

CURSO 2014/2015

Trabajo de fin de Grado de Derecho

El apartamiento en la sucesión forzosa del País
Vasco

Haritzeder Hernández González

20 de julio de
2015, Leioa

DIRECTOR: GORKA H. GALICIA AIZPURUA

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	2
II. SUCESIÓN FORZOSA EN LOS TERRITORIOS VASCOS	4
1. Fuero de Bizkaia	4
1.1. Sucesores forzosos: legítimas	5
1.2. Principio de troncalidad	8
A. <i>Elemento real</i>	10
B. <i>Elemento personal</i>	11
C. <i>Elemento causal</i>	13
1.3. Solapamiento entre la legítima y la troncalidad	13
2. Fuero de Ayala	14
2.1. Libertad de disposición	14
2.2. Sucesores forzosos y legítima simbólica	15
III. APARTAMIENTO Y DESHEREDACIÓN	16
1. Fuero de Bizkaia	16
1.1. Concepto y naturaleza del apartamiento	16
1.2. Forma	17
1.3. Consecuencias de la falta de apartamiento	22
1.4. La preterición errónea de todos los sucesores forzosos	26
1.5. La relación entre apartamiento y desheredación	25
2. Fuero de Ayala	30
2.1. Apartamiento y tipos	30
A. <i>Expreso (individual y conjunto)</i>	31
B. <i>Tácito</i>	32
2.2. La falta de apartamiento: preterición inintencional	32
IV. CONCLUSIONES	34
V. BIBLIOGRAFÍA	39

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en el estudio y análisis de una de las figuras más características del Derecho Civil Autonómico Vasco como es el apartamiento en la sucesión forzosa. Para poder llegar a comprender dicha institución jurídica, primero hay que hacer mención a ciertos aspectos fundamentales de este Derecho Civil autonómico.

La Comunidad Autónoma del País Vasco se encuentra dividida en tres territorios históricos, como bien es sabido: Bizkaia, Gipuzkoa y Álava. Dichos territorios a día de hoy tienen su regulación civil recogida en un mismo texto legal: la Ley 3/1992 de 1 de julio Derecho Civil del País Vasco, la cual responde a una actualización de dicha legislación y, además, a una plasmación escrita del Derecho consuetudinario que regía en Gipuzkoa. Esa plasmación se llevó a cabo a través de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco¹. Todo ello bajo amparo de la potestad constitucional recogida en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española de 1978, a favor de las Comunidades Autónomas con Derechos forales o especiales, para que puedan llevar a cabo la *conservación, modificación y desarrollo* de sus propias legislaciones civiles. Para poder ejercer dicha facultad cada Comunidad Autónoma debe asumir su ejercicio; en el caso del País Vasco su propio Estatuto de Autonomía la asume en el artículo 10.5.

Aunque la Ley 3/1992 regula lo referente al Derecho Civil dentro del País Vasco, es cierto que el Estado tiene competencia exclusiva en ciertas materias, las cuales se encuentran mencionadas en el artículo 149 de la CE; entre ellas, la legislación civil. Por ello, podemos afirmar que dentro de la Comunidad Autónoma Vasca nos encontramos con una fragmentación legislativa, es decir, tenemos la regulación dada por la Ley 3/1992 de Derecho Civil del País Vasco y la regulación del Derecho Civil estatal, plasmada en el Código Civil. La aplicación del Código Civil tiene naturaleza supletoria, es decir, únicamente se aplicará en *defecto de norma foral aplicable* tal y como consta en el artículo 3.1 de la propia Ley 3/1992. Además el propio Código, en su artículo 4.3, otorga a sus propias disposiciones ese carácter de supletoriedad. Pero esta división legislativa va más allá, produciéndose inclusive dentro de la propia Comunidad

¹ Mediante la Ley 3/1999 se procedió a la modificación de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. Este último texto normativo, en su redacción inicial del artículo 147, reconocía la vigencia de las costumbres civiles sobre ordenación del caserío y patrimonio familiar en Gipuzkoa y la dejaba a reserva de su formulación escrita. Por tanto, es la Ley 3/1999 la que procede a la plasmación escrita de la costumbre guipuzcoana y a su inclusión en la Ley de Derecho Civil Vasco.

