El Derecho gallego, sin embargo, tan sólo se reconoce como legitimarios a los hijos y a los descendientes de los hijos premuertos, justamente desheredados o indignos y al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho; no así, por tanto, a los progenitores o ascendientes, que no tienen derecho a legítima en la sucesión de sus descendientes.

Sobra decir que para el **ordenamiento navarro** la legítima ostenta un valor simbólico, por lo que, aun reconociendo la atribución de una legítima colectiva a algunos sucesores considerados forzosos, en realidad ésta consiste en una mera atribución formal de *cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles*, por lo que la legítima, como establece la Ley 267 FNN no tiene contenido patrimonial exigible.

que aumenta hasta los dos tercios en defecto de estos<sup>471</sup>. Esta legítima usufructuaria del cónyuge viudo o pareja superviviente, recae, en un principio, sobre los bienes destinados al pago de la legítima de los descendientes, pasando, posteriormente, a gravar los correspondientes a los dos tercios libres<sup>472</sup>. Debe admitirse, sin embargo, que la extensión a todo el territorio de

---

<sup>471</sup> En relación a la legítima correspondiente al cónyuge viudo o pareja superviviente, ciertamente, los ordenamientos sucesorios existentes en el orden legal español, no pueden ser más dispares.

Por lo que respecta al cónyuge viudo en el **ordenamiento común**, tendrá derecho, según los artículos 834 y ss. del Código civil, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, al usufructo del tercio destinado a mejora; si concurre con ascendientes, al usufructo de la mitad de la herencia y, si no existen descendientes ni ascendientes, tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia. Además, el artículo 839 del Código permite a los herederos que puedan satisfacer el derecho de usufructo del cónyuge estableciendo una renta vitalicia, con los productos de determinados bienes o de un capital en efectivo, quedando afectos todos los bienes de la herencia mientras el pago esté pendiente.

Por su parte, en el **ordenamiento aragonés**, ya se ha especificado que no existe legítima en favor de los ascendientes, pero lo cierto es que tan solo los descendientes ocupan dicha posición, por lo que incluso el cónyuge o pareja superviviente carece de legítima a su favor.

También en cuanto al cónyuge se aprecian, en el **ordenamiento balear**, diferencias notables en la regulación de Mallorca y Menorca y en la de Ibiza y Formentera, puesto que éstas últimas no consideran legítimario al cónyuge, mientras que para las primeras islas, se reconoce al cónyuge, siempre que no estuviera separado de hecho ni de derecho, su derecho al usufructo de la mitad del haber hereditario si concurre con descendientes, el usufructo de dos tercios si concurre con los progenitores, y en cualquier otro supuesto, el usufructo universal.

Frente a esta regulación que pueden llegar a considerarse tradicionales, el **ordenamiento catalán** prevé la concurrencia del cónyuge viudo o conviviente en unión estable, con el resto de personas legitimarias, el cual, siempre que no tenga recursos económicos, tendrá derecho a obtener como máximo una cuarta parte del activo hereditario líquido. Así, establece el artículo 452.1 del CCCat, que el superviviente que “*no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido*”.

Alejándose de la propuesta catalana, el **ordenamiento gallego** si establece una legítima en favor del cónyuge superviviente, al que le atribuye el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario en caso de concurrir con descendientes y el usufructo vitalicio de la mitad del capital en caso de no existir descendientes.

El **ordenamiento navarro**, por su parte, a pesar de establecer una legítima simbólica, sí reconoce a favor del cónyuge viudo el denominado usufructo legal de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al causante en el momento de su fallecimiento, regulado, además, de forma extensa y exhaustiva como limitación a la libertad de disponer en las Leyes 253 a 266 FNN.

<sup>472</sup> El artículo 70.3 especifica, sin embargo, para el supuesto en el que el causante sea vizcaíno, que “el usufructo legal recaerá en última instancia sobre los bienes troncales caso de haberlos en la sucesión. Nada dice la Ley acerca de si el derecho de habitación puede o no gravitar sobre una vivienda familiar que ostente naturaleza troncal, pero la respuesta afirmativa encuentra apoyo en el art. 70.5. Por su parte, el art. 70.6 reitera en relación a los bienes troncales la facultad de conmutación reconocida en el 53, previsión redundante y superflua, pues bastaba con la contenida en esta última norma. Se plantean además problemas de coordinación entre ambas, pues mientras el art. 53, según se acaba de ver, contempla hasta tres medios de conmutación diferentes, el 70.6 hace referencia a uno solo (un capital en metálico). En cualquier caso, la facultad prevista en ambos preceptos debe quedar excluida cuando el causante haya dejado al superviviente el usufructo universal del caudal”.

Añade, también, GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., pp. 20 y ss., que “el art. 53.3 LDCV recoge algunas reglas especiales para aquellos supuestos en que el usufructo legitimario recaiga sobre dinero o fondos de inversión, traídas al parecer del Código civil catalán y del Código aragonés (vid., ante todo,



la CAV del usufructo previsto en la Ley 3/1992 para el territorio vizcaíno, mejora, de forma visible, la situación de estos sujetos legitimarios en Gipuzkoa y Araba, hasta ahora sometidos a la regulación común estatal<sup>473</sup>.

Además de esta legítima usufructuaria prevista para el cónyuge viudo o pareja supérstite, debiera entenderse que el derecho de habitación contemplado por la Ley 5/2015 en su artículo 54, también forma parte del *quantum* reservado<sup>474</sup>. Al fin y al cabo, a pesar de que la Ley lo excluye de la legítima<sup>475</sup>, sí que otorga “*un derecho de habitación en la vivienda conyugal o*

---

arts. 561-36 CCCat. y 300 CDFa). Sin embargo, el legislador vasco no ha importado una de las soluciones más interesantes de este último, cual es la de consentir al viudo que disponga anualmente de aquellas participaciones del fondo acumulativo que sean equivalentes al importe de las plusvalías, ya que, al concentrarse la facultad de reembolso en el nudo propietario, mediante ella se reduce notablemente el riesgo de que aquel no llegue a disfrutar del fondo antes de la extinción del usufructo”.

<sup>473</sup> Además, el artículo 57 también extiende a estos territorios la posibilidad, por parte del *de cuius*, de ampliar el usufructo a todo el caudal, tal y como preveía el Fuero vizcaíno (arts. 61 LDCF y 57 LDCV). De esta manera, el causante puede disponer a favor del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho del usufructo universal de sus bienes, legado, que tal como se especifica en la noma, “*será incompatible con el de la parte de libre disposición*” salvo disposición expresa del causante.

<sup>474</sup> Como, acertadamente, explica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 19, “no está muy clara cuál es la relación entre ambos derechos sucesorios, pero parece intención del legislador configurar este último como una suerte de plus o añadido con respecto a aquel”. No se llega, por lo tanto, en la LDCV a bosquejar la naturaleza de este derecho de habitación, y menos aún su conexión o interrelación con el usufructo legitimario.

Lo mismo ocurre, pues su relación con la legítima usufructuaria no es clara, con los derechos sucesorios previstos en el artículo 146 de la LDCV, fuera de la sección destinada a la legítima, para el cónyuge viudo cuando el matrimonio hubiese estado sujeto al régimen de comunicación foral y se hubiese disuelto sin descendencia común. En palabras de GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 21, “Si el viudo hubiese venido al caserío del premuerto, tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y un día. Se trata de un mero derecho de residencia asimilable a un derecho real de habitación (como tal personalísimo e intransmisible) y de duración temporalmente limitada. No se entiende muy bien, habida cuenta del art. 54 LDCV, por qué el legislador ha conservado este régimen especial, que ahora ha devenido comparativamente discriminatorio”. También, “si, constante el matrimonio, se adquirieron onerosamente bienes troncales (o si se realizaron mejoras en ellos), se adjudicarán, al momento de la liquidación, al cónyuge de cuya línea provengan o a sus herederos tronqueros. Pero existirá un derecho de reembolso en favor de la sociedad conyugal si el fondo que permitió la compra (o mejora) era común o, en otro caso, un derecho de crédito en favor del cónyuge no tronquero o de sus herederos si el fondo lo aportó él y merecía la consideración de privativo. En estas hipótesis, de sobrevivir el esposo no tronquero, podrá optar entre la definitiva liquidación de la sociedad conyugal con el consiguiente abono de lo que le sea debido o, si conviene a su interés, mantener un derecho de usufructo sobre la mitad de los bienes comprados o mejorados”.

<sup>475</sup> Debe advertirse, al margen de la apuesta de considerar este derecho de habitación como parte del *quantum* reservado, que se trata de atribuciones legales independientes, y que, por lo tanto, cabría la posibilidad, por parte del cónyuge o pareja supérstite de renunciar alguna de ellas y de aceptar la otra. Incluso para el supuesto en el que el elemento principal del caudal se cifre en la vivienda familiar sin que existan otros bienes sobre los que pueda recaer la legítima usufructuaria, y se interpretase que el derecho de habitación debe quedar embebido en esta, está en manos del supérstite realizar dicha elección. Apoya esta tesis GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 21.

*de la pareja de hecho*”, que constituye una limitación a la libre disposición del causante. Si se acude a la normativa supletoria para comprender la extensión concreta de este derecho de habitación, pues la Ley 5/2015 tan solo prevé su atribución, se observa su carácter personal e intransferible, que permite al titular la ocupación de la vivienda en la medida de sus necesidades de alojamiento, sin que limite, en este sentido, el disfrute al propietario<sup>476</sup>.

Aun así, a pesar de tratarse de un derecho de ocupación no excluyente, resulta necesario aventurar que forma parte del *quantum* reservado; pues incluso no contemplándose una posible valoración económica que finalice en su conmutación, el derecho de habitación se adiciona y engrosa los derechos usufructuarios. Forma parte de una suma ficticia que la Ley reserva al cónyuge viudo o pareja supérstite en calidad de sujeto legitimario. Precisamente, en cierta medida, el derecho de habitación no es sino un instrumento que aporta al supérstite la estabilidad que, en caso de conmutación, el usufructo legitimario le niega.

Es decir, en los supuestos en los que los sujetos que soportan el gravamen del usufructo legitimario deciden, en fase particional, liberarse de tal carga y conmutarla por una cuantía económica o una cantidad de bienes concretos, el cónyuge viudo o miembro supérstite de la pareja puede quedar desamparado<sup>477</sup>. Al no concedérsele poder, a esta persona legitimaria,

---

<sup>476</sup> Como bien se ha señalado corresponde al Derecho supletorio definir los pormenores de este derecho de habitación. Así, el artículo 524 del Código civil dispone que “*la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*” mientras que un artículo más adelante niega su arrendamiento o traspaso mediante cualquier título. Según expone URRUTIA BADIOLA, Andrés María: “Capítulo II. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera de la legítima (artículos 47 a 57). Sección segunda. Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (artículos 58 a 60)”, *La ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco: comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, 2016, pp. 91-92, “este derecho de habitación formará parte de los derechos sucesorios atribuidos al cónyuge viudo, o miembro superviviente de la pareja de hecho, tanto en la sucesión testada, pactos sucesorios o sucesión legal o intestada. Es un derecho que corresponde al superviviente, además de la legítima, por lo que completa a través de su valoración que cabe realizar por los procedimientos físicamente establecidos, la cuantía de la legítima en usufructo del superviviente. Y que puede gravar incluso la parte de la legítima colectiva que corresponde a los descendientes, ya que no afecta a la intangibilidad de la legítima (art. 56 LDCV). Si el causante ha establecido un usufructo universal a favor del superviviente, aquel subsumirá el derecho de habitación. Finalmente, este derecho de habitación recaerá sobre la vivienda conyugal, sea esta de carácter privativo o ganancial, sin que sea obstáculo para la misma el hecho de que esta tuviera naturaleza troncal, ya que el artículo 70.5 LDCV señala que los derechos reconocidos al superviviente no afectan a la intangibilidad de los bienes troncales”.

<sup>477</sup> De acuerdo con GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 20, está en manos de los sucesores forzosos “redimir el usufructo legitimario sustituyéndolo por cualquiera de los siguientes medios de pago (que son idénticos a los contemplados en el art. 839 CC): una renta vitalicia, los productos de determinados

para negar la conmutación de su usufructo legal, el derecho de habitación resulta ser el mecanismo estabilizador que le garantiza el mantenimiento de su situación vital anterior a la muerte del causante<sup>478</sup>. Esto se debe a que el articulado no prevé la propia conmutación del derecho de habitación de la mano de aquellos que soporten su gravamen, por lo que se trata de un derecho ‘libre’ reconocido al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

## 2. Cálculo

Una vez evidenciadas las cuotas legitimarias que se establecen en el articulado de la Ley 5/2015, resulta preciso conocer de qué forma se determinan estas proporciones en la herencia del causante, pues tal y como ya se ha adelantado, para este cálculo se supera el criterio de los bienes existentes al tiempo de la delación sucesoria, al adicionar ahora las donaciones efectuadas. En este sentido, el artículo 58 LDCV repite la redacción de su predecesora al establecer que “(p)ara el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor de todos los bienes de la sucesión al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria, con deducción de deudas y cargas. Al valor líquido se le adicionará el de las donaciones computables”; si bien, en el mismo artículo, fija también que han de entenderse por donaciones computables “todas aquellas en las que no medie apartamiento expreso o se efectúe a favor de quien no sea sucesor forzoso”. Por lo tanto, para calcular, con fidelidad, la masa del *quantum* reservado, la Ley exige una operación ficticia previa en la que a la herencia neta se le suma el *donatum*. La imperatividad de la legítima reclama que para el cálculo de la cuota

---

bienes o un capital en efectivo (art. 53.1 LDCV). La facultad de conmutación se concede exclusivamente a los sujetos gravados (y, por tanto, sean herederos o legatarios –a pesar de la literalidad de la norma-), los cuales deberán acordar unánimemente el medio a emplear. El viudo no podrá tomar la iniciativa ni oponerse a la decisión adoptada por ellos, pero su participación y consentimiento serán inexcusables en orden a la valoración de su derecho y determinación del importe sustitutivo”.

<sup>478</sup> En este sentido, indica URRUTIA BADIOLA, Andrés María: “Habitación, familia y sucesión (Del Derecho civil vasco al Derecho privado europeo)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 783, p. 261, que “es evidente que este derecho de habitación regulado en el artículo 54 LDCV entronca con aquellos derechos que existieron históricamente a favor del cónyuge viudo y se manifiesta en una regulación actual que tiende a proteger el *status quo [recte: statu quo]* del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, bien jurídico que comparten muchos de los ordenamientos jurídicos europeos hoy en vigor, con diferentes formas y regulaciones, pero siempre en la intersección entre la sucesión mortis causa y las relaciones jurídicas familiares que todas ellas comparten y que tiene una incidencia especial en las sucesiones, hoy muy frecuentes, entre personas con diferente legislación sucesoria y familiar”.

legitimaria global ambas variables deban ser tenidas en cuenta para conocer si existe o no inoficiosidad en su fijación y reparto<sup>479</sup>.

### 2.1. *El relictum*

No existe en la Ley 5/2015 una definición del *relictum*, tampoco una descripción pormenorizada de aquello que compone dicho caudal relicto. La única pista la obtenemos del mismo artículo que establece cómo ha de calcularse la legítima, que indica que todo bien de la sucesión al tiempo de perfeccionarse la delación sucesoria habrá de ser tenido en cuenta. Por este motivo, en defecto de Ley propia, tal y como indica el artículo 3 LDCV, resulta necesario acudir al Derecho común, de carácter supletorio, para esclarecer lo que compone el caudal hereditario<sup>480</sup>. El Código civil, en su artículo 659 establece que “*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*”.

Por lo tanto, tras tomar en consideración los estudios de la civilística común y de la jurisprudencia respecto a la interpretación de este enunciado, puede advertirse que compondrán el *relictum* no solo los bienes existentes al perfeccionamiento de la delación sucesoria sino también las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos que sean susceptibles de transmisión *mortis causa*<sup>481</sup>. Debe advertirse, de acuerdo con el apunte que realiza el

---

<sup>479</sup> En calidad de resumen, LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “Artículos 47-57”, cit., p. 517, indica que “el cálculo de la legítima a tenor de lo prescrito en el artículo 58 LDCV, se hará atendiendo al valor de los bienes que quedaren al tiempo que se perfeccione la delación sucesoria, con deducción de las cargas y deudas sin comprender en ellas las impuestas en el testamento, legados o modos. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones computables. Es decir, las que se hayan hecho a los hijos y/o descendientes. Entendiendo por aquellas las que se hacen a los legitimarios que no estuviesen apartados expresamente, o las donaciones a favor de quien no sea heredero forzoso (por ejemplo, herederos voluntarios). Se observará que la legítima no es estrictamente una cuota o fracción de la herencia (derechos y obligaciones) porque habrá que sumar todas las donaciones hechas en vida por el causante a legitimarios sin apartamiento expreso y/o extraños, Si no se tuviesen en cuenta estas donaciones, el importe de la legítima se calcularía incorrectamente”.

<sup>480</sup> El legislador pierde la oportunidad de crear un precepto propio que complete la regulación vasca y evitar la remisión al Código civil. No ocurre así con el **ordenamiento aragonés** que en su regulación hace desaparecer la histórica confusión entre colación, cálculo de la legítima e inoficiosidad propiciada por la redacción del artículo 818 Código civil.

<sup>481</sup> Tal y como se detalla en el *Fundamento Jurídico Primero* de la STSJ Cataluña 51/2003 de 22 de diciembre (RJ 2004/1929) las relaciones jurídicas intrasmisibles, que desaparecen a la muerte del titular, deben excluirse del *relictum*, ya que, “así lo establece en relación con el usufructo el Digesto 35, 2, 32, al tratar del cálculo de

artículo 818 del mismo Código, que las posibles cargas impuestas por el causante en testamento, o en el supuesto vasco, en cualquier instrumento de ordenación sucesoria, no deben deducirse del caudal hereditario, “pues no representan un minusvalor del patrimonio tal como se hallaba antes de la muerte de su titular”<sup>482</sup>.

En cuanto a la valoración del *relictum*, el criterio de la Ley 5/2015 no es otro que el de constatar el valor de los bienes hereditarios al tiempo en que se perfecciona la delación sucesoria. Sin embargo, es preciso puntualizar que, al margen del momento de valoración, que continúa coleando debate doctrinal, es criterio asentado que la tasación debe hacerse de acuerdo con el valor real del caudal hereditario, estableciendo criterios objetivos que busquen hallar una estimación cierta de los bienes<sup>483</sup>. Pero, introduciéndonos en lo controvertido de

---

la falcidia y esta disposición es aplicable también en materia de cómputo de la legítima, toda vez que según el nº 1 del art. 513 C.c., el usufructo se extingue normalmente con la muerte del usufructuario. Tampoco formarán parte del caudal relicto los derechos de uso y habitación porque, según el art. 525 Código civil tienen el carácter de personalísimos; y según la sentencia del T.S. de 1 de Febrero de 1947 tienen también carácter personal, y, por tanto, intransmisible por herencia, el derecho de cada vecino de un pueblo a los aprovechamientos comunales, por tratarse de algo inherente a la cualidad de vecino que por tal causa no puede sobrevivir a su titular”; afegint un altre autor que “los bienes mencionados ( els que componen el cabdal relicte) han de ser valorados por su valor real de mercado a la fecha del fallecimiento del causante, sea cual sea la fecha en que se proceda a reclamar, calcular o pagar la legítima de que se trate descontando los gravámenes que, sin ser prenda o hipoteca, les afecten”, especificantse que no formen part del “relictum” “las relaciones jurídicas intransmisibles, como las relaciones de crédito “intuitu personae” y los derechos reales subjetivizados, en especial, los de usufructo, uso o habitación que se extinguen con la muerte, y ello aunque se transmitan o acrezcan a otro que sobreviva al causante en virtud de pactos de constitución o reserva de usufructos sucesivos”. En mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en...”, cit., pp. 43 y ss.

<sup>482</sup> Con estas palabras explica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 21 que, ciertamente, “son liberalidades cuyo importe debe contarse inicialmente como formando parte del caudal”, y por lo tanto debe entenderse el artículo de la LDCV como si en ella se contuviese el matiz de la enunciación del Código civil, “con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento”.

<sup>483</sup> En el **ordenamiento aragonés** por su parte, ciertamente cercano al vasco, “el caudal relicto se debe valorar al tiempo de liquidarse la legítima. La doctrina del Código civil discute si la valoración del caudal relicto ha de hacerse en relación al día del fallecimiento del causante o al día en que se haga la valoración para la partición o el cálculo de la legítima. Esta segunda opción, que parece la más equitativa para la mayoría de casos, es la tomada por el legislador aragonés: el caudal relicto se debe valorar atendiendo al valor que los bienes y deudas que lo integran tengan al tiempo de hacer la valoración para averiguar si la legítima está satisfecha o no (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 173-175, propone una interpretación flexible del art. 174-1º; 489.1 C DFA). Al retrasar la valoración a un momento posterior a la muerte, no parece que además de actualizar a ese tiempo el valor de los bienes y deudas de la herencia, haya que incluir los nuevos bienes y deudas originados durante la situación de comunidad hereditaria (contra: GIL NOGUERAS, Manual, 2006, p. 565). En particular, a estos efectos, no parece razonable descontar como pasivo relicto los gastos causados por el funeral y entierro o incineración del causante, ni los de conservación y defensa de los bienes de la herencia causados en interés común ni cualesquiera otros de naturaleza análoga a los que se refiere el art. 41 Lsuc. (356 C DFA)” (SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 86).

esta materia, esta valoración debe hacerse, tal y como se ha señalado, “*al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria*”, momento que no coincide en ciertos supuestos con la apertura de la sucesión, es decir, con la muerte del *de cuius*<sup>484</sup>.

Ciertamente, por lo general, la delación se perfecciona al fallecimiento del causante y la valoración del caudal relicto se traslada a ese mismo instante. Sin embargo, de forma poco acertada, el artículo 17.2 LDCV obvia ciertos supuestos en los que la herencia permanece yacente por no coincidir la apertura de la sucesión con el perfeccionamiento de la delación. Es decir, la norma olvida coyunturas en las que, si bien la *successio* se abre, la delación no tiene lugar debido a unos motivos señalados, como ocurre cuando las instituciones hereditarias o legados se someten a condiciones suspensivas o cuando el beneficiario no es otro que el *nasciturus*. Misma incidencia se prevé para el caso en el que la designación de sucesor se realiza a través de un tercero; la disposición por parte del comisario perfecciona la delación, que permanece en suspensión, en los casos de poder testatorio, desde la muerte del causante hasta el ejercicio del poder. Así, en todas estas ocasiones en las que la delación no coincide con la apertura de la sucesión, es necesario atender a la posible fluctuación del valor de los bienes relictos. De esta manera, su momento de valoración no será otro que el señalado, expresamente, en la norma, esto es, al perfeccionarse la delación, permitiendo obtener una tasación más real del *relictum*<sup>485</sup>.

---

<sup>484</sup> “Pues es claro que el instante de apertura coincidirá siempre, diga lo que diga la norma y haya o no poder testatorio, con el del fallecimiento del causante: es entonces cuando se extingue su personalidad y cuando, por consiguiente, su patrimonio transmuta en herencia” (GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 22).

<sup>485</sup> Respecto al pago de las legítimas, ARRIOLA ARANA, José María: “La sucesión forzosa en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco”, *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 206, establece que tal pago “se hará en el momento en que se perfeccione la delación hereditaria. El principio general, aunque quizá no el más frecuente en la práctica, lo será al tiempo de la muerte, pero dicha perfección quedará en suspenso en los casos de Poder Testatorio o *Alkar Poderoso*, en los que habrá de esperarse a la disposición del Comisario Foral”.

Así, y sabedor de que “las prescripciones del art. 58 LDCV son directa traslación de las del art. 62 del Fuero de Bizkaia de 1992”, a los que, precisamente, se refiere el autor ARRIOLA ARANA, miembro de la Comisión del anteproyecto de la Ley 3/1992, concluye GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 22, que “es pretensión del legislador que los sucesores forzosos participen en la fluctuación del valor de los bienes relictos en los supuestos de existencia de poder testatorio, pues en estas hipótesis puede acontecer que transcurra un amplio lapso temporal entre la muerte del causante y la satisfacción de la cuota legitimaria (véase art. 41 LDCV). Entonces, es al valor que los bienes relictos alcancen en ese momento (el del pago) al que deberá atenderse para calcular su importe”.

## 2.2. *El donatum*

A este valor depurado del caudal relicto la Ley 5/2015 le adiciona, para el correcto cálculo de la cuota legitimaria, la valoración de aquellas donaciones consideradas computables<sup>486</sup>. Es decir, en el artículo 58 de la Ley, a fin de evitar que las expectativas de los sucesores forzosos sean frustradas, y completar, de este modo, la valoración real del *quantum* reservado a los legitimarios, se prevé que las liberalidades realizadas en vida por el *de cuius* sean objeto de una operación ficticia denominada computación. En palabras de LACRUZ BERDEJO, esta reunión se lleva a cabo debido a que la persona causante “tendría un medio relativamente sencillo para burlar los derechos de los legitimarios atribuyendo *inter vivos* sus bienes, mediante donación, a las personas a las que desease favorecer en perjuicio de aquéllos. El legislador, consciente de este riesgo, y para evitarlo una vez conocidos la consistencia y el valor del *relictum*, obliga a adicionar a éste el importe de las donaciones que realizó en vida el causante”<sup>487</sup>.

Podría decirse, por lo tanto, que toda liberalidad que merme, en vida, el patrimonio de la persona causante, forma parte del *donatum*, salvo aquellas que la civilística común ha descartado históricamente. Así, las donaciones consideradas usuales o de arraigo tradicional quedan fuera de este cálculo, al igual que ocurre con las liberalidades ligadas a la manutención de los familiares, es decir, los gastos de alimentación, educación o sanidad<sup>488</sup>.

---

<sup>486</sup> En este sentido, no resultaría correcto adicionar los importes del relicto y de lo donado y restar después, de la suma, las deudas hereditarias. Sostiene PUIG FERRIOL, Lluís: “El computo de la legítima”, *Estudios sobre la legítima catalana*, Barcelona, 1973, p. 190, que, “si esta reunión ficticia fuera previa a la depuración del caudal hereditario, resultaría que con ello quedarían perjudicados los donatarios en beneficio de los herederos al aumentar la masa de la que se deducen las deudas y cargas hereditarias”. Ciertamente, “el *donatum* ha de perjudicar en todo caso al heredero que no tenga además el carácter de legitimario porque los bienes donados ya no forman parte del caudal relicto”, por lo que aquello que deba deducirse del mismo habrá de restarse solo del *relictum*.

<sup>487</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho...*, cit., p. 404.

<sup>488</sup> “En la medida en que la computación tiene por objeto evitar que las expectativas de los sucesores forzosos sean frustradas a través de los actos de disposición que a título gratuito pudiera realizar en vida el causante, el término “donación” debe ser entendido en forma lata, de manera que en él queden comprendidos genéricamente los actos o negocios de mera liberalidad que supongan un efectivo empobrecimiento patrimonial para el *de cuius*” (GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 22).

Sin embargo, el articulado de la Ley 5/2015 plantea, en un principio, una acotación de las donaciones que deben considerarse en esta operación ficticia: de acuerdo con la norma, solo forman parte de la computación, *stricto sensu*, aquellas liberalidades realizadas a favor de terceros no legitimarios, o, habiendo sido destinadas a sucesores forzosos, aquellas en las que no medie apartamiento expreso operado por el *de cuius*.

En este punto resulta preciso recalcar que cuando la Ley regula estas donaciones, pretende referenciar los pactos de sucesión. El error previo se traslada al nuevo articulado. Así, el apartamiento como exigencia tenía razón de ser con el pacto, aun cuando se le llamara donación. De esta manera, parece que es voluntad del legislador vasco excluir de la computación el valor de aquellas liberalidades en favor de sucesores forzosos en los que conste apartamiento expreso<sup>489</sup>. Es decir, se diseña una fórmula de computación en la que, al no adicionarse ciertas donaciones, se le concede al causante una libertad de disposición

---

Por este motivo, aquellas liberalidades que en sentido estricto no debieran computarse como donaciones, deben traerse, también, a esta operación ficticia. Este es el caso de las deudas condonadas, que “*estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas*” (art. 1187 CC), la renuncia gratuita “*a beneficio de uno o más de sus coherederos*” (art. 1000.2 CC) o de las donaciones fundacionales.

Confirma, sin embargo, GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 22, que “en cambio, no serán objeto de reunión las donaciones usuales o regalos de costumbre, ni los gastos de alimentación, educación, curación de enfermedades (aunque sean extraordinarios), aprendizaje o equipo ordinario (argumento *ex art.* 1.041 CC), ni (atendidas las circunstancias sociales actualmente imperantes) los gastos hechos para dar a los hijos carrera profesional o artística (difícilmente podrán reputarse extraordinarios; cfr., sin embargo, art. 1042 CC). Las donaciones remuneratorias se computarán en lo que excedan al servicio prestado y las onerosas y modales, en lo que superen al valor del gravamen o *modus* impuesto (vid. art. 622 CC)”.

<sup>489</sup> Sobre el motivo de incluir esta disposición en la LDCF, y en este sentido, su supervivencia en la LDCV, explica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 23 que “la Compilación de 1959 suscitó entre la doctrina vizcaína la duda sobre si los actos de disposición a título gratuito efectuados en beneficio de cualquier sucesor forzoso, pero sin apartamiento de los demás, habían o no de considerarse nulos. Los redactores del Fuero vizcaíno de 1992, a la búsqueda de una solución intermedia que eludiese consecuencia tan drástica, decidieron que la falta de apartamiento expreso tuviese como efecto el que la donación se computase para el cálculo de las legítimas (...). Pero si de “sorprendente” se calificaba la exclusión de estas donaciones de las operaciones de computación, más extravagante resulta aún la razón aducida, pues ni en la Bizkaia de 1992 ni en la CAV de hoy existen legítimas materiales individuales, sino solo una legítima colectiva en la que han de contarse las liberalidades *inter vivos* o *mortis causa* realizadas en favor de los sucesores forzosos: ninguno de ellos, al contrario de lo que ocurre en el Código civil, puede por tanto en principio demandar a los demás por lesión de su (inexistente) legítima estricta. Ocurre, además, que aquella opinión doctrinal (es decir, la de que las donaciones *inter vivos* realizadas sin apartamiento debían estimarse nulas) se formó a partir de un incorrecto entendimiento de los antecedentes forales y compilado que, en efecto, exigían el cumplimiento de aquel requisito formal (el del apartamiento) en las escrituras “*de dote o donación*”, pero *por contener éstas auténticos pactos sucesorios*. De donde la exigencia de satisfacción de tal “garantía” contra el olvido por el *de cuius* de alguno de sus sucesores forzosos alcanzaba pleno sentido: se trataba de actos de ordenación sucesoria y realizados, entonces, por causa de muerte”.



cuanto menos singular: la cuota de libre disposición y la porción legitimaria a usufructuar por el correspondiente cónyuge viudo o pareja superviviente, varían según la voluntad del *de cuius* de hacer constar el apartamiento<sup>490</sup>.

Puede decirse, por lo tanto, que mientras en el Derecho común el reparto igualitario de la legítima dispone que las normas sobre computación sean imperativas, ni lo fueron en el Fuero de Bizkaia de la Ley 3/1992 ni tampoco lo son en la Ley 5/2015, pues el principio de libertad civil autoriza al disponente a excluir de la computación aquellas donaciones y liberalidades en general en las que así lo disponga<sup>491</sup>. Puesto que un planteamiento tan arbitrario carece de coherencia práctica, la doctrina académica defiende una interpretación literal del articulado en el que se plantea una regulación, no de la computación, sino de la imputación legitimaria.

De acuerdo con esta lectura, si bien toda liberalidad debe ser tenida en cuenta para el cálculo computacional, la imputación de donaciones en las que media apartamiento expreso difiere de aquellas en las que no consta dicha voluntad del causante. Más en concreto, el valor de las donaciones hechas sin apartamiento deberá imputarse en la porción libre, mientras que las demás liberalidades a favor de legitimarios deben hacerse constar en la porción reservada a la legítima. Este planteamiento doctrinal permite a los sucesores forzosos no donatarios que vean mermados sus derechos legitimarios solicitar la reducción de dichas liberalidades ‘no apartadas’, siempre y cuando la voluntad del causante no indique intención en contrario<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> En otras palabras, al no comprenderse ciertas donaciones en la reunión ficticia para el cálculo legitimario, el *quantum* libre queda disminuido en proporción al valor que aquellas alcancen. “Se atribuye de esta guisa al *de cuius* un medio oblicuo para provocar de propósito la reducción de cualquier liberalidad hecha a extraño (haciéndola “revocable” aun en ausencia de alguna de las causas previstas en los arts. 644 y 648 CC), pues donaciones que serían plenamente eficaces por tener cabida en la cuota de libre disposición, podrían verse perjudicadas por su minoración” (GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 23).

<sup>491</sup> Defiende FERNÁNDEZ DE BILBAO y PAZ, Jesús: “El y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho civil vasco”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, p. 435, que “la reglas de computación e imputación ad extra del grupo de co-legitimarios, son imperativas (art. 50.3 LDCV); e igualmente son imperativas a favor y en contra del viudo (art. 52, 53, 56, 58 y 59 LDCV), como veremos. Por el contrario, *ad intra* del grupo de legitimarios-descendientes (art. 20, 48.2, 58 y 59 LDCV) son dispositivas, como también son dispositivas la computación e imputación de bienes troncales que se dan a legitimarios (art. 70.7 LDCV)”.

<sup>492</sup> Esta interpretación es apoyada por GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 23 que muestra su rechazo a una lectura directa de la norma, pues, “entendida al pie, es absurda y conduce a resultados indeseables, no cabe otro remedio que forzar su tenor literal y *pasar a considerar que la misma esconde una*

En cuanto a la valoración de este *donatum*, en una lectura continuista del precedente artículo 62.2 LDCF, el nuevo artículo 59.1 LDCV señala, como momento de avalúo, el fallecimiento del causante. No se establece excepción para los supuestos en los que la apertura de la sucesión y la delación discurran en momentos separados; de forma que, existiendo o no poder testatorio, en ambos casos el momento de valoración lo fijará el fallecimiento del *de cuius*<sup>493</sup>. Aun así, el articulado sí llega a recoger ciertos matices que deben ser considerados a la hora de llevar a cabo esta valoración. Del valor atribuido a las donaciones al tiempo del fallecimiento del causante, se deberán deducir “*las mejoras útiles costeadas por el donatario en los bienes donados*” y “*los gastos extraordinarios de conservación o reparación*” sufragados que no fuesen originados por culpa del donatario.

Se precisa subrayar que las mejoras provenientes por accesión natural o por causas ajenas al donatario no se deducirán de la valoración inicial, como tampoco se restará el aumento de valor que derive de las posibles mejoras, sean éstas realizadas por voluntad del donatario o ajenas a la misma. Con el mismo fin, pero en sentido contrario, se adicionará a la valoración de los bienes “*la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que hubiesen disminuido su valor*”, por entender que la cuota legitimaria debe protegerse frente

---

*regla relativa, no a las operaciones de cómputo legitimario, sino a las de imputación legitimaria; esto es, conforme a la confesa intentio del legislador, deberán computarse todas las donaciones efectuadas en favor de legitimarios, con o sin apartamiento expreso de los demás, pero el valor de las hechas sin apartamiento deberá imputarse en la porción libre, pudiendo por consiguiente los no donatarios solicitar su reducción caso de superarla, aunque para ello será necesario que conste expresamente la voluntad del causante en tal sentido. Pues no parece que de su mero silencio (no otra cosa es la falta de apartamiento) quepa extraer conclusión tan drástica y radical en un sistema de legítima colectiva en el que, lógicamente y a priori, no se contemplan acciones de lesión contra descendientes”.*

<sup>493</sup> El **ordenamiento aragonés**, rompe con la dinámica previa y dispone que “el valor de los bienes donados que se adiciona al caudal relicto se calcula al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima (art. 174-1-2º; 489-1-2º CDFR). Este criterio, como dice la exposición de motivos del texto mayoritario, supone una novedad respecto del consagrado en el art. 1045 Código civil., que atiende al valor de las cosas donadas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, si bien excluye de esta regla el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida; en cambio, los incrementos y disminuciones de valor por causas no físicas posteriores a la donación (p. ej., por recalificación urbanística de una finca, o por pérdida de cotización de un pintor) se deben tener en cuenta para la computación, incluso en el caso de que los bienes ya no formen parte del patrimonio del donatario y a pesar de que la donación se haya realizado muchos años antes de la apertura de la sucesión” (SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 87).

a la merma de los bienes donados a manos del donatario<sup>494</sup>. Como apunte final, el mismo artículo 59.1 LDCV describe los momentos de valoración del *donatum* para los supuestos en los que los bienes donados han dejado de estar en manos del donatario. Así, si los bienes se enajenan por cualquier negocio o acto, tanto a título gratuito como a título oneroso, el momento del avalúo no será otro que el de dicha disposición. Sin embargo, para el supuesto de bienes pericidos a causa del donatario “*se computará su valor al tiempo en que su destrucción tuvo lugar*”.

### 2.3. La imputación

Tras el cálculo del valor que la Ley estima corresponder de base a la legítima, debe observarse si dicho importe ha sido debidamente satisfecho, es decir, habrá de examinarse si las dos porciones en las que se divide el patrimonio del *de cuius* en relación a la cuota legitimaria - parte libre y tercio legitimario- han sido adecuadamente cubiertas. Esta operación, conocida como imputación, que garantiza reconducir contablemente los diversos elementos computados y determina qué liberalidades *inter vivos* y *mortis causa* hechas por el causante pueden servir para satisfacer la legítima y cuáles deben reconducirse por sobrepasar la parte libre. En otras palabras, en esta operación, que en un inicio es puramente ideal, las donaciones y los legados se colocan a cuenta de la cuota legitimaria o parte de libre disposición correspondiente, para comprobar si son o no inoficiosos.

En este último supuesto, “de resultar inoficiosa alguna de las liberalidades imputadas por sobrepasar esta cuota, puede dar lugar a operaciones materiales de reducción de dichas disposiciones inoficiosas o abono de diferencias en metálico”<sup>495</sup>. Si bien la Ley 5/2015 omite regular esta operación, al margen de algún apunte visible en su articulado, resulta manifiesto que aquellas liberalidades efectuadas en favor de quienes no sean legitimarios deben imputarse en la porción libremente disponible, mientras que las realizadas en beneficio de

---

<sup>494</sup> En este punto, matiza GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 30, “que el término de ‘culpa’ debe entenderse utilizado en sentido lato, y, por lo tanto, abarcando tanto el dolo como la negligencia, de forma que si los bienes se perdiesen por mero caso fortuito su valor no deberá traerse a la reunión ficticia”.

<sup>495</sup> Así lo detalla FERNÁNDEZ DE BILBAO y PAZ, Jesús: “El apartamiento y...”, cit. p. 441.

los descendientes, cualquiera que sea su grado, han de reconducirse hacia el tercio legitimario de naturaleza colectiva<sup>496</sup>. También procede realizar la operación de la imputación a la cuota usufructuaria del cónyuge viudo o pareja superviviente, pues “una naturaleza diversa al *quantum* reservado en favor de los descendientes, no impide entender que, como éste, aquélla no es sino un sencillo metro de las percepciones que mínimamente ha de recibir el cónyuge o pareja superviviente del patrimonio del difunto”<sup>497</sup>.

Sin embargo, esta regla general, de apariencia sencilla y con escasa conflictividad, pues toda liberalidad en beneficio de legitimario debe calificarse e imputarse como legítima y, por lo tanto, rehúsa posibles acciones de reducción de liberalidades entre legitimarios, cuenta con puntualizaciones legales que escollan su aplicación en ciertas hipótesis. El artículo 20 de la Ley 5/2015, al final del precepto, indica que “*si fuera heredero forzoso, la institución se imputará a la legítima, si el testador no ha dispuesto lo contrario*”. Esta salvedad, prevista escasamente al regular la relación entre la sucesión universal y la particular, abre la brecha para romper con la regla general, pues permite al causante ordenar que las liberalidades hechas en favor de cualquier legitimario se imputen a la porción libre, modificando por completo el sistema de imputación común<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> Razona GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 23, que “así se colige del inciso final del art. 20 LDCV, en el que se establece que la institución *ex re certa* de un sucesor forzoso “en un patrimonio familiar o profesional [...] se imputará a la legítima, si el testador no ha dispuesto lo contrario”. Pues el que la regla se prescriba en forma expresa solo respecto de hipótesis tan singular no significa que no haya de seguirse también en relación a cualesquiera otras instituciones de heredero, legados o donaciones hechos en beneficio de descendientes: dado que todas estas liberalidades son aptas para satisfacer la legítima global (art. 48.1) ha de presumirse que el causante las realizó precisamente con la intención de cumplir tal deber”.

<sup>497</sup> Indica también a este respecto GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 32. “que esta sea la solución certera lo demuestra, por otro lado, el art. 57.I LDCV cuando prescribe la incompatible disposición simultánea en favor del viudo o pareja de los legados de la parte de libre disposición y del usufructo universal de la herencia, dado que el legislador jamás habría podido establecer tal incompatibilidad en perjuicio del usufructo viudal, o sea, que de optar por cualquiera de ambas liberalidades, su valor habrá de confrontarse con el de este para comprobar si se halla pagado de cuanto legalmente le corresponde. No obstante, como la incompatibilidad se establece “[s]alvo disposición expresa del causante” en sentido contrario, queda a su decisión el que el superviviente pueda acumular en sus manos la parte libre en propiedad y el resto del caudal en usufructo (gravitante, claro está, sobre la legítima de descendientes)”.

<sup>498</sup> Sobre la no necesidad de la existencia de este recurso por tratarse de un ordenamiento de legítima colectiva y por lo tanto arbitraria distribución por parte del causante, indica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 23, que “el *de cuius* emitirá de habitual dicha orden de imputación cuando tenga la intención de que la cuota libre sirva como metro y medida de la asignación gratuita, de forma que, de no entrar en la parte a la que va destinada (por superarla por sí sola o en compañía de otras liberalidades recibidas por extraños), pueda ser reducida a solicitud de los restantes sucesores forzosos. Antes bien, En cualquier caso, para que pueda llegarse a ese resultado, es necesario no solo que la donación se haga, ya sin apartamiento (vid. epígrafe

El problema surge cuando estas liberalidades excluidas de imputación en la legítima exceden de la parte libre, pues la Ley 5/2015 guarda silencio a este respecto. En comparativa con el ordenamiento aragonés, que también reserva esta prerrogativa a favor de la persona disponente, y en aras a poder dilucidar una solución para esta coyuntura, cabe considerar que dichas liberalidades no deben sujetarse a la reducción en cuanto no quepan en la parte libre, pues así se respeta la voluntad del disponente, aunque, ciertamente, esta interpretación suponga que, en tal caso, la legítima quede reducida en la medida del exceso. Por ello, cabe aceptar y envidar porque “en un caso así no debe existir la acción de reducción de liberalidades entre descendientes, de manera que el descendiente que ha recibido liberalidades que exceden de la parte libre se las queda en cuanto al exceso en concepto de legítima”<sup>499</sup>.

### 2.3.1. Intangibilidad cualitativa

Establece el artículo 56 LDCV en su apartado primero que “*no podrá imponerse a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos*”. Esta regla, con un planteamiento cercano al del antiguo artículo 60 LDCFPV, concuerda con la esencia propia de la legítima, evitando de la mano del *de cuius* posibles intencionalidades que perjudiquen los derechos legitimarios; bien mediante imposición de restricciones al disfrute y disponibilidad de los bienes asignados para su satisfacción, bien gravando la legítima con cualquier obligación o carga.

---

anterior), ya con expresa orden de reconducción a la porción libre, sino, además, con explícita indicación de que la misma actúe como límite de la liberalidad: esta ha recaído en un descendiente y ha de recordarse una vez más que el nuevo sistema vasco lo es de legítima colectiva. Tal indicación deberá emitirse, tratándose de atribuciones *inter vivos*, al momento de otorgarlas, pues, de otro modo, el causante podría utilizar este mecanismo (consciente o inconscientemente) para obtener un resultado no deseado por el ordenamiento: provocar la resolución de una donación firme fuera de los cauces legalmente previstos en los artículos 644 y siguientes del Código civil (en verdadero fraude de ley: vid. art. 6.4 CC). Sin embargo, nada impide que pueda revocar posteriormente la orden ya dada (no la donación misma), verbigracia, en testamento”.

<sup>499</sup> Para profundizar este debate doctrinal, véase, SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., pp. 89-90.

Esta redacción continúa la senda establecida en el artículo 843.II CC, que ha sido duramente criticada por parte de la doctrina, ya que no contempla todas las disposiciones que pueden lesionar la legítima<sup>500</sup> ni señala cuál puede ser el régimen jurídico a aplicar en el caso de que se infrinja su contenido<sup>501</sup>. Es por ello que, a pesar de que el artículo solo señale como prohibiciones los gravámenes y las sustituciones, debe entenderse que la interdicción impuesta, en este sentido, en la Ley 5/2015, se extiende a cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sin importar si su naturaleza es de carácter real o personal; pues, como se ha señalado, la norma pretende proteger la médula de la legítima, por lo que una lectura extensiva y ampliada de los posibles ‘gravámenes’ o ‘sustituciones’ resulta oportuna<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> Señala a este respecto DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en...”, cit., p. 46, que “paulatinamente se han ido adicionando otros casos previstos legalmente, eso sí en otros preceptos del Código civil, pero con la misma finalidad”.

<sup>501</sup> En este sentido, el legislador vasco no ha optado por imitar al **ordenamiento aragonés** y establecer un precepto en el que las consecuencias impuestas a la lesión cualitativa consten en la norma. En este otro ordenamiento, de acuerdo a SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 102, “el incumplimiento de este deber faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando en favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos. Cuando el legitimario afectado sólo sea uno, él será quien pueda pedir la entrega de los bienes relictos que falten para completar la legítima, renunciando a cambio a los correspondientes bienes no relictos. Pero si son varios los legitimarios afectados por el incumplimiento (cualquiera que sea su clase), se distribuirá entre ellos el derecho a obtener bienes relictos en proporción al valor de los bienes no relictos que hubieran recibido del causante; de modo que si un legitimario hubiera recibido atribuciones en bienes relictos y otras en otros bienes, sólo se tendrán en cuenta estos últimos bienes para fijar su derecho (contra: BRÚN ARAGÜÉS, 2006, p. 413). Al ser un derecho individual, la renuncia o el no ejercicio por parte de uno no incrementará el derecho de los demás, en coherencia con lo dicho en el art. 179-3 (494-3 CDFA) para la acción de reducción por lesión cuantitativa. El ejercicio de este derecho por un legitimario produce dos consecuencias: a) La reducción de la parte proporcional de las liberalidades en bienes relictos realizadas a extraños que corresponda al legitimario reclamante. GIL NOGUERAS (Manual, 2006, p. 582) entiende que si son varios los extraños que han recibido bienes relictos no pueden exigir al legitimario reclamante que la reducción se haga a prorrata. Para su práctica será de aplicación el artículo 181 (496 CDFA), como dice el art. 182-3 (497-3 CDFA) al final. b) Quienes sufran la reducción recibirán, en la misma proporción, los bienes no relictos que se hubieran atribuido al legitimario que hubiera provocado con su reclamación dicha reducción. Solución razonable, puesto que si no hay lesión cuantitativa no es justo privar a los extraños de los bienes relictos recibidos y no darles nada a cambio. Por tanto, el legitimario tiene la facultad de optar entre conformarse con su atribución en bienes no relictos o reclamar lo que le corresponda en bienes relictos”.

<sup>502</sup> No obstante, su ámbito de aplicación se circunscribe a las liberalidades por causa de muerte y no se extiende a las entre vivos, por cuanto estas tienen que ser aceptadas por el beneficiario: lo que ocurrirá en tales casos es que, al momento de valorar y computar el bien donado, se restará de su valor total la disminución que represente el gravamen o la limitación impuestos.

Debe advertirse que esta regla general, por la que se tendrá por no puesta toda carga que exceda de la parte de libre disposición y perjudique cualitativamente la legítima, cuenta con dos salvedades, ambas previstas en el artículo 56 LDCV. La primera viene enunciada en el primer apartado, al posibilitar que el gravamen o la limitación se disponga en favor de otro sucesor forzoso, es decir, de otro legitimario. Esta excepción deriva de la naturaleza colectiva de la legítima, pues al gozar el *de cuius* de libertad de distribución entre sus legitimarios, resulta evidente que posee la capacidad para, dentro del grupo de sucesores forzosos, adjudicarla íntegramente o gravarla, siempre en beneficio de una persona legitimaria<sup>503</sup>.

La segunda salvedad, prevista en el artículo 56.2 LDCV, previamente en el artículo 60 LDCFPV, establece que “*no afectarán a la intangibilidad de la legítima, los derechos reconocidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, ni el legado de usufructo universal a favor del mismo*”. Precisamente, esta excepción señala el orden en el que la legítima usufructuaria del viudo o pareja superviviente grava, en ausencia de previsión del disponente, los bienes del caudal relicto: en primer lugar lo hace sobre los bienes adjudicados para el pago del tercio legitimario de los descendientes, y, en lo que falte, gravita sobre los bienes dejados a extraños con cargo a los dos tercios libres<sup>504</sup>.

### 2.3.2. Intangibilidad cuantitativa

Al margen de la interdicción que evita gravar la legítima y lesionarla cualitativamente, también existe la posibilidad de menoscabar la cuota legitimaria cuantitativamente, es decir, privar a los sucesores forzosos, en todo o en parte, de la cuantía que les corresponde. Aunque la Ley 5/2015 no regula una vía para garantizar cuantitativamente la obtención de la legítima y, en este sentido, no prevé un medio para instar la reducción de aquellas liberalidades *inter*

---

<sup>503</sup> Téngase en cuenta, en fin, que el principio de intangibilidad cualitativa se extiende asimismo a los bienes troncales en el caso de Bizkaia, puesto que tampoco “podrá imponerse sustitución ni gravamen sobre bienes troncales, sino a favor de otro pariente tronquero de la misma línea” (art. 70.4 LDCV), es decir, de otro pariente perteneciente a la rama paterna o materna de procedencia de la raíz.

<sup>504</sup> Así será salvo que se trate de *de cuius* vizcaíno y haya bienes troncales en la sucesión, ya que para tal hipótesis prescribe el art. 70.3 (con alcance imperativo para el causante) que “[l]a legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se pagará con bienes no troncales, y solamente cuando éstos no existan, podrá acudir a los troncales en la cuantía que sea necesaria”, norma tributaria del anterior art. 58.III LDCF.

*vivos o mortis causa* que lesionen la legítima global, no debe obviarse que existe la posibilidad de acudir al subsidio de la *portio debita*. Debe recordarse que en la Ley 5/2015 no existen legítimas materiales individualmente predeterminadas, tan sólo se establece una cuota colectiva sobre la que la persona causante tiene libertad distributiva, siempre entre el grupo de sucesores forzosos.

Ninguna de las personas legitimarias puede reclamar contra las restantes por lo que a éstas se les haya adjudicado: “la inoficiosidad sólo es predicable respecto de las disposiciones que el causante hubiera podido hacer en favor de extraños”<sup>505</sup>. Es decir, la naturaleza colectiva de la legítima vasca se protege de las acciones de defensa cuantitativa del *quantum* reservado contra las personas legitimarias, pero la inoficiosidad de las liberalidades en favor de terceros resulta aún plausible<sup>506</sup>. De esta manera, para la casuística en la que la reducción de las liberalidades sea necesaria, a falta de regulación específica por parte de la Ley 5/2015 y de acuerdo a su artículo 3, la aplicación supletoria del Código civil resulta forzosa.

Sin embargo, la regulación prevista a lo largo del articulado del Código civil no llega a responder, plenamente, a las necesidades y circunstancias que envuelven a la legítima vasca;

---

<sup>505</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka: “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, *Tratado de legítimas*, cit., p. 440, adiciona y critica que la SAP Bizkaia 179/2011, de 16 de marzo (AC 2011\1791) “comete el grave error de considerar inoficiosa la atribución de una vivienda dejada a título de prelegado a uno de los varios sucesores forzosos instituidos por la testadora al no haber sido expresamente apartados los demás respecto de este concreto bien. Pues ‘no habiendo apartamiento de ninguno de los herederos forzosos el valor del prelegado deberá colacionarse para la determinación de la legítima colectiva de los descendientes, constituida por las cuatro quintas partes de la herencia, y en su caso, reducirse por inoficioso en cuanto exceda del valor del quinto de libre disposición y de la quinta parte de la legítima colectiva, que es la que corresponde a D.<sup>a</sup> Carolina al concurrir con cuatro hijos y nietos hijos de hijo premuerto de la causante”.

<sup>506</sup> Lo mismo resulta de aplicación en el **ordenamiento aragonés**, pues tal y como indica SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit. p. 95, “en Aragón no hay legítima individual, de manera que por haber recibido poco o nada, nada se puede reclamar, salvo si hay lesión cuantitativa de la legítima colectiva. La infracción cuantitativa de la legítima colectiva se corrige reclamando a los terceros lo recibido en exceso (reducción de liberalidades). En Aragón sólo hay lesión cuantitativa de la legítima, como se deduce del artículo 179-1 (494-1 CDFR), cuando los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes no alcanzan la cuantía de la legítima colectiva (mitad del caudal computable); en tal caso, la consecuencia es que pueden reducirse las liberalidades hechas a favor de no descendientes en la forma prevista en la Ley (liberalidades inoficiosas). Si hay lesión cuantitativa es porque los beneficios percibidos por no descendientes exceden de la parte de libre disposición, pues las liberalidades, entre vivos o por causa de muerte, percibidas por los descendientes se imputan, como regla, a la legítima. Excepcionalmente, en la parte libre puede haber también liberalidades a descendientes que el causante haya excluido de imputación en la legítima; pero si tales liberalidades no cupieran en la parte de libre disposición, no deben ser objeto de reducción, como ya se ha dicho, porque la reducción de liberalidades sólo afecta a las realizadas a favor de no descendientes”.



al fin y al cabo, gozan de una naturaleza diferente, por lo que las previsiones reguladas para una legítima material individual no resuelven las incógnitas que genera una legítima colectiva, como es la establecida en la Ley 5/2015. Comenzando con los sujetos llamados a ejercitar la acción de reducción, cuestión que no genera controversia alguna para la legítima individual prevista en el Código civil, por ser una acción propia y personal de cada legitimario, los pormenores que rodean la legítima vasca precisan de mayor concreción. La naturaleza colectiva puede dar pie a entender, erróneamente, que la reducción de liberalidades en perjuicio de las legítimas *in genere* es posible, es decir, permitir que una única persona legitimaria accione la disminución para el conjunto de sucesores forzosos.

Pero esta apreciación no concuerda del todo con la interpretación mantenida en la doctrina vasca sobre la reducción de liberalidades, que apuesta por mantener una acción ejercitable solo de manera individual y que genera efectos también individuales. En cualquier caso, hubiera resultado beneficioso que la Ley 5/2015 materializase esta corriente doctrinal en un articulado explícito y, de este modo, hiciera innecesaria la labor didáctica delegada en los juristas<sup>507</sup>. Idéntica necesidad de concreción legal se aprecia en la cuestión de la cuantía

---

<sup>507</sup> Precisamente, inspirándose en el articulado del ordenamiento aragonés, el profesorado del Departamento de Derecho civil de EHU/UPV, propone en una de sus bases que “si los beneficios percibidos por el conjunto de sucesores forzosos no alcanzan a cubrir la legítima global, aquellos que hayan sido favorecidos, sea inter vivos, sea mortis causa, por el disponente o que hayan sido preteridos no intencionalmente o desheredados con base en una causa legal incierta podrán pedir, a prorrata de sus respectivas participaciones, la reducción, en cuanto les perjudiquen, de las liberalidades hechas en favor de extraños. En otro caso, estarán legitimados para solicitar dicha reducción los sucesores forzosos preferentes. Las liberalidades inoficiosas se reducirán por el siguiente orden: en primer lugar, las atribuciones por causa de muerte a prorrata, con independencia del título por el que se hayan asignado; en segundo lugar, las atribuciones entre vivos por orden inverso al de su antigüedad, reduciéndose las de la misma fecha proporcionalmente. No obstante, si el disponente hubiese ordenado que se pague cierto legado con preferencia a otros o que se respete en lo posible cierta institución hereditaria, no sufrirán aquél ni ésta reducción sino después de haberse aplicado por entero al pago de la legítima las restantes atribuciones por causa de muerte. En cambio, el disponente no podrá alterar el orden de prelación previsto para las atribuciones entre vivos ni disponer que sean reducidas antes que las hechas mortis causa”.

Y es que en este sentido, observan en su propuesta ASUA GONZÁLEZ, Clara, GALICIA AIZPURUA, Gorka, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier e IMAZ ZUBIAUR, Leire, en el *Estudio sobre Derecho...*, cit., pp. 99-100, que “habida cuenta de la naturaleza global que compete a la expectativa de los sucesores forzosos, parecería lógico concluir que la legitimación para ejercitar la acción de reducción de disposiciones inoficiosas debe corresponder a cualquiera de ellos, o, mejor, a quienes ostenten un inmediato derecho sobre la legítima. Sin embargo, este planteamiento provocaría en numerosas ocasiones una excesiva fragmentación del patrimonio impropia de un sistema que, en sentido inverso, permite y tiende naturalmente hacia su concentración en pocas (o incluso únicas) manos. Por eso se ha juzgado más apropiado que el valor obtenido mediante el ejercicio de esta acción se reparta en proporción a lo recibido por cada uno de los sucesores forzosos sobre el quantum reservado, de suerte que los absolutamente separados de él por el *de cuius* queden por completo excluidos. Ahora bien, si se conviene en que ésta es la solución más congruente con el esquema

objeto de reducción, pues no resulta manifiesto si es posible realizar una reclamación respecto al caudal entero o si, por el contrario, debe ceñirse a una fracción proporcional de lo percibido voluntariamente de manos del causante.

Al respecto, GALICIA AIZPURUA, realizando una interpretación extensiva del artículo 51.3 de la Ley 5/2015, sugiere que “se prescinda de la distribución que de sus bienes haya podido hacer el causante”, si bien esta respuesta genera otra incógnita: el reparto del exceso inoficioso entre las personas legitimarias. El mismo autor plantea una posible solución fundamentando su propuesta en el ordenamiento aragonés y así adjudicar a cada legitimario una fracción proporcional a la cuota que le competa en la sucesión legal<sup>508</sup>. Aun con esta propuesta doctrinal que da solución a estas posibles lagunas legales, lo cierto es que resultaría deseable contar con una previsión legal en la propia LDCV.

---

legitimario propuesto, igualmente ha de reconocerse que los sucesores forzosos privados de toda participación carecen de legitimación para intentar la reducción, pues si, aun mediante ella, no pueden percibir nada, evidentemente decae la posibilidad de apreciar respecto de los mismos la concurrencia de interés alguno en orden al ejercicio de las acciones de minoración de las liberalidades lesivas. Por tanto, sólo los sucesores forzosos que sean, a un tiempo, donatarios (aun habiendo sido apartados, pues aquí no ha de tomarse en consideración la voluntad del causante), legatarios o herederos gozarán de legitimación para reclamar la reducción, repartiéndose el producto a rescindir (esto es, la diferencia entre lo que les fue atribuido y la mitad –o el tercio- del caudal computable) a prorrata de lo legal o voluntariamente percibido del causante, y esto con independencia de su carácter “mediato” o “inmediato”; todavía, entre ellos, cabe incluir al erróneamente preterido y al desheredado con base en una causa legal que se haya demostrado incierta. En cambio, si hubiesen sido excluidos todos (mediante global –e injusta- desheredación u omisión –ya intencional, ya errónea- y sin atribución de cualesquiera liberalidades entre vivos), la posibilidad de impugnar las disposiciones inoficiosas se concentra en los de primer grado, en atención, precisamente, a su inmediato derecho sobre la legítima. En cuanto al orden en que ha de practicarse la reducción, se establece, de forma consecuenta con el natural carácter irrevocable de las liberalidades inter vivos, que, antes que las donaciones o las atribuciones hechas en pacto sucesorio con transmisión de presente, han de reducirse, al objeto de sanar la lesión sufrida por el quantum reservado, las disposiciones de última voluntad otorgadas en favor de extraños. En fin, el que la legítima global, como se indicará más abajo, deba pagarse en bienes de la herencia supone que la reducción de las disposiciones inoficiosas, incluidas las inter vivos, ha de efectuarse in natura. Por tanto, si los reclamantes fuesen parientes en línea recta, la reducción conllevará la resolución de la titularidad del objeto en beneficio de los sucesores forzosos, efecto, este último, que podría propiciar una incómoda situación de comunidad si la minoración tuviese un alcance meramente parcial y la cosa no fuese divisible o desmereciese mucho con su división. Precisamente, a fin de soslayar este inconveniente se establece una salvedad a la regla general, salvedad que se acompaña de otras dos que, acogidas por el legislador aragonés, han parecido igualmente acertadas.

<sup>508</sup> Pregunta a este respecto GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 20: “¿quiere esto decir que el exceso inoficioso ha de dividirse por partes iguales entre todos los legitimarios preferentes o, por el contrario, debe adjudicarse a cada uno –al modo aragonés: vid. art. 494.2 CDFa- una fracción proporcional a la cuota que le competa en la sucesión intestada (con lo que los hijos contarán por cabezas y los nietos, por estirpes: art. 113 LDCV)? Una respuesta coherente con lo apuntado en el epígrafe 3.1.2, con el carácter legal de la sucesión forzosa y con el art. 50 LDCV exige concluir que esto segundo”.

## IV. EL ASPECTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA

Dispone el artículo 47 LDCV que son considerados legitimarios “*los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos*”. Resulta visible que la nueva Ley modifica el cuadro de sujetos beneficiarios por el que apostaba la anterior LDCFPV: se suprime del grupo de sucesores forzosos a los ascendientes<sup>509</sup>, mientras que se equiparan los miembros supérstites de las parejas de hecho a los cónyuges viudos, interiorizando el cambio establecido por la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Se manifiesta necesaria, por lo tanto, una observación más exhaustiva de todos aquellos requisitos que convierten a ciertos sujetos en legitimarios, es decir, un examen detallado de la dimensión subjetiva de la legítima.

### 1. Los descendientes

Como ya se ha indicado, en la nueva Ley son considerados legitimarios, en la línea descendente, todos “*los hijos o descendientes en cualquier grado*”. No se prevé ninguna excepción en cuanto al grado o naturaleza de la filiación, por lo que lo son todos al mismo tiempo. Hijos, nietos, bisnietos o posibles ulteriores descendientes, sean adoptivos o no<sup>510</sup>,

---

<sup>509</sup> Reflexiona LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “Artículos 47-57”, cit., p. 454, que “como es notorio, al hilo de lo que ha ocurrido en otros Derechos civiles propios como en Galicia, se suprime la legítima de los ascendientes. Ya se ha comentado en otro lugar el acierto de la supresión, y así, a tenor del sistema legitimario propio del Derecho civil vasco, los ascendientes pierden la condición de legitimarios. De haberlo mantenido, esto estaría claramente desajustado a la realidad social. Además, con ello se evitan problemas sucesorios, como ocurre en el caso en el que el causante tuviese hermanos con los que no tiene trato, fallece y hereda su ascendiente y al morir este, posiblemente los bienes harían tránsito a los desagradecidos hermanos ... O piénsese en las inadecuadas consecuencias de un legitimario ascendiente con el viudo y/o consorte del causante. En donde no se sostiene un favor *successionis* tan favorable al ascendiente y perjudicial al viudo y/o consorte supérstite, como desgraciadamente ocurre en el CC, en donde el viudo concurriendo con ascendientes tendría derecho al usufructo de la mitad de la herencia”.

<sup>510</sup> La supresión de la mención “*incluso los adoptivos*” que realiza la LDCV respecto a su predecesora, no es baladí. Si bien en referencia al ordenamiento común y a la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, argumenta BERIAIN FLORES, Irantzu, en su obra inédita *Los cambios en la política legislativa tras la Constitución de 1978. Las reformas del Derecho civil en la legislación postconstitucional*, la importancia de que “el legislador erradica del sistema cualquier distinción que tenga por fundamento la legitimidad o ilegitimidad de la filiación, estableciendo que la filiación por naturaleza a la que el Código atribuye sus efectos es única, aun cuando pueda ser matrimonial o no matrimonial. Al mismo tiempo que equipara en efectos la

gozan de la condición de legitimarios por disposición legal<sup>511</sup>. Sin embargo, no debe confundirse la concurrencia a la hora de ostentar la condición de sucesor forzoso con un simultáneo derecho a la legítima. En palabras de GALICIA AIZPURUA, “que todos los descendientes sean legitimarios y que, en consecuencia, ocupen idéntica posición frente a la distribución voluntaria de la legítima, no significa que no quepa sentar una gradación entre ellos a ciertos efectos”. Es decir, si bien en una distribución voluntaria del *quantum* reservado por parte del causante, todo descendiente se estima legitimario, para ciertos aspectos de la cuota legitimaria sí se llega a esbozar un escalafón dentro de este grupo.

Este planteamiento se deduce del artículo 50 de la Ley, que dispone un orden de representación para los supuestos de premoriencia y desheredación, en los que los hijos premuertos al causante o desheredados<sup>512</sup> son “*sustituídos o representados por sus descendientes*”. Al margen de la incorrecta terminología jurídica, que mezcla sustitución<sup>513</sup>

---

filiación adoptiva y la filiación por naturaleza”. Por ellos, esta eliminación, puramente formal, supone otro avance más en la plena igualdad de las personas. En todo caso no debe obviarse que la Ley 6/1988, de 18 de marzo, de modificación parcial del Derecho Civil Foral (BOPV núm. 70, de 12 de abril de 1988), primera Ley autonómica civil vasca, en su artículo segundo establecía que “*a efectos sucesorios se establece la igualdad de los hijos, independientemente de su procedencia matrimonial o extramatrimonial*”.

Al respecto véase las siguientes obras: LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, BRAVO LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El nuevo régimen de la familia*, II, *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982; SANCHO REBULLIDA, Francisco: *Estudios de Derecho Civil*, I, Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 325-341; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: “El régimen jurídico de la filiación. Ideas generales. La Ley de 13 de mayo de 1981”, *ALBALADEJO*, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, vol. 1.º, *Artículos 108 a 141 del Código Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 1-48, o, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Artículos 108 a 141”, en RAMS ALBESA, Joaquín (coord.) y MORENO FLÓREZ, Rosa María (coord. adjunta), *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2.º, *Libro Primero (Títulos V a XII)*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1074-1077.

<sup>511</sup> Debe aclararse que los nietos y sus descendientes posteriores también ostentan la cualidad de personas legitimarias, en concurrencia con los propios hijos del causante, a pesar de que su condición la obtienen por mediación de estos últimos. Recalcar que esta mediación no es motivo para restar valor a la cualidad de persona legitimaria.

<sup>512</sup>Subraya GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 15 que “cuando la norma habla de “desheredación” piensa inevitablemente en la que lo es con causa legal y no en el simple apartamiento, pues este, a diferencia de aquella, no conlleva en absoluto para el excluido la pérdida de la condición de legitimario: así lo demuestra a todas luces el art. 51.3 cuando afirma que el heredero forzoso apartado conserva sus derechos frente a terceros caso de existir infracción cuantitativa (lesión) de la legítima colectiva”.

<sup>513</sup> Si bien SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 93, respecto al **ordenamiento aragonés**, indica que “la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente se produce a favor de los descendientes del descendiente sustituido, sin limitación de grado y aunque concurren solos (cfr. art. 23; 338 CDFA), pero exclusivamente en los casos previstos a tal efecto por la Ley. Los nietos y demás descendientes son legitimarios de grado preferente por sustitución legal, en los casos y en la forma previstos

y representación cuando se refiere a la representación sucesoria<sup>514</sup>, el enunciado confirma, al igual que la anterior Ley 3/1992, la ya conocida ‘sucesión por estirpes’. De esta manera, existen legitimarios ‘preferentes’, los hijos e hijas; que, en caso de premoriencia o desheredación, son representados por sus descendientes, es decir, por legitimarios ‘no preferentes’.

Esta gradación entre los legitimarios que, ciertamente, otorga, a los más próximos en grado al *de cuius*, un lugar privilegiado, parece extenderse, también, a ciertas hipótesis que se contemplan en la Ley 5/2015. Estos supuestos son, precisamente, los ligados a derechos que se reconocen en el articulado a los legitimarios en su conjunto pero que, de acuerdo a la doctrina, poseen una legitimación activa más limitada<sup>515</sup>. Así, será en la hipótesis de lesión cuantitativa o preterición de todo el conjunto de descendientes cuando deba aplicarse, también, esta distinción entre legitimarios ‘preferentes’ y ‘no preferentes’. La legitimación activa se reservaría, por lo tanto, a aquellos legitimarios de primer grado, erigiendo, así, una barrera para el ejercicio de estos derechos respecto del resto del grupo de descendientes, privados de legitimación.

---

para que opere esta institución en la legítima”, lo cierto es que si se acude al articulado en cuestión se observa que cabe equiparar esta ‘sustitución legal’ con el derecho de representación regulado en los arts. 924 a 929 CC. Ciertamente, el legislador vasco no ha hecho sino transformar la terminología adaptando la establecida en el ordenamiento aragonés.

<sup>514</sup> “Aunque en él se utilicen como términos sinónimos los de “representación” y “sustitución”, en realidad quiere aludir a lo que en buena técnica jurídica no es sino un derecho de representación sucesoria *de índole legal* (al modo del previsto en el art. 924 CC), y no a una propia sustitución, la cual, amén de consistir en una disposición de última voluntad materializada por el *de cuius*, actúa igualmente en los casos de renuncia o repudiación del legado o institución voluntariamente dejados por éste (art. 774 CC)” (GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 15).

<sup>515</sup> Al no mediar diferenciación entre los descendientes ante el causante, pues todos son iguales sin importar su grado, GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 16, interpreta que el precepto del artículo 50 de la LDCV “solo puede estar pensando en aquellos derechos que, relacionados con la legítima, vengán directamente reconocidos por la ley; y así, en particular, cuando se haya producido su lesión cuantitativa (art. 51.3) o cuando haya sido preterido todo el grupo de descendientes, hipótesis, esta última, en la que procede la anulación de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial (art. 51.2). En semejantes casos, la LDCV circunscribe la legitimación para el ejercicio de las correspondientes acciones y, por ende, el derecho a percibir mediante ellas lo que legalmente proceda, a los legitimarios mencionados en el art. 50, los cuales, por eso mismo, bien pueden calificarse de “preferentes” o “inmediatos”. Por el contrario, los ulteriores que no revistan tal carácter “preferencial” no podrían, a lo que parece, reclamar nada (si bien lo que perciban del causante por donación o sucesión se imputará, por supuesto, a la legítima)”.

Aun así, no debe entremezclarse la pérdida de la condición de legitimario con la de legitimario ‘preferente’, puesto que, incluso careciendo de esta última, toda atribución lucrativa en favor de cualquier descendiente, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, debe imputarse en la cuota legitimaria. En otras palabras, aunque la carencia de la condición de legitimario ‘preferente’ despoja de la legitimación activa para ejercitar ciertas acciones<sup>516</sup>, todo descendiente ocupa, ante una distribución voluntaria de la legítima, idéntica posición en la imputación. Si bien este criterio puede tambalearse al interpretar el artículo 50 LDCV como mera prelación y, en este sentido, defender la legitimación activa de todo el grupo de legitimarios en caso de renuncia o no ejercicio de las acciones por las personas preferentes - una explicación que, a su vez, preserva de forma más fidedigna la naturaleza colectiva de la legítima vasca-, la traba que ello puede suponer para la dinámica dispositiva del causante demanda abogar por una interpretación laxa del precepto en defensa del principio de libertad civil que rige la Ley 5/2015.

