



Universidad  
de Alcalá

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**EVOLUCIÓN HACIA UNA LIBERTAD TOTAL DE TESTAR**

**THE EVOLUTION TOWARDS THE FREEDOM OF  
TESTIMONIAL**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO**

Presentado por: AGUILAR SÁNCHEZ, PAULA

Dirigido por: RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO

En Alcalá de Henares a 26 de enero de 2021

## RESUMEN

En el presente Trabajo se va a exponer la evolución del Derecho Sucesorio desde la Edad Antigua hasta la actualidad.

Veremos como de un amplio margen de libertad de testar que ofrecía el Derecho Sucesorio romano se van imponiendo límites que restringen la misma, apareciendo así la contraposición entre la libertad de testar y la protección de la institución de la familia.

Paralelamente a la evolución del Derecho Sucesorio, se produce una evolución de la acepción de la familia. Mientras que en la Edad Antigua, en la Edad Media y en la Edad Moderna, esta institución giraba en torno a la figura del *paterfamilias*, el cual contaba con potestad absoluta, vemos como a partir de la Edad Contemporánea, la mujer se va haciendo hueco en el mundo laboral, lo que provoca un aumento en el número de divorcios.

Es a partir de los años 90 cuando empiezan a surgir nuevas modalidades de familias, como las familias monoparentales, las reconstruidas, las homoparentales, etc. Asimismo, comienza a reducirse el número de matrimonios, aumentando la tendencia de las relaciones a mostrarse como uniones de hecho.

Todo ello provoca en el Derecho Sucesorio gran inseguridad jurídica que debe ser resuelta a través de una reforma legislativa, siguiendo los modelos forales que se regulan dentro de nuestro territorio y que están tomando una posición de debilitamiento de la legítima, lo que conlleva una ampliación de la libertad de testar.

## PALABRAS CLAVE

- *De cuius*
- Sucesión
- Legítima
- Libertad
- Familia

## ÍNDICE

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO SUCESORIO .....	5
<b>El Derecho Sucesorio en el sistema romano</b> .....	5
La sucesión testamentaria .....	8
La sucesión intestada o <i>abintestato</i> .....	10
La sucesión forzosa .....	13
La libertad de testar en el Derecho Sucesorio romano .....	15
El Derecho Sucesorio en el sistema germánico .....	17
El Derecho Sucesorio hispánico .....	19
La evolución de la libertad de testar en el Derecho Sucesorio hispánico .....	28
CAPÍTULO II: EL DERECHO SUCESORIO EN EL ACTUAL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL .....	30
Disposiciones generales .....	30
Clases de sucesión <i>mortis causa</i> .....	31
La sucesión forzosa o legitimaria .....	45
CAPÍTULO III: LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL ...	53
La libertad de testar como principio fundamental del Derecho Sucesorio .....	53
Los límites a la libertad de testar. ....	54
En interés de los acreedores .....	54
En interés de la familia extensa .....	54
En interés de los sucesores. ....	54
En interés público. ....	55
CAPÍTULO IV: EL DERECHO SUCESORIO EN LOS DERECHOS FORALES .....	58
Disposiciones generales e históricas. ....	58
El Derecho Sucesorio en el País Vasco .....	60
El Derecho Sucesorio en Cataluña .....	63
El Derecho Sucesorio en las Islas Baleares .....	66
El Derecho Sucesorio en Galicia .....	67
El Derecho Sucesorio en Aragón .....	68
El Derecho Sucesorio en Navarra .....	71
Conclusión y comparación con el Derecho Común .....	73
CAPÍTULO V: EL CONFLICTO ENTRE LAS NUEVAS MODALIDADES DE FAMILIA Y EL ACTUAL SISTEMA SUCESORIO DEL CÓDIGO CIVIL .....	74
La evolución histórica de la familia .....	74

<b>La familia en la Edad Antigua .....</b>	<b>75</b>
<b>La familia en la Edad Media .....</b>	<b>76</b>
<b>La familia en Edad Moderna.....</b>	<b>76</b>
<b>La familia en la Edad Contemporánea.....</b>	<b>77</b>
<b>El avance social de la familia frente al atraso legal del Derecho Sucesorio en el actual Sistema del Código Civil.....</b>	<b>81</b>
<b>CAPÍTULO VI: PROPUESTA PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA .....</b>	<b>83</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>86</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CON AUTORÍA DESCONOCIDA .....</b>	<b>89</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>90</b>
<b>LEGISLACIÓN .....</b>	<b>90</b>

# CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO SUCESORIO

## El Derecho Sucesorio en el sistema romano

El Derecho Sucesorio romano disponía que, si fallecía una persona, era necesario darle un continuador, al que se le denominó “heredero”

El heredero pasaba a ocupar el lugar del fallecido, es decir, le sucedía en su situación jurídica. Esta “sucesión *mortis causa*”<sup>1</sup> abarcaba no sólo los bienes, sino también los derechos y obligaciones del finado, al que se le conoció en Roma con el nombre de “*de cuius*”. La comunidad formada por la personalidad patrimonial del *de cuius* se denominó “herencia” y es lo que se consideró el objeto de la sucesión.

Hay que tener en cuenta que el Derecho Sucesorio romano abarca principalmente tres grandes periodos: el Antiguo Derecho Civil -época arcaica y monárquica-, el Derecho Pretorio -época preclásica, clásica y época republicana- y el Derecho Justiniano -época posclásica y época imperial-.

En un primer momento -hasta la época de Justiniano-<sup>2</sup>, la herencia comprendía la totalidad del patrimonio o una porción ideal<sup>3</sup> de éste y, por ello, debía responder también de las deudas de la misma manera que respondía su antecesor, no sólo con el patrimonio heredado, sino también con los bienes propios.

Por tanto, la herencia romana era un acto jurídico adquisitivo universal -*adquisitio per universitatem*-<sup>4</sup> en el que el patrimonio del finado se conservaba *indiviso*<sup>5</sup>. Así, parte del principio de que “cada heredero hereda todo el patrimonio” y, si se trata de varios herederos, el patrimonio se divide alícuotamente y las deudas, si son divisibles, se asumen mancomunada y proporcionalmente; en cambio, si son indivisibles, lo hacen solidariamente.

---

<sup>1</sup>VÁZQUEZ DE LA O, B. “*El Derecho sucesorio en el Derecho Romano*”, Grado Cero Prensa, 2017. Recuperado de: <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2017/05/06/el-derecho-sucesorio-en-el-derecho-romano/>

<sup>2</sup>MARINEAU IDUARTE, M. e IGLESIAS GONZÁLEZ, R. “*Derecho Romano*”, México, 2005, pág. 210.

<sup>3</sup>Aquella que gráfica el *quantum* de la participación de cada uno en la comunidad y que tiene trascendencia para el individuo al que se le asigna como medida de sus beneficios y sus cargas.

<sup>4</sup>SOHM, R. “*Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*”, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1936, pág. 509-510.

<sup>5</sup>Situación jurídica que existe donde hay unidad de derecho o de cosa y pluralidad de propietarios o titulares.

El Antiguo Derecho Civil denominaba su sistema sucesorio “*hereditas*”<sup>6</sup>, que se basaba en la organización jurídica de la familia romana entorno a la figura del *paterfamilias* -en el marco de la masculinidad y progeneritura<sup>7</sup>-. Por ello, el parentesco jurídico era agnaticio<sup>8</sup> y no suponía, necesariamente, relación de sangre, sino el sometimiento a la patria potestad del *pater*, lo que excluía al emancipado de la sucesión. En el caso de la madre, para que existiera agnación era necesario el matrimonio *cum manus*<sup>9</sup>, creando así la patria potestad para con el *paterfamilias* a través de un negocio jurídico.

Sin embargo, el pretor basó su sistema sucesorio en la “*bonorum possessio*”<sup>10</sup> con el triple objeto de declarar, suplir y corregir el Derecho Antiguo. En el Derecho Pretorio poseía quien presentaba testamento válido o, en su defecto, quien era llamado por la Ley a heredar, reduciendo así a la mera posesión interina de los bienes hereditarios mientras se resolvía el litigio sucesorio.

Posteriormente, esta *bonorum possessio* se convirtió en un verdadero derecho hereditario en el que poseían, en primer lugar, los herederos agnaticios, en defecto de los cuales poseían los parientes más próximos y, a falta de éstos, el cónyuge viudo.

En la época imperial, surgen dos formas de *bonorum possessio*: la *contra tabulas*, en favor de los injustamente excluidos; y la *unde liberi*, en favor de los emancipados, introduciéndose así la sucesión por cognación<sup>11</sup>.

Por tanto, mientras que la *hereditas* se adquiría casi siempre *ipso iure*<sup>12</sup> y bastaba con la simple declaración de voluntad, la *bonorum possessio* debía pedirse al magistrado en el plazo correspondiente para poder ser adquirida; la *hereditas* constituía una propiedad quiritaria<sup>13</sup>, mientras que la *bonorum possessio* constituía una propiedad bonitaria<sup>14</sup>; en la *hereditas*, para

---

<sup>6</sup>“*Derecho de Sucesiones en Derecho romano*”, Derecho Romano, 2016. Recuperado de: <http://www.derechoromano.es/2016/02/derecho-sucesiones-derecho-romano-hereditas-bonorum-possessio.html>

<sup>7</sup>MARIÑO PARDO, F. “*La sucesión forzosa. Cuestiones generales. Conveniencia de un sistema de legítimas. Derecho transitorio. Sistema del Código Civil. Naturaleza de la legítima. Relación entre título de legitimario y heredero*”, Blog de Derecho Privado, 2017. Recuperado de: <http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html>

<sup>8</sup>“*Agnación*” (2020). Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Agnación>

<sup>9</sup>Acto por el que la mujer se sometía a la potestad del marido de manera que se desligaba de su familia para entrar a formar parte de la del marido.

<sup>10</sup>MARIÑO PARDO, F. Op. Cit. Recuperado de: <http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html>

<sup>11</sup>Parentesco de sangre.

<sup>12</sup>De pleno derecho.

<sup>13</sup>Propiedad privada reconocida a los ciudadanos romanos adquirida por *mancipatio* o *cessio* en el Derecho Civil Antiguo.

<sup>14</sup>Propiedad posesoria, el propietario bonitario tenía la posesión privada y el derecho de servirse de la cosa y obtener sus frutos, pero el derecho no le reconocía como propietario, puesto que la propiedad la tenía el Estado.

poseer los bienes era necesario pedir dicha posesión, mientras que en la *bonorum possessio* la posesión era efectiva de manera inmediata.

Justiniano, finalmente, refundió ambas figuras -*hereditas* y *bonorum possessio*- pero prevaleció la herencia civil dejando la *bonorum possessio* en una posición supletoria.

Así, la herencia atraviesa dos fases: la delación<sup>15</sup> y la adquisición<sup>16</sup>.

La delación tiene como momento el de la muerte del causante. El Derecho romano reconocía tres causas de delación<sup>17</sup>: una causada por el testamento -herencia testamentaria-, y dos por la Ley -herencia intestada<sup>18</sup> y herencia forzosa<sup>19</sup>-. La herencia testamentaria precedía a la intestada y, a su vez, la forzosa precedía a la testamentaria -sin que la forzosa invalidara necesariamente la totalidad del testamento-. Sin embargo, la testamentaria y la intestada se excluían entre sí.

En cuanto a la adquisición de la herencia<sup>20</sup>, se distinguía entre *heres domesticus*<sup>21</sup> y *heres extraneus*<sup>22</sup>. Entre los *heredes domestici* se encontraban los *heredes sui et necesarii*<sup>23</sup> y los esclavos de propiedad -*dominica potestas*-. Los *heredes extranei* englobaban los que no eran *domestici*, es decir, eran *heredes voluntarii*<sup>24</sup>.

En relación con los *heredes domestici*, en el Derecho Antiguo, la delación coincidía con la adquisición puesto que no existía la posibilidad de repudiar la herencia; es decir, la adquisición se producía *ipso iure*. El Derecho Pretoriano posibilita ya una acción de abstención -*beneficium abstendi*- otorgando así la opción al heredero de aceptar o desechar la herencia. No obstante, el pretor no concedió esta acción a los esclavos, pero sí les concedió el hecho de responder a las deudas únicamente con el patrimonio de la herencia.

En relación con los *heredes extranei*<sup>25</sup>, la adquisición se producía mediante un acto especial de adición<sup>26</sup>, declarando su voluntad de adquirir la herencia, expresa o tácitamente. El Derecho

---

<sup>15</sup>Ofrecimiento concreto a uno de los llamados para que acepte o repudie la herencia.

<sup>16</sup>Acto jurídico a través del cual se incorpora a un patrimonio una cosa, mueble o inmueble.

<sup>17</sup>SOHM, R. Op.cit., pág. 511.

<sup>18</sup>Sucesión hereditaria *mortis causa* que se produce en el caso de inexistencia o invalidez de testamento del fallecido.

<sup>19</sup>Sucesión ordenada preceptivamente, es decir, que por imperativo legal se reserva a determinados herederos.

<sup>20</sup>SOHM, R. Op.cit., pág. 512.

<sup>21</sup>Los que forman parte de la casa del difunto.

<sup>22</sup>Todos los no incluidos en *heredes domestici*.

<sup>23</sup>Descendientes que se encuentran bajo la patria potestad del causante en el momento de su muerte.

<sup>24</sup>Aquellas personas designadas por el difunto en el testamento, distintas de los herederos forzosos.

<sup>25</sup>SOHM, R. Op.cit., pág. 513.

<sup>26</sup>Acto en virtud del cual el heredero expresa su intención de aceptar la herencia, y que puede ser expreso o tácito.

Antiguo no admitía la repulsa de la herencia a esta clase de *heredes*, mientras que en la época clásica ya sí se les permitió.

Asimismo, la herencia romana se podía dar a través de tres tipos de sucesiones: testamentaria -mediante testamento-, intestada y forzosa -a través de la Ley-, que evolucionan a lo largo de los tres meritados periodos.

### La sucesión testamentaria

La sucesión testamentaria<sup>27</sup> es un negocio jurídico unilateral de última voluntad con doble finalidad: la institución de heredero y la disposición de la totalidad de la herencia -*sucessio in universum ius defuncti*-.

- Antiguo Derecho Civil -*Ley de las XII Tablas*-

El Antiguo Derecho Civil primitivo únicamente reconocía el testamento público denominado *testamentum calatis comitiis*, es decir, otorgado ante los comicios<sup>28</sup>, se trata pues del testamento comicial. El hecho de que se requiriera la intervención de los comicios significaba que no existía una verdadera libertad de testar.

Sin embargo, las XII Tablas ya disponen que la institución de heredero<sup>29</sup> únicamente requiera la aprobación comicial cuando se trate de un heredero distinto al *nato*, para continuar la personalidad del *paterfamilias* al frente de la “casa”.

Posteriormente, apareció como forma privada de testamento el mancipatorio -*testamentum per aes et libram*-<sup>30</sup> que implicó un mayor reconocimiento de libertad testamentaria. Así, el testador -en presencia de cinco testigos- mancipaba su patrimonio a cambio de un precio a un tercero que se denominaba *familiae emptor* -pudiendo especificar o no el destino que el comprador debía dar a los bienes-, el cual adquiriría la verdadera propiedad de la herencia. Comenzó siendo, por su contenido, un simple testamento legatario<sup>31</sup>. Este testamento se vio modificado posteriormente, surgiendo una nueva modalidad que coartaba los derechos del *familiae emptor*, el cual acabó siendo un simple ejecutor testamentario, asimilándose este testamento

<sup>27</sup>SOHM, R. Op.cit., pág.526.

<sup>28</sup>En Roma, asamblea cívica cuyas funciones variaron a través de las épocas y según su propia naturaleza, en virtud de la cual se convocaba al *populus romanus* para que eligiera sus magistrados y tratara negocios públicos.

<sup>29</sup>SOHM, R. Op.cit., pág.527.

<sup>30</sup>“*Testamento (derecho romano)*”, 2020. Recuperado de: [https://es.wikipedia.org/wiki/Testamento\\_\(derecho\\_roman\)#Testamentum\\_per\\_aes\\_et\\_libram](https://es.wikipedia.org/wiki/Testamento_(derecho_roman)#Testamentum_per_aes_et_libram)

<sup>31</sup>SOHM, R. Op.cit., pág.528.



mancipatorio a la fiducia<sup>32</sup> pero con especificidades estrictas y obligatorias que nada tenían que ver con la fidelidad ni con la honradez.

- Derecho Pretorio

Continúa el testamento mancipatorio<sup>33</sup> pero, de nuevo, introduciendo nuevas formalidades acerca de los testigos y añadiendo la indemnidad de los sellos como garantía de autenticidad del documento que el testador elevaba a disposición testamentaria mediante los trámites de la *mancipatio*<sup>34</sup>.

En el Derecho Antiguo, este testamento era un contrato bilateral que requería para su perfeccionamiento al *familiae emptor*; ahora, el pretor, declara la inutilidad de esta figura y lo convierte en un testigo más. Basta con que el testador declare su voluntad ante siete testigos, convirtiéndose así en un negocio jurídico unilateral.

- Derecho Justiniano

Mantiene el concepto pretoriano<sup>35</sup> pero estatuyendo el testamento ante siete testigos, pudiendo ser verbal o escrito y, además, crea formas especiales de testamento, otorgando así al testador la posibilidad de acogerse a la forma que más se ajuste a su momento y voluntad -*testamentum militis, pestis tempore, ruri conditum, principio blatum, apud acta conditum, parentis inter liberos*-.

Es en este momento en el que ya sólo se exige que el instituido heredero exista, al menos como *nasciturus*, en el momento de la muerte del testador. También ahora gozan de testamentación pasiva las personas jurídicas públicas como el Estado, la Iglesia o los municipios.

Hasta este momento no fue derogado el formalismo testamentario que establecía la institución de heredero como único requisito esencial que además, debía recaer sobre persona determinada, resultando ilícito el nombramiento hereditario de personas inciertas. Con Justiniano, se declara lícito el nombramiento de personas inciertas, siempre que se entrañe una fundación de carácter eclesiástico.

---

<sup>32</sup>Contrato traslativo de la propiedad de una cosa al acreedor, por la mancipación o cesión de la misma, a partir de la adquisición del dominio, el fiduciario se ve obligado a restituir la cosa a partir del cumplimiento de un plazo o de una condición.

<sup>33</sup>SOHM, R. Op.cit., pág.529.

<sup>34</sup>Modo privado de transmitir la propiedad en el Derecho Romano.

<sup>35</sup>SOHM, R. Op.cit., pág.530-532.

## La sucesión intestada o *abintestato*

La sucesión intestada tiene lugar cuando no hay testamento, cuando éste resulta nulo o, a partir de la época preclásica, cuando el heredero testamentario -si fuese único- desechase la herencia.

- Antiguo Derecho Civil -*Ley de las XII Tablas*-

Las XII Tablas recogen por primera vez la existencia de este tipo de sucesión que llamaba a heredar *abintestato*<sup>36</sup>: en primer lugar, a los *sui heredes*, es decir, a los descendientes del *de cuius* que estuviesen bajo su patria potestad en el momento de su muerte, incluyendo a los póstumos<sup>37</sup>. En defecto de los *sui heredes*, heredaba el *proximus agnatus*, es decir, el colateral agnaticio<sup>38</sup> más próximo que, siendo varios de grado igual, heredan conjuntamente y, a falta de éstos, suceden los gentiles<sup>39</sup>, es decir, los miembros de la *gens* o linaje.

El Derecho Antiguo no admitía la repudiación de la herencia.

- Derecho Pretorio

En este momento aparece la figura de la *bonorum possessio sine tabulis*<sup>40</sup>, que se configura en el Edicto pretorio como el medio legal que concedió el pretor a ciertos parientes, previa petición de éstos, para tomar posesión de los bienes hereditarios, sin ser considerados herederos. El pretor la crea como instrumento de salvación del patrimonio del causante<sup>41</sup>: cuando éste moría sin testar, el pretor concedía la posesión de los bienes a personas contempladas como herederos *abintestato* por el Derecho Civil o a personas unidas al causante por vínculos de parentesco, pero no contemplado por el Derecho Civil.

Por tanto, se llamaba a heredar<sup>42</sup> -según esta *bonorum possessio*- en el siguiente orden<sup>43</sup>:

- i. En primer lugar, heredan los *liberi*, concepto que comprende tanto a los *sui heredes* como a los *emancipati* -pero sólo aquellos que sean descendientes naturales del difunto-. Es decir, en primer orden, heredan los descendientes del finado, tanto los *sui* como los que lo hubieran sido de no haber salido de la familia y siempre que no estuvieren bajo la patria

<sup>36</sup>SOHM, R. Op.cit., pág.521.

<sup>37</sup>Aquel que nace cuando su padre ya ha muerto.

<sup>38</sup>Aquellos que no descienden unos de otros, pero tienen tronco común y se encuentran bajo la misma potestad doméstica: parentesco civil.

<sup>39</sup>Pertenecientes a la misma familia.

<sup>40</sup>"*La Bonorum Possessio*", La Guía, 2017. Recuperado de: <https://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/la-bonorum-possessio>

<sup>41</sup>MATHEUS, W. "*Bonorum Possessio*", Las sucesiones intestada y legítima contra el testamento, 2017. Recuperado de: <http://derechoromanosaiad.blogspot.com/2017/04/bonorum-possessio.html>

<sup>42</sup>MARINEAU IDUARTE, M. e IGLESIAS GONZÁLEZ, R. Op. cit., pág. 213-214.

<sup>43</sup>SOHM, R. Op.cit., pág.522-523.

potestad de otro. Así, el Pretor abandona la agnación para adoptar el principio civil de la cognación<sup>44</sup>.

La concurrencia de los emancipados propició la creación de la institución especial que buscaba evitar situaciones injustas para los *sui*, la *collatio bonorum*, o colación de bienes. Por medio de esta nueva figura, el emancipado que concurriera en la herencia, debía aportar a la sucesión una parte del propio patrimonio con una finalidad compensatoria.

- ii. En segundo lugar, en caso de no existir *liberi* o, si éstos dejaban transcurrir el plazo para solicitar la herencia, la *bonorum possessio* pasaba a los *legitimi*, es decir, los *proximus agnatus* y, en su defecto, se llama a la herencia a los gentiles.
- iii. En tercer lugar, si la segunda clase de herederos pretorios dejaba también de solicitar la *bonorum possessio* o no queda pariente civil, el pretor llama a heredar a los cognados hasta el sexto grado inclusive o, hasta el séptimo si hubiere *sobrino venatus*<sup>45</sup>. Entre los cognados, decide la proximidad del grado de parentesco.
- iv. Finalmente, cuando no quede ningún otro pariente con derecho a heredar o ninguno solicite la *bonorum possessio*, ésta *–unde vir et uxor*<sup>46</sup> - corresponde al cónyuge viudo, sin necesidad de que se halle sometido a la *manus*<sup>47</sup>.

- Derecho Justiniano

Se producen una serie de reformas<sup>48</sup> que culminan con las *Novellae* 118 y 127, en las que se sustituye definitivamente la agnación por la cognación, equiparando hombres y mujeres por estimar parentesco por ambas líneas.

La *Novellae* 118 establece el orden de herederos<sup>49</sup> y establece una *sucessio ordinum et graduum*<sup>50</sup>:

- i. En primer lugar, los descendientes del difunto, equiparándose el adoptivo al hijo de sangre. Además, se deja de excluir la herencia materna, atendiendo exclusivamente al principio de descendencia cognaticia.

---

<sup>44</sup>Parentesco de sangre.

<sup>45</sup>Hijo del sobrino.

<sup>46</sup>Entre marido y mujer.

<sup>47</sup>Pacto o convenio que manifestaba que aquella mujer o esposa paraba a ser integrante de la familia del esposo, sometiéndose así a su dominio o potestad y desligándose con su familia originaria.

<sup>48</sup>MARINEAU IDUARTE, M. e IGLESIAS GONZÁLEZ, R. Op. cit., pág. 215 a 216.

<sup>49</sup>Ibidem.

<sup>50</sup>Si de la primera orden no hereda nadie, porque no queden parientes de ese orden o repudien la herencia, se pasa a la inmediata y, además, en el seno de cada una de esas órdenes, se recorre por grados toda la escala, hasta que uno de los parientes entre a heredar.

Entre descendientes del mismo grado, se sucede *in capita* -por partes iguales-. Los descendientes de descendientes sólo heredan en caso de que sus ascendientes no vivan, en virtud del llamado “derecho de representación”<sup>51</sup>, heredando conjuntamente si son más de uno -*successio in stirpes*<sup>52</sup>-.

- ii. En segundo lugar y, en defecto de los primeros, se llama a heredar a los ascendientes -por proximidad- y a los hermanos germanos<sup>53</sup> -o sus hijos si éstos ya han muerto-.