Autónoma Vasca, ya que la regulación en los distintos Territorios Históricos diverge entre sí; especialmente en lo que a Derecho de sucesiones se refiere.

Estos peculiares Derechos sucesorios de cada Territorio Histórico tienen su singularidad con respecto al Código Civil principalmente en dos ámbitos; por un lado el que afecta y se refiere a los instrumentos que puede utilizar el causante para ordenar su sucesión, y por otro, el de la sucesión forzosa.

Por instrumentos de ordenación de la sucesión se entiende aquel conjunto de mecanismos o herramientas jurídicas que tiene el *de cuius* a su alcance para poder designar a sus herederos y legatarios. La singularidad o diferencia se produce con la simple posibilidad de hacer uso de ellos, pues el Código Civil prohíbe su utilización. Estos peculiares instrumentos son: a) el testamento mancomunado, prohibido por el Código Civil en su artículo 669, pero permitido por la LDCFV y regulado en los artículos 49 y siguientes para Bizkaia, y 172 en adelante para Gipuzkoa; b) el testamento por comisario, en tanto que el Código Civil en su artículo 670 restringe su utilización, pues considera el testamento como un acto “personalísimo”; mientras que la LDCFV en los artículos 32, para Bizkaia, y 164, para Gipuzkoa, lo concibe como un instrumento de ordenación válido; también en el caso Ayalés tenemos una modalidad similar en la figura del usufructo poderoso, regulado en el artículo 140 y posteriores; c) finalmente, tenemos los pactos sucesorios como instrumento prohibido por el Código Civil en su artículo 1.271, pero tolerado por la LDCFV en el artículo 74 para Bizkaia, y en el artículo 179 para Gipuzkoa.

El otro aspecto a tratar y que otorga cierta singularidad al Derecho Civil autonómico vasco es el relativo a la sucesión forzosa. Entendemos por tal, aquel conjunto de límites que se imponen al causante a la hora de distribuir la herencia, dirigido a beneficiar a una serie de parientes. Unos por ser cercanos en grado o cónyuge viudo, y otros por ostentar la cualidad de parientes tronqueros. Estos límites en el Derecho civil general, así como en el Derecho de Gipuzkoa y Ayala, se circunscriben únicamente a la figura de las legítimas, mientras que en el Derecho de Bizkaia se canaliza tanto a través de la figura de las legítimas como del principio de troncalidad. Este ámbito de la sucesión forzosa, singularizador del Derecho Civil vasco, no presenta únicamente diferencias entre la regulación del Código Civil y la prevista en la LDCFV; sino que además los distintos

Fueros recogidos en este texto legal, y relativos a cada uno de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País vasco, presentan regulaciones dispares entre sí.

Dicha diferencia legislativa entre territorios se puede resumir en que únicamente son dos de ellos los que prevén un completo régimen de sucesión forzosa, mientras que el tercero, Gipuzkoa, únicamente acoge una modulación de sistema legitimario del Código Civil. Ello en previsión de una tradición histórica del territorio como es la transmisión indivisa del caserío a favor de uno de los herederos forzosos; consiguiéndolo gracias a una flexibilización del sistema de legítimas. Pues de lo contrario, en numerosas ocasiones, el causante no podría atribuir a uno solo de los herederos forzosos el caserío en su conjunto.

Los otros dos territorios restantes articulan su propio sistema de sucesión forzosa. En el caso de Bizkaia este régimen se sustenta sobre dos figuras: las legítimas y el principio de troncalidad. Ambas tienen la misma finalidad, que es la de limitar en cierta medida la libertad de disposición, mayor que en el régimen general del Código Civil, del causante. Las legítimas buscan un beneficio material para determinados parientes, motivado por su cercanía en grado con el *de cuius* o por ser cónyuge; mientras que el principio de troncalidad tiene por finalidad que ciertos bienes, los bienes raíces concretamente, no salgan del círculo familiar; para ello se otorga a determinados parientes la cualidad de tronqueros. Finalmente el Fuero de Ayala se caracteriza por su régimen sucesorio de absoluta libertad, pues aunque sí es cierto que hace referencia a la figura de las legítimas, se posibilita apartar a los herederos forzosos, incluso a todos para dejar el conjunto hereditario a un extraño.