En cuanto a la pérdida voluntaria de la condición de sucesor forzoso, el artículo 48.5 LDCV establece que los derechos legitimarios pueden “*ser objeto de renuncia, aun antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre el causante y el legitimario*”. De este enunciado se deduce, por lo tanto, que, si bien la renuncia de la legítima es posible, pudiendo realizarse incluso con carácter previo a la apertura de la sucesión, se supedita a una estipulación contractual que la sustente: el pacto sucesorio. Se ensalza el valor de la

---

<sup>516</sup> Similar situación acontece en el **ordenamiento aragonés**, pues “*en caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal*. Con esta exclusión el legislador ha optado, en una cuestión claramente opinable (MOREU BALLONGA, 2006, p. 239, considera que la supresión de la renuncia como causa de sustitución en la legítima no es coherente con el sistema legitimario aragonés), por aumentar la libertad de disposición en perjuicio de los descendientes del renunciante. Así resulta porque, por un lado, la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de grado preferente de su derecho de reclamación por lesión cuantitativa no incrementa el derecho de los demás legitimarios de grado preferente (art. 179-3; 494-3 CDFA), y, por otro, porque su derecho de reclamación no pasa por sustitución legal a sus descendientes. Los extraños que han recibido más de la parte de libre disposición consolidan su adquisición porque nadie puede reclamar el exceso. Puede darse el caso del hijo único que tiene descendientes y renuncia a la legítima: toda la herencia es de libre disposición aun habiendo legitimarios, pues ninguno de ellos lo es de grado preferente y nadie puede reclamar si el disponente ha dejado todo a un extraño” Así lo señala, SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 94. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles y BARRIO GALLARDO, Aurelio: “La legítima en Derecho aragonés”, *Tratado de legítimas*, coord. por TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012, p. 367.

vinculación paccionada de las voluntades de renunciante y causante<sup>517</sup>, dejando de lado, sin eficacia, las renunciaciones unilaterales previas a la apertura de la sucesión<sup>518</sup>. Así, la validez de la renuncia se somete a la del pacto, de manera que sus requisitos formales deben consumarse para que pueda operarse dicha renuncia. Estos requisitos, de acuerdo al artículo 100 LDCV, no son otros que la mayoría de edad del causante y del sucesor y el otorgamiento del pacto en escritura pública.

Cuestión más controvertida resulta la de detallar a qué sujeto corresponde la legitimación activa para llevar a cabo dicho pacto de renuncia, pues, ciertamente, la naturaleza colectiva de la legítima vasca invita a sopesar una legitimación activa de todo el grupo de legitimarios, es decir, de todos los descendientes. Sin embargo, concedores de la prelación de la que hace gala el ya mencionado artículo 50 LDCV, en el que se distinguen legitimarios ‘preferentes’ y ‘no preferentes’, debe aventurarse una solución alternativa en la que la renuncia de los primeros condiciona a los segundos. Por ello, en los supuestos de renuncia no existe representación sucesoria alguna, puesto que la condición de legitimario ‘preferente’ no sobreviene a los ‘no preferentes’, de forma que su legitimación activa para renunciar o aceptar la sucesión se ve truncada por la voluntad del primero<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> No se desconoce, en este panorama de pactos sucesorios, que la naturaleza colectiva del sistema legitimario vasco puede acarrear cierta indefensión de las personas legitimarias, pues “a nadie se le escapa que el causante podría obtener dicha renuncia de cada uno de sus sucesores forzosos, ya aprovechándose de su inexperiencia o de una necesidad económica puntual, ya de forma coactiva y, en especial, esgrimiendo de modo amenazador su libertad distributiva; o sea, puede conseguirla de cada legitimario separadamente intimidándole con el anuncio de que, si no se conforma con lo que en ese instante le ofrece, le apartará definitivamente de la herencia.

No obstante, la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima, abstracción hecha del supuesto patológico, es un instrumento que permite ensanchar la libertad de disposición por causa de muerte y, en ese sentido, debe ser acogida favorablemente. Recuérdese que el causante solo queda por completo liberado de su deber legitimario para con sus descendientes en caso de renuncia de todos los herederos forzosos preferentes (art. 48.5 *in fine*, en interpretación combinada con el art. 50)”. Esta defensa del pacto sucesorio manifestada por GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 17, también se ve respaldada por la propuesta de ASUA GONZÁLEZ, Clara, GALICIA AIZPURUA, Gorka, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier e IMAZ ZUBIAUR, Leire, en el *Estudio sobre Derecho...*, cit., pp. 47 y ss., en la que se preveía una regulación completa de este instrumento en aras a aumentar la capacidad ordenadora del causante.

<sup>518</sup> Para que la renuncia devenga firme y efectiva de cara a futuro, la propia voluntad debe vincularse a otra distinta. De esta manera, toda renuncia previa a la muerte del *de cuius*, realizada de manera unilateral carece de efectividad, pues no es posible despojarse de un derecho que no se ostenta o, en este caso, que no se ha llegado a adquirir aún.

<sup>519</sup> Debe entenderse que se trata de una renuncia indirecta, pues la persona legitimaria no llega a hacerlo de forma directa o pura, y que, fácilmente, tiene cabida en la renuncia de cualquier atribución patrimonial *mortis causa*. De esta manera, la renuncia por parte del legitimado activamente, de cualquier disposición hecha en su

Para concluir, debe anotarse que, aunque en la renuncia de la legítima no se prevé un derecho de representación sucesoria, el artículo 48.5 LDCV, en su segundo apartado, establece que a excepción de “*renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquéllos que no la hayan renunciado*”. Parece perfilarse, de esta manera, en beneficio de aquellos legitimarios ‘preferentes’ no renunciantes, un derecho de acrecentar su proporción en el *quantum* reservado<sup>520</sup>.

## 2. El cónyuge viudo o miembro supérstite de la pareja de hecho

Si bien ya se ha adelantado que tanto el cónyuge viudo como el miembro supérstite de la pareja de hecho son considerados sujetos legitimarios en la nueva LDCV<sup>521</sup>, en relación a las

---

favor por el *de cuius*, acaece la renuncia del legitimario no preferente. “De esta forma, si el único heredero forzoso preferente (o todos, de ser varios) renunciase(n) a la legítima, el entero caudal del *de cuius* pasaría a ser de libre disposición, aunque el renunciante tuviese a su vez descendientes, puesto que ninguno le representará en tal condición. Los extraños que hayan recibido bienes por importe superior al de la parte disponible consolidarán su adquisición al no existir nadie que pueda reclamarles el exceso”. También, GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 16, en relación a los supuestos en los que el *de cuius* ostenta vecindad civil vizcaína, explica que “habrán de excluirse de la anterior conclusión (extinción de la sucesión forzosa en caso de renuncia por parte de todos los legitimarios preferentes) los bienes troncales, ya que del art. 62 LDCV se colige que el espíritu de la Ley es el de que los raíces vinculados persistan en la familia en tanto existan parientes que acrediten relación con el bien en cuestión; si el fin último del principio troncal es el de proteger “*el carácter familiar del patrimonio*”, es preclaro que deberá actuar siempre que haya familia expectante, ya que en otro caso dicho objetivo no podría reputarse plenamente satisfecho, y, evidentemente, la “familia” a la que alude el precepto no es otra que la delimitada en el art. 66. Por tanto, en los casos de renuncia, indignidad o desheredación de los hijos, los ulteriores descendientes o, en su caso, los ascendientes y colaterales tronqueros adquirirán la calidad de sucesores forzosos respecto de los bienes raíces familiares, observándose dentro de cada grupo el principio de proximidad de grado”.

<sup>520</sup> Esta propuesta, que parece referenciar a una renuncia anticipada hecha en vida del causante mediante pacto sucesorio y que olvida posibles renunciaciones efectuadas tras la muerte del *de cuius*, choca con la contenida en el **ordenamiento aragonés**, que, apuesta, en su artículo 494.3 CDFR, porque “*la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás*”.

<sup>521</sup> Resulta interesante recordar que, con esta propuesta de su articulado el legislador vasco pareció olvidar, la doctrina contenida en la STC 93/2013, de 23 de mayo, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, según el cual, el principio del libre desarrollo de la personalidad, garantizado por la CE en su artículo 10.1, reclamaba el consentimiento expreso de las parejas de hecho a cualquier efecto jurídico que pudiese repercutirles. Así, si bien gran parte de la doctrina se posicionó en contra de esta interpretación, pues “semejante protección reforzada de la voluntad, que en realidad supone requerir una suerte de doble consentimiento, no puede resultar desde luego exigencia del libre desarrollo de la personalidad. Y es que las eventuales exigencias de este principio se habrían de testar en un sistema que aparejara efectos jurídicos a la mera convivencia; no desde luego en un sistema que requiere la expresión de un consentimiento *ad hoc* [como el vasco: vid. art. 3 LRPH], pues la prestación del mismo hace que el libre desarrollo de la personalidad quede salvaguardado. En este segundo caso, la aplicación de un régimen jurídico es el *devenir natural* de la institucionalización y, por



causas de nacimiento y extinción de sus respectivos derechos sucesorios, el artículo 55 establece que “carecerá de derechos legitimarios y de habitación en el domicilio conyugal o de la pareja de hecho, el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona”. El enunciado delimita, claramente, bajo qué requisitos nacen los derechos

---

tanto, tal aplicación por sí misma no puede considerarse vulneradora del principio de libre desarrollo de la personalidad” lo cierto es que, manteniendo la perspectiva fijada por el TC, las normas de la LDCV, que atribuyen automáticamente derechos legitimarios a la pareja, debieran considerarse inconstitucionales. En análisis del juicio que merecen las disposiciones sucesorias desde el punto de vista de la STC 93/2013, también observa, ASUA GONZALEZ, Clara: “La STC 93/2013, de 23 de mayo, y la regulación del *régimen interno* de las convivencias no matrimoniales en la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 103, 2015, p. 31, que “el que la ley faculte para testar mancomunadamente junto con la pareja (art. 28 LDCV) no supone imposición de ningún régimen legal a los convivientes. Tampoco lo supone que, en relación con la ordenación por comisario, se establezca cómo puede nombrarse comisaria (art. 31 LDCV) a la pareja; o que esta cuando sea comisaria se vea beneficiada por un plazo más amplio (el mismo del que goza el cónyuge) para el ejercicio del poder (art. 41.1 LDCV); o que pueda hacer uso del poder en su propio testamento cuando se trate de disponer a favor de hijos o de descendientes comunes (art. 43.2 LDCV); o que se incluya a la pareja en el círculo de las posibles personas a designar por parte del comisario si el causante no ha establecido el círculo de beneficiarios (art. 33.2 LDCV). Y lo mismo ha de decirse cuando, en el ámbito de los pactos sucesorios, se establece la ruptura de la convivencia como posible causa de revocación de la designación sucesoria en el caso de que tal designación se hubiere realizado en atención a la existencia de la pareja (art. 108.5 LDCV). Más dudosa, y en relación con la ordenación por comisario, podría ser la concesión de facultades de administración (arts. 37.2 y 41.3 LDCV), representación (art. 41.3 LDCV) o de un derecho de usufructo sobre el caudal relicto (art. 41.3 LDCV) en los supuestos previstos legalmente. Desde luego el que se trate de normas dispositivas no es un argumento a favor de su constitucionalidad. Si podría serlo, en el caso del derecho de usufructo del conviviente comisario y de su consideración como administrador y representante del caudal, el hecho de que haya una designación voluntaria por parte de causante a su pareja. Ahora bien, semejante razonamiento no serviría para la concesión legal de facultades de administración al conviviente no comisario en el supuesto de hecho del art. 37 LDCPV. Pero donde se proyecta claramente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad es sobre la normativa sucesoria que atribuye derechos o impone restricciones. Recordemos palabras ya reproducidas en este trabajo: «únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja» (FJ 8). Es claro, por tanto, que, desde esa perspectiva, serían inconstitucionales las normas que atribuyen derechos legitimarios o en la sucesión legal y la obligación de reservar del art. 120 LDCPV”.

Por suerte para la actual regulación, un año más tarde a su entrada en vigor, el Tribunal Constitucional no mantuvo esta misma doctrina el resolver la inconstitucionalidad planteada contra la Ley valenciana (STC 110/2016, de 9 de junio) amparando el articulado de la LDCV. En este sentido, señala BERIAIN FLORES, Irantzu: “La competencia exclusiva del Estado para regular las formas de matrimonio y el modelo vasco de parejas de hecho”, *Tiempo de reformas: perspectiva académica y realidad jurídica*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2016, p. 274, al pormenorizar el camino de la jurisprudencia constitucional al respecto que “no obstante, en esa sentencia se reconduce la situación y, para entender que una ley respeta el libre desarrollo de la personalidad, se estima suficiente con que las parejas expresen formalmente su voluntad de constituir una pareja legalizada”. Véase también, a este respecto, la obra más actual en euskera que la misma autora dedica al tema en BERIAIN FLORES, Irantzu: “Egitatezko bikoteei buruzko Konztituzio Auzitegiaren doktrina: euskal Erkidego Autonomoko eta Nafarroako egitatezko bikoteen egoera eta etorkizuna”, *Euskal Zuzenbide Zibil konparatuari buruzko azterketak*, 2019, pp. 45-68.

sucesorios de estos sujetos legitimarios -aunque lo haga de forma negativa, es decir, estableciendo en qué supuestos no germina-, al igual que dispone las causas por las que se extinguen.

Iniciando análisis de las causas y condicionantes que permiten el nacimiento de los derechos sucesorios, la premisa por antonomasia es la unión marital o, en su caso, la inscripción de la pareja de hecho en el Registro pertinente. Ciertamente, la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015, establece que *“las referencias contenidas en la presente ley a las parejas de hecho se entenderán efectuadas a las inscritas en el registro establecido en el artículo 4 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho”*. Por lo tanto, la premisa exigida por el articulado no es otra que la propia inscripción de la pareja de hecho en el correspondiente Registro, y así, tan solo aquellas parejas que consten debidamente inscritas podrán acogerse a las consecuencias legales que la norma civil prevé cuando las señala. La conexión es clara y directa con el Registro creado en su día por el Decreto del Gobierno Vasco 124/2004, de 22 de junio<sup>522</sup>, (un año después de la entrada en vigor de la propia Ley de Parejas de Hecho) que, de conformidad con el artículo 4 de dicha Ley, tiene competencia para velar por el cumplimiento de los requisitos de inscribibilidad de una pareja y por el examen de idoneidad para la inscripción de los pactos que se regulan en Capítulo II del mismo cuerpo legal<sup>523</sup>.

Así, mientras que los derechos sucesorios del cónyuge viudo no se fraguan en caso de mediar, al instante de la apertura de la sucesión, divorcio o separación, los pertinentes al miembro superviviente de la pareja no lo harán en caso de extinción de la unión, es decir, de existir los motivos enumerados en el artículo 18 LRPV o concurrir *“la decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja, comunicada fehacientemente al otro”*<sup>524</sup>. Sin embargo, una lectura

---

<sup>522</sup> En la actualidad regulado por el Decreto 155/2017, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho.

<sup>523</sup> A este respecto véase los datos que aporta ORIBE MENDIZABAL, Alain: “Las parejas de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, *El derecho civil...*, cit., pp. 494 y ss.

<sup>524</sup> Aun cuando no se haya instado la cancelación de la inscripción en el correspondiente Registro, a pesar de que nada diga la LDCV, tampoco nacerán los derechos sucesorios previstos para la pareja superviviente en caso de reputarse, a la apertura de la sucesión, alguna de las causas establecidas en el art. 18 de la Ley 2/2003, de 7 de

más sosegada es posible. De esta manera, se observa que, en un principio, no toda separación existente entre cónyuges, a la muerte del causante, provoca la exclusión de los derechos sucesorios para el supérstite, pues tal separación deberá ser de mutuo acuerdo y constar fehacientemente<sup>525</sup>.

Sobra decir que ambos requisitos resultan vagos, de poca concreción y coherencia práctica, a la vez que provocan un agravio comparativo si se valora la regulación prevista para las parejas de hecho en la que una comunicación fehaciente parece bastar. De hecho, el sistema español de separación, de carácter consensual, permite solicitar la ruptura del vínculo matrimonial de forma unilateral, de modo que el mero consentimiento del segundo cónyuge supone, de por sí, una separación ‘de mutuo acuerdo’<sup>526</sup>. Idéntico destino le depara a la exigencia según la cual la separación debe constar de forma fehaciente, puesto que, para la separación de hecho, no tiene por qué constar documentación que acredite la existencia de un convenio expreso: cualquier medio de prueba que justifique la ruptura es suficiente. Cabe concluir, por lo tanto, que toda separación, sea legal o de hecho, niega al cónyuge viudo los derechos sucesorios previstos por la Ley 5/2015<sup>527</sup> y que los requisitos planteados en el

---

mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho (LRPH), es decir, “*por matrimonio entre los propios miembros de la pareja*” (en los que los derechos sucesorios provendrán de esta institución) o “*por matrimonio de cualquiera de los componentes de la pareja*”.

<sup>525</sup> Esta regla no constituye desde luego una novedad legislativa, toda vez que recoge lo establecido en el art. 945 CC tal cual quedó redactado tras la modificación operada por la Ley estatal 11/1981, de 13 de mayo, y hasta la reforma efectuada mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio. También es la solución actualmente seguida por el art. 531.1 CFDA en relación al llamamiento intestado del viudo en el **ordenamiento aragonés**. Precisamente a colación de este último precepto, la STSJ Aragón 7/2007, de 25 de junio (RJ 2007/6995) recuerda cómo “los debates parlamentarios con ocasión de dicha reforma de 1981 ponen de relieve que se buscó una fórmula que por un lado reconociese efectos sucesorios a la separación de hecho y por otro tuviese en cuenta que ésta es propicia a situaciones de variada naturaleza; con el texto aprobado se pretendía evitar las dudas que la separación de hecho es susceptible de provocar, dada la propia ambigüedad de la situación, propicia a equívocos de variada naturaleza y a los distintos matices o grados con que puede aparecer configurada en la realidad. Se exige que al tiempo del fallecimiento los cónyuges estén separados de hecho por mutuo acuerdo y que esa separación conste fehacientemente, con lo que se trata de excluir de la norma aquellas separaciones de hecho impuestas unilateralmente por uno de los cónyuges, así como las propicias al equívoco y a las dudas”.

<sup>526</sup> Especifica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 24, que “deben someterse al mismo régimen tanto la separación que, *sensu stricto*, quepa calificar de mutuamente acordada como aquella que haya sido meramente “consentida” y, por tanto, con independencia de que alguno de los cónyuges estuviera inicialmente disconforme con tal situación”.

<sup>527</sup> En opinión de GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 24, en aras a mantener la coherencia de los principios rectores de la institución del matrimonio “la LDCV debería haber seguido la actual solución del legislador estatal, quien mantiene los derechos sucesorios de los cónyuges en tanto en cuanto se mantenga su matrimonio, haciéndolos desaparecer en el mismo instante en que este entra en crisis”. Esta propuesta también la defiende DOMINGUEZ LUELMO, Andrés: “La supresión de las causas de separación y

enunciado se acercan, si se mantiene una visión crítica, a los establecidos para las parejas de hecho.

En cuanto a las causas que el artículo 55 LDCV señala para la extinción de los derechos sucesorios que ostenta el cónyuge viudo o pareja superviviente, una misma filosofía las engloba: la presunta falta de necesidad de socorro. De esta manera, si el cónyuge viudo convive maritalmente o si el miembro superviviente de la pareja de hecho mantiene una relación afectivo-sexual con una tercera persona, los derechos legitimarios hasta entonces adquiridos decaen<sup>528</sup>. Debe subrayarse que, en estos supuestos, al contrario que los detallados en los párrafos anteriores, los derechos sucesorios sí llegan a nacer, pero por los motivos señalados se extinguen. Este decaimiento de los derechos, ciertamente, dota a la legítima usufructuaria de una función alimenticia que no le corresponde, por lo que debe aclararse que la legítima del superviviente no se fundamenta en el socorro mutuo entre cónyuges y que no debiera extinguirse con el inicio de una nueva vida sentimental. Mismo criterio debería seguirse, en defensa del sujeto superviviente, con las concreciones recogidas en el artículo 54 sobre la extinción del derecho de habitación, entre las que se encuentran las nuevas nupcias o la tenencia de un hijo no matrimonial<sup>529</sup>.

---

divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 13, agosto, 2007, pp. 93 y 94, al establecer que, “[...] el matrimonio se inicia sobre la base del consentimiento de dos personas, lo que genera el nacimiento de derechos sucesorios recíprocos, tanto legitimarios como *ab intestato*. Tales derechos deben subsistir sólo mientras se mantenga constante ese consentimiento. Por ello, deben desaparecer con la manifestación realizada por uno o por los dos cónyuges de que ya no mantienen ese consentimiento (divorcio), o de que lo mantienen, pero sujeto a separación. En definitiva, tanto el matrimonio, como los recíprocos derechos sucesorios de los cónyuges se basan hoy en un sistema absolutamente consensual. Por ello, los derechos sucesorios a que me vengo refiriendo van a subsistir mientras así lo quieran ambos cónyuges, y podrán desaparecer por voluntad bilateral o unilateral de cualquiera de ellos. En este sentido, como se ha destacado, la existencia de una separación de hecho, ya sea de mutuo acuerdo o impuesta por un cónyuge al otro, pone de relieve la quiebra de esa voluntad, con la consiguiente pérdida de derechos sucesorios”.

<sup>528</sup> Reflexiona LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “Artículos 47-57”, cit., p. 499, que “baste aquí indicar que la LDCV dispone *ex novo* de un derecho real de habitación, para el viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, mientras no constituya nueva pareja de hecho (se entiende que inscrita en el registro de parejas de hecho del Gobierno Vasco) , y que el viudo en ese estado civil y el miembro superviviente de la pareja de hecho no haga vida marital, que es distinto de tener una relación *more uxorio*, convivencial estable e inscrita. Será la jurisprudencia la que tendrá que delimitar los requisitos diferenciadores entre vida marital versus pareja de hecho. Ya que en la mens legislatoris de la LDCV es claro que la vida marital no lleva aparejada una unión de hecho, con el cumplimiento de los requisitos para ser pareja de hecho”.

<sup>529</sup> Deberá hacerse seguimiento específico de este precepto dentro de la vía judicial, pues aun cuando no se duda de su intención de preservar la pacífica convivencia familiar, parece por completo equivocada y atentatoria del principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad *ex art. 10 CE*, amén del de protección a la familia consagrada en su art. 39.

## V. EL DERECHO TRANSITORIO EN LA LDCV

El Derecho transitorio lo compone el acervo de normas que determinan el alcance temporal y, por lo tanto, la aplicabilidad, de una ley que, tras su derogación -derivado de un cambio legislativo-, continúa imperante en ciertas situaciones jurídicas que, siendo reguladas por dicha ley derogada, aún no han agotado su periodo temporal. Es decir, el Derecho transitorio dilucida sobre la efectividad de aquellos actos jurídicos que, habiéndose realizado legítimamente, de acuerdo a la ley vigente en dicho momento, resultan contrarios o se encuentran enfrentados, en la aplicabilidad, con la ley actual<sup>530</sup>. Respecto al conjunto de normas que integran el definido como Derecho transitorio, debe tenerse en cuenta que, más allá de las disposiciones transitorias concretas que cada ley pueda contener, todas ellas están inspiradas en una serie de principios generales que marcan la hoja de ruta de todo el ordenamiento jurídico y que se concretan en los artículos 9.3 de la Constitución española y 2.3 del Código civil y, fundamentalmente, en las disposiciones transitorias de este último cuerpo legal.

La propia LDCV, objeto de análisis, contiene una remisión a las disposiciones del Código Civil a efectos de solventar el grueso de conflictos intertemporales que tras su entrada en vigor puedan surgir, al indicar en su Disposición transitoria primera que *“los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 12.ª del Código Civil. Si un conflicto intertemporal no pudiera resolverse por las disposiciones anteriores, se tendrá en cuenta que las*

---

<sup>530</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, vol. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 632 y ss. define las disposiciones transitorias como las “normas determinadoras de las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio legislativo”. A este respecto, HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ, Antonio: “Disposiciones transitorias”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 2186, advierte sobre la diferencia entre la retroactividad y la transitoriedad, pues, “cuando se habla de la retroactividad o irretroactividad de una norma se parte de la certeza de la norma, que será la norma vigente al tiempo de cuestionarse sobre su aplicación; cuando se acude al Derecho transitorio se parte de la certeza de la situación pero de la incertidumbre de cuál sea el Derecho aplicable, que es lo que las disposiciones transitorias (contenidas eso sí, en el derecho vigente al tiempo del acto de aplicación normativa) determinan”.

*variaciones introducidas en esta ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior*<sup>531</sup>.

En cuanto a posibles conflictos intertemporales que, en el ámbito sucesorio, la Ley 5/2015 pueda generar con la derogación de la anterior LDCFPV, cabe destacar, por un lado, la relativa a la validez y eficacia de los instrumentos otorgados con antelación a la aprobación de la Ley, y por el otro, la normativa que ha de guiar, precisamente, su interpretación. A este respecto, es necesario analizar las Disposiciones transitorias segunda y duodécima del Código civil, que son las responsables de esclarecer los pormenores de estas colisiones sucesorias. La Disposición transitoria segunda establece que *“los actos y contratos –y entre ellos, los diversos instrumentos de ordenación sucesoria- celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella surtirán todos sus efectos según la misma”*.

Por su parte, la Disposición transitoria duodécima indica que *“los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se registrarán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los*

---

<sup>531</sup> Respecto al Derecho transitorio de la LDCV véase, para mayor profundización, el artículo monográfico de CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: “Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 2018, núm. 28, 2017, p. 235 y ss. Advierte la autora, acerca de esta Disposición transitoria primera, p. 248, que “la técnica de remisión utilizada por la Ley vasca viene a revalidar, así, una afirmación pacíficamente asumida por doctrina y jurisprudencia, como es la de la vocación generalizadora y universalista de las disposiciones transitorias del Código, equivalentes a ese derecho transitorio dotado de un referente normativo abstracto y dirigido a resolver, intemporalmente, los conflictos de leyes en el tiempo. Todas ellas vienen, en fin, a profundizar en el contenido del principio de irretroactividad de las normas, al objeto de preservar bien derechos adquiridos con anterioridad (disposición preliminar), bien cualquier derecho reconocido en la legislación anterior y desconocido después o a la inversa (primera), bien derechos derivados de los actos y contratos celebrados al amparo de la legislación anterior (segunda), bien actos u omisiones no sancionados por las leyes vigentes en el momento de su comisión (tercera), bien acciones nacidas bajo la normativa anterior y pendientes de ejercicio (cuarta) bien, finalmente, derechos hereditarios (duodécima)”.

*legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código”<sup>532</sup>.*

Puede concluirse, por lo tanto, que estas disposiciones transitorias del Código civil, a las que hace remisión la Ley vasca, proclaman el principio de irretroactividad de las normas en diversos supuestos. Más en concreto, cabe considerar que preservan los derechos adquiridos con la normativa previa, es decir, reconocen los derechos de legislaciones anteriores que son desconocidos por la posterior ley o a la inversa. En otras palabras, la solución pasa por respetar las disposiciones sucesorias y los efectos que de ellas se deriven según la legislación anterior, siempre que ello no sea contrario a las normas imperativas de la nueva ley<sup>533</sup>.

Así, las disposiciones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2015 deben reputarse válidas e interpretarse a la luz de la normativa vigente en el momento de su otorgamiento siempre y cuando ello no trasgreda las normas de carácter imperativo contenidas en la nueva Ley vasca. Sin embargo, resulta perentorio analizar no ya la validez de dichas disposiciones sino su posible interpretación de acuerdo a la Ley 5/2015 en vigor. Por consiguiente, en aquellos instrumentos ordenadores en los que no medie adaptación a la regulación vigente, aún habrá que resolver su interpretación en relación a las personas

---

<sup>532</sup> Para una mayor profundización en el contenido de cada una de las disposiciones transitorias del CC, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.): *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2180-2215.

<sup>533</sup> En esta línea, debe subrayarse que también el Tribunal Supremo rechaza que nuevas variaciones introducidas por una ley puedan perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior, y que, históricamente, ha recalcado la aplicación del principio general de irretroactividad en materia sucesoria. En este sentido, CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: “Reflexiones sobre el...”, cit., p. 260, señala que “este es el criterio que aplica el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 13 de abril de 1984 (RJ 1984\1964) y de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8477): en la interpretación testamentaria debe atenderse a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento del testamento para dotar de sentido a sus cláusulas. En el primero de los supuestos mencionados se cuestiona la interpretación que debe darse a un testamento por el que el causante instituye herederos “a los que lo fueran según la ley” y si, como consecuencia de tal disposición, debe quedar incluida como heredera su hija adoptiva cuando, en aplicación del art. 177 CC en su primitiva redacción (vigente a la fecha de fallecimiento –año 1951–), los hijos adoptados no adquirirían *ope legis* derecho alguno a heredar. Por su parte, en el segundo supuesto señalado, el Tribunal Supremo remite, de igual forma, a la norma vigente en el instante en el que fue formalizado el testamento para integrar el contenido de una cláusula testamentaria en la que el causante instituye heredera a su hija natural “en lo que por legítima le correspondiera” y a su hijo legítimo “en el remanente del caudal hereditario””. En el mismo sentido, véase, IMAZ ZUBIAUR, Leire: “Sentencia de 1 de marzo 2013. La aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución en el marco de una sustitución fideicomisaria”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 94, 2014, pp. 132-158.

legitimarias, al *quantum* que a favor de los descendientes se haya reconocido, o incluso el reconocimiento a favor de todos ellos de una legítima individual, en previsión de un derecho que ha decaído al amparo de la legislación vigente.

Todas estas cuestiones han encontrado respuesta en diversas resoluciones de la tradicional Dirección General de los Registros y del Notariado, actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública<sup>534</sup> que, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2015, ha tratado de dirigir, con mayor o menor acierto, una senda interpretativa en torno a estos posibles conflictos intertemporales<sup>535</sup>. En este sentido, continuando las conclusiones de GRANADOS ASENSIO<sup>536</sup> resulta asentado que:

1. La Ley 5/2015 establece los sujetos legitimarios y la naturaleza y cuantía de la *portio debita*. Así, si la apertura de la sucesión es posterior a la entrada en vigor de la LDCV, es decir, al 3 de octubre de 2015, ostentan derechos legitimarios: los descendientes y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita; los ascendientes no son legitimarios. En el mismo sentido, la cuantía legitimaria la determinada la propia LDCV.
2. La interpretación acerca de cuál es la voluntad del causante en relación a las disposiciones efectuadas de acuerdo a la Ley 3/1992 corresponde a los sucesores e interesados en la herencia, o, en su caso, al albacea contador-partidor. Si la interpretación pasa por un reconocimiento genérico (*lo que por legítima le corresponda*) pero la legítima global ha sido ya percibida por algún otro legitimario, esta queda vacía de contenido. En cambio, si la interpretación apuesta por una atribución de cuota o asignación de bienes específicos en pago de la legítima, se trata como legado de cuota o cosa específica.

---

<sup>534</sup> Renombrada como Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE, núm. 25 de 29 de enero de 2020).

<sup>535</sup> Entre otras, las RDGRN de fecha: 6 de octubre de 2016, 15 de marzo de 2015, 12 de junio de 2017, 12 de julio de 2017, 4 de octubre de 2017, 5 de julio de 2018, 20 de diciembre 2018, 27 de febrero de 2019, 19 de septiembre de 2019.

<sup>536</sup> GRANADOS ASENSIO, Diego: “Disposición transitoria primera”, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco*, Lanbideak Bilduma 14, Dykinson, 2020, pp. 1128 y ss.



3. Al haber desaparecido la legítima de los ascendientes y haberse reducido la de los descendientes, la porción vacante operada por esta reducción, en principio, acrece a los designados herederos como consecuencia de la *vis atractiva* de la institución, quedando aumentada la parte de libre disposición.

## **PARTE II**

“NI HILEN NAIZ,  
NIRE ARIMA GALDUKO DA,  
NIRE ASKAZIA GALDUKO DA,  
BAINA NIRE AITAREN ETXEAK IRAUNEN DU ZUTIK”  
-GABRIEL ARESTI-

Estos últimos versos del poema *Nire aitaren etxea* (la casa de mi padre<sup>537</sup>), del poeta vasco Gabriel Aresti, sirven para envolver la mirada con la que se pretende abordar el análisis recogido en esta segunda parte de la presente memoria doctoral. Es sabido que los ordenamientos pirenaicos, entre los que se encuentra el vasco, se vertebran sobre la perduración íntegra del patrimonio familiar en su paso generacional. Hasta hace varias décadas ese acervo se ha circunscrito a la casa, al hogar. El sistema sucesorio del heredero único, que posibilita la integridad de la casa en su traspaso a la estirpe venidera, implica anteponer los intereses familiares a los personales; optar por el sucesor o la sucesora con mejores aptitudes que asegure, también, la supervivencia del futuro linaje.

Y esta perspectiva del porvenir demanda, necesariamente, mecanismos de exclusión sucesoria: el *de cuius* debe disponer de herramientas suficientes para poder recusar a algunos familiares en beneficio de otros. Los próximos tres capítulos acometen el detallado estudio de las tres instituciones de exclusión sucesoria presentes en los ordenamientos jurídicos vigentes. Comienza, el tercer capítulo, con el análisis del *apartamento*, institución característica del Derecho civil vasco, también presente en el ordenamiento aragonés; para después continuar, en los capítulos cuarto y quinto, con la *desheredación* y la *preterición*, formas de exclusión concebidas en el Derecho romano y presentes, hoy, tanto en los ordenamientos civiles autonómicos como en la regulación estatal. Su estudio ambiciona explorar, también, las sinergias existentes entre las tres figuras, para tratar de destacar los mecanismos merced a los cuales el acervo familiar puede perdurar *zutik* (en pie) y, facultar, así, en cierta medida, la ‘libre’ disposición al causante.

---

<sup>537</sup> Traducción de los versos de Gabriel Aresti referenciados: Me moriré, se perderá mi alma, se perderá mi prole, pero la casa de mi padre seguirá en pie.

**CAPÍTULO III**  
**«EL APARTAMIENTO: ENTRE LA**  
**EXCLUSIÓN Y LA LIBRE**  
**DISTRIBUCIÓN»**

## I. INTRODUCCIÓN

El apartamiento que se regula en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco hunde sus raíces en los ordenamientos forales del Medievo. Aparece reflejado en una norma escrita, por primera vez, en 1452, en el texto del Fuero Viejo de Bizkaia. Anteriormente, algunos Fueros locales contienen ciertas alusiones que lo referencian; pero, ciertamente, no se regula, de forma íntegra, hasta la llegada del ‘viejo’ Fuero vizcaíno. Desde estos momentos iniciales, habida cuenta del ámbito de aplicación personal y territorial de este Fuero Viejo y de las normas que en el tiempo lo siguen, el apartamiento se encuentra ligado, únicamente, a las personas con vecindad civil vizcaína aforada. Solo aquellas personas cuya sucesión se regula de acuerdo a la norma vizcaína y, por lo tanto, gozan de la facultad de distribuir libremente el *quantum* reservado, encuentran su libertad distributiva limitada por el apartamiento. En el resto del territorio vasco, hasta la promulgación de la Ley 5/2015 no rige una legítima de naturaleza colectiva; y, por lo tanto, los causantes no gozan de libertad alguna que pueda ser objeto de limitación por parte del apartamiento. Justamente, esta aseveración encuentra excepción en la libertad dispositiva del Valle de Ayala, que, desde la Compilación de 1959, también regula la figura del apartamiento, aunque en su caso, como limitación de su sistema de legítima formal o simbólica.

Históricamente, en los regímenes ‘pirenaicos’ de sucesión forzosa que se vertebran con un sistema legitimario de naturaleza colectiva –entre los que se incluye el vizcaíno–, el apartamiento se ha encontrado ligado, como pieza limitadora, a la libertad de distribución que ostenta el causante. En estos sistemas sucesorios de la vertiente pirenaica, las instituciones jurídicas presentan una coherente y nítida interconexión sistemática y funcional entre sí, a fin de responder a las diferentes necesidades y realidades que plantea una sociedad cambiante en el tiempo. Precisamente, por esta necesidad de reajuste constante con el contexto social, las referencias normativas vizcaínas de ambos elementos, la facultad de libre distribución y el apartamiento, han sido alteradas de forma unísona en cada una de sus nuevas redacciones, para, finalmente, expandir su presencia a todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con la Ley 5/2015, en el año 2015. Curiosamente, esta última normativa entremezcla la regulación del apartamiento vizcaíno y el propio de Ayala,

equiparando la regulación de ambos sistemas, sin percatarse de que la libertad distributiva vizcaína y la libertad dispositiva ayalesa requieren de limitaciones dispares.

Se cuestiona, en este sentido, si esta expansión responde, realmente, a un cambio de las necesidades de la ciudadanía o al mero interés del legislador. Como es sabido, el Derecho sucesorio primigenio de Bizkaia, contenido en los textos forales medievales, se enraíza en la continuidad de la explotación familiar: el eje de todo el sistema pivota sobre los bienes familiares y su transmisión íntegra e indivisa, generación tras generación, para asegurar la supervivencia o, en su caso, bonanza del conjunto de la familia. En pleno siglo XXI, pese a las fuertes mutaciones que ha experimentado la configuración del núcleo familiar, se sigue apostando por expandir, a toda la Comunidad Autónoma del País Vasco, un régimen sucesorio ancestral ideado, siglos atrás, para la perpetuidad de los bienes. Dicha expansión y pretendida actualización del sistema sucesorio medieval no deja de ser, sin embargo, el resultado de un ejercicio de maquillaje de sus figuras e instituciones insignia. No se ha reparado, o no ha querido advertirse, que el fin esencial para cuya consecución nacen dichas figuras e instituciones difiere del actual. Habrá de analizarse, por tanto, si estamos siendo testigos de la evolución natural de aquellas instituciones medievales, siempre fieles a las necesidades sociales –económicas y familiares–, o, por el contrario, nos encontramos frente a una desfiguración ‘intencionada’ de las mismas por parte del legislador actual.

Concretamente, este cambio que padece el apartamiento vizcaíno en la nueva Ley 5/2015, que, como se verá, tutela la expectativa sucesoria formal de cada una de las personas que integran el grupo de sucesores forzosos, no es baladí. Una contención de su alcance repercute, de forma directa, en la practicidad de un sistema legitimario de naturaleza colectiva: atenuar los requisitos con cuyo cumplimiento carga el apartamiento al *de cuius* puede abocar a una eliminación efectiva de la protección de las personas legitimarias. Deviene, por ello, imperioso analizar las diferentes regulaciones que ha recibido el apartamiento desde su primera aparición escrita, en el Fuero Viejo, y recorrer, de su mano, las transformaciones de las que ha sido objeto. Las redacciones pasadas nos ayudarán a determinar si resulta o no certero el nuevo curso de esta institución; e incluso, a fijarle un nuevo rumbo, si se ve oportuno.

## II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS

Es el capítulo 105 del Fuero Viejo de 1452 el que, por primera vez, recoge, en norma escrita, la libertad distributiva de la que goza el *de cuius* vizcaíno aforado, al que se le permite “*dar, así en vida como en artículo de la muerte, a uno de los sus fijos o fijas, todos sus bienes muebles e rayzes, dando e apartando algún tanto de tierra, poco o mucho, a los otros fijos e fijas sean de legítimo matrimonio. E si fijos non ouiere, a los nietos, por aquella misma forma*”<sup>538</sup>. Conviene resaltar que el análisis de la regulación contenida en el ‘viejo’ fuero vizcaíno se enmarca en una época en la que coexisten diversas vecindades civiles en un mismo territorio.

Aunque la expansión operada por la vigente Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, haya permitido que, actualmente, toda la ciudadanía con vecindad civil vasca goce del recurso del apartamiento para distribuir libremente, entre sus sucesores forzosos, el *quantum* reservado, lo cierto es que este instrumento ha sido, desde el Medievo y durante casi seis siglos, una particularidad de la tierra llana de Bizkaia. Este apunte es de vital importancia para entender que cuando, en el presente apartado, se menciona al *de cuius*, se hace expresa referencia, únicamente, al que ostenta vecindad civil vizcaína aforada, pues no todo causante vizcaíno, y menos vasco, goza, en aquel momento histórico, de la posibilidad de apartar<sup>539</sup>.

Tampoco el causante ayalés encuentra limitada su libertad por el apartamiento en el Medievo; conforme al Capítulo XXVIII del primigenio Fuero de 1373 ostenta, de hecho, plena libertad dispositiva. Al superarse en este territorio alavés la filosofía de que la conservación indivisa

---

<sup>538</sup> Debe advertirse que el capítulo 126 FV reconoce esta misma facultad en favor del causante en relación a aquellas personas que siendo colaterales también sean sucesoras forzosas, pues puede “*dar a qualquier de los parientes propincos que quisiere, apartando a los otros parientes propincos con alguna parte de bienes raíces, poco o mucho, con lo que quisiere*”.

<sup>539</sup> A este respecto véase, CELAYA IBARRA, Adrián: “La vecindad civil en Vizcaya”, *Estudios de Deusto*, 1994, vol. 42, pp. 77-128; URRUTIA BADIOLA, Andrés: “Ámbito territorial y personal de aplicación del Fuero Civil de Bizkaia. La troncalidad y sus efectos en las enajenaciones ‘inter vivos’ de los bienes troncales: la ‘saca foral’”, *El Derecho foral vasco tras la reforma de 1992*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 36-71; AMADOR CARRANDI, Florencio.: “La vizcainía originaria y la vecindad en Vizcaya”, *Zumárraga*, 1952, núm. extraordinario, pp. 58-62.

del patrimonio debe perpetuarse en el círculo familiar<sup>540</sup>, el capítulo antedicho afirma que “*otrosí todo hombre o muger estando en su sana memoria pueda mandar todo lo suio ó parte dello á quienquiera por Dios, é por su alma ó por servicio que le fizo*”.

En este sentido, y a pesar de constatarse el interés de cierta parte de la doctrina por subrayar la existencia del apartamiento, desde esta primera redacción, como limitación intrínseca de la libertad dispositiva del causante ayalés, lo cierto es que habrá de esperarse hasta la Escritura de Iguala y Avenencia de 1487 para observar la incorporación de dicho término sin condicionarse su aplicación a supuestos determinados de otra índole<sup>541</sup>. Por este motivo, precisamente, se comienza el análisis del apartamiento con el Fuero Viejo vizcaíno; por entender que su regulación como limitación a la libertad distributiva del causante no se encuentra coartada o adulterada y que, por lo tanto, captura de forma natural su esencia.

Así, esta primigenia redacción, contenida en los capítulos 105 y 126 del Fuero Viejo de Bizkaia, guarda una doble limitación a la hora de permitir al *de cuius* distribuir libremente su caudal sucesorio. Una primera, de carácter subjetivo, que obliga al causante a otorgar la titularidad de sus bienes a alguna de las personas legitimarias; y, una segunda, objetiva, que impone al *de cuius* la entrega de la ‘tierra de apartación’ a aquellas personas no escogidas para sucederle en el patrimonio familiar<sup>542</sup>. No debe olvidarse que, a lo largo de los siglos

---

<sup>540</sup> GALÍNDEZ, Jesús: *La tierra de Ayala y su Fuero*, Buenos Aires, 1957, p. 220 y ss., reflexiona sobre esta cuestión al indicar que “siendo común en todo el País Vasco la libertad de testar, no es idéntica la institución en cada una de sus regiones. En Ayala y Nabarra, según su Fuero, la libertad es absoluta, de modo que el testador puede dejar sus bienes a quien quiera; en Bizkaya, según su Fuero, y en Gipuzkoa, Laburdi y parte de Araba por costumbre, la selección debe hacerse entre los hijos o descendientes y en su defecto entre los más inmediatos parientes del tronco del que procedan los bienes. Tampoco son idénticas las demás instituciones auxiliares, pero en el fondo late una misma identidad de todas ellas.

El régimen ayalés, como digo, se caracteriza por esta absoluta libertad. Es cierto que la misma permite, y de hecho es lo que sucede casi siempre, una selección entre hijos. Pero debo confesar con toda sinceridad, que el régimen bizkaino responde mejor a los principios familiares de troncalidad que informan el Derecho Vasco”.

<sup>541</sup> Esta parte de la doctrina, encabezada por URIARTE LEBARRO, Luis María: *El Fuero de Ayala*, 1974, Diputación Foral de Álava, pp. 48 y ss., justifica la presencia del apartamiento en la redacción del Fuero en 1373 en la redacción del Capítulo L, que en el caso de concurrencia de hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, prescribe que “*todo hombre que ficiese hijos sin casar sean herederos de los bienes del padre, e aunque haya otros hijos de mujer de bendición, que parta con ellos a cabezas, salvo si el padre lo apartare en cosa cierta*”. Pero al tratarse de un deber de apartar, no dirigido expresamente a ejercitar la libertad dispositiva en sí misma, conviene considerar que esta limitación no constará, como limitación, hasta el año 1487.

<sup>542</sup> Indica a este respecto, ESJAVIERRÍA, José María: “El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil de Vizcaya”, *Estudios de Deusto*, 1959, vol. 7, núm. 14, p. 403, que “la voluntad del testador



XIV y XV, la economía vizcaína del ámbito rural resume su desarrollo en una actividad de mera subsistencia, centrada en el auto-abastecimiento.

Por este motivo, los diferentes textos normativos apuestan por la transmisión sucesoria íntegra e indivisa del patrimonio familiar: resulta necesario que la titularidad de los bienes recaiga sobre una de las personas legitimarias, pues solo así se garantiza la supervivencia del conjunto familiar. Esta misma finalidad de perduración exige, ciertamente, que la persona legitimaria más hábil para regentar la explotación familiar sea la beneficiaria de los bienes familiares, sin importar ni su sexo ni su cercanía en grado con el *de cuius*<sup>543</sup>. Los bienes deben permanecer en la familia, pero en manos de la persona idónea: deviene vital contar con un engranaje jurídico que permita una libertad distributiva y, a su vez, imponga ciertas limitaciones a dicha facultad<sup>544</sup>.

En este contexto, y solo en este, el apartamiento refuerza su presencia como garante de la continuidad familiar, al completar el ‘tiovivo’<sup>545</sup> que asegura la continuidad de los bienes en

---

está limitada subjetivamente por la ley, por cuanto ha de escoger un heredero entre sus descendientes u otros parientes, ya que la titularidad de sus bienes ha de ser deferida necesariamente a uno de los legitimarios; pero la ley marca también al causante una limitación objetiva, porque si son varias las personas integrantes del grupo preferente y solamente se escoge a una, existirán otros individuos que acreditarán, no como personas sino como miembros del organismo familiar, unos derechos a la sucesión que el testador tiene que respetar; para lo cual exige la ley que a estos familiares no escogidos, el testador deba entregarles, en pago del derecho legitimario que aquellos tienen, la tierra de apartación”.

Sobre lo que se entiende por ‘tierra de apartación’, JADO Y VENTADES, Rodrigo: *Derecho civil de Vizcaya, Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1923, pp. 328, relata que “lo único que el testador tiene que dejar a aquellos de sus herederos a quienes aparta de la herencia es una cantidad de tierra que, por su insignificancia, no tenga valor alguno real ni otro objeto que el de evitar que puedan considerarse preteridos; y lo que el Fuero deja indeterminado ha venido a determinarlo la costumbre desde tiempo inmemorial, haciendo consistir la tierra de apartación o legítima foral estricta en un *palmo de tierra*, fórmula a la que algunas veces se agrega la de apartarlos con un *árbol, una teja y un real de vellón*, para significar que se les excluye no sólo de toda clase de bienes raíces sino también de los bienes muebles, quedando así pagados de su legítima los herederos forzosos a, quienes el testador no deja bienes algunos”.

<sup>543</sup> En torno a la igualdad entre ambos sexos en el marco del Derecho vizcaíno, CELAYA IBARRA, Adrián: “El Fuero Vizcaya...”, cit., p. 304.

<sup>544</sup> La información a este respecto es del todo variada, desde estudios con un enfoque económico a otros de carácter histórico. Véase, entre otros, GARCÍA DE GORTAZAR, José Ángel, y otros: *Bizkaia en la Edad Media*, II, San Sebastián, 1985, pp. 12-22, CELAYA IBARRA, Adrián: “El Derecho privado de Vizcaya en la concepción del Fuero de 1452”, *II Simposio organizado por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*, Bilbao, 1973, pp. 315 y ss., IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 50 y ss.

<sup>545</sup> IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 48 y ss., acuña el término del tiovivo para referenciar esta interconexión de las diferentes instituciones, pues, como se podrá observar en los próximos apartados de este capítulo, existe una relación directa y circular entre los instrumentos de Derecho y la realidad

la familia garantizando la potestad de libre distribución para el *de cuius*. Es decir, el apartamiento completa el sistema de auto-abastecimiento y supervivencia familiar que las diferentes instituciones jurídicas construyen y mantienen: al considerar que la transmisión de los bienes familiares a manos ajenas implica, directamente, la pérdida de la riqueza y las plusvalías generadas por el linaje<sup>546</sup>, resulta indispensable que el ordenamiento jurídico favorezca, mediante un entramado coherente de herramientas sucesorias, la transmisión íntegra e indivisa del patrimonio familiar<sup>547</sup>. No obstante, esta transmisión indivisa del acervo familiar no puede suponer, como se verá a continuación, el olvido de los sucesores forzosos: al causante se le entrega la prerrogativa de la elección, pero debe efectuarla apartando, y en este sentido recordando, a los legitimarios no beneficiados<sup>548</sup>.

---

socio-económica de cada etapa histórica. En este sentido, afirma que la “interconexión entre la *propiedad*, la *familia* y la *sucesión* justifica, sin duda, la coherente simbiosis que late entre las instituciones jurídicas que vertebran nuestros textos legales desde los albores del medievo: el *régimen económico matrimonial*, la *troncalidad* y la denominada *libertad de testar*, a las que acompaña, frecuentemente, la creación de una *comunidad de vida y trabajo en común* entre los miembros del grupo doméstico que se asienta sobre la casería familiar”.

<sup>546</sup> Sobre este aspecto, y sobre la identificación entre empresa y familia, GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., p. 41 y ss.

<sup>547</sup> Comparte esta idea ANGULO LAGUNA, Diego: *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, Hijos de Reus, 1903, p. 43, al expresar que “la vida rural de Vizcaya es imposible con la división y subdivisión de la entidad agrícola que se conoce con el nombre de casería. En la reglamentación de las transmisiones, en sus distintas clases, está el peligro; de aquí que una buena política legislativa deba tender a mantener íntegra la unidad de la casería. Este propósito y no otro es el que inspira al Fuero de Vizcaya en todas las disposiciones que son propiamente vizcaínas, prescindiendo de aquellas otras que tienen marcado abolengo castellano; pues ni todo lo que está en el Fuero es vizcaíno, ni todo el derecho genuinamente de Vizcaya está en el Fuero. La indivisibilidad, pues, de la casería, principalmente, arraigada, como ya queda indicado, en la conciencia pública; las necesidades del cultivo y el género de vida de la familia cultivadora, en segundo término, inspiran la legislación foral a que se contrae este estudio”.

<sup>548</sup> Justifica este razonamiento JADO Y VENTADES, Rodrigo: *Derecho civil de...*, cit., pp. 329 y 330, al indicar que “el requisito de la apartación tiene su razón de ser dentro del mismo Fuero. Si todos y cada uno de los comprendidos en los tres grupos de descendientes legítimos, ascendientes legítimos y colaterales tronqueros son, por su orden, herederos forzosos y si a la vez se permite al testador que pueda elegir o dejar todos sus bienes a sólo uno de tales herederos, necesario era hallar un medio que conciliase esos términos contradictorios, esa oposición entre la libertad de elegir a uno y respetar el derecho de los demás y esto se conseguía dejando a los excluidos de la herencia una legítima, aunque sólo fuese de pura fórmula, apartándoles de la herencia con algo de tierra: así se evitaba que los excluidos se considerasen desheredados tácitamente o preteridos (...).

La apartación es consecuencia lógica del carácter de herederos forzosos que tienen todos los descendientes legítimos, ascendientes legítimos y colaterales tronqueros en sus respectivos casos. Si son tales herederos han de tener derecho a algo y si no se les menciona en el testamento ni aun para desheredarlos, si es que hubiesen incurrido en justa causa para ello, si no se deja a salvo su derecho legítimo con lo que podemos llamar legítima foral estricta, con la tierra de apartación, debemos entender que han sido preteridos y que pueden anular la elección que hubiese hecho el testador”.

Con idéntica redacción, pues la situación socio-económica y familiar en el año 1526 continúa siendo pareja a la que envuelve el ‘viejo’ texto foral, el Fuero Nuevo de Bizkaia, en la Ley XI, Título XX, también establece la misma libertad de distribución, que posibilita tanto la transmisión del entero caudal a uno de los sucesores forzosos, como un reparto desigual o idéntico entre los mismos; siempre, bajo el cumplimiento de las limitaciones del apartamiento. En este primer estadio normativo, elevada la costumbre a ley en ambos Fueros, *libertad de distribución* y *apartamiento* aparecen de la mano, pero claramente diferenciados: no se habla de una misma particularidad, no son un mismo elemento.

Para que el causante pueda escoger al sucesor “*más idóneo, o hábil, o suficiente, o conveniente a la casa y casería*”, debe ejercitar, a modo de requisito, el apartamiento. Así, si la legítima colectiva se sostiene y se entiende gracias a la facultad de libre distribución del *de cuius*, esta prerrogativa de elección se cimienta, a su vez, en el apartamiento: sin el apartamiento no es posible esbozar una libertad distributiva plena. De este modo, ambas figuras se acompañan en un ‘tándem’, que permite a cada una preservar su función en esta medieval sociedad. Mientras que la libertad distributiva asienta y permite un sistema de heredero único que suponga la supervivencia familiar, el apartamiento, por su parte, protege a los sucesores forzosos de ser olvidados, y, en cierta medida, de no ser tenidos en cuenta a la hora de valorarse quién debe ser elegido como sucesor idóneo.

Así, este condicionante, el apartamiento, se construye, en estos dos ordenamientos forales vizcaínos, sobre la base de dos pilares: uno formal, que requiere señalar a las personas legitimarias que se desea apartar; y otro material, que impone la obligación de fijar una cuota en favor de las mismas. Ocupándonos del primero de ellos, y antes de entrar a analizar las formas en las que debe identificarse a los sujetos apartados, es preciso determinar quiénes son los sujetos que conforman el grupo de personas legitimarias a las que se debe apartar. Así, se descarta de forma tajante la posibilidad de que el causante pueda excluir a todo el grupo legitimario, pues en todas las redacciones de las normas vizcaínas se hace referencia a “unos” y a “otros”; es decir, a una elección de entre más de uno. Por lo tanto, la existencia

de una persona legitimaria no apartada resulta forzosa<sup>549</sup>. Toca, así, decidir, precisamente, entre quiénes debe hacerse esa prelación al ejercitar el apartamiento.

En una interpretación apegada a la letra –aunque parece evidente que el grupo de personas legitimarias lo conforman los hijos e hijas del causante, junto con los descendientes legítimos de éstos, y, en su defecto, excluyéndose mutuamente, los naturales, los ascendientes y los parientes colaterales tronqueros-, puede aventurarse que, para ejercitar debidamente el apartamiento, parece suficiente el nombramiento de las personas descendientes de primer grado. Y es que, el citado capítulo 105 del Fuero Viejo dibuja una jerarquización entre los miembros del grupo descendente: tan solo a falta de hijos, “*e si fijos non ouiere*”, ocupan los descendientes posteriores su lugar y, por tanto, deben ser apartados por el *de cuius* de la misma forma. Se traza, así, un grupo de sujetos que cabe calificar como preferente, cuyo nombramiento repercute en los posteriores descendientes de su línea.

De este modo, apartar a los hijos e hijas legítimas completa el requisito de nombramiento exigido por la norma y garantiza, en cierta medida, el derecho que individualmente se reconoce a cada una de las personas legitimarias a ser mencionada y recordada<sup>550</sup>. De hecho, es posible ir más allá y afirmar que, conforme a la redacción de la Ley XI, Título XX, del Fuero Nuevo, según la cual el *de cuius* puede dar “*á uno de sus Hijos, ó Hijas legítimas, ó á nieto, y decendiente de su hijo, que haya seydo fallecido*”, el apartamiento tampoco otorga una libertad distributiva plena al causante. Parece interpretarse, de estas líneas, que no cabe, entonces, apartar a los sujetos del grupo preferente en favor de ulteriores descendientes que

---

<sup>549</sup> Incluso para el supuesto en el que “los padres solamente tengan un hijo, no lo pueden apartar, sino que deben dejarle toda la herencia, a no ser que lo deshereden; y ello, porque en cualquier materia o disposición, la elección o prelación siempre debe ser hecha entre varios, y por ende, el hijo único no puede ser elegido por los padres, que necesariamente han de dejarle toda la legítima”, ESJAVIERRÍA, José María: “El apartamiento en...”, cit., p. 425.

<sup>550</sup> En este sentido, señala GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., p. 96, que “individualmente considerados, cada uno de los sujetos integrantes del respectivo grupo ostenta sobre los inmuebles familiares una expectativa meramente formal: dispuestos los bienes en favor de alguno o algunos de los miembros del grupo y ‘apartados’ los demás, el causante habrá respetado los límites que el ordenamiento foral impone a su poder de disposición. Pero esta misma descripción pone de relieve que el apartamiento cumple, asimismo, una función positiva: constituye una suerte de ‘derecho honorífico’ que atañe a cada uno de los sucesores forzosos, un derecho a ser mencionados y recordados por el causante cuando éste disponga de aquello que integra el elemento real de su vocación forzosa”.

no están representando a progenitores premuertos. Esta apreciación encuentra respaldo en la jurisprudencia de la época, en la que el Tribunal Supremo advierte de que la “ley del Fuero marca una perfecta distinción entre el hijo legítimo de matrimonio y el nieto descendiente del hijo que hubiese fallecido”<sup>551</sup>. No es posible, por lo tanto, apartar al conjunto de hijos e hijas para favorecer a un nieto, ya que el grupo preferente no puede ser apartado en su totalidad, salvo en caso de representación del premuerto.

Esta imposibilidad de apartamiento absoluto de los hijos en pro de los nietos asienta, precisamente, en el aspecto formal del apartamiento, el principio de proximidad de grado; que trastoca, por completo, el modo en el que debe llevarse a cabo el nombramiento de las personas apartadas. Como ya se ha adelantado, el apartamiento de una persona del grupo preferente conlleva apartar, también, a la descendencia de esa línea; es decir, el apartamiento de la hija exime del deber de apartar a la nieta, que es apartada de manera automática por la exclusión de su progenitora. Esta prerrogativa añade practicidad a la institución, que se ve libre de interminables nombramientos para garantizar su validez: el apartamiento de unos pocos es suficiente y no resulta forzosa la inclusión de la identidad de cada una de las personas descendientes.

Debe advertirse que el Fuero exige que la selección sea, siempre, plenamente consciente: que toda persona sobre la que pudiese recaer la designación de sucesor principal sea recordada, es decir, que toda persona del grupo preferente conste para la validez del apartamiento<sup>552</sup>. Asimismo, de diferentes preceptos de ambos Fueros se desprende que el apartamiento debe ser hecho de una forma clara. Aunque no sea indispensable el uso del vocablo ‘apartar’, sí resulta necesaria la utilización de términos que expresen debidamente la voluntad del *de cuius*. Idéntica eficacia legal se le concede a manifestar que ‘una’ persona está apartada de la herencia como a indicar que está separada, excluida o descartada de la sucesión<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1920, compilado en CELAYA IBARRA, Adrián: *Vizcaya y su Fuero civil*, Aranzadi, Pamplona, 1965, pp. 364 y ss.

<sup>552</sup> A este respecto subraya ANGULO LAGUNA, Diego: *Derecho privado de...*, cit., p. 126, que sólo cuando al mismo tiempo que se instituye al sucesor se excluye a los que no se quiere dar ese título, es cuando puede decirse que la manifestación de la voluntad ha quedado perfectamente determinada, pues a la manera de las definiciones, se ha expresado el género próximo y la última diferencia.

<sup>553</sup> ESJAVIERRÍA, José María: “El apartamiento en...”, cit., p. 421.

Curiosamente, en ningún precepto se indica cuáles son los efectos de omitir el nombramiento de las personas excluidas o de realizarlo de forma errónea.

En paralelo al aspecto formal del apartamiento discurre su vertiente material, referenciada tanto en el capítulo 105 del Fuero Viejo, como en la Ley XI, Título XX, del Fuero Nuevo. El nombramiento de las personas excluidas de la sucesión no es requisito suficiente para operar el apartamiento, también parece necesario entregar, un tanto, poco o mucho, de ‘tierra de apartacion’, a aquellas personas legitimarias no elegidas para regentar la jefatura del patrimonio familiar. Surge, en este punto, un debate doctrinal entre los que consideran que la cuota de apartación debe ser ‘cosa cierta y determinada’ y los que la interpretan como una exigencia meramente formal, ‘vacía de todo contenido económico’<sup>554</sup>.

En este sentido, defiende la primera de las corrientes que la persona causante no puede privar a sus legitimarios de la tierra de apartación, pues a aquéllos no cabe despojarles, nunca, sin causa justificada, de la cuota mínima que el Fuero les asegura: entienden que el ordenamiento vizcaíno reconoce, en el apartamiento, una suerte de legítima individual, cuya cuota corresponde fijar, precisamente, a los causantes. Es verdad que éstos pueden hacerlo en el *quantum* que consideren conveniente, por insignificante que resulte la cantidad fijada, pero siempre deberá de existir esta cuota de apartamiento con algún valor material<sup>555</sup>. En contra de esta línea interpretativa se sitúa la doctrina más moderna<sup>556</sup>, que aboga por entender el apartamiento como un requisito puramente formal. Sostienen estos autores que los preceptos forales no guardan una expectativa material individual en favor de las personas legitimarias,

---

<sup>554</sup> Esta división de opiniones se deduce claramente si se comparan entre otras las obras de ESJAVIERRÍA, José María: “El apartamiento en...”, cit., p. 427, y GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., p. 96. En palabras del primero, “la indeterminación de las leyes del Fuero en cuanto a lo que constituye la cuota de apartación puede dar lugar a alguna confusión para quien no analice esta cuestión con cuidado; pero para precisar bien este punto, hemos de partir de la base de que, si bien el quantum de la apartación no se entromete la ley a concretarlo, no puede dejar de ser cosa cierta y determinada”. El segundo autor, sin embargo, considera que “a pesar de que las locuciones empleadas por ambos capítulos podrían sugerir otra cosa, se trata de un requisito que ha de reputarse puramente formal, esto es, vacío de contenido patrimonial exigible”.

<sup>555</sup> Defienden esta corriente doctrinal, entre otros, autores como, ANGULO LAGUNA, Diego: *Derecho privado de...*, cit., pp. 70 y 194, FALCÓN Y OZCOIDI, Modesto: *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1897, o ESJAVIERRÍA, José María: “El apartamiento en...”, cit., pp. 427 y ss.

<sup>556</sup> Se encuentran defendiendo esta interpretación autores como GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., pp. 95 y ss., o CELAYA IBARRA, Adrián: “Las legítimas”, cit., pp. 121 y ss.

que lo hacen respecto al grupo en su conjunto, al regular una legítima de naturaleza colectiva. Por lo tanto, consideran que es prerrogativa del *de cuius* atribuir sus bienes libremente entre los miembros del grupo, y, de este modo, elegir a uno o algunos y privar, si lo desea, al resto, de cualquier beneficio material posible<sup>557</sup>.

Cabe matizar, no obstante, en favor de quienes justifican el cariz material del apartamiento, que, en estos primeros albores, existe la ‘costumbre’ de acomodar al resto de descendientes apartados de la sucesión de la casería familiar. Es decir, la libertad distributiva que permite la institución de un único *heres* no se concibe como prerrogativa para desamparar al resto de familiares, sino como libertad para construir un paraguas bajo el que salvaguardar los intereses de cada miembro. Esta afirmación encuentra justificación en la función sucesoria de diversos instrumentos dispositivos de la época, como la dote, con una vertiente, en parte, compensatoria, por destinarse a colmar los derechos sucesorios de los sucesores forzosos apartados<sup>558</sup>. Se advierte, por lo tanto, de la existencia de una suerte de ‘legítima’ individual: una porción flexible y sin cuantía determinada, pero que el apartamiento ampara y limita, incluso, materialmente.

En vista de todo lo señalado hasta el momento en relación a la regulación del apartamiento puede advertirse que las primeras redacciones de los textos forales no son completas. Se

---

<sup>557</sup> Sustenta esta línea doctrinal la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia 2 de julio de 1885, recopilado en CELAYA IBARRA, Adrián: *Vizcaya y su...*, cit., p. 334, considera que “si bien es cierto que no existe en Vizcaya libertad absoluta de testar, también lo es que no hay propiamente herederos forzosos, ni por consiguiente legítimas determinadas y uniformes puesto que el padre puede en vida y en artículo de la muerte distribuir su hacienda entre sus hijos o preferir al que le plazca, apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho a los hijos o hijas o descendientes”. De esta manera, esclarece que la aplicación de la Ley XI, Título III, Libro X, de la Novísima Recopilación, por la que se manda “*que ninguno pueda dar ni prometer por vía de dote o casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes*”, no es de aplicación para el causante vizcaíno pues “no existiendo en Vizcaya, como antes se ha dicho, herederos forzosos ni legítimas determinadas, falta la razón y motivo de aquella ley dirigida indudablemente a impedir la defraudación de las legítimas a los demás hijos por las dotes excesivas concedidas a las hijas”.

<sup>558</sup> Indica IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 81, que “sólo uno de los sucesores forzosos es elegido para subrogar al *de cuius* en la dirección que éste ejerce sobre la explotación y sobre el núcleo familiar que vive y trabaja para ella, siendo los restantes candidatos apartados de dicha sucesión. De ahí que la dote que aporta la familia del consorte advenedizo sea empleada para colmar los derechos sucesorios de los excluidos, estando obligados los favorecidos con la institución a velar por las necesidades de todos los miembros que se asientan en la casa familiar. Esta responsabilidad se prolonga, habitualmente, a lo largo de la vida del instituido, debiendo cumplirla en la medida en que los recursos del patrimonio heredado se lo permitan”. También sobre la función sucesoria de la dote, y su encaje en el sistema sucesorio vizcaíno, véase IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 51 y ss.

bosqueja de forma correcta el nexo entre la libertad distributiva y el elemento que lo limita, el apartamiento, pero no se colman de forma efectiva ciertas lagunas que pueden calificarse como esenciales; entre otras, la prelación del grupo preferente frente al resto de personas legitimarias o el valor material que debe o no guardar el apartamiento. En cualquier caso, no debe olvidarse que estos pormenores relativos al aspecto material y formal del apartamiento tan solo resultan de aplicación en el ordenamiento vizcaíno, pues como ya se ha adelantado, es la Escritura de Iguala y Avenencia de 1487 la que incorpora, por primera vez, para el territorio de Ayala, el cauce del apartamiento; aunque no lo hace dotándolo de la dimensión jurídica que lleva aparejada en el ordenamiento vizcaíno.

Conviene, por ello, recalcar que la figura del apartamiento no ostenta en el Derecho ayalés el mismo peso que le confiere el vizcaíno: en el Fuero de Ayala, de acuerdo a la Escritura referenciada, el *de cuius* pueda “*testar e mandar por testamento o manda o donación de todos sus bienes o de parte dellos a quien quisieren, apartando sus fijos e parientes, con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren*”. Es decir, no existe un nexo entre libertad dispositiva y apartamiento; no es preciso apartar para gozar de libertad de disposición. Establecer que la exclusión puede hacerse con mucho o poco, pero, además, adicionar, que el causante puede hacerlo ‘como quisiere o por bien tuviere’, es afirmar que el apartamiento ayalés no ostenta contenido alguno, ni material ni formal<sup>559</sup>.

---

<sup>559</sup> En contra de esta visión, URIARTE LEBARIO, Luis María: *El Fuero de...*, cit., pp. 119 y ss., afirma que “el Fuero otorga al donante o testador facultad para determinar libremente la cuantía de la legítima de los apartados (...) supone en los apartados derecho a la herencia de aquel que los aparta”. No debe confundirse, no obstante, la existencia de sucesores legales con la concurrencia de sucesores forzosos. Pues no es lo mismo afirmar que ciertos parientes suceden en una sucesión legal, a establecer y confirmar, que ciertos sujetos ostentan ‘derecho a la herencia’. Es más, aunque de acuerdo a GIL RODRIGUEZ, Jacinto: “La inconsistencia de...”, cit., p. 740, “no hay razón para objetar el aserto de que la locución acuñada en 1487 señala el tránsito de una legítima material inexistente a una legítima material indefinida o, mejor, elástica, por cuanto el apartamiento foral ayalés, desde entonces preceptivo, se configura como condicionante de la libertad de disponer”, puede aventurarse que no es hasta más adelante, con la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959, cuando se especifica y se consagra un Derecho ayalés en el que tienen cabida los sucesores forzosos. Este apunte, aunque pueda resultar nimio, es esencial para comprender que el apartamiento al que hace referencia la Escritura de Iguala y Avenencia, nada tiene que ver con el apartamiento vizcaíno que, si se encuadra en un sistema legitimario, como figura de salvaguarda. Justifica esta aseveración la propia Exposición de Motivos de la Compilación, que expresamente señala respecto al Derecho de Ayala, que “suple el silencio del primitivo texto foral con una fórmula que armoniza la absoluta libertad de testamentaria ayalesa con los derechos legitimarios de los herederos forzosos”.



Conforme a la letra del precepto, es prerrogativa del causante disponer libremente, y, en esa libertad, precisamente, se encuadra el apartamiento; no como limitación, sino como mera posibilidad. Podría aventurarse, incluso, que el apartamiento, en este texto ayalés de 1487, hace referencia a una posible exclusión en la sucesión legal, de modo que el causante establece qué ‘*hijos e parientes*’ no suceden, ni tan siquiera, de abrirse dicha sucesión. Así, en esta etapa histórica, mientras que el apartamiento vizcaíno sí posee contenido propio y cumple la concreta finalidad de facultar la libre distribución y salvaguardar los derechos de los sucesores forzosos, en el Derecho de Ayala la ‘apartación’ se realiza sin fórmula alguna, por lo que no se condiciona su sistema legitimario, que, aunque la doctrina denomina como simbólica o ritual, puede considerarse inexistente.

Esta distinción entre apartamiento vizcaíno y apartamiento ayalés resulta trascendental, pues en estos primeros albores se observa que, aunque el término empleado por los preceptos legales sea el mismo, no aluden a la misma figura jurídica. Mientras que el apartamiento de la tierra llana vizcaína tiene por objeto amparar los derechos sucesorios de los sucesores forzosos, tanto formal como materialmente, en un sistema sucesorio que pivota sobre la institución de un único *heres*, el apartamiento de Ayala se orienta en una dirección completamente contraria. No pretende otorgar protección alguna a los legitimarios, pues estos no existen en el Derecho ayalés. Su función no es otra que la de subrayar la plena libertad dispositiva que ostenta el *de cuius*, permitiéndole, incluso, excluir a ciertos sucesores legales de abrirse una sucesión ajena a su voluntad. Es decir, mientras que en el ordenamiento vizcaíno el apartamiento limita la libertad distributiva, en el ordenamiento ayalés esta figura incrementa las facultades de disposición.

El Proyecto de Apéndice de 1900<sup>560</sup> tampoco llega a introducir cambios sustanciales en la regulación del apartamiento; mantiene una redacción cuasi-idéntica a la de sus predecesoras forales en lo relativo a la conexión condicionante que guarda con la facultad de libre distribución. La propuesta de redacción del Proyecto de Apéndice en su artículo 39 establece

---

<sup>560</sup> Recuérdese que este Proyecto de Apéndice responde a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, con la que se pretendía solucionar la tensión ‘foralista’ mediante apéndices que recopilaran y conservaran los diversos ordenamientos civiles coexistentes en el territorio español.

que *“teniendo hijos legítimos o descendientes legítimos, el testador podrá disponer libremente del quinto de todos sus bienes. Los otros cuatro quintos serán para los hijos legítimos y descendientes legítimos, entre los cuales podrá el causante repartirlos como tuviere por conveniente, o elegir a uno de sus hijas o descendientes cuyo padre hubiere fallecido y apartar a los demás con poco o mucho de tierra raíz”*. En el mismo sentido, en el artículo 44 recoge que *“en todos los casos de los artículos 41 y 42, dentro de cada línea el testador podrá repartir los bienes como tuviere por conveniente, o elegir a un solo pariente, apartando a los demás de la línea respectiva con poco o mucho de tierra raíz”*.

Como se observa de la lectura de ambos artículos, el Proyecto de Apéndice no introduce cambio alguno en el funcionamiento del apartamiento: el modo de cumplimentarlo, tanto en su vertiente formal como material, permanece intacto. Tampoco el artículo 133, referente a la libertad dispositiva de Ayala, introduce grandes alteraciones en la redacción precedente, pues de forma clara establece que *“continuará aplicándose como hasta aquí el Fuero de Ayala, que consiste en poder disponer por testamento, manda o donación de todos los bienes o parte de ellos con absoluta libertad, apartando a los hijos y parientes con poco o mucho, como quisieren y por bien tuvieren”*.