Entre ascendientes no queda margen al derecho de representación. Si a la vez que ascendientes quedasen hermanos germanos del difunto, la herencia se reparte *in capita*. Los hijos de los hermanos germanos ya muertos ocupan el lugar que a éstos les hubiera correspondido en virtud del derecho de representación, heredando pues conjuntamente por el principio de la *successio in stirpes*.

- iii. En tercer lugar, y a falta de los anteriores, son llamados a heredar los denominados “medio hermanos” -o sus hijos si éstos ya han muerto-, atendiendo exclusivamente al vínculo de fraternidad cognaticia de padre o madre.

Si sólo existen hermanos, se divide *in capita*. Si éstos ya han muerto, sus hijos heredan en virtud del derecho de representación, compartiendo la porción que le hubiera correspondido -*successio in stirpes*-.

- iv. En cuarto lugar, y en defecto de los anteriores, son llamados los demás parientes colaterales, en orden de proximidad de vínculo y sin limitación de grado; siendo válido todo parentesco, por remoto que sea. Por ello, aquí no rige el derecho de representación, pues el más próximo excluye al remoto y, por ende, tampoco se da la *successio in stirpes*, ya que, si existen varios colaterales de igual grado, la herencia se distribuye *in capita*.

La herencia del cónyuge viudo<sup>54</sup> sigue rigiéndose por las normas de la *bonorum possessio* pretoria *unde vir et uxor*, pero ahora, únicamente la viuda pobre y sin dotar tiene derecho a recibir, en concurrencia con los parientes de su marido, una cuarta parte de la herencia, o una porción viril<sup>55</sup>, si concurren más de tres hijos; si reduce la cuota de éstos, su cuota viudal sólo es usufructuaria.

---

<sup>51</sup>Derecho que corresponde a los hijos de acudir al llamamiento a la herencia por la parte de su padre o madre premuerto.

<sup>52</sup>Cuando una persona sustituye a su causante en la sucesión por virtud del derecho de representación.

<sup>53</sup>Hermanos que descienden de los mismos padres.

<sup>54</sup>SOHM, R. Op.cit., pág. 525.

<sup>55</sup> Cuota que se obtiene dividiendo el patrimonio total entre el número de herederos.

Las herencias vacantes<sup>56</sup>, corresponden al Fisco *-loco heredis<sup>57</sup>-*; por ello, la herencia romana no queda nunca sin heredero.

### La sucesión forzosa

La sucesión forzosa<sup>58</sup> surge para limitar la libertad del testador, existen dos sistemas de sucesión forzosa:

#### 1) Sistema de régimen formal:

##### - Antiguo Derecho Civil

En el Derecho Antiguo sólo tenían derechos forzosos los *sui heredes*.

El testador podía instituir heredero sin necesidad de asignar una cuota concreta, lo que le otorgaba gran libertad de testar.

Como limitación, era obligatorio que, para desheredar, nombrase expresamente al heredero desheredado *-nominatum-*.

En caso de preterición<sup>59</sup>, si el preterido era hijo, se consideraba vicio de forma y conllevaba la nulidad del testamento. En cambio, si la preterición se hacía sobre una hija o nieto, el testamento continuaba siendo válido y los preteridos concurrían con los demás herederos. Si se pretería a un hijo póstumo, el testamento devenía nulo y se abría la vía intestada.

##### - Derecho Pretorio

En comparación con los límites a la libertad de testar que establecía el Derecho Antiguo, el pretor liberó un poco más al testador estableciendo que, para desheredar, únicamente había que expresarlo *nominatum* en caso de hijos, para hijas y nietos *-ceteros<sup>60</sup>-* se podía desheredar en general.

La preterición no producía en ningún caso la nulidad del testamento, el heredero forzoso preterido obtenía la *bonorum possessio contra tabulas*, teniendo que solicitarla en el plazo de un año.

#### 2) Sistema de régimen material:

---

<sup>56</sup>SOHM, R. Op.cit., pág. 525

<sup>57</sup>En lugar del heredero.

<sup>58</sup>SOHM, R. Op.cit., pág. 537-540.

<sup>59</sup>Omisión de un heredero forzoso en el testamento.

<sup>60</sup>Los demás.

- Antiguo Derecho Civil y Derecho Pretorio

La legítima, en este caso, les correspondía a los descendientes, ascendientes, hermanos germanos y consanguíneos de padre, pero no a los uterinos.

En caso de preterición, los parientes preteridos debían impugnar el testamento para invalidarlo por “impío”, alegando que el testador no se encontraba “en su sano juicio”; tal impugnación se realizaba a través de la *querela inofficiosi testamenti, cretio*<sup>61</sup> que se interponía contra el heredero testamentariamente instituido para reclamar la totalidad de la cuota intestada. En lo que faltare para cubrirla, se rescindía el testamento, conservando las demás partes su validez; pero, si las cuotas hereditarias *abintestato* de los querellantes absorbían toda la herencia, el testamento devenía nulo íntegramente.

Para interponer la *querela inofficiosi testamenti* eran requisitos:

- i. Que el legitimario preterido tuviese derecho hereditario *abintestato* -que no haya herederos intestados más próximos que él-.
- ii. Que el testador no hubiera dejado en el testamento justa causa de exclusión.
- iii. Que no pudiera ejercitarse prioritariamente la *bonorum possessio contra tabulas*; es decir, la *querela inofficiosi* tenía que ser subsidiaria a la *bonorum possessio*.

El derecho de legítima se consideraba violado cuando el legitimario no recibía, al menos, una cuarta parte libre de gravámenes<sup>62</sup> de lo que por Ley hubiera heredado.

Esta *querela inofficiosi testamenti* acaba teniendo que evolucionar en dos *querelas* diferentes: la *querela inofficiosi donationis* y la *querela inofficiosi dotis*, con la finalidad de evitar que la legítima se burlase a través de los instrumentos jurídicos de la donación y la dote.

### 3) Derecho Justiniano

En esta época se introducen innovaciones en la sucesión forzosa a través de la *Novellae* 115:

- i. Cuando el testador hubiera asignado algo no suficiente al heredero legitimario, no podía ejercitarse la *querela inofficiosi testamenti*, sino la *actio ad supplendam legitimam*<sup>63</sup> para

---

<sup>61</sup>Acción.

<sup>62</sup>De legados y cargas morales.

<sup>63</sup>Acción por medio de la cual el heredero no instituido podía demandar que se supliese lo que le faltaba hasta cubrir la porción legítima, dejándose subsistente el resto del testamento.

reclamar la totalidad de la cuota *abintestato*. Esta *actio* se interponía contra los herederos testamentarios para conseguir el pago de lo restante hasta cubrir la totalidad de la legítima.

- ii. Se eleva la cuantía de la legítima a un tercio de la porción intestada cuando ésta ascienda a una cuarta parte de la herencia por lo menos; si no, se eleva a la mitad.
- iii. Se impone la obligación de nombrar herederos a los descendientes llamados a heredar *abintestato*.
- iv. Se introducen causas específicas de desheredación que deben indicarse en el testamento. Es decir, sólo se admite la desheredación en ciertos y determinados casos.

Las disposiciones que gravan<sup>64</sup> la legítima y la menoscaben se tienen por no puestas. Pero, Justiniano introduce una *querela inofficiosi testamenti* modificada, cuya finalidad es rescindir las instituciones del heredero omitido hasta donde alcance su porción intestada, dejando, en cambio, las demás disposiciones<sup>65</sup> como válidas.

### **La libertad de testar en el Derecho Sucesorio romano**

De todo lo anteriormente expuesto, se extrae que, el Derecho Antiguo Civil consagraba una libertad de testar casi absoluta, aunque pronto sufrió una limitación formal: en el caso de los *heredes sui* debían ser mencionados en el testamento, bien para instituirlos herederos, bien para desheredarlos -nombrando la identidad del excluido; si no, la cláusula devendría nula y, por tanto, no quedaría desheredado-.

En la época pretoriana se consolidó y amplió la libertad de testar anteriormente otorgada al testador, el cual podía instituir heredero a cualquier persona dotada de la *testamenti factio passiva*<sup>66</sup>, así como desheredar a los *sui heredes* -sólo hijas y nietos- sin *nominatum*.

Pero también en esta época es cuando el testamento se empieza a volver un acto jurídico más complejo<sup>67</sup> que acogía instrumentos como las sustituciones<sup>68</sup>, los legados<sup>69</sup> o los fideicomisos<sup>70</sup>;

---

<sup>64</sup>Legados o condiciones.

<sup>65</sup>Legados que menoscaben la legítima, sustituciones, nombramiento de tutores, etc.

<sup>66</sup>Idoneidad para ser heredero, es decir, la tenían aquellos sujetos susceptibles de adquirir la herencia.

<sup>67</sup>BERNARD MAINAR, R. “Curso de Derecho Privado Romano”, UCAB, Caracas, 2013, pág. 338-340.

<sup>68</sup>Disposiciones testamentarias por las que el testador llama a un tercero a la herencia, en defecto de otra persona, o después de ella.

<sup>69</sup>Liberalidad que hace el testador, a favor de una persona no heredera, entregándole un bien específico.

<sup>70</sup>Institución que trata de una sustitución por medio de la cual se encarga a un heredero a que conserve el patrimonio heredado para, posteriormente, transmitirlo a otra persona.

así como las obligaciones a favor de terceros y a cargo de herederos; y también al establecimiento de disposiciones sujetas a condición<sup>71</sup>.

Esto, a pesar de dar mayor juego al testador, mermaba el acervo hereditario, perjudicando así al heredero<sup>72</sup>; suscitándose la posibilidad de cierto desinterés del llamado a la herencia a la hora de aceptarla, lo que desencadenaría la sucesión intestada.

El hecho de que se sustituyese el testamento por lo dispuesto en la Ley era justo lo que se pretendía evitar en cuanto a la libertad de testar que caracterizaba el Derecho Sucesorio romano.

Así, surgieron las limitaciones a la libertad de testar como freno a la apertura de la vía intestada. Había que conciliar, por un lado, la amplia libertad del *paterfamilias* para disponer *mortis causa* de los bienes familiares; y, por otro, el respeto a las viejas costumbres que propugnaban mantener el destino de la herencia familiar a favor de sus integrantes<sup>73</sup>.

Por tanto, comienza a aparecer una tercera vía sucesoria, en la que el testador ha de destinar una parte de sus bienes a una serie de personas determinadas; un sistema intermedio entre la libertad casi absoluta de testar y la establecida por la Ley: la sucesión forzosa, representada por el instrumento de la legítima<sup>74</sup>.

Sin embargo, no es hasta la etapa republicana<sup>75</sup> -pretoriana- cuando se introduce la cognación y, con ella, la legítima real o material. Ya no basta con mencionar a los parientes más próximos en el testamento -legítima formal-, sino que es necesario que el testador les atribuya una cuota determinada del patrimonio para garantizar así la unidad y dignidad de la familia.

Por tanto, el pariente más próximo empezó a contar con el derecho a exigir una cuota mínima de los bienes de la herencia -régimen de la cuota de reserva-<sup>76</sup>, porción a la que denominó “cuota legítima” y que se basó en el *officium pietatis* -deber moral de piedad-.

Si no había causa justificada de desheredación, produciéndose así la preterición, el omitido podía ejercitar la *querela inofficiosi testamenti* contra el heredero testamentario para obtener dicha cuota legítima.

---

<sup>71</sup>Disposiciones sometidas a un hecho futuro pero cierto.

<sup>72</sup>ESPITIA GARZÓN, F. “*Historia del Derecho Romano*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 102.

<sup>73</sup>DI PIETRO, A. “*Derecho Privado Romano*”, De palma, Buenos Aires, 1999, pág. 375.

<sup>74</sup>BERNARD MAINAR, R. “*De la legítima romana a la reserva familiar germánica*”, UCAB, Caracas, 2015, pág. 18.

<sup>75</sup>FERNÁNDEZ BARREIRO, A. “*Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*”, Revista General de Derecho Romano, 2006, pág. 18.

<sup>76</sup>SCHULZ, F. “*Principios del Derecho Romano*”, Civitas, Madrid, 2000, pág. 179.



La legislación justiniana<sup>77</sup>, finalmente, convierte los comportamientos tradicionales romanos, sustentados en la ética, en deberes legales. El emperador trató de establecer un sistema unificado, manteniendo algunas disposiciones del periodo clásico e introduciendo algunas novedades -*Novellae*-, de entre las que destacan: el establecimiento concreto de las personas con derecho a la porción legítima -ascendientes, descendientes, hermanos germanos, medio hermanos consanguíneos-, aumenta la cuantía de la porción o cuota a los hijos -un tercio si hay cuatro hijos, la mitad si son más de cuatro; con derecho de representación en favor de los nietos en caso de premoriencia del hijo-, concreción de las causas de desheredación que el testador debe mencionar expresamente.

Encontramos, por tanto, que la cuota legítima se configura en la época justiniana como un claro límite y restricción a la libertad de testar; priorizándose el derecho patrimonial en favor de los herederos, basado en un carácter moralista, frente a la libertad del testador de disponer sus bienes según su voluntad.

## **El Derecho Sucesorio en el sistema germánico**

El testamento y cualquier enajenación por causa de muerte eran instituciones desconocidas en el Derecho germánico<sup>78</sup>, puesto que la concepción germanista concebía el principio consuetudinario<sup>79</sup> “*der Erbewirdgeboren, nichterkoren*” -el heredero nace, no es elegido-.

Esta concepción se basaba en que era la voluntad divina la que ponía la herencia del padre en manos de los hijos<sup>80</sup>, mientras que la mujer y las hijas quedaban totalmente excluidas, al igual que los hijos naturales<sup>81</sup>.

En el Derecho sucesorio germánico<sup>82</sup>, desde su origen, prevalecía la posición del heredero a la del causante. Se consideraba que el heredero tenía derecho propio y, por ello, nunca respondía personalmente de las deudas del difunto -salvo excepciones en favor de acreedores-.

Al hilo de la consideración del derecho propio del heredero, destaca en este sistema el principio de copropiedad familiar<sup>83</sup>, en cuya virtud los hijos no sucedían al padre en su patrimonio, sino que recibían lo que ya era de ellos por la propia configuración de la familia germánica.

---

<sup>77</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. Cit., pág. 25.

<sup>78</sup>SALIS, L. “*La successione necessaria*”, Cedam, Padova, 1929, pág. 29 y ss. en BERNARD MAINAR, R. “*De la legítima romana a la reserva familiar germánica*”, UCAB, Caracas, 2015, pág. 38.

<sup>79</sup>Que se rige por la costumbre, aplicado generalmente al derecho no escrito.

<sup>80</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. Cit., pág. 38.

<sup>81</sup>Fruto de parejas de solteros.

<sup>82</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. cit., pág. 39.

<sup>83</sup>LÓPEZ HERRERA, F. “*Derecho de Sucesiones*”, UCAB, Caracas, 2003, pág. 51.

La propiedad privada como tal, en el Derecho germánico primitivo, no se conocía, puesto que regía, como ya se ha indicado, la copropiedad familiar. El padre estaba obligado a administrar y conservar el patrimonio<sup>84</sup>, por lo que, no podía enajenar bienes familiares ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Por ello, las fuentes de sucesión *mortis causa* germánicas<sup>85</sup> eran las consuetudinarias, sustentadas en la conservación del patrimonio familiar.

Dentro de este principio de conservación del patrimonio familiar<sup>86</sup>, había que distinguir entre bienes muebles e inmuebles. Los bienes muebles podían hacer frente al pago de las deudas del causante, mientras que los inmuebles se constituían como el objeto principal de la sucesión y, en principio, no podían salir del patrimonio familiar.

No es hasta la Caída del Imperio Romano<sup>87</sup> por la invasión bárbara, que los germánicos comenzaron a recurrir a la institución del testamento. Es en este momento histórico cuando, de la coexistencia del Derecho germánico con el romano, se produce una influencia recíproca y surge un Derecho germánico romanizado.

Tras la inclusión del testamento en el Derecho germánico, se consolidó el derecho de la familia y el respeto a la copropiedad familiar primitiva sobre la voluntad del individuo<sup>88</sup>. Así, aunque adoptaron esta institución romana, conservaron el antiguo principio de parentesco de los vínculos de sangre<sup>89</sup>, en virtud del cual se llama a suceder al pariente más próximo del difunto.

De la confrontación entre la copropiedad familiar germánica y la legítima romana, apareció la figura de la reserva familiar<sup>90</sup>. Esta reserva obliga al padre a conservar una porción de los bienes propios -cuatro quintos- en favor de los hijos y, en defecto de éstos, de los parientes de la línea de la que los bienes procedían -sin admisión del derecho de representación-.

La reserva familiar germánica tenía como fundamento preservar la unidad de la familia sobre la base de la primogenitura<sup>91</sup>, admitiéndose el nombramiento del heredero -generalmente el primogénito- en forma de contrato que atribuía la herencia en propiedad y libre de cargas<sup>92</sup>.

---

<sup>84</sup>HERMANOS MAZEAUD. “*Lecciones de Derecho Civil*”, EJEA, Buenos Aires, 1965, pág. 231.

<sup>85</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. Cit., pág. 40-41.

<sup>86</sup>Ibidem.

<sup>87</sup>BERNARD MAINAR, Rafael; Manual de historia del Derecho; UCAB; Caracas; 2013; p. 146-150 y 164-167.

<sup>88</sup>POLACCO, V. “*De las sucesiones*”, EJEA, Buenos Aires, 1982, pág. 293.

<sup>89</sup>BERNARD MAINAR, R. “*De la legítima romana a la reserva familiar germánica*”, UCAB, Caracas, 2015, pág. 43.

<sup>90</sup>Ibidem.

<sup>91</sup>HERMANOS MAZEAUD. Op. cit., pág. 233.

<sup>92</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. cit., pág. 46.

Se desprende, por tanto, que, en Derecho germánico, el concepto de legítima surge en su origen como “reserva germánica” y nace de manera inversa al Derecho romano<sup>93</sup>; es decir, de un sistema inicial de absoluta indisponibilidad del causante, por influencia romana y con la introducción del instrumento del testamento, se concede la posibilidad de disponer de una parte de la herencia.

La legítima germánica nace como una relajación de la prohibición primitiva absoluta de testar<sup>94</sup> y encuentra su fundamento en la idea de comunidad familiar a los fines de proteger eficazmente dicha institución -familia-<sup>95</sup> y, sobre todo, proteger al heredero contra las liberalidades testamentarias<sup>96</sup>.

La legítima germánica comprendía una parte considerable del patrimonio familiar de los bienes -cuatro quintos o dos terceras partes, según el uso local-<sup>97</sup>.

De la evolución de la figura de la reserva germánica se observa que, efectivamente, constituye una verdadera restricción a la voluntad del testador<sup>98</sup>, ya que lo que pretende es proteger el derecho de los parientes más próximos a la herencia familiar.

Por tanto, al igual que en el Derecho de Sucesiones romano, se continúa priorizando el derecho patrimonial en favor de los herederos, frente a la libertad del testador de disponer sus bienes según su voluntad.

## **El Derecho Sucesorio hispánico**

Con la conquista del territorio peninsular por parte del pueblo romano -218 a.C.- y hasta la invasión visigoda -409 d.C.-, la población de “Hispania” y su organización se vieron enormemente influenciadas por la cultura y las costumbres romanas.

Así, acogimos su Derecho Sucesorio romano de la época pretoriana, el cual estuvo vigente en la Península hasta la época de las invasiones germánicas, por lo que en la Hispania romana se reconocía una libertad de testar bastante amplia<sup>99</sup>.

---

<sup>93</sup>MARIÑO PARDO, F. Op. cit. Recuperado de: [Http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html](http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html)

<sup>94</sup>LÓPEZ HERRERA, F. Op. cit., pág. 242.

<sup>95</sup>HERMANOS MAZEAUD. Op. cit., pág. 232.

<sup>96</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. cit., pág. 51.

<sup>97</sup>SANTOS BRIZ, J. “*La legítima y la mejora: teoría y práctica*”, Fabretón, Caracas, 1991, pág. 336 en BERNARD MAINAR, R. Op. Cit., pág. 51.

<sup>98</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. Cit., pág. 58.

<sup>99</sup>MARIÑO PARDO, F. Op. cit. Recuperado de: [Http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html](http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html)

Posteriormente, con la invasión visigoda se produjo una involución en cuanto a la libertad otorgada por los romanos al causante de la herencia en esta época.

El pueblo bárbaro invasor introdujo su Derecho Sucesorio germánico, el cual giraba en torno a la pervivencia y estabilidad de la comunidad familiar. La defunción de cualquier miembro de la comunidad no alteraba las relaciones patrimoniales<sup>100</sup> pues el capital familiar era colectivo.

Por lo que, en Hispania se pasó de un régimen -romano- que reconocía al *de cuius* una libertad bastante amplia de disponer de sus bienes, a un régimen -germánico- en el que el fallecido no podía disponer de los bienes por dos motivos: por un lado, los bienes no les correspondían individualmente y, por otro, no conocían aún el instrumento del testamento.

Fue tras la Caída del Imperio Romano por la invasión bárbara -476 d.C.-, cuando los germánicos comenzaron a recurrir a la figura del testamento. Es en este momento histórico cuando, de la coexistencia del Derecho germánico con el romano, se produce una influencia recíproca y surge un Derecho germánico romanizado<sup>101</sup>.

En cuanto al Derecho Sucesorio visigodo en el territorio peninsular, Chindasvinto<sup>102</sup> elaboró la *Ley dum inlicita*, que establece la legítima de los hijos en cuatro quintos y una parte de mejora de un décimo; posteriormente, Ervigio<sup>103</sup> elevó la mejora a un tercio de dichos cuatro quintos, lo que, unido al quinto de libre disposición, implicaba un ámbito de disponibilidad equivalente a siete quinceavas partes. Égica<sup>104</sup>, Witiza<sup>105</sup> y Don Rodrigo<sup>106</sup> mantuvieron esta legislación sucesoria.

El conflicto entre partidarios de Witiza y de Don Rodrigo hizo posible la conquista musulmana de la Península Ibérica.

El asentamiento musulmán en el territorio peninsular -ahora denominado "Al Ándalus"- duró más de siete siglos -toda la Edad Media, que se inicia en el año 711 y finaliza en el año 1492-, pero, a pesar de ello, el Derecho islámico ha sido poco estudiado por los historiadores del derecho y, como consecuencia, encontramos pocas fuentes de estudio<sup>107</sup>.

---

<sup>100</sup>GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. "La legítima en el Código Civil", Gráficas LUX, Oviedo, 1964, pág. 43 y ss.

<sup>101</sup>BERNARD MAINAR, R. Op. cit., pág. 146-150 y 164-167.

<sup>102</sup>Rey de los visigodos entre los años 642 y 653.

<sup>103</sup>Rey de los visigodos entre los años 680 y 687.

<sup>104</sup>Rey de los visigodos entre los años 687 y 702.

<sup>105</sup>Rey de los visigodos entre los años 702 y 710.

<sup>106</sup>Rey de los visigodos entre los años 710 y 711.

<sup>107</sup>TORRENT, A. "El Derecho musulmán en la España medieval", Revista internacional de Derecho Romano, Madrid, 2012, pág. 166.

Lo que sí se sabe es que el pueblo musulmán tenía como nota característica<sup>108</sup> que lo político y lo religioso estaba unido indisolublemente; por ello, la Ley civil es muy escasa entre los musulmanes. Mahoma no fue un legislador y las pocas normas jurídicas que se encuentran<sup>109</sup> están totalmente oscurecidas por el tono profético del Corán, por lo que no existe un Derecho islámico propiamente dicho. En teoría, la *Sharia* es la Ley islámica, que continúa teniendo un contenido religioso y no distingue entre obligaciones civiles y religiosas.

La zona norte de la Península se resistió a la conquista musulmana, las poblaciones astures, cántabras y vasconas fueron poco influenciadas<sup>110</sup> por los musulmanes.

En el territorio norte de la Península permanecían partidarios de Witiza y de Don Rodrigo; entre los rodriguistas del norte se encontraba el iniciador de la Reconquista, Don Pelayo<sup>111</sup>. Reconquista que fue posible gracias a la debilidad política de los musulmanes<sup>112</sup>, que se encontraban divididos en numerosos reinos de taifas.

La Reconquista iba plasmando el *ius commune* en los territorios que se iban liberando de la dominación musulmana<sup>113</sup>; no obstante, la invasión musulmana fragmentó territorialmente los pueblos cristianos, que con la Reconquista se plasmará en unidades políticas independientes con una identidad jurídica<sup>114</sup>: las compilaciones de derecho civil especial en las regiones que tenían derecho histórico propio. Por tanto, es en este momento histórico en el que ya se encuentran, por un lado, los derechos especiales -Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, Valencia<sup>115</sup>- y, por otro, el derecho común.