II. SUCESIÓN FORZOSA EN LOS TERRITORIOS VASCOS

1. Fuero de Bizkaia

Los regímenes de sucesión forzosa existentes en el mundo del Derecho, se mueven en un espectro que va desde la libertad absoluta de testar a aquellos en los que se establecen unos límites a favor de algunos parientes. Muchos de estos regímenes provienen de Derecho germánico, más restrictivo de la libertad testamentaria, y del Derecho romano. Pero ¿de qué fuentes proviene el régimen de sucesión forzosa de Bizkaia?, pues bien, según la opinión de CELAYA IBARRA parece ser que la sucesión

en Bizkaia tiene cierta influencia del Derecho castellano, pero especialmente de los distintos Derechos vigentes en los valles del Pirineo.² Parece de toda lógica, pues tales Derechos presentan rasgos de conservación de la familia y de unidad de la sucesión; cuestión sobre la que se sustancia la regulación del Derecho civil vasco en el ámbito sucesorio.

A diferencia de lo que hoy en día acontece para el causante vizcaíno, inicialmente con el Fuero Viejo de 1452 la libertad de testar del *de cuius* estaba sujeta única y exclusivamente a los límites de la troncalidad. Será posteriormente, con la elaboración del Fuero Nuevo de 1526, influido en gran medida por el Derecho castellano, cuando se implantó el sistema de legítimas. Esta dualidad de límites a la libertad de testar se mantendrá hasta la vigente LDCFV, inclusive; si bien es cierto, que la única variación sufrida fue una reducción de la legítima para los ascendientes. Así pues, aunque los artículos 4 y 27 de la LDCFV presenten como principio general la libertad dispositiva del causante, esta no es plena, pues el *de cuius* únicamente ostenta una facultad de distribución muy amplia. Esta libertad distributiva se puede definir como la potestad cuasi plena del *de cuius* para repartir los bienes que vaya a dejar en herencia entre sus sucesores según su propio criterio, siempre y cuando lo haga dentro de los márgenes de actuación permitidos por las dos figuras que se expondrán a continuación: las legítimas y el principio de troncalidad. Su reconocimiento viene dado por el artículo 54.I LDCFV, y puede ser materializada de tres formas distintas: la primera distribuyendo los bienes entre los *sucesores comprendidos en cada una de las distintas líneas*, la segunda a través de la elección de uno solo de los sucesores, apartando a los demás, y finalmente prefiriendo al sucesor del *grado más remoto frente al de grado más próximo*.

1.1. Sucesores forzosos: legítimas

La propia LDFCV no otorga una definición de lo que son las legítimas, pero parece que implícitamente se corresponde con la que recoge el Código Civil en su artículo 806, a saber, que 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*

² A. CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, pp. 96.

forzosos. Con la expresión de *herederos forzosos* hay que entender *sucesores forzosos*, ya que así es como se les denomina en el Fuero de Bizkaia³.

El orden en que la sucesión forzosa se difiere viene recogido en el artículo 53 LDCFV, el cual prevé como primer grupo de sucesores forzosos a los *hijos, incluso adoptivos, y demás descendientes*, es decir, la línea recta descendente (apartado 1 del citado precepto). Con esta redacción, la Ley está otorgando una preferencia sucesoria de los hijos respecto del resto de descendientes. Sin embargo, la condición de sucesor forzoso corresponde no solamente a los descendientes más cercanos en grado, sino también a los más remotos, pues el causante vizcaíno tiene plena facultad de distribución de los bienes hereditarios *entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas [...] e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo* (artículo 54.1 LDCFV). Todo ello sin necesidad que el ascendiente del descendiente más remoto (el primero sería descendiente del causante) haya premuerto⁴.