Habrà de esperarse, sorpresivamente, a su informe de revisión, de la mano del Colegio de Abogados de Bilbao<sup>561</sup>, del año 1928, para observar alteraciones, en el apartamiento vizcaíno, que puedan considerarse de fondo<sup>562</sup>. Así, aunque el Proyecto Reformado por el informe, al igual que el Proyecto de Apéndice, no llega a promulgarse, y, por ende, no adquiere rango legal, resulta conveniente realizar un análisis de su contenido, pues la Compilación posterior asume la apuesta como propia. En este sentido, cabe destacar que la propuesta de articulado del Informe de 1928 elimina, del Apéndice, el carácter rigorista del apartamiento, en un doble

---

<sup>561</sup> Actualmente, y desde diciembre de 1979, la denominación oficial por la que se conoce a esta corporación no es otra que la de Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya. Esta información y otras de interés sobre el colegio véase, DE PABLO, Santiago, y otros: *Historia del Colegio de abogados de Vizcaya (1838-1992)*, Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, Bilbao, 1992.

<sup>562</sup> Las revisiones del Colegio de Abogados parecen no incluir cambio alguno en cuanto al apartamiento de Ayala que en su artículo 120 mantiene que *“continuará aplicándose, como hasta aquí, el Fuero de Ayala, que consiste en poder disponer por testamento, manda o donación, de todos los bienes, o parte de ellos, con absoluta libertad, apartando a los hijos y parientes con poco o mucho, como quieran y por bien tengan los testadores o donantes”*.

sentido<sup>563</sup>. Por un lado, su propuesta de artículo 35 establece que “*los otros cuatro quintos serán para los hijos legítimos y descendientes legítimos cuyo padre o madre hayan fallecido, entre los cuales podrá el causante repartirlos como tenga por conveniente, o elegir a uno de sus hijos o descendientes y apartar a los demás*”.

Omite y acaba, por lo tanto, con la expresión que hasta el momento se mantiene de ‘apartar a los demás, con mucho o poco’, cerrando la cuestión del posible valor material de esta ‘cuota de apartación’. A partir de este momento el apartamiento carece de contenido material y, por lo tanto, la exclusión no debe ir acompañada por disposición material alguna. Por otro lado, al indicar que “*no será necesaria fórmula alguna especial de apartación*”, y añadir la necesidad de que “*conste claramente la voluntad del testador de separar de la herencia a los hijos y descendientes no instituidos*”, también aclara la duda sobre la obligatoriedad de formulaciones concretas para llevar a cabo el apartamiento; y, a partir de este momento, resulta suficiente recoger, en el negocio ordenador de la sucesión, la expresión clara y cierta de la voluntad del *de cuius* de separar a uno o varios sucesores forzosos de su sucesión, para considerar válido el apartamiento. Puede concluirse, en este sentido, que el Proyecto Reformado transforma por completo la figura del apartamiento: si bien continúa como salvaguarda de los sucesores forzosos, ahora tan solo lo hace en su vertiente formal, que además pierde rigurosidad al no exigirse una fórmula concreta para su plasmación.

Además, a esta innovación en la forma de apartar a los sucesores forzosos se le adiciona, por primera vez, la equiparación de la ausencia de disposición, es decir, la omisión de institución, al apartamiento. Y es que es, también, este informe el que, en su artículo 40, prevé, para el grupo de colaterales tronqueros, que el apartamiento “*puede ser expreso o tácito. Se considerarán apartados tácitamente los colaterales en cuyo favor no se haga institución*”. De esta manera, y aunque tan solo se permita para el grupo de colaterales tronqueros, se

---

<sup>563</sup> El propio *Informe del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao sobre el Proyecto de Apéndice del Código civil redactado por la Comisión especial de codificación de Vizcaya*, Bilbao, 1929, p. 15, motiva que “abolir la necesidad de la apartación hubiera sido en la Ponencia no solo labor imposible y fuera de su misión legal, sino creadora de conflictos y antinomias. Conservarla en la manera rígida y rigorista con la que práctica y la ley la mantienen, sería tenacidad peligrosa y abocada a litigios posibles. Ha optado por mantener la apartación íntegramente, pero sin exigir formulas impropias de la seriedad y concreción de los documentos, y en su virtud propone que, sin ninguna de aquellas, se entenderán apartados los herederos necesarios cuando conste la voluntad del testador de separar de la herencia a los hijos y descendientes”.

entremezcla la no disposición en su favor con el apartamiento. Es decir, se valida, sorpresivamente, que mientras exista ejercicio de la libertad de distribución, instituyendo a algún sucesor forzoso colateral, se opera, de forma automática, apartamiento sobre el resto de los no nombrados.

La libertad distributiva se convierte, así, en una libertad de elección, y la mera elección resulta suficiente, en esta rama de sucesores, para considerar recordados y nombrados al resto de los no instituidos y olvidados<sup>564</sup>. Puede advertirse, por lo tanto, que la figura del apartamiento comienza a diluirse, y que no solo se desdibujan sus aspectos material y formal, sino que se comienza a esbozar una libre distribución que no está sujeta a limitación formal alguna, por presuponer que la elección cumple con dicho requisito. Sin embargo, en todos estos giros de fondo no se superan ciertas cuestiones de calado, como la prelación del grupo preferente frente al resto de personas legitimarias o los efectos de la omisión de este deber de nombrar, o ahora, recordar, que continúa vigente.

Ya se ha indicado que la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, transcribe el articulado del Informe previo de 1928 para hacerlo propio. Así, su artículo 23 permite al causante “*distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas*”: se mantiene, pues, la prelación del grupo preferente de legitimarios y la aplicación del principio de proximidad de grado, siempre que el causante aparte al resto de sucesores forzosos. Este apartamiento se muestra vacío, en la nueva redacción, de todo contenido material, pues, al igual que el Informe de 1928, omite la tradicional expresión ‘con mucho o poco’.

Tampoco requiere una fórmula especial para expresarlo, “*siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su herencia*”. No obstante, se introduce una salvedad en relación a los parientes tronqueros colaterales del causante: se consideran “*tácitamente*

---

<sup>564</sup> Puede advertirse que en este momento comienza un acercamiento entre el apartamiento vizcaíno y el ayalés, pues el apartamiento del ordenamiento de Bizkaia parece comenzar responder más a una libertad del disponente que a una limitación llamada a salvaguardar los derechos de los sucesores forzosos. La desaparición del contenido material, la eliminación de fórmulas en el aspecto formal, y la no necesidad de nombramiento para con los parientes tronqueros, desdibuja la línea, anteriormente preclara, entre el apartamiento de Ayala y el vizcaíno.

*apartados aquellos a cuyo favor no se haga institución*”. Idéntica redacción que el Informe de 1928, y, por tanto, las mismas lagunas: las cuestiones que el Informe no llega a esclarecer, continúan, tras la promulgación de la Compilación de 1959, generando aquellas sombras y dudas que ya planeaban sobre el apartamiento.

Aunque la Compilación no introduce cambios sustanciales respecto al apartamiento vizcaíno, en lo referente al Derecho ayalés trasforma las redacciones mantenidas hasta ahora y, de acuerdo a su Exposición de Motivos, suple *“el silencio del primitivo texto foral con una fórmula que armoniza la absoluta libertad testamentaria ayalesa con los derechos legitimarios de los herederos forzosos”*. Así, profundiza en dos artículos las previsiones referentes al apartamiento, y en contra de su intención recalcada previamente, constriñe la libertad dispositiva del causante y lo limita, como ocurre en el ordenamiento vizcaíno, al ejercicio del apartamiento de los ‘herederos legales’. Es el artículo 62 el que, por vez primera, referencia el termino de ‘herederos’ en el Derecho de Ayala, al establecer que *“los ayaleses pueden, conforme a su Fuero de Ayala, disponer con absoluta libertad de todos los bienes o parte de ellos, por testamento, manda o donación a título universal o singular, siempre que aparten a sus herederos legales con poco o mucho como quisieren o por bien tuvieren. Se entienden por herederos legales quienes lo sean forzosos según el Código Civil”*.

Ciertamente, este artículo no parece distar demasiado de sus formulaciones predecesoras, pues al margen de incluir el termino de herederos legales, que no forzosos en vista de la clara distinción que el propio precepto remarca entre unos y otros, continúa manteniendo una libertad dispositiva supeditada al apartamiento que ‘por bien tuviere’ realizar o no el causante. Es decir, inicialmente, y en base a este artículo, parece remarcarse la función que el apartamiento ostenta desde la Escritura de Iguala y Avenencia de 1487, en la que es prerrogativa del causante disponer libremente, y, en esa libertad, precisamente, se encuadra el apartamiento, no como limitación, sino como facultad para realizar una posible exclusión en la sucesión legal, de modo que el causante establece que ‘herederos legales’ no suceden, ni tan siquiera, de abrirse dicha sucesión.

Esta percepción del apartamiento, sin embargo, choca con la novedosa regulación que la Compilación establece en su artículo 63, en el que regula, originariamente, los pormenores del apartamiento ayalés. De acuerdo a este precepto “*el heredero legal no instituido o no apartado expresamente con algo, podrá reclamar su legítima, pero la institución de herederos y demás disposiciones testamentarias sólo se anularán en cuanto perjudiquen a dicha legítima, entendiéndose por tal la denominada legítima larga*”. Es decir, la libertad dispositiva ayalesa no resulta tal, ya que los denominados herederos legales –que tal vez convendría considerarlos sucesores forzosos en cuanto se les reconocen derechos legitimarios-, sí ostentan derecho, al menos, a ser recordados, y en este sentido, a ser instituidos o apartados expresamente.

Así, este artículo rompe con la absoluta libertad dispositiva que el Fuero de Ayala ha reconocido desde su primera redacción al causante, y establece un sistema legitimario ‘flexible’, en el que la protección de los sucesores forzosos no proviene de la asignación individual de una cuota, sino del derecho a ser recordados y nombrados por el *de cuius*. La distancia entre el apartamiento vizcaíno y el ayalés continúa desdibujándose, y, a partir de este momento, en ambos ordenamientos va a resultar necesario ejercitar el apartamiento, en su vertiente formal, para distribuir o disponer de forma libre. El apartamiento ayalés ya no responde a una libertad y facultad del causante para excluir a los sucesores legales en una sucesión no voluntaria, ya que, tras la entrada en vigor de la Compilación, el apartamiento asume la función de amparar los derechos sucesorios de los sucesores forzosos, en un sistema sucesorio que, anteriormente, priorizaba la máxima libertad dispositiva del causante.

La revisión y nueva redacción del Derecho civil, por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, golpea contundentemente la relación condicional que se mantiene entre la libre distribución o disposición del causante y el apartamiento de los sucesores forzosos no elegidos: la introducción de diversas modificaciones rompe con el equilibrio alcanzado hasta el momento<sup>565</sup>. Y es que con esta Ley no se pretende, tanto, dar respuesta a

---

<sup>565</sup> En este apartado histórico se ahondará en los cambios comparativos de esta Ley con las anteriores normativas; su análisis más preciso se prolongará posteriormente ya que la nueva LDCV debe ser analizada en constante comparativa con la misma.

las dudas y sombras que surgen con la anterior norma, como buscar la actualización de ambos elementos tradicionales. Comenzando con el ordenamiento vizcaíno, el cambio más visible lo establece el artículo 54 de la Ley 3/1992, que permite, al *de cuius*, distribuir su caudal sucesorio entre los descendientes legitimarios sin observar el principio de proximidad de grado. Se rompe, así, con la visión más histórica de sujetos preferentes y se propone omitir, por completo, el condicionante del progenitor premuerto, posibilitando apartar libremente a cualquier descendiente legitimario, sin importar su grado para con el *de cuius*. En otras palabras, el apartamiento alcanza su máximo exponente: la nueva redacción valida apartar al hijo o hija a favor de nietos y nietas<sup>566</sup>.

Esta desaparición del hasta ahora grupo preferente de sucesores forzosos, trae consigo, a su vez, una nueva y obligada interpretación de la regulación del apartamiento, pues, en anteriores ocasiones, el requisito formal se encontraba limitado por estos sujetos de grado más próximo<sup>567</sup>. El modo de cumplir, por lo tanto, con el requisito formal de apartar adquiere un tinte novedoso debido a esta ‘libre’ potestad distributiva. El precepto no varía demasiado en su redacción y continúa permitiendo realizar el apartamiento sin formula especial “*siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de la sucesión*”. Lo que ocurre es que el artículo 54 LDCFPV equipara, en cierta medida, a todas las personas descendientes a la hora de poder disponer en favor de ellas, por lo que resulta lógico que todas ellas deban ser, también, objeto de apartamiento: si se desea favorecer o excluir a una persona legitimaria en la sucesión, corresponde al *de cuius* hacerlo constar.

---

<sup>566</sup> En palabras de GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., p. 374, “la norma prescribe literalmente que el ‘testador’ (o, más exactamente, el *de cuius*) ‘podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior (esto es, la descendente y la ascendente), o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo’. La disposición pone de manifiesto la persistencia de la naturaleza colectiva históricamente adjudicable a la expectativa sucesoria material que, *mortis causa*, compete a esta categoría de parientes, al menos siempre que exista una pluralidad de sujetos, ya que ésta es (evidentemente) premisa para el ejercicio de la mencionada facultad”.

<sup>567</sup> En relación a una posible reforma del apartamiento, SCALA, José María: “Apartamiento del padre en favor del nieto”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 1982, núm. mayo-agosto, pp. 33, ya advertía que “la posibilidad del apartamiento del hijo en favor del nieto supondría la creación de un Derecho nuevo, sin antecedente legal, doctrinal ni jurisprudencial. Además, sin verdadero motivo justificante para su adopción en un sistema que, sin dejar el menor lugar a duda, no lo admitía, y una práctica de ellas que no lo aplicaba”.

Sin embargo, esta interpretación literal del precepto restringe, seriamente, la libertad distributiva del causante, pues, para garantizar la validez de la exclusión, debe apartar y, en este sentido, nombrar, a toda persona legitimaria. Y aunque este nombramiento no deba ser nominal, ya que no se exige fórmula concreta, ciertamente se sobrecarga el deber formal del *de cuius* de recordar a estos sujetos. Por este motivo, en pro del apartamiento libre y aferrándose al contenido del párrafo tercero del artículo 54, agarrándose a lo que puede ser un descuido del legislador, la doctrina se atreve a sugerir que la omisión intencional cabría considerarse equiparable al apartamiento.

Y es que, si bien la Ley 3/1992 prevé para la persona legitimaria preterida de forma no intencional un derecho para reclamar una cuota, nada recoge sobre aquéllas que lo han sido de manera intencional. Se entiende, por tanto, que es voluntad del legislador facilitar el recuerdo mediante la validación del olvido, siempre y cuando se haga intencionadamente<sup>568</sup>. Esta nueva línea interpretativa acaba con las lagunas normativas anteriores: al suprimir la prelación del grupo preferente frente al resto de legitimarios, se evitan las incógnitas que lo rodean; y, al equiparar la preterición intencional al apartamiento, no es necesario plantearse los efectos del mismo.

La LDCFPV va más allá en lo referente al Derecho ayalés, y ya en la Exposición de Motivos subraya que la libre disposición de bienes *“está sujeta sólo a la ley de apartamiento, no precisando en sí misma de una articulación positiva que la reglamente. Basta la consagración del derecho de libre disposición para que en su ejercicio se produzca la más rica casuística con garantía de licitud”*. No obstante, al entender que la *“seguridad jurídica exige el establecimiento de normas generales de interpretación y desarrollo que, sin*

---

<sup>568</sup> Concuerdan con esta idea, VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “La legítima en el Derecho foral de Vizcaya”, *Estudios de Deusto*, núm. 42, p. 213, y también ARRIOLA ARANA: “La sucesión forzosa...”, cit., pp. 200-213. Adiciona GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., p. 377, que “el precepto, al exigir que conste claramente la voluntad exheredatoria del *de cuius*, pretende significar que la intencionalidad en la omisión (caso de que ésta se produzca) no se presume, sino que, antes bien, ha de constatarse; luego, alegada la preterición, serán los herederos del causante los que deban probar suficientemente su carácter deliberado, pues, en la duda, el pronunciamiento judicial deberá decantarse necesariamente por la naturaleza inintencional del silenciamiento. Leído el artículo desde esta perspectiva no tiene sentido prohibir el recurso a la prueba extrínseca, puesto que lo dio no contradice la premisa de que, en la interpretación de todo acto mortis causa, debe buscarse la voluntad real del *de cuius* (art. 675 CC)”.



*encorsetar la voluntad del disponente ni sustituirla, permitan racionalmente complementarla”, opta por “definir el apartamiento, sus variedades, equivalencias y diferencias con otras figuras jurídicas definitorias de los derechos de los legitimarios, así como la identificación de éstos y la de sus derechos, incluidos los que proceden en caso de preterición”.*

Es decir, la Ley 3/1992, para tratar de salvaguardar la libertad dispositiva característica del territorio de Ayala, apuesta por desarrollar el sistema legitimario ‘flexible’ instaurado en la Compilación y pormenoriza una regulación sin parangón del Derecho ayalés. De esta manera, si la anterior normativa se limitaba a regular la libertad dispositiva y el apartamiento en sendos artículos, la nueva Ley profundiza a lo largo de seis artículos su contenido para tratar de prever toda la casuística posible que rodea el apartamiento ayalés e interpretarla de acuerdo y en beneficio de la libertad dispositiva.

Comenzando con la primera de las previsiones, es el artículo 134 de la Ley 3/1992 el que determina que *“los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos”,* los enumerados en el Código civil, *“con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren”.* Se advierte que el enunciado ha optado por eliminar la expresión ‘herederos legales’ e instaurar, de forma definitiva, un sistema legitimario en el que, explícitamente, se reconocen los derechos de los sucesores forzosos. Este pequeño cambio rompe, completamente, con la posibilidad de interpretar que el apartamiento es una mera facultad de excluir a ciertos sujetos de la sucesión legal, y, por lo tanto, se dibuja un apartamiento parejo al vizcaíno, que limita las libertades dispositivas del causante.

Sin embargo, en aras a preservar, en su máximo exponente, dicha libertad de disposición, el ordenamiento ayalés, en su artículo 135 prevé que *“el apartamiento podrá ser expreso o tácito, individualizado o conjunto”.* Es decir, aunque al *de cuis* se le impone la limitación formal de recordar a sus sucesores forzosos, se le admite que este ‘recordar’ no sea expreso, sino presunto, como concurre en los supuestos de *“preterición intencional”* y de *“desheredación justa o injusta”.* Es decir, la Ley 3/1992 admite por apartamiento la mera

voluntad de excluir, sea esta manifiesta o implícita, por lo que de forma más rotunda que el ordenamiento vizcaíno, en el que a la preterición intencional se le presuponen los efectos del apartamiento, el articulado ayalés sí equipara ambas figuras. Además, reduce la dificultad de nombrar u omitir intencionalmente por permitir el apartamiento conjunto que “*comprenderá a todos los existentes en el momento del fallecimiento del causante*”. Es decir, allana las restricciones que el apartamiento impone al *de cuius*, no solo por presumir su voluntad excluyente, sino por considerar que de expresarse o figurarse implícitamente, puede afectar al conjunto de sucesores forzosos.

Finalmente, y diferenciando la omisión intencional, que se considera apartamiento, de la no intencional, la no buscada ni pretendida, el artículo 137 de la Ley 3/1992 establece que el legitimario “*preterido no intencionalmente podrá reclamar su legítima*” y le corresponde la legítima larga “*cuando la preterición afecte a todos los descendientes*”: “*recibir tanto como el menos favorecido de los demás legitimarios no preteridos y, como mínimo, la legítima estricta*”, cuando la preterición afecte a alguno de los sucesores forzosos.

Se concluye, en este sentido, que la redacción que precede a la vigente LDCV aboga por restar rigorismo a la figura del apartamiento, y, en consecuencia, al deber formal del causante de recordar a las personas legitimarias. Tanto el ordenamiento vizcaíno como el ayalés, imponen cercos a esa limitación, que ahora ya, es puramente formal; e incluso parecen conformarse con el cumplimiento aparente, pero intencionado, de esa limitación. Se fractura el nexo entre libertad distributiva y apartamiento existente en las primeras redacciones del ordenamiento vizcaíno: el apartar no ampara al sucesor forzoso de forma plena, pues pierde el nimio derecho que le restaba de ser recordado expresamente.

También se consuma la fractura de la libertad dispositiva ayalesa, reconvertida ahora en un sistema legitimario, ‘flexible’, por regirse de acuerdo a un apartamiento cuasi simbólico, pero en el que existen sucesores forzosos. Como se verá con el análisis y comparativa de la Ley 5/2015, esta apuesta de minimizar el apartamiento se refuerza por el legislador autonómico en el nuevo articulado, al equiparar tanto la regulación del apartamiento vizcaíno como la

ayalesa, incluso, a la omisión no intencionada, siendo necesario cuestionar si en la actualidad aún perdura esta figura histórica.

### III. LA NATURALEZA JURÍDICA

Como se ha indicado a lo largo del recorrido histórico, el apartamiento es una institución jurídica en sí misma; vinculada, ciertamente, a la facultad de libre distribución que se le reconoce al *de cuius*, pero con una entidad propia e independiente<sup>569</sup>. Esta percepción ha sido

---

<sup>569</sup> En este punto conviene retomar las palabras introductorias de este capítulo para subrayar que la evolución de los regímenes de sucesión forzosa ha sido totalmente dispar a lo largo del territorio peninsular. Cada uno de ellos, en beneficio de dotar de herramientas que faciliten la libertad dispositiva *mortis causa*, ha mantenido o generado figuras diversas, que, aun con sus semejanzas con el apartamiento vasco -ya en la terminología, ya en ciertos aspectos de su funcionamiento-, son figuras totalmente divergentes y que por lo tanto es preciso diferenciar.

El **ordenamiento gallego**, mantiene una figura denominada apartación que poco se asemeja al apartamiento del sistema de exclusión vasco. En palabras de BELLO JANEIRO, Domingo: *El ejercicio de...*, cit., pp. 197 y ss., “en cuanto al contenido de dichas Apartaciones o Apartamiento, consiste en la entrega anticipada por el causante al heredero forzoso, en vida, de su cuota hereditaria, quedando totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquier que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse, según reza el artículo 134/1 (...). En efecto, la propia Ley de Derecho Civil de Galicia reconoce esa condición de la apartación como renuncia o transacción sobre la legítima cuando, después de reproducir en el artículo 146/3 la prohibición del artículo 816 del Código sobre toda renuncia o transacción sobre la legítima no deferida, exceptúa el supuesto previsto en el número 1 de dicho artículo 146, que alude precisamente a los supuestos de apartación regulados en la Ley gallega”. Analizando la actual normativa, pero en idéntico sentido, DÍAZ TEJEIRO, Carlos María: *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 43 y ss., expone que “la apartación constituye el supuesto de frustración de la condición de legitimario que tiene por causa un pacto entre los potenciales causante y legitimario (...) de cuyo tenor se desprende diáfano que el apartado carece de la condición de legitimario”. Por lo tanto, aunque la apartación sea un sistema de exclusión sucesoria, nos encontramos frente a un pacto sucesorio, en el que, a diferencia del apartamiento vasco, median dos voluntades.

Por su parte, en el **ordenamiento balear**, de acuerdo a FERRER VANRELL, María Pilar: *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 285 y ss., “la compilación balear permite la renuncia anticipada a los futuros derechos sucesorios (...). El tipo negocial descrito en el art. 50 consta de: 1) un presupuesto negocial, que consiste en una atribución patrimonial, fundada en un título lucrativo, creado por un negocio dispositivo, realizado por el ascendiente, que tiene como destinatario un descendiente legitimario. 2) Y un supuesto de hecho, consistente en un negocio unilateral del descendiente, mediante el cual ‘renuncia’ o ‘define’ sus futuros derechos sucesorios, en la sucesión de su ascendiente (...). Si bien el tipo negocial de *diffinitio* consta de dos negocios, el que se configura como un presupuesto, que hemos estudiado, y el negocio de ‘renuncia’ a unos determinados derechos sucesorios futuros, es este último, el negocio de *diffinitio strictu sensu*. El negocio de *diffinitio* se manifestará en el momento en que el descendiente, dada la existencia del presupuesto negocial, declare su voluntad de renunciar a sus futuros derechos sucesorios de origen legal, en la sucesión de su ascendiente y desde entonces será irrevocable. No se trata de una renuncia simple, sino de una renuncia porque se ha obtenido su contenido económico por la satisfacción anticipada del derecho”. También en este caso, a diferencia de lo que ocurre con el apartamiento vasco, la exclusión sucesoria se permite en el ámbito de un presupuesto negocial, no existiendo previsión de una exclusión fruto de la mera voluntad del causante.

clara tanto para la doctrina como para la jurisprudencia que glosaban la anterior Ley 3/1992, que no dudaban en definir el apartamiento como un acto jurídico encaminado a romper el llamamiento legitimario legal y en el que se diferenciaban dos nociones: la acción y la voluntad<sup>570</sup>. Esta apreciación queda patente en el citado artículo 54 LDCFPV, que permite a la persona causante la libre distribución de los bienes, siempre y cuando aparte al resto y haga contar “*claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión*”.

En este sentido, en la anterior norma, para la aplicación del apartamiento resultaba necesaria la intención excluyente del *de cuius*, la voluntad; pero, a su vez, era imprescindible que la misma constase de forma clara, la acción. En otras palabras, para alcanzar los efectos jurídicos de esta disposición no bastaba la no mención de los sucesores forzosos, sino que, esta falta de mención debía responder a una consciente y constatada voluntad del *de cuius*<sup>571</sup>. Eso sí, este acto jurídico no se supeditaba, como no lo ha hecho nunca, a ninguna causa tipificada o tasada, era mero reflejo de la voluntad; una disposición sucesoria puramente potestativa: la mera intención manifiesta de la persona causante<sup>572</sup>.

---

Sin embargo, debido a la semejanza entre el **ordenamiento** sucesorio vasco con el **aragonés**, en este último también es posible encontrar una figura de exclusión que si bien no en el nombre, se asemeja y es comparable al vasco, motivo por el que se introducirá a lo largo del capítulo información al respecto a modo de comparativa.

Se advierte, asimismo, que las comparativas respecto al **ordenamiento navarro** en el que impera una legítima puramente formal y que por lo tanto la impugnación del testamento o pacto sucesorio solo está prevista por preterición de los legitimarios, se reservan para el último capítulo de esta tesis.

<sup>570</sup> En este sentido, indica ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María: “La preterición intencional y el apartamiento en la legislación foral de Bizkaia”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, Bilbao, núm. 19, mayo, 2010, p. 228, que “para que se produzca el apartamiento, que es una exclusión, pero dotada de efectos jurídicos, no basta con el mero hecho de que los sucesores forzosos no hayan sido mencionados en el testamento, sino que, debiendo responder esa falta de mención a una consciente voluntad del testador, ha de ser preciso que exista constancia de esa voluntad. De ahí que el mismo párrafo segundo del artículo 54 requiera que, junto con la exclusión del sucesor forzoso, concurra un elemento intencional”.

<sup>571</sup> Soporta esta idea, y a su vez, diferencia la naturaleza del apartamiento y de la preterición FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: “La necesidad del apartamiento expreso en Derecho foral vizcaíno”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 18, 2009, p. 261, al afirmar que “preterición y apartamiento no son instituciones asimilables a salvo que la ley establezca tal asimilación, porque la preterición por propia definición, supone la ausencia de todo requisito positivo, y sin embargo la regulación del apartamiento si bien no requiere un formulismo especial sí requiere una serie de requisitos que van dirigidos a asegurarse que la voluntad del testador quede debidamente reflejada, y pueda ser respetada sin dudas sobre el alcance del contenido de la disposición testamentaria”.

<sup>572</sup> Idéntica visión mantiene el **ordenamiento aragonés**, pues tal y como afirma SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., pp. 122, “la posibilidad de excluir a un descendiente o privarle de beneficios sucesorios es obvia en un sistema de legítima colectiva, en el que el disponente puede distribuirla entre todos

No obstante, como ya se ha señalado previamente, bien por imprecisión del legislador en la redacción de la Ley 3/1992, bien por una interpretación más aperturista de la doctrina, en esta percepción dual de la naturaleza jurídica del apartamiento también se observaron fisuras o incongruencias. Al fin y al cabo, no cabía defender plenamente que el apartamiento exigía la expresión consciente y constatada de la voluntad del *de cuius* en vista del contenido del artículo 54.3 LDCFPV. Este tercer párrafo establecía de forma benévola que “*la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*”<sup>573</sup>, sin percatarse de que obviaba, en todo momento, el supuesto de la omisión intencional, permitiendo, así, cábalas sobre voluntades claras, pero no manifiestas, de la persona causante.

Al establecerse solamente de manera expresa los efectos de la preterición errónea o no intencional, sin contener referencia explícita alguna de la preterición intencional, y habida cuenta de que el artículo tenía por objeto la regulación de la libertad distributiva del *de cuius* y del apartamiento, puede llegar a considerarse que la falta de previsión sobre la omisión intencional ocurre porque, en la norma, la preterición intencional se incluye en el apartamiento. Esto es, si la omisión intencional no otorga derecho a las personas legitimarias a reclamar su cuota debida es porque la mera voluntad basta para validar la exclusión.

En palabras de CELAYA<sup>574</sup>, el articulado de la Ley 3/1992 “no regula los efectos de la falta de apartamiento, sino los de la preterición, con lo que es claro que ha equiparado las dos instituciones”, y es que “el nuevo artículo 54 deroga, de hecho, el apartamiento como institución peculiar vizcaína, tanto en el aspecto formal, como en cuanto a sus efectos”.

---

los descendientes en la forma que estime oportuno como dice el art. 171-2 (486-2 CDFA). Por ello, aun no siendo necesario decirlo, pero con la finalidad de completar el sistema legitimario, el art. 197-1 (512-1 CDFA) establece que *el disponente puede excluir a los legitimarios de grado preferente, aunque no concurren los requisitos del artículo 194 (509 CDFA) y aun sin alegación de causa alguna*”.

<sup>573</sup> En relación al supuesto de que el menos favorecido haya sido completamente apartado, GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Legítima y troncalidad...*, cit., pp. 387 y ss., expone que “su cuota mínima se formará por relación a lo dejado a sus hermanos, si es un hijo, o a lo dejado a sus primos, si es un nieto, y no percibirá nada si el causante hubiese apartado a cualquiera de aquellos o, similarmente, si no atribuyó nada a cualquiera de éstos”.

<sup>574</sup> CELAYA IBARRA, Adrián: *Comentarios al Código...*, cit., p. 234.

Aunque esta aseveración demande alguna matización, pues resulta más coherente plantear una asimilación de la preterición al apartamiento que la derogación de esta figura, ciertamente, la equiparación de la omisión intencional al apartamiento supone aceptar que éste puede operarse sin ningún tipo de fórmula especial, o incluso, sin ninguna.

Pues si la voluntad no está claramente constatada mediante una acción, habrá de valorarse todo el entramado sucesorio para poder apreciar si del conjunto puede desprenderse<sup>575</sup>, con la claridad suficiente, que la exclusión es al menos intencional, y, por lo tanto, equiparable al apartamiento. Se liquida, así, el aspecto formal del apartamiento en su integridad, provocando una necesaria reinterpretación de su naturaleza jurídica: ¿puede realmente afirmarse que el apartamiento es una disposición sucesoria que aúna acción y voluntad? ¿presuponer e interpretar la propia voluntad del *de cuius*, por no existir acción manifiesta, puede considerarse, incluso, un acto jurídico?

En este punto, y antes de dar respuesta a este planteamiento respecto del apartamiento, debe esbozarse, en el marco de los hechos, actos y negocios jurídicos, la ubicación genérica de los actos o declaraciones de voluntad, y también tratar de discernir, en ese mismo ámbito, el emplazamiento de aquellas voluntades que son presuntas. Esta incursión resulta necesaria no solo para esclarecer la naturaleza jurídica del apartamiento, sino para tratar de bosquejar si, ciertamente, existe disimilitud entre la exclusión expresada, buscada, y el mero olvido. De acuerdo a la clasificación tradicional, de origen alemán, de los actos y negocios jurídicos<sup>576</sup>,

---

<sup>575</sup> Afirma ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María: “La preterición intencional...”, cit., p. 229, que “como consecuencia de esto, si el apartamiento consiste en la exclusión de un sucesor forzoso, sin necesidad de fórmula especial, pero al mismo tiempo requiere que conste claramente la voluntad del testador de separar de su sucesión al apartado, se impone como conclusión necesaria que, para apreciar si concurre o no esa voluntad del testador, se habrá de valorar todo el contenido de las disposiciones testamentarias para apreciar si del conjunto de ellas se desprende, con la claridad exigible, es decir sin que haya duda racional en contrario, que la exclusión del sucesor forzoso, del que el testador prescindió en su testamento, fue motivada por su voluntad de separarlo de la sucesión”.

En el mismo sentido, determina CELAYA IBARRA, Adrián: *Comentarios al Código...*, cit., p. 236 que “conforme al artículo 54 hay también apartamiento cuando la exclusión de un heredero forzoso suponga ‘claramente’ la voluntad de separarlo de la sucesión, por lo que será necesario investigar el contenido del testamento para descubrir si existe dicha intención clara”.

<sup>576</sup> Esta clasificación puede observarse en la obra de ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, p. 41 y ss.

cabe considerar que los hechos jurídicos son aquellos hechos, naturales o humanos, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga algún efecto jurídico.

En este sentido, un hecho jurídico no tiene por qué estar sujeto a la *voluntas*, pudiendo ser absolutamente independiente del mismo. Pero como bien clarifica GALGANO, “mientras que el hecho humano general produce los efectos previstos por el ordenamiento jurídico siempre que se trate de un hecho consciente y voluntario (no importa, por tanto, si el autor del hecho ha querido además del hecho también los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento), el acto o la declaración de voluntad, por el contrario, no produce efectos si se constata que el sujeto no los había querido”<sup>577</sup>. Es decir, aquellos hechos en los que media la voluntad humana para perseguir un efecto determinado no son meros hechos jurídicos, y corresponde calificarlos como actos jurídicos. En este supuesto, no nos hallamos ante la aplicación automática de un efecto jurídico a un comportamiento, como ocurre en el hecho jurídico, sino ante un efecto supeditado a una voluntad que lo persigue. A su vez, y complementando la clasificación, constan los negocios jurídicos, ciertos actos jurídicos en los que, a la declaración de voluntad de quien o quienes la emitan, se le imputa un efecto jurídico, no ya determinado por el derecho, sino el buscado por esa misma voluntad<sup>578</sup>.

Si acercamos esta clasificación a la cuestión planteada, se observa que el apartamiento expreso debe encuadrarse en una suerte de declaración que afecta a una relación negocial: el apartamiento no es un negocio jurídico en sentido estricto, su efecto jurídico es fijo y determinado, y puede considerarse que ese efecto no varía de acuerdo a la voluntad del causante<sup>579</sup>. Sin embargo, ese efecto determinado de exclusión sí debe ser buscado y deseado por el *de cuius*: es su prerrogativa apartar a ciertos sucesores forzosos –efecto jurídico que tan solo concurre de ser esa su voluntad-, por lo que no estamos ante un mero hecho jurídico, sino ante un acto o declaración de voluntad. En cambio, si se analiza el supuesto del

---

<sup>577</sup> GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992, p. 24.

<sup>578</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 29 y ss.

<sup>579</sup> En este sentido, adiciona DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, cit., p 40, que “son numerosos y variados los actos y las declaraciones de voluntad que pueden afectar la relación negocial. Tienen, indudablemente, carácter negocial y están dentro del ámbito de la autonomía privada; por ello, hay autores que los consideran negocios jurídicos. Carecen de independencia y del carácter de fundamento de la relación negocial y así del título de los derechos que origina; por cuya razón se les distingue del negocio jurídico”.

apartamiento tácito, no puede defenderse que exista voluntad del causante que persiga la aplicación de cierto efecto jurídico previsto en la Ley; la propia omisión está automáticamente ligada a ciertos efectos, sean estos o no de su agrado.

Todas estas cuestiones acerca de la naturaleza jurídica del apartamiento se resuelven, en cierta medida, en el articulado de la nueva LDCV, que, dando continuidad a la interpretación aperturista de la doctrina, aboga por suprimir la función garante de esta figura y validar la exclusión sucesoria cuyo carácter voluntario, consciente y constatado no sea del todo ‘claro’. Puede afirmarse, incluso, que copia la regulación previa del apartamiento establecida únicamente para Ayala y su sistema de legítima simbólica, en la que apartamiento y preterición se englobaban en una misma figura. De esta manera, el artículo 48.2 LDCV establece que *“el causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita”*, para añadir en el apartado tercero que *“la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito”*.

Estos dos preceptos reformulan por completo la concepción tradicional del apartamiento, que, a partir de este momento, oficialmente<sup>580</sup>, no solo deja de exigir fórmula, sino que abandona su requisito formal de hacerse constar de forma fehaciente. El apartamiento puede ser expreso, pero también tácito, por lo que la designación nominal y la exclusión ambicionada del *de cuius* dejan paso a la omisión intencional, o no intencional, como mecanismo de exclusión<sup>581</sup>. Y en esta ocasión, la equiparación entre la preterición y el

---

<sup>580</sup> Se hace hincapié en este término debido a que, hasta este momento, debido a la interpretación aperturista del articulado de la LDCFPV, también existía la posibilidad de apartar sin fórmula al haberse equiparado la omisión intencional con el apartamiento. A partir de este momento, es la propia LDCV la que aboga por esta posibilidad.

<sup>581</sup> Explica GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., pp. 17 y ss., que “en el Fuero de Bizkaia de 1992 (art. 54), en el que se articulaba también una legítima global, se reconocía al legitimario preterido no intencionalmente una cuota igual a la recibida por el sucesor forzoso menos favorecido por el *de cuius*. Parecido remedio recoge por su parte el Código aragonés de 2011 (art. 508.1). Por el contrario, nada de esto acontece en el nuevo régimen instaurado por la LDCV, al menos cuando la preterición no intencional tenga un alcance parcial, es decir, cuando afecte solo a alguno o algunos de los legitimarios. No obstante, la propia Ley suaviza hasta cierto punto la radicalidad de esta previsión mediante el art. 51.3, en el que se prescribe que el legitimario apartado tácitamente y, por ende, también el preterido no intencionalmente, conservará sus derechos frente a terceros como exista lesión cuantitativa de la legítima colectiva. Mas, fuera de ese caso, el omitido carece de acción alguna”.



apartamento no viene de la mano de la doctrina, pues la propia LDCV, en el apartado cuarto del artículo 48, subraya que “*la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamento*”. Se suprime la anterior previsión para la omisión no intencional y se apuesta por acomodarlo, también, junto con la preterición intencional, dentro de la figura del apartamento<sup>582</sup>.

Ante esta nueva realidad, en la que distintas figuras jurídicas se agrupan bajo una misma denominación, o al menos, se les atribuyen efectos parejos, la naturaleza jurídica del anfitrión, en este caso el apartamento, se diluye por completo<sup>583</sup>. Si al inicio del apartado se ha señalado que el apartamento se considera un acto jurídico por el que el causante dispone romper el llamamiento legitimario previsto por la Ley, tras esta equiparación de lo intencional y no intencional, de lo conscientemente constatado y lo omitido, no se puede continuar manteniendo dicha definición<sup>584</sup>. Por un lado, no cabe afirmar que se trate ya de un acto jurídico en sí mismo, pues el requisito indispensable de la manifestación o declaración expresa de voluntad del agente no es vinculante para validar, en este caso, el apartamento;

---

<sup>582</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., pp. 17 y ss., subraya “que la solución adoptada por la LDCV no tiene parangón entre los ordenamientos civiles españoles, ya que en todos, a la vista del vicio que la voluntad del causante sufre en estas hipótesis, se anuda a ellas alguna consecuencia especial (nulidad de la institución de heredero –arts. 814.II.2.º CC, art. 259 LDCG-; ineficacia del testamento –art. 451-16.2 CCCat.-), y cuando no lo hacen (como ocurre con la preterición errónea de los ascendientes en el CC: vid. art. 814.1) es porque establecen un sistema de legítimas individuales, de suerte que al legitimario omitido inintencionalmente siempre le queda la posibilidad de reclamar su porción singular”.

<sup>583</sup> Afirma GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel: “Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (artículos 88 a 95)”, *La ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco: comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, 2016, p. 129, en relación al artículo 48.3 LDCV, que “este último y novedoso artículo establece que la omisión del apartamento equivale al apartamento tácito, lo cual es aplicable tanto al Fuero de Ayala, como al resto de CAV por ser su regulación específica. Ello incide en el aformalismo del apartamento, en el que no solo cabe el apartamento tácito, sino que la propia omisión del apartamento constituye apartamento tácito y produce los mismos efectos (...). En definitiva, al incluir ahora el apartamento tácito tanto la preterición, intencional o no, la desheredación, y también la omisión del apartamento, equiparando sus efectos, el sistema supone una total libertad de testar, sin necesidad de apartamento en sentido formal, equiparando la mera omisión de legitimario al apartamento”.

<sup>584</sup> Advierte GALICIA AIZPURUA, Gorka: Legítimas y libertad ..., cit., pp. 429-432 y 461-466, que “el “apartamento” es una figura que ya venía contemplada en los Fueros vizcaíno y ayalés de 1992, pero mientras en ellos actuaba a modo de garantía del carácter voluntario y consciente de la exclusión sucesoria de cualquier legitimario por parte del causante, la LDCV ha venido a suprimir esa función “natural” suya”.

Esto es así no solo porque según el art. 48.3 LDCV “[l]a omisión del apartamento equivale al apartamento tácito” (regla que, aisladamente considerada, bien pudiera haberse interpretado como una presunción *iuris tantum* en favor del carácter deliberado de la omisión del heredero forzoso), sino porque la preterición no intencional no genera efecto alguno y se equipara igualmente con el apartamento (art. 48.4)”.

es la propia Ley la que interpreta esta voluntad no expresada y le otorga, en todo caso, sin entrar a valorar si su intencionalidad es errónea o no, animo excluyente. Por otro lado, tampoco puede aseverarse que el apartamiento sea una disposición sucesoria, pues de acuerdo a su etimología la ‘disposición’ exige de una acción, una acción que busque producir ciertos efectos jurídicos.

En cambio, los nuevos preceptos legales subrayan que una falta de acción, como lo son un apartamiento tácito o la omisión en cualquiera de sus variantes, también genera efectos jurídicos. Y no cualquier tipo de efectos, los mismos que prevé para el apartamiento expreso en el que el *de cuius* sí dispone de acuerdo a su voluntad. En el mismo sentido, tampoco resulta del todo correcto adjetivar el apartamiento como potestativo, pues al margen de las ocasiones en las que por voluntad expresa se haga uso de esta facultad de exclusión, en muchos otros supuestos ese poder de apartar se presumirá por Ley, pasando de facultad a imposición<sup>585</sup>. Con todo ello, tal vez las palabras que dedicara otrora CELAYA a la Ley 3/1992 sean las adecuadas para este momento, pues ahora sí que resulta inevitable pensar que se ha derogado el apartamiento como institución, o que al menos se ha desnaturalizado su esencia.

Aun así, continúa siendo necesario tratar de adivinar cuál es la naturaleza jurídica de este nuevo apartamiento y procurar otorgarle una suerte de definición. En esta construcción del puzle no puede obviarse que actualmente el apartamiento vasco aún a dos figuras, con sus respectivas conceptualizaciones; por lo que la anterior forma de entender esta institución no puede mantenerse impertérrita. Tal vez pueda comenzarse advirtiendo que, al igual que ocurre con la preterición, el apartamiento ha dejado de ser un acto jurídico puro, para pasar a ser, en muchos de los casos, un hecho jurídico, que deviene de una suerte de no acción. No podemos entender que estamos frente a una expresión de la voluntad, ya que esta

---

<sup>585</sup> Contrario a esta visión se manifiesta FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: “El apartamiento y...”, cit., p. 429, al mantener que el apartamiento continúa siendo “el negocio jurídico puramente potestativo de disposición sucesoria”. De acuerdo a su opinión, “es puramente potestativo, sin causas tipificadas y tasadas, al contrario de la desheredación, pues no es una sanción, sino una libre elección del causante” y, al poder ser expreso o tácito, los diferencia como “expreso es designando nominalmente a los apartados y tácito la preterición, intencional o no, o sea la omisión, adrede o no, de los legitimarios en la sucesión, y sin que hayan recibido atribución alguna en vida del causante en concepto de legítima”.

interpretación queda obsoleta con la nueva regulación; por lo que debemos aventurarnos a entender que el apartamiento puede ser un mero efecto jurídico en vez de un acto jurídico como tal.

De este modo, señalar que el apartamiento es quien recibe en su interior a la preterición es cuestionable, pues lo que verdaderamente se regula en la Ley 5/2015 son los propios efectos de la omisión, y hasta este momento, la omisión se denominaba preterición. Esta hipótesis puede encontrar respaldo en el artículo 51 LDCV, dedicado al apartamiento y a la preterición de los legitimarios. Los dos apartados que dedica este precepto a regular los efectos de la preterición y del apartamiento, son en realidad aplicables a los supuestos de la omisión, pues cuando el párrafo tercero establece que “*el heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva*” no hace sino versionar la redacción que el Código civil recoge en el artículo 814.1 para el supuesto de una preterición total de los sucesores forzosos.

Si a esto se le adiciona que, como ya se ha mencionado, con el nuevo articulado el aspecto formal del apartamiento desaparece -el aspecto material fue descartado en previas modificaciones del Derecho civil vizcaíno- y que, por lo tanto, ya no garantiza el deber formal del causante de recordar a las personas legitimarias, nos encontramos con que la Ley 5/2015 utiliza la denominación del apartamiento cuando verdaderamente referencia la preterición. Es decir, actualmente, no existe un binomio entre libertad distributiva y apartamiento, pues el último está vacío de todo contenido; no mantiene su función natural de tutelar, en esa libertad de elección, la expectativa sucesoria formal.

El artículo 48.2 LDCV guarda el mismo sentido: si se lee de forma parcial, suprimiendo la parte correspondiente al apartamiento, ha dejado de ser una obligación e, incluso, una carga para el *de cuius*. A este último se le requiere un único deber: recordar, elegir y atribuir a uno de los sucesores forzosos la cuota debida; dentro de este límite, es libre de disponer de acuerdo a su voluntad, no debe colmar ningún tipo de expectativa sucesoria formal

añadida<sup>586</sup>. Y precisamente, para el supuesto de no cumplir este único límite, existe la figura de la preterición. Ciertamente, un sistema de legítima colectiva mantiene ciertas peculiaridades y demandas que la preterición de esencia romana no es capaz de responder plenamente, pues la expectativa sucesoria continúa siendo colectiva.

Por ello, tal vez, se puede aventurar que el apartamiento de la Ley 5/2015 es una suerte de preterición singular y específica: una figura que se manifiesta en los supuestos en los que se abusa de la libertad de elección, sobrepasando su ámbito de aplicación, y deviene, por ello, necesaria, una corrección<sup>587</sup>. No cabe hablar de un acto jurídico; es un mero elemento corrector de la legítima vasca, en la que, de no ejercitarse de forma correcta la prerrogativa del causante a optar o distribuir entre los sucesores forzosos, los derechos sucesorios de estos últimos estén ‘amparados’.

#### IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO

En toda figura del apartamiento, con independencia de que se entienda este como negocio jurídico o como elemento corrector, se diferencian la parte activa, aquella que aparta, y la pasiva, en la que se incluyen la persona legitimaria no apartada y aquellas que sí son

---

<sup>586</sup> En este sentido se manifiesta la SAP Gipuzkoa 1001/2020, de 27 de noviembre (JUR 2021/59429), FJ Tercero, al afirmar que “en el caso de autos no se da un apartamiento expreso (...), pero se ha de concluir que la testadora tácitamente buscaba dar preferencia a unos legitimarios frente a otros, adjudicándoles tantos objetos singulares que no quedó caudal hereditario para afrontar la legítima del único legitimario al que no se le legó cosa alguna”.

<sup>587</sup> No ocurre igual en el **ordenamiento aragonés**, que opta por regular cada una de estas figuras de forma independiente y dotarlas de un ámbito determinado. Detalla en este sentido sobre la preterición SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 114, que “*es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal* (art. 190-1; 505-1 CDFR). Y se añade en el apartado 2 la importante regla de que *la preterición se presumirá intencional, salvo prueba en contrario*. La falta de mención en el título sucesorio de un legitimario de grado preferente, cuando la omisión o preterición es intencional, se produce con pleno conocimiento de su existencia y de su condición de descendiente. La presunción *iuris tantum* de que la falta de mención es intencional parece razonable al tratarse de ascendientes y descendientes y también porque al no producir ningún efecto específico complica menos la sucesión. Como la intención de preterir se presume, al que alegue que la preterición es no intencional le corresponderá probarlo”. Puede sostenerse, por lo tanto, que este ordenamiento autonómico apuesta por el tándem que preveía la LDCFPV, en el que, aunque la preterición intencional sí podía ser equiparada al apartamiento tácito, la equiparación se supeditaba a una presunción *iuris tantum*.

apartadas<sup>588</sup>. Si se comienza con el análisis de las personas facultadas para apartar, observamos que, en la anterior regulación, el artículo 54 LDCFPV otorgaba la facultad de exclusión, únicamente, al testador, aunque debiera entenderse como causante, por integrar esta denominación todas las formas previstas en el artículo 46 de la misma Ley 3/1992 para designar *sucesor en bienes*<sup>589</sup>.

---

<sup>588</sup> En este sentido confirma FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: “La necesidad del...”, cit., p. 263, que “en el apartamiento exige sujeto activo y pasivo, apartante, legitimario no apartado y legitimario apartado, totalmente determinado este último, pues el párrafo primero del artículo 54 de la LDCFV exige como condición que se haga “apartando a los demás”. Los mismos precisan, respectivamente, capacidad para otorgar el negocio del apartamiento y para suceder”.

<sup>589</sup> Sobre la capacidad del apartante, al requerir que conste en instrumento ordenador, es preciso que el *de cuius* ostente capacidad suficiente para formalizar dicho negocio jurídico, o, dicho de otra forma, tan solo está facultado para apartar el causante que pueda ordenar su sucesión mediante testamento o pacto sucesorio. En el marco general, de acuerdo al artículo 663 del Código civil, este requisito supone ser mayor de catorce años y hallarse en cabal juicio. Pero esta capacidad para disponer de testamento varía incluso dentro del propio Código civil, que demanda la mayoría de edad para el testamento ológrafo, por lo que el apartante que optase por este instrumento ordenador para realizar la desheredación requerirá de una capacidad cualitativamente ‘superior’.

Trasladando esta capacidad necesaria al ordenamiento jurídico vasco, se observa que el marco general del Código civil tampoco resulta de plena aplicabilidad, al menos, en ciertos instrumentos de ordenación sucesoria. Al ligar la capacidad de excluir a la capacidad de ordenar la sucesión mediante testamento, la LDCV reúne dos instrumentos que chocan con lo establecido. El testamento mancomunado exige, por su parte, la emancipación de ambos testadores y el pacto sucesorio, en cambio, al no ser testamento, pero sí un instrumento de ordenación sucesoria, requiere de una capacidad del otorgante completamente diferente al estipulado por el Código civil.

Comenzando un análisis de la capacidad de los otorgantes del testamento mancomunado, la LDCV es clara al afirmar, en su artículo 24.5 que “*para que el testamento de hermandad sea válido, ambos testadores tienen que hallarse emancipados en el momento de su otorgamiento*”. De acuerdo a la doctrina, este ‘plus’ de capacidad encuentra justificación en la dificultad de disponer conjuntamente y en la trascendencia de la revocación de este testamento. Conviene recordar, brevemente, que la revocabilidad de un testamento mancomunado, a la muerte de uno de los otorgantes, no puede ser completa, pues las cláusulas correspondientes, aquellas que traen causa de las disposiciones del cotestador, se consideran selladas, y, por lo tanto, no revocables. En este sentido, la eficacia plena e irrevocable de ciertas disposiciones a la muerte de uno de los otorgantes exige, coherentemente, una capacidad mayor por parte de los testadores. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Sucesión testamentaria en el País Vasco”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, 2016, pp. 327 y 328, manifiesta que “pudiera parecer espuria e inconsistente la exigencia sobrevenida que ahora se lee en el artículo 24.5. Es todo lo contrario: tratase de un requisito de edad-madurez proporcionado y coherente”, para más adelante indicar que “la exigencia de una cierta madurez resulta totalmente coherente con la dosificación y trascendencia de la revocación del testamento mancomunado”. Para complementar, véase, BARRUETABEÑA ZENECORTA, Maite: *El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho civil del País Vasco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Mismo devenir, y justificación, se observa en la capacidad requerida para el otorgante de un pacto sucesorio. Al tratarse de una sucesión contractual, en el que, ya en vida del causante, la eficacia del pacto delimita la capacidad dispositiva del *de cuius*, resulta esencial que los otorgantes ostenten plena capacidad de obrar. En este sentido, adiciona IMAZ ZUBIAUR, Leire: “La sucesión paccionada”, cit., pp. 354 y 355, que “es la vecindad civil la única que legitima el recurso del pacto sucesorio regulado en la LDCV como instrumento de ordenación sucesoria, con independencia de la vecindad civil que ostente el sucesor (...). Una vez reunido este primer requisito de legitimación jurídica, debemos precisar que tanto el causante como el sucesor deben ostentar plena capacidad de obrar para poder otorgar, válidamente, un pacto sucesorio (art. 100.3 LDCV)”. Para un análisis más completo, véase la monografía de la misma autora, *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, La notaría, 2006, que en las páginas 293 y siguientes analiza la capacidad de los otorgantes en este

Resulta evidente, sin embargo, y la doctrina así lo expresó, que tampoco cabía obviar una institución caracterizadora del Derecho civil vizcaíno como lo es la ordenación por comisario<sup>590</sup>. Recuérdese que, mediante este instrumento, de acuerdo al artículo 32 LDCFPV, el causante encomienda a una o varias personas, las comisarias, “*la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos*”. En palabras llanas, el *de cuius* puede asignar a una tercera persona el encargo de nombrar a su propio sucesor, ocupando, el ‘mandatario’, en última instancia, la posición jurídica del apartante.

Con la entrada de la Ley 5/2015, la redacción de los preceptos arriba citados permanece inalterada, salvo por la corrección terminológica referente al testador, que, ahora sí, consta como causante. En este sentido, asumiendo la misma interpretación que mantenía la doctrina para la anterior norma, la parte activa del apartamiento la continúan ocupando tanto los *de cuius* como las posibles personas designadas comisarias. Surge, respecto a este último punto, al igual que ocurría en la Ley 3/1992, cierta confusión, o al menos dificultad, a la hora de determinar y limitar la voluntad de apartar del comisario. En la fiducia la ordenación de la sucesión se rige por dos voluntades: la primera, la del causante, y una posterior, del designado comisario, que cuenta con un único límite, el establecido en el artículo 33 LDCV.

Así, la persona comisaria debe desempeñar su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, por lo que “*si el testador ha indicado las personas entre las que el comisario ha de elegir, deberá éste atenerse a lo establecido en el poder. Si no hubiera ninguna indicación de este tipo, el comisario deberá elegir entre el cónyuge*

---

negocio jurídico. Ciertamente, el planteamiento no es del todo idéntico, por tratar el pacto de acuerdo a la anterior LDCFPV, pero ayuda en la comprensión del mismo.

Puede concluirse, por lo tanto, que, en el ordenamiento jurídico vasco, si bien para llevar a cabo una desheredación la capacidad derivada de la edad de catorce años es suficiente, en aquellos supuestos en los que esta voluntad de exclusión se recoja en instrumentos de ordenación cuya revocabilidad o eficacia resulta más compleja, la idoneidad del apartante fluctúa hasta la emancipación o la mayoría de edad.

<sup>590</sup> Véase, sobre la ordenación por comisario, entre otros, a ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Fiducia sucesoria en el País Vasco”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, I, Civitas, Navarra, 2016, pp. 939-1000, CELAYA IBARRA, Adrián: “El testamento por comisario”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 25, núm. 3, 1972, pp. 735-782.

*viudo, el miembro superviviente de la pareja de hecho y los herederos forzosos*”. Nada se dice, sin embargo, de los supuestos en los que la voluntad del causante no es clara, o su intención de apartar a determinados sucesores forzosos no se hace constar expresamente. ¿Corresponde en estos supuestos al comisario interpretar la voluntad del *de cuius* y considerar si el poder testatorio recoge un apartamiento tácito? O en el sentido contrario, ¿esta segunda voluntad puede considerar la existencia previa de una omisión errónea y pretender sobrepasar las indicaciones del causante?

Cabe aventurar que, ciertamente, es potestad del comisario ordenar la sucesión del causante como bien tuviere, salvo previa delimitación del ámbito subjetivo por parte de éste<sup>591</sup>. En última instancia, es la voluntad del comisario quien diseña la designación sucesoria, incluyendo en este punto las posibles interpretaciones de la voluntad del *de cuius* y pudiendo dejar sin efecto prelegados previos<sup>592</sup>. En todo caso, debido a la naturaleza ‘no estricta’ del apartamiento actual, en la que la omisión tiene por efecto la exclusión, existen cuestiones que tan solo el tiempo, junto con la práctica jurídica, podrán esclarecer.

En cualquier caso, a esta parte activa del elemento subjetivo se le contrapone la parte pasiva, en la que diferentes autores sitúan a la persona legitimaria no apartada y a aquella que sí ha sido apartada. Debe subrayarse que tanto la elección como el apartamiento pueden recaer sobre más de una persona, por lo que en ambos casos puede hacerse uso del plural al referirse a estas personas<sup>593</sup>. Lo cierto es que estos dos sujetos se definirían de forma más acertada

---

<sup>591</sup> En palabras de ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel: “La ordenación por comisario”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, 2016, pp. 373 y ss., “la intervención del comisario supone que la ordenación de la sucesión se produzca de una forma compleja, a través de dos voluntades, la del causante y la del comisario. El ámbito de decisión del segundo podrá venir delimitado por cuanto considere oportuno el primero, pero, en ausencia de semejante delimitación, el parámetro general será el de las facultades que le hubieran correspondido al causante (art. 33.1 LDCV). Obviamente no podrá, sin embargo, el comisario revocar en todo o en parte las disposiciones realizadas por el causante con carácter preventivo (para el caso de que el comisario no ejecutara total o parcialmente el encargo)”.

<sup>592</sup> A este respecto resulta de interés la SAP Bizkaia 419/2012, de 28 de septiembre (AC 2014/723), FJ Tercero, sobre el apartamiento por comisario, indica que “la cuestión de si la Comisaria puede o no dejar sin efecto el prelegado que en su momento determino el Sr. Faustino a favor de uno de sus hijos, debe tener respuesta afirmativa y ello por razón de que la Comisaria, como se ha expresado, goza de amplios poderes, incluso el apartamiento de herederos, y si ello es así, lo mismo cabe predicarlo de la institución del prelegado”.

<sup>593</sup> Sobre la interpretación no literal del articulado en cuanto a que la norma concede al causante dos opciones diferentes y contrapuestas, una de ellas, consistente en distribuir libremente los bienes objeto de la herencia entre los sucesores forzosos, y otra opción, mediante la que puede elegir a uno sólo de ellos, apartando a los

como la persona legitimaria elegida, es decir, sobre la que el *de cuius* ha hecho sobrevenir la elección y transmisión de la legítima, y la apartada u omitida, pues existiendo la premisa de la elección por parte del causante, el resto de sujetos son excluidos por mera interpretación de lo dispuesto por la Ley.

Pero antes de ahondar en las descripciones que conforman estas subescalas, es imprescindible determinar quiénes constituyen, en su conjunto, esta parte pasiva del apartamiento; si el fin ulterior de esta figura radica en romper el llamamiento legitimario previsto por la Ley, aunque sea brevemente, debe subrayarse quiénes conforman ese grupo de sucesores entre los que el *de cuius* “*puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás*”. En la Ley 5/2015 son considerados legitimarios, en el orden descendiente, todos “*los hijos o descendientes en cualquier grado*”. No se prevé ninguna excepción en cuanto al grado o naturaleza de la filiación, por lo que lo son todos: hijos, nietos, bisnietos o posibles ulteriores descendientes, sean adoptivos o no, gozan de la condición de legitimarios por disposición legal<sup>594</sup>.

Sin embargo, no debe confundirse la concurrencia a la hora de ostentar la condición de sucesor forzoso con un simultáneo derecho a la legítima. En palabras de GALICIA AIZPURUA, “que todos los descendientes sean legitimarios y que, en consecuencia, ocupen idéntica posición frente a la distribución voluntaria de la legítima, no significa que no quepa ostentar una gradación entre ellos a ciertos efectos”. Es decir, si bien en una distribución voluntaria del *quantum* reservado por parte del causante, todo descendiente se estima

---

demás, relata la STSJ País Vasco de 2 de mayo de 2002 (RJ 2002/7818), FJ Tercero, que “en el caso que nos ocupa ha de destacarse que el espíritu del legislador vizcaíno en orden a la distribución de la herencia reside en la concesión al testador de la máxima libertad, siempre que se respete el concepto de legítima a favor de los herederos forzosos, pero no de todos ellos, sino de los que el testador designe, permitiéndole el apartamiento de aquellos herederos que desee. A este respecto, resulta elocuente lo expresado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1961, cuando al explicar el concepto y contenido de la legítima foral vizcaína, dice que la misma está constituida por la integridad de la herencia, salvo el quinto de que puede disponer el testador en ciertas condiciones, pero con la facultad de designar heredero a uno o varios de los hijos o descendientes apartando a los demás; es decir, la legítima, constituida por aquellos bienes de que el testador no puede disponer libremente, en Vizcaya corresponde en potencia a todos los llamados a ella, siendo una expectativa colectiva de la que son privados por voluntad del testador a favor de uno o varios. De esta resolución del Alto Tribunal, debe colegirse que, en una herencia vizcaína, cabe una pluralidad de apartamientos y una pluralidad de herederos”.

<sup>594</sup> Debe aclararse que los nietos y sus posteriores también ostentan la cualidad de personas legitimarias, en concurrencia con los propios hijos del causante, a pesar de que su condición la obtienen por mediación de estos últimos. Recalcar que esta mediación no es motivo para restar valor a la cualidad de persona legitimaria.



legitimario, para ciertos aspectos de la cuota legitimaria sí se llega a esbozar un escalafón dentro de este grupo. Este planteamiento de ‘preordenar’ a las personas legitimarias se recoge en el artículo 50 LDCV, que dispone un orden de representación para los supuestos de premoriencia y desheredación, en la que los hijos premuertos al causante o desheredados<sup>595</sup> son “*sustituídos o representados por sus descendientes*”. De esta manera, en estas dos hipótesis concretas y expresas, existen legitimarios ‘preferentes’; los hijos, que, en caso de premoriencia o desheredación, son representados por sus descendientes, es decir, por legitimarios ‘no preferentes’.

Pero, sorprendentemente, esta gradación entre los legitimarios que, ciertamente, otorga a los más próximos en grado al *de cuius* un lugar privilegiado, no parece extenderse, también, al apartamiento. En otras palabras, como todo descendiente ocupa, ante una distribución voluntaria de la legítima, idéntica posición, la voluntad de excluir debe abarcar a todas y a cada una de las personas legitimarias. En este sentido, la parte pasiva del apartamiento la conforma el grupo de legitimarios en su totalidad: entre todos los descendientes le corresponde al *de cuius*, o a la persona designada comisaria, establecer quién es el sujeto elegido o los sujetos elegidos, y por lo tanto apartar, sea expresamente sea por omisión, al resto.

Es esta voluntad la que contrapone en la parte pasiva a los diferentes sujetos en liza, los afortunados y los olvidados<sup>596</sup>. En el apartamiento, y menos bajo la concepción de la Ley

---

<sup>595</sup>Subraya GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit. p. 15 que “cuando la norma habla de “desheredación” piensa inevitablemente en la que lo es con causa legal y no en el simple apartamiento, pues este, a diferencia de aquella, no conlleva en absoluto para el excluido la pérdida de la condición de legitimario: así lo demuestra a todas luces el art. 51.3 cuando afirma que el heredero forzoso apartado conserva sus derechos frente a terceros caso de existir infracción cuantitativa (lesión) de la legítima colectiva”.

<sup>596</sup> Recalca la STSJ País Vasco 1/2007, de 15 de mayo (RJ 2008/618), FJ Segundo, que “en principio, el no apartar no puede ser, desde la óptica del testamento, considerado como una obligación de la testadora, pues como con plena corrección destaca la sentencia recurrida el “espíritu de legislador vizcaíno en orden a la distribución de la herencia reside en la concesión al testador de la máxima libertad, siempre que se respete el concepto de legítima a favor de los herederos forzosos, pero no de todos ellos, sino de los que el testador designe, permitiéndole el apartamiento de aquellos herederos que desee”; es decir, que no cabe considerar obligada a D.<sup>a</sup> Lourdes a no apartar en su testamento a su hija D.<sup>a</sup> Valentina, ni tampoco, para el caso de hacerlo, a condicionar la validez del apartamiento a la concurrencia de una justa causa, pues, como también advierte con acierto la sentencia recurrida, “el apartamiento de un heredero forzoso por parte del testador no tiene que ser motivado, ni causal, ni condicionado y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad del testador libremente emitida”.

5/2015, no existe necesidad de definir los sujetos a excluir, ni señalar un orden preferencial entre los mismos; el olvido y la omisión restan sentido a esta prelación. ¿Acaso importa determinar las consecuencias del apartamiento sobre el nieto cuyo progenitor es apartado, cuando su no mención, por parte del *de cuius*, se interpreta como exclusión?, o ¿es necesario determinar la opción de apartar al descendiente directo en beneficio de uno posterior si su omisión equivale a apartamiento?

Por este motivo, es posible sugerir que el elemento subjetivo del apartamiento se ha reducido a la parte activa, la que dispone, y a la parte elegida. De hecho, cabe afirmar que el apartamiento, como figura propia e independiente, carece de elemento subjetivo real, pues los sujetos mencionados corresponden, en realidad, a los de la legítima, o más en concreto, a los de la libertad distributiva. Así, disertar sobre las diferentes personas que intervienen en el apartamiento no es del todo factible, pues este elemento corrector asegura la voluntad expresa del *de cuius*, sin otorgar protección a otros sujetos sobre los que quepa investigación.

## **V. EL ELEMENTO OBJETIVO**

Antes de hacer frente al objeto de la figura del apartamiento debe subrayarse que este punto tan solo resulta razonable para los supuestos en los que la exclusión es expresa e intencionada; para el resto de las hipótesis, en las que apartamiento y omisión son equiparadas, carece de juicio hablar del elemento objetivo, pues en este caso la exclusión empaparía la totalidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial y la persona apartada lo sería sobre el todo. En otras palabras, el apartamiento explícito es el único que, verdaderamente, permite estudiar el objeto del apartamiento: habida cuenta de que el aspecto material del apartamiento desaparece con anterioridad, incluso, a la Ley 3/1992, no busca el presente apartado observar con qué se aparta, ya que este extremo carece de perspectiva real.

El apartado destinado al elemento objetivo pretende, solamente, estudiar sobre qué posibles componentes de la sucesión se efectúa la exclusión mediante apartamiento. Tradicionalmente, en Bizkaia el apartamiento de la sucesión ha podido ser tanto de carácter real *-intuitae res-*, como de carácter personal *-intuitae personae-*. Es decir, o bien se ha

atribuido a uno o varios de los legitimarios determinado bien, apartándolo de la concurrencia con otros sucesores forzosos, o bien se ha excluido a una persona de toda la sucesión del *de cuius*<sup>597</sup>. De esta forma, en base al elemento sobre el que recae el apartamiento se ha formulado, por parte de la doctrina, una enumeración de ‘tipos’<sup>598</sup>, que son los que a continuación se detallan.

### 1. El apartamiento personal

Este apartamiento, previsto en el artículo 48.2 LDCV, radica en la facultad de elección de la que goza el causante respecto del círculo de sucesores forzosos. El *de cuius* “*puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás*”; es, por tanto, el apartamiento que pretende excluir, de toda la sucesión, a una persona determinada. Más en concreto, se trata del apartamiento que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley exigía de una voluntad expresa y/o clara del *de cuius* de excluir a ciertos sujetos<sup>599</sup>. Pero, como ya se ha señalado, con el articulado actual se permite que el apartamiento personal pueda ser tanto expreso como tácito, es decir, la mera omisión, sea esta intencional o no, equivale a apartamiento.

---

<sup>597</sup> Apoya esta idea FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: *Manual práctico de...*, cit., p. 227, al afirmar que “se aparta con bienes o sin ellos y respecto de otros bienes, de ahí la regulación de la computación y la colación (...). Por lo tanto, cabe, p.ej., donar ciertos bienes a un pariente, apartándole en cuanto al resto de la sucesión –apartamiento personal-, o, al contrario, donar dichos bienes, apartando los bienes de la sucesión –no se computan ni colacionan, apartamiento real-. El apartamiento real se impone generalmente en los actos a título singular y el apartamiento personal en los actos a título universal y, como vimos ello, determina igualmente el límite entre la donación entre vivos común de bienes singulares y el pacto sucesorio no universal presente”.

<sup>598</sup> La clasificación que a continuación se presenta la realiza originalmente FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: “El apartamiento y...”, cit., p. 430.

<sup>599</sup> Ejemplo de este apartamiento personal puede observarse en la SAP Álava 1111/2020, de 11 de diciembre (JUR 2021/104614), FJ noveno, cuando señala que “puede distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo. Y la exclusión de los sucesores forzosos no precisa de una fórmula especial de apartamiento, sólo que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión. Y si algo se desprende del testamento impugnado es la expresa voluntad de la testadora de apartar de su sucesión forzosa a la línea de su hijo premuerto, con quien no le consta relación alguna, lo que lleva a efecto mediante la declaración como su única y universal heredera de la demandada, sin perjuicio de su sustitución. Y que lo complementa del siguiente modo: "Aparta y excluye expresamente de su herencia a los demás herederos forzosos no llamados a ella". Los actores son expresamente designados en el testamento como "estirpe de nietos hijos del suyo premuerto" y mencionados, los tres, con su nombre y dos apellidos. No hay margen de error alguno. De ese modo, y de forma expresamente admitida por la Ley, los actores quedaron apartados, y no existe causa alguna de nulidad del testamento otorgado en su día tal como pretenden los recurrentes.

Puede llegar a afirmarse, por lo tanto, que este apartamiento sobre determinadas personas ha pasado de ser una especificidad, una intención determinada, a la generalidad que envuelve toda voluntad que opte por ejercitar la libertad de elección derivada de un sistema de legítima colectiva<sup>600</sup>. La presunción en favor de la existencia del apartamiento personal es tal que suprime, incluso, los efectos de la preterición: mientras exista disposición en favor de determinados sucesores forzosos, el apartamiento personal aglutinará a los no designados para excluirlos de la sucesión y suprimir sus correspondientes acciones de defensa de la legítima contra los legitimarios beneficiados<sup>601</sup>.

## 2. El apartamiento real

El apartamiento de objeto o real referencia el supuesto en el que es voluntad del *de cuius* atribuir un determinado bien a una o varias de las personas legitimarias, pero a su vez desea excluir de la sucesión de ese mismo bien al resto de sucesores forzosos. En este caso, se rompe el llamamiento legítimo, únicamente, en relación a un bien. Es decir, se ejercita un apartamiento parcial, en el que el resto de las personas legitimarias continúan con disposiciones sucesorias de contenido patrimonial a su favor, pero son apartadas de la

---

<sup>600</sup> Adiciona FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: “El apartamiento y...”, cit., p. 430, que “este apartamiento general y tácito es la cláusula de cierre de un sistema basado en la libertad civil, de modo que los legitimarios no favorecidos no deshagan vía suplemento de la legítima las atribuciones sucesorias que quiso el causante o su comisario”.