Al final de la Edad Media, la Península se encontraba dividida en cuatro reinos cristianos: Castilla, Aragón, Navarra y Portugal; además del reino musulmán que estaba ya reducido al territorio de Granada, finalmente conquistado en 1492 por los Reyes Católicos<sup>116</sup>.

Por tanto, durante más de siete siglos, coexistieron en el territorio peninsular dos ordenamientos jurídicos<sup>117</sup>: el romano visigodo entre los cristianos y el islámico entre los musulmanes. Así, la

---

<sup>108</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 150.

<sup>109</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 211-212 y 216.

<sup>110</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 172.

<sup>111</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 171-172.

<sup>112</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 200.

<sup>113</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 223.

<sup>114</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 222.

<sup>115</sup>“*Derechos forales*”, 2020. Recuperado de: [https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos\\_forales](https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_forales)

<sup>116</sup>Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla.

<sup>117</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 223.

dominación árabe<sup>118</sup> no hizo desaparecer la influencia romanística y germánica en el Derecho hispánico.

Por lo anteriormente expuesto, la Edad Media en la Península estuvo protagonizada por otras cuestiones ajenas al Derecho de Sucesiones, lo que hizo que durante estos siete siglos perdurará en los pueblos hispánicos el Derecho Sucesorio implantado por los romanos e influenciado posteriormente por los visigodos. Así, la regulación que ahora conocemos en España representa una combinación entre los principios romanos y los germánicos<sup>119</sup>.

La Edad Moderna<sup>120</sup> se inicia en la Península a finales del siglo XV durante el reinado de los Reyes Católicos -descubrimiento de América en 1492- y finaliza a principios del siglo XIX - Guerra de la Independencia Española en 1808-.

La Edad Moderna giraba en torno a la comunidad doméstica<sup>121</sup> y, en este momento, ya sí se encuentra regulación acerca de la disolución de ésta por causa de muerte<sup>122</sup>. Como consecuencia patrimonial de dicha disolución encontramos la sucesión familiar.

Dentro de la sucesión de los cónyuges<sup>123</sup>, conforme a la legislación de las Partidas, el cónyuge superviviente sucedía *abintestato* al premuerto, únicamente cuando éste no dejará parientes dentro del décimo grado. Concurriendo con otros herederos legítimos, incluso con los descendientes, las Partidas reconocieron a la viuda un específico derecho sucesorio, la llamada cuarta marital - únicamente en el caso de la viuda pobre que no tuviera bienes dotales, arrales o propios con los cuales subsistir, pudiendo, en este caso, reclamar hasta la cuarta parte de los bienes de su marido difunto-.

Carlos III redujo el alcance de la sucesión intestada de los parientes colaterales sólo a los comprendidos dentro del cuarto grado, por lo que, a falta de ellos, y antes que el Estado, heredaba el cónyuge.

En el siglo XIX se admitió la condición de heredero legítimo del cónyuge superviviente; así, debía suceder cuando el *de cuius* no tuviera descendencia legítima o natural, ni parientes dentro del cuarto grado.

---

<sup>118</sup>TORRENT, A. Op. cit., pág. 224.

<sup>119</sup>MARIÑO PARDO, F. Op. cit. Recuperado de: [Http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html](http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html)

<sup>120</sup>"Edad Moderna", Atlas Nacional de España, 2019. Recuperado de: [Http://atlasnacional.ign.es/wane/Edad Moderna](http://atlasnacional.ign.es/wane/Edad_Moderna)

<sup>121</sup>Asociación familiar de derecho consuetudinario cuyo fin es poner en común sus bienes.

<sup>122</sup>GACTO FERNÁNDEZ, E. "El marco jurídico de la familia castellana: Edad Moderna", Murcia, 2018, pág. 51.

<sup>123</sup>GACTO FERNÁNDEZ, E. Op. cit., pág. 54-56.

El Proyecto de Código Civil de 1851 declaraba al cónyuge viudo heredero en el tercio de la herencia a falta de ascendientes y descendientes; o, aunque concurriera con ascendientes, este Proyecto reconoció al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder en la cuarta parte de la herencia del premuerto intestado, si bien podía recibir por testamento hasta la mitad. Asimismo, aunque concurrieran descendientes legítimos, el Proyecto atribuyó al cónyuge viudo la facultad de recibir la quinta parte de la herencia del difunto intestado.

En cuanto a la sucesión de los descendientes<sup>124</sup> debemos distinguir entre sucesión testada e intestada.

Asimismo, dentro de la sucesión testada debemos separar los descendientes legítimos de los descendientes naturales.

Vuelve a aparecer la figura de la legítima. Para el cómputo de ésta había que tomar de referencia el caudal hereditario<sup>125</sup>, el cual resulta después de deducir el importe de las obligaciones pendientes de cumplimiento, de haber incorporado los créditos, las donaciones realizadas por el causante a los legitimarios -colación<sup>126</sup>- y, -hasta antes del Código Civil actual- después de haber extraído el quinto de libre disposición -que veremos a continuación-.

Hasta el siglo XVI la determinación de la legítima castellana no estuvo clara.

El Fuero Real recogió establecía la obligación de reservar a los descendientes los cuatro quintos del caudal hereditario, quedando, así, a los padres, un quinto de libre disposición para cualquier destino que quisieran darle.

Las Partidas, con clara influencia del Derecho Justiniano, determinaron el importe de la cuota legítima en función del número de hijos: un tercio de la herencia si no llegaban a cinco, y la mitad cuando eran cinco o más; de manera que, según las circunstancias concretas de cada sucesión, los padres disponían libremente de los dos tercios o de la mitad de su patrimonio.

Las Leyes de Toro impusieron un criterio definitivo, ratificando la solución contenida en el Fuero Real, puesto que se ajustaba más a la realidad tradicional castellana.

El Proyecto de 1851 contenía una modificación de la regulación taurina: cuando el testador no tuviera más que un solo hijo, su legítima se vería reducida a los dos tercios del caudal paterno.

---

<sup>124</sup>GACTO FERNÁNDEZ, E. Op. cit., pág. 56-62.

<sup>125</sup>Patrimonio total que una persona deja tras su fallecimiento.

<sup>126</sup>Obligación del heredero forzoso para con los demás de llevar a la masa hereditaria los bienes que hubiera recibido del causante de la herencia por donación, dote o cualquier otro título lucrativo en vida del finado, a efectos de computar como participación hereditaria lo recibido en vida del causante.

En este momento cabe recordar que, desde el Derecho visigodo, se contempla la posibilidad de que los padres dispusieran de una cuota de la legítima pudiendo distribuirla arbitrariamente entre su descendencia -mejora-. El Derecho visigodo había cuantificado su importe en la tercera parte de la legítima -es decir, un tercio de los cuatro quintos-; cuota que mantuvo el Fuero Real mientras que, sin embargo, las Partidas desconocieron esta institución.

Así, en definitiva, en este momento, la herencia de un testador se dividía en cinco partes: cuatro de éstas debían forzosamente transmitirse a los descendientes. De estos cuatro quintos, el testador debía repartir dos tercios por igual entre todos sus descendientes, pudiendo mejorar con el restante tercio a aquel o aquellos que libremente determinase. Respecto a la quinta parte que no se computa entre la legítima, quedaba a la entera disposición del causante, que podía darle el destino que quisiese, con una única precisión -formulada por el Fuero Real-: prohibición de dejarla al descendiente mejorado. Las Leyes de Toro modificaron este aspecto y permitieron que el causante pudiera acumular el quinto de libre disposición sobre el tercio de mejora.

El Proyecto de 1851 variaba el sistema de determinación de la mejora, estableciendo un régimen elástico y variable en función del número de hijos existente: consistiría en una cantidad igual a la que cada hijo recibiera por la legítima.

Por tanto, cabe hablar, en este momento, de dos tipos de legítima: por un lado, una estricta que los descendientes han de recibir siempre íntegramente, y que debe repartirse entre ellos con igualdad aritmética (dos tercios de los cuatro quintos) y, por otro lado, una amplia que incorpora la mejora (un tercio de los cuatro quintos), porción que ha de repartirse también entre los descendientes, aunque ya según el criterio libre del causante.

El Proyecto de 1851 prohibió el establecimiento de gravámenes sobre las cuotas de la legítima y de la mejora, criterio que ha mantenido el actual Código Civil.

Por otro lado, en cuanto a los descendientes naturales, el Fuero Real sólo consideró herederos legitimarios a los descendientes legítimos, es decir, únicamente atribuyó la posibilidad de que el testador pudiera destinar a los naturales el quinto de libre disposición; no obstante, estaba permitido, que los instituyera herederos cuando no existiera descendencia legítima.

Ya en las Partidas, los hijos naturales, en el patrimonio del padre, podían ser instituidos herederos universales cuando faltaran ascendientes y descendientes legítimos -si el causante tenía descendientes legítimos, podía dejar al natural la doceava parte de su caudal; si el causante no tenía hijos, pero sí ascendientes, podía dejar al natural los dos tercios restantes del tercio legitimario que corresponde a dichos ascendientes-.



También las Partidas, pero esta vez en el patrimonio materno, autorizaron el principio de que los hijos naturales tenían idénticos derechos que los legítimos y, como éstos, se consideraron herederos necesarios y legitimarios.

Las Leyes de Toro establecieron que, faltando descendencia legítima, los hijos naturales podían ser declarados herederos universales con absoluta exclusión de los ascendientes. En cambio, cuando concurrieran con hijos legítimos, estas Leyes taurinas instauraron el principio de que ni el padre ni la madre podían instituir a los naturales más allá del quinto de libre distribución.

En cambio, el Proyecto de 1851 no reconoció como legitimarios, bajo ningún concepto, a los hijos naturales; situación que cambia radicalmente con el actual Código Civil, el cual les proclama herederos forzosos.

También dentro de la sucesión testamentaria, debemos recordar la figura de la desheredación que, por fin, quedaba al padre y a la madre como última facultad para disponer de sus bienes. Dicha facultad estaba prevista para aquellos supuestos en que los descendientes se hubieran mostrado indignos de suceder. También pudo utilizarse contra el cónyuge o los ascendientes infames.

Fueron las Partidas las que fijaron las causas de desheredación y, básicamente, se han mantenido intactas hasta el actual Código Civil.

En cuanto a la sucesión intestada, el orden de suceder corresponde, en primer lugar, a los descendientes legítimos quienes, salvo la cuota debida al cónyuge, reciben la totalidad de la herencia.

Las Partidas regularon la participación de los hijos naturales en la herencia del padre que muriera sin testar y sin dejar descendencia legítima -sexta parte del caudal hereditario, que debían compartir con la madre-. Sin embargo, si concurrían con descendientes legítimos, no tendrían derecho más que recibir lo estrictamente necesario en concepto de alimentos.

Por otro lado, respecto de la herencia de la madre, las Partidas no distinguían entre hijos naturales y legítimos, por lo que unos y otros se repartían el patrimonio sin discriminación.

Las Leyes de Toro dejaron intacto todo lo relativo a la herencia de los hijos naturales respecto del padre, en cambio, modificaron la sucesión en los bienes maternos: en primer lugar, la existencia de descendencia legítima aparta por completo la natural -manteniendo el derecho de alimentos-; en ausencia de legítimos, los naturales se convierten en forzosos. En segundo lugar, a falta de hijos naturales, suceden a la madre los hijos ilegítimos no naturales.

El Proyecto de 1851 dejó fuera del orden de los herederos a aquellos que concurrían con descendientes legítimos en la sucesión de sus padres intestados. En cuanto a los que concurrían con otros parientes, quedó establecida una distinción según se tratara de hijos naturales reconocidos por ambos padres o por uno sólo: los primeros tienen reconocido el derecho a percibir la cuarta parte de la herencia, aunque queden descendientes y cónyuge supérstites; la mitad si existen colaterales de cuarto grado; la tercera parte si junto a estos colaterales sobreviviera el cónyuge; dos terceras partes si a la herencia concurren sólo ellos con el cónyuge viudo; y el patrimonio íntegro cuando no hubiera ninguno de los parientes referidos. Los hijos naturales reconocidos por un sólo padre heredarán únicamente a falta de parientes dentro del cuarto grado y de cónyuge.

Con relación a la sucesión de los ascendientes<sup>127</sup>, la línea ascendiente es llamada a la sucesión después de la descendiente.

El Fuero Real atendía sólo al grado: si quedaban vivos los padres del *de cuius*, lo heredaban por igual; si solo vivía uno, se le atribuía toda la herencia. Asimismo, el pariente de grado más próximo apartaba al más alejado. Sin embargo, en la sucesión del nieto por los abuelos se introdujo el criterio de troncalidad<sup>128</sup>.

La legítima de los ascendientes sólo se admitió en las Partidas cuando faltaba la descendencia legítima, quedando fijada en la tercera parte del caudal hereditario. Si se trataba de la herencia de mujer, los ascendientes quedaban apartados de la sucesión por los descendientes legítimos y también por los naturales.

Las Partidas introdujeron una novedad: la coparticipación en la herencia de los hermanos del finado que, concurriendo con los padres, sucedían por cabezas. Mantuvieron el principio del más próximo excluye al más remoto, pero en igualdad de grado atendiendo a las líneas.

Las Leyes de Toro introdujeron también novedades: en primer lugar, generalizaron el principio de que los hijos naturales podían excluir de la sucesión a los ascendientes incluso en la herencia paterna, por lo que, el causante quedaba facultado para instituir a los naturales como herederos sin limitación alguna, siempre y cuando no existiesen hijos legítimos. Respecto a la madre, además de estar facultados como heredero los naturales, también lo estaban los ilegítimos, atribuyéndose, por tanto, a todos ellos un derecho preferente que aparta de la herencia a los ascendientes de la madre. En defecto de descendientes con derecho hereditario, la legislación taurina, amplía la legítima de los ascendientes a los dos tercios.

---

<sup>127</sup>GACTO FERNÁNDEZ, E. Op. cit., pág. 63-65.

<sup>128</sup>Se aplica exclusivamente en la sucesión intestada cuando hay que llamar a suceder a ascendientes y colaterales, por falta de descendientes.

Se rectifica la concurrencia de ascendientes y colaterales, quedando apartados los hermanos del finado por los ascendientes de éste. Continúa prevaleciendo el principio del grado por el que el más próximo excluye al más alejado y, en caso de que sobrevivan ascendientes del mismo grado, la herencia se divide entre las líneas materna y paterna, sin discriminación.

En el Proyecto de 1851, la legítima de los ascendientes era ya de dos tercios cuando los supervivientes fuesen dos o más, y en la mitad si sólo quedaba uno; tales cuotas eran susceptibles de reducción en determinadas circunstancias.

Definitivamente, es en el siglo XIX en el que se sanciona la primacía de los ascendientes sobre los colaterales.

La sucesión de ascendientes por vía testamentaria, atendiendo a lo dispuesto en la sucesión de los descendientes, implica que los ascendientes podrían ser beneficiados por el testador a través del instrumento de libre disposición que, en el Fuero Real era de un quinto, en las Partidas era de dos tercios si concurrían menos de cinco hijos y de una mitad si concurrían más de cinco hijos, las Leyes de Toro volvieron a lo impuesto en el Fuero y, por último, el Proyecto mantuvo en este sentido lo dispuesto en las leyes taurinas.

En cuanto a la sucesión de colaterales<sup>129</sup>, al igual que el Fuero Real, las Partidas reconocieron el derecho de éstos a suceder en el mismo llamamiento que los ascendientes, sucediéndose recíprocamente por cabezas.

Las Partidas establecen el límite de esta sucesión colateral en el décimo grado civil de parentesco.

Asimismo, se reconoce el derecho de representación en favor de los sobrinos procedentes de un hermano de doble vínculo premuerto. Si la concurrencia es únicamente de sobrinos, sucederán por cabezas, por lo que no hay en este caso derecho de representación, ya que todos los sobrinos están en el mismo grado.

Las Leyes de Toro rectifican la concurrencia de ascendientes y colaterales, quedando apartados los hermanos del finado por los ascendientes de éste; lo cual sanciona definitivamente el Proyecto de 1851.

En cuando al derecho de representación, el Proyecto de 1851 establecía la vigencia de éste en todos los casos, incluso en el reparto de la herencia únicamente entre sobrinos del causante.

---

<sup>129</sup>GACTO FERNÁNDEZ, E. Op. cit., pág. 65-66.

## **La evolución de la libertad de testar en el Derecho Sucesorio hispánico**

La libertad de testar en el Derecho Hispánico pasa por numerosas fases, tanto de evolución como de involución.

Se parte de un Derecho Sucesorio romano pretoriano que reconocía la libertad de testar de manera bastante amplia.

Con la invasión bárbara se introdujo en Hispania el Derecho Sucesorio germánico, produciéndose así una involución por doble razón: por un lado, los germanos consideraban que los bienes no correspondían al individuo sino a la comunidad familiar y, por otro lado, en el momento de la invasión del territorio peninsular, los germanos no conocían aún la figura del testamento.

Con la romanización del Derecho germánico tras la caída de Roma en el año 476 d. C., el Derecho Sucesorio germánico va evolucionando también en Hispania. Así, en cuanto a la legítima, Chindasvinto establece la legítima de los hijos en cuatro quintos y una parte de mejora de un décimo; posteriormente, Ervigio elevó la mejora a un tercio de dichos cuatro quintos, lo que, unido al quinto de libre disposición, implicaba un ámbito de disponibilidad equivalente a siete quinceavas partes.

En la época musulmana, el Derecho Sucesorio se mantiene estancado, conservándose entre los pueblos cristianos el ordenamiento jurídico romano-germánico.

En la Edad Moderna -del año 1492 al 1808-, encontramos tres regulaciones que se han ido sucediendo entre sí.

En primer lugar, el Fuero Real redujo libertad al testador en comparación con la que éste gozaba en época visigoda, pues el testador únicamente disponía de un quinto de libre disposición.

Las Partidas, con una clara influencia justiniana, volvieron a dar mayor libertad al testador, otorgándole dos tercios de libre disposición si concurrían menos de cinco hijos y la mitad si concurrían más de cinco hijos.

Pero, las Leyes de Toro dieron un paso atrás en cuanto a esta libertad, volviendo a imponer lo dispuesto en el Fuero Real y, además, introdujeron la legítima de los ascendientes, fijándola en los dos tercios de la herencia.

Ya en la Edad Contemporánea -que comenzó en la Península en 1808 con la invasión napoleónica-, el Proyecto de Código Civil de 1851, a pesar de que mantuvo todo lo referido a la

legítima que regularon las Leyes de Toro, fijó las causas de desheredación, que se consideran un instrumento muy valioso que otorga mayor libertad al testador.

## CAPÍTULO II: EL DERECHO SUCESORIO EN EL ACTUAL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

### Disposiciones generales

La sucesión, desde un punto de vista jurídico, es la sustitución de una persona por otra en una determinada relación jurídica.

Se puede dar *inter vivos*<sup>130</sup>, es decir, reemplazando una persona a otra en la titularidad de bienes singulares a consecuencia de un contrato -compraventa, cesión, donación, permuta, etc.-; o *mortis causa*<sup>131</sup>, en cuyo caso, la sustitución se deriva de la muerte de una persona y, además, de dicha muerte van a surgir nuevas relaciones jurídicas con efectos patrimoniales y económicos.

De la regulación de la sucesión *mortis causa* se encarga el Derecho Sucesorio que, actualmente, se regula en el Título III del Código Civil -Real Decreto de 24 de julio de 1889- y se compone de seis Capítulos, abarcando la totalidad de cuatrocientos treinta artículos, del artículo 657 al 1087.

De las disposiciones generales se extrae que, desde el momento de la muerte de una persona, se desprenden los derechos de su sucesión -artículo 657- en favor de sus herederos, los cuales suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones -artículo 661-.

La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones del causante -artículo 659- y se abre, además de con la muerte del causante, con la declaración de fallecimiento de éste -artículo 196-.

No obstante, el actual sistema del Código Civil distingue dos figuras sucesorias -artículo 660-: por un lado, el heredero, que sucede a título universal; y, por otro lado, el legatario, que sucede a título particular.

Asimismo, la sucesión se puede dar por dos vías -artículo 658-: la vía testamentaria, por la que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento; la vía legítima, por la que la sucesión, a falta de testamento, se defiere por disposición de la Ley.

---

<sup>130</sup> Definición extraída de Enciclopedia Jurídica, edición 2020. Recuperado de: [Http://www.encyclopedia-juridica.com/d/sucesión-%22inter-vivos%22/sucesión-%22inter-vivos%22.htm](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/sucesión-%22inter-vivos%22/sucesión-%22inter-vivos%22.htm)

<sup>131</sup> Durante el presente Capítulo voy a exponer los conocimientos jurídicos adquiridos de la profesora CAPITÁN JORDÁ, EVA ROSA, profesora de Derecho de Sucesiones -Derecho Civil VI- en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

## Clases de sucesión *mortis causa*

En virtud de los artículos 660 y 658, podemos agrupar las clases de sucesión por su objeto y por su origen.

Por su objeto encontramos, en primer lugar, la sucesión universal, que comprende todos los bienes y derechos del causante, aunque puede darse sobre una parte alícuota por concurrencia de más de un sucesor -heredero o coherederos-. En segundo lugar, la sucesión particular, que comprende unos bienes concretos o unas relaciones jurídicas determinadas por el causante; estos bienes o relaciones se denominan “legado”, por lo que al sucesor de éstos se le denomina “legatario”.

### 1. Herencia.

Cuando fallece el causante, se produce la vocación, es decir, se llama a los herederos. A continuación, se produce la delación hereditaria -derecho que poseen los herederos a aceptar o repudiar la herencia-.

Cuando se abre la sucesión, se produce la composición del caudal relicto que está compuesto por los derechos, bienes y obligaciones de la persona que no se extinguen tras su muerte. La herencia está obligatoriamente compuesta por el activo y por el pasivo, de ahí el carácter universal de ésta.

Nuestro sistema jurídico establece que para adquirir la herencia es necesario aceptarla, haciendo uso del derecho subjetivo de delación; por ello, la aceptación no se produce inmediatamente, apareciendo así la figura de herencia yacente como periodo en el que la herencia no tiene aún titular, se trata de una situación transitoria -la herencia yacente puede dar en varios supuestos: herencia bajo condición suspensiva, derecho de deliberación<sup>132</sup> y el supuesto del *nasciturus*<sup>133</sup>-.

La aceptación y repudiación de la herencia están reguladas del artículo 988 al 1.009. El Código Civil establece que ambos actos son enteramente voluntarios y libres y que, en ambos casos, se está ejerciendo el *ius delationis*, así como la declaración de voluntad unilateral no recepticia<sup>134</sup>. Ambos actos se caracterizan por su indivisibilidad, retroactividad -al momento de la muerte del causante- e irrevocabilidad -salvo que incurra algún vicio del consentimiento-. Igualmente, el ejercicio de ambos actos requiere capacidad de obrar plena para disponer libremente.

---

<sup>132</sup>Derecho que da el artículo 1.010 del Código Civil para que el heredero conozca el inventario hereditario antes de decidir si acepta o repudia de herencia, teniendo un plazo de 30 días para tomar dicha decisión, pasado el plazo se entiende aceptada de manera pura y simple.

<sup>133</sup>Ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento, es decir, el concebido y no nacido.

<sup>134</sup>Puesto que adquiere eficacia jurídica a pesar de no ser conocida por el destinatario -heredero-.

En cuanto a la impugnación de la aceptación o repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen vicios que anulan el consentimiento o apareciese un testamento desconocido.

La aceptación de la herencia se puede realizar de dos maneras: por un lado, de manera pura y simple, que conlleva responsabilidad ilimitada de quien acepta la herencia, respondiendo el heredero de las deudas con la herencia y, si ésta resultase insuficiente, con su propio patrimonio; por otro lado, se puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, respondiendo el heredero de las deudas que pueda heredar únicamente con la propia herencia, quedando su patrimonio a salvo.

La repudiación de la herencia es la declaración de voluntad de no querer ser heredero, naciendo el *ius delationis* en favor de otro u otros -derecho de acrecer-.

Si el testador ha dejado los bienes de la herencia a más de un heredero, pero, sin hacer repartición concreta de los mismos, se forma una comunidad<sup>135</sup> sobre el caudal hereditario hasta que se realice la partición de la herencia. La comunidad hereditaria es una fase en la que la herencia se encuentra aún en indivisión temporalmente -es decir, en este momento se produce una copropiedad indivisa-, esta fase finaliza con las operaciones de partición de la herencia.

El artículo 1.051 establece que ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad -artículo 1.700-.

Esta partición -artículo 1.051 al 1.067- la puede realizar: el testador en vida a través del testamento -por lo que, en este caso, no se produciría comunidad hereditaria-, el contador partidor<sup>136</sup>, los herederos, el Juez o un tercero.