Como consecuencia de esa libertad distributiva, se pueden dar situaciones de indigencia en alguno de los sucesores forzosos, por lo que la LDCFV aporta una solución en el artículo 66, a través de la atribución de un derecho de alimentos a favor de los descendientes que se hallen en situación legal de pedirlos, y siempre, tal como especifica el propio precepto en su párrafo primero *in fine*, que *no haya persona obligada a prestarlos de acuerdo con la legislación general*.⁵ Es por tanto, “una especie de legítima material eventual, pues se configura como un derecho sucesorio, de carácter necesario y exigible con cargo al patrimonio relicto⁶”. El derecho a su percibimiento procede única y exclusivamente cuando el descendiente afectado sufra un estado de necesidad llegado al punto de no poder subsistir por sus propios medios; la determinación de que concurre esta situación corresponde, al igual que en el derecho de alimentos recogido en el Código Civil, al órgano judicial. Ello unido, como ya se ha dicho previamente, a la ausencia de parientes obligados a prestarlos. Confirmando de

³ J.J. FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2014, pp. 223-224.

⁴ A. CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco”, en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, t. XXVI, EDERSA, Madrid, 1997, p. 226 y ss.

⁵ El derecho de alimentos de la legislación general a la que hace referencia el citado artículo es el que se recoge en los artículos 142 a 153 del Código Civil.

⁶ V. ANGOTIA GOROSTIAGA y G.H. GALICIA AIZPURUA, “Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco”, en R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas, (dir.), *Derechos Civiles de España*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 388.

este modo su diferenciación del tradicional derecho de alimentos, pues quien los reclama (descendiente) lo hace “en cuanto sucesor, teniendo derecho a ellos, aun contra la voluntad de su ascendiente expresada en acto *mortis causa*; y los reclama a otro sucesor del causante por su condición de tal, y no como pariente, en caso de serlo”⁷ Más aún, hay otro presupuesto necesario para que efectivamente nazca, *ex lege*, este derecho a alimentos a cargo de los sucesores, el cual se encuentra implícito tanto en el sentido del segundo y último párrafo del artículo 66 LDCFV como en la ubicación sistemática del mismo (entre los artículos que se encargan de la sucesión forzosa). Dicho presupuesto es la necesidad de que exista de un nexo causal directo entre la distribución y correlativa atribución de bienes relictos, y el nacimiento o surgimiento de ese estado de necesidad o indigencia. *Sensu contrario*, se entiende que no nace ese derecho cuando el valor del patrimonio sea tan escaso que su distribución no pueda dar lugar a considerarlo como detonante de la situación de indigencia, ni cuando dicho estado de necesidad sea posterior al reparto de los bienes relictos, aunque éstos sean abundantes. La cuantía límite de esta obligación a prestar alimentos no superará *la proporción de bienes que cada uno hubiere recibido*, es decir, cada uno de los sucesores que efectivamente han obtenido algo en herencia⁸.

El *quantum* de la legítima que se prevé para los descendientes del causante vizcaíno es la de cuatro quintos de los bienes de la herencia, tal y como recoge el párrafo primero del artículo 55 LDCFV, mientras que el quinto restante (párrafo segundo) es de libre disposición, *si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo*. Este quinto de libre disposición puede variar cuando haya concurrencia con el principio de troncalidad; esta cuestión se abordará en el apartado siguiente.

El segundo grupo sucesores forzosos a los que hace referencia el artículo 53 LDCFV es el de la línea recta ascendente, el cual menciona a los *padres y ascendientes*. Como ya se ha dicho, este artículo establece un orden de suceder, por lo cual es necesario que, para que puedan ser considerados sucesores forzosos, no exista descendencia. Así mismo dentro de este grupo, el propio precepto establece una posición prioritaria de los *padres* sobre el resto de *ascendientes*.

⁷GALICIA AIZPURUA, “Las legítimas y la libertad de disposición...”, ob. cit., p. 388.

⁸CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., pp. 270-272.

Respecto de la cuantía de su legítima, esta se haya formada, según el artículo 56 LDCFV, por *la mitad de todos los bienes del testador*, dejando la otra mitad como parte de libre disposición. Al igual que lo indicado respecto de los descendientes, ésta puede variar en función de si existen o no bienes troncales⁹.