<sup>601</sup> Resulta de interés la comparativa en este punto de la normativa vasca con el **ordenamiento aragonés**, pues de acuerdo SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 124, la exclusión absoluta aragonesa es reforzada por lo que “priva del derecho a suceder *abintestato* y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponder al así excluido (o desheredado sin causa legal) que fuera legitimario de grado preferente; pero el legitimario de grado preferente excluido de forma absoluta (o desheredado sin causa legal) no pierde del todo esa condición porque conserva el derecho a alimentos del art. 200 (515 CDFA) (arts. 24.2 y 198.2; 339 y 513-2 CDFA). En los derechos que pierde el legitimario de grado preferente excluido de forma absoluta (o desheredado si causa legal) le sustituyen, si no han sido excluidos o desheredados también, sus descendientes si los tuviera (SJPI núm. 2 Zaragoza 19.2.2007), lo que critica MOREU BALLONGA (2006, pp. 385-389). A juicio de este autor la Ley de sucesiones ha llamado a la estirpe del excluido absolutamente cuando no debió hacerlo (art. 198-2; 513-2 CDFA) y ha dejado de llamarla cuando sí que debió hacerlo (art. 198-3; 513-3 CDFA). La exclusión absoluta, en cuanto forma de privar del derecho a suceder *abintestato*, puede afectar a cualquier potencial sucesor legal, no sólo a los descendientes (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, RDCA, 2005-06, pp. 209-215; y, con reservas, MOREU BALLONGA, 2006, pp. 389-390)”. Cabe plantear en este sentido, si el apartamiento personal vasco también pueda incluir la exclusión total de la sucesión, se cualquier sucesor, sea o no forzoso, e incluso aplicarse como sistema de exclusión en la sucesión *ab intestato*.

atribución de un determinado bien. Esta posibilidad de apartamiento real se prevé en el artículo 59.4 LDCV, que al regular las donaciones computables y colacionables establece que “*la falta de apartamiento expreso de los demás legitimarios en las disposiciones sucesorias efectuadas a favor de alguno de ellos determinará la colación de dichas disposiciones*”. Por lo tanto, realizando una interpretación en sentido contrario, es prerrogativa de la persona causante apartar a algunos legitimarios de la atribución de ciertos bienes, que no serán ni computables ni colacionables<sup>602</sup>.

Pero tal y como se hace constar en el enunciado del artículo citado, este tipo de apartamiento debe ser expreso, en todo caso: la voluntad del *de cuius* de distribuir y apartar en relación a bienes determinados debe constar de forma clara y explícita. En caso contrario, no se consumarán sucesiones separadas entre los bienes sobre los que recae el apartamiento y el resto del patrimonio: los bienes atribuidos, pero no apartados, serán objeto de las operaciones de computación, imputación y colación con total normalidad y sin excepción alguna.

---

<sup>602</sup> Así lo confirma la SAP Bizkaia 127/2020, de 17 de abril (JUR 2021/66466), FJ quinto, al afirmar que “este esquema, desde el punto de vista estructural, es el que también sigue la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco al diferenciar (artículo 62 LDCF) entre “donaciones computables” (nº 1 y 2) y “donaciones colacionables” (nº 3 y 4), si bien es verdad, y por eso lo de estructural, que el principio de libre distribución de los bienes que integran la sucesión forzosa entre los herederos forzosos o la elección de uno solo de ellos, apartando a los demás (artículo 54 LDCF), determina que la Ley del Derecho Civil Foral autorice al testador a excluir de la computación aquellas donaciones en las que medie apartamiento expreso (artículo 62.1, párr. 3º), lo que no resulta posible en el derecho común, pues al asentar el Código Civil la regulación de la legítima sobre el principio contrario de intangibilidad (artículo 813 CCv), necesariamente ha de computar, a los efectos de la antes denominada reunión ficticia, el valor de las liberalidades efectuadas en vida del causante (artículo 818 CCv), por más que el donante hubiera dispensado al favorecido con la liberalidad de la obligación de aportar a la masa hereditaria el valor que tuviera (artículo 103 6 CCv), pues como ya se ha encargado de aclarar el Tribunal Supremo (STS 14-12-2005) la dispensa de colación no exime del deber de respeto a la legítima, que impone la reducción de la donaciones inoficiosas, dado que este deber subsiste aun cuando las donaciones no tengan en principio carácter colacionable.

Pues bien, lo que se dispone, partiendo de ese principio de libertad de elección y distribución (artículo 54 LDCF), en orden al cálculo de la cuota legitimaria, al considerar “donaciones computables”, en lo que ahora interesa, “...todas aquéllas en que no medie apartamiento expreso” (artículo 62.1, párr. 3º), está en perfecta correspondencia y guarda plena coherencia con lo que también se establece, en lo tocante a las “donaciones colacionables”, al considerar como tales, también en lo que ahora interesa, aquellas en las que el donante...” no haga apartamiento expreso” (artículo 62.3 LDCF), que, pese a lo poco afortunado de su redacción, es como debe ser entendido lo enunciado legalmente: “No serán colacionables las donaciones a favor de sucesores forzosos, salvo que el donante disponga lo contrario o no haga apartamiento expreso”. Lo que recapitulando y distinguiendo entre “donaciones computables” y “donaciones colacionables” significa: 1) que aquellas donaciones en relación con las cuales no medie o no se haga por el donante apartamiento expreso sí deben ser computadas (para el cálculo de la legítima) y colacionadas (para considerarlas en la cuenta de partición) y 2) que aquellas donaciones en relación con las cuales sí medie o sí se haga por el donante apartamiento expreso no deben ser computadas (para el cálculo de la legítima) ni colacionadas (para considerarlas en la cuenta de la partición)”.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ propone, para llevar a cabo el apartamiento real, la utilización de fórmulas como “*aparta de los legados e institución de heredero anteriores, a los hijos y descendientes no favorecidos por ellos*” o “*la donante aparta y excluye de lo donado a sus demás hijos y descendientes no llamados a ella*”<sup>603</sup>. Expresiones, ambas, que no dejan duda alguna de la voluntad e interés de la persona causante.

### 3. El apartamiento mixto

Entre ambos caminos, entre el apartamiento que recae sobre el elemento personal y el real, encontramos el apartamiento que busca excluir a un legitimario del resto de la sucesión, pero en este caso, favoreciéndolo con la atribución de un bien concreto que, a su vez, queda excluido y separado del resto de sucesores forzosos. En otras palabras, el apartamiento mixto es aquella exclusión que permite apartar de la sucesión a un sujeto, pero disponiendo en su favor de un bien que el *de cuius* ‘saca’ de su caudal evitando, como en el apartamiento real, las pertinentes computaciones y colaciones.

## VI. EL ELEMENTO FORMAL

Como ya se ha advertido a lo largo del capítulo, la figura del apartamiento ha experimentado una transformación más que notable con la nueva regulación de la Ley 5/2015. Sin embargo, uno de los aspectos en el que dicho cambio resulta del todo innegable es el formal, pues si históricamente el apartamiento ha requerido de ciertos cumplimientos de forma para su perfeccionamiento, el articulado actual erradica, incluso, el mero requisito de expresión manifiesta. Ciertamente, el elemento formal del apartamiento ya se diluyó con la previa LDCFPV al eliminar, en su artículo 54, la necesidad de cualquier formalismo, pues establecía que “*los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento*”<sup>604</sup>.

---

<sup>603</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: “El apartamiento y...”, cit., p. 429.

<sup>604</sup> En palabras de ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María: “La preterición intencional...”, cit., p. 227, “el artículo 54 del Fuero Civil contiene en su primer párrafo la norma fundamental sobre distribución de los bienes que integran la sucesión forzosa entre quienes pertenezcan a la línea llamada a suceder, facultando al testador a hacerlo con absoluta libertad, que le permite elegir a uno solo de sus parientes como sucesor en los bienes, apartando a los demás. Todo ello, designación de sucesor y apartamiento de los demás parientes, no está sujeto a más limitaciones que las que determine la libre voluntad del testador. Esto hacía necesario que la propia ley

Pero al menos, la esencia del apartamiento permanecía inmutable, pues para la exclusión se requería, en todo caso, que esta voluntad del *de cuius* constase reflejada expresamente: la existencia tanto del *animus* como del *corpus* resultaban imprescindibles para la formalidad del apartamiento<sup>605</sup>. Aun así, es cierto que, por interpretaciones más aperturistas y por entender que en la regulación de la Ley 3/1992 sí se bosquejaba una suerte de equiparación entre el apartamiento y la preterición intencional<sup>606</sup>, parte de la doctrina ya defendía la inclusión del apartamiento tácito como mecanismo de exclusión.

En todo caso, aunque la necesidad del apartamiento ‘expresado’ y ‘expreso’ si se llegó a cuestionar, la jurisprudencia fue clara en afirmar que recaería en vicio de preterición toda disposición sucesoria en la que la voluntad de exclusión por apartamiento no fuese clara, constase o no ‘expresada’<sup>607</sup>. Dicho de otra forma, el apartamiento tácito tan solo sería válido cuando así se dedujese de la interpretación de la voluntad del *de cuius*.

---

determinara la forma en la que el testador puede llevar a cabo el apartamiento de los sucesores forzosos no elegidos para que resulte eficaz y a esa determinación dedica el artículo 54 su segundo párrafo”.

<sup>605</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: “La necesidad del...”, cit., p. 264, subraya que “el apartamiento está sujeto a legalidad, la formalidad y la publicidad propia, generalmente, de la intervención notarial, conforme al artículos 27, 65 y 74 de la LDCFV (pacto sucesorio, donación o testamento), pues el testamento en peligro de muerte, en caso de epidemia y el ológrafo y los testamentos especiales (militar, marítimo y otorgado en el país extranjero) o foral (hil-buruko) son anecdóticos u generalmente caducan por el transcurso de un corto lapso de tiempo. Es decir, el apartamiento exige algún tipo de autorización pública o testigos, en aras de la fehaciencia, requisitos de los que carece la preterición, como mera omisión”. Adiciona, así, en la p. 270, que “usando la típica distinción aristotélico-tomista, no sólo debe tener “animus” o voluntad sino también “corpus”, una voluntad expresada, expresa, plasmada en un medio físico. Eso es el concepto de documento. Ya hemos visto que hablando de testamentos no hay voluntad presunta del causante. Sólo cabe entender como voluntad del causante la reflejada en su testamento (o escritura pública, artículo 27 LDCFV)”.

<sup>606</sup> En este punto conviene recordar lo señalado previamente, pues en una lectura apegada a la letra no cabía defender plenamente que el apartamiento exigía la expresión consciente y constada de la voluntad del *de cuius* en vista del contenido del artículo 54.3 LDCFV, que establecía que “*la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*”, sin percatarse de que obvia, en todo momento, el supuesto de la omisión intencional, permitiendo, así, cábalas sobre voluntades claras, pero no manifiestas, de la persona causante.

<sup>607</sup> Resulta en este caso de aplicación el criterio de la SAP Bizkaia 361/2001, de 2 de abril (AC 2001/1061), FJs Primero y Segundo, sobre si la expresión de desheredar, cuando esta no corresponde, puede interpretarse como apartamiento, cuando esa es la voluntad del causante. Así “no discutiéndose en esta instancia la condición de aforada de la causante, el debate ha quedado limitado a establecer si la expresión “deshereda de su herencia a sus hijos D. José Manuel y Dña. Regina y sus descendientes”, que utiliza la testadora constituye un desheredamiento sin causa, nulo conforme a la legislación común, tesis de la demandante recurrente, o por contra nos encontramos ante un apartamiento de herederos forzosos, realizado conforme al derecho Civil Foral, tesis de la demandada recurrida. (...) debe mantenerse la interpretación que de dicha cláusula efectúa el Juzgador de instancia, por entender que conforme a ella queda respetada la voluntad autentica de la testadora,

Pero, como ya hemos señalado previamente, la Ley 5/2015 ha ido más allá, y al margen de eliminar la obligatoriedad de formulismos concretos, también ha venido a suprimir, expresamente, esa función “natural” del apartamiento de elemento garante del carácter voluntario de la exclusión sucesoria<sup>608</sup>. Esto es así ya que según los artículos 48.3 y 48.4

---

que lo que pretendió fue no hacer partícipes de su herencia a los herederos demandantes, sin necesidad de justificar dicha conducta. Si partimos de la base, de que se está testando conforme a la legislación civil Foral, por haber adquirido la condición de aforada mediante manifestación expresa, y que en el testamento de forma clara y terminante se instituye una única heredera universal, la demandada y sus descendientes, y por contra se excluye a los demandantes herederos y sus descendientes sin explicación alguna, hecho permitido por la legislación Foral, habrá de concluirse que lo que pretendía la testadora es que únicamente su hija Filomena recibiera la herencia, derivándose de ese hecho una necesaria exclusión de los otros herederos que se efectúa de forma libre y voluntaria, y esa exclusión, desde el punto de vista jurídico, no puede ser calificada de otra forma, pues reúne todos los requisitos excepto el meramente semántico, que de apartamiento de heredero forzosos. La palabra desheredar en su acepción, de uso corriente y no técnico, lo único que supone es la pérdida, de los derechos económicos sobre una herencia, que es lo que únicamente quería hacer la testadora, como incluso lo manifiesta el Notario autorizante, en prueba testifical al efecto practicada. Por ello, de la sola utilización de esa palabra, no puede derivarse las consecuencias que los demandantes pretenden, pues se reitera en derecho Foral, legislación conforme al cual se otorga testamento, la exclusión de alguno de los herederos sin especificar el motivo está permitida, y eso es lo que efectúa la causante con independencia de cómo lo denomine”.

<sup>608</sup> Sobre la forma en que debe constar el apartamiento, sin fórmula alguna y admitiendo el apartamiento tácito mientras la voluntad sea clara, la SAP Bizkaia 351/2016, de 22 de septiembre (JUR 2016/244927), FJ Segundo, dispone que “el art. 54 establece que el testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo. Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión. Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a este en la sucesión del ascendiente. En otro caso, la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido. Conforme a la Jurisprudencia del TSJPV entre otras la sentencia de 3/02/11 “el apartamiento ha de ser expreso, designando nominalmente a los apartados en relación a ascendientes y descendientes o, al menos, siendo designados los apartados en el instrumento en que nada se les da. Pues, es más, en el presente testamento se nombra al apartado a quien además se le otorga un legado, por lo que se cumple expresamente lo establecido en la ley y la Jurisprudencia que lo desarrolla. El resto de la jurisprudencia y doctrina citada, no hace sino corroborar esta versión ya que lo fundamental se cumple, esto es, si se requiere una serie de requisitos, que van dirigidos a asegurarse que la voluntad del testador quede debidamente reflejada y pueda ser respetada sin dudas sobre el alcance del contenido de la disposición testamentaria”. En el caso de autos ya fundamenta la sentencia que, en las declaraciones y disposiciones de la causante en el testamento abierto otorgado el 18 de abril de 2013, no consta fórmula especial de apartamiento de su hija Dña. Elisenda, pero queda meridianamente clara su voluntad: 1) Declara que está viuda de sus únicas nupcias contraídas con Don Ángel Daniel, de cuyo matrimonio tiene dos hijas llamadas Doña Belén y Doña Elisenda. 2) Dispone un legado en favor de su hija Dña. Elisenda, y en el remanente de sus bienes, instituye única y universal heredera a su hija Doña Belén, sustituida para los casos de incapacidad, premoriencia o renuncia por sus descendientes. Tal y como se alega de adverso la nueva Ley de derecho Civil Vasco 5/2015, en su art.48 establece que la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito, y que incluso la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento. Por tanto, el motivo se desestima. Por lo que hace a la inexistencia de preterición alegada, es evidente que, dado el apartamiento efectuado en los términos legales, no cabe entrar a tratar sobre una preterición, en la ley foral y en la actualidad para todos los vecinos de la Comunidad Autónoma Vasca se da la legítima colectiva e individual, ésta consecuencia del acto dispositivo, como acaece en este caso, eligiendo a



LDCV “la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito”, y, además, “la preterición, sea o no intencional” de un descendiente sucesor forzoso también “equivale a su apartamiento”. Esta regla, que presume el carácter deliberado de la omisión del sucesor forzoso, equipara en efectos a la preterición –en su vertiente intencional y no intencional– con el apartamiento<sup>609</sup>. Así, se desvirtúa el elemento formal del apartamiento, que ya no exige fehaciencia, y, en este sentido, el hecho de apartar no debe ni reflejarse explícitamente; ni tiene por qué deducirse de la voluntad del causante: la Ley sustituye la voluntad del *de cuius* e impone, automáticamente, la exclusión de los no recordados<sup>610</sup>.

---

una de las hijas apartando como consecuencia a la otra. En cuanto a la voluntad de la causante tal y como recoge la Sentencia es clara y así se desprende de su disposición testamentaria, cuya validez mantiene la Sentencia recurrida y se comparte en la presente resolución, sin que los hechos que la parte mantiene para cuestionar tal voluntad presenten fundamento bastante para mantener una posible duda de la real voluntad de la causante”.

<sup>609</sup> Aunque referencie a la LDCFPV, la SAP Bizkaia 179/2011, de 16 de marzo (AC 2011\1791), FJ Segundo, bosqueja una posible equiparación de la preterición y el apartamiento. En este sentido deja claro que la regulación previa no remarcaba dicha equiparación y que por lo tanto la omisión debe ser considerada como preterición. Desde la perspectiva actual, correspondería analizar la sentencia en sentido contrario para valorar su aplicación: “en ninguna de las mencionadas cláusulas aparta de la herencia forma expresa alguno de sus hijos o nietos y a todos impone la misma obligación de dedicar el dinero que restara a su fallecimiento al cuidado del panteón familiar. Y respecto al apartamiento en la legislación civil foral vizcaína, es criterio del Tribunal que, cuando se trata de herederos forzosos, debe expresarse de forma clara la voluntad del testador de apartar a un heredero aunque no es necesaria la utilización de una fórmula determinada. En este sentido, en la ST 15 de abril 2009 (RAP 236/08), se dice que “la regulación del apartamiento si bien no requiere un formulismo especial, si requiere una serie de requisitos, que van dirigidos a asegurarse que la voluntad del testador quede debidamente reflejada, y pueda ser respetada sin dudas sobre el alcance del contenido de la disposición testamentaria (...). Tal conclusión se ve confirmada porque cuando la Ley ha querido equiparar el apartamiento y preterición lo ha hecho, y así en el art. 135 de la misma Ley Civil Foral (aunque tal precepto no resulte aquí de aplicación por ser Derecho Ayalés), equipara expresamente el apartamiento tácito y la preterición intencional; el art. 57 de la LCFPV permite el apartamiento tácito entre colaterales y el art. 54.3 de la LCFPV que, tal como sostiene la recurrente, supone la excepción al apartamiento expreso, en el caso de que concurren descendientes de grado más próximo, con otros de grado más remoto, cuando el cabeza de estirpe de éstos ha premuerto(...) el no llamamiento de un heredero forzoso a la sucesión no puede equipararse a apartamiento porque aunque el art.54 no exige una fórmula para dar por valido el apartamiento, no quiere decir que se elimine una expresión formal de realizarlo y de hecho el art 65 LCFPV que regula las demás formas de deferir la sucesión exige un requisito de forma para el apartamiento, careciendo de sentido que se remita al cumplimiento de los requisitos formales de los artículos 54 y 57 LCFPV si en tales preceptos no existiera formalismo alguno, careciendo así mismo de sentido exigir requisitos de forma en el apartamiento cuando la sucesión se defiere en capitulaciones, pacto sucesorio o donación y no cuando se haga en testamento (arts. 27 y 65 LCFPV)”. Y es que, tratándose de herederos forzosos, si no se exigiera una manifestación clara de la voluntad del testador de apartar a uno o varios de ellos, la preterición de cualquiera de ellos se interpretaría como apartamiento tácito del legitimario. Por otra parte, el tenor del testamento que se ha transcrito en lo sustancial no contiene cláusula alguna que apunte en alguna forma la voluntad de la testadora de apartar de la herencia a alguno de sus hijos y nietos. Y si hubiera sido voluntad de la testadora transmitir la vivienda a su hija D<sup>a</sup>. Caridad y dejar a los demás herederos únicamente el remanente de sus bienes (y se indica que no hay constancia de la existencia de otros bienes) lo habría hecho constar en el testamento y no hubiera dejado el cumplimiento de su voluntad al albur de la interpretación que pudiera realizarse de su clausulado”.

<sup>610</sup> Conviene resaltar a este respecto la crítica de GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: “La sucesión forzosa en el País Vasco”, Epígrafes I, II y II, *Tratado de Derecho de sucesiones*, II, Civitas, Pamplona, 2016, p. 709, cuando

En este punto, a pesar de que la equiparación de ambas figuras de exclusión anula toda necesidad de concreción, resulta de interés traer a colación las ‘tipologías exclusorias’ que embute el apartamiento en la Ley 5/2015, propuestas por GIL RODRÍGUEZ para el Derecho de Ayala, pero extrapolables, plenamente, al genérico vasco y que ayudan a encuadrar en cierta medida su aspecto formal<sup>611</sup>. Así, partiendo de la forma en la que conste dicha voluntad de exclusión, el autor dibuja una tipología, desde la más pura exclusión hasta aquella que resulta meramente implícita.

Comenzando por la *exclusión manifiesta y propia*, su aspecto formal se circunscribe al que hasta ahora se ha denominado como apartamiento expreso, por lo que ya de forma individualizada o conjunta, el causante debe mostrar su voluntad mediante cualquier signo verbal de marginación o la simple mención demostrativa de que no ha obviado la existencia de ningún sucesor forzoso. Parejo elemento formal se deduce para la *exclusión manifiesta impropia*, en la que a pesar de que la voluntad de apartamiento no es expresa, sí es clara. Completan este formato de apartamiento tácito aquellas manifestaciones que, no siendo formalmente apartamiento, están henchidas de voluntad separadora. Ejemplifica este supuesto la desheredación injusta, en la que a pesar de no existir desheredación propiamente, la intencionalidad del causante no es otra que la plena exclusión, por lo que la exclusión se ejecuta mediante su asimilación al apartamiento<sup>612</sup>. Finalmente, no puede obviarse el

---

detalla que “merece la pena subrayar que la solución adoptada por la LDCV no tiene parangón entre los ordenamientos civiles españoles, ya que, en todos, a la vista del vicio que la voluntad del causante sufre en estas hipótesis, se anuda a ellas alguna consecuencia especial (...). Por el contrario, nada de esto acontece en el nuevo régimen instaurado por la LDCV, al menos cuando la preterición no intencional tenga un alcance parcial, es decir, cuando afecto solo a alguno o algunos de los legitimarios”.

<sup>611</sup> Véase, en este sentido, GIL RODRIGUEZ, Jacinto: “La inconsistencia de...”, cit., pp. 741y ss.

<sup>612</sup> Véase al respecto de la convivencia entre el apartamiento y la desheredación la SAP Bizkaia 167/2020, de 26 de junio (JUR 2021/76604), FJ tercero afirma que “convivían antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 de 25 de junio, hayan dejado de hacerlo, y buena prueba de ello es el contenido del artículo 108.3 de esta Ley 5/2015, cuando se refiere a la posibilidad de revocar el pacto sucesorio cuando el instituido incurra en causa de indignidad o desheredación, y desde esta perspectiva normativa, si bien el apartamiento de legitimarios, regulado en dos artículos 48 y 51 de la Ley 5/2015, de 25 de junio y que puede ser expreso o tácito y no precisa de causa alguna, la desheredación solo puede hacerse por alguna de las causas contempladas en los artículos 852, 853 , 854 y 855 del Código Civil, según se infiere del contenido de los artículos 848 y 849 de dicho cuerpo legal, "correspondiendo la prueba de ser cierta la causa de la desheredación a los herederos del testador si el desheredado le negare" ( artículo 850 del Código Civil), como nos encontramos ante un supuesto de desheredación, la cuestión litigiosa subyacente habrá de resolverse atendiendo exclusivamente a las normas que regulan la desheredación en el Código Civil.

supuesto de apartamiento que la actual normativa permite y que se engloba en la *exclusión meramente implícita*, es decir, en la preterición. En este grupo, tal y como se ha señalado previamente, el elemento formal desaparece, pues no precisa de expresión alguna de exclusión, y es la propia norma la que mediante presunción legal aplica la exclusión mediante apartamiento.

---

Y desde esta perspectiva, no puede prescindirse del dato fundamental, consignado en el testamento otorgado el día 30 de junio de 2015 por D<sup>a</sup> Mercedes, por el que ésta expresaba que la desheredación de sus hijos D<sup>a</sup> Rosa, D. Segundo y D<sup>a</sup> Florinda o Agapito se debía a la "manifiesta indiferencia hacia su persona, como lo demuestra el transcurso del tiempo en que no han tenido relación alguna", desheredación que se efectuó de conformidad con lo establecido en el artículo 853.2<sup>a</sup> del Código Civil y en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2014, que como es sabido, estableció doctrina jurisprudencial en relación con el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, doctrina posteriormente ratificada en la Sentencias de dicha Sala del TS de 30 de enero de 2015, 27 de junio de 2018 y 13 de mayo de 2019”.

**CAPÍTULO IV**  
**«LA DESHEREDACIÓN: LA EXCLUSIÓN**  
**PLENA»**

## I. INTRODUCCIÓN

La desheredación que se regula en el Código civil encuentra sus cimientos en el Derecho romano clásico, pues para el *ius civile* el principio rector de toda sucesión voluntaria no era otro que el de *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*. Es decir, el *de cuius*, por motivo de la sucesión necesaria formal, estaba obligado a instituir o a desheredar a aquellas personas que la Ley identificaba como herederos forzosos; la prerrogativa de excluir plenamente de la sucesión a los *sui heredes* vertebraba el sistema sucesorio, siendo facultad del causante optar, o no, por dicha separación de su herencia. Aun así, tal y como se verá, esta *exhereditio* primigenia resultaba del todo libre; no estaba sujeta a condición o causa, tan solo a la *voluntas* del *de cuius*, por lo que, para encontrar el predecesor de la actual desheredación causal, resulta preciso acudir al Derecho romano postclásico, y más en concreto, al Derecho justinianeo. En esta etapa histórica, precisamente, con la instauración del sistema legitimario romano, se reconstruirá la previa figura exclusoria para adaptar su aplicabilidad al nuevo diseño sucesorio, que ahora encajará en la legítima, en perjuicio de la previa cuasi absoluta libertad dispositiva del *de cuius*. A partir de esta reformulación de la desheredación, pese a mantener su eficacia en cuanto a sistema de exclusión plena, la institución deviene causal, y, por lo tanto, sujeta y limitada a requisitos de causa; el causante pierde la prerrogativa de la *exhereditio* salvo en los supuestos que ahora prefija la Ley de forma taxativa. Así, tan solo en ciertos casos se permite la aplicación de esta exclusión, pues ahora el ordenamiento equilibra la balanza en favor de los sucesores forzosos, y la desheredación deviene ‘excepción’.

Debe subrayarse que esta regulación de la Novela justiniana permanece inalterable, salvo por pequeñas modificaciones en las causas tasadas, hasta la promulgación del vigente Código civil español y, en este sentido, hasta la actualidad. Sin embargo, a pesar de que, normativamente, la redacción del articulado permanecerá inmutable, en los últimos años tanto la jurisprudencia como la doctrina han abogado por suavizar el elemento causal de la desheredación y tratar, a su vez, de dibujar un sistema de sucesión forzosa acorde con las necesidades y los anhelos de la sociedad actual. En este envite, el Tribunal Supremo, a partir del año 2014, comienza a declarar que la causa tasada en el Código civil como *maltrato de*

*obra* debe interpretarse de forma más extensiva e incluir, no solo el daño puramente físico, sino también el psicológico. En este sentido, comienza a vislumbrarse una desheredación que, aun siendo causal, aprecia situaciones de daño psicológico y moral, e incluso de abandono emocional, que justifiquen la validez de una exclusión plena. La absoluta protección hacia los sucesores forzosos se resquebraja y se bosqueja un sistema legitimario en el que la *exhereditio* por motivos de ausencia de relación o desapego resulta posible.

En todo caso, los ordenamientos sucesorios vascos que originariamente no han bebido del Derecho romano, como el vizcaíno o el ayales, no han previsto en sus regulaciones la presencia de la figura de la desheredación. Así, su sistema de exclusión sucesoria se ha circunscrito, durante siglos, en torno al apartamiento, no existiendo previsión expresa para atender al causante con voluntad de excluir, plenamente, a todos sus sucesores forzosos. Esta falta de regulación, incluso en la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, ha supuesto una derivación constante a la desheredación propia del Código civil, siendo esta la que actualmente resulta de aplicación en el territorio vasco.

Por todo ello, para culminar el estudio correspondiente a la exclusión plena y comprobar cuánto de la regulación actual proviene de aquella *exhereditio* romana, deviene preciso traer, al presente apartado, la línea evolutiva que ha mantenido dicha figura desde sus primeras plasmaciones legales, para abordar, a renglón seguido, el examen de su dimensión actual. Solo de esta manera resultará posible concluir si la visión que hoy se mantiene en torno a la desheredación es fruto de la evolución social o si, por el contrario, por percibir una desconexión con la realidad actual, resulta más que oportuno abogar por su reformulación completa, recuperando, así, un sistema sucesorio en el que la exclusión plena tan solo esté sujeta a la voluntad del *de cuius*.

## **II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS**

Resulta difícil determinar el momento exacto en el que nace la institución de la desheredación; fijar, sin atisbo de duda, su primera aparición. Los autores confluyen en que su origen se encuentra en el Derecho romano: coinciden, de hecho, en que su existencia está

ligada al periodo del *ius civile*, pero esa es la máxima concreción que alcanzan. En este sentido, es necesario analizar la evolución del Derecho sucesorio romano para entender el motivo por el que se ubica la primigenia aparición de la desheredación en esta etapa histórica. En este apartado se continúa la línea trazada en el primer capítulo, aunque detallando, exclusivamente, la evolución mantenida por la institución de la desheredación.

Debe recordarse, que en el Derecho antiguo la sucesión *mortis causa* tiene un encaje particular dentro de la primitiva estructura familiar, y que, por tanto, la *successio* no es, originariamente, una transmisión netamente patrimonial<sup>613</sup>. Junto al traspaso de los bienes de la comunidad familiar, se produce, también, una sustitución en la jefatura del grupo, primigenio núcleo político de la arcaica sociedad romana<sup>614</sup>. Si se acude a la Ley de las XII Tablas para examinar el alcance de la sucesión por causa de muerte, la Tabla V<sup>615</sup>, relativa al Derecho sucesorio, toma como cimiento de la sucesión a la propia familia, los *adgnati*.

A la muerte del *pater familias* se constituye una asociación, una comunidad familiar<sup>616</sup>, denominada *consortium inter fratres*, que garantiza la unidad económico-religiosa familiar y de la que todos son miembros y, a su vez, titulares de bienes y cargas. Tal es la dimensión

---

<sup>613</sup> Antes de adentrarnos en el Derecho sucesorio arcaico, como ya se subrayó en el primer capítulo, conviene recordar brevemente la contextualización de las entonces consideradas fuentes del Derecho. En la Roma arcaica existen normas provenientes de los antepasados, los *mores maiorum*, que abarcan, desde las tradiciones religiosas y los usos sociales, hasta lo estrictamente jurídico. Si bien es cierto que los ámbitos de aplicación – religioso y jurídico- de dichas fuentes se diversifican con prontitud, no es hasta la aparición de las XII Tablas, a mediados del siglo V a.C., cuando realmente puede hablarse de una plena separación de lo religioso (*fas*) y lo jurídico (*ius*). En este sentido, IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*cit., p. 87.

También sobre el origen de la sucesión *mortis causa* romana, véase, ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano*, cit., II, pp. 806 y ss.

<sup>614</sup>BONFANTE, Pietro, en las obras citadas anteriormente en el primer capítulo, es el impulsor de esta concepción de la *hereditas* primitiva, al entender que la institución de la familia romana va más allá que su patrimonio, siendo esencial, en la misma, la figura y los poderes del *pater familias*.

<sup>615</sup> Para mayor información de las XII Tablas, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El *Testamentum Calatis Comitibus* y su relación con la sucesión intestada", *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2013, núm. 11, pp. 206-209, referencia las obras de AGNATI, Ulrico: *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, 2002, pp. 9-19 y KASER, Max: *Storia del Diritto Romano*, trad. de la 2ª ed. por Remo Martini, Milano, 1981, p. 63.

<sup>616</sup>De esta nueva organización, basada en que todos los *sui* contribuyen a la familia mediante su trabajo en la explotación económica familiar, se desprende la *communio*, característica poco común en el Derecho romano, pero natural en este caso, donde los intereses grupales prevalecen sobre el individualismo.

que alcanza el carácter grupal de la familia, que la Ley no define en momento alguno la figura del *heres*, llegando a plantearse, por ciertos autores, si esta ausencia se debe a la inexistencia de la propia figura en esta etapa del Derecho romano o si, por el contrario, se debe a su propia obviedad; puesto que, viviendo el *heres* en *domus* o comunidad, ya es titular tanto de bienes como de cargas, es decir, es necesariamente heredero.

En esta primitiva concepción de la sucesión, el *de cuius* en ningún caso puede realizar disposiciones particulares respecto del patrimonio familiar, pues éste se encuentra afecto al grupo en su conjunto<sup>617</sup>. Incluso en el supuesto de que el jefe de familia fallezca *abintestato*, la norma es clara: en la sucesión legítima los primeros en ser llamados son los agnados<sup>618</sup>. Es cierto que esta sucesión legal no es, estrictamente, un mecanismo protector que la Ley confiere para garantizar que los *agnati* obtengan la titularidad del patrimonio familiar (que ya ostentan); pero ello no obsta para que dicha constatación venga a remarcar la importancia que la Ley otorga a los parientes más próximos, en aras a garantizar su protección y su continuidad en la comunidad familiar.

Así, en esta primera etapa del Derecho romano, la única vía que el *pater* tiene a su alcance para poder disponer libremente del patrimonio familiar y privar del mismo a los parientes agnados pasa por retirar al heredero su condición de tal. Además, debido a la relevancia que ostenta el principio de la *continuatio dominii* sobre el patrimonio familiar, también se garantiza su transmisión al segundo grado de descendientes en el caso de que el *sui* del causante no herede al abrirse la sucesión, por emancipación o por premoriencia. En la Roma

---

<sup>617</sup> Sobre el testamento de la época arcaica romana CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el...", cit., pp. 211 y 212 señala que "la Ley reconocía implícitamente la existencia de testamento en Roma, aunque desde luego no era el *testamentum per aes et libram* que se generalizaría en época republicana progresando de la antigua *mancipatio familiae*. Del fragmento citado puede colegirse que para la Ley de las XII Tablas, la sucesión testamentaria era la delación hereditaria preferente, lo cual no significa que fuera la más frecuente, ya que el testamento en esta época no era un negocio esencialmente privado, sino un acto público que había de otorgarse en unos días o circunstancias muy concretas y cuyo contenido básico, más que obedecer a una libertad personal de disposición, se ajustaba a unos criterios sociales y morales ya preestablecidos que estaban en consonancia con el tipo de sociedad y familia romana".

<sup>618</sup> Los agnados son aquellas personas que están sometidas a la potestad del *pater* o que lo estarían si aún viviese. Este parentesco jurídico no se fundamenta en las relaciones de sangre, siendo posible que dentro de una familia agnaticia existan personas vinculadas por otro tipo de lazos. IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*, cit., pp. 478 y 479.



primitiva, cuya institución nuclear es la familia, la extinción de la patria potestad sobre un hijo resulta, ante todo, un episodio de máxima transcendencia, por lo que se lleva a cabo con arreglo al negocio jurídico que se recoge en la IV Tabla: la triple venta del hijo<sup>619</sup>, un rito repleto de formalismos y de difícil uso.

Pero como ya se ha indicado previamente, el periodo clásico cambia, por completo, la concepción de la *successio* romana y el *heres* deja de considerarse titular de un derecho latente de copropiedad<sup>620</sup>. Los miembros de la unidad familiar comienzan a perder, en gran medida, sus prerrogativas respecto al patrimonio del que, hasta el momento, todos son ‘titulares’. La idea de la propiedad privada que se dibuja en este periodo agrieta el antiguo régimen sucesorio<sup>621</sup>: el Derecho de sucesiones transita de una sucesión automática y restrictiva a un sistema que amplía la libertad dispositiva del causante.

Así, a causa de la excesiva fragmentación del patrimonio familiar producida por las previas particiones hereditarias, que reducen a la nada los patrimonios personales que con el apogeo del imperio romano comienzan a florecer, el Derecho clásico empieza a permitir la institución de un único heredero: la institución de un *heres* que sucede al *pater familias* en toda la *res familiaris*. En esta etapa romana, la concepción grupal de la familia se remodela y queda relegada a un segundo plano. La libertad individual pasa a inspirar el sistema patrimonial.

---

<sup>619</sup> GAYO, *Instituciones edición bilingüe*, cit., pp. 79 y ss., explica cuál es el procedimiento con todo detalle. El padre mediante el rito de mancipatorio entregaría tres veces a su hijo, siéndole devuelto por manumisión en las dos primeras ocasiones. De esta manera se retira la *patria potestas* que posee el *pater familias* sobre cualquiera de las personas que se encuentran bajo su autoridad en la condición de *fili familiae*. La palabra deriva del término latino *mancipatio* que significa “captado por la mano” ya que en el acto contractual la persona que hace de pesador coge con una mano al *filius* y en la otra el bronce a la vez que pronuncia una fórmula “afirmo que este hombre me pertenece en virtud del derecho de los quirites; que él me sea adquirido por este bronce y por esta libra de bronce” luego golpea la libra con el bronce y da el bronce a quien recibe la manopresa. (Inst. I:119)”. Cuando “un padre ha vendido tres veces a su hijo, que el hijo sea liberado en relación al padre” (Inst. I:132).

<sup>620</sup> Debe recordarse, que la época clásica de Roma transcurre desde la constitución de la República hasta la decadencia del Principado. En esta etapa tiene lugar una completa transformación de la vida política romana, así como de su sociedad. Roma pasa de ser una ciudad-estado a convertirse en un imperio que domina gran parte del mundo conocido en aquel entonces. A este respecto, CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 45 y ss., y GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto...*, cit., pp. 190 y ss.

<sup>621</sup> Tal y como detalla KASER, Max: *Derecho romano privado...*, cit., p. 301, “el desarrollo de la economía y de las formas de vida que se opera al comenzar la República y con el progresivo crecimiento de la conciencia de la personalidad, se erigió en principio dominante el de la libertad testamentaria”.

Por este motivo, la libre disposición del causante toma fuerza como contorno de la transmisión sucesoria, y tanto el *ius civile* como el *ius honorarium* clásicos comienzan a instaurar una regulación más permisiva con las disposiciones sucesorias voluntarias.

Sin embargo, esta libertad se ve, en parte, coartada, pues el trasfondo del Derecho consuetudinario no llega a desaparecer del todo, e, incluso, cuando el *pater familias* tiene poder de disposición *mortis causa*, la Ley establece determinadas limitaciones en aras a salvaguardar la expectativa sucesoria de ciertos parientes. En este sentido, el Derecho clásico tiende puentes hacia la regulación previa, e impone, a la libertad dispositiva del causante, ciertos ‘condicionantes’. Si bien, en un principio, no existe, en el Derecho romano, una limitación a la libertad dispositiva *mortis causa*<sup>622</sup>, el *ius civile* introduce la primera cuña; al entender, como principio de Derecho, que los *sui heredes* no pueden dejar de ser mencionados en el testamento. No pueden ser olvidados por el causante: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*. El *pater familias* que tiene *sui heredes* debe, por tanto, instituirlos o desheredarlos en testamento, tal y como detalla GAYO en sus Instituciones<sup>623</sup>. Basta que el testador instituya o desherede para que esta limitación formal se entienda respetada, sin que sea necesaria la mención de causa alguna<sup>624</sup>. Nace, en este contexto, la concepción de la desheredación, como mecanismo para cumplir con la tradición propia del Derecho antiguo de recordar a los *agnati*; una institución que, a partir de este momento, se desarrolla y evoluciona para responder a las diversas necesidades que emergen en cada etapa histórica.

---

<sup>622</sup> En su obra BARASI, Lodovico: *La successione legittima*, cit., pp. 35-75, menciona que la escuela de Derecho Natural de GROCIO viene a considerar que el poder de disposición no podía ser ilimitado, admitiendo a favor de los hijos y progenitores un derecho de alimentos como método de protección hacia los mismos.

<sup>623</sup> GAYO, *Institutiones edición bilingüe*, cit., p. 87, "*Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio*".

<sup>624</sup> En cualquier caso, serán necesarias el cumplimiento de ciertas formalidades que GAYO expone en sus *Institutiones*: *Sed si quidem filius a patre exheredatur, nominatim exheredare debet; alioquin non videtur exheredare. Nominatim autem (ex)heredare videtur, sive ita exheredetur: TITIVS FILIVS MEVS EXHERES ESTO, sive ita: FILIVS MEVS EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine*.

El primer progreso en la regulación de la desheredación tiene lugar en la misma época clásica, pero, en esta ocasión, de la mano del Derecho pretorio; que, sin modificar drásticamente la obligación y limitación formal introducida por el *ius civile*<sup>625</sup>, embiste la rigidez del mismo. Al observar las dificultades que se generan en su aplicación práctica, el Derecho pretorio apuesta por una sencilla modificación, pero de gran calado: se amplía el abanico de los sujetos a los que atañe la sucesión necesaria formal. Los *sui heredes* no son los únicos que deben ser instituidos o desheredados. En aras a hacer partícipes a los miembros de la familia natural del derecho a no ser olvidados en la sucesión del causante, todo descendiente llamado a la *bonorum possessio ab intestato* goza de la protección del principio del *ius civile*.

GAYO no solo identifica a los nuevos sujetos sino que detalla las consecuencias de no nombrarlos: *emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes: sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros: quod si neque heredes instituti fuerint neque ita, ut supra diximus, exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem*<sup>626</sup>. Así, en caso de no existir una desheredación *nominatim*, particular, de todos los varones, o *inter ceteros*, colectivo, para las mujeres, se los considera preteridos y autorizados para acudir al pretor. El nuevo mecanismo pretoriano otorga, en dichas hipótesis, a estos sujetos preteridos, la posibilidad de ir contra las disposiciones recogidas en un testamento y hacerse partícipes de la titularidad sobre los bienes hereditarios.

---

<sup>625</sup> De forma complementaria al *ius civile*, el pretor, mediante edictos y decretos, formula, con el tiempo, un Derecho sucesorio honorario, y asigna, sin realizar adjudicación de título de heredero, el patrimonio de un difunto a un *bonorum possessor*. En ocasiones su labor no es otra que la de confirmar al propio heredero, pero en otras, por estimarlo de justicia, otorga *bonorum possessio* a personas que no son herederas según lo reglado en el *ius civile*, siendo esta última regulación suplida por el honorario.

Esta labor de complementación y revisión del *ius civile* se lleva a cabo por el pretor tanto en la sucesión testada como en la intestada, facilitando y eliminando ciertas formalidades en la primera, y ampliando a la familia agnaticia en la segunda. Para mayor ahondamiento véase BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto...*, cit., pp. 260 y ss. o KASER, Max: *Derecho romano privado*, cit., pp. 302 y ss.

<sup>626</sup> GAYO, *Instituciones edición bilingüe*, cit., p. 89.

Sin embargo, el auténtico florecimiento de la desheredación acontece en la época postclásica del Derecho romano<sup>627</sup>. La nueva Roma imperial, de carácter centralista, hace que, a partir del siglo III, el ordenamiento jurídico romano sufra una completa transformación: la tendencia unitaria también se extiende al sistema jurídico y la Ley es, en esta época, la única fuente del Derecho. Las recopilaciones, tanto privadas como oficiales, reflejan esta innovación y son las que perduran en el tiempo. En este sentido, deben ser mencionadas las obras de los emperadores Teodosio y Justiniano<sup>628</sup>. El Código Teodosiano, además de ser la primera compilación oficial, mantiene su vigencia en Occidente y sirve para posteriores redacciones de breviarios visigodos. Por su parte, la Compilación Justiniana constituye el cénit del Derecho romano y se compone de diversas obras que el emperador culmina con el fin de recuperar y restaurar la antigua unidad del Imperio.

En lo referente al Derecho sucesorio, el periodo postclásico y, más en concreto, el justiniano, trae consigo una mayor permisibilidad de la *voluntas testantis*, lo que supone una más detallada definición de la sucesión necesaria y de las diferentes acciones que se otorgan a los herederos para impugnar los testamentos<sup>629</sup>. En el mismo sentido, aparecen nuevas herramientas que vienen a completar la protección de dichos sucesores forzosos, denominados *legitimarios* a partir de esta etapa, a la vez que a delimitar el ámbito de aplicabilidad de las acciones de épocas anteriores. Aunque la libertad dispositiva del testador es fundamento de la regulación sucesoria, en esta época se desarrolla, en gran medida, la protección de los parientes de aquél. La sucesión necesaria, tanto formal como sustantiva, se detalla con una profundidad sin precedentes.

---

<sup>627</sup> El último periodo de la historia de Roma, y el que da fin al Imperio, es conocido como el Dominado, pues el emperador se concibe como *dominus*, en toda la dimensión de este título. Se trata de una época totalmente distinta a la anterior, y, más diversa aún, si es comparada con la etapa preclásica, tanto en lo relativo al régimen político –una monarquía absoluta sin apariencia alguna de república– como en su ámbito social, cultural y religioso. A finales del siglo III, tras la gran crisis que tiene lugar durante el final del Principado<sup>627</sup>, los ejércitos nombran emperador a Cayo Valerio Diocleciano, que pronto deviene dueño absoluto de todo el Imperio. Hace frente, desde sus inicios, a disputas externas e internas y lleva a cabo una serie de reformas en la organización imperial. Sobre cómo esta contextualización afecta al desarrollo del derecho romano, FERNÁNDEZ UBIÑA, José: *La crisis del...*, cit., pp. 17- 33, y CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 185 y ss.

<sup>628</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel: *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 97 y ss., analiza el papel de Justiniano en la formación de una nueva vida jurídica romana y de la gestión de sus fuentes del Derecho.

<sup>629</sup> IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho romano. Instituciones...*, cit., pp. 53 y ss.

En lo relativo a la desheredación, es la promulgación de la Novela 115 la que favorece una amplia reforma del sistema de sucesión necesaria formal que sirve de base para el posterior *ius commune*: por primera vez, se tasan las causas de desheredación<sup>630</sup>. Son catorce para los descendientes y ocho para los ascendientes, entre ellas, la ofensa grave y deshonrosa al causante, el atentado en su contra, la injuria contra el testador, el abandono del enfermo, la acusación criminal o la falta de rescate en caso de cautividad<sup>631</sup>. Además de estos motivos de *exheredatio*, se admite, también, por vez primera, la desheredación denominada *bona mente*. Esta privación se fundamenta en la desconfianza del testador hacia la persona llamada a convertirse en curador de su *heres*: se deshereda al legítimo heredero y se permite nombrar, en su lugar, a otra persona de confianza, delegando en ésta el cuidado del enfermo<sup>632</sup>.

De la evolución que muestra la desheredación en el Derecho romano puede sostenerse, por tanto, que, aunque su origen se encuentra en la limitación formal impuesta por el *ius civile* al *de cuius* de no olvidar a los *sui heredes* en la confección de su testamento, la institución causal que hoy en día está presente en los ordenamientos más modernos, responde, sin duda, a la configuración de la desheredación en el Derecho romano postclásico. De hecho, tal y como se ha adelantado, es, precisamente, este formato causal el que posteriormente fundamenta la desheredación del ordenamiento castellano y el que tiñe, ligeramente, ciertos sistemas jurídicos de la órbita pirenaica.

---

<sup>630</sup> Las aportaciones de esta Novela van más allá de este hito de la desheredación. Por un lado, se determina que la institución de heredero pueda ser atribuida por cualquier título sucesorio, aun cuando resulta necesaria la obligación de disponer una mínima porción en calidad de heredero. No desaparece del todo dicha obligación primigenia. La legítima se entiende como *pars* o *quota bonorum*, pues los legitimarios pueden obtener su *porcio debita* por cualquier título, bien en calidad de herederos o como legatarios, donatarios o fideicomisarios. En este sentido el autor WINDSCHEID, Bernhard: *Diritto delle Pandette*, cit., p. 274, realiza un resumen de estas tres aportaciones, definiendo con sumo detalle sus innovaciones al Derecho romano. También apoya esta línea, POLO ARÉVALO, Eva María: "Concepto y naturaleza...", cit., pp. 336 y ss.

<sup>631</sup> D'ÓRS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, cit., p. 353.

<sup>632</sup> A este respecto, entre otros, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: "Preterición formal y material y nulidad de la institución", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pp. 318 y ss., VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Madrid, 1982, pp. 454 y ss., BONFANTE, Pietro: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979, p. 649.

Comenzando con el análisis del primero, se constata que, en el marco del Derecho peninsular anterior al denominado Derecho castellano, no se realizan grandes alteraciones al sistema causal de la desheredación. Conviene recordar en este punto que, el Derecho visigodo, en su interés por aunar los principios rectores de los ordenamientos germánicos con la visión romana de la sucesión, no hace sino reiterar que no es posible la desheredación arbitraria de los descendientes. Cabe destacar que esta Ley visigótica<sup>633</sup>, la más significativa de la etapa – la *Lex Dum Inlicita* de Chindasvinto-, es anterior a la etapa justiniana y que, por tanto, convive con una regulación sucesoria romana en la que se contempla una libertad absoluta de disponer *mortis causa*. En este sentido, la Ley visigoda comienza por acotar la libertad que el Derecho romano concede al causante a la hora de desheredar a sus sucesores<sup>634</sup> para, después, hacer suyas las ‘causas’ romanas<sup>635</sup>.

Pareja regulación de la desheredación se observa, también, en los primeros albores del Derecho territorial castellano. El Fuero Juzgo, una obra más destacable por su propósito de superar los localismos del territorio peninsular que por su contenido, mantiene impertérrita la regulación de la visigoda *Lex Dum Inlicita*. De ahí que, en su Título IV, bajo la rúbrica ‘de los bienes pertenecientes por naturaleza’, subraye que “*padres y abuelos no puedan disponer de sus bienes, desheredar á los hijos y nietos, ni mejorar á alguno de estos en mas que el tercio; pero á falta de ellos puedan darlos todos á hombre extraño*”. La propia Ley dispone que se deroguen las antiguas normas que permiten la libre disposición de los bienes y que tan solo la desheredación con justa causa sea motivo para “*perder la herencia*”<sup>636</sup>.

---

<sup>633</sup> Para mayor profundización del derecho visigodo de la época, véase LALINDE ABADÍA, Jesús: “La sucesión filial...”, cit., pp. 114 y ss. como en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 101 y ss.

<sup>634</sup> En este punto resulta interesante traer a colación el debate doctrinal que trata PASCUAL QUINTANA, José Manuel: “La desheredación en...”, cit., pp. 227-343, sobre si la figura de la desheredación era conocida para el derecho germano. Concluye que, si bien la *exhereditio* estaba presente en el derecho visigodo, previo al romano, esta institución no tenía “la profundidad y desarrollo que lograra el del Derecho romano, es tratada rudimentariamente, siguiendo el sistema del Derecho germánico, fundado principalmente en el respeto a la familia y al poder que el jefe ejerce sobre la misma”.

<sup>635</sup> DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 26, hace hincapié en el contraste entre ambos pueblos, entre el pueblo romano, más culto y desarrollado y el germánico, anclado a sus costumbres y ritos, en el proceso de asimilación que este dato supone de cara al sistema germánico.

<sup>636</sup> Respecto al valor de este fuero unificador ALONSO MARTÍN, María Luz: “La perduración del...”, cit., pp. 335-377.

Esta regulación continuista de la desheredación, que sigue rigiendo tanto en la etapa visigoda como en los Fueros castellanos, evoluciona, también, con la promulgación de las Partidas<sup>637</sup>. En realidad, la Sexta Partida, destinada a la sucesión por causa de muerte, no opta por establecer una perspectiva completamente diversa a la de los textos anteriores y aunque mantiene la configuración causal de la desheredación justiniana, introduce alguna singularidad propia. Primeramente, a diferencia de las normas que le preceden, la Ley 1 del Capítulo 7, establece una suerte de definición para la desheredación al indicar que “*desheredar es cosa que quita a hombre el derecho que tenia de heredar los bienes de su padre o de su abuelo o de otro cualquiera que le toque de parentesco*”.

Esta disparidad, ciertamente, aunque no suponga una alteración esencial, permite entrever la intención del legislador de eliminar toda duda sobre la naturaleza de la institución y de recalcar su independencia respecto de otras figuras como puede ser la preterición. Tampoco se liga la desheredación con la falta de libertad dispositiva, como ocurre en el Fuero Juzgo, por lo que la regulación de la *exhereditio* recibe un espacio propio en la norma. Por otro lado, la Sexta Partida también introduce innovaciones en el contenido, y previene, explícitamente, que toda desheredación sin causa, o causa injusta, deviene nula, siempre que haga referencia a descendientes o ascendientes del *de cuius*. Adiciona a esta idea que, en lo relativo a descendientes menores de diez años y medio, toda exclusión manifiesta conserva los mismos efectos de nulidad, pues estos sucesores forzosos no pueden ser objeto de desheredación<sup>638</sup>.

---

En cuanto al contenido sucesorio del Fuero Juzgo, MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: *La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 2010, p. 41, y ALCALDE PRIETO, Domingo: *Introducción al Derecho Civil Español*, Valladolid, 1889, pág. 119, que señala las coincidencias con el derecho Justiniano.

<sup>637</sup> En este punto cabe destacar la importante labor legislativa de Alfonso X, analizada por IGLESIAS FERREIROS, Aquilino, en obras como “Alfonso X el sabio y su obra legislativa: algunas reflexiones”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 50, 1980, pp. 531-562, o “Alfonso X, su labor legislativa y los historiadores”, *Historia, Instituciones Documentos*, núm. 9, 1982, pp. 9-112.

<sup>638</sup> En este sentido, exhaustivo análisis presenta, REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en el Código civil*, Reus, Madrid, 2016, pp. 15 y ss.

Pero sus novedades no se limitan a los efectos mencionados, pues también marca distancia la Sexta Partida con el Derecho romano en cuanto a las causas previstas para la desheredación: además de introducir cambios en el contenido, fija un número menor de causas para la *exheredatio* de los ascendientes. La Sexta Partida imprime un corte moral a las causas de desheredación, sumando a las clásicas causas referentes a los daños, vejaciones y atentados contra el causante, otro repertorio relacionado con la moral cristiana y el respeto debido a los progenitores<sup>639</sup>. Por este motivo, precisamente, se observa que las causas de desheredación previstas para los ascendientes disminuyen en número, pues para estos últimos las causas relacionadas con deshonorar al causante, por diversos motivos, no resultan aplicables.

Parece que la Ley trata de expresar que los ascendientes no tienen carga moral respecto a sus descendientes, o al menos, que dicha deshonra, en línea descendente, no es motivo de punición<sup>640</sup>. Por último, y en este caso endureciendo las anteriores regulaciones, la Sexta Partida impone al testador la obligatoriedad de probar la justa causa de la desheredación, algo insólito en el Derecho romano. De acuerdo a la norma “*á menos de probarla él mismo o aquellos que estableció por sus herederos*”, la carga de la prueba de la causa justa, por lo tanto, recae sobre los sucesores en los supuestos en los que el testador no lo haya podido dejar probado<sup>641</sup>.

Aun con todo, estas alteraciones no suponen un distanciamiento real de la visión justiniana de la desheredación y, posiblemente, por esta razón, la etapa codificadora española<sup>642</sup> no

---

<sup>639</sup> En cuanto a las causas de desheredar que aparecen en las leyes 4 a 10, se repite casi en su integridad la casuística establecida en la Novela 115 de Justiniano, tal y como indica PASCUAL QUINTANA, José Manuel: “La desheredación en...”, cit. p. 330. Así, para apreciar la enorme influencia del derecho romano basta observar cual es la definición que la Ley 10, Título VII, Partida Sexta realiza de la preterición: *Praeteritio, en latín, tanto quiere dezir en romance, como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo el testador mención en el testamento, de los que auian de heredar lo suyo por derecho*. Seguidamente, de acuerdo al Derecho romano, señala el modo de incurrir en vicio de preterición: *E esto seria, como si el padre establiesse algund extraño, u otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredándolo, nin desheredándolo*. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: La preterición en..., cit., p. 49.

<sup>640</sup> NOLASCO BLANCO, Pedro: *Examen histórico-filosófico de la legislación española*, Madrid, 1846, p. 487.

<sup>641</sup> REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en...*, cit., p. 17.

<sup>642</sup> Datando el inicio del proceso de codificación en las Cortes de Cádiz, en el año 1811, se acuerda, por vez primera, codificar, con la mayor celeridad, las ramas más importantes y significativas del Derecho. Así, en



continúa la senda marcada por el *Code* napoleónico –que reniega de esta institución- y apuesta por mantener impertérrita la *exhereditio*. En este sentido, el Proyecto de 1851<sup>643</sup> establece una desheredación causal en la que una de las pocas novedades es la validez de las mandas y mejoras que no perjudiquen la legítima, para los supuestos de desheredación injusta. Al margen de esta pequeña alteración, pocas novedades se introducen en su regulación. En un mismo artículo, el 640, el Proyecto entremezcla la definición de la legítima y la de la desheredación, ordenando que “*llámanse herederos forzosos aquellos á quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima*”. Por lo tanto, a diferencia del texto de la Partidas, no existe una definición propia de la *exhereditio*, y los artículos 666 y siguientes del Proyecto dan por sentada su naturaleza al regular sus causas y efectos.

Así, como bien deja entrever GARCÍA GOYENA, el quid de la desheredación radica en la causa, y por ello, precisamente, “*el heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas en la ley, y no por otras, aunque sean de igual ú mayor gravedad*”. En el proyecto de 1851, causa y prueba conforman el binomio de la desheredación, pues tal y como se recoge en su redacción, sólo se puede excluir a alguien de la herencia bajo unas determinadas causas probadas incluidas dentro del apartado dedicado a la desheredación<sup>644</sup>. Finalmente, el Anteproyecto de Código Civil de 1888 bebe de este

---

1813, tras la promulgación de la Constitución que recoge tal mandato, se crea una comisión de renombrados juristas para que redacten los códigos civil y penal. Los trabajos de este comité no llegan a ver la luz, pues las alternancias de poder y caída del sistema constitucional, suponen la paralización de las pretensiones codificadoras que le son inherentes. Idéntica fortuna le depara la constante variación del régimen a la posterior comisión nombrada en 1821, por lo que el designio codificador sobrevive gracias al auxilio de iniciativas particulares. No es hasta el año 1839 cuando se reanuda el proyecto codificador, que, tras fijar las bases generales y consumir bosquejos del ámbito penal, concluye su propuesta de codificación civil el 8 de mayo de 1851. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil...*, cit., pp. 22 y ss.

<sup>643</sup> En lo relativo a la materia sucesoria, el Proyecto de Ley de 1851 marca un antes y un después del sistema sucesorio común. Considera la sucesión hereditaria, que puede ser testada o intestada, como uno de los modos de adquirir la propiedad y, guardando fidelidad a la legislación de Castilla, estima compatible ambas sucesiones. En el mismo sentido, y alejándose del *Code* francés, mantiene la legítima de los descendientes en cuatro quintos, que se reduce a dos tercios con la existencia de un único legitimario. También se sanciona la mejora, existente en el ordenamiento castellano, con tenuous posibles variaciones: se permite conceder al mejorado el doble de lo que le corresponde por legítima y otorgar el usufructo al cónyuge supérstite. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil...*, cit., p. 34, y DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: *El pacto de...*, cit., p. 54

<sup>644</sup> Establece el artículo 671 del Proyecto que, “Todas las causas de indignidad para suceder lo son también respectivamente de desheredación”. Justifica esta decisión GARCÍA GOYENA (en *Concordancias, motivos...*,

último proyecto y guarda, en sus artículos 834 y siguientes, la esencia de la desheredación regulada hasta el momento. Esta conexión e inclinación no es casual, pues la propia Ley de Bases 15<sup>a</sup> establece “*la necesidad de mantener en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos*”, por lo que, como se verá más adelante, la regulación y redacción de la desheredación en el actual Código civil permanece casi intacta<sup>645</sup>.

La evolución de la institución de la desheredación en el Derecho vizcaíno, y, en consecuencia, su plasmación en el actual ordenamiento civil vasco, discurre, en cambio, de manera distinta<sup>646</sup>. Al tratarse de un sistema cobijado bajo el paraguas del Derecho pirenaico,

---

cit., pp. 114-115) de la siguiente manera: “¿Lo que hace indigno á un extraño no bastará para desheredar á un descendiente ó ascendiente, cuyos vínculos son tan estrechos, y tan sagradas las obligaciones? Por esto es que el padre puede desheredar al hijo por causa que no hacen indigno á un extraño”. Las causas propias de desheredación con respecto a los hijos son (art. 672): 1º Negar alimentos a los padres. 2º El maltrato físico o verbal. 3º El matrimonio sin consentimiento del padre. La regla general es que antes de los veintitrés años el varón y de veinte años la mujer, deben tener la autorización paterna para contraer nupcias (arts. 51 y 52). 4º Dedicarse a la prostitución. 5º La condena por un delito penado con la interdicción civil. Los supuestos de desheredación con respecto a los ascendientes son tres (art. 674): 1º La pérdida de la patria potestad (art. 161). 2º Negar alimentos. 3º Cuando alguno de los progenitores atentó contra el otro cónyuge y no se produjo en ningún momento la reconciliación. Los supuestos de indignidad válidos para desheredar, se regulan en el art. 617: 1º El condenado por atentar contra la vida del causante, contra su cónyuge o su ascendiente, aunque solo fuese en grado de tentativa. 2º El heredero mayor de edad que en el plazo de un mes no denuncie la muerte del causante, si con anterioridad no ha procedido el Ministerio Fiscal de oficio. 3º El que acusó o denunció al causante, atribuyéndole un delito que lleva aparejada la pena de muerte o de cadena perpetua. 4º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del finado. 5º El que no cuidó o entregó a un establecimiento público al difunto, hallándose éste en estado de locura o demencia. 6º El que perturbó con alguna artimaña o por medio de amenazas la libertad testamentaria del causante.

<sup>645</sup> REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en...*, cit., p. 19.

<sup>646</sup> Recordando aspectos del primer capítulo, para adentrarse en el análisis histórico del Derecho de las provincias vascas hemos de tener en cuenta una suerte de hechos pre-jurídicos que esclarecen cómo llegan a plasmarse, por escrito, los sistemas normativos de estas tierras y, por ende, el motivo por el que divergen entre ellas. En un proceso datado entre los siglos IX y XIII tiene lugar una lucha entre los reinos de Navarra y Castilla para fijar quién ostenta el dominio sobre los tres territorios vascos. Esta pertenencia intermitente que dura, en el tiempo, hasta el siglo XIII, cuando las tres provincias se incorporan, definitivamente, a la Corona de Castilla, provoca, dentro del ámbito político-territorial de cada uno de los tres enclaves, un régimen jurídico propio y específico del lugar, diferenciado del vigente en el Reino dominante.

En este sentido, el poder de los monarcas sobre Alava, Gipuzkoa y Bizkaia, se limita a las zonas de mayor población, las villas; en las que, mediante concesiones y privilegios recogidos en fueros municipales, se introduce el sistema normativo de los reinos. Sin embargo, el influjo del Derecho real no llega a abarcar la totalidad de los territorios, y, en consecuencia, en las provincias coexisten tres tipos de normas: por un lado, los privilegios de ámbito municipal; por otro, las costumbres y tradiciones no escritas, pero con arraigo en los territorios; y, finalmente, las primeras normas emanadas por órganos propios, que tratan de contrarrestar el poder de la monarquía y el ordenamiento castellano. Precisamente, la evolución de estas dos últimas fuentes, la proveniente de la costumbre y la brotada del poder legislativo, es la que toma un camino distinto en cada uno de los tres territorios, lo que nos conduce a una exposición triangular. Así lo apunta, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia...*, cit., pp. 249-253.

apuesta por la elección de un único *heres* que suceda al causante en la jefatura del patrimonio familiar en aras a mantenerlo íntegro e indiviso generación tras generación<sup>647</sup>. Para tal fin, el ordenamiento vizcaino dota al causante de variados y conexos cauces para facilitar la ordenación de dicha cadena sucesoria. La desheredación o la exclusión plena de sucesores forzosos no está expresamente regulada en los fueros o leyes del territorio.

La limitación formal impuesta al causante a la hora de ordenar la sucesión no se materializa en el nombramiento *per se* de todos los sucesores forzosos, sino en la elección del beneficiado: el causante elige al sucesor de la casa familiar apartando al resto de sucesores, para garantizar la integridad y la indivisibilidad del patrimonio<sup>648</sup>. Apartamiento y desheredación son instituciones que se entremezclan en el Derecho vasco; o, mejor dicho, el apartamiento suple, en muchas ocasiones, la necesidad de realizar la exclusión plena de ciertos sucesores forzosos. Tanto es así que el legislador vizcaíno y, después el vasco, optan, a lo largo de las diferentes etapas normativas, por omitir toda referencia a la desheredación<sup>649</sup>.

Ya en el Fuero Viejo<sup>650</sup> de 1452 se observa que la única referencia a la desheredación la recoge el capítulo 116: “*Otrosi estableciron e hordenaron que si aquel o aquella fijo o fija a*

---

<sup>647</sup> LAFOURCADE, Maité: “Prologo”, cit., p. 11: “Asentados en los Pirineos y sus llanuras desde la más alta antigüedad, los vascos se han organizado espontáneamente a partir de la familia, que es el núcleo de base de toda sociedad primitiva. Elaboraron reglas de derecho en función de sus necesidades y de sus tendencias profundas, alejados de toda orientación sistemática. Sin embargo, en las siete provincias vascas actuales, que formaron una unidad política únicamente en un corto período de tiempo, al principio del siglo XI, encontramos, bajo el Antiguo Régimen, el mismo sistema jurídico, muy distinto del que estaba en vigor en las provincias aledañas. Incluso después de su integración en dos Estados distintos, los vascos resistieron a la influencia de los juristas y del derecho romano que en todos los demás lugares modificó profundamente la tradición jurídica popular. El derecho vasco no ha sido romanizado, y eso es lo que hace su particularidad. Lo que le caracteriza es su antigüedad y su permanencia a través de los siglos sin modificación profunda. Sin embargo, no se trata de un derecho arcaico e inamovible. Haciendo prueba de una gran facultad de adaptación, los vascos adoptaron conceptos extranjeros, conservando al mismo tiempo los principios fundamentales de su organización social, sobre todo en lo que respeta a la familia y su patrimonio”.

<sup>648</sup> A este respecto indica AREITIO Y MENDIOLEA, Darío: *El Fuero, Privilegios...*, cit., p. 21, que “las leyes civiles del Fuero obedecen y están subordinadas a principios fundamentales en el desenvolvimiento de la vida jurídica familiar en Vizcaya, que todo lo supedita a la conservación de la casería”.

<sup>649</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., pp. 180 y ss.

<sup>650</sup> Sobre el origen de los Fueros, acertadamente, resume IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 35 y 36, que “esta progresiva tensión entre ambos bloques territoriales y la consiguiente desigualdad sufrida por el infanzonado vizcaíno desembocan, finalmente, en la búsqueda de un cierto equilibrio jurídico, (...). Con acierto se ha afirmado, pues, que es la foralidad urbana de las villas la que incide en la creación del Derecho vizcaíno o de la Tierra Llana.

*quien por el padre o por la madre fueron dados aquellos bienes en la manera sobredicha, feriere con sus manos yradas al padre o a la madre que asi le dio sus bienes, seyendo probado con buenos testigos e de buena fama, que el tal desgradeciente pierda los bienes que asi le fueron dados e fermados seyendole demandado e probado por buena uerdad, dentro de anno e dia, e si dentro de el anno e dia non querellare e probare o después que asi lo feriere, le fablare o comiere o bebiere con el en una mesa, que dende en adelante no pueda querellar, ni el fijo pierda los tales bienes o herencia que auia o le fueron dados; pero si el padre o la madre querellaren por otra alguna ungratitud o yinguria que dixiere que le fizo, por tal razón no le pueda desheredar de los bienes que le vbiere dado y uala la tal dacio e fermadumbre que asi le fuere fecho”.*

Lejos de regular el supuesto de exclusión plena, de sanción, el precepto discute el supuesto de revocación de un nombramiento efectuado en virtud de un pacto sucesorio. En la norma existe una doble incorrecta calificación que confunde, por un lado, donación y pacto sucesorio, y por el otro, revocación y desheredación. En este sentido, el capítulo 116 hace referencia a las revocaciones de las transmisiones de bienes raíces que se han efectuado de acuerdo al capítulo 113, mediante ‘las donaciones fechas en vida’. Así, la norma tan solo pretende regular el supuesto en el que, tras un pacto sucesorio con transmisión de presente, la causa para la revocación del nombramiento sucesorio es el maltrato físico del instituido heredero a los progenitores instituyentes<sup>651</sup>. Más allá de esta circunstancia, la ‘donación’, esto es, la institución hereditaria paccionada, es irrevocable: la única causa prevista para llevar a cabo esta ‘desheredación’ no es otra que la de herir con sus manos al progenitor, con la estricta prevención de que no podrá alegarse ninguna otra conducta injuriosa o ingrata para promover dicha revocación de lo dado a cuenta del nombramiento.

---

Queda reflejada, de esta manera, la diferente configuración de cada uno de los tipos de fuero. Mientras los fueros de francos son concedidos por reyes y señores, inicialmente, al objeto de articular zonas francas, privilegiadas o exentas (...) los fueros que emanan de la comunidad articulan todo un sistema jurídico sobre el que vertebran una sociedad rural, expresando, fielmente, el Derecho recibido de sus antepasados”. Sobre esta idea véase, GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando, y MONTERO, Manuel: *Historia de Vizcaya*, tomo I, *Los orígenes, la Edad Media y el Antiguo Régimen*, San Sebastián, 1980, p. 69.

<sup>651</sup> Esta corrección se detalla por parte de IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., pp. 73 y ss., al indicar que “el modus operandi de estas fórmulas donacionales excede, con creces, el significado literal que entraña la figura de la donación, toda vez que aquéllas están dirigidas a procurar el traspaso generacional del haber familiar por vía sucesoria”.

Así, parece que en el Fuero Viejo la libertad distributiva que se otorga a todo *de cuius* se considera instrumento suficiente para sancionar cualquier atentado moral o físico contra la persona del causante, dejando en manos de éste el extrañamiento del pariente ofensor. Por este motivo, precisamente, debe subrayarse que el Fuero viejo no regula, en ningún caso, la desheredación, o la exclusión plena del sucesor forzoso. Mismo trato, y pareja redacción, prevé el Fuero Nuevo de 1526<sup>652</sup>, en su Ley XXII, título XXXIV, para la institución de la desheredación: vuelve a errar al confundir la revocación del nombramiento contenido en pacto sucesorio con una posible exclusión plena de la sucesión, y en este sentido, omite su posible regulación<sup>653</sup>.

Los textos posteriores<sup>654</sup> tampoco regulan la desheredación en el Derecho civil vizcaíno, y la única referencia que puede encontrarse es un breve precepto del Proyecto de Apéndice de 1900, recogido en el artículo 73 y que establece lo siguiente: “*También tendrá el donante derecho de anular la donación de bienes raíces si el donatario incurre en causa de desheredación con arreglo al Código civil, a no ser que hubiese mediado perdón*”. Esta redacción parece permanecer hasta el Informe de 1929 del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao sobre el Proyecto de Apéndice de 1900, pues en su artículo 66 recoge una fiel copia del proyecto en cuestión. En cualquier caso, al margen de ese pequeño apunte que queda para la posteridad, en ambos casos se vuelve a cometer el error previo de confundir instituciones,

---

<sup>652</sup> Sobre el proceso de reforma hacia este fuero, CELAYA IBARRA, Adrián: “La reforma de 1506. Un documento clave en nuestra historia foral”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria*, 2005, núm. 5, pp. 13-30.

<sup>653</sup> Concluye GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., p. 474, que la modificación del Fuero “se aprovecha para propiciar su aproximación al ordenamiento castellano vigente en las villas: en primer lugar, porque explícitamente se asume su aplicación de este último Derecho supletorio en el ámbito geográfico de la Tierra Llana, y, en segundo, porque la incidencia de aquel sistema jurídico, sin detenerse en esa asunción, alcanza a la misma configuración de los institutos que ya regulara el Fuero de 1452 y supone la incorporación de otros desconocidos por éste”. Sobre el trasfondo de esta asimilación del Derecho, IMAZ ZUBIAUR, Leire: *La sucesión paccionada...*, cit., p. 41, explica la trascendencia de los juristas que redactan el Fuero Nuevo, pues en su redacción “intervienen, como se ha dicho, juristas formados en las Universidades castellanas, lo que hace palpable, atendidos sus conocimientos del Derecho común romano-canónico (incorporado al Derecho castellano a través de Las Partidas) y de las Leyes de Toro de 1505, la notable influencia, no meramente formal, que dichos ordenamientos jurídicos ejercen sobre el *nuevo* texto vizcaíno”.