Existen dos momentos fundamentales en la partición de la herencia: dentro del momento preparticional encontramos el inventario de bienes, el avalúo o tasación y la liquidación; dentro del momento particional propiamente dicho, encontramos la formación de lotes o hijuelas y la adjudicación a los interesados, produciéndose ya titularidades concretas.

- Derecho de representación: regulado del artículo 924 al 929.

---

<sup>135</sup>“Comunidad Hereditaria”, Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/comunidad-hereditaria-64155>

<sup>136</sup>Persona designada por el difunto en el testamento o sino por el Notario o Secretario Judicial. Figura similar al albacea, que se encarga de las particiones. Se trata de un cargo personalísimo, gratuito -salvo pacto en contrario- que ha de respetar la voluntad del testador y está obligado a llevar a cabo sus tareas en igualdad, haciendo lotes o adjudicando a los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.



Se trata del derecho que tienen los parientes de una persona que fallece para representarle, sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar. El llamado a heredar premuere -representado- al causante y la Ley llama a determinados parientes -representantes- del que premuere para que ocupen su posición jurídica. La figura de “representado” sería el sujeto fallecido y “representante” sería uno de sus parientes más próximos.

Se tiene que haber producido el fallecimiento para que el derecho de representación pueda entrar en juego, también podrá darse en los casos de desheredación o incapacidad.

Por tanto, este derecho<sup>137</sup> se puede definir como el derecho a ocupar en la sucesión el lugar que hubiera ocupado otra persona en determinados casos fijados por la Ley.

Estos casos que fija la Ley son: premoriencia -artículo 814-, desheredación -artículo 857- o incapacidad -artículo 761- del representado. No obstante, en cuanto al alcance de este derecho, en el caso de desheredación e incapacidad sólo se da respecto de la legítima, pero, en el caso de premoriencia, comprende todo lo que al representado le hubiera tocado heredar<sup>138</sup>.

El derecho de representación lo ostentan los herederos en línea recta descendiente -nunca la ascendiente-, en línea colateral sólo en favor de los hijos de los hermanos -sobrinos- y ello sólo en caso de que concurren con tíos.

El efecto principal que produce este derecho es la distribución por estirpes.

Además, el derecho de representación es preferente al derecho de acrecer, dicha prelación la establece el artículo 922 del Código Civil.

- Derecho de acrecer: regulado del artículo 981 al 987.

El artículo 981 establece que, en las sucesiones legítimas, la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos, es decir, el resto de los herederos verá aumentada su herencia.

Este derecho de acrecer sólo se dará cuando no existan descendientes con derecho de representación, pues el artículo 922 regula la prelación del derecho de representación frente al de acrecer.

---

<sup>137</sup>ARCAS SARIOT, M.J. “*El Derecho de Representación*”, Mundo Jurídico, 2019. Recuperado de: <https://www.mundojuridico.info/el-derecho-de-representacion/>

<sup>138</sup>Ibíd.

Aparte de por repudiación, también se puede dar este derecho en casos en los que uno de los llamados muera antes que el testador o sea incapaz de recibir la herencia -siempre que no exista derecho de representación-.

A quienes acrezca la herencia, sucederán en todos los derechos y obligaciones al que no haya querido o no haya podido recibirla.

En relación con los herederos forzosos, el derecho de acrecer sólo entra en juego respecto al tercio de libre disposición puesto que, si la parte repudiada es la legítima, suceden en ella los coherederos por derecho propio y no por el de acrecer.

En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos de l testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones.

El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

Se trata de una institución solidaria, pues deberá haber varios coherederos llamados a heredar a partes iguales. De igual manera, se trata de un derecho de carácter automático y no renunciable, que no procederá en los casos de sustitución.

Se trata de un derecho que sólo se puede ejercitar en la sucesión testada, ya que, en la intestada, el pariente más próximo excluye al más lejano. No existe este derecho entre heredero y legatario porque es necesario que se trate de títulos hereditarios homogéneos.

Por lo tanto, este derecho resulta relevante en cuanto que evita tener que acudir a la sucesión intestada.

## 2. Legado -artículos 858 a 891-.

El legado es una forma de sucesión particular, mediante la cual el fallecido deja un concreto bien o derecho, o un conjunto de bienes o derechos singulares a una o varias personas; es decir, el legatario sucede a título particular.

Se trata de una atribución patrimonial con cargo a la herencia que ha de hacerse obligatoriamente en testamento. Por tanto, los sujetos que intervienen en un legado son: el testador como disponente del legado, el legatario como beneficiario del bien o derecho concreto y el heredero gravado.

El objeto del legado deber ser posible, lícito, determinado o determinable y susceptible de apropiación.

Se puede dar la figura del prelegado, es decir, heredero que puede ser legatario a su vez y que puede renunciar a la herencia para aceptar el legado o renunciar al legado para aceptar la herencia -artículo 890-. Se llama prelegado<sup>139</sup>, por tanto, al legado hecho en favor de uno de los herederos, cuyo pago se encuentra a cargo de la masa y tiene por objeto asignar un bien determinado a uno de los herederos a título de legatario.

El legatario además puede ser gravado con un legado -artículo 858-, surgiendo así la figura del sublegado. Un sublegado<sup>140</sup> es, por tanto, un legado a cargo del legatario que obliga únicamente hasta donde alcance el valor del legado; si excede de dicho valor, se podrá pedir la reducción de aquél.

Respecto a la adquisición de los legados, el legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, pero, si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado. El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar a éste y aceptar el otro, en cambio, si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera.

En cuanto a las garantías del legado, con la finalidad de impedir que una conducta ilícita del heredero pueda frustrar el derecho del legatario, se reconoce a favor de éste una anotación preventiva -artículos 42.7, 47, 50, 511, 56, 87, 88 de la Ley Hipotecaria-. Esta anotación la podrán pedir los legatarios que no tengan derecho a promover un proceso de división de la herencia, es decir, sólo está legitimado para instarlo el legatario de parte alícuota. Dicha anotación preventiva del legado caducará al año de su fecha.

El pago de los legados se puede realizar básicamente a través de dos modalidades: por un lado, la modalidad de pago real, a través de la cual, el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos. Por su parte, el artículo 882 establece que cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o

---

<sup>139</sup>Definición extraída de Enciclopedia Jurídica, edición 2020. Recuperado de: [Http://www.encyclopedia-juridica.com/d/prelegado/prelegado.htm](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/prelegado/prelegado.htm)

<sup>140</sup>“¿Qué es el sublegado? ¿Qué particularidades tiene?” Despacho Jurídico Sánchez Cabeza, 2019. Recuperado de: [Https://www.asesoriazaragoza.org/blog/que-es-el-sublegado-que-particularidades-tiene](https://www.asesoriazaragoza.org/blog/que-es-el-sublegado-que-particularidades-tiene)

deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora. Por otro lado, la modalidad de pago obligacional, que se refiere al derecho de crédito frente al gravado.

Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa -artículo 891-.

Si la herencia se aceptó a beneficio de inventario y, después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles -artículo 1.029-.

En cuanto a la ineficacia de los legados -artículos 819 a 822-, se considera inoficioso el legado que perjudique la legítima, por las causas generales. El artículo 869 resulta más concreto al indicar que el legado quedará sin efecto: si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía; si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada.

Como efecto de la ineficacia -artículo 888-, cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y del derecho de acrecer.

Respecto a la tipología de legados, su clasificación presenta cierta dificultad al presentar múltiples y variadas formas. Dentro de la gran variedad de supuestos a los que puede dar lugar, se distinguen las siguientes clases de legados: de cosa específica propia del testador -el legatario adquiere la propiedad desde que muere el testador, la pérdida o deterioro la sufre el legatario-, de cosa genérica, de cantidad, de prestación periódica, de crédito del causante y de liberación -en ambos casos cabe decir que se pagan intereses-, en pago de deuda -se trata de un legado hecho a un acreedor-, legado alternativo, de educación y de alimentos, de cosa gravada -también denominado legado de cosa empeñada o hipotecada-, de un derecho real de habitación, legado de cosa sujeto a usufructo, derecho de uso o habitación y, por último, de cosa específica ajena al patrimonio del testador -si el testador ignoraba que la cosa no era suya, el legado deviene nulo-.

Volviendo a las clases de sucesión *mortis causa*, por su origen encontramos, en primer lugar, la sucesión voluntaria o testamentaria, que tiene lugar por voluntad del causante que ha designado sucesor en testamento; y, en segundo lugar, la sucesión legal o *abintestato*, en la que la propia Ley es quien nombra sucesor e indica cómo llevar a cabo la sucesión *mortis causa*. No obstante, también puede haber supuestos mixtos, es decir, sucesiones en parte testamentarias y en parte intestadas, supuestos que normalmente se suelen dar por motivos de invalidez.

## 1. La sucesión voluntaria o testamentaria.

La sucesión testamentaria se regula, dentro del Código Civil, en el Capítulo Primero del Título III, abarcando desde el artículo 662 hasta el 743.

En primer lugar, acerca de la capacidad para otorgar testamento, pueden testar todos aquellos a quienes la Ley no se lo prohíbe expresamente -artículo 662-. Están incapacitados legalmente para testar -artículo 663- los menores de catorce años y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Sin embargo, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido -artículo 664-. Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento -artículo 666-.

Los vicios del consentimiento que pueden afectar al testador -artículos 673 y 674- y declarar la nulidad del testamento son: la violencia, el dolo o el fraude; es decir, será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude. El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero *abintestato*, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido -en virtud del artículo 765, estos vicios hacen que el heredero sea indigno y, sólo por dicha indignidad, éste no puede suceder-.

El testamento es un acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos -artículo 667-. Así, el testador, en su testamento, puede disponer de sus bienes a título de herencia -título universal- o de legado -título particular-. En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra “heredero”, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia -artículo 668-.

El contenido del testamento puede ser típico, si el testador ha dispuesto cómo dejar los bienes en la herencia siguiendo las reglas de otorgamiento -nombramiento de heredero, etc.-; o atípico, si el testador ha dispuesto cuestiones no patrimoniales -reconocimiento de un hijo, nombramiento de tutor, etc.-.

En cuanto a los caracteres del testamento, se requiere que sea un acto formal -artículo 687-, de carácter personalísimo y unilateral -artículos 669 y 670-, y, por último, revocable -artículo 737 y siguientes-.

Con relación a la interpretación literal sistemática de un testamento -artículo 675-, toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que

parezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

La Sección tercera del Capítulo primero del Título III regula la forma de los testamentos.

Así, el testamento puede ser común o especial y, a su vez, el común puede ser ológrafo, abierto o cerrado -artículo 676-. Testamentos especiales -artículo 677- son: el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Cuando se necesiten testigos, a éstos se les exige por Ley una idoneidad o capacidad -no podrán ser testigos en los testamentos -artículo 681-: los menores de edad -salvo epidemia-, los que no entiendan el idioma del testador, los que no presenten el discernimiento<sup>141</sup> necesario para desarrollar la labor testifical, el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo-.

Dentro del testamento común encontramos:

- Testamento ológrafo: regulado en la Sección Cuarta del Capítulo primero del Título III - artículos 678 y 688 a 693-.

Es ológrafo el testamento en el que el testador escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688 -ser mayor de edad, estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión de año, mes y día en que se otorgue, si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma-.

La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo, o cualquiera que tenga conocimiento de la localización éste y tenga interés sucesorio, es quien deberá presentarlo ante Notario dentro de los diez días siguientes al que tenga conocimiento del fallecimiento del testador -artículo 690-. Una vez presentado el testamento ológrafo, se acreditará el fallecimiento del testador y se procederá a su adveración<sup>142</sup> y protocolización ante Notario - artículos 691 a 693-.

- Testamento abierto: regulado en la Sección quinta del mismo Capítulo y Título que el anterior -artículos 679 y 694 a 705-.

---

<sup>141</sup>Juicio, razón o entendimiento.

<sup>142</sup>Certificación relativa a la veracidad de un documento.

Es abierto el testamento -artículo 679- en que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

No pueden ser testigos en este testamento -artículo 682-: los herederos y legatarios en él instituidos -los legatarios de objeto mueble o cantidad de poca importancia sí pueden-, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario -artículo 694-, momento en el que el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad, con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. Si, leído en alto por el Notario, el testador está conforme, será firmado en el acto por el testador o, en su caso, por los testigos -artículo 695-. Tras las formalidades de otorgamiento reguladas -artículos 697 y 698-, el Notario dará fe, efectuando la declaración -artículo 696-.

Se dan excepciones a estas formalidades en caso de peligro inminente de muerte o en caso de epidemia -artículos 700 a 702-.

Será ineficaz el testamento si pasasen dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia, asimismo, será ineficaz si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario para que lo eleve a escritura pública -artículos 703 y 704-.

- Testamento cerrado: regulado en la Sección Sexta del mismo Capítulo y Título que los anteriores -artículos 680 y 706 a 715-.

El testamento es cerrado -artículo 680- cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.

Por lo tanto, el testamento cerrado tiene que ser escrito, siguiendo una serie de formalidades acerca de la firma de éste por el testador -artículo 706-y siguiendo, asimismo, una serie de solemnidades reguladas por el artículo 707 -el testamento se pondrá dentro de una cubierta, cerrada y sellada; el testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante Notario, ante éste manifestará que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando las formalidades de la firma del mismo; extenderá el Notario su otorgamiento y dando fe, extendida y leída el acta, la firmará el testador o, en su caso, uno

de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir; también se expresará el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento-.

No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer; sin embargo, los que no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado debiendo estar firmado por el testador -artículo 708 a 711-.

La persona que tenga en su poder un testamento cerrado -artículo 712- deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes al que tenga conocimiento del fallecimiento del testador; si es el Notario el que posee el testamento cerrado, deberá comunicar, en los diez días siguientes al que tenga conocimiento del fallecimiento, la existencia del testamento al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de éstos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

Deviene nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta Sección del Código Civil; será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento -artículo 715-.

Dentro de los testamentos especiales encontramos:

- El testamento militar -artículos 716 al 721- se puede otorgar ante diferentes personalidades - Comisario, Oficial, Capitán, subalterno, etc.- siendo necesaria, en todo caso, la presencia de dos testigos idóneos, así como las formalidades relativas a la firma. El testamento caducará a los cuatro meses de que el testador haya dejado de estar en campaña.
- El testamento marítimo -artículos 722 al 731- se puede otorgar ante diferentes personalidades -Contador, comandante, Capitán, etc.- siendo necesaria, en todo caso, la presencia de dos testigos idóneos -excepto si fuere cerrado, excluyéndose lo relativo al número de testigos- y siendo necesarias también las formalidades relativas a la firma. Sea abierto, cerrado u ológrafo, el testamento otorgado bajo estas condiciones caducará pasados cuatro meses, desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.
- El testamento hecho en país extranjero -artículos 732 a 736- se puede otorgar siempre que el testador se acoja a las normas del país en el que se halle -testamento tanto abierto, como cerrado e incluso ológrafo, aunque el país no admita este testamento-.



Se podrá otorgar también ante el funcionario diplomático o consular de España del lugar de otorgamiento -en este caso, sujeto a nuestro Código Civil-, siguiendo las formalidades relativas a la firma.

El testamento es un negocio rigurosamente formal<sup>143</sup> y el Código Civil admite -tal y como acabamos de ver- numerosas normas testamentarias. Además, cada forma admitida, requiere el cumplimiento de determinadas solemnidades, cuya inobservancia deviene en causa de nulidad -como veremos a continuación-.

Lejos de lo que pueda parecer, las rigurosidades formales no conllevan una pérdida de libertad de testar; sino más bien todo lo contrario, constituyen una garantía<sup>144</sup>. Estas solemnidades tienen una doble finalidad: por un lado, asegurar la libre expresión de la última voluntad del testador y, por otro lado, garantizar la conservación de dicha voluntad testamentaria.

Se puede producir la ineficacia del testamento por revocación, caducidad o nulidad; no obstante, rige el principio de conservación de la voluntad del testador.

Respecto a la revocación del testamento se encuentra regulada en la Sección décima del Capítulo primero del Título III -artículos 737 al 743-.

De dicha regulación se extrae que, todas las disposiciones testamentarias son revocables esencialmente, aunque el testador exprese su voluntad de no hacerlo; teniéndose por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras y aquellas en las que ordene que no valga la revocación del testamento, si no la hiciere con ciertas palabras o señales.

El testamento anterior queda revocado por el posterior, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte. El testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

La revocación de un testamento lleva siempre a la ineficacia de dicho testamento, salvo que en ese testamento se haya reconocido un hijo.

En cuanto a la caducidad, resultan destacables los plazos para la protocolización de dicha caducidad de los artículos ya mencionados: 703 -si no ha fallecido, dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia; si ha fallecido, si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a

---

<sup>143</sup>VAQUER ALOY, A. *“Libertad de testar y libertad para testar”*, Biblioteca de Derecho privado, Santiago de Chile, 2018, pág. 157.

<sup>144</sup>VAQUER ALOY, A. *Op. cit.*, pág. 157-158.

escritura pública-, 704 -si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la legislación notarial-, 719 -cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña-, 720 -si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó- y 730 -pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria-.

La nulidad se encuentra recogida en los artículos 670 -se trata de un acto personalísimo que no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero: prohibición del testamento mancomunado-, 673 -otorgado con violencia, dolo o fraude-, 687 y 715 -otorgado sin las formalidades establecidas por la Ley-, 688.3 -si en el ológrafo hubiere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones sin la firma de testador-, 750 -disposición en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta- y 767 -expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, siempre que resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa; expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera-.

El Tribunal Supremo admite que se lleve a cabo de oficio la nulidad, que normalmente será parcial, aunque también puede ser total. Están legitimados para solicitar la nulidad todos los interesados en la sucesión.

En cuanto a la figura de la conversión cabe decir que, si se declarase la nulidad total de un testamento, hay que ir a las reglas de la sucesión intestada. Sin embargo, se habla de conversión cuando el testamento es ineficaz en una de sus formas, pero se puede convertir en otra con la forma adecuada; con la intención de salvaguardar la voluntad del testador.

La anulabilidad en este supuesto no tiene cabida puesto que esta figura -la anulabilidad- se crea para proteger a quien se ve afectado por un vicio del consentimiento y, en este caso, esa persona está muerta; por lo que tal protección se lleva a cabo declarando la ineficacia.

## 2. La sucesión legal o intestada.

La sucesión legal o intestada es deferida directamente por la Ley en los artículos 912 y siguientes del Código Civil. También entrará en juego este tipo de sucesión en los casos de preterición<sup>145</sup> o desheredación injusta.

En primer lugar, tiene un carácter supletorio<sup>146</sup> puesto que, a lo primero que se atiende, es a la voluntad del testador. Así, procede de un título legal y es compatible con la sucesión testada, sería el caso de la sucesión mixta -artículo 658.3-.

---

<sup>145</sup>Omisión de un heredero forzoso en el testamento.

En segundo lugar, en la sucesión intestada, el llamamiento es a título universal, es decir, como heredero y, además, se produce a través de una declaración notarial: los sucesores solicitan una declaración ante Notario, comprobando que concurren los requisitos para ser sucesor y, por tanto, heredero.

En cuanto a la capacidad, tienen capacidad para suceder *abintestato* todos los no incapacitados judicialmente en virtud de los artículos 744 -los que no estén incapacitados por la Ley- y 914 en relación el 663 y 664 -lo aplicable a la testada en este sentido, lo es también para la intestada-, resultan aplicables también las causas de indignidad para suceder de los artículos 745 -criaturas abortivas, asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley- y 756 menos su cuarto punto -padres que abandonen, prostituyan o corrompieren a sus hijos; el condenado por atentado contra la vida del testador, cónyuge, descendientes o ascendientes de éste; el que acusare al testador de delito cuando la acusación sea declarada calumniosa; el que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o cambiarlo, revocar el ya hecho o suplantarlo, ocultarlo o alterar otro posterior-.

En este tipo de sucesión no existe la posibilidad de legar, puesto que, por lógica, no hay testamento sobre el que disponer a título particular; se trata siempre de una sucesión a título universal que requiere la solicitud de la declaración administrativa de herederos *abintestato*.

El orden para suceder *abintestato* está regulado en el Capítulo IV del Título III -artículos 930 a 958-.

El cálculo del parentesco se regula en la Sección Segunda del Capítulo III, a partir del artículo 915. Esta Sección establece que cada generación es un grado y que, a su vez, la sucesión se puede dar en línea recta o colateral, ascendente o descendente.

En el caso de parientes con el mismo grado, se aplicaría la regla de igualdad.

Respecto a la línea, el más próximo excluye al más remoto, salvo en el caso del derecho de representación cuando proceda.

El parentesco -artículos 915 a 923- es una figura legal que constituye el vínculo entre las personas de una misma familia<sup>147</sup>, dentro del parentesco hay dos grados: afinidad -vínculo legal-

---

<sup>146</sup>Que sólo se abre cuando falta, total o parcialmente, la testamentaria.

<sup>147</sup>“Grados de consanguinidad, parentesco y afinidad”, Dudas Legislativas, 2019. Recuperado de: <https://dudaslegislativas.com/grados-consanguinidad-parentesco/>

y consanguinidad -vínculo de sangre-. Dentro de la consanguinidad encontramos asimismo la adopción. Igualmente, dentro del parentesco, puede tratarse de un vínculo doble o sencillo<sup>148</sup>.

El orden para suceder según la diversidad de líneas queda de la siguiente manera:

1) Primer orden: parientes en línea recta descendiente -artículos 930 a 934-.

Los hijos del difunto heredan por derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales - por cabezas-.

Los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación, dividiendo la herencia por estirpes.

Si alguno de éstos renuncia, se dan dos posibilidades: por un lado, la del artículo 923, es decir, suceden los del grado siguiente por derecho propio sin que puedan representar al repudiante; por otro lado, la del artículo 933, que posibilita el derecho de representación.

2) Segundo orden: parientes en línea recta ascendiente -artículos 935 a 942-.

En defecto de hijos y descendientes, heredan los ascendientes del difunto, el padre y la madre heredan por partes iguales; a falta de padre y madre, suceden los ascendientes más próximos en grado, si son varios de igual grado y misma línea, se divide la herencia por cabezas. Si los ascendientes fueran por líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponde a ascendientes paternos y la mitad a maternos, haciéndose la división en cada línea por cabezas.

3) Tercer orden: cónyuge y colaterales -artículos 943 a 955-.

En defecto de descendientes y ascendientes y, antes que los colaterales, sucederá el cónyuge en todos los bienes del difunto -siempre que no hubiera separación judicial o separación de hecho-.

En defecto de cónyuge, se acude a los colaterales, dentro de los cuales, los hermanos tienen preferencia antes que el resto.

El articulado establece demás reglas específicas en función del tipo de hermano que concurra y poniendo como límite el cuarto grado en la sucesión intestada. La sucesión de los colaterales se verifica sin distinción de líneas ni preferencia por razón de doble vínculo.

---

<sup>148</sup>El doble vínculo implica la relación de parentesco por parte de padre y madre a la vez, entre hermanos, los de doble vínculo se denominan “germanos”. El vínculo sencillo, en cambio, implica relación de parentesco únicamente por vía paterna -consanguinidad- o materna -uterina-.

4) Cuarto orden: el Estado -artículos 956 a 958-.

Éste concurrirá a falta de los anteriores.

### **La sucesión forzosa o legitimaria**

La sucesión forzosa no aparece regulada como tal en el actual Código Civil, sino que se representa a través de la legítima -Sección Quinta del Capítulo III: artículos 806 a 822-.

La legítima es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto “herederos forzosos” -artículo 806-.

La legítima se funda en el principio de solidaridad familiar<sup>149</sup> y encuentra su origen en la reserva germánica que se fusionó con la legítima romana. Así, el fundamento actual de la legítima se encuentra en la solidaridad intergeneracional<sup>150</sup>; no obstante, este fundamento resulta cuestionable en cuanto a la práctica pues la solidaridad implica necesariamente reciprocidad.

Esta reciprocidad<sup>151</sup> que debería llevar implícita la legítima no se ajusta a la realidad pues, la legítima se basa en el reparto igualitario y en la cuota fija, invariable o en función del número de legitimarios, careciendo de relevancia no sólo la situación de necesidad o riqueza de los legitimarios, sino también careciendo de relevancia las atenciones prestadas al causante.

Esta falta de reciprocidad se aprecia también en las causas de desheredación<sup>152</sup>. Sin embargo, la introducción del maltrato psicológico derivado del abandono del causante en la causa del maltrato de obra -artículo 853.2- como causa de desheredación, además de suponer un gran avance hacia una libertad de testar más amplia, deja un resquicio de luz hacia la solidaridad intergeneracional que supuestamente fundamenta la legítima.

Serán herederos forzosos -artículo 807- los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. A falta de ésta, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. Y, en última instancia, el viudo o viuda en la forma y medida que establece el Código Civil.