1.2. Principio de troncalidad

Como ya se ha dicho reiteradas veces en los apartados previos, la troncalidad es un límite sobre la libertad distributiva del causante vizcaíno, y por ello es un elemento característico del Derecho sucesorio de Bizkaia.

La LDCFV no define esta institución de origen medieval, sino que únicamente la regula, concretamente en sus artículos 17 a 26. Si analizamos el término “troncalidad” vemos que el “sufijo “*dad*” añadido al sustantivo “*tronco*” significa, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “*cualidad*” en sustantivos abstractos derivados de adjetivos”¹⁰. Es decir, la troncalidad es la cualidad jurídica inherente a los bienes inmuebles o raíces sitos en la Tierra Llana de Bizkaia. Por ello puede definirse como una institución, a través de la cual se permite que determinados bienes se mantengan dentro del círculo familiar gracias a su adscripción a determinados parientes. Esta finalidad histórica viene reflejada en el apartado 1 del artículo 17, donde se dice que *a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio*. Además tal como dice GALICIA AIZPURUA “el propio tenor de la norma reivindica esa automática ineficacia y que, además, los precedentes fuerzan el sentido de sus prescripciones en la dirección apuntada: como se recordará, en éstos se prohibían explícitamente al *de cuius* las donaciones de cualesquiera raíces vinculados a favor de quien no tuviere el carácter de pariente tronquero (como decían el capítulo 113 del Fuero Viejo, la ley XVIII, título XX, del Nuevo y el art. 13 del proyecto de 1900) o se circunscribían las posibilidades de transmisión gratuita e *inter vivos* al círculo de sujetos que ostentaban tal condición (art. 10 de la Compilación), y ello no sólo al objeto de evitar la frustración de la legítima y futura expectativa sucesoria de estos propincuos, sino también para impedir la transferencia a extraños y sin contraprestación de unas plusvalías que bien pudo generar el trabajo concurrente de la familia del titular, sobre

⁹ CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., p. 229.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, *Manual práctico...*, ob. cit., p. 58.

todo si la raíz perteneció durante diversas generaciones a dicho linaje”¹¹. Esta protección no conlleva una prohibición al propietario de la libre disposición de sus bienes, sino una restricción de la misma¹², es decir, “no constituye una imposición legal para el pariente tronquero, sino una libre determinación de éste, y por tanto, no es dable exigir al tronquero, cuando adquiere la raíz troncal, el propósito de conservarla en su patrimonio, pudiendo transmitirla en el tiempo y ocasión que mejor le convenga...”¹³ “El titular puede realizar actos de disposición sobre sus propios bienes (troncales se entiende) pero, el apartado 2 del ya mencionado precepto establece que, para poder hacerlo, deberá respetar en todo momento los derechos de los parientes que ostenten la cualidad de tronqueros; de no ser así la LDCFV en su artículo 24 prevé la nulidad de pleno derecho de aquellos *realizados a título gratuito, inter vivos o mortis causa, a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite*. Los parientes tronqueros, respecto de los actos de disposición a título oneroso a favor de extraños u otros tronqueros que no sean preferentes, pueden ejercitar su derecho de adquisición preferente en virtud del artículo 112 LDCFV.

En cuanto a su ámbito de aplicación, a diferencia de otros ordenamientos civiles autonómicos como el Derecho Civil foral Aragonés y el Navarro¹⁴, el principio de troncalidad en Bizkaia no se limita únicamente a la sucesión intestada o legal, sino que extiende su efectividad a los actos de disposición *inter vivos y mortis causa* de los bienes inmuebles. Es por tanto, que constituye un “auténtico molde configurador y delimitador del derecho de propiedad sobre los inmuebles vinculados”¹⁵.

En la relación troncal deben darse una serie de requisitos según se establece en el artículo 18 de la LDCFV¹⁶, los cuales son: la existencia de un elemento real (*bien raíz sito en el Infanzonado o Tierra Llana*), un elemento personal (*parentesco troncal*) y por

¹¹ G.H. GALICIA AIZPURUA *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 419.

¹² FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, *Manual práctico...*, ob. cit., p. 49.

¹³ STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 11-09-1992 (RJ 1992, 10270).