<sup>654</sup> Sobre el proyecto de codificación seguido en el País Vasco, véase, URRUTIA BADIOLA, Andres: “Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria*, 2005, núm. 6, pp. 79-82.

con una pequeña diferenciación, y es que, por primera vez, se establece una remisión directa y dinámica a las causas de desheredación del Código civil.

La promulgación de la Ley 3/1992 no aprovecha la oportunidad de establecer una regulación propia de la desheredación, ni tampoco fija una remisión que adecúe el contenido de la *exhereditio* del Código civil a la norma vasca<sup>655</sup>. La única mención de la institución se encuentra en el artículo 135, al considerar “*apartamiento tácito la preterición intencional y la desheredación justa o injusta*”. Es decir, la única mención de la desheredación no es más que una incorrecta equiparación entre el apartamiento y la exclusión plena. Sin embargo, no puede obviarse que ambas figuras no responden a las mismas necesidades y que, por su naturaleza, son instituciones completamente diferentes.

Si el apartamiento responde a una necesidad de elección, de distribuir libremente, la desheredación, como se verá más adelante, responde a una intención de sancionar a un sucesor forzoso, que en consecuencia pierde todos sus derechos sucesorios. Este mismo error se reproduce con la vigente LDCV<sup>656</sup>, que vuelve a confundir los diferentes cauces de exclusión y omite una regulación plena de la desheredación que podría haber construido.

---

<sup>655</sup> En palabras de GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: *Legítima y Troncalidad...*, cit., p. 403, examinar la desheredación en la LDCFPV “requiere, previamente, justificar la efectiva aplicación de dicho instituto en el ordenamiento de la Tierra Llana y la consiguiente vigencia (supletoria), a falta de régimen foral específico, de la disciplina establecida en los arts. 848 y siguientes del Código Civil”.

<sup>656</sup> En este punto resulta interesante analizar el camino que sí han seguido adelante otros derechos pirenaicos o mediterráneos, que, a diferencia del derecho vasco, regulan la institución de la desheredación en sus normas vigentes.

A diferencia del ordenamiento vizcaíno, el **ordenamiento aragonés** si ha regulado históricamente la institución de la desheredación, o al menos la de sus efectos. Y es que, si bien la desheredación es regulada en algunos Fueros previos de forma más extensa, el Apéndice Foral, solo presupone su existencia al referir los efectos de la que “no tenga causa legítima” o hecha “injustamente” (art. 32); ni la regula la posterior Compilación que también alude a la “injusta desheredación de todos los legitimarios” (art. 122) y al “descendiente injustamente desheredado” (art. 123). En ambos casos se distingue la desheredación injusta de todos o sólo de alguno o algunos de los herederos forzosos, y de equiparar los efectos de la preterición intencional y de la desheredación injusta, en caso de ser total, y de ser singular, sin hacer distinción entre los de ambos casos de preterición y los de la desheredación injusta. Así, el artículo 122 señala como efecto de la desheredación injusta de todos los legitimarios “la delación abintestato de dos tercios del caudal”, mientras que el artículo 123, para la desheredación injusta de alguno de los legitimarios dispone que éste “tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador”. Sin embargo, el Código de Derecho foral de Aragón, ha apostado por regular íntegramente, en sus artículos 509 y siguientes, la desheredación de forma plena, causas y efectos incluidos. Resulta interesante en este aspecto, subrayar el artículo 512 sobre la exclusión voluntaria de descendientes, en el que se diferencia la desheredación de la exclusión: “1. El disponente puede excluir a los legitimarios de grado preferente, aunque no concurren los requisitos del artículo 509 y aun sin alegación de

### III. LA NATURALEZA JURÍDICA

El Código civil, al igual que su Anteproyecto, no establece una definición completa de la desheredación, y aunque en su Libro tercero, título tercero, capítulo segundo, sección novena, *de la desheredación*, si prevé una regulación específica para la figura, en su articulado no puede encontrarse una delimitación conceptual<sup>657</sup>. Por este motivo, todo análisis sobre la *exhereditio* debe tomar como punto de arranque una disposición legal previa, ya que es el artículo 813 del Código civil, al regular la legítima, el que determina que “*el testador no*

---

causa alguna. 2. Los legitimarios excluidos no tienen otros derechos que el que pueda corresponderles a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma, y los que les correspondan en la sucesión legal, salvo lo dispuesto en los dos artículos siguientes.” De esta manera, mientras que los desheredados pierden toda condición de legitimarios y sus respectivos derechos sucesorios, los excluidos o injustamente desheredados tienen derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros. En este sentido, PARRA LUCÁN, María Ángeles y BARRIO GALLARDO, Aurelio: “La legítima en...”, cit., pp. 359 y ss., y SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., pp. 67 y ss.

Otro ordenamiento, situado entre los sistemas sucesorios de corte pirenaico, que regula la desheredación es el **ordenamiento gallego**. En la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, encontramos, también, referencia a la figura de la desheredación, aunque de forma sucinta en sus artículos 262 y siguientes. En ellos, no consta una diferenciación de gran calado respecto al establecido en el Código civil, al margen de un plazo de caducidad para las acciones de desheredación injusta. Así, DOMINGO BELLO, Janeiro: “Los pactos sucesorios en el derecho civil gallego”, *Galicia: Derecho*, vol. 50, 2006, pp. 184-229, y GARCÍA RUBIO, María Paz: “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *Anuario de derecho civil*, núm. 4, 2000, pp. 1397-1482.

Finalmente, también debemos referenciar la regulación que ha tenido la desheredación en el **ordenamiento catalán**. En los Usatjes trataron la *exhereditio* y sus disposiciones fueron complementadas con las disposiciones de Derecho romano, en especial los cap. III y cap. IV de la Novela CXV. Sin embargo, las normas relativas a los requisitos de la desheredación son semejantes en Castilla y en Cataluña, pues tanto la fuente inspiradora como el Derecho supletorio son los mismos, es decir, las normas del Derecho romano. No es de extrañar, por ello, que la Compilación catalana no regule la desheredación y que sólo contenga respecto de esta alguna que otra singularidad. Pero con la entrada en vigor de Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, el ordenamiento catalán cuenta con una nueva regulación de la institución de la desheredación, con marcadas diferencias respecto a la establecida en el Código civil, entre otras, y como más adelante se fijará, respecto a las causas tasadas. Véase, ROFES SECORUM, Juan Ramón: “Las causas de desheredación en el Código civil de Cataluña”, *Lo Canyeret*, núm. 70, 2011, pp. 17-29, y VAQUER ALOY, Antoni: “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, 40 pp.

<sup>657</sup> Antes de entrar a analizar los pormenores de la desheredación, conviene diferenciar esta figura de la indignidad. Pues tal y como señalan LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de sucesiones* II, Bosch, Barcelona, 1973, pp. 190 y 191, “en el derecho español vigente la distinción subsiste: las causas no son exactamente las mismas; la indignidad puede recaer sobre cualquier heredero, mientras la desheredación, por su propio concepto, se refiere a los legitimarios; la una supone la incapacidad para retener beneficios mortis causa, mientras que la otra priva anticipadamente de cualquier beneficio atribuido por la ley o por anterior testamento, amén de la pretensión de legítima a la que especialmente se dirige; la una opera en cualquier tipo de sucesión (si no es perdonada expresa o tácitamente) por su sola presencia y sin necesidad de que sea conocida del causante; mientras la otra sólo si es expresamente dispuesta, y sólo en testamento”.

*podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*". Y este es, precisamente, el enunciado que acredita la existencia de la desheredación, pues de forma expresa la norma anuncia la facultad del *de cuius* de privar, en algunos supuestos tasados, a las personas legitimarias de sus derechos sucesorios<sup>658</sup>.

Ciertamente, el elemento causal de la desheredación lo recoge el primer artículo de la sección pertinente a la figura, el artículo 848, que tan sólo le otorga eficacia en caso de "*tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley*". Como se ha indicado, los elementos que marcan la naturaleza jurídica de la desheredación, y, por lo tanto, facilitan conceptualizar la figura, se han de deducir de la sección correspondiente a la legítima, eso sí, desde un prisma que también atiende a su regulación específica<sup>659</sup>. Tres son los aspectos que se analizan en la desheredación: su carácter de mecanismo de privación de derechos sucesorios, la necesidad de voluntad expresa del causante y su naturaleza causal.

---

<sup>658</sup> No debemos caer en el error de confundir la desheredación de las personas legitimarias con la desheredación impropia, que se correspondería con la exclusión vía testamento de los herederos legales o *ab intestato*. En palabras de REPRESA POLO, M<sup>a</sup> Patricia: *La desheredación en...*, cit., pp. 23 y ss.: "Técnicamente, como veremos, no podemos hablar de desheredación porque esta institución tiene conexión directa y exclusiva con las legítimas, pero por tener finalidad común, excluir el llamamiento legal, nos referimos en este trabajo a la exclusión ordenada en testamento de los herederos legales. La diferencia entre ambas instituciones se aprecia, perfectamente, en el Derecho foral aragonés, que regula tanto la desheredación como la exclusión de los herederos intestados". En el ordenamiento catalán ambas figuras se regulan de forma independiente, y el artículo 423-10 del Libro cuarto de CCCat. establece que "*1. Si el causante excluye en testamento determinadas personas llamadas a la sucesión intestada, la herencia se defiere a los llamados a suceder de acuerdo con las normas de la sucesión intestada que no hayan sido excluidos por el testador. 2. La exclusión de un sucesor que tiene la condición de legitimario deja subsistente su derecho a reclamar la legítima*".

<sup>659</sup> Por parte de SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, Alberto: "Elogio a la desheredación", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 29, 2011, pp. 544 y ss., se esboza la idea de que los autores al tratar "la desheredación (tanto en Manuales como en monografías) afirmando de ella una serie de características que se repiten una y otra vez, hasta el punto de que bien podría hablarse de una «desheredación de modelo único» o «de tipo fijo». Estas características son las siguientes:

- 1.º Debe ordenarse en testamento.
- 2.º Debe ser expresa.
- 3.º Debe ser nominativa.
- 4.º Debe fundarse en una causa.
- 5.º Debe ser una de las fijadas legalmente.
- 6.º Debe interpretarse restrictivamente".

A pesar de estar de acuerdo con esa serie de características, en el presente apartado se acudirá a otras que reflejan de forma más clara la naturaleza jurídica de la desheredación.



En una primera aproximación, la desheredación puede llegar a definirse como la privación al legitimario del contenido patrimonial inherente a la legítima<sup>660</sup>. No puede negarse que la figura de la *exheredatio* sea una excepción legal de la intangibilidad de la legítima; uno de los pocos supuestos en los que el ordenamiento rompe con el rígido sistema legitimario y permite al causante denegar los derechos legitimarios de los sucesores forzosos bajo determinadas causas legales<sup>661</sup>. Pero cabe incluso aventurarse más allá, y sugerir que la desheredación es, a su vez, una privación de la condición de sucesor forzoso, es decir, una exclusión total de la persona legitimaria de la sucesión del causante<sup>662</sup>.

Y es que, la persona desheredada no es llamada a la sucesión del *de cuius* y, en este sentido, no pierde únicamente sus derechos legitimarios, sino todos los correspondientes a la sucesión del causante. La privación en la participación resulta plena: la persona desheredada es sustituida por sus descendientes por derecho de representación, por lo que se encuentra completamente excluida. Puede afirmarse, por lo tanto, que la desheredación no está únicamente vinculada con la legítima, sino también con una imposibilidad para suceder<sup>663</sup>. Por este motivo, precisamente, no se concibe la idea de la *exheredatio* parcial, es decir, aquella que priva a los legitimarios de disposiciones de contenido patrimonial, pero de forma fragmentada, tan solo sobre parte del caudal.

---

<sup>660</sup> En este sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de sucesiones...*, cit., pp. 190 y ss., afirman que “la desheredación supone la posibilidad, para el causante de privar a un legitimario de su derecho cuando éste incurre en alguna de las causas taxativamente previstas por la ley” y en este sentido señalan que “no emplea el CC el término tradicional desheredación con absoluta propiedad, puesto que el causante no tiene la obligación de instituir heredero al legitimario: más adecuado sería hablar simplemente de privación de legítima”.

Esta posición doctrinal viene a reforzar lo señalado por el TS en la Sentencia de 20 de febrero de 1981, al señalar que la desheredación en un sentido estricto ha de estimarse como “la privación a un heredero legitimario de la porción de la herencia que por derecho le corresponde”, y ésta tiene lugar, en términos generales, “cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso del derecho a la legítima que el artículo 806 CC le reconoce por alguna de las causas que taxativamente señala”.

<sup>661</sup> LLEDO YAGÜE, Francisco: *Derecho de sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 320.

<sup>662</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “Comentarios al art. 848 CC”, *Comentarios al Código Civil*, XI, Edersa, Madrid, 1982, p. 521.

<sup>663</sup> ALGABA ROS, Silvia: “Artículo 848”, *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 997 y ss., refuerza esta idea al indicar que otras caracterizaciones de la desheredación “llevan a considerar la desheredación como una privación de la condición de heredero, o de la totalidad de la herencia. En todo caso, la desheredación es una pena para el desheredado que implica una imposibilidad relativa para suceder”.

Aunque el Código civil guarda silencio al respecto y la jurisprudencia tampoco ayuda a resolver la cuestión, el ordenamiento catalán, en su última actualización, sí que establece expresamente dicha prohibición<sup>664</sup>. Esta previsión explícita responde no solo a la esencia misma de la desheredación, sino al debate doctrinal sobre la necesidad de mantener diferenciadas la exclusión y la ‘libre’ distribución<sup>665</sup>. La graduación en la exclusión no tiene cabida en la naturaleza jurídica de la desheredación, con la que se pretende privar por completo a los legitimarios de sus derechos patrimoniales, excluirlos plenamente de la sucesión en cuestión. Si se pretende ‘mejorar’ o ‘aventajar’ a ciertos legitimarios respecto de otros, no se puede hablar de desheredación, sino de una distribución diferenciada, para la cual existen otros mecanismos<sup>666</sup>.

Concorre, sin embargo, dentro del aspecto más económico de esta privación, en el que el desheredado pierde todo derecho patrimonial, una cuestión que requiere clarificación y que alude a la pérdida, o no, de la propia condición de legitimario. El interés de este extremo no es meramente teórico, ya que, en las operaciones sobre el cálculo de la legítima, y más en concreto, al realizar las imputaciones pertinentes, es sumamente trascendente determinar si las donaciones recibidas por el desheredado deben ser imputadas a los tercios de legítima estricta y de mejora, o, por el contrario, a la parte de libre disposición. Es decir, ¿la desheredación, además de aludir a una privación de ciertos derechos sucesorios legales de

---

<sup>664</sup> CCCat. en su art. 451-18.2 establece que: “*La desheredación no puede ser ni parcial ni condicional*”.

<sup>665</sup> Para un exhaustivo análisis del debate doctrinal sobre la cuestión de la desheredación parcial, véase, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “El alcance de la desheredación: la desheredación parcial”, *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum” T.F. Torres García*, pp. 100 y ss.

<sup>666</sup> En contra de esta idea, y a favor de la denominada desheredación parcial podemos encontrar a DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, *Indret*, núm. 4, 2016, pp. 16 y ss.: “A mi juicio la desheredación total intensifica, una vez más, el carácter formal y restrictivo que pretende darse a la institución, haciendo que circule por cauces tasados y estrechos, sin dejar margen a la libre actuación del causante para resolver el conflicto familiar en el que se halla inmerso. Podría alegarse el origen romano de la prohibición de una desheredación parcial, y su relación con la condición de “herederos forzosos” que tenían los legitimarios, pero carece de fundamento en las normativas civiles actualmente vigentes en las que la legítima puede atribuirse por cualquier título, aunque todas ellas beban de las fuentes romanas. La doctrina parece cada vez más proclive a entender que un desheredamiento parcial es lícito, como un mecanismo más coherente en manos del causante que hace innecesario el recurso a fórmulas indirectas para beneficiar parcialmente al desheredado. Desde la perspectiva de la libertad de testar, no cabe duda de que la desheredación parcial sería recomendable, y para defenderla es mucho más conveniente el silencio legislativo sobre la cuestión que se observa en el CCE, LDCG y CDCIB, que la prohibición expresa e insoslayable que presenta el CCCat.”.

contenido patrimonial, supone también la pérdida de la condición de legitimario? ¿Convierte a la persona desheredada en un extraño?

A falta de una respuesta nítida por parte del articulado del Código civil al respecto, corresponde analizar e interpretar el fondo del artículo 813. En una lectura apegada a la letra, el precepto tan solo indica la pérdida de la legítima del *heredero forzoso*<sup>667</sup>, en ningún momento se menciona siquiera la posibilidad de eliminar, o privar, a aquél, de dicha cualidad. Puede aventurarse, por tanto, que la desheredación tan solo busca la privación de derechos de naturaleza patrimonial que ostentan, según la norma, las personas legitimarias. Carece, pues, de importancia, que la persona desheredada continúe o no ostentando la cualidad de sucesor forzoso, pues esta pérdida de corte económico ya supone, por sí misma, la ruptura del sistema legitimario, que es, precisamente, lo que se busca con la desheredación.

En consecuencia, tratando de hallar una respuesta a la cuestión arriba planteada, cabe concluir que, a pesar de que la persona legitimaria desheredada no ostenta derechos sucesorios que le permitan solicitar lo que por legítima le corresponde, no se convierte, por ello, en un extraño, y, por lo tanto, las donaciones realizadas a su favor deben imputarse a los tercios de la legítima<sup>668</sup>. Esta visión también concuerda con la idea de que la *exhereditio* no nace para

---

<sup>667</sup> Conviene señalar el uso incorrecto de la terminología en este artículo, que debiera sustituir ‘heredero’ por ‘sucesor’. En palabras de LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de sucesiones...*, cit., pp. 19 y 20, “la expresión ‘herederos forzosos’ pierde mucho de su fuerza. Obsérvese, por de pronto, que este calificativo se aplica igualmente al cónyuge viudo en concurrencia con los legitimarios, pese a la evidente falta de condición de heredero de este sucesor legitimario. Piénsese, además, que la interpretación literal nos conduciría a reconocer a los hijos el derecho a ‘las dos terceras partes del haber hereditario’ aunque hubieran recibido, por donación, cantidad mucho mayor. Y finalmente, que contradice el funcionamiento del sistema, en el cual ningún precepto establece que la legítima haya de cumplirse por título de herencia”.

<sup>668</sup> Sobre esta cuestión existe cierto debate doctrinal. Pues si bien, sobre desheredados con descendencia firmemente expresan TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en el Código civil (I)”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II, 2011, p. 1859, que “la imputación de donaciones hechas a legitimarios indignos para suceder o desheredados con causa justa no afecta a éstos, que nada recibirán *mortis causa*, pero sí a los otros legitimarios. Según los arts. 761 y 857 CC los hijos del indigno o desheredado conservan sus derechos respecto a la legítima. Según el art. 929 CC en estos casos procede el derecho de representación, por lo que la donación debe imputarse a la legítima del desheredado o indigno que recibirán sus descendientes, que en consecuencia pueden ver reducida la parte que reciban, o incluso dejar sin contenido su legítima”, sobre desheredados que no dejan descendencia su posición es la contraria. A su juicio, la donación en favor del desheredado que no deja descendientes debe imputarse a la parte libre.

Pero por su parte, y en defensa aumentar la libertad dispositiva del causante, y compartiendo criterio con lo expuesto en el texto, ALGABA ROS, Silvia: “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de

beneficio del resto de legitimarios, sino en detrimento del desheredado, por lo que resulta esencial apostar por aquella interpretación que permita mantener intacta, en la medida de lo posible, la parte de libre disposición del causante. Es decir, permitir la imputación de las donaciones realizadas a desheredados a los tercios de la legítima supone, en el caso de existir más sucesores forzosos, computar esas liberalidades incluso en el tercio de mejora, y maximizar, de esta manera, el caudal relicto que pueda destinarse a la libre disposición.

En el estudio de la naturaleza jurídica de la desheredación, una vez constatada su configuración como mecanismo de privación de derechos sucesorios de contenido patrimonial, no puede obviarse que esta herramienta de exclusión sucesoria responde a la categorización de *acto jurídico*; siendo, también, este dato, relevante para su conceptualización. Pues al definir el acto jurídico como la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor, resulta claro el encaje de la desheredación en esta clasificación. A diferencia de lo que ocurre con otras figuras afines, como la preterición, el Código civil es claro al afirmar que la *exhereditio* nace de la voluntad expresa del causante. Es el artículo 849 el que establece que “*la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde*”.

Por lo tanto, y al margen del aspecto formal del mecanismo de exclusión, que se analiza más adelante y que plasma la obligatoriedad del testamento como vehículo ordenador, el precepto requiere explícitamente la voluntad del causante para consumir, válidamente, la desheredación y desplegar, así, sus efectos<sup>669</sup>. En otras palabras, *sensu contrario*, el

---

desheredación”, *Indret*, núm. 2, 2015, p. 5, apuesta por que “el desheredado, aunque no puede solicitar lo que por legítima le corresponde sin embargo vería imputada en su cuota legitimaria las posibles donaciones que hubiese recibido del causante. Con ello se favorecería que la desheredación se considerase como una sanción para el desheredado, que no puede suponer un beneficio para otros desheredados, ni un aumento de las limitaciones de disponer por parte del testador”. La misma autora, señala que las donaciones recibidas con anterioridad de la desheredación por el desheredado no deben ser revocadas, “por lo tanto la desheredación en nada índice en la donación efectuada. Un supuesto reseñable es el caso en que existan donaciones realizadas en concepto de mejora”, pues si posteriormente recae la desheredación “el carácter mismo de la mejora” puede decaer en virtud del artículo 827 CC. ALGABA ROS, Silvia: “Artículo 848”, cit., p. 999.

<sup>669</sup> A este respecto, GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, cit., pp. 21 y ss., profundiza y reflexiona sobre si ciertas declaraciones de voluntad que además de ser considerados actos jurídicos, también pueden llegar a categorizarse como negocios jurídicos. Y es que, “La esencia del negocio jurídico reside en ser una

ordenamiento actual no permite la que podría denominarse desheredación de hecho o desheredación tácita; es decir, aquella *exhereditio* en la que la voluntad de exclusión del *de cuius* no conste de forma expresa, pero, que tácitamente, mediante otra serie de actos o disposiciones, pueda llegar a deducirse<sup>670</sup>. La importancia de la constancia de la voluntad explícita también se subraya por parte del Tribunal Supremo, que, en su sentencia del 15 de junio de 1990, define la desheredación como una declaración de voluntad testamentaria y solemne<sup>671</sup>. De esta manera, se perfila la desheredación como una figura de exclusión de derechos sucesorios de carácter patrimonial pero supeditada a una expresión clara y manifiesta de esa voluntad del causante. Ambos elementos se muestran inherentes a la estructura de la desheredación. La exigencia de una declaración expresa para la efectividad de la exclusión ordenada da forma a la configuración de la desheredación como “*acto formal por el cual el testador, invocando una causa legal y cierta, excluye de su derecho a un legitimario*”<sup>672</sup>.

Sin embargo, a estos dos elementos inherentes al concepto y a la estructura de la desheredación debe de adicionárseles un tercero, que también conforma uno de sus aspectos

---

manifestación o declaración de voluntad, explícita o resultante de un comportamiento concluyente, dirigida a producir efectos jurídicos, que el ordenamiento realiza ‘en cuanto queridos’”.

<sup>670</sup> En palabras de DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “Libertad de testar...”, cit., p. 12, “Esta limitación en cuanto a los mecanismos que permiten ejercitar la decisión de dejar fuera a uno o a varios legitimarios también constriñe el modus operandi que ha de seguir el testador y pretende evitar, en todo caso, la desheredación de hecho”.

<sup>671</sup> En este sentido, la STS de 15 de junio de 1990 (RJ 1990/4760) en su FJ segundo, sobre una cuestión sobre la desheredación señala que “ha de tenerse en cuenta que la disposición impugnada es una declaración de voluntad testamentaria, solemne (art. 849 CC), en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (853 CC), de la que sean responsables. Su carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista (S. 4 de febrero de 1904), puesto que la certeza puede ser contradicha por el desheredado y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa (art. 850). Esto es lo ocurrido en el caso de autos; la desheredada niega la verdad de la imputación y solicita la declaración de nulidad de la disposición testamentaria que la desheredó”.

<sup>672</sup> Esta definición es la que construye VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “Apartamiento y desheredación”, *Anuario de derecho civil*, núm. 1, 1968, pp. 10 y ss., tras “contemplar el deber formal negativo, para caso de querer el testador excluir a alguno de sus legitimarios, de desheredarlo, aún sin causa, o apartarlo, aunque sólo sea con algo simbólico. Pero esta facultad, limitada únicamente por dicho deber puramente formal, no ha sido ni es aceptada en la mayor parte de los ordenamientos positivos que han exigido y exigen una causa cierta que justifique esa exclusión y su declaración y expresión formal verificada por el testador al ordenar la desheredación. Ahora vamos a examinar ese aspecto formal de la legítima, consistente en la exigencia de la declaración expresada en la debida forma de la voluntad de desheredar y de su causa determinante y de los presupuestos exigidos para la efectividad de la exclusión ordenada”.

más distintivos y que lo diferencia de otras figuras de exclusión sucesoria, como el apartamiento o la preterición. Debido al carácter causal de la *exheredatio*, no es posible entender esta institución sin una vinculación directa con ciertas conductas humanas que el ordenamiento considera censurables. En este sentido, si tanto el apartamiento como la preterición no requieren de causa alguna para la privación de los derechos sucesorios, la desheredación sí es un mecanismo sancionador puesto a disposición del causante.

Corresponde al *de cuius* valorar la rectitud de las personas legitimarias, y de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento, sancionar a aquellas que considere reprobables privándoles de participar en su sucesión<sup>673</sup>. Esta sanción civil refuerza el principio de autonomía de la voluntad que rige el derecho sucesorio: dentro de los límites y conductas punibles previstas por la Ley, corresponde al causante, mediante su voluntad expresa, determinar si el legitimario es sancionado o no<sup>674</sup>. En este sentido, es prerrogativa del *de cuius* optar por la sanción, pues aun concurriendo alguna de las causas tasadas, la desheredación tan solo acontece de ser esa la voluntad del causante, de ser esa su elección. En cualquier caso, esta autonomía no puede acarrear, bajo ningún concepto, inseguridad jurídica para la persona desheredada, por lo que la jurisprudencia es clara al afirmar que no puede someterse esta exclusión a condición<sup>675</sup>.

---

<sup>673</sup> Desde la perspectiva contraria pero complementaria, como bien indica DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “Libertad de testar...”, cit., p. 14, “la desheredación justa contribuye eficazmente a convertir al causante en promotor de buenas conductas por parte de los legitimarios, porque tiene en su mano el ejercicio o no de este mecanismo sancionatorio, siendo el resultado del mismo una mayor porción de patrimonio hereditario del que podrá disponer libremente, sin restricciones por causa de pretendidos deberes hacia sus más allegados, salvo que opere la representación. Incluso podría suceder que todos los legitimarios fueran susceptibles de ser desheredados conforme a la ley y no se dieran las circunstancias para que opere el derecho de representación. En este caso desaparecería la legítima, y el causante sería absolutamente libre para decidir el futuro de su entero patrimonio hereditario”.

<sup>674</sup> En este sentido, REPRESA POLO, M<sup>a</sup> Patricia: *La desheredación en...*, cit., pp. 27 y 28, “La misma naturaleza de sanción civil se ha visto en la indignidad sucesoria como privación de todo derecho sucesorio en la herencia del causante ofendido, con la principal diferencia en cuanto a la sanción entre desheredación e indignidad en el papel que en una y otra juega la autonomía de la voluntad del ofendido; ya que en esta última la sanción se produce *ex lege* de concurrir el supuesto de hecho del art. 756 CC, condicionado a que se inste la declaración de indignidad y reconociéndose, no obstante, al ofendido la posibilidad de perdonar o rehabilitar al indigno, mientras que en la desheredación se da relevancia a la autonomía de la voluntad del testador para imponer la sanción”.

<sup>675</sup> Entre otras, en esta línea, por ejemplo, la STS de 19 diciembre 1988 (RJ 1988/9479), que en su FJ noveno señala que “basta la lectura de los artículos 848, 852, 853 y 756 del Código Civil para establecer que el motivo en el que se basa el testador no es ninguno de los que nuestro legislador establece, por lo que tal cláusula (de desheredación) deberá estimarse por no puesta; pronunciamiento que se mantiene en la sentencia de apelación,

Así, el efecto de la *exhereditio* no puede ligarse por parte del causante a un hecho venidero, o a una condición o gravamen impuesto al sucesor; es necesario que sea el propio *de cuius* quien establezca en instrumento ordenador la causa de desheredación, y, por lo tanto, la conducta reprochable debe haber ocurrido antes de expresar la voluntad *exheredatoria*. Además, al ser prerrogativa del causante dicha facultad, no cabe la posibilidad de que, a futuro, la cualidad de ‘desheredante’ recaiga sobre terceras personas. Es decir, para la validez de la desheredación la causa punible debe existir al realizarse la exclusión y debe ser sancionada, a posteriori y sin que medie reconciliación<sup>676</sup>, por el mismo *de cuius*.

Cabe recalcar que esta sanción civil es de marcado carácter personal, pues tan solo el autor que las ha realizado puede ser reprobado. No es posible la extensión de la sanción civil más allá de la persona infractora en cuestión, no se traslada a su posible descendencia salvo en aquellos supuestos en los que, existiendo ‘coautoría’, la desheredación se establezca sobre todos ellos<sup>677</sup>. Pero por norma general, el artículo 857 del Código civil señala que “*los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima*”.

---

conforme a la que condicionada (dicha desheredación) a la aceptación y cumplimiento por éstos (los hijos desheredados) de determinados actos para incluir en la masa hereditaria, bienes anteriormente transferidos a su nombre, en cuanto tal desheredación no se atiende a las causas concretas que se establecen en los artículos 852 y 853 en relación con el 756, por lo que en esa disposición testamentaria se infringe lo determinado en el artículo 848, cita como los anteriores del Código Civil, y en consecuencia, artículo 851, ha de ser declarada nula”.

<sup>676</sup> De acuerdo al artículo 856 Código civil “*La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a este del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha*”. Por tanto, a pesar de que concurra una de las causas de desheredación recogidas en la ley, esta no va a poder alegarse si tiene lugar la reconciliación entre el ofensor y el causante de la herencia de que se trate. En todo caso, la reconciliación no es equivalente al perdón moral, pues la STS de 4 de noviembre de 1904 ya estimó que “no hay incompatibilidad entre el perdón moral de conciencia y la falta de reconciliación a que se refiere el art. 856”. Por lo tanto, es preciso tratar de definir la reconciliación, para esclarecer bajo que supuestos deviene ineficaz la desheredación. En palabras de SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 663, se define como reconciliación el “acto, expreso o tácito, por virtud del cual el testador y el legitimario que ha incurrido en la causa de que se trate, acuerdan dejar sin la sanción prevista de privación de la legítima la causa declarada con ese efecto”.

<sup>677</sup> Adiciona a esta idea ALGABA ROS, Silvia: “Maltrato de obra...”, cit., p. 6, que “desde un punto de vista personal dado que la desheredación supone una sanción que afecta personalmente al desheredado, éste podrá ejercitar la acción de desheredación injusta, aunque haya recibido por vía no testamentaria lo que por legítima le corresponde”.

Se subraya, por lo tanto, la operatividad de la representación en los supuestos de desheredación, pues como ya se ha indicado, su finalidad no es, exactamente, la de aumentar la libertad dispositiva del causante o permitir una aplicación más laxa del sistema legitimario. El propósito de la *exheredatio* es posibilitar al causante sancionar ciertas conductas tipificadas en los artículos 852 y siguientes del Código civil, que el ordenamiento considera impropias de un legitimario. Así, puede advertirse el doble carácter de la desheredación; preventivo, inicialmente, para reprimir ciertas conductas en contra del causante o sus allegados, y punitivo, posteriormente, para sancionar al legitimario ofensor que no ‘merece’ la prebenda de participar en la sucesión.

A modo de conclusión, unificando los diferentes elementos inherentes a la desheredación y tratando de construir un concepto que resulte coherente con la naturaleza jurídica y la funcionalidad de esta figura, podría afirmarse que *la desheredación es un acto jurídico que posibilita al causante, conforme a su expresa voluntad, sancionar civilmente ciertas conductas tipificadas de sus legitimarios; para privarlos de sus derechos sucesorios patrimoniales y excluirlos de la sucesión, a pesar de que mantengan la condición de legitimarios.*

En cuanto a la extrapolación de esta conceptualización de la desheredación a los diferentes ordenamientos civiles autonómicos se observa que, ciertamente, salvo pequeñas alteraciones, la naturaleza jurídica es idéntica<sup>678</sup>. Y en cuanto a su aplicabilidad en el Derecho civil vasco,

---

<sup>678</sup> Comenzando con el **ordenamiento aragonés**, “el apartado 1 del art. 196 (511 CDFa) dice que *la desheredación realizada conforme al artículo 194 (509 CDFa) priva al desheredado de la condición de legitimario y de las atribuciones sucesorias que le correspondan por cualquier título, excepto de las voluntarias posteriores a la desheredación.* La desheredación con causa legal, por su propio concepto, se refiere a los legitimarios (de cualquier clase) y conlleva la privación anticipada de cualquier beneficio atribuido por la ley (sucesión legal) o por anterior disposición sucesoria del causante o su fiduciario (testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia), amén de su pretensión a la legítima que pudiera corresponderle en caso de lesión si fuera legitimario de grado preferente y del derecho a alimentos”. Puede observarse por lo tanto que el articulado aragonés depura la terminología e incluye, expresamente, en la desheredación cualquier tipo de atribución sucesoria. En este sentido, SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 121.

En cuanto al **ordenamiento catalán**, al artículo 451.17 Código civil catalán señala que “*el causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación*”. Dando voz a las palabras de VAQUER ALOY, Antoni: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, p. 11, “puede concluirse, pues, que no se modifica la estructura básica de la legítima”, y, por lo tanto, tampoco se modifica la naturaleza de la desheredación catalana.



a falta de regulación propia en la Ley 5/2015, la supletoriedad del régimen contenido en el Código civil es obligada. En este sentido, la propia sentencia del 20 de julio de 2018 del TSJPV señala que “la regulación de la desheredación o de la preterición es prácticamente inexistente (...), por lo que conforme al artículo 3 de la mencionada norma deberemos acudir con carácter supletorio al Código Civil y demás disposiciones de carácter general”<sup>679</sup>.

#### IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO

En la figura de la desheredación pueden observarse desde un mínimo de dos hasta un máximo de cuatro sujetos. Resulta claro que los intervinientes forzosos son, por un lado, el ‘desheredante’, es decir, el causante que decide excluir a un determinado legitimario de su sucesión, y, por el otro, el legitimario desheredado, pues al definir la desheredación como privación de la legítima es indispensable que el excluido ostente dicha cualidad de legitimario. Pero al margen de estos sujetos, comunes en toda desheredación, también existe la posibilidad, como se verá a continuación, de que el ‘desheredante’ no sea la persona sobre la que radica la causa de exclusión, ya que, en ciertos casos, la desheredación puede estar justificada por la ofensa a una tercera persona que guarde relación con el *de cuius*. Además, a la presencia de estos tres sujetos también se les adiciona la posible concurrencia de las personas descendientes del legitimario desheredado, que por representación ocuparán su lugar respecto de los derechos legitimarios. Corresponde a este apartado, por lo tanto, esclarecer los pormenores del ámbito subjetivo o personal de la desheredación: comenzando

---

En el **ordenamiento gallego**, por su parte, “las innovaciones que trae la ley gallega en relación con la justa desheredación tienen su causa, no en las reglas específicamente dedicadas a la desheredación, sino en el reconocimiento legal de aquellas formas de testar” (DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María: *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho civil de Galicia*, Aranzadi, Navarra, 2018, p.51), por lo que la naturaleza jurídica prevista en el Código civil para la desheredación no contiene diferenciación alguna con la gallega.

<sup>679</sup> A pesar de que la STSJ País Vasco 7/2018, de 20 de julio (ARP 2019/479) se refiera al articulado de la ley 3/1992 DCFPV, lo cierto es que su criterio de aplicabilidad permanece intacto. De hecho, en palabras de URRUTIA BADIOLA, Andrés: “Capítulo II. De...”, cit., p. 90, de “cara a la figura de la desheredación, conceptualmente distinta de la del apartamiento, y de cuya regulación *in extenso* no se ocupa la LDCV, debiendo entenderse que la regulación en vigor a la que se remite sigue siendo la de la legislación civil común”. En el mismo sentido, GALICIA AIZPURUA, Gorka: “La nueva legítima...”, cit., p. 19, indica que “es de lamentar, sin embargo, que la LDCV de 2015, a pesar de referirse expresamente al instituto de la desheredación en artículos como el 50 o el 108.3, no lo haya regulado, lo que condena a la supletoria aplicación del régimen contenido en los arts. 848 y ss. CC con los consiguientes problemas de adaptación”.

por el ‘desheredante’ y su relación con el ofendido, para acabar con el desheredado y su posible descendencia.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 813 y 849 del Código civil, es facultad del causante ‘privar a los herederos de su legítima’, pero ‘sólo podrá hacerse en testamento’ y por alguna de las causas que expresamente señala la Ley. De esta forma, se comienza a esbozar no solo el aspecto formal de la desheredación, que más adelante se analiza y que viene a invocar la necesidad del testamento como único vehículo de la exclusión, sino también la capacidad de obrar necesaria del ‘desheredante’ para llevar a cabo esta exclusión plena. Al fin y al cabo, al requerir que la desheredación conste en testamento, es preciso que el *de cuius* ostente capacidad suficiente para formalizar dicho negocio jurídico, o, dicho de otra forma, tan solo está facultado para desheredar el causante que pueda ordenar su sucesión mediante testamento<sup>680</sup>.

En el marco general, de acuerdo al artículo 663 del Código civil, este requisito de capacidad impone la edad mínima de catorce años y poder conformar o expresar su voluntad aun con ayuda de medios o apoyos para ello <sup>681</sup>. Pero esta capacidad para disponer por testamento varía incluso dentro del propio Código civil, que demanda la mayoría de edad para el

---

<sup>680</sup> Esta idea la reflejan TORRES GARCÍA, Teodora F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en...”, cit., 1882, al advertir que “el art. 849 CC impone que la desheredación sólo pueda hacerse en testamento y, por consiguiente, dentro de él y no en otro documento. Dicho testamento deberá de reunir todos los requisitos legalmente necesarios de acuerdo con la forma elegida por el testador para que éste sea válido”

<sup>681</sup> El Tribunal Supremo ha tenido, muy recientemente, la oportunidad de abordar el tema de la capacidad de obrar testamentaria, a consecuencia de un caso en el que la existencia de figuras tutelares aportaba cierta confusión al respecto. Por tanto, en la STS 146/2018, de 15 de marzo (RJ 2018/1090), se analiza la interesante cuestión sobre la capacidad para disponer por testamento por una persona con capacidad de obrar modificada judicialmente. En este sentido, y tras analizar la sentencia en cuestión, concluye DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: “La especial capacidad de testar”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 8, 2018, p. 273, que “en primer lugar, el Tribunal Supremo, en su facultad interpretativa de la norma, nos aclara cuál es la finalidad de la norma que regula la capacidad de testar: acreditar las facultades del testador respecto al propio negocio jurídico testamentario. En segundo lugar y como correctamente, desde el punto de vista técnico, expone el Tribunal Supremo en el desarrollo de la fundamentación jurídico de la sentencia el art. 665 CC supone el reconocimiento legal de la capacidad de testar de aquellas personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente. Este reconocimiento se hace, como muy bien se indica, al margen de la enfermedad que motive la modificación de la capacidad de obrar y de la evolución de la misma. Así y como conclusión, puede extraerse que la existencia y exigencia de intervención de una figura tutelar (en este caso, la curatela) para realizar actos de disposición no priva, ni mucho menos de forma automática, la capacidad de otorgar testamento, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos recogidas en los arts. 662 y ss. del Código Civil”.

testamento ológrafo, por lo que el ‘desheredante’ que opte por esta modalidad testamentaria para operar la desheredación deberá ostentar una capacidad cualitativamente superior<sup>682</sup>.

Si tratamos de exportar esta regulación sobre la capacidad de obrar exigida al testador ‘desheredante’ al ordenamiento jurídico vasco, se observa que el marco general del Código civil tampoco resulta de plena aplicabilidad, al menos, en ciertos instrumentos de ordenación sucesoria. Al estar ligada la capacidad de desheredar a la capacidad de ordenar la sucesión mediante testamento, lo cierto es que la Ley 5/2015 reúne dos negocios jurídicos con aptitud ordenadora que no casan en aquel molde. Nos referimos al testamento mancomunado y al pacto sucesorio. El testamento mancomunado exige, para su válido otorgamiento, la emancipación de ambos testadores y el pacto sucesorio, en cambio, debido a su naturaleza contractual, exige de la plena capacidad del otorgante<sup>683</sup>.

---

<sup>682</sup> Se trata, pues, de una cuestión sometida a muchas modulaciones y singularidades debido a las circunstancias propias de cada negocio jurídico. De esta forma, el legislador ha establecido ciertas previsiones en las que la exigencia sobre la plena capacidad de obrar en determinados negocios varía de forma notable. A este respecto BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: “Capacidad para testar”, *La capacidad para testar y las clases de testamento, el albaceazgo y la ineficacia del testamento*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 9-30, y ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Capacidad e incapacidad de para testar”, *Revista jurídica del notariado*, 2014, núm. 88-89, pp. 429-468.

<sup>683</sup> Misma diferenciación se aplica en aquellos ordenamientos civiles autonómicos en los que se permite ordenar la desheredación por instrumento diferente al testamento, y que por lo tanto exigen, capacidades que van más allá de los catorce años. El **ordenamiento aragonés** es claro y SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 120, afirma que “sólo es desheredación con causa legal aquella que se funda en una de las causas legales de desheredación del art. 195 (510 CDFa), *cierta y expresada en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia* (art. 194-1; 509-1 CDFa)”. Por lo tanto, en cuanto a la capacidad necesaria, en el supuesto del testamento mancomunado, tal y como explica SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: “El testamento mancomunado aragonés”, *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012, p. 132, es “la forma elegida por los testadores la que determina los requisitos de capacidad para otorgarlo, que no son otros que los comunes para cualquier testamento recogidos en los artículos 408.1 y 408.2 CDFa: ser mayor de catorce años y no carecer de capacidad natural; requiriéndose mayoría de edad para otorgar testamento ológrafo”.

El **ordenamiento catalán**, por su parte, al admitir la desheredación hecha en testamento, codicilo o pacto sucesorio, plantea las mismas alteraciones en cuanto a la capacidad del ‘desheredante’. A este respecto, NAVAS NAVARRO, Susana: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, p. 15, expone que “en cuanto a la capacidad para otorgar un pacto sucesorio de atribución particular debe indicarse que la regla se encuentra contenida en el art. 431-4 CCC, en sede de disposiciones generales de los pactos sucesorios. Así, los otorgantes, como regla general, deben ser mayores de edad y gozar, además, de plena capacidad de obrar (art. 431-4 primer inciso CCC)”.

El **ordenamiento gallego**, también incluye algunos supuestos en los que la desheredación puede realizarse mediante otros instrumentos, aunque, no mediante contrato sucesorio, tal y como se verá en el aspecto formal. A este respecto, véase, DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María: *La legítima de...*, cit., pp. 51-58.

En efecto, en relación a la capacidad de los otorgantes del testamento mancomunado, la Ley 5/2015 es clara al afirmar, en su artículo 24.5 que “*para que el testamento de hermandad sea válido, ambos testadores tienen que hallarse emancipados en el momento de su otorgamiento*”. Conforme a la doctrina más autorizada, este ‘plus’ de capacidad encuentra justificación en la dificultad de disponer conjuntamente y en la trascendencia de la revocación de este testamento. Conviene recordar, brevemente, que la revocabilidad de un testamento mancomunado, a la muerte de uno de los otorgantes, no puede ser completa, pues las cláusulas correspectivas, aquellas que traen causa de las disposiciones del cotestador, se consideran selladas, y, por lo tanto, no revocables. En este sentido, la eficacia plena e irrevocable de ciertas disposiciones a la muerte de uno de los otorgantes exige, coherentemente, una capacidad mayor por parte de los testadores<sup>684</sup>.

Mismo devenir, y justificación, se observa en la capacidad requerida para el otorgante de un pacto sucesorio. Al tratarse de una sucesión contractual, en la que, ya en vida del causante, la eficacia jurídica del pacto restringe la capacidad dispositiva del *de cuius*, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, resulta esencial que los otorgantes ostenten plena capacidad de obrar<sup>685</sup>. Puede concluirse, por lo tanto, que, en el ordenamiento jurídico vasco, si bien para llevar a cabo una desheredación vía testamento unipersonal la capacidad derivada de la edad es la de catorce años, en aquellos supuestos en los que esta voluntad de exclusión se recoja en instrumentos de ordenación cuya revocabilidad o eficacia resulta más compleja por su

---

<sup>684</sup> GIL RODÍGUEZ, Jacinto: “Sucesión testamentaria en...”, cit., pp. 327 y 328, manifiesta que “pudiera parecer espuria e inconsistente la exigencia sobrevenida que ahora se lee en el artículo 24.5. Es todo lo contrario: tratase de un requisito de edad-madurez proporcionado y coherente”, para más adelante indicar que “la exigencia de una cierta madurez resulta totalmente coherente con la dosificación y trascendencia de la revocación del testamento mancomunado”. Para complementar, véase, BARRUETABEÑA ZENECORTA, Maite: *El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho civil del País Vasco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>685</sup> En este sentido, adiciona IMAZ ZUBIAUR, Leire: “La sucesión paccionada”, cit., pp. 354 y 355, que “es la vecindad civil la única que legitima el recurso del pacto sucesorio regulado en la LDCV como instrumento de ordenación sucesoria, con independencia de la vecindad civil que ostente el sucesor (...). Una vez reunido este primer requisito de legitimación jurídica, debemos precisar que tanto el causante como el sucesor deben ostentar plena capacidad de obrar para poder otorgar, válidamente, un pacto sucesorio (art. 100.3 LDCV)”. Para un análisis más completo, véase la monografía de la misma autora, *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, La notaría, 2006, que en las páginas 293 y siguientes analiza la capacidad de los otorgantes en este negocio jurídico. Ciertamente, el planteamiento no es del todo idéntico, por tratar el pacto de acuerdo a la anterior LDCFPV, pero ayuda en la comprensión del mismo.

dimensión no unipersonal o pactada, la idoneidad del ‘desheredante’ fluctúa hasta la emancipación o la mayoría de edad, respectivamente.

No obstante, al margen de esta capacidad de obrar necesaria del *de cuius* para realizar una exclusión plena, la declaración de desheredación, como declaración de voluntad, ha de ser determinada, es decir, debe ir acompañada de la causa legal que la motiva<sup>686</sup>. Precisamente, este requerimiento causal, que se profundiza debidamente en el siguiente punto, también es elemento caracterizador del aspecto subjetivo, pues el ‘desheredante’, además de capacidad suficiente, debe demostrar su cualidad de agraviado u ofendido de acuerdo a lo establecido en los artículos 852 y siguientes del Código civil<sup>687</sup>. Es decir, el causante que pretende llevar a cabo una desheredación, debe cumplir dos requisitos: por una parte, tener capacidad para operar la exclusión, y, por otra parte, haberse encontrado o encontrarse en alguno de los supuestos causales tasados en la Ley.

Este aparentemente sencillo requisito no resulta serlo, pues tras un examen del mencionado articulado, puede observarse que no todas las causas tienen por sujeto agraviado al ‘desheredante’ y que en ciertas ocasiones se menciona la posibilidad de desheredar incluso cuando el causante no es directamente sujeto pasivo del acto lesivo<sup>688</sup>. Esta coyuntura abre el abanico del elemento subjetivo de la desheredación, ya que, a la par del ‘desheredante’ puede hacer acto de presencia una tercera persona, que sin ser el *de cuius*, justifica la causa de la plena exclusión.

---

<sup>686</sup> Apoya esta idea DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: “Libertad de testar...”, cit., p. 12, al manifestar que “la cláusula de desheredación debe designar nominalmente al desheredado, o por lo menos designarlo de forma individual e inequívoca, porque la naturaleza formal del desheredamiento impide que sea un acto genérico. Tiene que expresarse la causa legal de desheredación, es decir, encajar la situación personal que se está viviendo en alguno de los preceptos legales que describen las causas de desheredación”.

<sup>687</sup> GUTIÉRREZ LIMA, Beatriz: “Causas de la desheredación de los descendientes”, *Alcalibe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, núm. 18, 2018, p. 273.

<sup>688</sup> A este respecto, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 190, al definir la desheredación como “la posibilidad, para el causante, de privar a un legitimario de su derecho cuando éste incurre en alguna de las causas taxativamente previstas por la ley”, recalcan que “todas ellas, infracciones graves contra la esfera moral o física del deudor de la legítima, o contra la propia del legitimario con repercusión en el orden o el honor de la familia”. Adiciona a esta idea REPRESA POLO, M<sup>a</sup> Patricia: *La desheredación en...*, cit., p. 56, que, “generalmente, coincidirá con la persona ofendida o perjudicada por los hechos constitutivos de la causa de desheredación, pero no necesariamente debe ser así, como es el caso de la desheredación por la causa del artículo 756.2 CC y artículo 854.3 CC”.

En este sentido, de los artículos 756.1 y 2, 854 y 855 del Código civil se concluye que también pueden ostentar la cualidad de agraviados, el cónyuge del causante -o la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad-, sus descendientes y sus ascendientes. Es decir, se permite la desheredación que fundamente su causa en determinados comportamientos lesivos hacia estas personas. Más concretamente, pues como se observará en el próximo apartado las causas de desheredación son tasadas, pueden ser sujetos pasivos de la *exhereditio* las personas arriba citadas, siempre que se haya atentado contra su vida o se haya ejercido violencia física o psíquica, exista condena por sentencia firme por delitos contra su libertad o integridad moral o sexual, o, por último, se les hayan negado los alimentos o medie pérdida de la patria potestad. En estos supuestos, como la negación de alimentos a sus descendientes, en los que el agravio no es directamente contra el ‘desheredante’ sino contra personas allegadas al mismo, también podrá el *de cuius* optar por desheredar a la persona legitimaria que incumpla con dicho deber.

Tras examinar la posición ‘activa’ del aspecto subjetivo de la desheredación, aquella que, o bien lleva a cabo la exclusión, o bien la motiva, corresponde estudiar al resto de posibles sujetos concernidos. Comenzando con el desheredado, si la desheredación es la privación de la legítima, lógicamente el desheredado debe ser un sucesor forzoso, es decir, una persona con la cualidad de legitimario<sup>689</sup>. Para el Código civil, en su artículo 807, este grupo de sucesores forzosos lo conforman los descendientes, los ascendientes y el cónyuge superviviente del causante, mientras que, en la Ley 5/2015, de acuerdo al artículo 47, son legitimarios “*los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho*”.

Resulta evidente, por lo tanto, que la Ley vasca suprime del grupo de sucesores forzosos a los ascendientes, por lo que estos últimos, en un principio, no pueden ser desheredados, por

---

<sup>689</sup> REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: “Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de mayores”, *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 396, advierte que pueden ser desheredados tanto el hijo como su descendiente, pues, aunque el nieto en el momento no tenga la condición de legitimario, la pérdida de ésta condición de su ascendiente, le convertirá en el legitimario.

no pertenecer al grupo de posibles sujetos pasivos. Esta afirmación, no obstante, debe matizarse, pues la Ley 5/2015 aún mantiene, en su artículo 112, la presencia de los ascendientes en la sucesión legal o intestada. Y si, como se ha indicado anteriormente, la desheredación es la privación no solo de la legítima, sino de la participación plena en la sucesión del causante, sea esta voluntaria o legal, también es necesario, en el ámbito del ordenamiento civil vasco, considerar a los ascendientes como personas susceptibles de desheredación, para dar respuesta a aquellos supuestos en los que el causante pretenda privar de su sucesión legal a determinados ascendientes<sup>690</sup>.

Además, al margen de pertenecer al grupo de sucesores forzosos, es decir, ostentar la cualidad de persona legitimaria, también es premisa indispensable para poder ser sujeto pasivo de la desheredación contar con la capacidad suficiente para incurrir o llevar a cabo una de las causas tasadas en la Ley, ya que, como se ha indicado, sin causa no existe desheredación<sup>691</sup>. Esta cuestión no es baladí, pues la doctrina tampoco mantiene un criterio unánime sobre qué capacidad se requiere para incurrir en dichas causas, y ante el silencio del Código civil, se antojan diversas conjeturas y alternativas dispares<sup>692</sup>. Inicialmente, puede parecer que la capacidad requerida en todo caso es, precisamente, la capacidad penal: para incurrir en las causas relativas a los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 756 del Código civil, es indispensable la condena por sentencia firme, y esto supone, obligatoriamente, contar con la edad de dieciséis años. Pero un análisis más exhaustivo de las causas de desheredación revela que, en ciertos supuestos, la capacidad penal no es suficiente y que, en otras ocasiones, puede incluso

---

<sup>690</sup> En palabras de URRUTIA BADIOLA, Andrés: “Capítulo II. De...”, cit., pp. 87 y 88, la conclusión que cabe obtener de la regulación establecida es la siguiente “a) quedan excluidos del círculo legitimario los ascendientes, aunque no queden excluidos de sus derechos como parientes tronqueros titulares de una *pars rerum* sobre los bienes troncales, ni de su configuración como sucesores abintestato en un llamamiento ahora posterior al de cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho”.

<sup>691</sup> Concreta REPRESA POLO, María Patricia: La desheredación en..., cit., p. 56 que “la nueva redacción de las causas de indignidad-desheredación y la penalización de las mismas en el sentido de exigir en muchos casos sentencia firme condenatoria para que se pueda alegar la causa de desheredación hará que en muchos casos en los que pese a darse los hechos constitutivos de la causa de desheredación no exista sentencia firme por estos delitos por falta de imputabilidad del sujeto, por lo que no podrá desheredarse”.

<sup>692</sup> ALGABA ROS, Silvia “Artículo 849”, cit., p. 1004, se plantea “una duda acerca de la capacidad exigida para que un hijo o descendiente sea desheredado. Un sector doctrinal considera que con carácter general se puede utilizar como criterio la edad penal, otros postulan el criterio del discernimiento, otros defienden que la solución debe venir dada por el prudente arbitrio judicial o bien se exige la capacidad para actuar con dolo. Coincidimos con aquellos que sostienen que dada la diversidad de causas de desheredación será necesario exigir una capacidad diferente en función de cual sea la causa de desheredación”.

plantearse la concurrencia de una edad inferior a los dieciséis años, además de valorar la propia capacidad física o mental.

De esta manera, las causas de desheredación que derivan de la negación de alimentos requieren la plena capacidad de obrar, es decir la mayoría de edad o la emancipación, pues la obligación de prestar alimentos presupone esa capacidad cualificada. En cambio, haber maltratado o injuriado, o incluso atentar contra la vida de alguien, no demanda, *per se*, una capacidad determinada, pues mientras no se exija sentencia condenatoria para dar por consumadas estas causas, cualquier persona puede realizar las conductas que las integran o conforman. Se barajan, por lo tanto, diferentes capacidades para ser persona desheredada, tal y como ocurre en el caso del ‘desheredante’, que requiere de capacidades diversas según el instrumento elegido para vehiculizar la exclusión<sup>693</sup>.

Pero al margen de la cualidad de legitimario y capacidad determinada, también es indispensable que el desheredado esté perfectamente identificado. A pesar de que se analizará con mayor concreción en el aspecto formal de la desheredación, conviene recalcar en este apartado que toda declaración de *exheredatio* debe ser expresa y determinada, respecto de la causa legal y de la identificación del desheredado. Esta fijación de causa y sujeto debe realizarse con el mismo formalismo que se exige para la designación de heredero, por su nombre y apellidos, y, subsidiariamente, habrá de ser perfectamente determinable, por estar designado de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado<sup>694</sup>.

Para finalizar con el aspecto subjetivo de la desheredación es necesario incluir como una posible cuarta parte participante a la descendencia del desheredado, que, si bien no interviene

---

<sup>693</sup> En este sentido, confirma la resolución de la DGRN, número 8589, de 23 mayo 2012, que “aunque es cierto que el Código civil no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere de un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa”.

<sup>694</sup> En este sentido, DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “Libertad de testar...”, cit., p. 12, señala que “la cláusula de desheredación debe designar nominalmente al desheredado, o por lo menos designarlo de forma individual e inequívoca, porque la naturaleza formal del desheredamiento impide que sea un acto genérico”. Adiciona a esta idea que “sólo el CCCat regula expresamente la exigencia de la designación nominal del legitimario desheredado, aunque este requisito es extrapolable a todos los sistemas legitimarios, porque se deduce de la propia naturaleza de la institución, como así lo han señalado los tribunales”.



forzosamente en toda *exhereditio*, en el supuesto de existir, concurre por derecho de representación con el resto de legitimarios en los derechos sucesorios del causante<sup>695</sup>. Ciertamente el Código civil, en su artículo 857, es claro al afirmar que, si el desheredado tuviera descendientes y no hubieren sido desheredados, “ocuparán su lugar y conservarán los derechos de los herederos forzosos respecto a la legítima”. Este precepto no es del todo completo, y existe debate doctrinal tanto sobre el alcance de este derecho de representación, es decir, si recae en la legítima estricta o en la legítima larga, e, incluso, sobre la imputación de las donaciones previamente realizadas al desheredado y su efecto en esta representación<sup>696</sup>.

Respecto a la primera cuestión, aunque la mayoría de la doctrina parece decantarse por entender que, por derecho de representación, tan solo le corresponde al descendiente la legítima estricta, ciertos autores más aperturistas consideran que, a falta de una mejora en favor de otro descendiente, la legítima que le corresponde es la larga. Encuentra justificación esta segunda corriente en la propia naturaleza de la mejora, ya que de no ser dispuesta expresamente no tiene cabida, y, por lo tanto, la legítima en su totalidad debe corresponder igualitariamente a los legitimarios y, en su caso, a los que suceden por representación<sup>697</sup>.

---

<sup>695</sup> Detalla, ALGABA ROS, Silvia: “Artículo 857”, cit., p. 1029, que “la razón de ser de este precepto deriva de la propia naturaleza de la desheredación que, al ser una sanción, debe tener un carácter personal que no puede trasladarse a una descendencia inocente”.

<sup>696</sup> Pero para los supuestos en los que esta representación no concurra, señalan TORRES GARCÍA, Teodora F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en...”, cit., pp. 1895 y 1896, “cabe plantear igualmente otros temas, de manera especial la del destino de la porción legítima del descendiente desheredado que carece de descendientes o ascendientes. Asimismo, está el problema del descendiente desheredado que sea el único hijo del testador, o el caso de la desheredación de todos los hijos de éste. La solución al primer caso es clara si el descendiente desheredado tuviere colegitimarios que no estuvieran desheredados y fueran de la misma clase. La misma solución tendríamos si fuera un ascendiente el desheredado en cuanto que la parte de la que ha sido privado iría a parar a sus colegitimarios, por derecho propio y no por derecho de acrecer, ya que el derecho de acrecer entre colegitimarios sólo opera en la parte libre disposición. El segundo caso puede ofrecer diversas soluciones según que aceptemos o no que el llamamiento como legitimarios de los padres o ascendientes, aunque sea carácter, puede tener cabida aun cuando, viviendo los anteriores, estos han perdido la condición de legitimarios en virtud de la desheredación. Si aceptamos lo anterior la existencia de padres o ascendientes les haría destinatarios de la legítima como subsidiariamente llamados a la falta de los anteriores”.

<sup>697</sup> En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000, p. 128.

En cuanto a la imputación de las donaciones hechas en favor del desheredado, la doctrina se muestra, también, dividida, entre los que consideran que deben imputarse a la legítima de los descendientes representantes, y los que entienden que deben imputarse al tercio de libre disposición para permitir a los representados participar de la legítima<sup>698</sup>. En todo caso, se debe resaltar que, siempre que concurra una desheredación, el desheredado perderá la administración de los bienes que reciban sus hijos de acuerdo al artículo 164 del Código civil, que establece que *“se exceptúan de la administración paterna: (...) 2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado”*.

## **V. EL ELEMENTO OBJETIVO**

### **1. El elemento causal**

Como se ha visto, la desheredación se caracteriza por la necesidad de que el sucesor forzoso haya incurrido en una de las causas legales de desheredación. Pero, además, se requiere que el causante adopte una actitud de naturaleza positiva, destinando una de las disposiciones sucesorias a corroborar que, ciertamente, desea que el legitimario se vea privado de lo que inicialmente le correspondería por Ley; de modo que solamente la convergencia de ambas circunstancias va a poder determinar la exclusión de la legítima en nuestro sistema normativo. Según el artículo 848 Código civil, *“la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”*, de forma que, en principio, va a quedar descartada cualquier otra causa que no se encuentre contenida en el Código civil, aun siendo análoga a éstas o de una gravedad mayor. A estos efectos, el texto decimonónico va a

---

<sup>698</sup> Así, ALGABA ROS, Silvia: “Artículo 857”, cit., p. 1032, expone que “la cuestión es discutible pues falta una norma concreta reguladora del tema. Un sector opina que en este caso procede imputar dichas donaciones a la legítima de los descendientes representantes utilizando como argumentos especialmente la aplicación analógica en éste caso del art. 1038 CC y evitar una limitación mayor de la libertad del testador y un beneficio injustificado de otros legitimarios. Sin embargo, otros consideran que se deben imputar al tercio de libre disposición justificándolo entre otras razones en la dificultad de aplicar el art. 1038 CC en materia de legítimas, y por la poco deseable conclusión de que de esta forma la estirpe se vería privada de la legítima por una donación recibida por el desheredado”.

disponer, por una parte, de una serie de causas generales de desheredación o, más concretamente, causas generales, ya que van a ser eficaces para desheredar a cualquier legitimario con independencia de su relación de parentesco; y, por otra parte, de unas causas específicas que sí dependerán de dicha relación, distinguiendo entre la desheredación hecha a hijos y descendientes, a padres y ascendientes y aquella realizada al cónyuge<sup>699</sup>.

### *1.1 Causas generales*

El artículo 852 CC establece que *“son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos ochocientos cincuenta y tres, ochocientos cincuenta y cuatro y ochocientos cincuenta y cinco, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º”*. La redacción de este artículo se ha visto reformada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), la cual ha modificado sus tres primeros apartados con el propósito de incluir en ellos *“concretos supuestos que la doctrina entendía que debían ser no solo causas de indignidad, sino también de desheredación”*.

De este modo, a excepción de los apartados cuarto (*“El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando esta no hubiera procedido ya de oficio”*) y séptimo (*“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”*) del artículo 756 Código civil, las causas de indignidad para suceder también lo van a ser para poder desheredar. En este sentido, el motivo por el que sobre estas dos causas no se produce cambio alguno, es que bajo ningún concepto puede aplicarse sobre ellas desheredación, ya que la circunstancia contenida en el apartado cuarto nunca va a poder concurrir antes del fallecimiento del causante -por lo que este no podrá desheredar al ofensor

---

<sup>699</sup> Cabe destacar que los diferentes ordenamientos civiles autonómicos han hecho suyas las causas de desheredación establecidas en el Código civil, y que, por este motivo, a lo largo de este apartado no se realiza comparativa alguna. La excepción de esta afirmación la marca el ordenamiento civil catalán, que como más adelante se observará, en el segundo punto de este apartado, marca causas propias de desheredación.

en una disposición testamentaria-, y el supuesto del apartado séptimo ya se encuentra recogido en las causas específicas de desheredación.

Centrándonos, pues, en el examen de las causas generales contenidas en el artículo 756, será incapaz de suceder por causa de indignidad:

- *“El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes”* (art. 756.1º CC). La redacción de este apartado, tras la reforma operada por la LJV, va a extender su ámbito de aplicación añadiendo al maltrato de obra también el maltrato psíquico como consecuencia a dos sentencias del Tribunal Supremo, ampliando, al mismo tiempo, los sujetos susceptibles de dicho maltrato y estableciendo la necesidad de que exista una condena firme por los hechos cometidos. Además, la nueva redacción de este artículo va a añadir al atentado contra la vida del causante dos nuevos hechos punibles: la causación de lesiones y el maltrato de obra o palabra en el ámbito familiar cuando este sea reiterado.
  
- *“El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo, el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo”* (art. 756.2º CC). La reforma del artículo 756 CC ha convertido a este segundo apartado en una suerte de cajón de sastre, pues ha terminado agrupando a una serie de hechos bastante inconexos, de

forma que podrá ser desheredado o declarado indigno para suceder todo aquel que sea condenado por alguna de las conductas contenidas en este precepto.

- *“El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa”* (art. 756.3º CC). Para que este comportamiento pueda ser sancionado como una causa de indignidad para suceder o desheredación, va a ser necesaria una cierta temeridad o mala fe en su comisión, no siendo válida esta conducta cuando se funde en sospechas, ya que, en este caso, el heredero estaría cumpliendo con sus obligaciones legales. No obstante, se va a presumir la mala fe de la denuncia en la acusación contra el causante, debiendo ser el legatario quien asuma la carga de la prueba. Por lo tanto, la redacción de este apartado va a exigir que se reúnan dos requisitos: por una parte, la acusación formal contra el testador mediante querrela, denuncia o declaración testifical de un delito castigado con pena grave y, por otra, la existencia de una sentencia condenatoria firme por calumnias en los términos del artículo 205 del Código Penal.
  
- *“El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo”* (art. 756.5º CC). El propósito de esta causa de desheredación es sancionar a aquel sucesor que coaccione al causante en su libertad para testar, sin importar a quién beneficie el nuevo testamento. Consiguientemente, para que esta causa pueda ser aplicable, será imprescindible la existencia de dos testamentos distintos: uno anterior redactado bajo la presión o engaño del heredero y uno posterior en el que el testador decida desheredar a su sucesor. En caso de que no llegue a otorgarse este segundo testamento, podrá declararse la nulidad del primero si el autor de las amenazas, violencia o fraude es considerado indigno para suceder y si se cumplen los requisitos del artículo 673 Código civil.
  
- *“El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior”* (art. 756.6º CC). Esta última causa de desheredación común a todos los legitimarios hace referencia a aquel supuesto en el que el sucesor atenta contra la libertad del *de cuius* para hacer constar

o revocar su última voluntad, con independencia de que el autor de la conducta logre o no su propósito.

Asimismo, atendiendo a una causa común recogida en los artículos 853.1, 854.2 y 855.3 del Código civil, será también incapaz de suceder por causa de indignidad el que deniegue, sin motivo legítimo, los alimentos a los padres o ascendientes, hijos o descendientes o al cónyuge ‘desheredante’. Se trata de una causa de desheredación común a todos los legitimarios, variando entre ellos tan solo el ámbito de aplicación subjetivo. En esta dirección, vamos a poder distinguir tres supuestos distintos: respecto a los ascendientes, la negativa de alimentos afectará a todo aquel que rehúse dar alimentos a sus descendientes en general. Como causa de desheredación de los hijos y descendientes, la negativa afectará exclusivamente al hijo o descendiente que incurriera en esta conducta y solamente respecto a la sucesión de aquel ascendiente al que hubiera negado los alimentos. Por último, entre las causas de desheredación del cónyuge se recoge esta posibilidad cuando dicho cónyuge le hubiese negado los alimentos, bien al *de cuius*, o bien a alguno de sus hijos comunes<sup>700</sup>.

---

<sup>700</sup> A diferencia del resto de causas de desheredación comunes, esta negativa a prestar los alimentos no va a constituir una causa de indignidad para suceder; no obstante, en nuestra legislación, si tiene lugar esta situación, siendo el padre o la madre quien niega los alimentos y el causante no recoge la desheredación en una disposición testamentaria, podrá incluirse su conducta dentro del abandono como causa de indignidad, siempre y cuando se haya dictado una sentencia condenatoria por delito de abandono en los términos del artículo 226 CP.

El fundamento de esta causa de desheredación va a radicar en la obligación de alimentos contenida en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, siendo necesaria la concurrencia de dos presupuestos para que la desheredación sea considerada justa: el estado de necesidad del alimentista, entendiéndose como tal la carencia de recursos suficientes para atender las necesidades de mantenimiento propias y la capacidad del alimentante de prestar dichos alimentos (arts. 146 y 147 CC). En principio, una vez reunidos ambos requisitos, debería existir una reclamación judicial o extrajudicial del alimentista al legitimario. Indica REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en...*, cit., pp. 120 y ss., que, “no es preciso que los mismos hayan sido reclamados judicialmente, siendo bastante que la negativa a prestarlos se acredite por cualquiera de los medios del artículo 850 del Código Civil; tampoco resulta necesario para que concurra la causa referida el que el ascendiente se haya quedado materialmente sin alimentos, si otra persona se los hubiere prestado”. Y es que, desde hace un tiempo, se ha intentado utilizar esta causa de desheredación para “acoger dentro de la negación de alimentos los casos de abandono emocional y falta de relaciones familiares, alegando un incumplimiento de los deberes asistenciales, sobre todo, de los hijos respecto de los padres, que debe quedar comprendido dentro del concepto de alimentos del artículo 142 del Código Civil”.

## 1.2 Causas específicas

### 1.2.1. Para hijos y descendientes

Atendiendo al artículo 853 CC, podemos contemplar cómo, además de las causas comunes mencionadas en el apartado anterior, a excepción de la primera, también van a ser justas causas para desheredar a los hijos y descendientes las siguientes, las cuales, a diferencia de otras, para poder producir los efectos de una desheredación justa, no van a requerir la existencia previa de una sentencia condenatoria en proceso penal:

- *El maltrato de obra* (art. 853.2ª CC). Podemos entender por maltrato de obra aquel acto por el que el desheredado realiza acciones que implican un tratar mal al testador que deshereda, es decir, efectuar un acto de violencia física. Además, este maltrato va a tener que ser objetivable, de modo que cause unos daños físicos o morales, no siendo suficiente la mera apreciación del causante<sup>701</sup>.

En relación a esta perspectiva, en el seno de la doctrina existe división. Mientras unos se posicionan a favor de una interpretación restrictiva, aceptando exclusivamente la violencia física como causa de desheredación, otros, sirviéndose de una interpretación más extensiva, opinan que también ha de incluirse dentro de esta causa el maltrato psicológico. Por su parte, tal y como se tratará en posteriores apartados, el Tribunal Supremo, mantiene que, en la actualidad, “el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993”.

---

<sup>701</sup> A este respecto, la SAP Asturias 203/2011, de 23 de mayo (AC 2011/1279), señala en su fundamento jurídico cuarto que “la valoración que el causante pudiera hacer de la actitud de sus hijos no es suficiente para justificar una desheredación, sino que esta ha de sustentarse en razones objetivas, contrastables y debidamente acreditadas”.

En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial. Siguiendo esta línea jurisprudencial, y tal y como se analiza posteriormente, el Tribunal Supremo va a ratificar la consideración del maltrato psicológico como una modalidad dentro del maltrato de obra, pudiéndose justificar así la privación de la cuota legitimaria.

- *Las injurias graves de palabra* (art. 853.2ª CC). Partiendo de la definición de injuria establecida por el artículo 208 Código Penal, “*acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”, la conducta injuriosa de palabra como causa de desheredación de hijos y descendientes va a requerir para su operatividad la existencia de expresiones verbales que ataquen el honor y la dignidad del causante.

A diferencia del maltrato de obra, la injuria de palabra va a tener que ser grave, no siendo suficientes meras frases hirientes. Para que la desheredación por injurias pueda ser calificada como justa, va a ser necesario que el autor de las injurias las realice intencionadamente, esto es, con ánimo de insultar, menospreciar y descalificar al testador<sup>702</sup>.