La legítima se basa en la proximidad, en el grado de parentesco con el causante. En los casos de premoriencia del descendiente, pasarán a ser considerados legitimarios por derecho de representación los hijos del premuerto. En casos de indignidad y desheredación no afectará a sus descendientes, pasan ellos a ocupar su lugar. En el caso de repudiación, no hay traspaso ninguno.

---

<sup>149</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña nº 4535/2016, de 13 de junio de 2016.

<sup>150</sup> VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 62-63.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 63-65.

Respecto a los ascendientes, cuando no haya descendientes, serán herederos forzosos respecto de sus descendientes; rigiendo el principio de “el pariente más próximo excluye al más remoto”.

En cuanto al cónyuge viudo, su legítima viene establecida del artículo 834 al 840. Se trata, en todo caso, de un derecho de usufructo vitalicio sobre una parte de la herencia que va a depender del número de legitimarios con los que concurra y, además, dependerá del tercio de mejora. Tiene lugar, tanto en la sucesión testada, como en la intestada. Cabe decir que, si no concurrieran otros legitimarios, le correspondería el usufructo de toda la herencia -usufructo universal-.

Además, la legítima del cónyuge viudo es conmutable<sup>153</sup>, es decir, el usufructo al que tiene derecho puede ser conmutado por pago en metálico, para evitar la división del dominio - artículos 840 a 847: derechos del cónyuge viudo y porción de los herederos en casos especiales-. Este usufructo también es enajenable e hipotecable en virtud del artículo 108.2 de la Ley Hipotecaria.

Con relación al pago de la legítima en general, también podrá tener lugar la compensación mediante su pago en metálico en los casos de reducción de donaciones y disposiciones testamentarias inoficiosas. Así como en los casos de mejora en cosa determinada -artículo 829-.

Asimismo, -artículo 1.056: partición-se establece la posibilidad de que el testador pueda convenir que esa propiedad o esa explotación económica permanezca indivisa; a los que no les interese, se les puede abonar la cantidad proporcional en metálico que les corresponda en concepto de legítima.

#### 1. Cálculo de la legítima -artículos 808 a 810-.

El cálculo de la cuantía se lleva a cabo tanto sobre el *relictum*<sup>154</sup> como sobre el *donatum*<sup>155</sup>.

El caudal relicto lo forman los bienes y derechos que integran la herencia, ya deducidas las cargas y las deudas -artículos 1082 a 1087: pago de deudas hereditarias-.

El *donatum* comprende los actos de liberalidad que hubiera realizado el causante cuando estaba vivo, se trata de volver a traer a la masa hereditaria los bienes que el causante haya donado con anterioridad -artículos 1035 a 1050: colación<sup>156</sup>-. Este concepto no es estricto, sino amplio; no

---

<sup>153</sup>Cambiable, sustituible.

<sup>154</sup>Valor que tienen los bienes dejados por el causante tras descontar las deudas.

<sup>155</sup>Valor de los actos inter vivos realizados a título gratuito por el causante.

<sup>156</sup>Computación de reajuste que trata de valorar económicamente las donaciones hechas en vida por el causante. Dicho reajuste se puede producir reintegrando a la masa hereditaria los bienes donados o reintegrando el valor de los mismos.

sólo se va a tratar de las donaciones como tal, sino cualquier acto de liberalidad. Es decir, consiste en comprobar que no se ha burlado la legítima de los legitimarios. De estos actos de liberalidad hay que excluir todas las que tengan que ver con educación, alimentación, etc.

Por tanto, y en relación con el *donatum*, para fijar la legítima -artículo 818- se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento . Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables

## 2. Legitimarios y cuotas legitimarias -artículos 808 a 812-

- Constituyen la legítima de los descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una de esas dos partes que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los descendientes haya sido incapacitado judicialmente, podrá el testador establecer una sustitución fideicomisaria<sup>157</sup> sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición.

- Constituye la legítima de los ascendientes la mitad del haber hereditario de sus descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales: si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente.

Cuando el testador no deje padre ni madre, pero si ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea.

El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere

---

<sup>157</sup>Regulada del artículo 781 al 783 del Código Civil, se trata de una sustitución indirecta o gradual, por la que el testador instituye un primer heredero -fiduciario-, con la limitación de conservar los bienes de la herencia y transmitirlos a su muerte a un segundo heredero nombrado al efecto -fideicomisario-.

adquirido por ministerio de la Ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

Al hilo de esto, la reserva hereditaria<sup>158</sup> es una obligación que la Ley impone a ciertos herederos de conservar a favor de ciertas personas los bienes adquiridos a título lucrativo o el valor de éstos. Se regula en el artículo 811 -reserva lineal o troncal<sup>159</sup>- y del artículo 968 al 980 -reserva vidual<sup>160</sup>-.

Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.

Por tanto, tres tercios forman las partes de la herencia legitimaria:

- Tercio de legítima estricta o corta: lo reciben necesariamente a partes iguales todos los herederos legitimarios, bien por derecho propio o bien por derecho de representación.
  - Tercio de mejora -artículos 823 a 833-: forma parte de la legítima de los descendientes, aunque no de manera exclusiva; el testador la puede atribuir a todos por igual, sólo a uno o sólo algunos -pero únicamente en el ámbito de los herederos legitimarios-. Incluso puede que no diga nada, es decir, que no se haya atribuido de manera expresa y, en este caso, recibe el nombre de legítima larga, repartiéndose a todos los herederos legitimarios por igual.
  - Tercio de libre disposición: el testador puede disponer de él sin limitación alguna, libremente.
3. La intangibilidad de la legítima -artículo 813-.

El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la Ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

---

<sup>158</sup>“Las reservas: concepto y clases. El derecho de acrecer. Las sucesiones en el Derecho internacional privado”, Temas y test, 2009. Recuperado de: [Http://www.temasytest.com/public\\_html/marimbias/temas/tema0107.php](http://www.temasytest.com/public_html/marimbias/temas/tema0107.php)

<sup>159</sup>La reserva -extraordinaria- que retornan los bienes al tronco de donde proceden.

<sup>160</sup>La reserva -ordinaria- que se impone al viudo que contraiga nuevas nupcias, se le impone la obligación de atribuir determinados bienes de su herencia a los hijos nacidos del primer matrimonio.



Del texto del artículo 813 se desprende tanto una intangibilidad cuantitativa, como una cualitativa<sup>161</sup>: la intangibilidad cuantitativa hace referencia a la prohibición que recae sobre el causante de privar de la legítima, en todo o en parte, al legitimario; la intangibilidad cualitativa se concreta en la prohibición de gravar la legítima.

Por tanto, la legítima es: intangible -intocable por el testador-, cualitativa -no admite cargas, gravámenes ni condiciones- y cuantitativa -a todos los herederos forzosos les corresponde la misma cantidad-. Con estos caracteres, se busca el aseguramiento de la calidad y la cantidad de la legítima.

Este artículo, junto con el 815 -complemento de la legítima- y 817 -reducción de las disposiciones testamentarias inoficiosas o excesivas que mengüen la legítima-, el legislador trata la privación parcial de la legítima y, a su vez, en el artículo 814 -preterición- trata la privación total de la legítima.

La cautela sociniana<sup>162</sup>-cautela *socini*- fue creada por el jurista Mario Socino a mediados del siglo XVI y consiste en que el testador impone en su testamento una prohibición a sus herederos forzosos -legitimarios-, con la finalidad de que, si cumplen tal prohibición, su porción en herencia será superior a la que les correspondería teniendo en cuenta sólo la legítima.

Esta cautela, por tanto, se puede ver como una prohibición al legitimario -tal y como se acaba de exponer- o, como compensación al mismo por el gravamen que se ha impuesto a la legítima. Esta cláusula supone que el testador atribuye a los legitimarios un valor superior a su legítima, pero enteramente gravado; es decir, les atribuye más de lo que les corresponde por legítima, pero con la carga de soportar el usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes.

En estos supuestos se deja a la voluntad del legitimario gravado, cumplir la disposición testamentaria a cambio de una mayor participación en la herencia -cuando el cónyuge viudo fallezca, el legitimario va a adquirir la plena propiedad si es único o, la parte alícuota en caso de concurrencia de coherederos- o por el contrario recibir su legítima estricta.

La posible ilicitud de esta cláusula se plantea alrededor de la posibilidad de que los posibles herederos forzosos infrinjan esa prohibición, su porción hereditaria se vería reducida en ese caso

<sup>161</sup> Artículo extraído de *Wolters Kluwer*. Recuperado de: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQINTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoASrZHNTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQINTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoASrZHNTUAAAA=WKE)

<sup>162</sup> “La Cláusula Socini o cautela sociniana”, Conflictos hereditarios, Testamentos y Pactos Sucesorios. Recuperado de: <https://www.herenciasytestamentos.com/clausula-socini-cautela-socini-cautela-sociniana/>

a la legítima estricta y el resto de los herederos que hayan respetado la prohibición verían aumentada su porción en la cuantía en la que los primeros han visto reducida la suya.

Si el meritado artículo 813 impone la prohibición de gravar la legítima o establecer una condición a la misma, parece muy probable que este pacto sociniano devenga nulo por ilicitud.

En cambio, el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 5816/2014, de 10 de junio, estableció que no se trata de un fraude de Ley pues da dos opciones a los herederos: por un lado, tienen la opción de aceptar el testamento, en cuyo caso la cuantía de su porción es una determinada; por otro lado, pueden impugnar dicho testamento, en cuyo caso su porción se reduce a la legítima estricta. Posteriormente, en 2018, el Alto tribunal se reiteró en su Sentencia nº 2854/2018, de 19 de julio, declarando que *“la validez de la denominada cautela socini en el marco de las disposiciones testamentarias ha sido declarada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala”*.

Por tanto, esta cláusula establece una verdadera vía de escape al testador ante la reducción de su libertad de testar que se merma con la legítima.

#### 4. Privación de la legítima.

##### - La preterición -artículo 814-.

La preterición se trata de la omisión en el testamento de un heredero forzoso, lo cual puede ser intencional o no. No obstante, en ningún caso va a perjudicar a la legítima.

Su efecto fundamental es la reducción de la herencia, es decir, se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

El preterido intencionalmente tiene derecho a la legítima corta, presumiéndose que si no aparece en el testamento fue por voluntad del causante, lo cual prevalece siempre.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos y descendientes producirá los siguientes efectos: si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial; 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.

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.

Salvo el caso de las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

- La desheredación -artículos 813 y 848 a 857-.

En cuanto a desheredación, se trata de supuestos que no se admiten analógicamente, son de aplicación restrictiva y ha de manifestarse obligatoriamente siempre expresa la causa en el testamento.

No obstante, se admiten casos de reconciliación -artículo 856-, pero se da la problemática de que, como el causante ha muerto, resulta imposible verificar dicha reconciliación.

Las causas de desheredación se encuentran agrupadas en dos grupos de artículos: por un lado, del 852 al 855 y los puntos 2, 3, 5 y 6 del artículo 756. Por tanto, las causas de desheredación son<sup>163</sup>:

Causas generales de desheredación:

- Haber sido condenado en juicio por atentar contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.
- Haber acusado al testador de delito, cuando la acusación sea declarada calumniosa.
- Obligar con amenaza, fraude o violencia al testador a hacer testamento o cambiarlo.
- Impedir con amenaza, fraude o violencia a otro hacer testamento, o revocar el que tuviera hecho, o suplantar, ocultar o alterar otro posterior.

Causas específicas para desheredar a hijos y descendientes:

- Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente de cuya herencia se trata. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2014, ha interpretado que el maltrato psicológico puede considerarse como maltrato de obra a los efectos de desheredación.
- Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

Causas específicas para desheredar a padres y ascendientes:

- Abandonar, corromper o prostituir a los hijos.

---

<sup>163</sup> “Desheredación: ¿Cuáles son los motivos para excluir del testamento a los herederos?”, Legálitas, 2017. Recuperado de: <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/La-desheredacion-Motivos-para-excluir-del-testamento-a-los-h->

- Haber perdido la patria potestad por alguna de las causas previstas en el Código Civil.
- Haber negado los alimentos a hijos y descendientes sin motivo legítimo.
- Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiera habido entre ellos reconciliación.

Causas específicas para desheredar al cónyuge:

- Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
- Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
- Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

## **CAPÍTULO III: LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL**

### **La libertad de testar como principio fundamental del Derecho Sucesorio.**

El Derecho Sucesorio<sup>164</sup> se concibe como la rama del Derecho que otorga el más amplio espectro a la autonomía de la voluntad.

A pesar de no encontrarse expresamente regulada en el Código Civil, éste admite la libertad de testar<sup>165</sup> en su artículo 658, el cual establece que, en primer lugar, la sucesión se defiende por la voluntad manifestada en testamento, afirmando así la preeminencia de la voluntad por encima de la designación legal de los sucesores.

Asimismo, la norma suprema -Constitución Española- recoge la libertad de testar en su artículo 33, el cual garantiza el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

Por lo tanto, ambas normas consagran la facultad de las personas de decidir el destino de sus bienes para después de la muerte, lo que presupone en todo caso la libertad de testar<sup>166</sup>.

Más explícita es la jurisprudencia al respecto que sí da nombre expresamente a esta libertad: el Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 21 de octubre de 1991, se refiere a las reservas y a la legítima como “*una verdadera limitación a la plena libertad de testar*”; en su Sentencia de 27 de septiembre de 2000 señala que la libertad de testar no constituye “*una facultad absoluta ya que debe someterse a las limitaciones que la misma norma establece*”. Ambas sentencias al poner énfasis en los límites a la libertad de testar<sup>167</sup>, la están presuponiendo.

En todo caso, la libertad de testar<sup>168</sup> significa la facultad que se reconoce al testador de decidir el destino de sus bienes con preferencia a la designación que realiza la Ley, la cual opera subsidiariamente.

---

<sup>164</sup>VAQUER ALOY, A. “*Libertad de testar y libertad para testar*”, Biblioteca de Derecho privado, Santiago de Chile, 2018, pág. 21.

<sup>165</sup>RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. “*Las prohibiciones de impugnar el testamento en el Código civil español*”, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1985, pág. 52-53.

<sup>166</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 13.

<sup>167</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 23.

<sup>168</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 17.

## **Los límites a la libertad de testar.**

El testador puede ver limitada su libertad de testar por determinados instrumentos impuestos por la Ley, se trata de restricciones legales a la libertad de testar.

Encontramos límites a la libertad de testar en el interés de los acreedores, en el interés de la familia extensa<sup>169</sup>, en el interés de los sucesores, y en el interés público.

### **En interés de los acreedores<sup>170</sup>.**

En interés de los acreedores, la legislación atribuye al testador libertad en cuanto a la posibilidad de ordenar la sucesión de su activo patrimonial, pero no de su pasivo hereditario.

La responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia la atribuye la Ley, no el causante; por lo que el pasivo hereditario es indisponible para el testador.

Este interés de los acreedores constituye un límite a la libertad de testar puesto que, el causante no puede repartir el pasivo hereditario y tampoco atribuir el pago de las deudas de la herencia a alguno o algunos de los coherederos.

### **En interés de la familia extensa**

En interés de la familia extensa<sup>171</sup>, el legislador elabora como límite a la libertad de testar las reservas hereditarias<sup>172</sup>.

Este límite se puede considerar que limita no sólo al testador, puesto que no puede disponer libremente de determinados bienes que pertenecen al tronco familiar, -reserva lineal o troncal- ni tampoco puede atribuir determinados bienes a personas distintas de los hijos o descendientes del anterior matrimonio -reserva vidual-; sino que también limita a los propios herederos puesto que les impone la obligación de conservar a favor de ciertas personas los bienes adquiridos a título lucrativo o el valor de estos.

### **En interés de los sucesores.**

En interés de los sucesores, el legislador introduce límites genéricos de condición y modo a la imposición por parte del testador.

---

<sup>169</sup> Red de parentesco que se extiende más allá del grupo doméstico: abuelos, padres, hijos, tíos y primos.

<sup>170</sup> VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 32-33.

<sup>171</sup> VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 34-35.

<sup>172</sup> “Las reservas: concepto y clases. El derecho de acrecer. Las sucesiones en el Derecho internacional privado”, Temas y test, 2009. Recuperado de: [Http://www.temasytest.com/public\\_html/marimbastemas/tema0107.php](http://www.temasytest.com/public_html/marimbastemas/tema0107.php)

Respecto a las condiciones testamentarias, el artículo 792 del Código Civil establece que “*las condiciones imposibles y las contrarias a leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas*”.

Por ello, para saber si una condición está entra dentro del ámbito de la libertad de testar o, por el contrario, lo excede, hay que valorar tres aspectos<sup>173</sup>: en primer lugar, la aceptación y la repudiación de la herencia y del legado son actos libres y, en su virtud, siempre cabe que el llamado a heredar repudie; en segundo lugar, la ilicitud de la condición radica en que ésta infrinja la Ley o las buenas costumbres; en tercer lugar, se debe tratar de una condición posible, no de algo irracional.

En cuanto al primer aspecto, frente al artículo 813 que prohíbe expresamente la imposición de condicionar la legítima -intangibilidad de la legítima-, aparece como vía de escape del testador ante la reducción de su libertad de testar, la cautela *socini* que, por los motivos expuestos acerca de la aceptación y repudiación, viene siendo aceptada por la jurisprudencia, pues no la considera fraude de Ley.

En cuanto al segundo aspecto, resulta difícil establecer los parámetros fijos de delimitación de las condiciones lícitas de las ilícitas<sup>174</sup>, por ello, se plantea como generalidad, que las condiciones que contradicen derechos fundamentales son ilícitas. Así, se prohíben las condiciones que afecten negativamente a la libertad de contraer matrimonio, a la libertad religiosa, a la igualdad y a la no discriminación.

En cuanto al tercer aspecto, no debe fomentarse el ejercicio de la libertad de testar en detrimento del interés razonable<sup>175</sup>.

Respecto al modo<sup>176</sup>, el legislador impone un límite genérico que fomenta la no imposición en testamento de modos imposibles o ilícitos, pues, de lo contrario, se tendrán por no puestas. De esta manera, al provocar la ineficacia de la institución, se incita al testador a que no incluya modos imposibles o ilícitos entre sus cláusulas testamentarias.

### **En interés público.**

Los límites a la libertad de testar en este sentido descansan en algún interés público<sup>177</sup>: la legítima descansa sobre la solidaridad intergeneracional, la prohibición de disponer descansa

---

<sup>173</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 39.

<sup>174</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 124.

<sup>175</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 125.

<sup>176</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 45.

<sup>177</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 46.

sobre la prohibición de vincular bienes y la indivisión descansa sobre la limitación a la circulación económica de bienes.

### **La legítima.**

La legítima, sin lugar a duda, constituye tradicionalmente el mayor límite a la voluntad del causante.

Se considera un límite a la libertad de testar<sup>178</sup> puesto que, salvo que concurra alguna causa de desheredación prevista expresamente por el ordenamiento jurídico, el causante no puede privar a los legitimarios de su participación en la sucesión.

En cuanto a valorar en qué grado se ve afectada la libertad de testar con relación a la legítima, hay que tener en cuenta los siguientes extremos<sup>179</sup>:

- a. La cuantía de la legítima: cuanto menor es la cuota de bienes hereditarios reservada a la legítima, mayor es el grado de libertad del causante para disponer de su patrimonio.
- b. El carácter colectivo o individual de la legítima: al contrario de lo que se impone en el actual Código Civil -reparto forzosamente igualitario-, la libertad del causante sería mayor si la legítima fuese colectiva y pudiera repartirla, total o parcialmente, como quisiera. Si la legítima fuese colectiva<sup>180</sup>, ésta podría ser distribuida por el testador a sólo uno o a algunos de los legitimarios, apartando a los restantes.
- c. La naturaleza de la legítima: actualmente la legítima consiste en una *pars bonorum*<sup>181</sup>, se conseguiría mayor libertad de testar si la legítima consistiese en un derecho de crédito, así el causante podría destinar libremente sus bienes sin perjuicio del derecho de los familiares determinados por la Ley a un concreto valor del patrimonio hereditario.
- d. El número de familiares legitimarios. La libertad de testar depende del abanico de herederos forzosos que actualmente pueden ser: descendientes, ascendientes y cónyuge viudo. Se conseguiría mayor libertad de testar si se redujesen los herederos forzosos únicamente a los descendientes y, en defecto de éstos, concurriría la libre disposición.

---

<sup>178</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 47.

<sup>179</sup>Ibídem.

<sup>180</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 48.

<sup>181</sup>Porción de bienes.



- e. El sistema de cálculo de la legítima: las reglas de computación<sup>182</sup> de la legítima son imperativas, por lo que el testador no puede alterarlas; sin embargo, sí puede alterar las de imputación<sup>183</sup>, que quedan a su arbitrio<sup>184</sup>.
- f. A mayor número de causas legales de privación de legítima -desheredación-, mayor grado de libertad de testar.

### **La prohibición de disponer.**

Toda prohibición de disponer<sup>185</sup> que el testador imponga en su testamento sería válida siempre y cuando no perjudique a la legítima y, además, no supere el límite impuesto a las sustituciones fideicomisarias.

El legislador fija el número de llamamientos fideicomisarios en un máximo de dos<sup>186</sup>.

La misma limitación rige para los usufructos sucesivos ordenados en testamento<sup>187</sup> -artículo 787-.

### **La indivisión de la masa hereditaria.**

A pesar de que el testador puede ordenar la indivisión de la herencia<sup>188</sup>, el legislador limita esta orden en su artículo 1.051 y, por ello, la prohibición impuesta por el testador de dividir la masa hereditaria -comunidad hereditaria- deviene ineficaz si concurre alguna de las causas de división de la sociedad y, además, para la comunidad, el artículo 400 fija un plazo de diez años al pacto de indivisión.

En definitiva, resulta que la libertad de testar no sólo depende de las legítimas como puede parecer *a priori*, sino de todos los límites a la facultad de disponer de los bienes después de la muerte.

---

<sup>182</sup>Operación de contabilidad por la cual se calcula el valor del haber hereditario, para reducir el correspondiente a la legítima. Supone la adición ideal al patrimonio relicto de todas las donaciones realizadas en vida por el causante.

<sup>183</sup>Consiste en colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario va a recibir del causante.

<sup>184</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 49.

<sup>185</sup>FAUS, M. "Prohibición de disponer. Límites del heredero y de la prohibición", Vlex.

<sup>186</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 52.

<sup>187</sup>Ibídem.

<sup>188</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 52-53.

## CAPÍTULO IV: EL DERECHO SUCESORIO EN LOS DERECHOS FORALES

### Disposiciones generales e históricas.

Ante la invasión musulmana, algunos pueblos resistieron a la misma y crearon su propia legislación civil. Por ello, el hecho de que, actualmente, algunas Comunidades Autónomas tengan un derecho civil propio<sup>189</sup>, se remonta a la Edad Media, durante la cual coexistieron varios reinos, cada uno con su derecho propio.

Aún en la Edad Moderna<sup>190</sup>, con la unificación de las Coronas de Aragón y Castilla, persistió esta diversidad y autonomía legislativas. Pero con la Guerra de Sucesión, Valencia perdió su derecho privado propio; manteniéndolo Aragón, Baleares y Cataluña. Navarra y las provincias vascas también mantuvieron su derecho, aunque con más dificultades por motivos de política interna.

En la Edad Contemporánea<sup>191</sup>, a principios de siglos XIX, el movimiento político fue centralizador y tuvo como objetivo terminar con los derechos civiles forales, pero las legislaciones de esta época -Constitución de 1812, Proyecto de Código Civil de 1851- fracasaron y con ellas este objetivo centralizador.

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888<sup>192</sup> aceptó la forma de Código para el Derecho Civil Común, y la de Apéndices para las legislaciones forales, pero sólo se redactó el apéndice del Derecho Foral de Aragón, por lo que este “avance” no se consideró exitoso.

Sin embargo, en 1944, se celebró el Congreso Nacional de Derecho Civil<sup>193</sup>, surgiendo así la unificación de todas las instituciones del Derecho Común, en cuanto a los derechos forales y a las peculiaridades de algunas regiones, también se vieron unificadas en unas Compilaciones. Este sistema de Compilaciones sí que se consideró mucho más favorable para el derecho foral.

Así se promulgó<sup>194</sup> la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 30 de julio de 1959<sup>195</sup> -sustituida posteriormente por la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco de 1 de

---

<sup>189</sup>PLAZA PENADÉS, J. “*El Derecho Civil, los Derechos civiles forales o especiales y el Derecho civil autonómico*”, Revista de Derecho Civil valenciano, 2012. Recuperado de: [Http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-autonómico](http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-autonómico)

<sup>190</sup>Ibídem.

<sup>191</sup>Ibídem.

<sup>192</sup>Ibídem.

<sup>193</sup>Ibídem.