¹⁴ En el Derecho Civil foral de Aragón el principio de troncalidad únicamente tiene aplicación en la sucesión legal pues su regulación está ubicada en el Título VII del Código del Derecho Foral de Aragón, dedicado a la sucesión legal; concretamente la sucesión troncal se halla regulada en el art.526. En el caso de Derecho Civil de Navarra, al igual que en Aragón, el principio de troncalidad se encuentra referido únicamente a la sucesión legal y por consiguiente plasmado en el Título XIV de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

¹⁵ GH. GALICIA AIZPURUA “La sucesión forzosa en el País Vasco”, en Mª. Del Carmen Gete Alonso (dir.) y J. Sholé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco)*, t. II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur menor, Navarra, 2011, p. 2176.

¹⁶ SAP de Vizcaya de 1-03-2004 (JUR 2004, 289567) y 6-07-2007 (JUR 2008, 8061).

último, un elemento causal (procedencia de los bienes de un ascendiente común, es decir, “el elemento que establece una conexión entre la finca y las personas que da lugar a la troncalidad¹⁷”).

A. Elemento real

El elemento real hace referencia a la determinación de qué bienes se hallan sujetos a la troncalidad y por ende, cuáles son calificables como raíces. Tales bienes son la *propiedad del suelo y todo lo que sobre el mismo se edifica, planta o siembra* (art.19.1) y *las sepulturas de las iglesias* (art.19.2), así como los *demás derechos reales de disfrute* que recaigan sobre los mencionados. La utilización del término *suelo* se hace de forma estricta y en relación a lo que es la superficie terrestre, sin incluir lo que debajo subyace, con el fin de evitar que pudiesen ser objeto de troncalidad las minas, las cuales eran de dominio público cuya explotación estaba sujeta a concesión administrativa. Por otra parte, la referencia a las *sepulturas de las iglesias* hoy en día carece de sentido por el simple hecho de que ya no se permite la tradicional práctica de las familias de realizar enterramientos en las iglesias¹⁸.

Hay una aparente antinomia entre lo establecido en los artículos 17 y 19 de la LDCFV en tanto que el primero de los preceptos considera que la *propiedad* es troncal, y el segundo, extiende tal consideración no solo a ésta, sino también a los *derechos reales de disfrute*. Si se siguiese una interpretación literal, esta redacción da a entender que la troncalidad afecta a todos los derechos reales de goce que hubiese sobre los bienes raíces (sin tener en cuenta aquellos que tengan naturaleza intransmisible) siendo tal consideración excesiva pues ampliaría de forma desmedida el ámbito de aplicación de dicho principio, y además, estaría atentando de este modo contra el histórico principio de vinculación familiar de los bienes raíces. Esta contradicción puede salvarse en opinión de GALICIA AIZPURUA, mediante la interpretación de que la expresión *demás derechos reales de disfrute* hace referencia únicamente a aquellos “singulares” derechos de propiedad cuyo sustento jurídico se halle en un derecho limitado de goce”, es decir, únicamente tienen la consideración de bienes raíces aquellos derechos de propiedad que tengan su razón de ser en un derecho limitado de goce, concretamente en referencia al dominio. Claro ejemplo de ello, es la propiedad superficiaria o derecho

¹⁷ CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 57.

¹⁸ CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., pp. 120 y s.

superficie, mediante el cual se da lugar a la propiedad de un bien con independencia de la propiedad del suelo sobre la que se asienta. Ello permite encontrarnos dos bienes, autónomos el uno respecto del otro, (suelo y edificación o plantación) que son objeto de propiedades separadas y sobre los cuales recae, también de forma separada, el principio de troncalidad respecto a dos familias distintas¹⁹.

Además del *suelo*, ese mismo precepto extiende la troncalidad a todo lo edificado, plantado o sembrado en él, es decir, la troncalidad alcanza a los bienes muebles²⁰ que estén en dicho suelo y adquieran la condición de inmuebles por destino o queden incorporados fijamente al bien raíz. Pero hay una excepción al respecto, prevista en el párrafo segundo del apartado primero de dicho artículo, según la cual, éstos bienes no serán considerados raíces cuando *pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia*. Así mismo, se excluye expresamente de la troncalidad dos grupos de bienes: los *frutos pendientes y las plantas*, siempre y cuando sean *objeto de transmisión separada del suelo*, y los *árboles cuando se enajenen para su tala*. Tal exclusión obedece al razonamiento de que son bienes muebles futuros cuya enajenación se va a hacer como lo que son, es decir, muebles²¹.