---

<sup>702</sup> En este sentido, la SAP León 272/2013, de 17 de junio (JUR 2013/244177), afirma en su FJ tercero: “Las injurias graves de palabra al testador constituyen una causa de desheredación que precisa de intencionalidad o animus injuriandi, o deliberado propósito de agraviar, indispensable en estos casos (SSTS 6 diciembre 1963, 9 octubre 1975, 28 junio 1993 y 14 marzo 1994), y este elemento intencional no se aprecia en el hecho de presentar una denuncia contra el progenitor después de una discusión. Ciertamente no resulta este ser el camino aconsejable para resolver los problemas en el ámbito familiar y moralmente no parece adecuado, pero es insuficiente para constituir causa de desheredación cuya interpretación debe ser restrictiva. Ni apreciamos el elemento intencional en la presentación de la denuncia ni la gravedad exigida por el Código Civil. Y mucho menos concurre en los demandantes, cuya actitud injuriosa se limitó a comparecer en el juicio de faltas como testigos de su hermana”.



### 1.2.2. Para padres y ascendientes

De acuerdo con el artículo 854 CC, además de todas las causas generales de desheredación mencionadas, también van a ser justas causas para desheredar a los padres y ascendientes las siguientes:

- “*Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170 CC*” (art. 854.1ª CC). Para que pueda operar esta causa de desheredación, es condición necesaria que exista una sentencia condenatoria que haya privado de la patria potestad al menos a uno de los progenitores del testador. Además, estas causas deben haberse puesto de manifiesto mientras que el hijo era menor de edad.

Las causas recogidas en el artículo 170 Código civil consisten en el incumplimiento de los deberes de los padres con respecto a los hijos menores de edad y los incapacitados, por lo que van a coincidir en cierta medida con las causas comunes de desheredación y de indignidad para suceder. Así, atendiendo al artículo 154.1º CC, aquel progenitor que deje de “*velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, podrá ser privado de la patria potestad en virtud del mencionado art. 170 CC*”. Sin embargo, no todos los incumplimientos de estos deberes paternos van a desembocar en la privación de la patria potestad, ya que si, por ejemplo, uno de los progenitores abandonase a sus hijos y el otro les atendiera adecuadamente sin solicitar la privación de la patria potestad del que les desatendió, no podrá alegar la causa de desheredación contenida en el artículo. 854.1ª Código civil<sup>703</sup>.

---

<sup>703</sup> Por su parte, ALGABA ROS opina que no es posible aplicar al respecto los supuestos del artículo 111 del Código Civil, referidos a la exclusión de la patria potestad, puesto que, mientras que la privación de esta implica su previa adquisición, la exclusión supone que nunca ha llegado a adquirirse. Es necesario también subrayar que el art. 170 CC afirma que la privación de la patria potestad puede ser tanto total como parcial. Así, mientras la primera produce una completa extinción de la titularidad de la patria potestad, la pérdida parcial de esta solo va a suponer la suspensión de algunos derechos. En esta dirección, a pesar de la interpretación restrictiva que debe hacerse de las causas de desheredación, ambas modalidades de privación de la patria potestad van a ser igualmente idóneas para desheredar a los padres, pero no al resto de ascendientes, siendo una causa de desheredación exclusiva de los primeros.

En todo caso, según REPRESA POLO, para que la desheredación pueda ser considerada justa, será necesario que “la privación de la patria potestad se haya producido por algunos de los procedimientos que dispone el

- *“Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación”* (art. 854.3ª CC). Se trata de una situación redundante con respecto a la causa de indignidad para suceder contenida en el apartado segundo del artículo 756 Código civil, ya que el progenitor a quien alude el art. 854.3ª es un ascendiente del testador que deshereda. El motivo por el que se diferencian ambos casos es que, mientras la causa de desheredación (art. 854.3ª CC) no puede ser alegada cuando haya mediado reconciliación entre los progenitores, la causa de indignidad (art. 756.2º CC) carece de esta limitación, dejando de surtir efecto, exclusivamente, cuando el descendiente la remita en documento público (art. 757 CC).

Para que el causante pueda desheredar por esta vía, también recogida como causa de desheredación del cónyuge (art. 855 CC), no se va a exigir la existencia de una sentencia condenatoria, siendo suficiente la comisión del supuesto de hecho previsto en el apartado tercero del artículo 854 del Código civil. No obstante, para que pueda operar esta causa, no va a servir cualquier agresión contra el progenitor, sino solo aquel que ponga efectivamente en peligro su vida o causen su muerte, con independencia del resultado derivado de dicha acción; de modo que no va a ser un requisito necesario causar el fallecimiento de la víctima, bastando cualquier conducta ideal encaminada a ello<sup>704</sup>.

---

artículo 170 Código Civil: sentencia judicial firme dictada en procedimiento dirigido a acordar dicha privación, sentencia judicial firme dictada en procedimiento penal en el que se enjuicie la ilicitud de los hechos que originan la privación o sentencia judicial firme dictada en un procedimiento judicial de separación o divorcio”.

<sup>704</sup> En este sentido, la SAP Cáceres 257/2000, de 16 de octubre (JUR 2001/43618), señala que “el concepto de “atentado” contra la vida (no contra otros bienes jurídicos como la libertad, la dignidad o la integridad física o mental) utilizado en el Código Civil no solo en este precepto sino también el artículo 854.3ª y en el 855.4ª al enumerar las causas de desheredación, para mantener una proporcionalidad entre sanción, aunque sea civil, y la gravedad del hecho, parece que ha de circunscribirse al homicidio doloso y no al culposo de manera que no quedan subsumidas en él las etéreas, ambiguas e inconcretas amenazas, malos tratos y coacciones aludidos en el hecho tercero de la demanda”.

### 1.2.3. Para cónyuges

El último artículo del Código civil dedicado a recoger las distintas causas de desheredación es el art. 855 CC, el cual indica que serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las generales (salvo la contenida en el art. 756.1º CC), las siguientes:

- *“Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”* (art. 855.1ª CC). Debemos entender por tales aquellos regulados en los artículos 67 y 68 del Código civil. Con respecto a esta causa de desheredación, debemos analizar dos aspectos concretos: el alcance de los términos de incumplimiento de estos deberes conyugales y la necesidad de que este sea, bien grave, o bien reiterado. Atendiendo a la primera de las cuestiones, es preciso que se produzca un efectivo incumplimiento de los deberes conyugales sin que pueda ser considerado como constitutiva de esta causa que las relaciones afectivas del matrimonio no fueran buenas.

A pesar de ello, el desafecto y la falta de atención durante la última enfermedad han sido considerados por el Tribunal Supremo como un caso de quebrantamiento de obligaciones constitutivo de causa de desheredación<sup>705</sup>. Una vez procurado el incumplimiento, va a ser necesario que este sea grave habiéndose afirmado que se deben entender también incluidos entre los deberes de los cónyuges aquellos encuadrados dentro del régimen económico matrimonial.

- *“Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170”* (art. 855.2ª CC). Cuando el cónyuge al que se pretende desheredar haya incurrido en el incumplimiento de deberes relativos a la patria potestad con respecto a hijos comunes con el testador. Aquí, a diferencia del supuesto del artículo 854.1ª Código civil, no va a ser necesaria la declaración de la privación de la patria potestad mediante una resolución judicial, sino que será suficiente un incumplimiento grave de las obligaciones inherentes a la patria potestad. La principal diferencia entre los efectos

---

<sup>705</sup> STS 881/2003, de 25 de septiembre (RJ 2003/6442).

de ambos supuestos radica en la prueba: mediando sentencia condenatoria, esta va a constituir prueba suficiente (siempre y cuando se cumplan los demás requisitos) para desheredar justamente; mientras que, a falta de dicha condena, la carga de probar el incumplimiento de estos deberes va a corresponder a los demás herederos.

- “*Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación*” (art. 855.4ª CC). Esta causa de desheredación consiste en la comisión por parte del cónyuge desheredado de una conducta idónea para poner en riesgo la vida del *de cuius*, no siendo necesaria la reiteración de dicho comportamiento ni la existencia de una sentencia condenatoria. No obstante, sí va a ser imprescindible que el cónyuge no haya logrado su fin, es decir, que no haya acabado con la vida del testador, en cuyo caso, no sería posible testar y, por ende, desheredar, permaneciendo así la declaración de indignidad para suceder como única vía de exclusión de la herencia. Además, tal y como explicita el artículo 855.4ª Código civil, para que esta causa de desheredación sea justa, es indispensable que no hubiere mediado reconciliación entre los cónyuges, pudiendo esta ser tanto expresa como tácita.

## **2. Del maltrato de obra al abandono familiar como elemento causal**

La concepción del maltrato de obra dentro de las causas de desheredación ha dado un vuelco sustancial tras la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo<sup>706</sup>. En este sentido, la interpretación de que el maltrato psicológico también se considera causa de *exhereditio* ha roto con las pautas preestablecidas y ha permitido, en cierta medida, acompasar los sistemas legitimarios actuales a las demandas de la sociedad con relación al proceso sucesorio. Si bien este cambio redimensiona la desheredación en el ordenamiento civil común y en aquellos

---

<sup>706</sup> Existe inmensa doctrina que ha analizado pormenorizadamente la nueva dirección interpretativa del Tribunal Supremo, entre otros: SALAS CARCELLER, Antonio: “Sobre la desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2014, pp. 143-149; GÓNZALEZ CARRASCO, María del Carmen: “Desheredación por maltrato psicológico”, *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 277-288; ALGABA ROS, Silvia: “Maltrato de obra...”, cit., pp. 1-26, FARNÓS AMORÓS, Esther: “Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?”, *Estudios de derecho de sucesiones, Liber amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 451-478; DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes”, *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 93-110.

ordenamientos civiles autonómicos que no han innovado su regulación sucesoria en lo tocante al elemento causal de la desheredación, el legislador catalán ha optado por ir más allá, y prevé como causa de *exhereditio* la propia falta de relación afectiva. Por este motivo, en este apartado se pretende analizar la evolución jurisprudencial del maltrato de obra para, después, realizar una comparativa con la regulación catalana, y tratar de vislumbrar, de esta manera, una nueva interpretación de las causas de desheredación del Código civil.

El nuevo rumbo de la interpretación extensiva del maltrato de obra comienza con la sentencia del Tribunal Supremo, del 3 de junio de 2014<sup>707</sup>. Los hechos que enjuicia hacen referencia a una pareja que se divorcia y cuyos hijos se posicionan en favor de la madre. Tal es así, que el padre abandona el domicilio familiar y pasa sus últimos años de vida con su hermana, sin que medie trato alguno con sus hijos. En testamento, el padre decide desheredar “expresamente a sus hijos antes nombrados por las siguientes causas: A su hija Sonsoles por la causa 1ª del artículo 853 del Código civil, al haber negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados y además por la causa 2ª del citado artículo al haberle injuriado gravemente de palabra; y a su hijo Roberto por la causa 2ª del mismo artículo antes citado, al haber injuriado gravemente de palabra al testador y además maltratado gravemente de obra”.

Ante estos hechos, el Tribunal Supremo argumenta que “en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva (...), no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo”. Es decir, conforme a la sentencia número 2484/2014, es necesario diferenciar el hecho de que las causas de desheredación estén tasadas, de la interpretación más o menos restrictiva de las mismas. La justificación causal para acometer la desheredación debe encuadrarse en el articulado destinado al efecto, pero existe la posibilidad de interpretar, de forma extensiva, el contenido de dichos preceptos.

---

<sup>707</sup> STS 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014/3900).

Concretamente, de acuerdo a la sentencia citada, en lo referente al maltrato de obra es imprescindible que las causas sean “objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”.

Por ello, es necesario considerar el maltrato psicológico “como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”. De esta manera, el nuevo criterio incluye, en la causa de desheredación del maltrato de obra, aquellos daños no físicos provocados por el abandono emocional, siempre que estos puedan considerarse, o tengan cabida, dentro del maltrato psicológico<sup>708</sup>.

Sin embargo, esta interpretación extensiva de la causa de desheredación del maltrato de obra no se asienta hasta un año más tarde, pues el 30 de enero de 2015 el Tribunal Supremo<sup>709</sup> resuelve un segundo caso en el que vuelve a incluir el maltrato psicológico como elemento causal de la *exhereditio*. En este caso, en los hechos acaecidos quedó probado que “la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación” y que, “además le dejó desde entonces sin ingresos con los que afrontar la vida”. Pero así los hechos, curiosamente, la Audiencia Provincial de la que trae causa este recurso de casación, considera no haber lugar al maltrato de obra “por muy reprochable y grave que resulte dicho comportamiento, con el añadido además de la prolongada litigiosidad instaurada en el seno familiar por tal motivo, y consiguiente afectación profunda de la testadora que cabe inferir”.

---

<sup>708</sup> En contra de este criterio, por su dificultad práctica, CARRAU CARBONELL, José María: “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, 2015, p. 252, señala que “podría suponerse entonces que el Tribunal Supremo ha incluido, como maltrato de obra, el maltrato psicológico por menosprecio y abandono familiar; pero no la simple ruptura de vínculos y abandono emocional. Ésta diferenciación se antoja hartó complicada. Podría entenderse que si los hijos o descendientes del testador, simplemente, no le llaman con frecuencia o no le visitan habitualmente, ello no es una justa causa para desheredarlos; y sólo lo será cuando efectivamente se haya producido una ruptura absoluta de comunicación, extendida en el tiempo, que haya provocado un verdadero padecimiento en el testador, hasta el punto de suponer un incumplimiento al deber de respeto que, conforme al adverbio ‘siempre’ del artículo 154.2 del Código Civil, es vitalicio”.

<sup>709</sup> STS 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015/639).

No obstante, el Tribunal Supremo mantiene el mismo criterio y señala que “de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala no es necesario el empleo de violencia física para configurar la situación de maltrato de obra que da pie a entender aplicable la aludida causa de desheredación. Ha quedado probado que la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación que, engañada, le obligó a hacerle a él y a sus hijos, ante notario, con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social en la que resulta altamente reprobable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre”.

Así, puede concluirse, que la jurisprudencia habilita una nueva interpretación extensiva de la causa de desheredación de maltrato de obra contenida en el art. 853.2 del Código civil<sup>710</sup>, y

---

<sup>710</sup> Aceptando esta nueva interpretación extensiva, la STSJ Cataluña 41/2015, de 28 de mayo (RJ 2015/3761): “A los efectos anunciados, estamos de acuerdo con el TS, por un lado, en que los malos tratos o injurias graves de palabra, como causas justificadas de desheredación y de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una "interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen", y, por otro lado, en que en la actualidad, el maltrato psicológico, como "acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima", debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra como causa de desheredación, tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitucional, basado en "la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE)"; como porque así viene requerido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004, de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del TS y de esta Sala, "no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 827/2012 de 15 enero) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de *favor testamenti* (STS 624/2012, de 30 octubre de 2012)".

En mismo sentido expone la SAP A Coruña 306/2014, de 27 de noviembre (JUR 2015/79445): “Ha de asumirse como postura interpretativa adecuada la expresada por la reciente y difundida STS nº 258/2014 de 3/6/2014 pues, aunque no nos hallamos en el ámbito normativo del derecho común como luego se desarrollará, la identidad de la regulación legal del presupuesto de la desheredación en la norma gallega hace que tal pauta interpretativa, en ausencia de jurisprudencia propia y distinta del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre la cuestión, deba guiar la interpretación de la norma autonómica, en especial dada la primacía de la voluntad del causante y la restricción de la extensión de la legítima introducidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006. Dicha resolución considera que la imposibilidad de analogía o de interpretación extensiva de las causas de desheredación no equivale a un criterio valorativo rígido o sumamente restrictivo, sino que ha de permitir una “interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”, para considerar que “el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”, para concluir, que “fuera de un pretendido "abandono emocional", como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre (...)”.

que permite considerar, también, como maltrato de obra el maltrato psicológico<sup>711</sup>. La doctrina, sin embargo, no parece estar del todo conforme con la dirección de este nuevo criterio, y no precisamente por la inclusión del maltrato psicológico, sino por haber desaprovechado la oportunidad de considerar el abandono familiar o la pérdida de la relación afectiva, también, como maltrato de obra, todo ello sin tener que ligar, en todo caso, ese abandono con el posible daño y perjuicio psicológico que presupone el maltrato. Y es que esta apertura interpretativa continúa sin responder a una forma de maltrato que se fundamenta en el desafecto familiar, pues en caso de no poder probar conexión entre abandono y maltrato psicológico, el desafecto no puede considerarse causa de desheredación<sup>712</sup>.

Estas contrariedades, en cambio, encuentran su excepción en el ordenamiento civil catalán. Como se ha señalado anteriormente, el Código civil catalán prevé causas de desheredación

---

<sup>711</sup> Resume GUTIÉRREZ LIMA, Beatriz: “Causas de la...”, cit., p. 292, que “doctrinalmente el Tribunal Supremo no reconoce como causa de desheredación la falta de relación familiar o el abandono emocional, pero sí podemos afirmar que reconoce que, tanto una como otra situación pueden ser consideradas maltrato psicológico, “*entendiendo que el abandono emocional, contrario a los deberes inherentes a toda relación paterno-filial, puede ser considerado un maltrato psicológico*” en la sentencia de 3 de junio de 2014. Mientras la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 equipara el maltrato psicológico con el menoscabo y deterioro de la salud mental de la víctima”. En el mismo sentido, PÉREZ CONESA, Carmen: “El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del art. 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial reciente”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2015, p. 121.

<sup>712</sup> De acuerdo a ALGABA ROS, Silvia: “Maltrato de obra...”, cit., p. 11, “desde esta perspectiva se trata de determinar si el abandono emocional tiene encaje en la causa de maltrato de obra. El art. 853.2 CC al referirse al maltrato de obra como justa causa de desheredación, es una disposición jurídica incompleta en cuanto que en la misma sólo contiene un supuesto de hecho que necesita de otra disposición donde se acoja la consecuencia jurídica. Y es además una disposición que incorpora un concepto jurídico indeterminado pues los términos “maltrato de obra” tienen un contenido impreciso”.

En el mismo sentido, CARRAU CARBONELL, José María: “La desheredación por...”, cit., pp. 252-253 defiende que los notarios, en el momento que escuchan “al testador para redactar el testamento conforme a su voluntad, debe realizarse la labor de averiguación, para dilucidar cuál es la situación de éste. Deberá partir de la definición del maltrato psicológico que hace la propia sentencia como «acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima». Posiblemente dos criterios para poder saber si concurre justa causa de desheredación sean: en primer lugar, el tiempo durante el cual la relación familiar ha sido inexistente (no es lo mismo un distanciamiento puntual que una completa ausencia de relación paterno filial); y en segundo lugar, el padecimiento que ello ha infringido en el testador, el cual a pesar de ser un criterio subjetivo, es fácilmente identificable cuando el testador se explica abiertamente, y en confianza, al Notario para darle a conocer su voluntad. No olvidemos que la causa que aparece redactada en el Código Civil es el «maltrato de obra» y por tanto, deberá identificarse un verdadero maltrato psicológico. Estos criterios pueden servirnos a los Notarios para asesorar al testador sobre la viabilidad de su desheredación. Pero, en todo caso, el testamento se redactará conforme a su voluntad, por lo que, si el testador quiere desheredar, a pesar de que dudemos sobre la existencia de los requisitos para que pueda hablarse de maltrato de obra, deberemos redactar la cláusula de desheredación, conforme al artículo 849 del Código Civil, advirtiendo previamente al testador de que su eficacia definitiva dependerá de que el desheredado impugne y de que se pueda probar efectivamente el maltrato psicológico”.



disparas a las establecidas en el Código civil; por un lado, debido a la unificación que realiza de dichas causas sin importar a qué sujeto legitimario se refieren, y, por el otro, relativo al fondo, por la inclusión de una causa, hasta el momento ‘innovadora’<sup>713</sup>. Conforme al artículo 451-17.2 del Código civil catalán, se permite la desheredación por “*la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario*”.

Es decir, por vez primera, se incluye una causa de desheredación en la que prima la relación de afectividad respecto de los lazos sanguíneos, y que, por lo tanto, permite desheredar a cualquier legitimario atendida la relación que media entre él y el causante. En este sentido, se realiza una interpretación extensiva de lo que en el Código civil se denomina maltrato de obra, y se prevé la *exheredatio* incluso en los supuestos en los que, sin probar propiamente el maltrato, sea físico o psicológico, no exista relación afectivo-familiar. El abandono familiar, tal y como se ha indicado, supone de base un desamparo, una desasistencia, que es incompatible con los deberes que derivan de la relación jurídica paternofamiliar<sup>714</sup>.

Sin embargo, el propio artículo demanda que este abandono familiar cumpla ciertos requisitos. En palabras de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>715</sup>, esta causa de desheredación: “Ofrece dos aspectos esenciales para su aplicación, que se contraen a: 1º. Que la ausencia de relación familiar sea manifiesta y continuada, es decir que sea ‘conocida’ y ‘no esporádica’, lo que es igual a la práctica inexistencia de vínculos no sólo afectivos sino

---

<sup>713</sup> En palabras de FARNÓS AMORÓS, Esther: “Desheredación por ausencia...”, cit., p. 454, “mediante la ampliación de las causas de desheredación el libro cuarto continúa el proceso de erosión de la legítima. Con ello, pese a seguir previendo una legítima corta (art. 451-5 CCCat), el legislador catalán contribuye a debilitarla, favoreciendo la libertad de testar. La causa de desheredación objeto de estudio es desconocida allí donde es de aplicación el CC o las otras legislaciones autonómicas en materia sucesoria, y también constituye una excepción en derecho comparado”.

<sup>714</sup> De acuerdo a DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “Libertad de testar...”, cit., p. 42, “el legislador catalán, que defiende el mantenimiento de esta clásica institución romana de la legítima, opta junto a ello por buscar un punto de equilibrio entre los conceptos de libertad de testar, sucesión y protección de la familia. Se pretende enlazar con alguna justificación, por una parte, el mantenimiento de la legítima y por otra, su evolución, en consonancia con la de nuestra sociedad, todo ello sin ignorar lo que está ocurriendo en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, el sistema legitimario y las causas de desheredación reguladas en el vigente Código civil catalán suponen un claro acercamiento a los sistemas de reconocimiento de derechos sucesorios basado en el comportamiento”.

<sup>715</sup> SAP Barcelona 37/2014, de 13 de febrero (JUR 2014/85318).

de contacto físico y que estos sean ‘notorios’ para todos los de su entorno. 2º. Que esta ausencia sea ‘exclusivamente imputable al legitimario’, en otras palabras, que el causante no haya sido la causa de este alejamiento, que sólo en aquellos supuestos más sangrantes pueda producirse en ocasiones, como los malos tratos, abusos, etc... Siendo, sin duda, muy difícil valorar otras circunstancias que quedan dentro de la intimidad familiar, como podían ser las diferencias ideológicas, de carácter, desavenencias, o de cualquier otra índole, que provoque la distancia entre los legitimarios y el causante”.

Conviene adentrarse, pues, en el estudio de estas dos premisas para la aplicabilidad de la causa de desheredación relativa a la no existencia de relación afectivo-familiar: la propia ausencia, que debe ser manifiesta y continuada, y su imputabilidad al legitimario<sup>716</sup>. Ciertamente, la Ley no recoge una explicación de lo que supone esa falta de relación familiar, aunque cabe interpretar que hace referencia a la carencia de una relación afectiva, que se presupone debe mantenerse con aquellos familiares más cercanos. Esta falta de concreción, provoca, automáticamente, el cuestionamiento de cuándo ocurre esta falta de relación familiar, pues las mismas relaciones afectivas son completamente subjetivas, no siendo posible, en principio, estipular de antemano si concurre o no distanciamiento<sup>717</sup>.

---

<sup>716</sup> Opina ALGABA ROS, Silvia: “Maltrato de obra...”, cit., pp. 15 y 16, que “ambas interpretaciones son complementarias y nos alertan de que, si bien esta causa potencia la libertad de testar, también fomenta la subsistencia del sistema de legítima pues permite su adaptación a las actuales necesidades familiares. En cualquier caso, esta causa tiene un ámbito de aplicación más amplio que el abandono emocional pues incluye todo supuesto de ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares por causa imputable al legitimario. El abandono emocional implica una ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares cualificada pues implica que existe una hiriente desatención personal por el ascendiente. En cualquier caso, conviene traer a colación que esta causa ha sido también valorada de forma restrictiva, lo que implica que en los tribunales hayan exigido una escrupulosa prueba de los presupuestos que la configuran”.

<sup>717</sup> VAQUER ALOY, Antoni: “Acerca del fundamento de la legítima”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017, p. 12, expone que “a causa de desheredación del art. 451.17.e CCCat exige que la falta de relación familiar sea manifiesta y continuada por una causa exclusivamente imputable al legitimario. La doctrina ha señalado con unanimidad que esta causal obliga al juez a indagar en las intimidades de la familia, cuestión nada fácil por las dificultades probatorias, y que supone un margen de arbitrio judicial que puede conducir a un aumento de la litigiosidad. Lo cierto es que la exigencia de la imputación exclusiva de la falta de relación familiar al legitimario diluye notablemente la solidaridad intergeneracional. La desheredación sólo prospera ante los casos más graves de abandono o de ejercicio de algún tipo de violencia sobre el causante. La jurisprudencia es reveladora en este sentido: en la SAP Barcelona, Secc. 17.ª, 4 de febrero de 2013, se estima probado que el hijo desheredado y su esposa echaron al padre de su vivienda en pijama, además de insultarlo y maltratarlo; en la SAP Barcelona, Secc. 14.ª, 30 de abril de 2014, se constató que la falta de relación se prolongó por más de diez años y que el hijo no asistió al funeral de su padre causante; y en la SAP Lleida 7 de mayo de 2015, además de los años de falta de contacto personal, hay acusaciones de envenenamiento y la inasistencia del legitimario al funeral del marido de su madre”.

La propia jurisprudencia ha tratado de esclarecer si la convivencia es requisito indispensable en la relación afectiva, pudiendo deducirse que, en la actualidad, no es necesario que medie convivencia para que exista un vínculo de carácter afectivo. En sentido contrario, no es causa de desheredación la independencia del núcleo familiar, pues las visitas y el trato continuado pueden justificar la adquisición o el mantenimiento de la relación afectiva. Mediante sentencia, la Audiencia Provincial de Girona<sup>718</sup> esclarece este aspecto al señalar que “en cuanto a la falta de relación la doctrina considera que para que exista esta ausencia de relación es necesario que no haya contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver, discurriendo sus vidas por caminos diferentes. Puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación”.

A tal efecto, subraya la Audiencia Provincial que “habrá que atender a las costumbres que existan y se prueben en el tiempo y en el lugar. La ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto, pero deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias. En segundo lugar, la ausencia de relación debe ser continuada y manifiesta. Es decir, sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga. Asimismo, esa falta de relación debe ser manifiesta, lo cual exige que se trate de una ausencia evidente y, por lo tanto, que sea conocida por terceras personas próximas al ambiente familiar de las partes. En tercer lugar, la ausencia de relación debe ser imputable exclusivamente al legitimario”.

Por lo tanto, esta falta de relación entre causante y legitimario además de ser inexistente debe ser prolongada en el tiempo, no siendo suficiente para su apreciación temporal el transcurso de un lapso en el que, por problemas o enfados puntuales, no exista contacto alguno. Se trata, en este sentido, de constatar una ruptura continuada de la relación familiar<sup>719</sup>. Pero, tal y

---

<sup>718</sup> SAP Girona 267/2014, de 1 de octubre (JUR 2014/298975).

<sup>719</sup> En este sentido, ALGABA ROS, Silvia: “Maltrato de obra...”, cit., p. 19, indica que “sí existe capacidad de imputación suficiente en el desheredado, un segundo requisito se exigiría: ausencia de relación entre padre y descendientes, manifiesta, continuada y constante en el tiempo. No se puede tratar de una situación temporal pues por todos es conocido que el conflicto es sustancial en las relaciones humanas y sólo cuándo éste alcance

como ocurre con la concepción de la falta de relación, la Ley no establece el plazo según el cual, tras su transcurso, pueda considerarse como prolongado en el tiempo dicho distanciamiento familiar, dando lugar a la arbitrariedad de esta causa de desheredación. Los tribunales, por su parte, estipulan un mínimo de 10 años para entender que la ausencia de relación familiar es, ciertamente, prolongada en el tiempo<sup>720</sup>, aunque tampoco es posible establecer, de antemano, las posibles variables de este plazo. ¿Qué ocurre en caso de distanciamiento de 10 años, pero con posterior acercamiento? ¿Equivale a reconciliación? ¿Y el supuesto en el que, sin llegar a esos 10 años, el abandono para con el causante, en sus últimos años de vida, ha sido total? Es preciso que el legislador catalán dé respuesta a estas cuestiones y que complete la redacción actual para tratar, al menos, de responder a alguna de las tesis planteadas y ofrecer, así, mas dosis de seguridad jurídica<sup>721</sup>.

Al margen de la carencia de relación afectiva de forma continuada en el tiempo, el artículo 451-17.2 del Código civil catalán es claro al señalar que, para la concurrencia de esta causa de desheredación, es indispensable, además, que el abandono emocional sea exclusivamente imputable a la persona legitimaria. Es decir, la ruptura de la relación familiar debe provenir por comportamientos que, únicamente, son atribuibles al desheredado. Resulta evidente que cerciorar la concurrencia de este requisito es prácticamente insoluble, pues el elemento probatorio debe adentrarse en la intimidad de la persona y en la valoración subjetiva de unos hechos que rayan en exceso con el poso moral de las personas. La ruptura de cualquier tipo de relación, no solo en el ámbito familiar, suele corresponder, normalmente, a actitudes y comportamiento de ambas partes: no contestar una llamada, no permitir una visita... Supuestos, todos ellos, en los que ligar a un único sujeto la responsabilidad de la ruptura es enormemente difícil<sup>722</sup>.

---

unos caracteres relevantes en atención a su prolongación en el tiempo se cumplirá este presupuesto que quedará sometido a la libre apreciación de los tribunales”.

<sup>720</sup> Así, la SAP Barcelona 212/2006, de 4 de mayo (JUR 2006/272116), y la SAP Girona 335/2004, de 18 de octubre (JUR 2004/310006), estipulan el tiempo en once y diez años respectivamente.

<sup>721</sup> Misma conclusión mantiene FARNÓS AMORÓS, Esther: “Desheredación por ausencia...”, cit., pp. 475-478.

<sup>722</sup> En este sentido, véase, la SAP Tarragona 481/2013, de 18 de diciembre (JUR 2014/21780); o la SAP Barcelona 37/2014, de 13 de febrero (JUR 2014/85318), FJ segundo, en el que se hace constar que es “muy difícil valorar (...) circunstancias que queden dentro de la intimidad familiar, como podían ser las diferencias

Con todo, cabe concluir, que no existe una propuesta plena que incluya el distanciamiento o el abandono familiar como causa de desheredación. Ciertamente, el ordenamiento civil catalán no limita la causalidad de esta ruptura afectiva a un posible supuesto de maltrato psicológico, interpretación del Tribunal Supremo que queda obsoleta para con las necesidades y vicisitudes de la sociedad actual<sup>723</sup>. Sin embargo, la sujeción forzosa que como nexa plantea el Código civil catalán entre la ruptura familiar y la persona legitimaria, para la aplicación de la desheredación, supone una dificultad probatoria tal que limita la libertad dispositiva del causante a la hora de valorar si concurre o no abandono afectivo.

## VI. EL ELEMENTO FORMAL

El aspecto formal de la desheredación está regulado por el artículo 849 del Código civil, en el que se establece que “*solo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde*”. El precepto exige el cumplimiento de dos elementos que toda *exhereditio* debe satisfacer para la validez de la misma. Por un lado, la disposición que contenga la desheredación deberá constar en testamento, cualquiera que sea su clase y dentro de las formas legalmente admitidas. En todo caso, no puede obviarse que este requisito formal también puede cumplimentarse, en diversos ordenamientos civiles autonómicos, al establecer la desheredación en cualquier otro instrumento ordenador, sea pacto sucesorio, codicilo o acto de ejecución de la fiducia<sup>724</sup>.

---

ideológicas, de carácter, o de cualquier otra índole, que provoque la distancia entre los legitimarios y el causante”.

<sup>723</sup> CARRAU CARBONELL, José María: “La desheredación por...”, cit., p. 256, cita a este respecto, las palabras de Victorio Margariños, recogidas en un artículo publicado en *El Mundo* el 3 de septiembre de 2014: “Esta sentencia supone un paso importante en el proceso de libertad de disposición de los bienes para después de la muerte, y su fundamentación no es ajena a la defensa del valor de dignidad de la persona, germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales. Pero, por muy justa que sea una sentencia, los problemas de fondo siguen ahí, enquistados en una legislación anticuada, pues la solución no puede remitirse a los tribunales, que han de enjuiciar cada caso, con las dificultades que ello supone y lo gravoso que resulta”.

<sup>724</sup> Comenzando por el **ordenamiento aragonés**, y realizando una comparativa con los requisitos formales del Código civil, señala SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 120, que “estos son los requisitos de la desheredación con causa legal. Es una declaración del causante o su fiduciario, expresada en el título sucesorio, de querer privar al legitimario de participar en la herencia, especificando que lo hace por haber incurrido éste en alguna de las causas legales de desheredación. La causa legal alegada ha de ser cierta. En la norma queda claro que también el fiduciario puede desheredar en el acto de ejecución de la fiducia, siempre

Por otro lado, y este sí es un requisito rígido, es necesario que la voluntad *exheredatoria* y la causa que la motiva se hagan constar de forma expresa. Es más, y adicionando el primer elemento formal, esta intención debe expresarse por parte del causante a través de negocios de ordenación sucesoria<sup>725</sup>. En cambio, y como se profundizará más adelante, en lo que respecta a la fórmula empleada<sup>726</sup> para manifestar dicha *voluntas*, esta puede ser indiferente, siempre y cuando recoja, inequívocamente, la intención de excluir al legitimario de la sucesión del causante.

En lo tocante al primer elemento formal, la obligatoriedad de testamento o instrumento de ordenación sucesoria, cabe destacar que es preciso que la desheredación conste en un instrumento válidamente otorgado. Es decir, una vez admitida la libertad de forma en la expresión de la voluntad *exheredatoria*, deviene trascendental que el instrumento cumpla con los requisitos legales establecidos para su validez<sup>727</sup>. En este sentido, el artículo 687 del Código civil es claro al afirmar que “*será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en este capítulo*”. Entre las formalidades legales para los testamentos abiertos autorizados por Notario –los más comunes y los que, a su vez, engloban los requisitos esenciales-, se observan las que siguen: la capacidad del

---

que el causante le haya atribuido facultades para determinar los derechos que en la sucesión corresponden a los descendientes”.

En cuanto al **ordenamiento catalán**, indican VAQUER ALOY, Antoni y DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “La legítima en Cataluña”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, Civitas, Pamplona, 2011, p. 2055, que la desheredación “debe constar en testamento, codicilo o pacto sucesorio. Hay que destacar que la posibilidad de desheredar en codicilo es una novedad del CCCat, pues los art. 122.2 y 369 CSC lo prohibían. No cabe desheredarlo en acto entre vivos, ni tan siquiera en donación *mortis causa*”.

En el **ordenamiento gallego**, por su parte, debe recordarse que “las innovaciones que trae la ley gallega en relación con la justa desheredación tienen su causa, no en las reglas específicamente dedicadas a la desheredación, sino en el reconocimiento legal de aquellas formas de testar” (DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María: *La legítima de...*, cit., p.51), por lo que queda excluido, como instrumento ordenador de una sucesión, el pacto sucesorio.

<sup>725</sup> En este sentido, confirman TORRES GARCÍA, Teodora F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en...”, cit., p. 1882, que “además de la necesidad de que la desheredación sea hecha en testamento, para evitar que pueda presumirse o deducirse de otro tipo de negocios realizados por el testador, hace falta que se exprese la causa y que ésta sea una de las tipificadas por la ley, debiendo constar de manera clara y terminante por suponer la exclusión en la sucesión de un legitimario”

<sup>726</sup> Sobre posibles ejemplos de fórmulas para realizar la desheredación, véase, REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en...*, cit., pp. 51 y ss.

<sup>727</sup> ALGABA ROS, Silvia: “Artículo 848”, cit., p. 1002.

ordenante, la manifestación de la voluntad, la correcta redacción del testamento, su firma, y por último, la intervención de testigos<sup>728</sup>.

En cuanto a la incidencia de este elemento formal en los instrumentos ordenadores que adiciona la Ley 5/2015 para llevar a cabo la desheredación, cabe destacar que el testamento mancomunado debe revestir, necesariamente, forma notarial abierta, y que la sucesión paccionada, para formalizarla válidamente, debe recogerse, forzosamente, en escritura pública<sup>729</sup>. En todo caso, tampoco puede obviarse que el instrumento ordenador en cuestión no puede haberse revocado<sup>730</sup>, pues para producir los efectos de desheredación deseados, es necesario que no medie reconciliación o perdón por parte del causante.

Así, de acuerdo al régimen jurídico de la revocación (art. 856 CC), si el testamento que contiene la desheredación es revocado o deviene nulo, la *exheredatio* no va a producir efecto

---

<sup>728</sup> A este respecto, RIVAS MARTINÉZ, Juan José: “Artículo 687”, *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 373 y ss., en relación a las formalidades en la redacción y confección de los testamentos, advierte que “es en este aspecto donde se aprecia en toda su importancia la doctrina del art. 687, pues se refiere precisamente a ‘formalidades’ y dentro de estas se pueden destacar: la manifestación o exteriorización de la última voluntad del testador; la redacción del testamento; la solemnidad de la firma del testador (y de los testigos en su caso) y la unidad del acto”.

Para complementar esta información, véase, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1973, pp. 359 y ss.

<sup>729</sup> Sobre la forma testamento mancomunado en la LDCV, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Sucesión testamentaria en...”, cit., pp. 329 y 330, señala que “pues bien, la nueva Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, se ha decidido, plausiblemente, por la misma solemnidad del testamento abierto ante notario, anteriormente exigido por la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, relativa al Fuero de Gipuzkoa (...). También ahora, finalmente y tal cual, ha sido adoptado como apartado 6 del artículo 24 LDCV: 6.- *El testamento mancomunado solo podrá revestir forma abierta, y deberá otorgarse, en todo caso, ante notario*”. El preámbulo de dicho *Estudio*, subrayaba la idea de que no se menoscaba el principio de autonomía por el hecho de tener que encauzarse la propia voluntad sucesoria francamente, ante notario, exigencia que atiende congruentemente el principio de seguridad jurídica, a la vez que visibiliza y promociona las aclaraciones y el consejo del experto autorizante”.

Por su parte, en relación a la sucesión paccionada en la LDCV, IMAZ ZUBIAUR, Leire: “La sucesión paccionada”, cit., p. 355, indica que “en cuanto a la forma que ha de contener el pacto sucesorio para su válido otorgamiento, ha de subrayarse que éste debe constar, ineludiblemente, en escritura pública (art. 100.4 LDCV), capitular o extracapitular. Un pacto sucesorio válido será, por tanto, el que conste en soporte documental público”.

<sup>730</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 193, recalcan que “valdrá la hecha en cualquier testamento no revocado, y no deberá entenderse revocado el testamento que contenga la desheredación por el posterior con disposiciones diferentes, si este posterior omite mencionar al legitimario. No vale la desheredación en documento distinto, y ni aun la expresión de causa de la hecha sin ella en testamento”.

alguno, ya que la revocación equivale a la reconciliación o perdón del ofendido<sup>731</sup>. Es más, a tenor de este mismo precepto, la reconciliación tiene carácter irrevocable, por lo que el *de cuius* no podrá desheredar de nuevo al legitimario alegando el mismo motivo. Aunque el testamento revocado recupere su eficacia en virtud de uno nuevo, la desheredación no recobrará su eficacia inicial<sup>732</sup>.

En cuanto al segundo elemento formal, que se adjunta a la obligatoriedad de testamento o instrumento de ordenación sucesoria para que la decisión de desheredar sea válida, es necesario que el continente negocial recoja de forma expresa tanto la causa legal en que se funda la desheredación, como la persona a la que va a afectar<sup>733</sup>. Respecto al primer extremo, es suficiente la ‘expresión de causa’ que, aun sin precisar el hecho ni referirse a una causa legal genérica ni específicamente determinada, las palabras con las que el causante se exprese sean suficientemente explícitas para hacer entender que se refiere a hechos ocurridos calificados por la Ley como causa de desheredación<sup>734</sup>. En todo caso, la causa alegada debe ser cierta para desplegar los efectos deseados, aunque, indudablemente, la expresión de una causa de desheredación determina una presunción *iuris tantum* de veracidad de la misma. En este sentido, en el supuesto de que el desheredado niegue los hechos alegados para justificar la *exhereditio*, corresponde a los herederos del causante demostrar su veracidad; pero a falta

---

<sup>731</sup> REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en...*, cit., p. 53.

<sup>732</sup> Adiciona a esta idea GUTIÉRREZ LIMA, Beatriz: “Causas de la...”, cit., p. 274, que “si el causante muere con varios testamentos nos podemos encontrar con varias situaciones: cuando el testador deshereda en un testamento y posteriormente realiza uno nuevo y en él revoca la desheredación, dicha desheredación deviene ineficaz y el testador no podrá desheredar a la misma persona por la misma causa por la que la desheredaron en el primer testamento; en el caso que el testador revoque el anterior sin hacer mención al desheredado, la desheredación sería eficaz, revocándose las demás disposiciones testamentarias. Pero si en el segundo testamento el causante adjudica bienes al desheredado, la desheredación queda revocada, mientras que si el testamento es declarado nulo o ineficaz lo mismo ocurriría con la desheredación”.

<sup>733</sup> “El legislador exige que la voluntad del causante de excluir de su herencia a un sucesor forzoso debe manifestarse expresamente (...). El testamento debe recoger inequívocamente la voluntad del testador en este sentido, dando igual la fórmula usada al respecto siendo lo importante que todas ellas manifiesten su intención de excluir al legitimario de su herencia” (REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en...*, cit., p. 51.)

<sup>734</sup> Esta causa va a poder ser designada, bien con los términos concretos en que viene concebida en el Código Civil, o bien por sus hechos constitutivos, siempre y cuando resulte inequívoca la causa amparada. Puede, incluso, que la causa de desheredación venga recogida en un testamento posterior, siendo imprescindible que la voluntad de apartar al legitimario de la herencia sea clara. Así lo afirma VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans.: “Comentarios al art. 849 CC”, *Comentarios al Código Civil*, XI, Edersa, 1982, p. 526.



de negación por parte del desheredado, la causa alegada produce efectos, sean estos ciertos o no, por presunción legal<sup>735</sup>.

En cuanto al legitimario al que se desea desheredar, también debe ser designado de forma expresa, por lo que aquí son de aplicación las normas para la designación del heredero contenidas en los artículos 772 y 773 del Código civil<sup>736</sup>. De esta forma, en caso de que se pretenda desheredar a más de un legitimario, deberá hacerse mención por separado a la exclusión de cada uno de ellos, así como a la causa por la que se les deshereda, siendo nula toda cláusula de desheredación conjunta<sup>737</sup>.

Resulta esclarecedora, a este respecto, la resolución de la DGRN, número 8589, de 23 mayo 2012, al afirmar que “puesto que la consecuencia de la desheredación es la privación del

---

<sup>735</sup> Sobre este carácter de presunción de la causa de desheredación, ALGABA ROS, Silvia: “Artículo 849”, cit., pp. 1003 y 1004. La misma autora adiciona, sobre la necesidad de que la causa sea cierta que “la causa de la desheredación debe existir en el momento de formalizar el testamento. No tiene trascendencia que dicha causa exista con posterioridad, porque ello implicaría admitir la existencia de una sanción cuando todavía no se ha realizado el hecho sancionable”.

<sup>736</sup> De acuerdo a GÓMEZ CALLE, Esther: “Artículo 772”, *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, p. 701, “el art. 772 CC regula la manera en que debe designarse al heredero a fin de cumplir con la exigencia de certeza que consagra el art. 750 CC; no se trata de imponer ninguna fórmula solemne o exigencia formal al respecto; nuestro Derecho, conforme a su tradición histórica, no le exige; pero sí es preciso que la designación de heredero y legatario se haga de *tal forma que no deje lugar a dudas acerca de a quien quiso nombrar* el testador, este es, que resulte clara e inequívoca. En realidad, como ha apuntado algún autor, la claridad y la certeza es un requisito de validez y eficacia de cualquier declaración de voluntad negocial. Por ello, aunque el párrafo primero del art. 772 CC comienza expresándose en unos términos que parecen imponer la *designación nominal* (por nombre y apellidos) del heredero, el párrafo segundo revela en seguida que ello no es así, pues basta con que se le designe de modo que no pueda dudarse su identidad”.

<sup>737</sup> A este respecto, GUTIÉRREZ LIMA, Beatriz: “Causas de la...”, cit., p. 274, señala que “en cuanto al testamento en el que se deshereda al heredero forzoso (...) en él debe hacerse referencia expresa a la persona o personas a las que se deshereda. Pudiéndonos encontrar diferentes escenarios como que el testador puede desheredar en testamento a todos sus herederos y no nombrar a ningún sucesor, desheredando también a los herederos *ab intestato* (testamento negativo); que, el testador desherede a uno o varios herederos, detallando quiénes son las personas que deben heredar, haciendo mención en los dos casos anteriores a la exclusión de cada uno de ellos y a la causa por la cual se les deshereda, siendo nula la cláusula de desheredación conjunta; y por último, que el testador decida repartir sus bienes en legados y así evitar que se abra la sucesión intestada”.

Sobre el testamento negativo, REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en...*, cit., p. 53, advierte que “puede, incluso, suceder que el testamento tenga por finalidad única ya no ordenar la sucesión del testador sino establecer la desheredación, respetando uno anterior en el que se nombraran sucesores o se repartiera la herencia o sin necesidad de que haya ninguna otra disposición testamentaria de atribución de bienes o de nombramiento de sucesor, sería el caso del testamento negativo. El testamento negativo recoge la voluntad del causante de excluir a los herederos forzosos o a algunos de ellos, sin nombrar sucesor, pudiendo excluir tanto a los legitimarios para lo que se exigiría los requisitos vistos, o, incluso, a los herederos *ab intestato*”.

derecho a la percepción de la porción legitimaria, tal desheredación exige, además de hacer constar la causa en la que se fundamenta (...), la concreta determinación de las personas que han incurrido en la causa de la misma invocada por el testador. Este extremo resulta del testamento en cuanto a la designación nominativa de los hijos desheredados, pero no así respecto de los descendientes de éstos a los que se imputa una conducta incursa en el supuesto del artículo 853.2º CC. Así, no resulta del documento calificado, como primera premisa, si los hijos desheredados tienen o no descendencia, y, en segundo lugar, caso de que efectivamente existan descendientes, cuáles de ellos han incurrido en causa de desheredación, pues los descendientes no afectados por tal causa representarán a los desheredados en la partición del causante, conservando su carácter de herederos forzosos en cuanto a la legítima”. La misma resolución va más allá, y a la obligatoriedad de la identificación le adiciona, incluso, la necesidad de incluir la fecha de nacimiento del desheredado para, dado el caso, poder apreciar si, para cuando son desheredados, al tiempo de otorgarse el instrumento ordenador, cuentan con esa mínima madurez que permite imputarles la conducta desheredante<sup>738</sup>.

---

<sup>738</sup> Debe recordarse en este punto lo tratado en el aspecto subjetivo de la desheredación, pues la doctrina tampoco tiene un criterio unánime sobre qué capacidad se requiere para incurrir en dichas causas, y ante el silencio del Código civil, es necesario aventurar conjeturas u alternativas dispares. Inicialmente, puede parecer que, la capacidad requerida en todo caso es, precisamente, la capacidad penal: para incurrir en las causas relativas a los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 756 del Código civil, es indispensable la condena por sentencia firme, y esto supone, obligatoriamente, contar con la edad de dieciséis años. Pero un análisis más exhaustivo de las causas de desheredación revela que en ciertos supuestos la capacidad penal no es suficiente o que, en otras ocasiones, pueda incluso plantearse una edad inferior a los dieciséis años y valorar la propia capacidad física o mental. De esta manera, las causas de desheredación que derivan de la negación de alimentos requieren de la capacidad de obrar, es decir la mayoría de edad o la emancipación, pues la obligación de prestar alimentos presupone esa capacidad calificada. En cambio, haber maltratado o injuriado, o incluso atentar contra la vida de alguien, no requiere, *per se*, de una capacidad determinada, pues mientras no se exija sentencia condenatoria por estas causas, cualquier persona puede realizar esas conductas que son causa de desheredación. Se barajan, por lo tanto, diferentes capacidades para ser persona desheredada, tal y como ocurre en el caso del ‘desheredante’, que requiere de capacidades diversas según el instrumento ordenador elegido.

**CAPÍTULO V**  
**«LA PRETERICIÓN: LA EXCLUSIÓN POR**  
**OMISIÓN»**

## I. INTRODUCCIÓN

La preterición o *praeteritio* germina, originariamente, en el Derecho romano clásico, ya que, el principio rector de toda sucesión voluntaria para el *ius civile*, pasa por la obligación de instituir o desheredar a aquellas personas que la Ley identifica como herederas: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*. Los primeros compases de la sucesión necesaria resultan plenamente formales; los *heres* deben ser reconocidos o excluidos, no cabe término medio, y a falta de cumplimiento, el testamento devenía nulo. La fundamentación para dicha nulidad la otorga, precisamente, la preterición, que, como primera institución garante de la sucesión necesaria, corrige la *voluntas* del *de cuius* al otorgar acceso en la sucesión al *sui heredes* omitido. Tal es su reconocimiento en el Derecho romano que la regulación de la preterición se mantiene cuasi impertérrita en el tiempo y el propio Derecho justiniano, aun cuando implementa un sistema legitimario novedoso, tan solo actualiza, levemente, sus efectos, de la plena nulidad del testamento a la nulidad de la institución de heredero.

Sin embargo, la adaptación de la preterición para su encaje en el ordenamiento castellano, primero, y en el ordenamiento español, después, rompe con las previsiones romanas: al permitir atribuir los derechos legitimarios por título distinto al *heres*, la preterición como garante del aspecto formal de la legítima se diluye. La progresiva transformación de la institución culmina con la nueva redacción que propone la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. La preterición deviene dual; se prevén efectos dispares de acuerdo a la voluntad buscada o no del causante a la hora de realizar la omisión. Se antepone, en cierta medida, el *favor testamenti*, de modo que la protección que genera la institución ya no es formal, sobre el título atributivo, sino material.

En el polo opuesto a esta paulatina aclimatación de la institución de la *praeteritio* romana al ordenamiento español, se emplazan los ordenamientos sucesorios vascos, tanto el vizcaíno como el ayalés, que históricamente no han regulado ni previsto dicha institución. No es hasta las regulaciones más modernas cuando su presencia resulta manifiesta; inicialmente, sin denominación expresa y con carácter descriptivo, posteriormente, para incluirlo,

parcialmente, como supuesto de apartamiento. Pero la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, en una propuesta arriesgada, opta por regular -aunque podría decirse que escoge suprimir- la preterición en todas sus manifestaciones. Pese a que reconoce la institución, rompe totalmente con la tradición romana y equipara la omisión, sea intencional o no, con el apartamiento vasco. Así, la preterición desaparece como garante del orden legitimario en la Ley 5/2015 y toda omisión u olvido es validado por presunción legal. La institución pierde su naturaleza garante para transformarse en un cauce de exclusión sucesoria.

Por todo ello, en aras a desovillar la regulación de la omisión en los ordenamientos actuales, resulta necesario esbozar la línea histórica de la institución de la preterición, para, posteriormente, al igual que en los capítulos precedentes, adentrarnos en el estudio de su encaje actual. Solo de esta manera resultará posible conocer la configuración que se mantiene de la preterición y entender cómo se articula en el sistema legitimario moderno. Solo así se podrá concluir si la función que el Derecho romano le otorgó, para proteger la perspectiva formal de la sucesión necesaria, ha desembocado en un amparo de la vertiente material, o en el caso vasco, incluso, ha evolucionado hasta considerarse, en la norma de 2015, como cauce de exclusión sucesoria.

## **II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS**

Al igual que acontece con todos los elementos histórico-jurídicos antiguos, debido a la ambigüedad de las fuentes tampoco es sencillo datar el momento exacto en el que nace la institución de la preterición; determinar su primera aparición. Resulta indiscutible para la doctrina su encuadre en el Derecho romano: coinciden, de hecho, los autores, en que su existencia está ligada al periodo del *ius civile*, pero esa es la máxima concreción que alcanzan. En este sentido, es necesario volver a efectuar el recorrido histórico del primer capítulo, en relación a la preterición, para analizar la evolución del Derecho sucesorio romano para entender el motivo por el que se ubica la primigenia aparición de la *praeteritio* en esta etapa histórica.

Debe recordarse que en el Derecho antiguo la sucesión *mortis causa* tiene un encaje particular dentro de la primitiva estructura familiar, y que, por tanto, la *successio* no es, originariamente, una transmisión netamente patrimonial<sup>739</sup>. Junto al traspaso de los bienes de la comunidad familiar, se produce, también, una sustitución en la jefatura del grupo, primer núcleo político de la arcaica sociedad romana<sup>740</sup>. Si se acude a la Ley de las XII Tablas para examinar el alcance de la sucesión por causa de muerte, la Tabla V, relativa al Derecho sucesorio, toma como cimiento de la sucesión a la propia familia, los *adgnati*. A la muerte del *pater familias* se constituye una asociación, una comunidad familiar<sup>741</sup>, denominada *consortium inter fratres*, que garantiza la unidad económico-religiosa familiar; de la que todos son miembros y, a su vez, titulares de bienes y cargas. Tal es la focalización que se realiza sobre la familia, que la Ley no define en momento alguno la figura del *heres*, llegando a plantearse, por ciertos autores, si esta falta se debe a la inexistencia de la propia figura en esta etapa del Derecho romano o si, por el contrario, se debe a su propia obviedad; puesto que, viviendo el *heres* en *domus* o comunidad, ya es titular tanto de bienes como de cargas, es decir, es necesariamente heredero.

Así, en esta primitiva concepción de la sucesión, el *de cuius* en ningún caso puede olvidar a diferentes miembros de la familia, pues el propio patrimonio se encuentra afecto al grupo en su conjunto<sup>742</sup>. Incluso en el supuesto de que el jefe de familia fallezca *abintestato*, la norma

---

<sup>739</sup> Antes de adentrarnos en el Derecho sucesorio arcaico, como ya se subrayó en el primer capítulo, conviene recordar brevemente la contextualización de las entonces consideradas fuentes del Derecho. En la Roma arcaica existen normas provenientes de los antepasados, los *mores maiorum*, que abarcan, desde las tradiciones religiosas y los usos sociales, hasta lo estrictamente jurídico. Si bien es cierto que los ámbitos de aplicación – religioso y jurídico- de dichas fuentes se diversifican con prontitud, no es hasta la aparición de las XII Tablas, a mediados del siglo V a.C., cuando realmente puede hablarse de una plena separación de lo religioso (*fas*) y lo jurídico (*ius*). En este sentido, IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*cit., p. 87.

También sobre el origen de la sucesión *mortis causa* romana, véase, ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano*, cit., II, pp. 806 y ss.

<sup>740</sup> BONFANTE, Pietro, en las obras citadas anteriormente en el primer capítulo, es el impulsor de esta concepción de la *hereditas* primitiva, al entender que la institución de la familia romana va más allá que su patrimonio, siendo esencial, en la misma, la figura y los poderes del *pater familias*.

<sup>741</sup> De esta nueva organización, basada en que todos los *sui* contribuyen a la familia mediante su trabajo en la explotación económica familiar, se desprende la *communio*, característica poco común en el Derecho romano, pero natural en este caso, donde los intereses grupales prevalecen sobre el individualismo.

<sup>742</sup> Sobre el testamento de la época arcaica romana CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el...", cit., pp. 211 y 212 señala que "la Ley reconocía implícitamente la existencia de testamento en Roma, aunque desde luego no era el *testamentum per aes et libram* que se generalizaría en época republicana

es clara: en la sucesión legítima los primeros en ser llamados son los agnados<sup>743</sup>. Es cierto que esta sucesión legal no es, estrictamente, un mecanismo protector que la Ley confiera para garantizar que los *agnati* obtengan la titularidad del patrimonio familiar (que ya ostentan); pero ello no obsta para que dicha constatación venga a remarcar la importancia con la que la Ley viste a los parientes más próximos, en aras a garantizar su protección y su continuidad en la comunidad familiar.

Así, en esta primigenia etapa del Derecho romano, la única vía que el *pater* tiene a su alcance para poder disponer libremente del patrimonio familiar y privar del mismo a los parientes agnados pasa por retirar al heredero su condición de tal. Además, debido a la importancia que acarrea el principio de la *continuatio domini* sobre el patrimonio familiar, también se garantiza la transmisión al segundo grado de descendientes en el caso de que el *sui* del causante no herede al abrirse la sucesión, por emancipación o por premoriencia<sup>744</sup>. En la Roma primitiva, cuya institución nuclear es la familia, la pérdida de la patria potestad sobre un hijo resulta, ante todo, un episodio de máxima transcendencia, por lo que se lleva a cabo con arreglo al negocio jurídico que se recoge en la IV Tabla: la *emancipatio*, un rito repleto de formalismos y de difícil uso<sup>745</sup>.

---

progresando de la antigua *mancipatio familiae*. Del fragmento citado puede colegirse que para la Ley de las XII Tablas, la sucesión testamentaria era la delación hereditaria preferente, lo cual no significa que fuera la más frecuente, ya que el testamento en esta época no era un negocio esencialmente privado, sino un acto público que había de otorgarse en unos días o circunstancias muy concretas y cuyo contenido básico, más que obedecer a una libertad personal de disposición, se ajustaba a unos criterios sociales y morales ya preestablecidos que estaban en consonancia con el tipo de sociedad y familia romana”.

<sup>743</sup> Los agnados son aquellas personas que están sometidas a la potestad del *pater* o que lo estarían si aún viviese. Este parentesco jurídico no se fundamenta en las relaciones de sangre, siendo posible que dentro de una familia agnaticia existan personas vinculadas por otro tipo de lazos. IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano Historia...*cit., pp. 478 y 479.

<sup>744</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el...", cit., pp. 215-218. Este derecho de representación solo se otorga a los *ex filio*, las *ex filia* no son consideradas de la familia al estar bajo una nueva *manus* ajena a la familia.

<sup>745</sup> GAYO, *Instituciones edición bilingüe*, cit., pp. 79 y ss., explica cuál es el procedimiento con todo detalle. El padre mediante el rito de mancipatorio entregaría tres veces a su hijo, siéndole devuelto por manumisión en las dos primeras ocasiones. De esta manera se retira la *patria potestas* que posee el *pater familias* sobre cualquiera de las personas que se encuentran bajo su autoridad en la condición de *fili familiae*. La palabra deriva del término latino *mancipatio* que significa “captado por la mano” ya que en el acto contractual la persona que hace de pesador coge con una mano al *filius* y en la otra el bronce a la vez que pronuncia una fórmula “afirmo que este hombre me pertenece en virtud del derecho de los quirites; que él me sea adquirido por este bronce y por esta libra de bronce” luego golpea la libra con el bronce y da el bronce a quien recibe la manopresa. (Inst. I:119)”. Cuando “un padre ha vendido tres veces a su hijo, que el hijo sea liberado en relación al padre” (Inst. I:132).

El periodo clásico cambia, por completo, la concepción de la *successio* romana y el *heres* deja de considerarse poseedor de un derecho latente de copropiedad<sup>746</sup>. Los miembros de la unidad familiar comienzan a perder, en gran medida, sus prerrogativas respecto al patrimonio del que, hasta el momento, todos son poseedores. La idea de la propiedad privada que se dibuja en este periodo agrieta el antiguo régimen sucesorio<sup>747</sup>: el Derecho de sucesiones transita de una sucesión automática y restrictiva a un sistema que amplía la libertad dispositiva del causante.

Así, motivada por la excesiva fragmentación del patrimonio familiar que acarrearán las previas particiones hereditarias, y que reducen a la nada los patrimonios personales que con el apogeo del imperio romano comienzan a florecer, el Derecho clásico empieza a permitir la institución de un único heredero: la institución de un *heres* que sucede al *pater familias* en toda la *res familiaris*. En esta etapa romana, la concepción de la familia se remodela, relegándose la institución a un segundo plano; la libertad individual pasa a inspirar el sistema patrimonial. Por este motivo, la libre disposición del testador toma fuerza como contorno de la transmisión sucesoria, y tanto el *ius civile* como el *ius honorarium* clásicos comienzan a instaurar una regulación más permisiva de las disposiciones sucesorias.

Sin embargo, esta libertad se ve, en parte, coartada, pues el trasfondo del Derecho consuetudinario no llega a desaparecer del todo, e, incluso, cuando el *pater familias* tiene poder de disposición *mortis causa*, la Ley establece determinadas limitaciones en aras a salvaguardar la expectativa sucesoria de ciertos parientes. En este sentido, el Derecho clásico tiende puentes hacia la regulación previa, e impone, a la libertad dispositiva del causante, ciertos ‘condicionantes’. Si bien, en un principio, no existe, en el Derecho romano, una

---

<sup>746</sup> Debe recordarse, que la época clásica de Roma transcurre desde la constitución de la República hasta la decadencia del Principado. En esta etapa tiene lugar una completa transformación de la vida política romana, así como de su sociedad. Roma pasa de ser una ciudad-estado a convertirse en un imperio que domina gran parte del mundo conocido en aquel entonces. A este respecto, CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 45 y ss., y GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto...*, cit., pp. 190 y ss.

<sup>747</sup> Tal y como detalla KASER, Max: *Derecho romano privado...*, cit., p. 301, "El desarrollo de la economía y de las formas de vida que se opera al comenzar la República y con el progresivo crecimiento de la conciencia de la personalidad, se erigió en principio dominante el de la libertad testamentaria".



limitación a la libertad dispositiva *mortis causa*<sup>748</sup>, el *ius civile* introduce la primera cuña; al entender, como principio de Derecho, que los *sui heredes* no pueden dejar de ser mencionados en el testamento. No pueden ser olvidados por el causante: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*.

El *pater familias* que tiene *sui heredes* debe, por tanto, instituirlos o desheredarlos en testamento, tal y como detalla GAYO en sus Instituciones<sup>749</sup>. Basta que el testador instituya o desherede para que esta limitación formal se entienda respetada, sin que sea necesaria la mención de causa alguna<sup>750</sup>. Nace, en este contexto, la concepción de la preterición, como mecanismo para cumplir con la tradición propia del Derecho antiguo de recordar a los *agnati*; una institución que, a partir de este momento, se desarrolla y evoluciona para responder a las diversas necesidades que emergen en cada etapa histórica.

En un primer momento, para el *ius civile*, en caso de que el preterido sea un *suus* varón, el testamento es declarado nulo y se abre, de forma inmediata, la sucesión intestada. En cambio, en los supuestos de *suus* varones póstumos o mujeres, se efectúa una rectificación del testamento y se instituye al preterido para que este pueda concurrir como *heres*. Es discutido por la doctrina por qué el Derecho romano castiga con tanta vehemencia la simple falta de mención o institución, y a causa de dicha preterición, anula el testamento. En este sentido, existen varias hipótesis acerca del motivo de esta obligación del testador y de la vigorosa respuesta que la Ley impone al cumplimiento de la misma; todas ellas relacionadas, de un modo u otro, con las distintas teorías del origen de la sucesión *mortis causa*<sup>751</sup>.

---

<sup>748</sup> En su obra BARASI, Lodovico: *La successione legittima*, cit., pp. 35-75, menciona que la escuela de Derecho Natural de GROCCIO viene a considerar que el poder de disposición no podía ser ilimitado, admitiendo a favor de los hijos y progenitores un derecho de alimentos como método de protección hacia los mismos.

<sup>749</sup> GAYO, *Instituciones edición bilingüe*, cit., p. 87, "*Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio*".

<sup>750</sup> En cualquier caso, serán necesarias el cumplimiento de ciertas formalidades que GAYO expone en sus *Instituciones*: *Sed si quidem filius a patre exheredatur, nominatim exheredare debet; alioquin non videtur exheredare. Nominatim autem (ex)heredare videtur, sive ita exheredetur: TITIVS FILIVS MEVS EXHERES ESTO, sive ita: FILIVS MEVS EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine*.

<sup>751</sup> Para ciertos autores, entre los que se encuentra Pietro BONFANTE, las limitaciones impuestas por el *ius civile* son un claro reflejo del Derecho romano primitivo, en el que falta de libertad dispositiva del causante,

Estos efectos, sin embargo, son modificados, rápidamente, de la mano del Derecho pretorio; que, sin modificar drásticamente la obligación y limitación formal introducida por el *ius civile*<sup>752</sup>, embiste la rigidez del mismo. Por un lado, amplía el abanico de los sujetos a los que resulta aplicable la sucesión necesaria formal. Los *sui heredes* no son los únicos que deben ser instituidos o desheredados. En aras a hacer partícipe a la familia natural, todo descendiente llamado a la *bonorum possessio ab intestato* goza de la protección del principio del *ius civile*. GAYO no solo identifica a los nuevos sujetos, sino que detalla las consecuencias de no hacerlo.

Conforme al autor, aquellos *liberi* no instituidos o desheredados según los requisitos recogidos en la Ley tienen a su alcance, sin que resulte relevante su género, un nuevo instrumento jurídico revelado por el *praetor*: la *bonorum possessio contra tabulas*<sup>753</sup>. Así, en caso de no existir una desheredación *nominatim* de todos los varones, o *inter ceteros* para las mujeres, se los considera preteridos y autorizados para acudir al pretor. El nuevo mecanismo pretoriano otorga, en dichas hipótesis, a estos sujetos preteridos, la posibilidad de ir contra las disposiciones recogidas en un testamento y hacerse partícipes de los bienes hereditarios.

---

siendo la sucesión necesaria un elemento puente entre ambos sistemas. Otros, defienden las aclaraciones vertidas en los textos de GAYO y PAULO, que exponen una copropiedad entre el *pater familias* y los *fili*, siendo la sucesión necesaria la vía para continuar con dicho uso del patrimonio común (así lo defiende Eugene PETIT: *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, 1980). Finalmente, una tercera corriente explica la obligación paterna de instituir o desheredar como respeto hacia los *sui*.

<sup>752</sup> De forma complementaria al *ius civile*, el pretor, mediante edictos y decretos, formula, con el tiempo, un Derecho sucesorio honorario, y asigna, sin realizar adjudicación de título de heredero, el patrimonio de un difunto a un *bonorum possessor*. En ocasiones su labor no es otra que la de confirmar al propio heredero, pero en otras, por estimarlo de justicia, otorga *bonorum possessio* a personas que no son herederas según lo reglado en el *ius civile*, siendo esta última regulación suplida por el honorario.

Esta labor de complementación y revisión del *ius civile* se lleva a cabo por el pretor tanto en la sucesión testada como en la intestada, facilitando y eliminando ciertas formalidades en la primera, y ampliando a la familia agnaticia en la segunda. Para mayor ahondamiento véase BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto...*, cit., pp. 260 y ss. o KASER, Max: *Derecho romano privado*, cit., pp. 302 y ss.

<sup>753</sup> ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, muestran en su obra *Derecho Romano...*, cit., p. 215, una clara distinción entre los diferentes tipos de *bonorum possessio*: *bororum possessio secundum tabulas*, *abintestato* y *contra tabulas*. Estas tres figuras corresponden, en la sucesión regida por el *ius honorarium*, a la distinción de la *hereditas* por el modo de deferirse en testamentaria, intestada y forzosa o legítima en sentido estricto. La *bonorum possessio* puede también otorgarla, de acuerdo a ambos autores, el propio pretor, bien apoyándose en el testamento del *de cuius*, bien, a falta de testamento, en las disposiciones del edicto, o bien con arreglo a éstas aun oponiéndose a la última voluntad del causante.

Se llega a defender, incluso, que los *liberi* instituidos puedan hacer uso del mismo, siempre y cuando resulten más beneficiados con su uso.

Por otro lado, el vicio de preterición no supone, en lo referente a los *liberi* la nulidad del testamento<sup>754</sup>. Decaen las instituciones de herederos y las disposiciones hechas a favor de los mismos, pero el testamento sigue siendo válido<sup>755</sup>. En este sentido, el mayor cambio se produce en la nueva distribución de las cuotas, siendo más favorable el ejercicio de la *bonorum possessio contra tabulas* del *ius honorarium* frente al *ius adcrendi*<sup>756</sup> del *ius civile*. En efecto, mientras que en el *ius civile* no se anula el testamento, otorgándose, tan solo, a los herederos perjudicados, el derecho a aumentar lo recibido hasta obtener lo correspondiente por Ley, de acuerdo al *ius honorarium*, en la aplicación de la *bonorum possessio contra tabulas* las cuotas se fijan como si de una *successio abintestato* se tratara. Es decir, que en el ‘mejorado’ Derecho del pretor, ante el incumplimiento de la limitación formal de mencionar a sus herederos por parte del causante, el testamento se anula y se abre, en consecuencia, la sucesión intestada.

Sin embargo, como ya se ha esbozado previamente, el auténtico florecimiento del Derecho civil romano acontece en la época postclásica<sup>757</sup>. La nueva Roma imperial, de carácter

---

<sup>754</sup> Tal y como indica RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 33 y ss., la tendencia del pretor a evitar el vicio por preterición está basado en la excepcionalidad del mismo, al dar empuje a la fuerza de los vínculos naturales de sangre. Exactamente lo contrario a lo que acontece en épocas posteriores.

<sup>755</sup> SCHULZ, Fritz: *Derecho romano clásico*, cit., pp. 53 y ss., indica que siguen siendo válidas las disposiciones de sustituciones y manumisiones, así como los nombramientos de tutores y las desheredaciones hechas en forma de ley.

<sup>756</sup> Sobre el instrumento de *ius adcrendi*, FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, Belén: “El *ius adcrendi* en la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano”, *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2011, núm. 7, pp. 518 y ss., “Una aproximación a la noción de *ius adcrendi*”, *Fundamenta iuris: terminología, principios e "interpretatio"*, 2012, pp. 321-330.

<sup>757</sup> El último periodo de la historia de Roma, y el que da fin al Imperio, es conocido como el Dominado, pues el emperador se concibe como *dominus*, en toda la dimensión de este título. Se trata de una época totalmente distinta a la anterior, y, más diversa aún, si es comparada con la etapa preclásica, tanto en lo relativo al régimen político –una monarquía absoluta sin apariencia alguna de república- como en su ámbito social, cultural y religioso. A finales del siglo III, tras la gran crisis que tiene lugar durante el final del Principado<sup>757</sup>, los ejércitos nombran emperador a Cayo Valerio Diocleciano, que pronto deviene dueño absoluto de todo el Imperio. Hace frente, desde sus inicios, a disputas externas e internas y lleva a cabo una serie de reformas en la organización imperial. Sobre cómo esta contextualización afecta al desarrollo del derecho romano, FERNÁNDEZ UBIÑA, José: *La crisis del siglo III y el fin del mundo antiguo*, Akal Editor, 1982, pp. 17- 33, y CHURRUCA, Juan de: *Introducción histórica al...*, cit., pp. 185 y ss.

centralista, hace que, a partir del siglo III, el ordenamiento jurídico romano sufra una completa transformación: la tendencia unitaria también se extiende al sistema jurídico y la Ley es, en esta época, la única fuente del Derecho. Las recopilaciones, tanto privadas como oficiales, reflejan esta innovación y son las que perduran en el tiempo. En este sentido, deben ser mencionadas las obras de los emperadores Teodosio y Justiniano<sup>758</sup>. El Código Teodosiano, además de ser la primera compilación oficial, mantiene su vigencia en Occidente y sirve para posteriores redacciones de breviarios visigodos. Por su parte, la Compilación Justiniana constituye el cénit del Derecho romano y se compone de diversas obras que el emperador culmina con el fin de recuperar y restaurar la antigua unidad del Imperio.

En lo referente al Derecho sucesorio, con relación a las restricciones formales del testamento, el régimen impuesto por el *ius civile* y el *ius honorarium* se mantiene sin grandes alteraciones, incluso, en las tres primeras obras de la Compilación Justiniana. Se prolonga el mismo principio de instituir o desheredar a los *sui*, aunque en el periodo postclásico esta obligación se amplía a todos ellos, sin que resulte relevante el sexo o el grado del pariente. Carece de importancia quién sea la persona preterida, pues los efectos que la omisión produce son iguales en todos los casos: la nulidad del testamento con la posterior apertura de la sucesión *abintestato*<sup>759</sup>.