<sup>194</sup>Ibídem.

julio de 1992-; la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña aprobada por la Ley de 21 de julio de 1960; la Compilación Balear aprobada con la Ley de 19 de abril de 1961; La Compilación de Derecho Civil de Galicia de 2 de diciembre de 1963; la Compilación del Derecho civil de Aragón aprobada por la Ley de 8 de abril de 1967 y, finalmente, la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra por Ley de 1 de marzo de 1973.

La gran mayoría de estas Compilaciones se han visto modificadas y actualizadas legislativamente, suponiendo un avance social y, más concretamente, un avance en cuanto a la libertad de testar.

A diferencia del derecho común, los derechos forales admiten los pactos sucesorios como alternativa al testamento con la que cuentan las personas para ordenar sus bienes en vida. Así, el pacto sucesorio supone el acuerdo entre dos o más personas para ordenar los bienes futuros de la herencia, pudiendo adelantar el momento de la entrega para hacerlo en vida<sup>196</sup>. Es decir, son un contrato de herencia a futuro que sólo pueden otorgarlos los mayores de edad y en escritura pública<sup>197</sup>.

El testamento mancomunado no lo admiten la totalidad de derechos forales -se admite en el País Vasco, Galicia, Aragón y Navarra-. Este tipo de testamento se caracteriza, al igual que el pacto sucesorio, por su otorgamiento realizado por dos personas a la vez y, en la misma línea que el pacto, requiere de ambos otorgantes para su modificación o revocación, generándose asimismo una doble sensación: por un lado, el hecho de que no sea libremente revocable merma la libertad de testar, pero, por otro lado, al encontrarnos ante una forma adicional de testar, se amplía dicha libertad.

Lo mismo ocurre en los derechos forales que admiten el testamento por comisario -País Vasco y Galicia-. El testamento por comisario, en el caso del País Vasco, admite la posibilidad de que todos aquellos que ostenten vecindad civil vasca, puedan nombrar sucesor en su herencia por medio de comisario designado al efecto a quien se atribuyen los poderes testatorios<sup>198</sup>. En

---

<sup>195</sup> Artículo extraído de *Wolters Kluwer*. Recuperado de: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjY3NTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAdhO6xTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjY3NTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAdhO6xTUAAAA=WKE)

<sup>196</sup> TRECET, J. “*Pacto Sucesorio: la fórmula para ahorrar impuestos al heredar en vida*”, Finect, 2019. Recuperado de: <https://www.finect.com/usuario/Josetrecet/articulos/pacto-sucesorio>

<sup>197</sup> ARCAS SARIOT, M.J. “*La legítima en el País Vasco*”, Todo sobre herencias, 2020. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-el-pais-vasco/>

<sup>198</sup> HEBRERO, J.A. “*El testamento por comisario en el País Vasco*”, Tu Guía Legal, 2015. Recuperado de: <https://tuguialegal.com/2015/09/08/el-testamento-por-comisario-en-el-pais-vasco/>

cambio, en el caso de Galicia, admite la posibilidad de que uno de los cónyuges otorgue en ejercicio de la facultad testatoria concedida por el otro<sup>199</sup>.

Este tipo de testamento se encuentra prohibido, al igual que el mancomunado, por el Código Civil por entender que el testamento es un acto personalísimo<sup>200</sup>, lo cual resulta contradictorio con la admisión de la fiducia sucesoria -la cual, además de en el territorio de derecho común, también se admite y regula en Cataluña, Islas Baleares, Aragón y Navarra, aunque en estos territorios forales no se requiere que necesariamente sea el cónyuge a quien se le atribuye la fiducia-, en cuya virtud el testador atribuye al cónyuge viudo, o a la persona con la que tiene descendencia común, aunque no sea su cónyuge, la facultad de mejorar a los hijos y descendientes comunes, adjudicarles bienes concretos o realizar la partición de la herencia.

En determinados derechos forales -Cataluña, Baleares, Aragón y Navarra- se regula un derecho de predetracción<sup>201</sup>. Este derecho<sup>202</sup> le corresponde al cónyuge supérstite y constituye la propiedad de las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común de los cónyuges. En cuanto a estos derechos, el causante no puede suprimirlos utilizando su libertad de testar, sino que precisamente constituyen una clara restricción a ésta.

## El Derecho Sucesorio en el País Vasco

### - Los pactos sucesorios

En el País Vasco, la designación de sucesor a través de pacto sucesorio sólo puede modificarse o resolverse mediante nuevo pacto entre los otorgantes, sucesores o por causas estipuladas por las partes<sup>203</sup>. Es decir, nada impide que las partes lleguen a un nuevo acuerdo, o que puedan modificar o resolver el pacto sucesorio o, incluso, que pacten causas de revocación que permitan su ejercicio unilateral; lo que supone, en definitiva, libertad de testar.

### - El testamento mancomunado

En el territorio vasco, se admite el testamento mancomunado<sup>204</sup>, al que se denomina “testamento de hermandad”, éste es revocable libremente siempre que se notifique al cotestador y se revoque

<sup>199</sup>“Regulación de la sucesión por comisario en Galicia”, Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-sucesion-comisario-galicia-59746>

<sup>200</sup>HEBRERO, J.A. Op. cit. Recuperado de: <https://tuguialegal.com/2015/09/08/el-testamento-por-comisario-en-el-pais-vasco/>

<sup>201</sup>VAQUER ALOY, A. “Libertad de testar y libertad para testar”, Biblioteca de Derecho Privado, Santiago de Chile, 2018, pág. 51.

<sup>202</sup>Definición extraída del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, 2020. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/derecho-de-predetraccion>

<sup>203</sup>Artículo 101 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>204</sup>Artículo 24 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

en virtud de uno nuevo mediante testamento abierto o pacto sucesorio<sup>205</sup>. Aunque, esta facultad de revocación se limita por la premoriencia del cotestador<sup>206</sup>, es decir, “*fallecido uno de los otorgantes, el otro no podrá revocar ni modificar las disposiciones que hubiere otorgado sobre su propia herencia si trajeren causa de las disposiciones del premuerto*”.

#### - **El apartamiento**

Esta figura especial<sup>207</sup> del derecho vasco equivale a la figura de la desheredación. En el derecho vasco la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito. Asimismo, la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.

#### - **Los límites a la libertad de testar**

##### 1. El principio de troncalidad.

Este principio rige en Vizcaya y en los municipios alaveses de Aramaio y Llodio<sup>208</sup>.

En la legislación vasca toma importancia la troncalidad<sup>209</sup>, que se establece como un límite a la libertad de testar -junto a la legítima y con prevalencia<sup>210</sup> sobre ésta-. Esta restricción otorga a los parientes tronqueros -con irrelevancia de su vecindad civil- un derecho de preferencia<sup>211</sup> ante cualquier acto de disposición que haga el titular tanto en vida como *mortis causa*.

No obstante, el causante puede dejar bienes troncales a favor de parientes que no pertenezcan a esta línea preferente y este acto será válido, pero, los parientes tronqueros podrán interponer acción -derecho de saca- para anular tal cláusula sucesoria, siempre y cuando lo hagan dentro del plazo de caducidad<sup>212</sup>. Por tanto, aunque constituya una limitación de la libertad de testar, el causante puede disponer dichos bienes a su antojo sin perjuicio de las acciones que por ello les correspondan a los parientes preferentes.

Esta troncalidad, al igual que en el Derecho Común, tiene como finalidad<sup>213</sup> la protección del carácter familiar del patrimonio.

##### 2. La legítima.

---

<sup>205</sup> Artículo 27 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>206</sup> Artículo 28 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>207</sup> ARCAS SARIOT, M.J. Op. cit. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-el-pais-vasco/>

<sup>208</sup> *Ibidem*.

<sup>209</sup> VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 36.

<sup>210</sup> Artículo 70 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>211</sup> Artículo 68 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>212</sup> Artículo 69 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>213</sup> Artículo 62 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

En el País Vasco, la legítima se ha reducido recientemente, en aras a un refuerzo de la libertad de testar, quedando actualmente en un tercio del caudal hereditario en todo caso<sup>214</sup>.

La legítima es colectiva<sup>215</sup>, aunque con derecho de alimentos a cargo de la herencia para los hijos apartados en situación de necesidad por su exclusión de la herencia.

Tras la última reforma legislativa, los ascendientes han dejado de ser legitimarios<sup>216</sup>. Es decir, los legitimarios en el País Vasco son<sup>217</sup>: en primer lugar, los hijos o descendientes de cualquier grado; en segundo lugar, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos.

La legítima de los hijos y descendientes, en el País Vasco, entabla una especialidad: se puede disponer de la legítima a favor de los nietos, aunque haya hijos<sup>218</sup>.

Así, en cuanto a la legítima del cónyuge viudo<sup>219</sup>, hay que diferenciar según los territorios:

- a. Vizcaya: es legitimario el cónyuge viudo y, además, la pareja de hecho, el cual tiene derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes y, en defecto de estos, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes<sup>220</sup>; igualmente, tiene un derecho de habitación de la vivienda conyugal. No obstante, perderá los anteriores derechos 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<sup>221</sup>. Los herederos pueden conmutar al cónyuge viudo o al miembro superviviente de la pareja de hecho su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.
- b. Aramaio y Llodio: la legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se paga con bienes no troncales, a no ser que éstos no existan, en cuyo caso se podrá acudir a éstos. Los tronqueros pueden conmutar el usufructo del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho que recaiga sobre los bienes troncales, por un capital en efectivo de libre disposición.

---

<sup>214</sup>Artículo 49 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>215</sup>Artículo 21 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>216</sup>Artículo 47 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>217</sup>ARCAS SARIOT, M.J. Op. cit. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-el-pais-vasco/>

<sup>218</sup>Ibidem.

<sup>219</sup>Ibidem.

<sup>220</sup>Artículo 52 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>221</sup>Artículo 55 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

El derecho vasco, la legítima puede ser objeto de renuncia<sup>222</sup> incluso antes del fallecimiento del causante, siempre que se realice a través de pacto sucesorio.

#### - **El Fuero de Ayala (Álava)**

La legítima no existe en este territorio vasco, por lo que existe plena libertad de testar. Así, el artículo 89 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco establece que *“los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quieran y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho”*.

El valle de Ayala existe total libertad de testar<sup>223</sup>. Así, los que ostenten la vecindad civil ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quieran y lo pueden hacer por medio de testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando sin ningún obstáculo a sus legitimarios.

Asimismo, los que ostenten la vecindad civil ayalesa pueden constituir un usufructo poderoso<sup>224</sup>. El usufructo poderoso es un derecho personalísimo que concede a los usufructuarios la facultad de disponer a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa* de la totalidad o parte de los bienes, a favor de cualquier persona señalada expresamente por el causante.

### **El Derecho Sucesorio en Cataluña**

La institución de heredero<sup>225</sup> es requisito esencial para la validez del testamento, salvo que se supla con el nombramiento de un albacea universal. Además, se tienen por no formuladas las disposiciones de condición resolutoria y plazo suspensivo o resolutorio en cuanto a lo que en la institución de heredero se refiera<sup>226</sup>.

La sucesión voluntaria en Cataluña se puede regir, tanto por contrato -pacto sucesorio, codicilo-, como por testamento -admitiéndose la forma de memoria testamentaria<sup>227</sup>-.

Esta doble posibilidad otorga mayor libertad de testar<sup>228</sup> pues el causante puede organizar la sucesión conforme a su propia voluntad utilizando los instrumentos legalmente puestos a su disposición.

---

<sup>222</sup>ARCAS SARIOT, M.J. Op. cit. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-el-pais-vasco/>

<sup>223</sup>Ibídem.

<sup>224</sup>Ibídem.

<sup>225</sup>Artículo 423 del Código Civil de Cataluña.

<sup>226</sup>Ibídem.

<sup>227</sup>Artículo 421 del Código Civil de Cataluña.

## - Los pactos sucesorios

En Cataluña se admiten dos tipos de pacto sucesorio<sup>229</sup>: el pacto de institución de heredero y el pacto de atribución singular. Los cuales, a pesar de tener carácter irrevocable, se pueden acoger a excepciones de revocabilidad. Estas excepciones de revocabilidad atribuyen libertad en cuanto a la poca libertad que otorga el principio de irrevocabilidad, por lo que se aprecia una evolución hacia la libertad de testar en este territorio.

## - La nueva causa de desheredación

Regula Cataluña una novedosa causa de desheredación<sup>230</sup>: la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, por causa exclusivamente imputable al legitimario.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2014, ha estipulado algo similar a nivel nacional, maltrato de obra -maltrato psicológico- como causa de desheredación<sup>231</sup>.

## - Los límites a la libertad de testar

### 1. La legítima

Tradicionalmente, el derecho catalán ha regulado la legítima<sup>232</sup> como un derecho de crédito. Es decir, la legítima en Cataluña es una *pars valoris*<sup>233</sup>, lo que quiere decir que es una parte del valor de los bienes hereditarios. El hecho de que se constituya como un derecho de crédito frente a la herencia implica que el heredero podrá pagarla en dinero que no sea de la herencia.

En Cataluña, la legítima constituye un cuarto de la herencia<sup>234</sup> en todo caso.

Los legitimarios en Cataluña son: en primer lugar, los hijos del causante por partes iguales y, a falta de hijos, el padre y la madre por mitad.

En cuanto a la legítima de los hijos<sup>235</sup>: los premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes son representados por sus respectivos descendientes por estirpes, es decir, su parte va a parar a sus descendientes que ocupan su lugar de legitimarios.

---

<sup>228</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 15.

<sup>229</sup>Artículo 431 del Código Civil de Cataluña.

<sup>230</sup>Artículo 451 del Código Civil de Cataluña.

<sup>231</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 58.

<sup>232</sup>Ibidem.

<sup>233</sup>ARCAS SARIOT, M.J. “La legítima en Cataluña”, Todo sobre herencias, 2020. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-cataluna/>

<sup>234</sup>Artículo 451 del Código Civil de Cataluña.



En cuanto a la legítima de los padres<sup>236</sup>, en el territorio catalán, los ascendientes son legitimarios, pero con limitaciones<sup>237</sup>. Éstos no tienen derecho a legítima en el caso de que el causante tenga descendientes desheredados justamente o declarados indignos -pues en este caso ocupan el lugar los descendientes de los desheredados o declarados indignos, por derecho de representación, aunque únicamente en cuanto a la legítima-.

Este territorio es una de las excepciones en las que el cónyuge viudo también es legitimario<sup>238</sup>, aunque no como tal; es decir, no existe una verdadera legítima del cónyuge viudo<sup>239</sup>, pero, se le atribuyen ciertos derechos que equivaldrían a la misma:

- a. El derecho “*any de plor*”<sup>240</sup>: el cónyuge superviviente, durante el año siguiente al fallecimiento de su cónyuge, siempre que no sea usufructuario universal, tendrá derecho<sup>241</sup> a continuar usando la vivienda familiar y a ser alimentado con cargo al patrimonio hereditario según el nivel de vida y la importancia de dicho patrimonio. No obstante, perderá este derecho si empieza a convivir con otra persona o a descuidar a los hijos comunes -aunque no tendrá que devolver lo ya recibido-.
- b. El derecho de predetracción<sup>242</sup>: se le atribuirán al cónyuge superviviente la ropa, el mobiliario y los enseres que formen el ajuar de la vivienda conyugal<sup>243</sup>.
- c. El derecho a la cuarta viudal: el cónyuge viudo que acredite dificultades económicas tiene un derecho denominado “cuarta viudal”<sup>244</sup>, que le atribuye hasta ¼ del valor de la herencia.

## 2. La sustitución fideicomisaria

También como restricción a la libertad de testar, aparece la figura del fideicomisario<sup>245</sup> en los derechos forales, el derecho catalán permite llamar fideicomisariamente<sup>246</sup> a tantas personas vivas en el momento del deceso como desee el causante, mientras que, si se trata de no vivas, solo cabe un llamamiento, salvo que se trate de un fideicomiso familiar, en cuyo caso se admite hasta dos generaciones; si se trata de una persona jurídica la duración máxima del fideicomiso es de treinta años.

<sup>235</sup>ARCAS SARIOT, M.J. Op. cit. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-cataluna/>

<sup>236</sup>Ibidem.

<sup>237</sup>Artículo 451 del Código Civil de Cataluña.

<sup>238</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 74.

<sup>239</sup>ARCAS SARIOT, M.J. Op. cit. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-cataluna/>

<sup>240</sup>Ibidem.

<sup>241</sup>Artículo 231 del Código Civil de Cataluña.

<sup>242</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 51.

<sup>243</sup>ARCAS SARIOT, M.J. Op. cit. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-cataluna/>

<sup>244</sup>Artículo 452 del Código Civil de Cataluña.

<sup>245</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 52.

<sup>246</sup>Artículo 426 del Código Civil de Cataluña.

### 3. La indivisión.

Otra restricción a la libertad del causante es la indivisión; en Cataluña, el estado de indivisible<sup>247</sup>, por voluntad del causante, tiene como límite diez años, a no ser que se trate de un inmueble que constituya la residencia habitual de uno de los herederos -cónyuge, conviviente en pareja estable o hijo-, en este caso el límite se establece en quince años, debiendo al causante establecer tal exceso por mandato legal.

### 4. Las prohibiciones de disponer testamentarias.

Asimismo, el derecho civil catalán regula otro límite a la libertad de testar, se trata de las prohibiciones de disponer testamentarias<sup>248</sup>. En Cataluña, éstas sólo se admiten si tienen carácter temporal, con el límite de la duración de la vida de una persona física determinada o, como máximo, con el límite de treinta años. No obstante, el afectado por la prohibición<sup>249</sup> puede solicitar autorización judicial para enajenar si concurre una justa causa sobrevenida.

## El Derecho Sucesorio en las Islas Baleares

En Mallorca y Menorca, se requiere la institución de heredero como requisito esencial para la validez del testamento. En cambio, en Ibiza y Formentera, el testamento es válido, aunque no contenga la institución de herederos o no comprenda la totalidad de los bienes<sup>250</sup>.

Como especialidad, se admite la institución contractual de heredero por medio de la donación universal de bienes presentes y futuros<sup>251</sup>.

### - Los pactos sucesorios

Se admite el pacto sucesorio<sup>252</sup>, estableciendo la irrevocabilidad de éstos. Siendo esta compilación de las más tajantes en cuanto a las causas unilaterales de revocación: mientras que en Mallorca y Menorca se establecen tres causas<sup>253</sup> -indignidad, incumplimiento de cargas y ingratitud-, en Ibiza y Formentera se establecen dos<sup>254</sup> -indignidad y conductas generales constitutivas de desheredación-; no se permite la inclusión de causas distintas de revocación<sup>255</sup>.

### - Los límites a la libertad de testar

<sup>247</sup> Artículo 463 del Código Civil de Cataluña.

<sup>248</sup> Artículo 428 del Código Civil de Cataluña.

<sup>249</sup> VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 53.

<sup>250</sup> Artículo 69 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

<sup>251</sup> Artículo 8 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

<sup>252</sup> Artículo 17 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

<sup>253</sup> Artículo 8 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

<sup>254</sup> Artículo 74 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

<sup>255</sup> VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 30.

### 1. La legítima

En las Islas Baleares, la legítima es variable<sup>256</sup>: la constituye un tercio de la herencia si los descendientes legitimarios son cuatro o menos; y, una mitad si son más de cuatro los descendientes legitimarios.

### 2. El Derecho de predetracción

Se regula un derecho de predetracción<sup>257</sup>.

### 3. La sustitución fideicomisaria

Como restricción a la libertad de testar, al igual que en Cataluña, se permite el fideicomiso. En Baleares<sup>258</sup>, el límite se estipula cuando se trate de llamamientos a favor de personas de la segunda generación, sin límite de número cuando la sustitución es familiar, y con el límite de dos llamamientos si se trata de una sustitución no familiar; si se trata de personas vivas al tiempo del fallecimiento del causante, no hay límite alguno.

## El Derecho Sucesorio en Galicia

### - Los pactos sucesorios

En Galicia también se admiten los pactos sucesorios, pero, el derecho gallego no contempla causas de revocación<sup>259</sup> como tal, en cambio sí contempla causas de ineficacia de éstos. Entre estas causas de ineficacia<sup>260</sup>, se encuentran las causas de sanción -incumplimiento de las obligaciones asumidas incursión de la causa de deshereda acción o indignidad- y las causas de premoriencia.

Además, se admite la conversión de dichas causas<sup>261</sup>, lo cual amplía la posibilidad de la introducción de causas de ineficacia a instancia de quienes pactan<sup>262</sup> y, por ende, también del causante. Asimismo, no se fija ningún límite<sup>263</sup> a estas causas, quedando así a la completa voluntad de los intervinientes en el pacto.

---

<sup>256</sup>Artículos 42 y 79 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

<sup>257</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 51.

<sup>258</sup>Artículo 25 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

<sup>259</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 29.

<sup>260</sup>Ibidem.

<sup>261</sup>Artículo 218 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

<sup>262</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 29-30.

<sup>263</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 30.

Como pacto sucesorio a destacar en Galicia encontramos el conocido como el pacto de mejora de labrar y poseer<sup>264</sup>, que tiene por objeto<sup>265</sup> la adjudicación íntegra a un descendiente, de un lugar acasado, aunque las tierras que lo compongan estén separadas; o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril. Además, esa adjudicación<sup>266</sup> implica la institución de heredero a favor del mejorado, sino se pacta lo contrario<sup>267</sup>.

#### - El testamento mancomunado

En Galicia, el testamento mancomunado<sup>268</sup> *“en todo momento podrá ser revocado unilateralmente por cualquiera de los otorgantes en lo concerniente a sus disposiciones no correspectivas”* pero, si uno de los otorgantes premuere o es incapacitado, estas disposiciones correspectivas devienen irrevocables<sup>269</sup>.

#### - Los límites a la libertad de testar

##### 1. La legítima

En Galicia, al igual que en el País Vasco, se aprecia una tendencia a la disminución de la legítima en aras al refuerzo de la libertad de testar; así, actualmente, la legítima constituye un cuarto de la herencia<sup>270</sup>. Asimismo, se ha transformado en un derecho de crédito<sup>271</sup>, siguiendo el tradicional modelo catalán.

Igualmente, la legítima ya no les corresponde a los ascendientes<sup>272</sup>, los cuales han quedado, tras la última reforma, excluidos de su condición de legitimarios.

### El Derecho Sucesorio en Aragón

Cualquier forma sucesoria -pacto o testamento- será válida, aunque no contengan institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes<sup>273</sup>.

<sup>264</sup>“La mejora de labrar y poseer como modalidad de acuerdos sucesorios en Galicia”, Iberley, 2016. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-mejora-labrar-poseer-galicia-59835>

<sup>265</sup>NARÓN, ABOGADAS. “El pacto de la mejora de labrar y poseer”, La Abogada, 2016 Recuperado de: <http://www.labogada.com/2016/05/pacto-labrar-poseer.html>

<sup>266</sup>Ibíd.

<sup>267</sup>Artículo 219 a 223 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

<sup>268</sup>Artículo 190 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

<sup>269</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 31.

<sup>270</sup>Artículo 243 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

<sup>271</sup>Ibíd.

<sup>272</sup>Artículo 238 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

<sup>273</sup>Artículo 465 del Código de Derecho Foral de Aragón.

En Aragón, el causante goza de una amplia libertad para ordenar su sucesión, puesto que cuenta con numerosos instrumentos para hacerlo: pacto, testamento individual o mancomunado, o a través de fiduciarios; sin más límites que los generales y, en especial, el respeto a la legítima<sup>274</sup>.

#### - **Los pactos sucesorios**

Se admite el pacto como forma sucesoria<sup>275</sup> que, además, es susceptible de modificación y revocación siempre que se haga de mutuo acuerdo, mediante nuevo pacto u otorgamiento de testamento mancomunado<sup>276</sup>. Así, el causante y la persona con quien otorgue el pacto pueden crear causas de revocabilidad y modificar las legales; por lo que, esta forma de disponer bienes no restringe la libertad del testador, sino que se la otorga por dos motivos<sup>277</sup>: en primer lugar, cuantas más formas de disposición de los bienes, mayor libertad y, en segundo lugar, se le permite al causante la modificación de su disposición de última voluntad.

#### - **El testamento mancomunado**

El testamento en Aragón puede ser mancomunado<sup>278</sup> y, así, su legislación foral establece la posibilidad de que éste sea revocado unilateralmente por cualquiera de los otorgantes, siempre que se trate de sus disposiciones no correspectivas y siempre que se realice dicha revocación a través de testamento abierto y con notificación al otro otorgante.

Si el otro otorgante premuere, las disposiciones correspectivas devienen irrevocables, salvo que concurra alguna causa de revocación unilateral de los pactos sucesorios que, como hemos visto, pueden ser pactadas<sup>279</sup>, pudiendo incluir los otorgantes en el testamento mancomunado alguna causa de revocación unilateral, ampliando esto la libertad de testar.