B. Elemento personal

Vista la finalidad perseguida por la troncalidad, es necesario que exista entre los sujetos implicados una relación de parentesco. El parentesco se determina según las reglas establecidas en el Código Civil a tal efecto (artículos 915 a 920), dada su aplicación supletoria reconocida en el artículo 3 LDCFV. A este respecto, se pronuncia el artículo 20 LDCFV haciendo una distinción entre líneas; en primer lugar, la descendente que incluye a los *hijos y demás descendientes, incluso los adoptivos*. La extensión del parentesco troncal para esta línea descendente es, según el artículo 21 LDCFV, *sin limitación de grado*. Es de destacar la mención a los hijos adoptivos, para quienes, según el último párrafo de este mismo precepto, *el parentesco troncal [...] se determinará, en las líneas ascendente y colateral, como si el adoptado fuese hijo por naturaleza del adoptante*. Ello conlleva que el parentesco no se limite al adoptante y adoptado, sino que se extiende a toda la familia troncal.

¹⁹ GALICIA AIZPURUA *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., p.277; CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., p. 119.

²⁰ En origen son bienes muebles, pero que adquieren la condición de inmuebles por destino.

²¹ GALICIA AIZPURUA, “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en T. F. Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 421.

Para estos parientes tienen la consideración de bienes troncales (artículo 22.1 LDCFV) *todos los bienes sitos en el Infanzonado, cualquiera que fuese su título de adquisición, aunque hubiesen sido adquiridos de extraños*. Podemos observar por tanto, que tienen un ámbito de actuación muy extenso frente al resto de parientes como se verá más adelante.

Los siguientes parientes tronqueros en el orden previsto por el artículo 20, son los correspondientes a la línea ascendente (apartado 2), es decir, los *ascendientes de la línea de donde proceda la raíz*. Cuestión que es reiterada en el artículo 57.I LDCFV donde dice que *los ascendientes tronqueros de cada una de las líneas sucederán [...] en los que procedan de la suya respectiva*. La extensión de su parentesco finaliza en *el ascendiente que primero poseyó el bien raíz*, es decir, la primera vez que un ascendiente adquiriera el bien raíz el resto de ascendientes dejan de ser tronqueros a futuro, pues dicho bien pasa a ser troncal pero solo respecto de la descendencia de quien fue el primer poseedor. En consecuencia, para estos parientes tienen la consideración de troncales *todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del sucesor y del causante de la sucesión, incluso los que este último hubiese adquirido de extraños*.

A continuación, el artículo 20.3 LDCFV contempla como tronqueros al *padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados constante el matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por sus hijos comunes*. Esta norma va dirigida a aquellos bienes de procedencia *no familiar* adquiridos por los cónyuges en un principio, que fueron a parar a su descendencia común en el momento de la muerte de uno de sus progenitores, y que con la muerte de alguno de los hijos comunes vuelven al padre o madre superviviente mediante la consideración de éste como ascendiente tronquero. Puede observarse claramente la finalidad que tiene la troncalidad de revertir a los familiares de donde provenían los bienes raíces, pues ellos son el tronco común al haber adquirido ellos los bienes, siendo este el momento inicial de la inclusión de esos bienes en el círculo familiar²².

Ello podría dar lugar al supuesto en el que estando la porción de legítima constituida únicamente por bienes troncales que proviniesen de una única línea (materna o paterna),

²² CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., p. 126.

los ascendientes de la línea de la que no provengan no tienen asegurada porción alguna, dada la supremacía del principio de troncalidad sobre el sistema legitimario.²³

Finalmente, el último grupo de parientes que se considera tronqueros son aquellos que, por línea colateral, *lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz troncal*. A diferencia de los descendientes, la extensión de su parentesco no es ilimitada, sino que alcanza solo hasta *el cuarto grado de consanguinidad*. Para estos parientes tienen la condición de troncales los mismos bienes que para los ascendientes (artículo 22.2 LDCFV)²⁴.