La promulgación de la Novela 115, por su parte, reforma parcialmente la institución de la *praeteritio*, que es la base para el posterior *ius commune*. Así, se transforman los efectos de los testamentos viciados por preterición o desheredación sin causa legal. En estos supuestos, deja de anularse el testamento para caer en nulidad, únicamente, las instituciones de heredero. Este último cambio enciende entre los autores el debate acerca de cuál debe ser la acción ejercida por el legitimario preterido o desheredado injustamente, ahora que la de nulidad parece no corresponder. Conforme a la opinión de ciertos expertos<sup>760</sup>, en caso de preterición

---

<sup>758</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel: *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 97 y ss., analiza el papel de Justiniano en la formación de una nueva vida jurídica romana y de la gestión de sus fuentes del Derecho.

<sup>759</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 41-42.

<sup>760</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: "Preterición formal y material y nulidad de la institución", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pp. 318 y ss., VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Panorama del*

o desheredación, y puesto que no existe previsión normativa al respecto, los legitimarios deben impugnar el testamento a través de la *querela inofficiosi testamenti* o solicitar el complemento de su legítima mediante la *actio ad supplendam legitimam*. También hay quien estima que, regulando la Novela únicamente el Derecho formal, sin entrar en el sustancial, la acción a ejercitar no es otra que la de la propia nulidad<sup>761</sup>.

Pero no debe olvidarse que los actuales ordenamientos civiles que cohabitan en la península no reflejan únicamente una raíz romana; de hecho, el Derecho romano postclásico arriba referenciado no se refleja en el sistema sucesorio peninsular hasta el desarrollo del Derecho castellano territorial. En este sentido, debe recordarse que el Derecho romano vulgarizado que se expande durante la época clásica romana a sus diferentes provincias tan solo es parte del ordenamiento vigente en la península en la Alta Edad Media, ya que, además de ordenamientos propios en determinados enclaves, también se desarrolla y se divulga, en esta etapa histórica, el Derecho visigodo.

De cariz germánico, el ordenamiento visigodo se asienta sobre el principio de la máxima protección familiar: determina la existencia de herederos forzosos a los que necesariamente el causante debe beneficiar<sup>762</sup>. No se prevé, así, regulación sobre la preterición, pues la reserva hereditaria en favor de los *heres* colma y excluye dicho supuesto de hecho<sup>763</sup>. Al

---

*Derecho de sucesiones*, I, Madrid, 1982, pp. 454 y ss., BONFANTE, Pietro: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979, p. 649.

<sup>761</sup> Pueden encontrarse ambas defensas en las obras de los autores, POLO ARÉVALO, Eva María: "Concepto y naturaleza jurídica...", cit., pp. 342 y ss., y BONFANTE, Pietro: *Instituciones de Derecho...*, cit., pp. 651 y ss.

<sup>762</sup> De acuerdo a MORÁN MARTÍN, Remedios: *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, I, Editorial Universitas, Madrid, 2002, "en el Derecho visigodo se introducen unas cuotas que necesariamente deben ser destinadas a los herederos forzosos. Puede decirse que en ellas confluye el elemento germano y el romano en cuanto al Derecho de sucesiones. Respecto al reparto de la herencia, el Derecho visigodo establece la existencia de unos herederos forzosos, a los que necesariamente corresponde una parte de la herencia, siendo el resto de libre disposición. La naturaleza jurídica de estas cuotas ha sido debatida desde diferentes puntos de vista, en esencia, puede decirse que la legítima corresponde a la inclusión en el Derecho visigodo de las expectativas hereditarias propias de los grupos familiares germánicos, siendo la libre disposición la reminiscencia de la libertad de testar del *cuius* propia del Derecho romano".

<sup>763</sup> CALABRÚS LARA, José: *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, Universidad de Granada, Granada, 1991, pp. 183 y ss., sobre la preterición, señala que "como institución jurídica no fue conocida en la legislación visigoda en la que no se menciona, pero al reconocerse en gran medida y regularse el derecho de expectativa hereditaria, se excluye el supuesto de hecho de la preterición, pues tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria, los padres deben reservar los bienes que constituyen la legítima de los hijos

carecer de libertad dispositiva, salvo sobre una mínima cuota simbólica, el causante no puede incurrir en olvido, ya que la propia expectativa hereditaria de los herederos forzosos ampara sus derechos. Debe advertirse que el sistema de sucesión forzosa del ordenamiento visigodo no es idéntico al sistema legitimario romano; de hecho, es más próximo a la etapa anterior, más cercano a la época de total libertad dispositiva romana<sup>764</sup>. Así, su fundamentación no pivota tanto, inicialmente, en la protección de los descendientes ‘legitimarios’, sino en la concepción germánica del patrimonio familiar.

Este impasse germánico, aunque sí introduce en el Derecho sucesorio castellano instituciones no romanizadas, acaba por diluirse con el afán de homogeneización jurídica que se persigue en todo Occidente a lo largo del siglo XII merced a la expansión del denominado Derecho común; movimiento cultural que pretende reanudar el estudio de las antiguas fuentes de Derecho romano justiniano y enlazarlas con cuerpos del Derecho canónico. En el caso de la Corona de Castilla la obra de las Siete Partidas es el culmen de esta apuesta normativa que reintroduce con solidez la concepción romanista del Derecho.

---

y no pueden olvidar o dejar de llamar injustificadamente a uno o varios de ellos”. Esta afirmación sobre la no existencia de la preterición, debe entenderse válida parcialmente, pues el mismo autor, en la pp. 176 y ss., confirma que “en lo que respecta a la sucesión testada, una ley de Recesvinto II, dispone que los testamentos y donaciones que se excedan de los límites establecidos por las leyes, no serán nulos del todo, sino que se reducirán en lo que excedan de los límites señalados en la ley violada; esta disposición supone la reducción de las donaciones por inoficiosas y consagra el principio romano ‘favor testamenti’ por cuanto se ordena su conservación en lo que no contravenga a la ley”.

<sup>764</sup> En palabras de KING, Paul David: *Derecho y sociedad...*, cit., pp. 274 y 275: “a estas alturas estará ya muy claro que los reyes tomaron en serio sus deberes de monarcas cristianos de velar por los intereses de los niños. Pero la prueba más notable de la forma práctica en que se manifestó su preocupación se halla en la implantación, en favor de los hijos, de limitaciones legales sobre la libertad de que anteriormente habían gozado los padres para disponer de sus bienes, independientemente de la voluntad de éstos. Se les aseguraban las cuatro quintas partes de todos los bienes (...). Incluso la *donatio mortis causa* hecha por un cónyuge de un matrimonio sin hijos en favor de otro –o, presumiblemente, de cualquier otra persona– quedaba invalidada si después tenían algún hijo; solo se mantenía si la *testatio* se hacía antes del matrimonio”. También sobre la evolución hacia dicha sucesión forzosa, LETINIER, Rosine: “Abrogata legis illius sententia: A propósito del enigma contenido en la ley dum ilícita de Chindasvinto (LV 4,5,1)”, *Anuario de Historia del Derecho Español AHDE*, núm. 69, 1999, p. 376, afirma que “aun suponiendo que en el Código de Eurico existiese una libertad absoluta de los padres sobre sus bienes y de la mujer sobre su dote, desde luego no pudo haber existido una tolerancia tan amplia en el Codex Revisus, dada la preocupación manifestada por Leovigildo, en el caso anterior, de preservar los derechos y los intereses de los hijos. Por consiguiente, esta ley -illa lex- evocada en la Dum ilícita, que subsiste hasta que Chindasvinto la deroga, tenga que estar redactada de manera que, en principio, no permitiese esa libertad absoluta de disposición, pero si la hiciese fácil de hecho. Probablemente al haber sido la ley aplicada abusivamente, dio lugar a escándalos que provocaron la intervención de Chindasvinto”. En el mismo sentido, LACOSTE, Jorge: *La mejora*, cit., p. 46 y ss.

En lo referente a la institución de la preterición, ya la Ley 10, Título VII, Partida Sexta adelanta una definición de la hasta el momento olvidada preterición: “*Praeteritio, en latín, tanto quiere dezir en romance, como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo el testador mención en el testamento, de los que auian de heredar lo suyo por derecho*”. Seguidamente, para esclarecer esta definición y señalar el modo de incurrir en vicio de preterición la misma Ley establece que “*esto seria, como si el padre estableciesse algund extraño, u otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredándolo, nin desheredándolo*”. La institución de heredero resulta, pues, obligatoria al otorgar testamento; se amplía lo establecido en las Novelas de Justiniano y se impone la institución de los legitimarios, en calidad de herederos, en la totalidad de la cuota que les corresponde por Ley. En esta línea, las Siete Partidas determinan la nulidad del testamento que incumpla este precepto: en casos de preterición, incluso parcial, los legitimarios mantienen el antiguo *ius dicendi nullum* del Derecho romano, según el cual el testamento, en su totalidad, es nulo, pues *non vale ni es nada* si los descendientes del causante no son nombrados e instituidos herederos.

Pero esta clara visión romanista de la preterición pronto se transforma, en lo relativo a sus efectos, con las posteriores normativas territoriales. El Ordenamiento de Alcalá, promulgado en 1348, busca tender puentes con los ordenamientos locales germanizados y en dicho afán valida los testamentos que no contienen ninguna institución de heredero. Consuma, de esta forma, una transformación en la practicidad de la preterición. Al erradicar la obligación de nombrar herederos tanto a hijos como a descendientes en el testamento, abre la posibilidad, o al menos no la cierra, de transmitir la legítima al margen del título de heredero. La no institución de los legitimarios no supone, conforme a la Ley, vicio alguno del testamento por preterición, por lo que la obligación de nombrar y no olvidar se diluye.

Al desvincularse la figura del heredero del contenido esencial del testamento, se abre la posibilidad de no realizar instituciones o, incluso, la de hacerlo parcialmente, obviando la mención de algunos sucesores forzosos. En cualquiera de estos dos supuestos el testamento mantiene su validez, pero resulta necesaria la apertura de la sucesión intestada para reconocer la condición de herederos a aquellas personas preteridas: “*El testamento que en la forma*

*susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno (Ley Única del Título XIX)*”.

Las posteriores Leyes de Toro, promulgadas en 1505, confirman la interpretación del Ordenamiento de Alcalá sobre el concepto de preterición y los efectos de nulidad parcial: el tercio de mejora y el quinto de libre disposición mantienen su validez en caso de que la institución de heredero caiga, pues *“no por eso se rompa, ni menos dexa de valer el dicho tercio y quinto, como si el dicho testamento no se rompiese”*. También cabe destacar que las Leyes de Toro diferencian, definitivamente, los dos derechos que ostenta la persona legitimaria en el Derecho de Castilla: por un lado, el de ser instituido heredero, y por otro el de obtener la porción legitimaria. Esta distinción, que comienza a fraguarse en el Ordenamiento de Alcalá, con la validez de los testamentos que no contienen ninguna institución de heredero, se afianza en las Leyes de Toro y recae, así, en manos del legitimario la decisión de elegir entre las acciones correspondientes ante la lesión de la legítima por preterición -vertiente formal- o por falta de cuota -vertiente material-, pues la legítima puede llegar a satisfacerse por título distinto al de heredero.

Los proyectos de la etapa codificadora hacen suya la concepción mantenida hasta el momento sobre la preterición y sus efectos, y ya el Proyecto de Código civil de 1851, en su artículo 644, establece que *“la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto”*. Es decir, el olvido de alguno de los legitimarios no anula las posibles disposiciones efectuadas, salvo la relativa al heredero, de forma que la preterición ampara, puramente, la sucesión necesaria formal como mecanismo para la atribución de título apto. En caso de olvido pleno, se anula la institución de heredero para atribuirle al legitimario olvidado el título de heredero intestado con el que poder reclamar sus derechos legitimarios. Pues, a falta de olvido, y de existir atribución de legítima por cualquier otro título, pero vulnerando la sucesión necesaria material, *“el heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta”* (art. 645 PCC).



El posterior anteproyecto de Código civil de 1888 mantiene casi impertérrita la redacción previa, con un pequeño matiz: sustituye las palabras “*aun muerto el testador*”, por “*o que nazcan después de muerto el testador*”, imposibilitando, erróneamente, la inclusión de los ‘cuasipóstumos’ en el ámbito subjetivo de la preterición; es decir, aquellos que nacen tras el otorgamiento del instrumento ordenador, pero antes de la muerte del causante. Este pequeño matiz desaparece con las modificaciones efectuadas por Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil, que suprime por completo la narrativa relativa a los requisitos, simplificando su redacción y corrigiendo el error previo: “*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*”.

Sin embargo, este no es el único cambio que afronta el articulado relativo a la preterición en su etapa más actual y la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, vuelve a retocar la institución. Pero en este caso, tal y como se analiza en posteriores apartados, la modificación no es un mero ajuste de la redacción: transforma por completo la previsión normativa, volcando, en el artículo 814 del Código civil, el sistema dual actual por el que se rige la preterición: “*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1º. Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2º. En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.*

*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos. A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”.*

La evolución de la institución de la preterición tanto en el Derecho vizcaíno como en el ayalés, y, en consecuencia, su plasmación en el actual ordenamiento civil vasco, discurre, en cambio, de manera dispar. Debido a que el influjo romano en estos ordenamientos es tardío, al tratarse de sistemas que apuestan por la elección de un único *heres* que suceda en la jefatura del patrimonio familiar en aras a mantenerlo íntegro e indiviso en el tiempo, su sistema sucesorio primigenio resulta más próximo a la visión germanista. Así, si se acude a las fuentes originarias, ni el Fuero Viejo vizcaíno –o su renovado Fuero Nuevo– ni el Fuero de Ayala prevén regulación acerca de la *praeteritio*.

Al igual que acontece en el Derecho visigodo, la sucesión forzosa vizcaína no concibe la posibilidad de facto de que el causante disponga en favor de extraños habiendo herederos. La Ley prohíbe la supresión plena de la expectativa sucesoria al declarar en el Capítulo 114 del Fuero Viejo (pareja redacción en la Ley XVIII, Título XX, del Fuero Nuevo) que “*habían de fuero e costrumbre, que home alguno nin mujer non pueda facer donación a persona extraña habiendo herederos descendientes o parientes propincuos de traviesa que hayan derecho de heredar los bienes raíces algunos que haya*”. Es decir, no se permite el olvido de todos los sucesores forzosos, pues la Ley obliga a que los bienes raíces permanezcan, en todo caso, en el tronco.

Además, tampoco debe obviarse que, debido al tándem conformado por la libertad distributiva y la obligación de apartamiento, contenidas en los capítulos 105 y 126 del Fuero Viejo de Bizkaia, tampoco se prevé la posibilidad de que dicho olvido sea parcial. Recuérdese que, en esta etapa histórica, el apartamiento se compone de dos vertientes, el formal y el material, y que, de acuerdo al primero, al llevar a cabo una disposición sucesoria voluntaria, el causante está obligado a nombrar a cada sucesor forzoso apartado. Al existir vinculación directa entre patrimonio y familia, no es posible excluir mediante olvido a ningún *heres*.

Ciertamente, esta visión que niega la existencia de preterición en el ordenamiento vizcaíno puede reinterpretarse, y abogar por entender que, al ampararse la sucesión necesaria formal mediante apartamiento, la exclusión por olvido se incluye en esta última institución. Pero en este punto es necesario recalcar que mientras que el apartamiento pretende dotar de firmeza

a la voluntad dispositiva del *de cuius*, la preterición, como mecanismo corrector, se fundamenta en el vicio de esa voluntad. Cabe subrayar, por lo tanto, que, a pesar de ser instituciones complementarias, en estos primeros albores la preterición no tiene cabida en el ordenamiento vizcaíno por la misma esencia de su sistema sucesorio, que busca la perduración y la unión de los familiares mediante su vinculación al patrimonio. Ha de remarcarse que esta ausencia de la preterición en el Derecho vizcaíno perdura hasta la Ley 3/1992, ya que ni la Propuesta de Apéndice ni la Compilación establecen regulación alguna al respecto.

Tampoco en el Fuero de Ayala tiene cabida, originariamente, la preterición. La libertad dispositiva característica del territorio no entiende de sucesores forzosos, pues es prerrogativa del causante disponer libremente de su patrimonio sin limitación alguna. Al no reconocerse la existencia de ciertos sujetos que ostenten ‘derecho a la herencia’, no cabe, tampoco, defender la existencia de una sucesión necesaria formal; la libertad ayalesa, al no promover expectativa sucesoria alguna, no obliga al causante a recordar o nombrar a determinados sujetos. Si nadie ostenta derechos sucesorios tampoco debe existir mecanismo alguno que los ampare.

Pero, sorpresivamente, la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, en su artículo 63, opta por regular los efectos de la exclusión por omisión para el Derecho ayalés. Así, aunque sin denominarlo preterición, establece que “*el heredero legal no instituido o no apartado expresamente con algo, podrá reclamar su legítima, pero la institución de herederos y demás disposiciones testamentarias sólo se anularán en cuanto perjudiquen a dicha legítima, entendiéndose por tal la denominada legítima larga*”. Se regula, por primera vez, en el ordenamiento de Ayala, y también en el vasco, el supuesto de exclusión por omisión. De esta manera, el sucesor forzoso ayalés – según el articulado del Código civil, pues la Compilación continúa sin fijar sujetos legitimarios para el ordenamiento de Ayala- que no sea mencionado o beneficiado por el *de cuius*, se encuentra amparado en sus recién impuestas expectativas sucesorias. Se merma la plena libertad dispositiva del causante para constituir un sistema de legítima simbólica, que, si bien no tiene vertiente material propiamente, sí guarda e implanta una vertiente formal

determinada. A partir de este momento, el causante ayalés se encuentra obligado a nombrar a sus sucesores forzosos bajo pena de vicio por preterición.

Esta abertura en la regulación de la *praeteritio* marca el inicio del reconocimiento de esta institución en el ordenamiento sucesorio vasco. Tras su previsión para el territorio de Ayala, con la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, su presencia se amplía a la regulación vizcaína y se profundiza en la ayalesa. Comenzando con la primera, el artículo 54 de la Ley 3/1992, en sus últimas líneas escuetamente establece que “*la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*”.

Para entender esta novedosa apuesta inclusiva de la preterición, es necesario recordar que el articulado de la Ley 3/1992 también opta por flexibilizar la obligación formal del apartamiento, que abandona sus formalismos y puede ser tanto expreso como tácito. Ante esta nueva materialización del apartamiento, comienza a dibujarse la posibilidad de que la voluntad del causante no sea perfecta, mediando algún tipo de vicio, por lo que el legislador opta por incluir, por vez primera para el territorio vizcaíno, un nuevo cauce protector para los legitimarios que, no habiendo siendo recordados, vean mermadas sus expectativas sucesorias. Inicialmente, la preterición tan solo se prevé en su vertiente no intencional, ya que la intencional, aquella voluntad exclusoria no expresada pero deducida, no tiene caso al eliminar el apartamiento su premisa de vicio de la voluntad.

En lo relativo a la regulación de la preterición en el territorio de Ayala, el Libro II, del Fuero civil de Álava, de la Ley 3/1992, incluye un entramado de cinco artículos que proyectan una completa ordenación de la preterición, tanto en su vertiente intencional como no intencional. Referente a la primera, el artículo 135.2 de la Ley 3/1992 establece que “*se considerarán apartamiento tácito la preterición intencional y la desheredación justa o injusta*”. Aunque la equiparación de las instituciones no es del todo correcta, al igual que acontece en el ordenamiento vizcaíno, el apartamiento, como cauce de exclusión, elimina el posible vicio de voluntad por omisión del *de cuius* necesario para la existencia de la preterición intencional.

De esta forma, se presume que existiendo voluntad exclusoria por parte del causante en ejercicio de su facultad de apartar, expresa o tácitamente, no cabe impugnación de la misma. Sin embargo, no ocurre así con el supuesto de preterición no intencional, en la que no existe, propiamente, voluntad exclusoria. Para estos supuestos, el artículo 137 de la Ley 3/1992 establece lo que sigue: *“El heredero forzoso preterido no intencionalmente podrá reclamar su legítima. La institución de heredero y demás disposiciones testamentarias se reducirán en cuanto perjudiquen a dicha legítima”*. Se apuesta por aplicar en supuestos de preterición no intencional un efecto parejo al previsto para el ordenamiento vizcaíno, permitiendo al legitimario olvidado reclamar su cuota debida. Esta asimilación de ambos ordenamientos responde, en parte, a la pareja visión que, no del todo correctamente, mantienen respecto del apartamiento; al excluir la posibilidad de una preterición intencional, tan solo regulan la consecuencia de vicio en la voluntad para supuestos no intencionales.

Pero esta asimilación confluye en unificación con la nueva regulación de la preterición en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. El artículo 90.2 de la Ley 5/2015, al regular el apartamiento ayalés establece lo siguiente: *“La omisión del apartamiento producirá los efectos que se establecen en el artículo 48.3”*. Ya no existe una preterición diferenciada para el ordenamiento ayalés; debido a la remisión que efectúa el artículo referenciado, toda omisión o no institución de los legitimarios genera los mismos efectos para toda la ciudadanía vasca. De esta forma, de acuerdo a los apartados tercero y cuarto del artículo 48 de la Ley 5/2015, tal y como se detalla más adelante, por un lado, *“la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito”* y, por otro lado, *“la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento”*.

### **III. LA NATURALEZA JURÍDICA**

Antes de comenzar con el análisis de esta dimensión conviene subrayar que la conceptualización de la preterición permanece impertérrita en el tiempo; si se recuperan las definiciones respecto a esta institución generadas por el Derecho romano clásico o, incluso, por las posteriores Partidas del ordenamiento castellano, se observa que la *praeteritio* continúa referenciando el mismo supuesto: la no mención o el olvido del causante, en el

instrumento de ordenación sucesoria, respecto de los que por derecho deben heredar, o actualmente, deben percibir legítima. Resulta tan manifiesta e incuestionable esta definición que los ordenamientos actuales se limitan a regular sus efectos, rehuendo en todo momento construir la caracterización de la institución<sup>765</sup>. Ciertamente, el concepto en sí mismo no suscita demasiada controversia en la doctrina y, salvo pequeñas adaptaciones en relación a la falta de necesidad de institución de heredero o en lo relativo al reconocimiento del legitimario fuera del instrumento ordenador, cabe sostener que la preterición romana ha llegado, al menos en concepto de omisión u olvido, hasta la actualidad<sup>766</sup>.

Sin embargo, aunque el binomio preterición y omisión no es cuestionable, existe incertidumbre a la hora de matizar su naturaleza jurídica, pues no resulta claro si actualmente la *praeteritio* debe considerarse un cauce de exclusión sucesoria o si, por el contrario, aún se esboza como una salvaguarda de la legítima formal. Si se analiza la institución desde una perspectiva histórica la respuesta se antoja sencilla, pues debido a su origen como garante de los derechos sucesorios de los *heres*, su naturaleza debe aproximarse a un mecanismo de carácter corrector. En esta función protectora se esboza, precisamente, la preterición como

---

<sup>765</sup> Excepción de esta falta de conceptualización son por un lado el CCCat que en su artículo 451-16.1 establece que “*Es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a esta y que tampoco ha sido desheredado*” y el CDFA, que en su artículo 503.1 recoge que “*Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia*”. Es decir, mantienen la esencia de la definición histórica con la salvedad de interpretar como no omitido el legitimario beneficiado.

<sup>766</sup> Ejemplifica la no litigiosidad en cuanto a concepto se refiere la STS 669/2006, de 22 de junio (RJ 2006/3082), FJ segundo, que remarca: “La cuestión jurídica que se plantea en casación es la calificación de la preterición. Esta, sin duda y así lo declaran ambas sentencias de instancia, se ha producido. Es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; en el presente caso, efectivamente, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste) ni nada recibió imputable a la legítima. La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia”.

En el mismo sentido, BUSTO LAGO, José Manuel: “De las legítimas, artículos 806 a 822”, *Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 5ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 1076 indica -siguiendo a ALBALADEJO- que: “Habrà preterición cuando el legitimario no haya recibido nada del causante ni ‘inter vivos’ ni ‘mortis causa’, aunque no haya sido en virtud de disposición testamentaria y además no haya sido mencionado en el testamento”. Véase en este sentido, también, RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: “Artículo 814”, *Código civil comentado*, coord. CAÑIZARES LASO, Ana y otros, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 821.

elemento que corrige la voluntad viciada del causante. El ordenamiento, al considerar que imperativamente debe existir error de juicio en las disposiciones de última voluntad en las que el causante omite a ciertos sujetos legitimarios, genera una garantía en favor de estos: la *voluntas* está viciada, por lo que las disposiciones efectuadas devendrán anulables.

La propia Ley es la que interpreta y corrige la voluntad del *de cuius* al entender que vulnera el orden natural del sistema sucesorio, pero eso sí, generando en favor de los sucesores forzosos un derecho subjetivo. La corrección de la omisión no es automática y es potestad de los legitimarios olvidados ejercitar, si lo estiman oportuno, a través del correspondiente procedimiento judicial, la impugnación debida. Los preteridos, de acuerdo a la tradición romana, no poseen un título apto para acceder a la sucesión del causante, por lo que se les concede la acción de nulidad con la que se posibilita la apertura de la sucesión intestada y, en consecuencia, se les atribuye un título sucesorio válido: heredero legal<sup>767</sup>.

Pero este razonamiento histórico presenta ciertas lagunas cuando se pretende aplicar, automáticamente, a la regulación actual del Código civil. Por un lado, debido a las modificaciones en el sistema sucesorio, los derechos legitimarios ya no emanan de la institución de heredero; de hecho, es perfectamente válido que estos se colmen mediante atribuciones ‘ajenas’ a la sucesión<sup>768</sup>. Por otro lado, en el sistema dual de la preterición la omisión intencional no genera efecto alguno de nulidad: ni de la institución de *heres* ni del propio instrumento ordenador, es decir, no se procede a la apertura de la sucesión legal en la

---

<sup>767</sup> GARCIA BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Preterición formal y material y nulidad de la institución”, *Anuario de derecho civil*, núm. 2, 1969, pp. 314 y ss.

<sup>768</sup> Sobre los requisitos para la concurrencia de la preterición, la STS 325/2010, de 31 de mayo (RJ 2010/2653), FJ primero, fija que: “La preterición intencional y errónea. Viene regulada por el artículo 814 del Código civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981 que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o alguno legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, proclamada artículo 814 del Código civil la preterición de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813”.

que el omitido adquiere cualidad de heredero. En consecuencia, cabe advertir que la institución de la preterición se ha diluido como garante firme de la legítima formal y, aunque se mantiene como mecanismo corrector para los supuestos de vicio de la voluntad del causante, ya no persigue investir al legitimario con la cualidad de heredero, sino generar al omitido un ‘título sucesorio propio’ con el que asegurar su participación en la sucesión de la que ha sido excluido.

Es, en este punto, cuando la preterición como cauce de exclusión sucesoria hace aparición. Al no integrar la institución en la actualidad la salvaguarda de la legítima formal, por ser esta, cuanto menos, casuística y puntual, cabe la posibilidad de ficcionar y proponer que la *praeteritio* actual es un cauce de exclusión sucesoria en la que convergen dos voluntades. En este esquema, la propia omisión acoge la voluntad exclusoria del causante, que, ciertamente, genera efectos de exclusión; pues, en un primer momento, suprime las expectativas sucesorias de los sucesores forzosos. Pero a esta primera *voluntas* se le adiciona, para mudar la preterición en un auténtico cauce de exclusión, una segunda, que debe provenir del legitimario omitido, y que, de convenir con la primera, excluye de la sucesión al mismo. Esta hipotética reconversión de la preterición se fundamentaría en la aquiescencia, es decir, en la no impugnación de la omisión viciada o en la ‘autoexclusión’.

Sin embargo, esta interpretación debe descartarse, no solo porque atenta contra la esencia misma de la preterición, que persigue corregir una voluntad contraria al ordenamiento, sino porque en todo cauce de exclusión sucesoria debe prevalecer una única voluntad. Al igual que ocurre en la desheredación o el apartamiento, es el causante quien opta por excluir de su sucesión a determinados sucesores forzosos, tan solo su voluntad es tenida en cuenta para generar efectos sucesorios de exclusión. En caso contrario, la exclusión consentida y dependiente de una doble voluntad, emitidas ambas en dos tiempos (antes y después de la muerte del causante), rompe, explícitamente, con el carácter imprescindible de la sola voluntad sucesoria del *de cuius*, que no encuentra garantía alguna de ver culminada su exclusión.



Con todo ello, es preciso resituar, o al menos tratar de delimitar, la naturaleza que presenta la preterición en las regulaciones tanto del Código civil como del ordenamiento vasco, pues tras la ‘eliminación’ de su vinculación con la legítima formal, su esencia histórica parece haber quedado algo trastocada y difusa. En una lectura apegada a la letra del artículo 814 del CC, se observa que mientras la preterición intencional “*no perjudica la legítima*” y que, por lo tanto, “*se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*”, la preterición no intencional, salvo omisión de todos los legitimarios, “*anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas*”.

Esta dualidad en la preterición bifurca, a su vez, la naturaleza que emana cada una de ellas, pues mientras que la primera, al no generar efectos de nulidad, no tiene encaje en la *praeteritio* clásica, la segunda, la no intencional, mantiene su origen y continúa siendo garante de la legítima formal al promover la nulidad de la institución de heredero y otorgar justo título al legitimario tras abrirse la sucesión legal<sup>769</sup>. En este sentido, mientras que la preterición no intencional mantiene su naturaleza original al otorgar una vía a los sucesores forzosos para asegurar la presencia que la Ley les prevé en la sucesión del causante, se mantiene la incógnita sobre la finalidad y funcionalidad actual de la preterición intencional.

La doctrina, si bien discierne que el objetivo primario que pretende amparar la preterición intencional no es la de garantizar el aspecto formal de la legítima -que debiera requerir en todo caso la atribución de título apto mediante nulidad de la institución o del instrumento

---

<sup>769</sup> En todo caso, debe advertirse, tal y como concluye la STS 695/2014, de 10 de diciembre (RJ 2014/6842), FJ segundo, que “en primer lugar debe señalarse que la interpretación rectora del artículo 814 en relación con la preterición no intencional de hijos y descendientes, sin resultar todos ellos preteridos, caso que nos ocupa, lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (*voluntas testatoris*) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final: “A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador” y confirma sistemáticamente el citado apartado segundo, en donde la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de “las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título”.

Desde la preferencia de este criterio interpretativo, por lo demás, respetuoso tanto con los antecedentes históricos de la figura, esto es, con la “*querella inofficiosi testamenti*”, como con los precedentes más inmediatos, caso de la Reforma de 1981 respecto de la inclusión de las mejoras; el vicio o defecto que presenta la declaración testamentaria no responde a una ineficacia estructural, propia de la nulidad o anulabilidad, sino a una ineficacia funcional que parte, en todo caso, de la validez estructural de lo ordenado por el testador para purgar o ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración”.

ordenador-, considera que con la reducción de las instituciones tan solo cabe deducir que la preterición intencional pretende proteger el aspecto material de la legítima, es decir, su cuantía<sup>770</sup>. Pero aun con todo, ¿resulta factible, acaso, la construcción de un título que permita acceder a una sucesión distinto del de heredero o legatario? ¿Si la preterición intencional no anula las disposiciones efectuadas por el causante, y, por ende, no abre la sucesión legal, bajo qué título ampara la legítima material?

En este punto cabe defender la existencia de un nuevo título, que se adquiere *ex lege*, en virtud de un llamamiento a la sucesión legal o legítima y que no es otro que el título de legitimario<sup>771</sup>. Así, la preterición intencional, bajo la premisa de la existencia legal del título, salvaguarda, únicamente, el aspecto material de la legítima; el omitido intencionalmente, al contrario que el preterido no intencionalmente, no ostenta derecho a ser instituido heredero, carece de dicha prebenda y no es esa la voluntad del causante que lo ha excluido ‘premeditadamente’. En cambio, el derecho a la legítima material del omitido intencionalmente permanece intacto bajo la fundamentación de la misma *praeteritio*: la omisión de un legitimario es causa de vicio de la voluntad y corresponde al ordenamiento su purificación.

---

<sup>770</sup> Así, tal y como señala ZUBERO QUINTANILLA, Sara: “La legítima formal como límite o medio de protección de la voluntad del testador”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, p. 781, “debido a que la mención de los legitimarios en el testamento no es un deber impuesto en el Código Civil, la doctrina ha valorado el carácter formal o atributivo de la preterición, a fin de determinar si es consecuencia de un requisito de forma, cual es la no mención suficiente del legitimario en el testamento, o resulta de la no obtención de atribución patrimonial, inter vivos o mortis causa, por el legitimario, exista o no mención testamentaria. La interpretación de la calificación de la preterición en uno u otro sentido es relevante a los efectos de los derechos que pueden ser reconocidos al preterido y la afeción de estos al resto de beneficiarios del causante”.

<sup>771</sup> Muestra su conformidad con esta idea IRURZUN, Domingo: “La legítima, su contenido y su satisfacción”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 50, 2013, sin pp., al afirmar que “en el caso debatido, en que la testadora no instituye herederos a sus padres legitimarios, en que tampoco les deja su legítima por ningún otro título, sino que se limita a reconocerles el derecho de legítima creado por la ley, ¿en virtud de que título adquieren sus padres su legítima como ascendientes, ya que no hay descendientes?

La respuesta no es dudosa: La adquieren, en cuanto legitimarios, y por el título de legitimarios. *Ex lege*, en virtud de un llamamiento a la sucesión –legal o legítimo, según el artículo 658. Desde que su hija nació, tenían la condición de legitimarios, de sucesores mortis causa, en estado latente, eran sucesores en estado expectante. Pero, al fallecer su hija, pasan a ser legitimarios efectivos, *in actu*, y adquieren de su hija soltera el derecho sucesorio que es su legítima y con el contenido que la propia ley le ha fijado; el de una cuota-parte, precisamente una mitad de los bienes y derechos del activo hereditario.

Si a ello se añade que no responden de deuda hereditaria alguna, pues éstas han de ser deducidas para fijar la cuantía de su derecho conforme al artículo 818, no cabe otra solución: son sucesores a título singular”.

Respecto a la presencia de la institución de la preterición en el ordenamiento vasco tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, la posición mayoritaria de la doctrina asume que de acuerdo al artículo 48.4 “*la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento*”. Por ello, la preterición de alcance parcial, es decir, cuando no afecta a la totalidad de los legitimarios, ya sea intencional o no, al verse equiparada al apartamiento, desaparece para ser integrada como ‘forma’ o ‘vía’ en dicho cauce de exclusión. Sin embargo, esta equiparación debe reputarse errónea, pues jurídicamente no es posible efectuar la inclusión de la figura de la preterición en el seno del apartamiento. Ambas figuras otorgan, ciertamente, efectos jurídicos a la mera omisión; pero esa es toda la similitud posible.

Así, como ya se ha analizado, mientras que la esencia de la preterición persigue corregir el vicio en la voluntad del causante para validar la presencia del legitimario omitido en la sucesión, el apartamiento, por su parte, valida la voluntad exclusoria del *de cuius* para romper con las expectativas sucesorias de sus sucesores forzosos. Ante naturalezas tan dispares no cabe defender que la ‘equivalencia’ sea correcta; cuestión distinta es si la supervivencia de la preterición en el Derecho vasco resulta útil o necesaria, pero la asimilación de ambas figuras no encuentra argumentación posible. En este sentido, e interpretando el mencionado artículo teleológicamente, no puede negarse que debido a la validación que genera el apartamiento sobre la omisión como forma de exclusión, no cabe reputar la existencia de vicio en la mera omisión. Es anhelo de la norma que la omisión sea cauce de exclusión, de modo que la preterición no tiene cabida, al menos, con un apartamiento que diluye su aspecto formal a la mera quintaesencia<sup>772</sup>.

---

<sup>772</sup> En relación a la RDGRN, de 12 junio 2017, que trae causa de un testamento otorgado en San Sebastián bajo el régimen del Código civil, en el que el causante instituye heredero al que entonces es su único hijo y que posteriormente tras el nacimiento de otros dos hijos, fallece sin modificar sus disposiciones *mortis causa*, resultando aplicable a la sucesión la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, que equipara la preterición, intencional o no, de un descendiente heredero forzoso al apartamiento, considera GASPAS LERA, Silvia, “Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre, 2020, p. 229 que “la cuestión debió abordarse aplicando el art. 814.II CC y la doctrina que lo interpreta, lo que conducía a calificar la omisión como preterición no intencional de los dos hijos sobrevenidos, que en consecuencia podían instar la nulidad de la institución hereditaria. El hecho de que la ley de la sucesión permita al que otorga testamento bajo su vigencia apartar a uno o varios de sus legitimarios, no significa que deban dejarse sin efecto las disposiciones acordadas en el

Aun así, la errónea equiparación que se efectúa entre ambas instituciones no es la única crítica achacable al artículo 48.4 de la Ley 5/2015, pues tampoco es posible considerar que toda omisión deba encontrarse validada merced al apartamiento y, menos, por imperativo legal. En este punto conviene traer a colación la regulación que mantiene el ordenamiento aragonés de la preterición, pues aun compartiendo su legítima la naturaleza colectiva de la vasca y permitir dicho ordenamiento la exclusión no causal, al igual que acontece con el apartamiento, opta aquél por dotar de efectos jurídicos propios a la omisión.

Siguiendo la línea dualista del Código civil, el Código del Derecho Foral de Aragón, en sus artículos 505 y 506, respectivamente, establece lo que sigue: *“Es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal”*; y *“Es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo”*. Es cierto, que, si se observan los efectos derivados de la preterición intencional en el ordenamiento aragonés, la corrección en la voluntad manifestada por el causante, que efectúa para esta omisión, es mínima, pues tan solo se le reconoce al legitimario el derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma.

De esta manera, al igual que acontece en el sistema vasco, la exclusión no causal válida, en cierta medida, la omisión como forma para operar dicha ‘separación’; y al legitimario preterido intencionalmente se le reconocen los mismos derechos que al excluido, por entender que la voluntad del causante es la misma en ambos supuestos. Sin embargo, el ordenamiento aragonés sí se opone a la plena validación de toda voluntad no expresa y regula, específicamente, los efectos derivados de la omisión que se produce por error. Es decir, para los supuestos en los que la voluntad de exclusión de los legitimarios es errónea -por estar

---

testamento anterior a su entrada en vigor, lo que resulta congruente con la idea de que la voluntad del causante es el criterio que debe regir la sucesión, como establece en el art. 4 la propia ley vasca 5/2015 de 25 de junio”.

viciada- y se formaliza mediante la pura omisión, el CDFA considera indebido validarla y atribuirle efectos exclusorios<sup>773</sup>.

Como establece el Preámbulo de la Ley “*la preterición se ha regulado de acuerdo con la que se entiende debe ser su función propia en nuestro Derecho, que es evitar que un legitimario de grado preferente quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante, como consecuencia de que éste, al disponer, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal*”. El CDFA, a diferencia de la Ley 5/2015, no interpreta y complementa una voluntad que no está expresada ni se halla deducida de las disposiciones realizadas por el *de cuius*. Reconoce que, en un sistema sucesorio en el que rige la libertad distributiva legitimaria, también acaecen supuestos de vicio en la voluntad del causante y, en consecuencia, regula los efectos oportunos que derivan de los mismos<sup>774</sup>. La Ley no puede validar negocios jurídicos viciados, no cuando el vicio proviene de la misma voluntad; en la misma medida en que un testamento resulta nulo si es otorgado con violencia, dolo o fraude (art. 673 CC), también debe serlo, o al menos anulable, aquel que se efectúa bajo parámetros erróneos, como el desconocimiento de la existencia de un legitimario o su condición de tal.

---

<sup>773</sup> De acuerdo a PARRA LUCAN, María Ángeles: “Legítimas, libertad de...”, cit., p. 493, “la preterición se ha regulado de acuerdo con la que se entiende debe ser su función propia en nuestro Derecho, que es evitar que un legitimario de grado preferente quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante, como consecuencia de que éste, al disponer, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo. En estos casos, el legitimario preterido tiene derecho a una porción en el caudal relicto igual a la del menos favorecido por el causante”.

<sup>774</sup> En palabras de SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., pp. 116 y ss., “la preterición no intencional es la única que merece un tratamiento reforzado, puesto que es en relación a ella cuando surge la necesidad de reajustar lo dispuesto por el causante o su fiduciario, con el fin de intentar atribuir al preterido lo que razonablemente la mayor parte de las personas habrían atribuido a un descendiente cuya existencia o condición de tal se ignora. En el caso de la preterición no intencional, la ley aporta un complemento a la voluntad del disponente expresada en el instrumento sucesorio, de acuerdo con lo que parece su intención más probable. La modificación por obra de la Ley de la ordenación voluntaria de la sucesión no puede tener otra justificación que la protección de la propia voluntad (presunta) del disponente, al no existir un derecho de legítima individual”. Así, aunque la norma da preferencia a las previsiones del causante o su fiduciario sobre los efectos de la preterición, “la solución legal subsidiaria es equiparar al preterido con el legitimario, de cualquier clase (mediato o inmediato, y entre éstos por derecho propio o por sustitución legal), menos favorecido en la distribución del caudal relicto por sucesión voluntaria o legal. La equiparación se hace con el legitimario no preterido que menos recibe por sucesión por causa de muerte, sin tener en cuenta las liberalidades entre vivos a estos efectos. Ese legitimario menos favorecido ha podido recibir una porción mínima, haber sido mencionado simplemente para excluirlo de la sucesión o recibir una atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante o, incluso, puede no haber descendientes que reciban atribuciones por causa de muerte por habérseles asignado la legítima entre vivos. No siempre, por tanto, la equiparación con el legitimario menos favorecido en la sucesión implicará derecho a reclamar una porción del caudal relicto”.

Ahora bien, la solución que el ordenamiento prevea para dicho vicio manifestado mediante la omisión errónea puede ser variada. Aunque la histórica nulidad de las instituciones de heredero, con su consecuente apertura de la sucesión legal, debiera resultar la respuesta más evidente, en un sistema legitimario de naturaleza colectiva este efecto puede resultar un tanto contrario al principio *favor testamenti*. Si se acepta la premisa de la existencia de la libertad distributiva, aunque se haya operado bajo parámetros medianamente erróneos, anular dichas disposiciones vulnera la misma esencia de la legítima colectiva, en la que la atribución puede ser dispar.

Por este motivo, la respuesta del ordenamiento aragonés<sup>775</sup>, y la que en su momento facilitaba la Ley 3/1992 en su artículo 54.3 puede ser más ajustada, al atribuir “*derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*”. Esta no es una solución completa, sobre todo para aquellos supuestos en los que la atribución al menos favorecido es inexistente y por ende el preterido erróneamente nada adquiere; pero al menos, formalmente, la preterición le permite el acceso a dicha sucesión<sup>776</sup>. Aun con todo, es necesario acometer una revisión sobre el encaje actual de la preterición errónea en el ordenamiento vasco, para reajustarla y concederle su debido espacio.

---

<sup>775</sup> Sobre el cálculo de la cuota del preterido, SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La legítima en...”, cit., p. 117, establece que “si sólo hubiera un legitimario favorecido en la sucesión del causante, el preterido tiene derecho a la mitad de la porción del caudal relicto recibida por ese legitimario. Cuando son dos o más los legitimarios favorecidos en la sucesión, el preterido tiene derecho a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por el disponente. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones en el caudal relicto de los restantes legitimarios, incluido el menos favorecido. El legislador quiere atribuir al preterido una porción del caudal relicto menor que las otras, salvo una (la que sirve de índice), y a costa de disminuir proporcionalmente todas ellas. De otro modo, podría uno, más favorecido en la distribución del caudal relicto, pasar a serlo menos que el preterido, una vez hecha la reducción proporcional”.

<sup>776</sup> Ciertamente, de acuerdo al artículo 51. 3 LDCV “*el heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva*”, de modo que, también, en el ordenamiento vasco, al legitimario preterido, considerado apartado se le reconoce acceso a la sucesión. Pero su atribución material ‘real’ es la que queda cuestionada.

#### IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO

Entre los sujetos que pueden ser considerados parte en la institución de la preterición encontramos, por un lado, a aquellos que omiten u olvidan -ya sea en calidad de causante o comisario-, y, por otro lado, a los sucesores forzosos que por dicha exclusión inicial carecen de título apto para acceder a la sucesión. Así, aunque en relación a la parte activa no existe controversia, más allá del supuesto de la ordenación por comisario en el que la voluntad del *de cuius* no resulta del todo clara -analizado previamente en el capítulo referente al apartamiento y que resulta extrapolable plenamente a la preterición-, la parte pasiva, la omitida, puede abarcar una serie de hipótesis que precisan ser bosquejadas.

Sin embargo, antes de profundizar en dicha casuística, debe subrayarse que existe un requisito esencial para ser parte pasiva de la preterición, que no es otro que el de ser legitimario en activo. Así, no todo legitimario es preterible por el mero hecho de gozar de dicha cualidad, es preciso que ostente, fácticamente, dichos derechos legitimarios<sup>777</sup>. Con ello, se remarca que la preterición no ampara una mera expectativa legitimaria, sino los derechos que nacen tras la adquisición certera de dicha cualidad. Para ser sujeto preterible la condición de legitimario debe ser mantenida hasta el fallecimiento del causante, pues de perder ese estatus, previamente, la institución de la preterición no ampara al sujeto por carecer éste de derechos legitimarios<sup>778</sup>.

En este punto, comenzando con la casuística que se propaga por el círculo de los sujetos preteribles, debe hacerse especial mención al supuesto del *nasciturus*. En un principio, de acuerdo al artículo 745.1º del Código civil, son incapaces de suceder “*las criaturas abortivas*,

---

<sup>777</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 148, recalca que “tomar en consideración aquellas situaciones que nunca pasaron de constituir meras expectativas supone admitir la existencia de derechos legitimarios en quien no los ostentaba, o mejor, en quien sólo tenía una perspectiva de adquisición de los mismos, lo que puede ser excesivo en nuestro caso”.

<sup>778</sup> Subraya IRURZUN, Domingo: “La legítima, su...”, cit., sin pp., que “ha de observarse que la cualidad de legitimario se obtiene de modo automático en el momento en que surge el hecho que le pone e relación con el que va a tener que dar cumplimiento o satisfacción a tal derecho. Por el hecho de nacer el hijo es legitimario de su padre (y éste lo es de su hijo, a su vez); el cónyuge es legitimario de su consorte por el hecho de contraer matrimonio. Cosa distinta es que, como derecho sucesorio solo nazca con eficacia al fallecer quien debe satisfacer la legítima con una parte de sus bienes. Y que tal derecho pueda ser satisfecho de distintas maneras

*entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30*". Pero habida cuenta de la excepcional protección que el ordenamiento reconoce a los concebidos en el artículo 29 del Código civil, resulta indispensable reconocer, también, a los legitimarios póstumos el amparo de la preterición. Una vez el *nasciturus* nace y adquiere personalidad "en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno" (art. 30 CC), es considerado sucesor forzoso, por lo que, en dicho momento es sujeto susceptible de preterición.

Parejo supuesto se le reconoce al *nondum concepti*, que, aun siendo concebido tras el fallecimiento del causante, adquiere, generalmente, a su nacimiento, la cualidad de sucesor forzoso<sup>779</sup>. Este pequeño matiz en cuanto a la atribución genérica de dicha cualidad deriva del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que para los supuestos de premoriencia establece que "no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley", salvo consentimiento expreso o tácito<sup>780</sup> por parte del cónyuge fallecido, hecho que debiera acaecer comúnmente.

Continuando con la casuística, pero en sentido inverso, no puede sostenerse que ostente la cualidad de legitimario en activo el sucesor forzoso premuerto. Así, a pesar de que el premuerto sí ha ostentado en determinado momento la cualidad de sucesor forzoso, su fallecimiento lo excluye del ámbito de aplicación de la preterición, pues a la apertura de la sucesión no puede hacer valer sus derechos legitimarios. No resulta relevante si la

---

<sup>779</sup> En este punto a pesar de referenciar la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de preproducción asistida, resulta igualmente interesante las reflexiones mantenidas por RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 159 y ss.

<sup>780</sup> De acuerdo al artículo 9.2 de Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, este consentimiento dual se justifica en que "el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

*Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido*".



premorienza es previa o posterior al otorgamiento del instrumento ordenador -salvo existencia de descendientes del premuerto-, ya que, en ambos casos, el sucesor forzoso pierde esa condición a su muerte.

Mismo destino parece reconocérsele, inicialmente, en la letra del artículo 756 del Código civil, al sucesor forzoso declarado indigno; que resulta ser, bajo causas tasadas, incapaz de suceder. Al no ostentar derechos legitimarios, por estar privado de participar en la sucesión, puede concluirse que su omisión no debiera ampararse por la preterición. Si nada se le debe, si carece de toda expectativa, tampoco precisa de título apto para participar en la sucesión del causante. Sin embargo, la doctrina más aperturista opta por reinterpretar la cualidad del indigno respecto a la preterición. Considera que, al concordar las causas de indignidad con las de la desheredación, la previsión expresa de exclusión resulta necesaria para retirar los derechos legitimarios del indigno.

En sentido opuesto, al igual que la desheredación tácita, fundamentada en causas de indignidad, no es suficiente para validar una exclusión sucesoria, la mera omisión, fundada en sus mismas causas, no debiera ser suficiente para retirar los derechos legitimarios del preterido. Desde esta perspectiva, el indigno es susceptible de preterición, pues al ser prerrogativa del causante tanto su efectiva desheredación como su perdón y rehabilitación, la interpretación de la omisión debe efectuarse desde un prisma conservador: si se omite a un sucesor forzoso, existiendo posibilidad para desheredarlo, dicha omisión no debe suplir la voluntad no expresada del causante, por lo que no debe excluirse al omitido y deben de reconocérsele sus derechos legitimarios.

Finalmente, en lo relativo a los sujetos pasivos de la preterición, no debe obviarse la previsión expresa que el artículo 814 del Código civil recoge en su párrafo tercero: “*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*”. La norma suprime la posible preterición de los descendientes de un sucesor forzoso premuerto, desheredado o indigno al constituir un derecho de representación en su favor. De esta manera, aunque hayan sido omitidos por el causante, si su ascendiente es instituido o favorecido, no existe vicio de preterición alguno,

pues el articulado presume que la intencionalidad del causante no es otra que la de que aquellos ocupen la posición de éste. En este punto, se observa una similitud entre la previsión del Código civil y la Ley vasca, que en su artículo 50 contempla la representación de los descendientes respecto a sus progenitores premuertos o desheredados. Curiosamente, aunque la Ley 5/2015 no prevé corrección para posibles supuestos de preterición errónea, sí opta por reconocer la posición de los descendientes omitidos, otorgándoles, tanto formal como materialmente, espacio en la sucesión del causante.

## **V. EL ELEMENTO OBJETIVO**

El objeto de la preterición radica, precisamente, en la omisión, en la no previsión de determinados legitimarios en el instrumento de ordenación sucesoria. Así, aunque dicho objeto difícilmente puede ser analizable, por carecer de determinación alguna, la regulación contenida en el Código civil, al prefijar efectos distintos dependiendo de la voluntad o de la ausencia de ésta a la hora de acometer la ‘exclusión’, permite esbozar una suerte de clasificación de dicho elemento objetivo; diferenciando, inicialmente, la preterición intencional de aquella realizada de forma no intencional o errónea. Sin embargo, para tratar de construir una categorización en torno a la intencionalidad, al tratarse esta de un componente subjetivo que referencia la voluntad del causante, resulta preciso acometer dicha sistematización fundamentándonos en el descarte. Como los supuestos de hecho para la preterición no intencional o errónea son tasados, toda omisión que no pueda obtener encaje en aquéllos devendrá intencional.

En este sentido, el estudio de los supuestos de hecho de la preterición no intencional o errónea debe iniciarse diferenciando ambas omisiones, pues bajo dicha categorización genérica se encuentra tanto la omisión *estrictamente no intencional* como aquella *efectuada por puro error*. Así, mientras que la preterición no intencional implica la no existencia, ni física ni jurídica, del legitimario al otorgar instrumento de ordenación sucesoria, la omisión errónea se fundamenta en el desconocimiento, por parte del causante, de la existencia de un sucesor forzoso que sí existe al ordenar la sucesión.

Analizando los supuestos de hecho en concreto, cabe indicar que concurre la preterición no intencional, en sentido estricto, al nacimiento de nuevos legitimarios, sea este fáctico o jurídico –como el supuesto de modificación legislativa o de filiación adquirida por reconocimiento, adopción o imposición-. Por su parte, el error en la omisión tan solo resulta si el causante ignora la propia existencia del legitimario o su condición de tal. De esta manera, puede concluirse que el primer supuesto de preterición ampara una omisión sobrevenida que el causante no podía prever y el segundo referencia un auténtico error que vicia la voluntad real del *de cuius*<sup>781</sup>.

Ciertamente, el efecto jurídico derivado resulta el mismo, pero la casuística que engloban difiere. Aun con todo, este enunciado de supuestos en los que la preterición es considerada no intencional o errónea no es del todo completa, pues en este punto es preciso delimitar en qué momento debe valorarse la intencionalidad de la omisión. No puede obviarse que, desde el otorgamiento del instrumento ordenador hasta el fallecimiento del causante, su desconocimiento sobre la existencia de nuevos sucesores forzosos puede ser corregida y devenir, una omisión no intencional o errónea, en intencional<sup>782</sup>. Aunque la preterición, inicialmente, se deduce a la hora de otorgar el instrumento ordenador, los efectos derivados de este último se perfeccionan al deceso del *de cuius* y, en este ínterin, la *voluntas* sobre la

---

<sup>781</sup> De acuerdo a la STS 325/2010, de 31 de mayo (RJ 2010/2653), FJ tercero, “el motivo se desestima porque no se trata de un tema de interpretación, sino de preterición. Al tiempo de otorgar el testamento (año 1990) no constaba jurídicamente la existencia ni materialmente el conocimiento de la hija del causante y tan sólo años después (1996) el causante tuvo conocimiento cierto de su presencia, que se declaró en posterior sentencia firme (después del fallecimiento). Tal como dice la sentencia de 22 de junio de 2006 (si bien en el caso, el hijo extramatrimonial nació después de otorgado el testamento y en el presente, fue conocido igualmente después). En definitiva, al tiempo de otorgarse el testamento, momento al que debe referirse la interpretación del testamento, el testador no tenía ni podía tener conocimiento de la existencia de su hija extramatrimonial, pues la prueba biológica y la sentencia de filiación fueron posteriores. En consecuencia, la preterición no pudo ser intencional”.

<sup>782</sup> En palabras de GASPARELERA, Silvia, “Preterición de descendiente...”, cit., p. 227, “antes de entrar en el examen detallado de las cuestiones planteadas, conviene tener presente que solo puede ser preterido quien acredita su condición de legitimario respecto del causante, lo que no cabe antes de la apertura de la sucesión. Por eso, si el fallecido ha dejado hijos biológicos no reconocidos ni hay declaración judicial de filiación carecerán de legitimación para reclamar lo que por preterición les corresponda. Cuestión diferente es la calificación de la omisión como consciente o no intencional, imprescindible para determinar sus efectos. Aunque el Código civil no contiene criterio específico, se asume que lo que se juzga es el conocimiento o no por el causante, en el momento de testar, de la existencia o condición de legitimario del descendiente preterido. Por consiguiente, reconocido el hecho de la preterición, habrá que declararla no intencional si tuvo lugar por ignorancia o imprevisión del disponente y será consciente o intencional si dispuso a favor de otros teniendo presente al descendiente, aunque no conste su relación jurídica”.

omisión puede haber variado o, incluso, bajo el mismo instrumento de ordenación sucesoria, no existir preterición alguna.

Debe recordarse, tal y como ya se ha adelantado en este apartado, que para la operatividad de la preterición el legitimario debe perdurar en activo a la muerte del causante, por lo que una omisión que debiera considerarse viciante puede no generar efectos de preterición por no concurrir los elementos subjetivos. Mismo destino se prevé, como se verá, para aquellos supuestos en los que los derechos legitimarios se satisfacen mediante atribución *inter vivos*: a pesar de que el instrumento que ordena la sucesión parece susceptible de albergar una preterición, la atribución material posterior, también evita la aparición de vicio por omisión<sup>783</sup>.

Por último, aun siendo un supuesto controvertido debido a que acarrea la presunción *iuris tantum* en favor de la intencionalidad de la preterición y, por tanto, en detrimento de la no intencional o errónea, cabe argumentar que la omisión, inicialmente no intencional, deviene intencional por la falta de revocación del instrumento ordenador por parte del causante. Es decir, que siendo notoria la existencia de nuevos legitimarios, el *de cuius*, intencionadamente, mantiene la omisión de los mismos: tras el nacimiento de un nuevo descendiente preferente, reconocido por el causante, este no modifica la ordenación de su sucesión. En este supuesto cabría argumentar que la intencionalidad se modifica, de modo que los efectos que genera la preterición también deben ser los más conservadores respecto a dicha última voluntad, es decir, los correspondientes a la omisión intencional<sup>784</sup>.

---

<sup>783</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en...*, cit., pp. 226, trata de dar respuesta a la incognita de cuando debe apreciarse la existencia de preterición, considerando que “no creemos que presente ningún problema esta cuestión, ya que, si la preterición la hemos concebido como falta de título apto, sin estar acompañada de desheredación, para hacer valer los derechos hereditarios de los herederos forzosos, evidentemente dicha falta solo es apreciable al momento del fallecimiento del *de cuius*. Es algo evidente, pues con anterioridad nadie puede decir, ni siquiera los legitimarios, que ostenta derecho alguno en la sucesión, debido al carácter esencialmente revocable del negocio testamentario”.

<sup>784</sup> Admite esta posibilidad la STS 342/2020, de 23 de junio (RJ 2020/2211), FJ segundo, al reconocer que “la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la parte recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de estas y las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo no sean compartidos por la

## VI. EL ELEMENTO FORMAL

Aunque la preterición de un legitimario carezca propiamente de un aspecto formal, por tratarse de una omisión, sin contenido ni proforma alguna, resulta indispensable esclarecer bajo qué requisitos formales se conforma el supuesto de derecho de la *praeteritio*. Es decir, en este apartado no se analiza la sustancialidad de la omisión, carece de ella, sino bajo qué requisitos considera el ordenamiento que dicha omisión genera desamparo suficiente respecto al legitimario como para constituir preterición. De acuerdo a la naturaleza de esta institución cabe destacar, a este respecto, un total de dos requisitos que se complementan entre sí para conformar la preterición: la existencia de instrumento ordenador de la sucesión y el silenciamiento del legitimario por parte del causante<sup>785</sup>.

Comenzando con el primer requisito, la existencia de instrumento ordenador, debe recordarse que, ya desde el Ordenamiento de Alcalá, la coexistencia de la sucesión voluntaria y la legal resulta plausible. La institución de heredero ya no resulta parte indispensable de la ordenación sucesoria, por lo que se permite que los *heres* sean instituidos vía llamamiento

---

recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial (sentencia 535/2015, de 15 de octubre).

Esto es lo que ocurre en el presente caso: que la sentencia recurrida haya otorgado más valor de convicción a la declaración del testigo, con apoyo en las circunstancias que relata, que a los datos que tiene en cuenta la sentencia del juzgado, y que los recurrentes comparten, para sostener la conclusión contraria, no convierte la valoración de la Audiencia en arbitraria, ni constituye un error notorio.

La sentencia recurrida, que el momento relevante para calificar la preterición como intencional o no intencional es el conocimiento del testador en el momento de otorgar testamento, y que considera que corresponde a los actores probar que no era intencional, basa inmediatamente su conclusión de que el causante no mencionó "de propósito" en el testamento a sus hijos en la declaración de un testigo que, según recoge en la sentencia, le refirió en diversas ocasiones y de forma taxativa que sabía que tenía hijos, que ese hecho era comentado en el entorno vecinal, de donde se infiere que la Audiencia da por probado que el causante conocía de la existencia de su paternidad desde el primer momento".

<sup>785</sup> Concluye ALFARO GUILLÉN, Yanet: "Delación forzosa, preterición y legítima asistencial: análisis en los ordenamientos cubano y español (II)", *REDUR*, núm. 9, diciembre 2011, p. 248 y 249, que "para sistematizar el análisis deben repasarse los supuestos en los que se estima su existencia, en los que se excluye y en los que se duda de la preterición: -Supuestos en los que existe preterición: Son contestes los autores en considerar preterido al legitimario en los supuestos de total omisión, de modo que no hay sido destinatario de atribución ni mención alguna. -Supuestos en los que se excluye la preterición: En cambio se ha excluido la preterición con bastante consenso cuando a pesar de no ser mencionado el legitimario o serlo con insuficiencia es atributivo de su porción por cualquier título testamentario. Aquí reluce uno de los principales hitos evolutivos del instituto, porque se logran despojar sus formulaciones conceptuales de formalismos intrascendentes para atender con preferencia a las alternativas de protección efectiva".

legal. Así, en los supuestos en los que la ordenación voluntaria de la sucesión no contempla las coordinadas del traspaso *mortis causa* de todos los bienes que integran el caudal, los sucesores forzosos, como herederos legales, acceden a la sucesión del *de cuius* y pueden reclamar la cuota a la que tienen derecho.

Tanto el aspecto formal como el material de la legítima quedan amparados en esta dualidad sin requerir de preterición, pues los legitimarios son recordados e instituidos, con título apto, mediante la sucesión legal. Por lo tanto, este primer requisito para la concurrencia de la preterición requiere, a su vez, que el instrumento de ordenación sucesoria no solo exista, sino que abarque, en su totalidad, la sucesión del causante. Solo bajo este parámetro pueden carecer los legitimarios de título apto, por lo que la apertura, en cualquier circunstancia, de la sucesión legal, rompe formalmente con la posibilidad de que entre en escena la preterición<sup>786</sup>.

Pero este primer requisito se ve, a su vez, complementado y limitado por el segundo; no solo se requiere que la *successio* se defiera en su totalidad por sucesión voluntaria, sino que debe concurrir con la omisión plena del legitimario. La atribución material, por actos *mortis causa*, e incluso *inter vivos*, puede suponer mención suficiente para impedir la presencia de la preterición. Resulta evidente que el legitimario que ha recibido la legítima por disposición sucesoria queda excluido de la salvaguarda prevista en el artículo 814 del Código civil. Una atribución total o parcial de la legítima, sin importar ya el título apto, vacía de contenido la preterición, pues aun no siendo suficiente lo asignado para cubrir la cuota debida, no cabe duda de que el legitimario es reconocido por el causante.

La preterición no corrige la suficiencia de la atribución, para ello existen otros mecanismos protectores, sino la participación obligada del sucesor forzoso en la sucesión del causante<sup>787</sup>.

---

<sup>786</sup> Apoya esta idea RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: La preterición en..., cit., pp. 174 y ss., al afirmar que “la existencia de un testamento se erige en requisito inexcusable para poder hablar de la existencia de cualquier tipo de preterición, bien de la general contenida en el párrafo primero del artículo 814 o de la específica, no intencional, de hijos o descendientes encuadrada en el párrafo segundo del mismo precepto”.

<sup>787</sup> Recuerda IRURZUN, Domingo: “La legítima, su...”, cit., sin pp., que “se está reconociendo pues, que la legítima puede ser recibida por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*, y en este caso, singular o universal. Y añade una cita del Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de septiembre del 2008 en la que se dice que el

Pareja conclusión se deduce para las atribuciones materiales por actos *inter vivos* en los que se satisfacen los derechos legitimarios. Una vez que el causante ha cumplido con sus deberes legitimarios, no puede advertirse que exista omisión u olvido, parámetro esencial para la existencia de la preterición. Ciertamente, estas disposiciones *inter vivos* no facilitan directamente título apto para con la sucesión del causante, pero como ya se ha expresado previamente, en el ordenamiento actual cabe defender la existencia de un nuevo título, que se adquiere *ex lege*, en virtud de un llamamiento a la sucesión legal o legítima y que no es otro que el título de legitimario. Sin omisión y con título sucesorio, la preterición tampoco tiene cabida.

Cuestión diferente del cumplimiento del requisito de la omisión plena resulta la derivada de las disposiciones genéricas, en las que, sin mediar ningún tipo de institución o atribución, el causante prevé la posible existencia de legitimarios. Disposiciones a favor de persona ‘incierto’ que después deviene ‘cierto’. Se engloban, en este punto, previsiones que, al solo efecto de evitar la preterición, reconocen, *inter ceteros*, de forma genérica, la existencia de posibles legitimarios.

A este respecto, debe recordarse que actualmente la preterición no ampara propiamente el aspecto formal de la legítima, pues el legitimario ya ostenta un título propio, sino la corrección en la voluntad sucesoria del causante<sup>788</sup>. En este sentido, la estimación de este tipo de disposiciones genéricas, como mecanismo para evitar la omisión plena, tan solo cabe limitarla a supuestos plausibles para el causante; hipotéticas, pero, a su vez, previstas. Sin embargo, supuestos inimaginables para el causante no pueden ser escudados en este tipo de

---

legitimario que recibe íntegramente la legítima por cualquier título patrimonial apto “carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa”.

<sup>788</sup> A favor de considerar que la mera mención resulta suficiente para evitar preterición, detalla ALFARO GUILLÉN, Yanet: “Delación forzosa, preterición...”, cit., p. 250, que “La suficiencia de la mención, es el aspecto cardinal de este componente conceptual de la institución en estudio. Debe validarse tanto cuando es atributiva de bienes, derechos o porciones alícuotas *mortis causa*, como cuando es referida a la condición legitimaria porque la norma indica lo que a este sucesor corresponde, de acuerdo a la línea de análisis que se viene trazando. Así, se va sentando con fuerza el favorable criterio de que es suficiente cualquier género de alusión testamentaria al legitimario por entender la figura como una exigencia de carácter formal”. Sin embargo, la propia autora reconoce que no es una tendencia totalmente compartida por la doctrina.

cláusulas, pues estaríamos frente a una alteración del orden sucesorio legítimo que requiere de la intervención de la Ley como garantía para con los legítimos.



## CONCLUSIONES

**I.** El Derecho romano se divide, según los estudiosos, en tres etapas histórico-jurídicas: la época arcaica, la época clásica y la época postclásica. En cada una de ellas el sistema sucesorio difiere y se adapta a las realidades socio-familiares de la ciudadanía romana. La *successio* romana arcaica resulta casi inexistente, por hallarse fusionados el patrimonio y la familia, lo que conlleva que el *de cuius* no ostente facultad alguna para la libre disposición o distribución de dicho acervo.

En la época clásica, el *ius civile* diseña un sistema sucesorio en el que el causante es investido de facultades plenas. Se otorga al *de cuius* la máxima libertad en la ordenación de la sucesión, pero, manteniendo, en cierta medida, las expectativas de los *sui heredes*: hace aparición la sucesión necesaria. Inicialmente, la única limitación legal impuesta al causante en esta etapa es meramente formal: debe elegir entre instituir o desheredar a los herederos. Los *heredes* deben ser, por tanto, instituidos o desheredados, sin que resulte necesario que el causante alegue motivo alguno para proceder a dicha desheredación.

El Derecho sucesorio de la época postclásica, por su parte, ahonda en la sucesión necesaria implantada en la etapa anterior e instaura, en el marco de aquel régimen de sucesión forzosa, por primera vez, un sistema legitimario: las limitaciones no son ya meramente formales, aglutinan una vertiente material. En esta etapa se mantiene la obligatoriedad de instituir o desheredar a los *sui heredes*, pero la *exhereditio* deviene ya causal y no cabe la libre exclusión de los herederos forzosos. Por otro lado, se fija un sistema de legítimas que reserva una porción del caudal hereditario en favor de ciertos sujetos, que deberán, en caso de no resultar desheredados, adquirirla a título de heredero: la *Lex Falcidia* fija dicha cuota debida en una cuarta parte del caudal para, posteriormente, en la época justiniana, elevarse a un tercio.

**II.** El estudio contextualizado de la *successio* romana facilita la comprensión de la evolución de los ordenamientos civiles actuales; no solo por ser aquella clara predecesora e inspiración de muchas de las vigentes regulaciones, sino también por ser arquetipo de la adaptabilidad.

Desde sus inicios, la configuración del Derecho sucesorio romano se ha acoplado, con destacada permeabilidad, a las necesidades socio-familiares de su ciudadanía: todo viraje en la concepción de la familia, del patrimonio o, incluso, del culto religioso, es seguido por una aclimatación del sistema sucesorio. La razón: la norma no debe sobrevivir a su utilidad resolutoria de conflictos entre los destinatarios.

Los diferentes cuerpos normativos del Derecho romano oscilan, pues, de forma constante y progresiva, entre la satisfacción de necesidades o expectativas socio-familiares y la concesión de libertad dispositiva al causante para ordenar su propia sucesión; tratando de equilibrar, dicha balanza, con la fijación de ciertas limitaciones legales impuestas al *de cuius* en beneficio de concretas personas unidas a éste por un vínculo de parentesco. Limitaciones que transitan de los cambios más pequeños, a la hora de recordar a los familiares más cercanos en las disposiciones sucesorias, hasta la creación de un sistema legitimario que reserva a estos una cuota del caudal hereditario, atestigüando cómo la *successio* romana se va acompasando con la propia transformación que acontece en su ciudadanía.

**III.** La caída del Imperio Romano en occidente deja espacio a una nueva etapa jurídica en la Península Ibérica: el denominado Derecho intermedio. En esta etapa confluyen dos sistemas jurídicos: el romano, en su dimensión vulgarizada, y el germánico, de la mano del Derecho visigodo. La pugna por tratar de unificar ambos sistemas perdura a lo largo de todo este intervalo y está presente en la fragua del Derecho castellano. Los compases iniciales están protagonizados por los Derechos locales, más cercanos a los principios germánicos; el posterior Derecho territorial castellano, sin embargo, trata de recuperar el orden romano.

El Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro se erigen como puente entre los ordenamientos municipales y el Derecho territorial: corrigen la fragmentación jurídica que se produce al tratar de vertebrar un sistema sucesorio dual con características romanas y germánicas. El Derecho sucesorio resultante se cimienta en un sistema legitimario que admite la atribución de la legítima por título distinto al de heredero y que, a su vez, contempla una mayor facultad distributiva para el causante al permitir la mejora, en un tercio, de aquellos sucesores forzosos que el *de cuius* escoja.

**IV.** Paralelamente al desarrollo del Derecho castellano, en esa primera etapa caracterizada por el localismo jurídico y en contraposición a las normas de procedencia real –que pretenden unificar los ordenamientos regionales-, emerge, en zonas señaladas de la Península, un movimiento normativo que refleja y reivindica la preexistencia de un Derecho propio. Al margen de los privilegios contenidos en las cartas pueblas que sirven a los reyes para la repoblación de nuevos núcleos urbanos, la costumbre se convierte en ley merced a los fueros supramunicipales que se aprueban en las zonas rurales de distintos territorios: nace, así, el - luego- llamado Derecho foral.

El Derecho foral del País Vasco muestra, en esta etapa, la ausencia de uniformidad: algunos territorios mantienen su singular sistema sucesorio, mientras que otros enclaves quedan sometidos a la legislación castellana del momento. Álava se rige de acuerdo al Derecho castellano, salvo la región ayalesa a la que resulta de aplicación el Fuero de Ayala. En Gipuzkoa no existe, en esta época, otro ordenamiento escrito al margen del castellano, de tal suerte que el Derecho real coexiste con la norma consuetudinaria guipuzcoana, orientada a preservar la unidad del patrimonio familiar mediante la libre distribución *mortis causa* entre los sucesores forzosos.

En Bizkaia, sin embargo, la etapa del localismo jurídico adquiere mayor calado. El territorio vizcaíno se polariza: la Tierra Llana o zona rural continúa abrazada a sus costumbres, mientras se alzan las murallas de las villas a las que los reyes dotan de fueros cortos con los que privilegian a sus nuevos pobladores. En el seno de esta tensión, a lo largo de los siglos XIV y XV, el entorno agrario vizcaíno redacta y aprueba, en sus juntas legislativas, una serie de fueros supralocales; para hacer frente, con normas escritas, al desequilibrio que le origina el nuevo estatus que el Derecho castellano confiere a los vecinos de los núcleos urbanos. Tras la inicial proliferación de textos forales de ámbito más reducido, el Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, unificando la regulación sucesoria del infanzonado vizcaíno, aboga por un sistema basado en una amplia legítima de naturaleza colectiva: se establece, en cuatro quintos, la cuota debida a los descendientes –condicionado, como queda, el quinto libre, a la existencia de bienes no troncales suficientes para colmarlo-, aunque se concede libertad distributiva al

*de cuius* para determinar cómo reparte o asigna aquella porción entre el grupo de sucesores forzosos, lo que conlleva el vaciamiento de la expectativa individual del descendiente. El único límite formal que se impone al causante a la hora de ejercitar esta libre distribución es el de *apartar* a todos aquellos legitimarios en cuyo favor no vaya a disponerse nada.