#### - **La condición de contraer matrimonio con una persona concreta**

En cuanto a las condiciones, en Aragón se admite expresamente<sup>280</sup> la condición de contraer matrimonio con una persona concreta; consiste en condicionar la adquisición y permanencia de la parte heredada a no contraer matrimonio con una persona determinada<sup>281</sup>. Esta condición, si bien es cierto que amplía la libertad del testador, merma el derecho fundamentado de libertad del sucesor.

<sup>274</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 15.

<sup>275</sup>Artículo 317 del Código de Derecho Foral de Aragón.

<sup>276</sup>Artículo 400 del Código de Derecho Foral de Aragón.

<sup>277</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 28-29.

<sup>278</sup>Artículos 406, 409-410 y 417-422 del Código de Derecho Foral de Aragón.

<sup>279</sup>DELGADO ECHEVARRÍA, J. "Código del Derecho Foral de Aragón", pág. 621 en VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 31.

<sup>280</sup>Artículo 438 del Código de Derecho Foral de Aragón.

<sup>281</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 104.

## - Los límites a la libertad de testar

### 1. La legítima

En Aragón, al igual que en Galicia y en el País Vasco, se aprecia una tendencia a la disminución de la legítima en aras del refuerzo de la libertad de testar, así, actualmente, la legítima constituye una mitad de la herencia<sup>282</sup>.

Asimismo, al igual que las otras dos citadas comunidades, los ascendientes han dejado de formar parte del grupo de legitimarios<sup>283</sup>.

Esta legítima es colectiva, salvo el derecho de alimentos que puedan reclamar los legitimarios preferentes excluidos<sup>284</sup>.

### 2. Los derechos legales de viudedad

Asimismo, el derecho aragonés, restringe la libertad de testar con los derechos legales de viudedad; así, el cónyuge tiene el usufructo sobre todos los bienes del otro cónyuge<sup>285</sup>. No obstante, cabe pacto de exclusión<sup>286</sup> de este derecho.

### 3. El derecho de predetracción

Se regula un derecho de predetracción<sup>287</sup>.

### 4. La indivisión

Otra restricción a la libertad de testar es la indivisión. El derecho aragonés establece<sup>288</sup> que el causante puede ordenar la no partición de la herencia durante un tiempo determinado, que en ningún caso puede exceder los quince años, o establecer la indivisión por el tiempo en el que los bienes estén sujetos al usufructo viudal. No obstante, el Juez puede ordenar la división si lo solicita cualquier partícipe y si concurre justa causa sobrevenida, a pesar de que el causante estableciese la prohibición testamentaria<sup>289</sup>; y por esto, es un límite a la libertad del testador.

---

<sup>282</sup> Artículo 486 de la Compilación Foral de Aragón.

<sup>283</sup> *Ibidem*.

<sup>284</sup> Artículo 515 de la Compilación Foral de Aragón.

<sup>285</sup> Artículo 271 de la Compilación Foral de Aragón.

<sup>286</sup> Artículo 272 de la Compilación Foral de Aragón.

<sup>287</sup> VAQUER ALOY, A. *Op. cit.*, pág. 51.

<sup>288</sup> Artículo 365 de la Compilación Foral de Aragón.

<sup>289</sup> VAQUER ALOY, A. *Op. cit.*, pág. 52.

## El Derecho Sucesorio en Navarra

### - Los pactos sucesorios

Se admite el pacto sucesorio, que es, en principio, irrevocable, puesto que la Ley navarra permite únicamente su revocabilidad por premoriencia del instituido<sup>290</sup>, pero, se abre la posibilidad de que puedan ser revocados por las causas que pactaron los otorgantes; por lo que la irrevocabilidad se excepciona con la admisión de causas de revocación que dependerán de la voluntad de los contratantes<sup>291</sup>.

### - El testamento mancomunado

Asimismo, la legislación navarra admite el testamento mancomunado, al que, al igual que en País Vasco, se le denomina “testamento de hermandad”. Su revocación unilateral es libre, pero, no resulta eficaz hasta su fehaciente notificación a los demás otorgantes<sup>292</sup>. Fallecido cualquiera de los otorgantes, el testamento mancomunado deviene irrevocable<sup>293</sup> a no ser que en él se hubiera dispuesto otra cosa; por lo que, dentro del límite de la irrevocabilidad, la excepción de pactar revocabilidad unilateral otorga cierta libertad de testar.

### - Los límites a la libertad de testar

#### 1. El principio de protección de los derechos de los hijos de anterior matrimonio

Uno de los principios sobre los que se asienta la legislación navarra es el de protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio, que se considera un pilar básico del régimen sucesorio foral<sup>294</sup>, lo cual explica la subsistencia de la reserva vidual en el derecho navarro.

Según la legislación navarra, los hijos de un matrimonio anterior no deben recibir menos de sus padres que el más favorecido de los hijos de un matrimonio ulterior, y si recibieran menos, podrán ejercitar la acción de inoficiosidad<sup>295</sup> con la finalidad de ser igualados.

Esto implica un límite a la libertad de testar, aunque bien cierto que la igualación anteriormente referida pueden llevarla a cabo los hijos que han recibido el exceso no necesariamente en bienes hereditarios, sino también a través de dinero<sup>296</sup>.

---

<sup>290</sup>Ley 182 del Fuero Navarro

<sup>291</sup>Ley 118 del Fuero Navarro.

<sup>292</sup>Ley 201 del Fuero Navarro.

<sup>293</sup>Ley 202 del Fuero Navarro.

<sup>294</sup>EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. “Libertad de testar y derechos de hijos de anterior matrimonio: ¿un sistema necesitado de revisión en Navarra?”, Revista Jurídica de Navarra, Pamplona, 2006, pág. 11.

<sup>295</sup>Ley 272 del Fuero Navarro.

## 2. La legítima

A diferencia de todos los derechos forales anteriores, en Navarra la legítima es meramente formal<sup>297</sup>, sin contenido material; esto significa que la legítima<sup>298</sup> en este territorio está constituida por la obligación de mencionar a los descendientes legitimarios en el testamento con independencia de si se les atribuyen o no bienes patrimoniales.

## 3. Los derechos legales de viudedad

La libertad de testar también resulta restringida por los derechos legales de viudedad<sup>299</sup>. Así, el derecho Navarro, a pesar de no regular una legítima material, regula un usufructo conyugal legal universal, es el llamado usufructo de fidelidad, el cual resulta ser un evidente límite a la libertad del causante.

## 4. El derecho de predetracción

Se regula un derecho de predetracción<sup>300</sup>.

## 5. La sustitución fideicomisa

El derecho navarro, al igual que el catalán y el balear, restringe la libertad al causante a través de la figura del fideicomiso. En Navarra, el límite de llamamientos<sup>301</sup> a favor de personas no vivas ni concebidas se cifra en cuatro.

## 6. La indivisión

Otra figura que restringe la libertad del testador es la indivisión. El derecho navarro establece<sup>302</sup> que el causante puede ordenar la no partición de la herencia durante un tiempo determinado y, en cualquier caso, como el límite del plazo de diez años, o el tiempo que dure el usufructo de fidelidad, o el tiempo restante hasta que un hijo contraiga matrimonio o, aunque no lo haga, en cualquier caso, cuando cumpla veinticinco años.

## 7. Las prohibiciones de disponer testamentarias

---

<sup>296</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 36.

<sup>297</sup>Ley 267 del Fuero Navarro.

<sup>298</sup>MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “*Legítima material y legítima formal*” Academia Matritense del Notariado, 2009. Recuperado de: <https://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/1544-legitima-material-y-legitima-formal-0-9796865787167909>

<sup>299</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 51.

<sup>300</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 51.

<sup>301</sup>Ley 224 del Fuero Navarro.

<sup>302</sup>Ley 331 del Fuero Navarro.



Asimismo, encontramos en el derecho navarro el límite testar de las prohibiciones de disponer testamentarias<sup>303</sup>, el cual es el mismo que para las sustituciones fideicomisarias: cuatro llamamientos.

## **Conclusión y comparación con el Derecho Común**

A diferencia del derecho común, los derechos forales, tal y como hemos visto, admiten los pactos sucesorios como alternativa al testamento. Asimismo, admiten más modalidades de testamento que el Código Civil -testamento mancomunado y testamento por comisario-, por lo que, al regular más formas de testamento, están otorgando al testador una mayor libertad.

Así, en cuanto a la legítima, a diferencia del Código Civil en el que ésta permanece invariable en los dos tercios de la herencia -cuantía que únicamente varía según quienes sean los legitimarios-, los derechos forales han apostado por una minoración de la cuota legitimaria; por lo que, la libertad del testador se ve, por ende, aumentada.

Asimismo, mientras que el derecho común apuesta por la concurrencia de descendientes y ascendientes como herederos forzosos, la mayoría de derechos forales han reducido los legitimarios, eliminando de la ecuación a los ascendientes. El hecho de que concurran menos legitimarios otorga más amplio margen a la voluntad del causante.

Resulta notablemente relevante que Cataluña haya ampliado sus causas de desheredación, introduciendo la falta de relación familiar continuada imputable exclusivamente al legitimario; a pesar de que el Tribunal Supremo haya intentado introducir igualmente el maltrato psicológico, asimilándolo al de obra, por parte del legitimario al causante, resulta más dubitativo en cuanto a su interpretación, por lo que, a nivel del territorio donde rige el derecho común, esta causa de desheredación va a resultar vagamente utilizada e incluso inutilizada.

Como ya se ha expuesto anteriormente, una ampliación de las causas de desheredación implica otorgar mayor libertad al testador pues, a través de éstas, va a ver reducida su obligación de disponer de sus bienes en favor de legitimarios y, así, podrá disponerlos según su propia voluntad.

Estos hechos implican que los derechos forales están tomando una posición de debilitamiento de la legítima, lo que conlleva una ampliación de la libertad del testador.

---

<sup>303</sup>Ley 481 del Fuero Navarro.

## **CAPÍTULO V: EL CONFLICTO ENTRE LAS NUEVAS MODALIDADES DE FAMILIA Y EL ACTUAL SISTEMA SUCESORIO DEL CÓDIGO CIVIL**

### **La evolución histórica de la familia**

Mientras que la Real Academia Española define la familia como “*grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas; conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje; hijos o descendencia*”, lo cierto es que el concepto tiene multitud de acepciones -sociológica, biológica, religiosa, jurídica y doctrinal-.

Así, desde un punto de vista sociológico<sup>304</sup>, la familia es una institución con gran connotación moral, se refiere a la forma en que sus miembros se organizan para sobrevivir y, por ello, resulta cambiante en el tiempo y en el espacio<sup>305</sup>.

Desde un punto de vista jurídico<sup>306</sup>, la familia es el resultado de la unión por vía matrimonial o extramatrimonial de dos personas que procrean, formando un grupo al que la Ley reconoce derechos, deberes y obligaciones entre sus miembros; es decir, la familia es una relación de parentesco que genera unos vínculos jurídicos que rigen a los miembros que la forman.

Desde un punto de vista doctrinal<sup>307</sup>, la familia, en sentido amplio, es el grupo de personas entre las que existe un parentesco de consanguinidad, por lejano que éste sea; definición que coincide con el concepto de *gens* -familia gentilicia-. En un sentido más restringido, que mejor se adapta a la realidad, la familia comprende sólo a los cónyuges y a los hijos de éstos, que conviven en el mismo domicilio -familia doméstica-, y que se amplía con posterioridad al cónyuge de los hijos y a los descendientes de éstos -nietos-, aunque no haya convivencia.

Por lo tanto, la familia se considera el núcleo social básico sobre el que recaen responsabilidades jurídicas.

La familia es la base de la sociedad, es la institución humana más antigua de todas, por ello, vamos a analizarla a través del tiempo:

---

<sup>304</sup>CHÁVEZ ASCENCIO, M.F. “*La Familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*”, Porrúa-UNAM, México, 1984, pág. 215.

<sup>305</sup>MORALES GÓMEZ, S.M. “*La Familia y su evolución*”, Perfiles de las Ciencias Sociales, México, 2015, pág. 145.

<sup>306</sup>BAQUEIRO ROJAS, E. Y BUENROSTRO BÁEZ, R. “*Derecho de Familia*”, Oxford University Press, México, 2005, pág. 5-7.

<sup>307</sup>OVALLE FAVELA, J. “*Diccionario Jurídico Mexicano*”, Porrúa-UNAM, México, 2006, pág. 2.

## La familia en la Edad Antigua

En un primer momento, la familia surgía del matrimonio por grupos<sup>308</sup>, como forma de organización familiar, que consistía en grupos primitivos que buscaban tener relaciones con otros grupos de tribus.

Posteriormente, surgió la familia consanguínea<sup>309</sup>, basada en líneas de promiscuidad, el grupo que se interrelacionaba estaba formado por sujetos de la misma *gens*, permitiéndose la unión entre hermanos.

En un contexto poligámico, surge la familia patriarcal, en la que aparece la autoridad absoluta del jefe de familia. Ésta era la forma que regía en Roma, pues la familia giraba en torno a la figura del *paterfamilias* y permitía a éste la infidelidad.

La familia romana<sup>310</sup> -en la República y principios del Imperio- se caracterizaba por su fortaleza y perdurabilidad, fuertemente protegida por la Ley y respaldada por el pueblo. Estaba formada por el padre, la madre, los hijos varones tanto solteros como casados, así como las esposas de éstos últimos y los esclavos; todos ellos sometidos a la figura del *paterfamilias*.

Al principio, se permitía por costumbre que el marido repudiase a la mujer por infecunda, en aras a la protección de la continuidad familiar. Pero, conforme el Imperio conquistaba más territorios, se fue produciendo un cambio en las costumbres y en la moral romanas<sup>311</sup>, no por influencia de las costumbres que regían en los territorios conquistados -que, por el contrario, se veían influenciados por las costumbres romanas-, sino más bien porque el hombre abandonaba la familia para acudir a la guerra.

La familia perdió su cohesión y su importancia: desapareció el *cum manu*, se permitió el divorcio y el número de hijos era cada vez menor<sup>312</sup>.

Por ello, Augusto, se vio obligado a promulgar leyes -*Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*, *Lex Popia Poppaea*- que restablecieran la moral familiar, afianzasen el vínculo matrimonial y restaurasen la fidelidad y el parentesco. Así, crea un nuevo concepto legislativo de matrimonio<sup>313</sup>, que consistió en que las relaciones interpersonales

---

<sup>308</sup>“Evolución Histórica de la Familia y Derecho de Familia”, Trabajo de Familia. Recuperado de: [Http://sites.google.com/site/familiacicloii2013/evolucion-historica-de-la-familia-y-derecho-de-familia](http://sites.google.com/site/familiacicloii2013/evolucion-historica-de-la-familia-y-derecho-de-familia)

<sup>309</sup>Ibidem.

<sup>310</sup>MORALES GÓMEZ, S.M. Op. cit., pág. 140-144.

<sup>311</sup>Ibidem.

<sup>312</sup>Ibidem.

<sup>313</sup>Ibidem.

matrimoniales fuesen objeto de Derecho Público, considerándolas destinadas especialmente a la procreación.

Con la decadencia del Imperio<sup>314</sup>, la institución de la familia romana volvió a deteriorarse y, tras la caída del Imperio, la legislación romana fue adoptada por los pueblos invasores -germanos-, integrándose con la legislación de éstos.

### **La familia en la Edad Media**

En esta Época, la familia alcanza una organización basada en la monogamia<sup>315</sup>, por lo que, la relación era exclusiva entre los progenitores, completando los hijos el núcleo familiar.

El *paterfamilias* mantuvo su poder absoluto sobre todos los miembros de la familia. A su vez, la doctrina cristiana -que regía en numerosos territorios- impuso la indisolubilidad del vínculo matrimonial y el respeto mutuo conyugal<sup>316</sup>.

Por tanto, la familia se considera en la Edad Media un organismo de ética muy elevado, constituyéndose en un núcleo social fuertemente unido<sup>317</sup>.

Los vínculos familiares<sup>318</sup> se vieron fortalecidos, la familia se constituyó como una entidad fundamentalmente unida por el culto religioso y una ética estricta. Por ello, una de las sanciones más graves era ser expulsado del grupo del grupo familiar a través de la figura de la desheredación.

### **La familia en Edad Moderna**

En esta época, la institución de la familia dio un vuelco, pues se suprimió el carácter religioso del matrimonio, concibiéndose éste como un contrato que se formalizaba con el consentimiento<sup>319</sup>.

Se consagraron dos principios fundamentales<sup>320</sup>: el de libertad y el de igualdad, el primero de ellos permitió la disolución del matrimonio, el segundo permitió equiparar la familia natural a la legítima.

---

<sup>314</sup>Ibídem.

<sup>315</sup>“Evolución Histórica de la Familia y Derecho de Familia”, Trabajo de Familia. Recuperado de: [Http://sites.google.com/site/familiacicloi2013/evolucion-historica-de-la-familia-y-derecho-de-familia](http://sites.google.com/site/familiacicloi2013/evolucion-historica-de-la-familia-y-derecho-de-familia)

<sup>316</sup>Ibídem.

<sup>317</sup>Ibídem.

<sup>318</sup>MORALES GÓMEZ, S.M. Op. cit., pág. 143-144.

<sup>319</sup>“Evolución Histórica de la Familia y Derecho de Familia”, Trabajo de Familia. Recuperado de: [Http://sites.google.com/site/familiacicloi2013/evolucion-historica-de-la-familia-y-derecho-de-familia](http://sites.google.com/site/familiacicloi2013/evolucion-historica-de-la-familia-y-derecho-de-familia)

<sup>320</sup>Ibídem.

## La familia en la Edad Contemporánea

El individualismo que se produjo en la Edad Media influyó la estructura familiar, imponiéndose así el matrimonio civil y el divorcio<sup>321</sup>.

En este momento, el Estado interviene con mayor intensidad en el Derecho Privado, intensificando su acción dentro de la sociedad<sup>322</sup>. También ahora -1978- se regula la familia constitucionalmente dentro de las normas fundamentales que requieren una especial protección<sup>323</sup> -artículo 39 de la Constitución Española-.

No obstante, durante esta época y hasta 1990, encontramos dentro de la familia una estructura jerárquica notoria, pues el padre continúa siendo la cabeza de familia.

Así, en los años 70, la familia era primordial y, por ello, el padre era el único progenitor que trabajaba para sustentarla económicamente, mientras que la madre se quedaba al cuidado del hogar y de los hijos. El promedio de hijos era de ocho, por lo que la familia era muy numerosa; prueba de la importancia social que constituía<sup>324</sup>.

En los 80, el promedio de hijos desciende a cinco como máximo, pero los roles de ambos progenitores continuaban siendo los mismos, lo que denota que la familia seguía siendo una institución primordial<sup>325</sup>.

Ya en los años 90, el promedio de hijos continuó descendiendo, encontrándose en este momento en tres hijos como máximo. La mujer entró en el mundo laboral de forma más habitual y postergó la maternidad en favor de sus estudios universitarios, lo que conllevó problemas de pareja y, como consecuencia, aumentaron los divorcios<sup>326</sup>.

En el 2000, el promedio de hijos desciende a uno o dos e incluso se llega a postergar en favor de la vida profesional de la mujer. Comienza a desaparecer la autoridad patriarcal en aras a una igualdad en tareas de hogar y cuidado de hijos. Se comienza a apreciar una tendencia a la unión libre sin compromiso<sup>327</sup>.

---

<sup>321</sup>Ibídem.

<sup>322</sup>Ibídem.

<sup>323</sup>Ibídem.

<sup>324</sup>“Evolución de la familia a través del tiempo”, Visión Jaguar, 2018. Recuperado de: <https://periodismocongarra.blogspot.com/2018/04/evolucion-de-la-familia-traves-de-la.html>

<sup>325</sup>Ibídem.

<sup>326</sup>Ibídem.

<sup>327</sup>Ibídem.

A partir del 2010, el promedio de hijos ya es de uno y destaca el fracaso entre las parejas<sup>328</sup>, constituyéndose así las familias monoparentales o las reconstruidas.

Por tanto, tal y como se ha analizado, dentro de las tipologías históricas de familia encontramos: el matrimonio por grupos, la familia consanguínea, la familia patriarcal y la familia monógama, dentro de esta última encontramos la familia nuclear, formada por la madre, el padre y los hijos.

La familia nuclear sigue siendo la más habitual y ésta puede ser, a su vez, matrimonial o de hecho; pero, de la evolución social y el asentamiento del Estado de Bienestar surgen las nuevas tipologías de familia: aparece la familia monoparental, la familia adoptiva, la familia reconstruida -o compuesta-, la familia homoparental, la familia sin hijos y la familia unipersonal.

### **La familia monoparental**

Las causas más habituales de constitución de este tipo de familia son: la separación o el divorcio, el fallecimiento de uno de los progenitores o la decisión individual y voluntaria de ser padre o madre.

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística<sup>329</sup> (a partir de ahora, INE) -año 2019, publicado en abril de 2020-, las familias monoparentales han crecido un 0,5 -dato referido al valor medio del periodo-.

Asimismo, los hogares monoparentales<sup>330</sup>, en el último año según datos del INE -datos referidos al valor medio del periodo- conforman:

	<b>Hombres</b>	<b>Mujeres</b>
<b>Soltero/a</b>	34,9	221,1
<b>Viudo/a</b>	142,2	620,2

<sup>328</sup>Ibídem.

<sup>329</sup>Encuesta continua de hogares, Instituto Nacional de Estadística, 2019. Recuperado de: [https://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176952&menu=ultiDatos&idp=1254735572981](https://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176952&menu=ultiDatos&idp=1254735572981)

<sup>330</sup>Encuesta continua de hogares, Instituto Nacional de Estadística. Recuperado de: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01017.px&L=0>

<b>Separado/a</b>	33,1	147,2
<b>Divorciado/a</b>	100,0	446,1

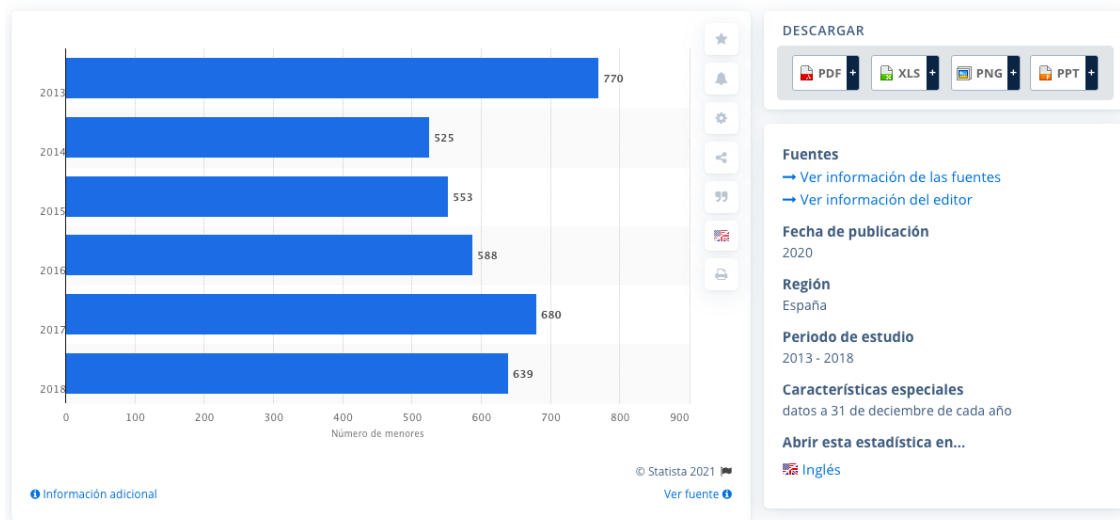
## La familia adoptiva

Los progenitores adoptan a sus hijos por motivos solidarios o biológicos.

Lo cierto es que esta opción tiende al aumento, si bien las dificultades económicas no permiten que aumente de manera considerable o hacen que decrezca en determinados momentos de crisis económica.

La estadística elaborada por FERNANDEZ, ROSA<sup>331</sup> en el periodo comprendido entre 2013 y 2018 lo muestra de manera más visual:

### Número de adopciones nacionales de menores en España de 2013 a 2018



## La familia reconstruida -o compuesta-

Las familias reconstruidas<sup>332</sup> son aquellas formadas por los cónyuges o convivientes y los hijos de éstos, nacidos de sus relaciones anteriores.

<sup>331</sup>FERNÁNDEZ, R. "Adopciones nacionales: menores adoptados en España 2013-2018", Statista, 2020. Recuperado de: <https://es.statista.com/estadisticas/956941/adopciones-nacionales-menores-adoptados-en-espana/>

Es decir, la familia compuesta<sup>333</sup>, está formada por varias familias nucleares creadas de la separación o el divorcio de la pareja, también en términos de viudedad.