V. Los sistemas sucesorios que, como el vizcaíno, abogan por la transmisión indivisa del patrimonio familiar y la institución de heredero único para sostenerla, muestran una correlación peculiar entre los derechos atribuidos a los sucesores forzosos y la libertad dispositiva reconocida al causante. La supervivencia de la familia exige otorgar mayor libertad distributiva al *de cuius*: minimizar la tutela legal del individuo y facilitar los cauces de exclusión sucesoria. Históricamente, los sistemas sucesorios que se cobijan bajo el paraguas del Derecho pirenaico se caracterizan por la íntima ligazón que tejen entre la familia y su patrimonio: ambos son uno, pues la primera exige para su supervivencia la no diseminación del segundo.

La escasa productividad de los minifundios supone, en estos enclaves rurales, la extinción de la familia que individualiza su acervo al partirlo entre su descendencia. La sucesión *mortis causa* es, pues, para estos ordenamientos, el vehículo que articula el traspaso íntegro e indiviso del acervo familiar, generación tras generación. Para facilitar la elección de heredero único, se multiplica el abanico de instrumentos ordenadores, a la vez que se modula una amplia legítima colectiva, ensanchando sustancialmente la libertad distributiva del causante. La persona que el causante considera idónea para la gestión del patrimonio lo sucede; y esta elección requiere excluir al resto de sucesores forzosos de la subrogación nominal que tiene lugar en la jefatura del mismo.

Este sistema sucesorio asegura la perduración de la familia en el tiempo, cuando ésta es, simultáneamente, unidad de producción y consumo. Salvaguarda los intereses del conjunto de la familia, más allá de la satisfacción de las expectativas sucesorias de cada uno de sus componentes. Se antepone la protección del colectivo familiar a los intereses particulares. Al causante se le priva de la prerrogativa de disponer fuera del grupo familiar. A los sucesores forzosos se les considera meros expectantes, sin derechos materiales individuales para con la

sucesión del causante. El equilibrio entre la libertad dispositiva del *de cuius* y el régimen de sucesión forzosa se cincela con un sistema legitimario (legítima global o colectiva) ajeno a los intereses particulares que posibilita la exclusión sin causa de los sucesores forzosos no elegidos.

**VI.** El proceso español de codificación civil, en lo que aquí importa, trata de superar el dualismo normativo romano-germano heredado de la etapa intermedia. Pone el acento en solucionar el denominado ‘conflicto foral’: no faltan empeños y propuestas para hallar la fórmula que organice el ensamblaje provisional de distintos ordenamientos civiles y sacar adelante el empeño codificador. El camino concluye con la propuesta de mantener, provisionalmente, el *statu quo*: compaginar el Código Civil con los ‘apéndices’ correspondientes a cada uno de los distintos Derechos forales. Otra cosa es que, promulgado el Código, no se alcanzara a hacer lo propio con el resto de normativas civiles que, por el momento, coexisten en el territorio español. Fracasado el sistema de ‘Apéndices’, queda aplazada la codificación de estos derechos civiles propios a un momento posterior.

El Código civil viene a establecer un sistema sucesorio cercano al Derecho territorial castellano que le antecede. La sucesión forzosa continúa limitándose al sistema legitimario romano, aunque con vicisitudes germánicas. La legítima de dos tercios destinada a la descendencia se ramifica en dos porciones de distinta envergadura: un tercio de legítima estricta, a dividir en partes iguales entre los sucesores forzosos, y otro tercio reservado a la mejora visigoda, que permite desigualar la asignación sucesoria reservada a los descendientes del causante. La concepción del heredero forzoso se supera y la institución ya no es parte obligada de la sucesión forzosa. En lo relativo a los cauces de exclusión, se mantienen tanto la desheredación causal romana como la preterición, cual elemento corrector de la omisión de los legitimarios.

**VII.** Tras el precedente y paréntesis que supuso la ideación del artículo 15 de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, anunciando la gestión de su propio Derecho por los territorios concernidos y reservándose el Estado, entre otras materias, la resolución de ‘los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España’, emerge de nuevo la idea de

reordenación, mediante la compilación centralizada de los Derechos forales y el reajuste de su encaje en el ordenamiento estatal. Aquí, la foralidad civil se congela, desprovista de la provisionalidad que el Código antaño instauró y sellada, ahora, por el único poder legislativo, que -vía reforma del Título preliminar de aquél- asegura el pleno respeto a los derechos forales o especiales compilados.

La Constitución de 1978, sin renegar del *statu quo* del Código civil, se decide a cambiar el tablero de juego: reinstaura la pluralidad de órganos legisladores y trueca la óptica de los contenidos por la de las competencias. A partir de este nuevo enfoque de la enquistada cuestión foral, el Estado se reserva, en general, la legislación civil y, singularmente, determinados núcleos materiales, a la vez que se habilita a las comunidades autónomas, donde exista Derecho foral o especial, para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo. Así el artículo 149.1.8ª CE transforma radicalmente la conjugación del ordenamiento estatal y estos ordenamientos territoriales. Abandonan su carácter *foral o especial* para convertirse en auténticos Derechos civiles autonómicos, aprobados como están, sus textos legales, por sus respectivos poderes legislativos. No dependen, pues, de la ulterior aquiescencia del parlamento estatal y no se supeditan al ordenamiento civil común: tanto su proceso de creación como su contenido se amparan en el propio orden constitucional.

En lo tocante al Derecho sucesorio vasco cuatro son las leyes aprobadas hasta el momento en el marco de este reparto competencial: la Ley 6/1988, de 18 de marzo, de modificación parcial del Derecho Civil Foral, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa, y la vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

**VIII.** La Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, representa el inicio de una etapa novedosa, también, en el ordenamiento sucesorio de los vascos. Se implanta, por fin, una vecindad civil común, hasta ahora desconocida, para toda la ciudadanía de los tres territorios históricos. Con todo, en el terreno sucesorio, la unificación no constituye un logro, sino significativa tendencia: junto al estatuto común, se preservan dos vecindades civiles locales, la vizcaína

aforada y la ayalesa; que sustentan instituciones configuradoras de singulares estatutos sucesorios: la libertad dispositiva ayalesa y la troncalidad vizcaína.

**IX.** En el nuevo régimen sucesorio vasco pueden hallarse dos expectativas ‘legitimarias’ no bien conjuntadas. Por un lado, el artículo 48.2 establece que “*el causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios*”, mientras que el artículo 21.1.a) considera como gastos de la sucesión “*los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas*”. Se reconocen, por tanto, dos derechos legitimarios que limitan la facultad de libre disposición del causante: la legítima y el derecho de alimentos. A ambos lados de ese estatuto general, subsisten la libre disposición del Fuero de Ayala y la sucesión forzosa de la troncalidad vizcaína.

**X.** La legítima vasca rompe la tradición romana al mostrar su naturaleza colectiva. Los legitimarios no ostentan derechos individuales respecto de la sucesión y se les atribuye una mera expectativa sucesoria grupal. La legítima no ampara al individuo, no busca proteger el bienestar personal del legitimario. El contraste, en este punto, entre la concepción romana de la legítima y la configuración vasca, resulta revelador. Mientras aquélla pretende equilibrar la satisfacción de los intereses de los familiares individualmente considerados y la libertad dispositiva del causante, mediante la fijación de derechos de contenido patrimonial en favor de aquéllos, el ordenamiento vasco opta por una solución dispar: aquí no cuenta la satisfacción del interés individual de cada uno de los legitimarios. Esa ausencia de protección individual, sigue supeditándose a la promoción de la transmisión íntegra e indivisa del patrimonio familiar. Dicha supeditación, que está en el origen de una legítima colectiva, pero vinculante de la mayor parte de los bienes del causante, ¿mantiene actualmente idéntico apoyo social?

**XI.** A destacar asimismo cómo el artículo 49 LDCV rebaja significativamente la cuantía asignada a la descendencia del causante: de las cuatro quintas partes que ocupaba en el precedente ordenamiento vizcaíno, a un tercio. Históricamente, la limitación de la libertad dispositiva del causante infanzón se ha reflejado, de forma clara, en la cuantía legitimaria impuesta: abarca prácticamente la totalidad del caudal sucesorio, aunque compensada con la

libre distribución y la cuasi libre exclusión de los sucesores forzosos. La nueva norma desequilibra también aquel constructo, no ya en pro de la concentración patrimonial para la supervivencia de la familia, sino, lisa y llanamente, para multiplicar el disfrute y libre disposición por parte del *de cuius*. Reduce la legítima de la descendencia a un tercio y amplía la parte de libre disposición a los dos tercios del caudal. Además, conserva la naturaleza colectiva, ya sin el antiguo carácter finalista, en aras de la discrecionalidad atributiva del causante. Más aún, en el ejercicio de esta libertad distributiva conserva, asimismo, los cauces de exclusión que la tradición puso a su disposición, reconducidos -todos ellos- a un apartamiento que, si no se expresa, se presume. En la correlación de fuerzas que en todo ordenamiento sucesorio late entre la satisfacción de los intereses de los sucesores forzosos y el margen de libertad dispositiva del causante, la balanza se inclina, sin duda, en pro de éste.

**XII.** Resulta asimismo imprescindible ponderar los distintos cauces de exclusión sucesoria, habilitados por el ordenamiento vasco para soslayar las limitaciones legales que se imponen al causante en favor de los legitimarios. Aunque los cauces insignia son comunes y de procedencia romana, la regulación que se dispensa a la desheredación y a la preterición, en los diferentes sistemas sucesorios, no es la misma: el margen de exclusión con el que cuenta el *de cuius* difiere. También debe subrayarse la existencia de cauces de exclusión propios en los ordenamientos que consignan una legítima de naturaleza colectiva, como el apartamiento vasco o la exclusión aragonesa. Todos estos cauces cumplían la función de compensar la falta de libertad dispositiva que deriva de la implantación de un régimen generoso (aun colectivo) de legítimas, en aras a equilibrar los intereses de ambas posiciones jurídicas. Sin embargo, ciertos ordenamientos autonómicos, como el vasco, han desequilibrado el orden sucesorio al ampliar el ámbito de aplicación de estos cauces y diluir, en consecuencia, el contenido de los derechos legitimarios.

**XIII.** El apartamiento vasco -antes, sólo vizcaíno- no se constituye, originariamente, como cauce de exclusión sucesoria, sino como parte de la denominada sucesión forzosa, que abarca el deber de nombrar y de 'atribuir algo' a todo sucesor necesario. Sin embargo, posteriores modificaciones normativas han convertido, esta salvaguarda sucesoria, en un cauce de



exclusión. El apartamiento ya no ampara individualmente a los legitimarios; al contrario, permite excluirlos para flexibilizar la libertad distributiva del causante. Las primeras previsiones del apartamiento en el ordenamiento vizcaíno fueron claro reflejo de la ponderación existente en el sistema sucesorio entre el causante, que gozaba de la libertad de distribuir libremente su caudal hereditario entre sus sucesores forzosos, y éstos, que debían ser nombrados. Así, el apartamiento combate la improvisación del *de cuius*, pues para ostentar la prerrogativa de la libre distribución debía éste ponderar las aptitudes y merecimientos de sus sucesores forzosos. En aquella ‘tensión’, el apartamiento originario no amparaba la *voluntas* del causante, sino la concurrencia ideal de sus descendientes. Este amparo inicial, material y formal, se diluye con el transcurso del tiempo, hasta llegar a configurarse como limitación meramente formal y, finalmente, abandonar su naturaleza de salvaguarda legitimaria.

**XIV.** La Ley 5/2015 consuma esta transfiguración del apartamiento al afirmar, en su artículo 48.3, que “*la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento*”. Al haberse reformulado su contenido material y convertido en un mero instrumento de validación de la voluntad omitida del causante (libre o no), ya no es un mecanismo de protección para los legitimarios. El apartamiento no ampara a estos sujetos pues, en caso de ser omitidos, sobreviene la exclusión legalmente presumida. No gozan de la histórica prerrogativa para exigir ser nombrados a la hora de que el causante ordene su sucesión, esto es, de ser tenidos en cuenta por aquel. Su omisión, por parte del *de cuius*, se encuentra cubierta por la Ley y genera efectos de exclusión sucesoria definitiva.

**XV.** La desheredación, como cauce de exclusión sucesoria plena, hunde sus raíces en el *ius civile* del Derecho romano; en la propia configuración de la sucesión necesaria romana. Al *de cuius*, en aras a procurarle una libertad dispositiva absoluta, se le permitía excluir de su *successio* a los sucesores forzosos. Esta prerrogativa se mantuvo en el tiempo, aunque con adaptaciones en el contenido de su regulación: de ser libre cauce de exclusión, devino causal. No es hasta la época justiniana cuando este cauce de exclusión es alterado. Al instaurarse un sistema legitimario que pretende amparar, en mayor medida, los derechos de los sucesores forzosos se limita la aplicabilidad de la desheredación. El cauce de plena exclusión sucesoria

reconocido al *de cuius* se coarta: deviene causal por lo que, a pesar de ser libre su ejercicio, estará sujeta a una casuística tasada.

**XVI.** Los ordenamientos posteriores que beben del Derecho romano hacen suyo el sistema sucesorio justiniano: incluyen la legítima como institución de protección de los legitimarios y solo flexibilizan la libertad dispositiva del causante mediante el ejercicio de la desheredación. En los sistemas de legítima individual, perdura hasta la actualidad la tendencia del ordenamiento a beneficiar a los legitimarios frente a las libertades dispositivas del causante. El desequilibrio de intereses continúa siendo visible: el auxilio de los legitimarios es pleno, gracias a la legítima sustancial y, además, el cauce de exclusión reconocido al *de cuius* está supeditado a unas causas tasadas.

Este binomio, legítima individual-desheredación causal, que permanece inalterado desde la época justiniana, no responde ni a las necesidades socio-familiares de los sucesores actuales ni al protagonismo que el ordenamiento quiere otorgar a la libertad civil del individuo. Por este motivo conviene subrayar la importancia de los tribunales en la adecuación y actualización del Derecho. Gracias a la jurisprudencia cabe aventurar que la correlación de fuerzas entre ambas posiciones jurídicas parece ir regulándose, poco a poco. La interpretación extensiva de algunas causas de desheredación reguladas en el Código civil permite entrever una apuesta por su ‘liberación’ y una equiparación de los derechos legitimarios con las libertades individuales del causante. El nuevo rumbo del ordenamiento catalán, en cuanto a la regulación de la desheredación, también esboza un cauce menos causal; el planteamiento de que los legitimarios no son meros sujetos de derechos y que, por tanto, también son sujetos de obligaciones, facilita construir nuevos esquemas en la balanza de la *successio*.

**XVII.** La preterición, como antítesis de la *exhereditio*, amparaba, en el Derecho romano, la sucesión necesaria formal. Los *sui heredes* ostentaban el derecho a ser instituidos o desheredados en la sucesión del causante; a falta de dicha previsión, concurría una omisión que el ordenamiento no daba por buena. Así, para los supuestos en los que la exclusión sucesoria no emanaba de un cauce admitido, el ordenamiento asistía a los sucesores forzosos

omitidos y les reconocía una participación en la sucesión del causante por medio de la preterición. La preterición siempre ha sido salvaguarda de los derechos de los sucesores forzosos: su activación es consecuencia de una omisión que el ordenamiento no considera acorde al orden sucesorio. Los efectos difieren de una regulación a otra: si conforme al Derecho romano la omisión acarreaba nulidad, los ordenamientos más actuales han abogado por suavizar sus efectos. Esta mayor benevolencia deriva, a su vez, del carácter dual que se le reconoce hoy a la preterición; es decir, a la intencionalidad o no del causante a la hora de efectuar dicha omisión. La normativa considera que mientras que la omisión intencional, al tratarse de un propósito del causante de excluir de forma tácita a un sucesor forzoso, no debe desvirtuar completamente la voluntad expresada por el causante, la omisión no intencional o errónea, debe amparar, en todo caso, los derechos legitimarios.

**XVIII.** No puede obviarse que, mientras en los ordenamientos apegados al Derecho romano, la preterición sigue representando una salvaguarda para los legitimarios, en el sistema sucesorio vasco existe una suerte de transfiguración. La omisión -inconsciente o no- es validada como cauce de exclusión sucesoria, esto es, como apartamiento; de forma que, la preterición –intencional o no- deja de generar efecto alguno, salvo que se proyecte sobre todos los herederos forzosos. La balanza del sistema sucesorio vasco se inclina legalmente en detrimento de los legitimarios: pueden ser excluidos, todos menos uno, por la mera omisión. Semejante equiparación debe reputarse inadecuada, pues apartamiento (incluso, tácito) y preterición no son instituciones que deban confundirse.

**XIX.** Los cauces de exclusión son instituciones esenciales en todo sistema sucesorio, pues conceden mayores dosis de libertad dispositiva al causante. Pero, en esta reflexión debe partirse de una realidad determinada: la libertad dispositiva coartada o limitada del *de cuius*. La exclusión sucesoria permite esquivar limitaciones legales previas que se imponen en beneficio de los legitimarios: si no existen dichas restricciones, las referidas cautelas carecen de funcionalidad. En un sistema como el ayalés, caracterizado por la concesión de una absoluta libertad dispositiva al causante, no existe necesidad alguna de articular cauces de exclusión sucesoria. Ahora bien, en un sistema de legítima material-colectiva, el ordenamiento no debería depreciar o despreciar las escasas herramientas de amparo para los

legitimarios, no sólo como grupo, sino -más livianamente- en cuanto individuo integrante del conjunto aspirante a la legítima, siquiera para defenderse del olvido involuntario o de un apartamiento vehiculizado a través de una declaración viciada.

**XX.** En otro orden de cosas, si se opta por una libertad dispositiva absoluta y, en cierto modo, también si se jibariza la *portio debita* (haciéndola colectiva y despreciando el proceso de concentración) debería ponderarse la oportunidad y consistencia de un derecho de alimentos que verdaderamente asista a los parientes próximos del causante que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad. Hallar este equilibrio no es sencillo, menos aun cuando debe adecuarse a las realidades socio-familiares del momento. En el vigente orden sucesorio vasco, la cohesión, que los precedentes normativos mostraban, ha decaído. Aun así, la dificultad no debe impedir avanzar en la búsqueda de un sistema percibido como más justo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGNATI, Ulrico: *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, 2002.
- AGUILERA, Miguel: “Séptimo centenario de las Siete Partidas”, *Boletín de la Academia Colombiana*, 1963, pp. 241-257.
- ALCALDE PRIETO, Domingo: *Introducción al Derecho Civil Español*, Valladolid, 1889.
- ALFARO GUILLÉN, Yanet: “Delación forzosa, preterición y legítima asistencial: análisis en los ordenamientos cubano y español (II)”, *REDUR*, núm. 9, diciembre 2011, pp. 245-269.
- ALGABA ROS, Silvia:
- “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, *Indret*, núm. 2, 2015, pp. 26.
- “Artículo 848”, *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 997-1002.
- ALLENDE SALAZAR, Ángel: “El dualismo en la legislación civil de Vizcaya”, *RGLJ*, núm. 54, 1879, pp. 52-74.
- ALONSO MARTÍN, María Luz: “La perduración del Fuero Juzgo y el Derecho de los castellanos de Toledo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1978, pp. 335-377.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “El alcance de la desheredación: la desheredación parcial”, *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum” T.F. Torres García*, 2014, pp. 95-116.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: “Derecho civil foral de Navarra”, en GÁZQUEZ SERRANO, Laura (Coord.), *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Madrid, Difusión jurídica, 2011, pp. 218-237.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: “Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios del Derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22, 2008, pp. 57-94.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: “Congreso de jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución”, *Anuario de Derecho civil*, 1982, pp. 377-404.
- AMADOR CARRANDI, Florencio.: “La vizcainía originaria y la vecindad en Vizcaya”, *Zumárraga*, 1952, núm. extraordinario, pp. 58-62.

-AMÚNATEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe: *Origen de los poderes del pater familias: el pater familias y la patria potestas*, Vol. 42, Dyckinson, Madrid, 2009.

-ANGOITIA GOROSTIAGA, Victor:

-“Álava ante la nueva Ley”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 4, 2007, pp. 91-101.

-*El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Vitoria-Gasteiz, Diputación Foral de Álava, Departamento de Cultura, 1999.

-ANGULO LAGUNA, Diego: *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, Hijos de Reus, 1903.

-ARANA, Aitor: *Etruskoak, ziurtasunaren eta zalantzaren artean*, Hiria, Donostia, 2004.

-ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María: “La preterición intencional y el apartamiento en la legislación foral de Bizkaia”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, Bilbao, núm. 19, mayo, 2010, pp. 221-230.

-ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Le Genti e la città*, Università Messina, 1914.

-AREITIO Y MENDIOLEA, Darío: *El Fuero, Privilegios, y Franquezas, y Libertades del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya*, Bilbao, 1950.

-ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio:

-*Derecho Romano, II, Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1997.

-“La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título V de la Quinta Partida”, *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios históricos, II*, Madrid, 1965, pp. 357-433.

-ARRECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: “Testar a la navarra”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 1, 1986, pp. 87-111.

-ARRIAGA SAGARRA, José Miguel: “Las Cortes de Navarra”, *Príncipe de Viana*, 1954, pp. 297-305.

-ARRIOLA ARANA, José María: “La sucesión forzosa en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco”, *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pp. 183-216.

-ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando:

-“Los enigmas del Derecho sucesorio en el Fuero romanceado de Sepúlveda”, *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*, Dykinson, Madrid, 2008, 138-170.

-“El derecho sucesorio del Fuero de Soria. Aproximación por vía de crítica institucional”, *Anuario de historia del Derecho español*, 2006, pp. 81-117.

-ASUA GONZALEZ, Clara:

-“Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37, 2020, pp. 235-272.

-“La ordenación por comisario”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, 2016, pp. 361-381.

-“La STC 93/2913, de 23 de mayo, y la regulación del régimen interno de las convivencias no matrimoniales en la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 103, 2015, pp. 17-54.

-“Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho civil vasco”, *Derechos Civiles de España*, I, BERCOVITZ, Rodrigo, y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián, Pamplona, 1999, pp. 131-163.

-ASUA GONZÁLEZ, Clara, GALICIA AIZPURUA, Gorka, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier e IMAZ ZUBIAUR, Leire, en el *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco, Bases para un nuevo régimen*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 2011.

-ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Fiducia sucesoria en el País Vasco”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, I, Civitas, Navarra, 2016, pp. 939-1000.

-ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: “El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pp. 9-34.

-AYCART ORBEGOZO, José María: “Visión histórica y actual del derecho consuetudinario guipuzcoano”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho, La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque = La práctica actual del Derecho Consuetudinario en Euskal Herria*, núm. 13, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1998, pp. 35-44.

-AYMARD, Andre y AUBOYER, Jeannine: *Roma y su imperio*, Ediciones Destino, Barcelona, 1980.

-AZPEITIA ESTEBAN, Mateo: *El Proyecto de Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas*, Madrid, 1924.

-BACHOFEN, Johann Jakob: *Das Mutterrecht*, Basilea, 1897.

-BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: “Género y lenguaje. Presupuesto para un lenguaje jurídico igualitario”, *Revista de Derecho político*, núm. 73, 2008, 71-100.

- BARASI, Lodovico: *La sucesione legittima*, Milano, 1937.
- BARÓ PAZOS, Juan: “El Derecho civil de Cataluña ante el proceso codificador español”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 12, 2015, pp. 112-149.
- BARRERO GARCÍA, Ana María:
- “El proceso de formación del Derecho local medieval a través de sus textos: los fueros castellano-leoneses”, *I Semana de Estudios Medievales, Nájera, del 6 al 11 de agosto de 1990*, pp. 91-132.
- “La política foral de Alfonso VI”, *Estudios sobre Alfonso VI y la reconquista de Toledo. Actas del II Congreso Internacional de Estudios Mozárabes*, Toledo, 1987, pp. 115-156.
- “Los términos municipales en Castilla en la Edad Media”, *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pp. 137-160.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio: “Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón”, *Revista de derecho civil aragonés*, 2011, pp. 45-92.
- BARRUETABEÑA ZENECORTA, Maite: *El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho civil del País Vasco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BATALLER, Enric: “El Derecho civil autonómico en España: génesis y perspectivas”, *Derecho civil valenciano*, núm. 5, 2009, pp. 1-11.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: “Capacidad para testar”, *La capacidad para testar y las clases de testamento, el albaceazgo y la ineficacia del testamento*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 9-30.
- BELLO JANEIRO, Domingo: *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega: la Ley 4/1995, de 24 de mayo*, Montecorvo, Madrid, 1999.
- BELLO JANEIRO, Domingo y FRAGA IRIBARNE, Manuel: *El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional: el caso gallego*, Madrid, Difusión Jurídica, 2010.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo:
- “La destrucción de la obra codificadora”, *Revista jurídica de la universidad de León*, núm. 7, 2020, pp. 3-22.
- “La Conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales” *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1, pp. 15-82.



- BERIAIN FLORES, Irantzu:

-“Egitatezko bikoteei buruzko Konstituzio Auzitegiaren doktrina: euskl Erkidego Autonomoko eta Nafarroako egitatezko bikoteen egoera eta etorkizuna”, *Euskal Zuzenbide Zibil konparatuari buruzko azterketak*, 2019, pp. 45-68.

-“La competencia exclusiva del Estado para regular las formas de matrimonio y el modelo vasco de parejas de hecho”, *Tiempo de reformas: perspectiva académica y realidad jurídica*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2016, pp.267-284.

-“Los cambios en la política legislativa tras la Constitución de 1978. Las reformas del Derecho civil en la legislación postconstitucional”, *Obra inédita*.

- BERMEJO CABRERO, José Luis:

-“Las leyes de Toro y la regulación de las relaciones familiares”, *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505: actas del congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505: Toro, 7 a 19 de marzo de 2005*, Cortes de Castilla y León, 2006, pp. 383-548

-*Estudios sobre fueros locales y organización municipal en España (siglos XII-XIII)*, Universidad complutense, Madrid, 2001.

-“En torno a la aplicación de las Partidas. Fragmento del Espéculo en una sentencia real de 1261”, *Hispania*, 1970, pp. 169-177.

-BETANCOURT, Fernando: *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995.

-BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960.

-BLASCO DE IMAZ, Carlos: *Los Fueros. Apuntes guipuzcoanos*, Irún, Ethnos, 1966.

-BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula:

-“La recuperación de la competencia legislativa en materia de Derecho civil”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, núm. 18, 2006, pp. 15-24.

-*La mejora irrevocable (análisis de la mejora ordenada por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

-BLASCO GIL, Yolanda: “Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 59-89.

-BOARDMAN, John: *Historia Oxford del mundo clásico, 2. Roma*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

- BONFANTE, Pietro:
- Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979.
  - Corso di Diritto romano*, II, *La Propietà*, Parte I, Milán, 1966.
  - Corso di Diritto romano*, I, *Diritto di familia*, Milán, 1963.
  - Res Mancipi e res nec Mancipi*, Roma, 1888.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: “La compilación del Derecho civil especial de Cataluña: génesis, significado y ¿defunción?”, *Ius Fugit*, núm. 16, 2009-10, pp. 181-196.
- BRISSAUD, Jean: *Manuel d’histoire du droit Français*, Paris, 1898-1904.
- BRUN ARAGÜÉS, Javier: “Intangibilidad cualitativa de la legítima”, *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2006, pp. 411-417.
- BRUNNER, Heinrich y SCHWERIN Claudius: *Historia del Derecho germánico*, Barcelona, 1936.
- BUSTO LAGO, José Manuel: “De las legítimas, artículos 806 a 822”, *Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 5ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 159-1091.
- CALABRÚS LARA, José: *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, Universidad de Granada, Granada, 1991.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000.
- CARDONA GUASCH, Olga: “Semblanza del Derecho civil de las Comunidades Autónomas. Reflexiones sobre la evolución del Derecho civil español a partir de la Constitución de 1978”, *Indret*, octubre 2019, pp. 1-33.
- CARLÉ, María del Carmen: “La ciudad y su contorno en León y Castilla (Siglos X-XIII)”, *Anuario de Estudios Medievales*, 8, 1972-1973, pp. 69-103.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho civil. Introducción, Derecho de la persona, Derecho subjetivo, Derecho de propiedad*, Tecnos, 1996.
- CARRAU CARBONELL, José María: “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, 2015, pp. 249-256.
- CARRETERO ZAMORA, Juan Manuel: “Las Cortes de Toro de 1505”, *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505: actas del congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración*

*de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505: Toro, 7 a 19 de marzo de 2005*, Cortes de Castilla y León, 2006, pp. 269-298;

-CASINOS MORA, F. Javier: “El dualismo autoridad-potestad como fundamento de la organización y de los pensamientos políticos de Roma”, *POLIS. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, 11, 1999, pp. 85-109.

-CASTÁN PEREZ-GOMEZ, Santiago: "Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El *Testamentum Calatis Comitibus* y su relación con la sucesión intestada", *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2013, núm. 11, pp. 205-287.

-CASTÁN TOBEÑAS, José:

-*Derecho civil español, común y foral*, VI, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Madrid, Reus, 1979.

-*Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1978.

-*La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Reus, 1960.

- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: “Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pp. 367-382.

- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: “Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 2018, núm. 28, 2017, pp. 235-288.

- CELAYA IBARRA, Adrián:

-“Las Legítimas”, *Boletín de la Academia vasca de Derecho - Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, núm. 12, 2007, pp. 115-133.

-“La reforma de 1506. Un documento clave en nuestra historia foral”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria*, 2005, núm. 5, pp. 13-30.

-“Fuero Antiguo de la Merindad de Durango”, *Estudios de Deusto*, vol. 46, núm. 2, 1998, pp. 91-108.

-*Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales, XXVI, Ley sobre el Derecho civil foral del País Vasco*, Madrid, Edersa, 1997.

-“La vecindad civil en Vizcaya”, *Estudios de Deusto*, 1994, vol. 42, pp. 77-128.

-“El Derecho privado de Vizcaya en la concepción del Fuero de 1452”, *II Simposio organizado por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*, Bilbao, 1973.

- “El Fuero Vizcaya y Álava, adelantado de las modernas legislaciones”, *La Gran Enciclopedia Vasca*, I, Bilbao, 1966, pp. 295-306.
- Vizcaya y su Fuero civil*, Aranzadi, Pamplona, 1965.
- CHURRUCA, Juan de:
- Introducción histórica al Derecho Romano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1994.
- “Egalité et inégalité des conjoints dans le mariage chrétien des premiers siècles”, *Cristianismo y mundo romano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.
- CLAVERO, Bartolomé: “Behetría, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío y la formación de un Derecho regional en Castilla”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1974, pp. 201-342.
- COLI, Ugo: “Sul paralelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma”, *SDHI*, núm. 4, 1938, pp. 68-98.
- CORREA BASCUÑAN, Mario: “Influencia en la evolución del Derecho romano hacia el Derecho natural, en materia de relaciones familiares”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 7, núm. 1-6, 1980, pp. 502-518.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid, 1880.
- D’ABADAL Y DE VINYALS, Ramón: *Del reino de Tolosa al reino de Toledo, Discurso de ingreso en la R.A.H.*, Anglada, Madrid, 1960.
- D’ORS, Álvaro:
- Elementos de derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, 1992.
- Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953.
- DAZA MARTÍNEZ, Jesús y SAIZ LÓPEZ, Victoriano: *Iniciación al estudio histórico del Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma:
- “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, *Indret*, núm. 4, 2016, pp. 57.
- “Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes”, *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 93-110.
- El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona, 2001.

- DE BENITO FRAILE, Emilio Javier: “La codificación civil y los derechos forales (1808-1833)”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 19, 2012, pp. 65-97.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE LA TORRE, Juan María: *Literatura cristiana antigua, entornos y contenidos*, vol. V, *desde las postrimerías del imperio romano de occidente hasta los albores de la oscura edad media latina*, Ediciones Monte casino, Zamora, 2009.
- DE MARTINO, Francesco: *Historia económica de la Roma antigua*, I, Madrid, 1985.
- DE PABLO, Santiago, y otros: *Historia del Colegio de abogados de Vizcaya (1838-1992)*, Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, Bilbao, 1992.
- DE RUGGIERO, Ettore: *La gens in Roma avanti la formazione del comune*, Critica e scienza positiva, Napoles, 1872.
- DE VISSCHER, Fernand: “Potestas” et “cura”, *Études de Droit Romain*, Paris, 1931.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: “La especial capacidad de testar”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 265-274.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús:
- “Los Derechos civiles forales (siglos XIX y XX): un tercio de España”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, núm. 50, 2021, pp. 651-704.
- “Codificación, Código civil y Derechos civiles forales”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 9-56.
- “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, pp. 361-404.
- “Los Derechos Civiles Forales en la Constitución”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1979, pp. 643-668.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.); PARRA LUCÁN, María Ángeles (coord.): *Manual de Derecho civil aragonés conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.
- DÍAZ GONZÁLEZ, Francisco Javier: “El Derecho de sucesiones en los primeros manuales de Derecho español. El caso de la “Ilustración del Derecho real de España” de don Juan Sala Bañuls”, I y II, *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 295-319.

- DÍAZ TEJEIRO, Carlos María: *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil, I*, Madrid, 1993.
- DOMINGO BELLO, Janeiro: “Los pactos sucesorios en el derecho civil gallego”, *Galicia: Derecho*, vol. 50, 2006, pp. 184-229.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés:
- “La legítima en el Código Civil (I)”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 21-86.
- “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho civil”, *Revista Jurídica de Catilla y León*, n.º 13, agosto, 2007, pp. 53-112.
- EISELE, Ferdinand: *Zur querela inofficiosi*, 1894.
- ELICEGUI MENDIZABAL, Luis: “El fenómeno sucesorio en Gipuzkoa: una perspectiva de futuro”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 365-383.
- ESCARZAGA, Eduardo: *Avellaneda y la Junta General de las Encartaciones*, Bilbao, 1927.
- ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1845.
- ESJAVIERRÍA, José María: “El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil de Vizcaya”, *Estudios de Deusto*, 1959, vol. 7, núm. 14, pp. 399-453.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La sucesión contractual en el Código civil*, Madrid, Universidad de Sevilla, 1999.
- ESTEPA DÍEZ, Carlos: “El alfoz castellano en los siglos IX al XII”, en *La España medieval. IV. Estudios dedicados al Prof. D. Ángel Ferrari Núñez*, Madrid, 1984, pp. 305-341.
- ETXEARRIA MIRONES, Jesús y Txomin: *Tradiciones y costumbres de las Encartaciones*, Bilbao, 1997.
- FALCÓN Y OZCOIDI, Modesto: *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1897.

-FARNÓS AMORÓS, Esther: “Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?”, *Estudios de derecho de sucesiones, Liber amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 451-478.

-FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO, Javier: *Fundamentos de Derecho privado romano*, Marcial Pons, 2011.

-FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva:

-“Definición jurídica de la familia en el Derecho romano”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, pp. 147-176.

-“El significado del término familia en el Derecho romano, según el texto de Ulpiano, lib. 46 ad edictum D. 50, 16, 195, 1-5”, *Revista General de Derecho Romano*, Iustel, núm. 16, junio 2011, pp. 1-21.

-FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier:

-“El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho civil vasco”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 423-451.

-*Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*, Bilbao, Academia Vasca del Derecho, 2014.

-“La necesidad del apartamiento expreso en Derecho foral vizcaíno”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 18, 2009, pp. 261-286.

-FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio:

-*Derecho privado romano*, Iustel Portal Derecho, 2008.

-*El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho español*, Madrid, 1984.

-FERNÁNDEZ UBIÑA, José:

-“Constantino y el triunfo del cristianismo en el imperio romano”, *Historia del cristianismo*, I, *El mundo antiguo*, Trotta, 2011, pp. 329-397.

-*La crisis del siglo III y el fin del mundo antiguo*, Akal Editor, 1982.

-FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, Belén:

-“Una aproximación a la noción de *ius adcrendi*”, *Fundamenta iuris: terminología, principios e "interpretatio"*, 2012, pp. 321-330.

-“El *ius adcrendi* en la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano”, *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2011, núm. 7, pp. 514-587.

-FERRARI, Ángel: “La secularización de la teoría del Estado en las Partidas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1934, pp. 449-456.

-FERRER PONS, Jaime y otros: “Sistema legitimario de les Illes Balears”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, 2010, XI, pp. 307-324.

-FERRER VANRELL, María Pilar:

-*Lecciones de Derecho Civil Balear*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2001.

-*La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1992.

-FIDALGO ASTIGARRAGA, Mikel Tomas: *Euskal Zuzenbide zibilari dagokion Zuzenbide juridikzionala: lege data eta lege ferenda azterketa*, 2020, Obra inédita.

-FONT I RIUS, Josep María:

-“La comunitat local o veïnal”, *Symposium internacional sobre els orígens de Catalunya (segles VIII-XI)*, I, Barcelona, 1991, pp. 491-576.

-“El desarrollo general del derecho en los territorios de la Corona de Aragón (siglos XII-XIV)”, *Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Barcelona, 1962, pp. 289-326.

-FRANCISCO PACHECO, Joaquín: *Comentario histórico, crítico y jurídico de las Leyes de Toro*, I, Madrid, 1862.

-FREZZA, Paolo: “Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell’antico diritto romano”, *SDHI*, núm. 4, 1938, pp. 161-201.

-FUENTEMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: “El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia”, *Foro Gallego*, 1967, pp. 263-279.

-FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita: “El significado de la *lex Aebutia* en el ordenamiento procesal romano”, *Revue Internationale des droits de l’Antiquité*, 2007, pp. 245-274.

-FUENTESECA DÍAZ, Pablo: “Prologo”, *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho civil de Galicia*, Salamanca, 1964, pp. 6-9.

-FULMINANTE, Francesca: *The Urbanisation of Rome and Latium Vetus: From the Bronze Age to the Archaic Age*, Cambridge University Press, 2014.

-GACTO FERNÁNDEZ, Enrique:



- El Derecho histórico de los pueblos de España*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.
- La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, GARCÍA MARÍN, José María: *Manual básico de Historia del Derecho*, Dykinson, 2013.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka H.:
- “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, pp. 77-124.
- “La sucesión forzosa: planteamiento general”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 387-421.
- “La sucesión forzosa en el País Vasco”, Epígrafes I, II y II, *Tratado de Derecho de sucesiones*, II, Civitas, Pamplona, 2016, pp. 697-730.
- “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 303-321.
- “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-470.
- Legítima y Troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GALÍNDEZ, Jesús: *La tierra de Ayala y su Fuero*, Buenos Aires, 1957.
- GALVÁN RODRÍGUEZ, Eduardo: *Consideraciones sobre el proceso recopilador castellano*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2003.
- GAMBRA, Andrés: “Los fueros de Alfonso VI: Configuración diplomática y transmisión documental”, *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 355-433.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: “La competencia legislativa civil según la Constitución”, *El desarrollo de la constitución española de 1978*, 1983, pp. 499-528.
- GARCIA BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Preterición formal y material y nulidad de la institución”, *Anuario de derecho civil*, núm. 2, 1969, pp. 313-382.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Por una interpretación del artículo 10.5 del Estatuto Vasco”, *Primer Congreso de Derecho Vasco: Actualización del Derecho civil*, celebrado de 16 al 19 de diciembre de 1982, Oñate, 1983, pp. 289- 291.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando, y MONTERO, Manuel: *Historia de Vizcaya*, tomo I, *Los orígenes, la Edad Media y el Antiguo Régimen*, San Sebastián, 1980.
- GARCÍA DE GORTAZAR, José Ángel, y otros: *Bizkaia en la Edad Media*, II, San Sebastián, 1985.
- GARCÍA GALLO, Alfonso:
- “Aportación al estudio de los fueros”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, pp. 387-446.
- “El “libro de las leyes” de Alfonso X el Sabio. Del Espéculo a las Partidas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1951-1952, pp. 345-528.
- “Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 13, 1941, pp. 168-264.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel: “El régimen jurídico del Patrimonio Uxorio”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 29, 1959, pp. 389-446.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Juan: “La mañería”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1951-52, pp. 224-299.
- GARCÍA LÓPEZ, Yolanda: *Estudios críticos de la “Lex Wisigothorum”*, *Memorias del seminario de historia antigua*, V, Universidad de Alcalá, 1996.
- GARCÍA ROYO, Luis: *Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas*, Vitoria, 1952.
- GARCÍA RUBIO, María Paz:
- “Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2017, pp. 1-33.
- “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *Anuario de derecho civil*, núm. 4, 2000, pp. 1397-1482.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, NIETO ALONSO, Antonia y HERRERO OVIEDO, Margarita: “Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 203-290.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: "Preterición formal y material y nulidad de la institución", *ADC*, 1969, pp. 315-384.

- GASPAR LERA, Silvia: “Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre, 2020, pp. 225-263.
- GASSIOT MAGRET, José: *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Catalunya*, Bosch, Barcelona, 1980.
- GAYO: *Instituciones edición bilingüe*, Civitas, 1985.
- GIBBON, Edward: *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, Tomo II, Turner Publicaciones, Madrid, 2006.
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael:
- “El derecho municipal de León y Castilla”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 1961, pp. 695-754.
- Los Fueros de Sepúlveda*, Estudio histórico-jurídico, Segovia, 1953.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto:
- “El derecho civil vasco como ‘precedente cronológico’”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 199-226.
- “La inconsistencia de la legítima en el Valle de Ayala”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, II, Civitas, Pamplona, 2016, pp. 730-758.
- “Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, 2016, pp. 403-428.
- “Sucesión testamentaria en el País Vasco”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, 2016, pp. 313-342.
- “Del Derecho Foral al Derecho Civil Vasco”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 21, 2011, pp. 89-103.
- “¡Por fin, hacia un Derecho civil vasco!”, en GÁZQUEZ SERRANO, Laura (Coord.), *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Madrid, Difusión Jurídica, 2011, pp. 239-275.
- “Qué son los Derechos civiles forales”, *La Tierra de Ayala*, Actas de las Jornadas de Estudios Históricos en conmemoración del 600 Aniversario de la construcción de la Torre de Quejana, Diputación Foral de Álava, 2001, pp. 285-309.

- GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel: “Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava”, *La ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco: comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, 2016, pp. 125-137.
- GÓMEZ CALLE, Esther: “Artículo 772”, *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 700-704.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: “El código de D. Alonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas. Introducción histórica”, *Los Códigos españoles concordados y notados*, Madrid, 1848, pp. 1-46.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos de derecho civil y penal de España*, Madrid, 1869.
- GONZAGA SERRA Y CLAUSELL, Luis: *Influencia de las civilizaciones romana y germánica en la legislación española*, Madrid, 1857.
- GÓNZALEZ CARRASCO, María del Carmen: “Desheredación por maltrato psicológico”, *CCJC*, núm. 97, 2015, pp. 277-288.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Pedro: “Lembranza da loita polo Dereito galego”, *Estudios do dereito civil de Galicia*, 1973, Vigo, pp. 187-211.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Rodrigo: “Las Leyes de Toro y la cuestionable mejoría del tercio y quinto”, *Investigación: cultura, ciencia y tecnología*, núm. 10, 2013, pp. 56-61.
- GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, “El futuro de la institución troncal”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016*, pp. 273-284.
- GRANADOS DE ASENSIO, Diego María: “La legítima en la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco: sus caracteres”, *Texto de la Ponencia presentada el 2 de marzo 2016 en la Jornada celebrada en la Diputación Foral de Gipuzkoa*, pp. 1-8.
- GRIMAL, Pierre: *Historia Universal Siglo XXI*, Vol. VI, *El helenismo y el auge de Roma, El mundo mediterráneo en la Edad Antigua*, II, Siglo XXI editores, 1972.
- GROSSO, Giuseppe: *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Turin, 1965.
- GUARINO, Antonio: *Storia del Diritto Romano*, Editore Jovene, Napoli, 1996.
- GUTIÉRREZ LIMA, Beatriz: “Causas de la desheredación de los descendientes”, *Alcalibe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, núm. 18, 2018, pp. 269-306.

-HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo: *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, CEH, 1915.

-IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino:

-“Las leyes de toro de 1505 o las instituciones hereditarias como pretexto”, *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505: actas del congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505: Toro, 7 a 19 de marzo de 2005*, Cortes de Castilla y León, 2006, pp. 549-596.

-“Alfonso X, su labor legislativa y los historiadores”, *Historia, Instituciones Documentos*, núm. 9, 1982, pp. 9-112.

-“Alfonso X el sabio y su obra legislativa: algunas reflexiones”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 50, 1980, pp. 531-562.

-IGLESIAS SANTOS, Juan:

-*Derecho Romano Historia e Instituciones*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997.

-*Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1972.

-IMAZ ZUBIAUR, Leire:

-“La sucesión paccionada”, *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 343-360.

-“Pactos sucesorios en el País Vasco”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, I, Civitas, 2011, pp. 1471-1488.

-*La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

-IRANZO MUÑÍO, María Teresa: “La formación del derecho local de Huesca y los Fueros de Aragón”, *Aragón en la Edad Media*, núm. 8, 1989, pp. 337-350.

-IRURZUN, Domingo: “La legítima, su contenido y su satisfacción”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 50, 2013, sin pp.

-ITURRIOZ, Jesús: “Fundamentos sociológicos en las Partidas de Alfonso X el Sabio”, *Estudios de Historia Social de España*, 1955, pp. 3-100.

-JADO Y VENTADES, Rodrigo: *Derecho civil de Vizcaya, Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1923.

-JIMENO ARANGUREN, Roldán:

-*El régimen económico matrimonial en el Derecho Navarro (1839-2015), hacia una revisión legislativa*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

-“Derecho civil navarro y codificación general española”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 2012, pp. 267-311.

-JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1937.

-KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: “Derecho privado y foralidad: atribución competencial”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 111 (mayo-agosto 2018), pp. 103-142.

-KASER, Max:

-*Derecho romano privado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982.

-*Storia del Diritto Romano*, trad. de la 2ª ed. por Remo Martini, Milano, 1981.

-“El Derecho romano-vulgar tardío”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30 (1960), pp. 617-630.

-KING, Paul David.: *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, Alianza Universidad, Madrid, 1981.

-KOVALIOV, Sergei: *Historia de Roma*, Akal, Madrid, 1973.

-LACOSTE, Jorge: *La mejora*, Madrid, 1913.

-LACRUZ BERDEJO, José Luis:

-“Las legítimas en la Compilación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pp. 505-540.

-“Objetivos y métodos de la Compilación aragonesa”, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1965, pp. 311-340.

-*Anotación y traducción al Derecho de sucesiones de Julius BINDER*, Barcelona, 1953.

-“El congreso Nacional de Derecho civil de 1946”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 145-156.

-LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:

-*Derecho de sucesiones II*, Bosch, Barcelona, 1973.

- Derecho de sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1973.
- LADERO QUESADA, Miguel Ángel: *Historia Universal*, II, *Edad Media*, Vicens Universidad, Madrid, 1987.
- LAFOURCADE, Maité: “Prologo”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho, La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque = La práctica actual del Derecho Consuetudinario en Euskal Herria*, núm. 13, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1998, pp. 7-12.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las comunidades autónomas”, *Boletín*, núm. 1727, p. 6151-6187.
- LALINDE ABADÍA, Jesús:
- “El sistema normativo vizcaíno”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1986, pp. 113-145.
- Iniciación histórica al Derecho Español*, Ariel, Barcelona, 1983.
- Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976.
- “La problemática histórica del heredamiento”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 1961, pp. 195-233 y “Los pactos matrimoniales catalanes”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 1963, pp. 133-266.
- “La sucesión filial en el Derecho visigodo”, *Anuario de Historia del Derecho español*, Madrid, 1962, pp. 113-129.
- LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: “El régimen jurídico de Derecho público de la cuadrilla de Ayala: pasado, presente y futuro”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 4, 2004, pp. 23-46.
- LECANDA Y MENDIETA, Manuel: *Memoria redactada por el letrado D. Manuel de Lecanda como miembro correspondiente de la Comisión General de Codificación por la Provincias Vascongadas en virtud del art. 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880 y del Real Decreto de 16 del mismo mes y año*, Imprenta de la Provincia, Bilbao, 1890.
- LEIZAOLA, Jesús María: “Sobre la libertad de testar en Euskadi”, *Yakintza*, núm. 3, 1933, pp. 207-217.
- LETINIER, Rosine: “Abrogata legis illius sententia: A propósito del enigma contenido en la ley dum inlicita de Chindasvinto (LV 4,5,1)”, *Anuario de Historia del Derecho Español AHDE*, núm. 69, 1999, pp. 367-388.

- LEVY, Ernst: “Derecho romano vulgar de occidente”, *Interpretatio: Revista de Historia del Derecho*, vol. IX, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, pp. 1-298.
- LINAGE CONDE, Antonio: “Otras dos copias del Fuero de Sepúlveda”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, p. 13-38.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco:  
 “Artículos 47-57”, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Dykinson, 2020, pp. 451-514.
- Derecho se sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- LLODRA GRIMALT, Francisca: “El Derecho civil propio de la Isla de Mallorca”, *Narria*, núm. 113-114-115-116, 2006, pp. 36-40.
- LONGO, Carlo: *Corso di Diritto romano. Diritto di familia*, Milán, 1946.
- LÓPEZ, Blas: *Sucinta reseña del Fuero Consuetudinario de la provincia de Álava*, Imprenta Provincial, Vitoria, 1926.
- LÓPEZ DE TOVAR, Gregorio: *Los códigos españoles, concordados y anotados*, IV, *Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1872.
- LORENTE SANZ, José: “El anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación, y en las Cortes españolas”, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1965, pp. 341-406.
- LYINCH, John: *Los Visigodos*, El país, Madrid, 2008.
- MADRINÁN VÁZQUEZ, Marta: *La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 2010.
- MARCO SIMÓN, Francisco y otros: *Religión y propaganda política en el mundo romano*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002.
- MARCOS GUTIÉRREZ, José: *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez*, Madrid, 1789.
- MARÍN PADILLA, María Luisa: *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.
- MARTÍN, José-Luis: *Manual de Historia de España*, II, *La España medieval*, Historia 16, Madrid, 1993.



- MARTIN DUQUE, Ángel J.: “Sancho VI el Sabio y el Fuero de Vitoria”, *Príncipe de Viana*, núm. 63, 2002, pp. 773-790.
- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- MARTÍNEZ-PINNA, Jorge: “Algunas observaciones sobre la monarquía romana arcaica”, *POTESTAS. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica*, núm. 1, 2008, pp. 193-211.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo: *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: “Sobre el Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, 2009, núm. 10, pp. 31-84.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro: “Derecho civil navarro y codificación civil en España”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 6, 1988, pp. 65-84.
- MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo:
- “Los comienzos de la recepción del Derecho romano en España y el Fuero Real”, *Diritto Comune e Diritti Locali nella storia dell’ Europa*, Giuffrè editore, 1980, pp. 253-262.
- “La Cofradía alavesa de Arriaga (1258-1332)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 1972, pp. 5-74.
- “El Fuero Real y el Fuero de Soria”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1969, pp. 545-562.
- MARTÍNEZ GIJÓN, José:
- “La vigencia temporal de las leyes de Toro”, *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, vol. 3, 1996, pp. 115-130.
- “La familia del Fuero de Cuenca. Estado de una investigación científica”, *Atti del II Congresso internazionale della Societa italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, pp. 415-439.
- MARTÍNEZ MARCOS, Esteban: *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el Sabio*, Salamanca, 1966.
- MARTÍNEZ MARINA, Francisco Javier: *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1808.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil Aragonés: de la Compilación al Código del Derecho foral de Aragón de 2011”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 175-227.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *Pluralidad de Derechos Civiles Españoles. El artículo 149.1 Regla 8.ª de la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1997.
- MASOT, Miguel: *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*, Palma de Mallorca, 1976.
- MAZZARINO, Santo: *El fin del mundo antiguo*, México, 1961.
- MENGONI, Luigi: *Successioni per causa di morte, Parte speciale (successio necessaria)*, Giuffrè, 2000.
- MERÊA, Paulo: *Estudos de Direito Visigotico*, 1948.
- MIRALLES, Carles: *El Helenismo, épocas helenística y romana de la cultura griega*, Montesinos Editor, Barcelona, 1989.
- MONREAL CÍA, Gregorio:
- “Codificación civil y legislación foral de Bizkaia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013, pp. 185-251.
- Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya hasta el siglo XVIII*, Bilbao, 1974.
- MONTAGUT ESTRAGUÉS, Tomás: “Comunidades locales en Cataluña y su Derecho medieval”, IX Jornadas de Historia Local: de los fueros locales a las ordenanzas municipales de Euskal Herria, *Vasconia, Cuadernos de Historia-Geografía, Eusko ikaskuntza*, 2009, pp. 5-18.
- MONTES SALGUERO, Jorge: “Notas sobre el Derecho sucesorio en los Fueros de Cuenca y Úbeda”, *Boletín de la facultad de Derecho de la UNED*, 1993, p. 139-152.
- MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: *Ley, jurisprudencia y Derecho en Hispania romana y visigoda*, Prensas universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1995.
- MORALES Y GÓMEZ, Antonio: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código General, y tras la que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884.
- MORÁN MARTÍN, Remedios: *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, I, Editorial Universitas, Madrid, 2002.
- MORET MENDI, José: *Anales del Reino de Navarra*, Eusebio López, Tolosa, 1890.

-MOREU BALLONGA, José Luis: “El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y la cuestión territorial en España”, *Ius Fugit*, núm. 15, 2007-8, pp. 81-124.

-MUNAR BERNAT, Pedro: “La legítima en el Derecho Civil de las Islas Baleares”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 291-358.

-NAVAJAS LAPORTE, Álvaro:

-“Aproximación a la historia de la formación del Derecho territorial del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, núm. 1, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1984, pp. 18-31.

-*La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, Sociedad guipuzcoana de ediciones y publicaciones, San Sebastián, 1975.

-NAVAS NAVARRO, Susana: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, pp. 35.

-NOLASCO BLANCO, Pedro: *Examen histórico-filosófico de la legislación española*, Madrid, 1846.

-NOLASCO DE LLANO, Pedro: *Novísima Recopilación de las leyes de España, dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año 1567, reimpresa últimamente en el de 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el Señor Don Carlos IV*, Madrid, 1805.

-OGILVIE, Robert Maxwell: *Roma antigua y los Etruscos*, Taurus Ediciones, Madrid, 1982.

-ORELLA UNZUÉ, José Luis: “Las instituciones públicas de Álava. Desde la entrega voluntaria hasta la constitución definitiva de la Hermandad (1332-1463)”, *La formación de Álava. 650 aniversario del Pacto de Arriaga (1332-1982)*, Congreso de Estudios Históricos, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1988, vol. I, pp. 289-334.

-ORIBE MENDIZABAL, Alain: “Las parejas de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 485-504.

-ORLANDIS, José:

-“Le royaume wisigothique et son unité religieuse”, *L'Europe héritière de l'Espagne wisigothique*, Madrid, 1992, pp. 9-16.

- Historia del Reino visigodo español*, Rialp, Madrid, 1988.
- ORTEGA VILLOSLADA, Antonio: *El reino de Mallorca y el mundo Atlántico, 1230-1349: evolución político-mercantil*, Netbiblo, España, 2008.
- OSÉS ABANDO, Josu: “Autogobierno y Derecho civil vasco: el rol del Parlamento Vasco”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 111-133.
- OVIDIO, Frank: *Fausto*, II, 547.
- PALA MEDIANO, Francisco: *Observaciones al proyecto de Apéndice al Código civil, correspondiente al derecho foral de Aragón*, Barbastro, 1924.
- PARICIO, Javier: *Historia y Fuentes del Derecho Romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.
- PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles:
- “El Derecho civil de Aragón”, *Revista valenciana d’estudis autonòmics*, 2010, núm. 54, II, pp. 110-130.
- “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554.
- PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles y BARRIO GALLARDO, Aurelio: “La legítima en Derecho aragonés”, *Tratado de legítimas*, coord. por TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 359-416.
- PASCUAL GONZÁLEZ, Luis:
- *Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, Mossèn Alcover, 1979.
- La definición: institución de derecho sucesorio contractual*, Palma de Mallorca, 1962.
- PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel: “La desheredación en el Derecho español: su desenvolvimiento histórico”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, junio 1955, pp. 227-343.
- PASTORI, Franco: *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, Bologna, 1992.
- PELATO HORE, Santiago: “Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón”, *Anuario de Derecho Civil*, 1967, p. 819-865.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio:

- “La obra legislativa Alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas”, *GLOSSAE. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1992, pp. 9-63.
- “El Fuero Real y Murcia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1984, pp. 55-96.
- PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *Historia del Derecho Español. Las fuentes del Derecho*, Madrid, Dykinson, 1994.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel:
- Breviario de Derecho germánico*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
- Curso de historia del Derecho español*, vol. I, Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- La versión romance del “Liber iudiciorum”*. Algunos datos sobre sus variantes y peculiaridades, Madrid, 1957.
- PETIT CALVO, Carlos:
- Un Código civil perfecto y bien calculado: el proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Dykinson, 2019.
- Ivstitia Gothica, historia social y teológica del proceso en la Lex Visigothorum*, Universidad de Huelva, 2001.
- PETIT, Eugene: *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, 1980.
- POLO AREVALO, Eva María: "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en Derecho sucesorio español: Precedentes y actualidad", en *RIDROM revista internacional de derecho romano*, 2013, núm. 10, pp. 331-376.
- PORRAS ARBOLEDAS, Pedro: “Las Ordenanzas Municipales: sus orígenes, contenidos y posibilidades de investigación”, IX Jornadas de Historia Local: de los fueros locales a las ordenanzas municipales de Euskal Herria, *Vasconia, Cuadernos de Historia-Geografía*, Eusko ikaskuntza, 2009, p. 19-35.
- PUGLIESE Giovanni.: *Processo civile romano II*, Bologna, 1969.
- PUIG I FERRIOL, Lluís:
- Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXVII, vol. 2, Madrid, Edersa, 1990.
- “Computo de la legítima”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1971, pp. 475-548.
- RADBRUNH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1952.

- RAMOS Y LOSCERTALES, José María: *Fuero de Jaca*, Barcelona, 1927.
- RAMS ALBESA, Joaquín: “Libertad civil, libertad de testar (notas para su formulación)”, *Jornadas Internacionales sobre Instituciones civiles vascas*. (González, M. y Churruga Arellano, J., Coords.), Bilbao, Universidad de Deusto, 1991, pp. 108-127.
- RASCÓN GARCÍA, Cesar y GARCÍA GONZÁLEZ, José María: *Ley de las XII Tablas, Estudio preliminar, traducción y observaciones*, Tecnos, 1996.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: “Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de mayores”, *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 379-462.
- REPRESA POLO, María Patricia: *La desheredación en el Código civil*, Reus, Madrid, 2016.
- RIVAS, Fernando: *Diccionario de literatura patristica*, San Pablo, 2010.
- RIVAS MARTINÉZ, Juan José: “Artículo 687”, *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 371-382.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel:
  - “Artículo 814”, *Código civil comentado*, coord. CAÑIZARES LASO, Ana y otros, 2º edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 820-832.
  - La preterición en el derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ROCA SASTRE, Ramón María:
  - “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano”, *Estudios sobre sucesiones*, I, Madrid, 1981, pp. 61-87.
  - “Los elementos componentes de la Compilación”, *Estudios sobre Sucesiones*, I, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1981, pp. 99-120.
  - “La naturaleza jurídica de la legítima”, *RDP*, vol. XXVIII, 1944, pp. 185-209.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Pilar: *Gens, una forma de agrupación antigua mal conocida*, Universidad del País Vasco, 1996.
- RODRÍGUEZ COLMENERO, Antonio: *Guiones de historia antigua universal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1980.
- RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco: “El denominado Derecho foral gallego y su Compilación”, *Centenario de la Ley del Notariado, Estudios Jurídicos Varios*, Madrid, 1962, pp. 735-809.

- RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, Cesáreo: “El futuro de los Derechos forales o especiales”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 475-479.
- ROFES SECORUM, Juan Ramón: “Las causas de desheredación en el Código civil de Cataluña”, *Lo Canyeret*, núm. 70, 2011, pp. 17-29.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Capacidad e incapacidad de para testar”, *Revista jurídica del notariado*, 2014, núm. 88-89, pp. 429-468.
- RONCESVALLES BARBER, Cárcamo: “La constitución y el Derecho civil”, *REDUR*, núm. 2, 2004, pp. 39-52.
- ROTONDI, Giovanni: *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en «Scritti giuridici», Vol. I, Pavia, 1922.
- RUBIO TORRANO, Enrique: “El artículo 149.1.8 de la Constitución y la reciente jurisprudencia doctrinal”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993, pp. 293-314.
- RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M., “El Fuero de Ayala”, *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Pamplona, Aranzadi, 1994, pp. 167-177.
- SABATER BAYLE, Elsa: “La casa navarra (a propósito de las Leyes 48 y 75 del Fuero Nuevo de navarra)”, *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, 2013, pp. 635-658.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, Alberto: “Elogio a la desheredación”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 29, 2011, pp. 539-558.
- SALAS CARCELLER, Antonio: “Sobre la desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2014, pp. 143-149.
- SALAZAR IZAGIRRE, Jon Joseba: “Fuero de Ayala-Aiarako Forua”, [www.forulege.com](http://www.forulege.com), 2013, pp. 1-20.
- SALINAS QUIJADA, Francisco: *Derecho Civil de Navarra, I, Introducción*, Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana, Pamplona: 1983.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: “El proyecto de Código Civil de 1851 y el derecho civil catalán”, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 7-133.
- SÁNCHEZ, Galo:
- “El antiguo Derecho territorial castellano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1929, pp. 260-328.

- Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: “Contratos de arrendamiento en el reino asturleonés”, *Cuadernos de Historia de España*, 1948, Madrid, pp. 142-179.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael:
- El aforamiento de enclaves castellanos al Fuero de Vizcaya, organización jurídica de los valles de Tobalina, Mena, Valdegobia y Valderejo*, Universidad de Burgos, Burgos, 2001.
- “La pervivencia del Derecho germánico en el Fuero de Miranda de Ebro”, *Boletín de la Institución Fernán González*, núm. 220, 2000, pp. 169-198.
- SÁNCHEZ KARR, Manuel: “El Fuero Viejo de Vizcaya y los Obispos”, *EMD Fundación Sancho el Sabio Fundazioa*, 1974, pp. 114-117.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral*, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1890.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo:
- “El testamento mancomunado aragonés”, *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012, pp. 121-162.
- “La legítima”, *Manual de Derecho civil aragonés*, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.), El justicia de Aragón, 2007, pp. 613-642.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1965, pp. 287-311.
- SANTAMARÍA, Álvaro: *Determinantes de la conquista de Baleares: (1229-1232)*, Universidad de Barcelona, 1972.
- SANTAMARÍA, José Miguel y SANTOYA Julio César: *Quaderno de Leyes y Ordenanzas con que se gobierna esta M.N. y M.L. Provincia de Álava (1623)*, Vitoria, 1978.
- SANTAMARÍA ANSA, Juan:
- “El Derecho civil de Navarra”, *Príncipe de Viana*, núm. 62, 1956, pp. 95-101.
- “Retracto familiar en Navarra: Su relación con otras instituciones de protección familiar y su régimen legal y sentido interpretativo”, *Príncipe de Viana*, 1946, pp. 83-96.



- SANZ MARTÍN, Laura: “Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la *familia* en el Derecho Romano arcaico”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2010, pp. 197-214.
- SAYAS ABENGOCHEA, Juan José y ABAD VARELA, Manuel: *Historia Antigua de la Península Ibérica, II, Época tardo imperial y visigoda*, Los autores, Madrid, 2006.
- SCALA, José María: “Apartamiento del padre en favor del nieto”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 1982, núm. mayo-agosto, pp. 13-35.
- SCHULIN, Friedrich: *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, 1882.
- SCHULZ, Fritz: *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los Derechos Forales”, *Derecho civil foral vasco*, Consejo General del Poder Judicial, Bilbao, 1995, pp. 27-54.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio:
- “La legítima en Aragón”, *RDCA*, XVI, 2010, pp. 67-134.
- “Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*, núm. 12, 1998, pp. 93-114.
- SUÁREZ BILBAO, Fernando y GAMBRA, Andrés: *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*, Dykinson, Madrid, 2008.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: “Aproximación al tránsito jurídico de la *patria potestas*: desde Roma hasta el Derecho visigodo”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 9, 2012, pp. 56-64.
- SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María: “Naturaleza de la legítima y pago en metálico”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1984, núm. 4, pp. 997-1032.
- SUBÍAS FELÍU: “La Compilación del Derecho civil especial de Baleares”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, pp. 619-645.
- TÁCITO, *De origine et situ Germanorum*, Capítulo XX.
- TAPIA PARREÑO, José Jaime: “El fenómeno sucesorio en Araba”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 343-364.

- TOLLINCHI, Esteban: *La metamorfosis de Roma*, Universidad de Puerto Rico, 1998.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco:
  - Obras Completas*, II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
  - El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1988.
  - Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, 4º Edición, Madrid, 1983.
- TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991.
- TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La legítima en el Código civil (I)”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II, 2011, p. 1841-1898.
- URIARTE LEBARIO, Luis María:
  - El Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, 1974.
  - El Fuero de Ayala*, Madrid, Imprenta de los Hijos de M.G. Hernández, 1912.
- URIARTE ZULUETA, Manuel María:
  - “Evolución histórica del Fuero de Ayala”, *La tierra de Ayala. Actas de las Jornadas de Estudios Históricos en conmemoración del 600 Aniversario de la construcción de la Torre de Quejana. (García Fernández, E., Coord.)*, Vitoria-Gasteiz, Arabako Foru Aldundia / Diputación Foral de Álava, 2001, pp. 303-309.
  - “Bibliografía sobre el Derecho privado en Álava”, *Jornadas sobre el estado de la cuestión del Derecho histórico de Euskal Herria*, San Sebastián: Instituto de Derecho Histórico de Euskal Herria, 1996, pp. 31-50.
  - “El Fuero de Ayala”, *Derecho civil foral vasco*, Consejo General del Poder Judicial, Bilbao, 1995, pp. 219-242.
- URRUTIA BADIOLA, Andrés María:
  - “Habitación, familia y sucesión (Del Derecho civil vasco al Derecho privado europeo)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 783, pp. 223-275.
  - “Capítulo II. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera de la legítima (artículos 47 a 57). Sección segunda. Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (artículos 58 a 60)”, *La ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco: comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, 2016, pp. 83-96.

-“La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco y los testamentos en particular”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 303-341.

-“Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria*, 2005, núm. 6, pp. 79-82.

-“Ámbito territorial y personal de aplicación del Fuero Civil de Bizkaia. La troncalidad y sus efectos en las enajenaciones ‘inter vivos’ de los bienes troncales: la ‘saca foral’”, *El Derecho foral vasco tras la reforma de 1992*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 36-71

-URZAINQUI MINA, Tomás y OLAIZOLA IGUÍÑIZ, Juan María: *La Navarra marítima*, Erel, Navarra, 1998.

-VALDEÓN BARUQUE, Julio:

-*La reconquista, El concepto de España: unidad y diversidad*, Espasa, Madrid, 2006.

-“Alfonso X y el Imperio”, *IV Semana de estudios alfonsíes*, 2004-2005, pp. 243-255.

-VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans:

-“La legítima en el Derecho foral de Vizcaya”, *Estudios de Deusto*, núm. 42, pp. 202-228.

-“Influjo de la Revolución francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la codificación española”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 261-312.

-“Comentarios al art. 848 CC”, *Comentarios al Código Civil*, XI, Edersa, Madrid, 1982, pp. 520-524.

-“Comentarios al art. 849 CC”, *Comentarios al Código Civil*, XI, Edersa, Madrid, 1982, pp. 525-534.

-*Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Madrid, 1982.

-*Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer*, II, *Las Legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

-“Apartamiento y desheredación”, *Anuario de derecho civil*, núm. 1, 1968, pp. 3-108.

- VALLS TABERNER, Fernando:

-*Los Usatges de Barcelona: comentarios y edición bilingüe del texto*, Barcelona, 1984.

-“Els Usatges i Consuetuds de Girona”, *Revista de Catalunya*, IV, núm. 35, Barcelona, 1927, pp. 492-503.

-VAQUER ALOY, Antoni:

-“Acerca del fundamento de la legítima”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017, pp. 28.

-“Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 40.

-“La legítima en el Derecho civil de Cataluña”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 471-515.

-“Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, pp. 25.

-VAQUER ALOY, Antoni y DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “La legítima en Cataluña”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 2029-2080.

-VEYNE, Paul: “La famille et l’amour sous le Haut-Empire romain”, *Annales E.S.C.*, 1968, pp. 35-63.

-VILA RIBAS, Carmen: “La legítima en el Derecho Civil de las Islas Baleares”, *Tratado de legítimas*, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 291-358.

-VOCI, Pasquale:

- *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963.

-“Esame della tesi di Bonfante sulla familia romana arcaica”, *Studi in onore Arangio-Ruiz*, I, Milán, 1952.

-VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho privado romano*, Civitas Ediciones, 1986.

-WATTENBERG GARCÍA, Eloísa e IZQUIERDO BERTIZ, José María: *Fueros y cartas pueblas de Castilla y León: el derecho de un pueblo*, Salamanca, 1992.

-WINDSCHEID, Bernhard: *Diritto delle Pandette*, Torino, 1925.

-YABEN, Hilario: “Navarra en el siglo XI”, *Príncipe de Viana*, 1943, pp. 371-373.

-ZABALO ESCUDERO, María Elena: “Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, 1994, pp. 253-302.

-ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz: *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992.

-ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879

-ZUBERO QUINTANILLA, Sara: “La legítima formal como límite o medio de protección de la voluntad del testador”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, pp. 778-795.

## ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

STS de 4 de noviembre de 1904.

STS de 19 diciembre 1988 (RJ 1988/9479)

STS de 15 de junio de 1990 (RJ 1990/4760)

STS 881/2003, de 25 de septiembre (RJ 2003/6442)

STS 669/2006, de 22 de junio (RJ 2006/3082)

STS 325/2010, de 31 de mayo (RJ 2010/2653)

STS 604/2012, de 22 de octubre (RJ 2012/10413)

STS 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014/3900).

STS 695/2014, de 10 de diciembre (RJ 2014/6842)

STS 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015/639)

STS 146/2018, de 15 de marzo (RJ 2018/1090)

STS 342/2020, de 23 de junio (RJ 2020/2211)

### TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ País Vasco de 2 de mayo de 2002 (RJ 2002/7818)

STSJ Cataluña 51/2003 de 22 de diciembre (RJ 2004/1929)

STSJ Cataluña 41/2015, de 28 de mayo (RJ 2015/3761)

STSJ País Vasco 1/2007, de 15 de mayo (RJ 2008/618)

STSJ Aragón 7/2007, de 25 de junio (RJ 2007/6995).

STSJ País Vasco 7/2018, de 20 de julio (ARP 2019/479)

## **AUDICENCIAS PROVINCIALES**

SAP Cáceres 257/2000, de 16 de octubre (JUR 2001/43618)

SAP Bizkaia 361/2001, de 2 de abril (AC 2001/1061)

SAP Bizkaia 357/2002, de 19 de julio (JUR 2002/253401)

SAP Álava 4/2004, de 14 de enero (JUR 2006/228524)

SAP Girona 335/2004, de 18 de octubre (JUR 2004/310006)

SAP Barcelona 212/2006, de 4 de mayo (JUR 2006/272116)

SAP Bizkaia 179/2011, de 16 de marzo (AC 2011\1791)

SAP Asturias 203/2011, de 23 de mayo (AC 2011/1279)

SAP Bizkaia 419/2012, de 28 de septiembre (AC 2014/723)

SAP León 272/2013, de 17 de junio (JUR 2013/244177)

SAP Tarragona 481/2013, de 18 de diciembre (JUR 2014/21780)

SAP Barcelona 37/2014, de 13 de febrero (JUR 2014/85318)

SAP Girona 267/2014, de 1 de octubre (JUR 2014/298975)

SAP A Coruña 306/2014, de 27 de noviembre (JUR 2015/79445)

SAP Bizkaia 351/2016, de 22 de septiembre (JUR 2016/244927)

SAP Bizkaia 127/2020, de 17 de abril (JUR 2021/66466)

SAP Bizkaia 167/2020, de 26 de junio (JUR 2021/76604)

SAP Gipuzkoa 1001/2020, de 27 de noviembre (JUR 2021/59429)

SAP Álava 1111/2020, de 11 de diciembre (JUR 2021/104614)