Según datos actualizados del INE, los hogares con dos núcleos<sup>334</sup> constituyen el 2,2 -dato referido al valor medio del periodo-, con una tendencia a aumentar enormemente en los últimos años. Así en 2011 el 7,5% de las familias españolas eran reconstruidas, por lo que, teniendo en cuenta que dicho porcentaje dobla el de 2001, todo apunta a que este año debe superar ya el 10%.

### **La familia homoparental**

Formada por la pareja de hombres o mujeres homosexuales que tienen hijos, bien biológicos o adoptados. También, pueden tenerlos a través de la gestación subrogada, práctica que es ilegal en nuestro país, pero que está permitida en otros.

### **La familia sin hijos**

Bien por imposibilidad o por voluntad de no tener hijos, tipología que es denominada “*dinks*”, seudónimo de “doble ingreso y sin hijos”.

Según los últimos datos del INE, la pareja sin hijos ha aumentado un 0,6%, mientras que la pareja con hijos ha decrecido un 1,3%.

### **La familia unipersonal**

Hay que tomar este tipo de familia desde un sentido restrictivo, pues no significa que la persona que habita un domicilio sin compañía alguna no tenga familia en sentido amplio. Así, más bien nos estamos refiriendo a los hogares unipersonales.

Según los últimos datos del INE, el porcentaje de hogares unipersonales<sup>335</sup> en nuestro país, ha pasado de un 8,8% en el censo de 1981 a un 25,8% en 2019.

Así, el hogar compuesto por una persona sola que sea menor de 65 años ha aumentado un 3,3<sup>336</sup> -dato referido al valor medio del periodo-.

---

<sup>332</sup>VAQUER ALOY, A. “*Libertad de testar y libertad para testar*”, Biblioteca de Derecho Privado, Santiago de Chile, 2018, pág. 79.

<sup>333</sup>MORÓN, R. “*Los nuevos modelos de familia*”, La Opinión de Málaga, 2019. Recuperado de: [Http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2019/02/23/nuevos-modelos-familia-27835843.html](http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2019/02/23/nuevos-modelos-familia-27835843.html)

<sup>334</sup>Indicadores anuales de demografía: hogares, familias y matrimonios, Instituto de Estadística de Cataluña, 2019. Recuperado de: <https://www.idescat.cat/indicadors/?id=anuals&n=10336&lang=es>

<sup>335</sup>“*¿Cómo son los hogares españoles? En datos y gráficos*”, EPDATA, 2020. Recuperado de: <https://www.epdata.es/datos/composicion-hogares-espanoles-datos-graficos/346>



## El avance social de la familia frente al atraso legal del Derecho Sucesorio en el actual Sistema del Código Civil

Como hemos visto en el apartado anterior, la familia está en constante movimiento, es cambiante en el tiempo y en el espacio.

Las últimas estadísticas realizadas por el INE denotan una tendencia que se distancia mucho del concepto de familia que se establecía en la época de la elaboración del Código Civil en 1889.

Así, se adjuntan las últimas estadísticas generales publicadas por el INE:

	Valor	Variación anual
Total de hogares	18.625.700	0,5
Tamaño medio del hogar	1 2,5	0,0
Persona sola menor de 65 años	2.784.500	3,3
Persona sola de 65 años o más	2.009.100	-1,4
Pareja sin hijos	3.937.200	0,6
Pareja con hijos	6.219.000	-1,3
Madre o padre con hijos	1.887.500	0,5

1. Número de personas

	Valor	% sobre el total
<b>Total</b>	<b>18.580,0</b>	<b>100,0</b>
<b>Sin núcleo</b>	<b>5.320,0</b>	<b>28,6</b>
Unipersonales	4.771,4	25,7
Dos personas y más	548,6	3,0
<b>Con un núcleo</b>	<b>12.854,8</b>	<b>69,2</b>
Pareja sin hijos	4.138,7	22,3
Pareja con hijos	6.613,6	35,6
Madre o padre con hijos	2.102,5	11,3
<b>Con dos núcleos o más</b>	<b>405,2</b>	<b>2,2</b>

Unidades: Miles.  
Fuente: INE. Encuesta continua de hogares.

El aumento de los hogares unipersonales refleja que la familia ha dejado de ser primordial para la sociedad actual, de hecho, del censo que cada diez años publica el INE se extrae la continua disminución de familias formadas por cinco o más personas -familias numerosas- que conforman, según los últimos datos -1991 a 2011-, el 5,7% del total.

La misma conclusión se extrae del aumento de las parejas sin hijos.

<sup>336</sup>Encuesta continua de hogares, Instituto Nacional de Estadística, 2019. Recuperado de: [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176952&menu=ultiDatos&idp=1254735572981](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176952&menu=ultiDatos&idp=1254735572981)

Pero, sin duda alguna, lo que más destaca es la tendencia en constante aumento de las familias monoparentales que acaban formando familias reconstruidas.

Es esta tendencia la que pone de manifiesto una evolución social del concepto de familia frente a un atraso legal del Derecho Civil en España.

Concretamente, en el ámbito del Derecho Sucesorio, destaca que su codificación sigue tomando en consideración sólo a la familia nuclear tradicional<sup>337</sup>, a pesar de haber pasado más de un siglo desde su elaboración. Es más, el Código Civil únicamente tiene en cuenta la familia nuclear matrimonial<sup>338</sup>.

Todavía en la actualidad, la sucesión intestada y la legítima<sup>339</sup>, como hemos visto en el Capítulo II, se basan en la consanguinidad, en cuanto a la ascendencia y descendencia; en la filiación legal, en cuanto a la adopción; y en el vínculo conyugal.

Con relación a las familias reconstruidas, las figuras de los padrastros, las madrastras y los hijastros/as continúan siendo términos peyorativos a pesar de la realidad social que representan, y, además, jurídicamente no cuentan con derecho sucesorio alguno.

En definitiva, el Código Civil no contempla ninguna de las nuevas tipologías de familia que se han venido formando tres décadas atrás; sino que únicamente contempla la familia nuclear matrimonial.

A diferencia del Código civil, determinados derechos forales -Cataluña, Aragón y Navarra- sí que regulan la familia reconstruida, por lo que, una vez más, las diferencias entre el derecho común y el derecho especial ponen de manifiesto el atraso legal del Derecho Sucesorio en el ámbito común.

---

<sup>337</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 80.

<sup>338</sup>REBOLLEDO VARELA, A.L. *“La actualización del Derecho Sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia”*, Madrid, 2010, pág. 25-26 en VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 80.

<sup>339</sup>VAQUER ALOY, A. Op. cit., pág. 80.

## **CAPÍTULO VI: PROPUESTA PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA**

Los juristas sabemos que el Derecho Civil no suele ser objeto de reformas legislativas y mucho menos el Derecho Sucesorio. Sin embargo, la realidad social pone de manifiesto una necesidad de hacerlo.

El hecho de que la sociedad avance y, en cambio, la Ley se mantenga estancada, supone una situación verdaderamente ilógica.

Por ello, en el presente Capítulo voy a intentar adecuar el Derecho Sucesorio a la evolución social; adecuación que se va a enfocar, evidentemente, en la familia como institución cambiante en el tiempo.

Me voy a centrar en las nuevas modalidades de familia, así, el incremento de parejas no casadas, el incremento de separaciones y divorcios, el aumento de familias reconstruidas o la aparición de familias unipersonales exponen una realidad actual: la familia, a pesar de continuar siendo una institución importante en cuanto a las relaciones sociales de los individuos, ha pasado a un plano detrás del propio individuo como sujeto individual.

Ahora, se pone por delante el amor como sentimiento que mueve la elección de una pareja -y no el objetivo de formar una familia y proteger dicha institución-, así como el verdadero lazo de unión o la complicidad entre ambos; no menos relevante es la tendencia generalizada desde hace más de tres décadas a la anteposición del desarrollo profesional -que conlleva incluso, la movilidad territorial del sujeto, situación que ha generado el aumento de las familias unipersonales-.

Así, las ideas que vengo a poner en objeto de debate son las siguientes:

Respecto a la figura del cónyuge viudo, en el sistema del Código Civil, el cónyuge hereda, pero siempre en usufructo, nunca en propiedad; en mi opinión, el hecho de que el sujeto haya elegido compartir su vida junto a esa persona ya lo sitúa en una posición muy favorable en cuanto a la relación con el causante y, por ello, se le debería posicionar junto con los descendientes en el primer llamamiento. De esta manera, el cónyuge queda protegido económicamente.

En este punto se plantea si equiparar las uniones de hecho al matrimonio. Pues bien, por un lado, coincido con el Tribunal Constitucional<sup>340</sup> en que *“no se pueden equiparar de forma análoga instituciones equivalentes, por lo que no pueden tener los mismos derechos”*.

Pero, por otro lado, se está produciendo un incremento de las parejas que no se vinculan matrimonialmente -quizá por la complicación que supone, o quizá porque se presupone la formalidad-, por ello, ante esta tendencia social, la legislación debe adecuarse a la misma y equiparar a los cónyuges con las parejas de hecho, si bien con un límite: la inscripción en el Registro de parejas de hecho, tal y como señala el Tribunal Supremo<sup>341</sup>. De esta manera, las parejas de hecho adquirirían derechos sucesorios.

En cuanto a las familias reconstruidas, se trata de una figura compleja, pues existe pluralidad de tipologías dentro de la propia familia compuesta. Pero, en términos generales, considero que se podría abrir la posibilidad legal de equiparar los hijastros a los legítimos, siempre y cuando se acredite una convivencia duradera en el tiempo y dicha convivencia comenzase durante la minoría de edad del hijastro -de esta manera se protegería la buena fe del hijastro como legitimario-.

La actualización del Derecho Sucesorio debe ir encaminada a la reducción de la cuota legitimaria y del número de legitimarios, así se ampliaría la libertad del causante permitiéndole mayor disposición de sus bienes en favor de personas con las que tenga mayor relación social, formen parte de su familia o no.

En primer lugar, la legítima debería reducirse en favor de los descendientes y del cónyuge, quedando fuera de la ecuación la legítima de los ascendientes.

En segundo lugar, la legítima debería considerarse colectiva, de manera que el causante tenga la obligación legal de dejar parte de su patrimonio a parientes -protegiendo así la institución de la familia-, pero, concediéndole la libertad de elegir de entre ellos quien va a recibir la cuota legitimaria.

En tercer lugar, dicha cuota legitimaria debería reducirse, considerando en la presente propuesta que debería reducirse de los dos tercios que la forman en la actualidad a un medio, ampliando así la libertad de testar.

En relación con los pactos sucesorios, los testamentos mancomunados y los testamentos por comisario, considero que el hecho de dotar al testador de más instrumentos jurídicos es

---

<sup>340</sup>STC 18/2014, de 30 de enero; STC 75/2014, de 8 de mayo; STC 125/2014, de 21 de junio; STC 127/2014, de 21 de julio.

<sup>341</sup>STS 393/2017, de 4 de mayo.

favorable a su libertad de testar, pues a mayor número de posibilidades, mayor libertad de elección. Además, se trataría en todo caso de normas facultativas no imperativas, por lo que el testador tiene la posibilidad de utilizar dichos instrumentos o de no hacerlo.

Las causas de desheredación resultan un instrumento realmente valioso que otorgan al testador una libertad amplia de disponer de sus bienes *mortis causa*, y así debería ser para con las personas que verdaderamente formen -o hayan formado- parte de su vida y que, por ello, son merecedoras de su patrimonio.

Así, puesto que las causas de desheredación cuentan con el requisito necesario de su enumeración expresa en la Ley para su válido uso, a mayor número de causas de desheredación, mayor libertad de testar. De esta manera, el testador, si considera que alguno de sus legitimarios no es merecedor de su patrimonio, puede exponer en su testamento la causa de desheredación que considere pertinente.

Recientemente, el Tribunal Supremo en la ya meritada Sentencia de 3 de junio de 2014, equiparó el maltrato psicológico al maltrato de obra, con la finalidad de que éste pudiera considerarse una causa de desheredación del artículo 756 del Código Civil.

Al igual que en Cataluña<sup>342</sup>, el Código Civil debería recoger como causa de desheredación “*la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario*” y ello en términos estrictos de etapas vulnerables del testador -vejez o enfermedad- y en casos, por desgracia, habituales en la práctica del Derecho de Familia: en casos de hijos de padres divorciados cuya custodia la tiene en exclusiva uno de los progenitores, teniendo el progenitor no custodio la obligación de pensión alimenticia en favor del hijo, cuando el hijo decide no realizar las visitas estipuladas en Convenio o Sentencia -que también son obligaciones, al igual que la de alimentos- pero sigue recogiendo la pensión alimenticia amparándose en la obligatoriedad de la misma.

En definitiva, el Código Civil debería ampliar sus causas de desheredación en dos términos: en casos de abandono por parte de legitimario al causante en momentos vulnerables como la vejez o la enfermedad, y en casos en los que los hijos -con madurez suficiente o en todo caso mayores de 12 años- se desvinculen sentimentalmente del progenitor no custodio de manera voluntaria, pero continúen reclamando una pensión alimenticia -situación que pone de manifiesto mala fe del legitimario-.

---

<sup>342</sup>Artículo 451 del Código Civil de Cataluña.

Finalmente, puesto que las causas de desheredación provocan pereza práctica por su dificultad probatoria, una posible solución a esta situación es la inversión de la carga probatoria<sup>343</sup>, invirtiendo en la figura del desheredado la obligación de probar su conducta lícita para con el causante, probando que se trata de una causa injusta de desheredación.

## Conclusiones

De todo lo expuesto en el presente Trabajo, se puede concluir que:

- El Derecho Romano sentó las bases del Derecho Sucesorio actual a nivel mundial, que, posteriormente se vio bajo la influencia recíproca del Derecho Germánico, produciéndose así un Derecho germánico romanizado que rige en la actualidad en numerosos territorios europeos.
- El actual Código Civil presenta una regulación sucesoria rígida y anticuada, influenciada enormemente por el Fuero Real y que restringe en muchos aspectos la libertad del testador para disponer de sus bienes.
- No ocurre lo mismo en los territorios con derecho especial, los cuales se han ido adaptando a la realidad social a través de numerosas reformas y legislaciones nuevas, otorgando así una mayor libertad de testar al causante a través de la reducción de la legítima, la supresión de determinados herederos forzosos, la creación de nuevas formas de testar o la introducción de nuevas causas de desheredación.
- A pesar de que la realidad social ha cambiado, introduciéndose en las últimas décadas nuevas modalidades de familias que se distancian de la única recogida por el Código Civil - familia nuclear tradicional matrimonial-, el derecho común no se ha visto reformado en aras a una adaptación legislativa a la sociedad. El concepto de familia de 1889 resulta muy dispar al actual, surgiendo la necesidad absoluta de una reforma legislativa que, en mi opinión, no debería demorarse pues contamos con las legislaciones forales como espejo en el que mirarnos.

Queda así acreditada la necesaria evolución del Derecho Sucesorio de manera que se adecúe a la realidad social actual y a los nuevos modelos de familia.

---

<sup>343</sup>COBAS COBIELLA, M.E y DE JOZ LATORRE, C. “*La modernización del Derecho de Sucesiones*” IDIBE, Valencia, 2017, pág. 55.

## BIBLIOGRAFÍA

ARCAS SARIOT, M.J. “*La legítima en el País Vasco*”, Todo sobre herencias, 2020. Recuperado de: <https://todosobreherencias.es/la-legitima-en-el-pais-vasco/>

ARCAS SARIOT, M.J. “*El Derecho de Representación*”, Mundo Jurídico, 2019. Recuperado de: <https://www.mundojuridico.info/el-derecho-de-representacion/>

BAQUEIRO ROJAS, E. Y BUENROSTRO BÁEZ, R. “*Derecho de Familia*”, Oxford University Press, México, 2005, pág. 5-7.

BERNARD MAINAR, R. “*De la legítima romana a la reserva familiar germánica*”, UCAB, Caracas, 2015, pág. 18.

BERNARD MAINAR, R. “*Curso de Derecho Privado Romano*”, UCAB, Caracas, 2013, pág. 338-340.

BERNARD MAINAR, R. Manual de historia del Derecho, UCAB, Caracas, 2013, pág. 146-150 y 164-167.

CHÁVEZ ASCENCIO, M.F. “*La Familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*”, Porrúa-UNAM, México, 1984, pág. 215.

COBAS COBIELLA, M.E y DE JOZ LATORRE, C. “*La modernización del Derecho de Sucesiones*” IDIBE, Valencia, 2017, pág. 55.

DI PIETRO, A. “*Derecho Privado Romano*”, De palma, Buenos Aires, 1999, pág. 375.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. “*Libertad de testar y derechos de hijos de anterior matrimonio: ¿un sistema necesitado de revisión en Navarra?*”, Revista Jurídica de Navarra, Pamplona, 2006, pág. 11.

ESPITIA GARZÓN, F. “*Historia del Derecho Romano*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 102.

FAUS, M. “*Prohibición de disponer. Límites del heredero y de la prohibición*”, Vlex.

FERNÁNDEZ, R. “*Adopciones nacionales: menores adoptados en España 2013-2018*”, Statista, 2020. Recuperado de: <https://es.statista.com/estadisticas/956941/adopciones-nacionales-menores-adoptados-en-espana/>

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. “*Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*”, Revista General de Derecho Romano, 2006, pág. 18.

GACTO FERNÁNDEZ, E. “*El marco jurídico de la familia castellana: Edad Moderna*”, Murcia, 2018, pág. 51.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., “*La legítima en el Código Civil*”, Gráficas LUX, Oviedo, 1964, pág. 43 y ss.

HEBRERO, J.A. “*El testamento por comisario en el País Vasco*”, Tu Guía Legal, 2015. Recuperado de: <https://tuguialegal.com/2015/09/08/el-testamento-por-comisario-en-el-pais-vasco/>

HERMANOS MAZEAUD. *“Lecciones de Derecho Civil”*, EJEA, Buenos Aires, 1965, pág. 231.

LÓPEZ HERRERA, F. *“Derecho de Sucesiones”*, UCAB, Caracas, 2003, pág. 51.

MARINEAU IDUARTE, M. y IGLESIAS GONZÁLEZ, R. *“Derecho Romano”*, México, 2005, pág. 210.

MARIÑO PARDO, F. *“La sucesión forzosa. Cuestiones generales. Conveniencia de un sistema de legítimas. Derecho transitorio. Sistema del Código Civil. Naturaleza de la legítima. Relación entre título de legitimario y heredero”*, Blog de Derecho Privado, 2017. Recuperado de: <Http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-cuestiones.html>

MATHEUS, W. *“Bonorum Possessio”*, Las sucesiones intestada y legítima contra el testamento, 2017. Recuperado de: <Http://derechoromanoaiad.blogspot.com/2017/04/bonorum-possessio.html>

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. *“Legítima material y legítima formal”* Academia Matritense del Notariado, 2009. Recuperado de: <Https://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/1544-legitima-material-y-legitima-formal-0-9796865787167909>

MORALES GÓMEZ, S.M. *“La Familia y su evolución”*, Perfiles de las Ciencias Sociales, México, 2015, pág. 145.

MORÓN, R. *“Los nuevos modelos de familia”*, La Opinión de Málaga, 2019. Recuperado de: <Http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2019/02/23/nuevos-modelos-familia-27835843.html>

NARÓN, ABOGADAS. *“El pacto de la mejora de labrar y poseer”*, La Abogada, 2016. Recuperado de: <Http://www.labogada.com/2016/05/pacto-labrar-poseer.html>

OVALLE FAVELA, J. *“Diccionario Jurídico Mexicano”*, Porrúa-UNAM, México, 2006, pág. 2.

PLAZA PENADÉS, J. *“El Derecho Civil, los Derechos civiles forales o especiales y el Derecho civil autonómico”*, Revista de Derecho Civil valenciano, 2012. Recuperado de: <Http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-autonómico>

POLACCO, V. *“De las sucesiones”*, EJEA, Buenos Aires, 1982, pág. 293.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. *“Las prohibiciones de impugnar el testamento en el Código civil español”*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1985, pág. 52-53.

SCHULZ, F. *“Principios del Derecho Romano”*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 179.

SOHM, R. *“Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema”*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1936, pág. 509-510.

TORRENT, A. *“El Derecho musulmán en la España medieval”*, Revista internacional de Derecho Romano, Madrid, 2012, pág. 166.

TRECET, J. *“Pacto Sucesorio: la fórmula para ahorrar impuestos al heredar en vida”*, Finect, 2019. Recuperado de: <Https://www.finect.com/usuario/Josetrecet/articulos/pacto-sucesorio>



VAQUER ALOY, A. “*Libertad de testar y libertad para testar*”, Biblioteca de Derecho privado, Santiago de Chile, 2018, pág. 157.

VÁZQUEZ DE LA O, B. “*El Derecho sucesorio en el Derecho Romano*”, Grado Cero Prensa, 2017. Recuperado de: <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2017/05/06/el-derecho-sucesorio-en-el-derecho-romano/>

## **BIBLIOGRAFÍA CON AUTORÍA DESCONOCIDA**

“*Agnación*” (2020). Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Agnación>

“*Comunidad Hereditaria*”, Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/comunidad-hereditaria-64155>

“*Derecho de Sucesiones en Derecho romano*”, Derecho Romano, 2016. Recuperado de: <http://www.derechoromano.es/2016/02/derecho-sucesiones-derecho-romano-hereditas-bonorum-possessio.html>

“*Derechos forales*”, 2020. Recuperado de: [https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos\\_forales](https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_forales)

“*Desheredación: ¿Cuáles son los motivos para excluir del testamento a los herederos?*”, Legálitas, 2017. Recuperado de: <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/La-desheredacion-Motivos-para-excluir-del-testamento-a-los-h->

“*Edad Moderna*”, Atlas Nacional de España, 2019. Recuperado de: [http://atlasnacional.ign.es/wane/Edad\\_Moderna](http://atlasnacional.ign.es/wane/Edad_Moderna)

“*Evolución de la familia a través del tiempo*”, Visión Jaguar, 2018. Recuperado de: <https://periodismocongarra.blogspot.com/2018/04/evolucion-de-la-familia-traves-de-la.html>

“*Evolución Histórica de la Familia y Derecho de Familia*”, Trabajo de Familia. Recuperado de: <http://sites.google.com/site/familiacicloii2013/evolucion-historica-de-la-familia-y-derecho-de-familia>

“*Grados de consanguinidad, parentesco y afinidad*”, Dudas Legislativas, 2019. Recuperado de: <https://dudaslegislativas.com/grados-consanguinidad-parentesco/>

“*La Bonorum Possessio*”, La Guía, 2017. Recuperado de: <https://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/la-bonorum-possessio>

“*La Cláusula Socini o cautela sociana*”, Conflictos hereditarios, Testamentos y Pactos Sucesorios. Recuperado de: <https://www.herenciasyttestamentos.com/clausula-socini-cautela-socini-cautela-sociniana/>

“*La mejora de labrar y poseer como modalidad de acuerdos sucesorios en Galicia*”, Iberley, 2016. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-mejora-labrar-poseer-galicia-59835>

“*Las reservas: concepto y clases. El derecho de acrecer. Las sucesiones en el Derecho internacional privado*”, Temas y test, 2009. Recuperado de: [http://www.temasytest.com/public\\_html/marimbasm/temas/tema0107.php](http://www.temasytest.com/public_html/marimbasm/temas/tema0107.php)

“¿Qué es el sublegado? ¿Qué particularidades tiene?” Despacho Jurídico Sánchez Cabeza, 2019. Recuperado de: <https://www.asesoriazaragoza.org/blog/que-es-el-sublegado-que-particularidades-tiene>

“Regulación de la sucesión por comisario en Galicia”, Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-sucesion-comisario-galicia-59746>

“Testamento (derecho romano)”, 2020. Recuperado de: [https://es.wikipedia.org/wiki/Testamento\\_\(derecho\\_romano\)#Testamentum\\_per\\_aes\\_et\\_libram](https://es.wikipedia.org/wiki/Testamento_(derecho_romano)#Testamentum_per_aes_et_libram)

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Supremo nº 2854/2018, de 19 de julio de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 393/2017, de 4 de mayo de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 5816/2014, de 10 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 2484/2014, de 3 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2014, de 21 de julio de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 125/2014, de 21 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 75/2014, de 8 de mayo de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 18/2014, de 30 de enero de 2014.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 4535/2016, de 13 de junio de 2016.

## **LEGISLACIÓN**

La Ley de las XXII Tablas, siglo V a.C.

*Novellae Constitutiones post Codicem*, siglo I d.C.

La sharia o Ley islámica, fecha de elaboración desconocida.

El Fuero Real de España, siglo XIII.

Las Siete Partidas, siglo XIII.

Las Leyes de Toro, siglo XVI.

Proyecto de 1851, siglo XIX.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.