C. Elemento causal

La SAP de Bizkaia de 1 de marzo de 2004, fundamento jurídico tercero, lo define del siguiente modo: “El elemento causal entendido como razón o causa de que un bien raíz cualquiera esté ligado a un familia troncal, esta conexión entre bienes troncales y parientes tronqueros es el elemento causal. De la regulación de la troncalidad en la Ley Civil Vasca cabe sostener dos conclusiones: 1º.- El título de adquisición es indiferente. Cualquiera que sea el medio de adquisición (donación, compraventa, permuta, herencia o legado, art. 22 LDCFV) los bienes se hacen troncales. 2º.- No es, en cambio, indiferente la persona de la que se adquieren los bienes. Si proceden de un extraño, la troncalidad se inicia y los bienes solamente son troncales para los descendientes del adquirente. En cambio, si se adquieren de un pariente, la troncalidad continúa y la parentela troncal mantiene sus preferencias según líneas y grados, siempre que descienda del primer adquirente”²⁵.

1.3. Solapamiento entre la legítima y la troncalidad

Ambas instituciones, las legítimas y la troncalidad, tienen como misión impedir que el causante pueda distribuir libremente una serie de bienes de su caudal hereditario; las legítimas, como ya se ha dicho, tienen aplicación genérica sobre todos los bienes, mientras que la troncalidad únicamente recae sobre determinados bienes, los raíces. Es por ello que hay ocasiones en las que ambas instituciones llegan a solaparse. Ante tal

²³ GALICIA AIZPURUA, “Legítimas y libertad de testar...”, ob. cit., p. 428.

²⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, *Manual práctico...*, ob. cit., p. 66.

²⁵ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, *Manual práctico...*, ob. cit., p. 79; CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., pp. 129 y ss.

situación, se prevé la supremacía del principio de troncalidad, haciendo que el *quantum* reservado por las legítimas pueda variar.

En primer lugar, el quinto que resta de la legítima prevista de cuatro quintos, en caso de existir descendientes en calidad de sucesores forzosos, será de libre disposición, únicamente si, tal como dice el artículo 55 LDCFV *in fine*, *hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo*. O lo que es lo mismo, en caso de que los bienes troncales sean superiores a ese quinto, éste se verá reducido en la cuantía que exceda.

Esta situación mencionada para los descendientes, es aplicable en igual forma a la parte de libre disposición cuando sean sucesores forzosos los ascendientes, la cual es la mitad del caudal hereditario. Se prevé igualmente la reducción de la mitad libre cuando no haya bienes no troncales bastantes que la cubran (artículo 56 LDCFV). Hipótesis distinta, es la que se da cuando concurren ascendientes que no sean tronqueros con colaterales tronqueros. En tal caso, la Ley Civil Vasca, prevé en su artículo 57.II, que lo adjudicado a dichos colaterales no reduzca la parte de libre disposición (la mitad del caudal), de modo que lo se merma es la legítima que tienen los ascendientes a su favor.

2. Fuero de Ayala

2.1. Libertad de disposición

El régimen sucesorio ayalés se encuentra recogido en los artículo 134 y siguientes de la LDCFV, constando en el primero de los preceptos el rasgo caracterizador de este régimen, como es la absoluta libertad de testar del causante. Así, este artículo 134 LDCFV establece que *los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren*. Esta redacción pone de relieve dos cuestiones importantes. En primer lugar, podemos apreciar que con la expresión *podrán disponer libremente* se alude a una libertad material o de fondo, en el sentido de que el causante puede disponer de sus bienes sin ninguna restricción, independientemente del tipo de bienes que sean o de donde se encuentren. En segundo lugar, el precepto ya mencionado alude a una libertad de medios, en la medida en que lleva a cabo una descripción de aquellos instrumentos mediante los cuales el causante puede hacer valer su libertad dispositiva y en qué formas. De ello se deduce que existe también una libertad formal en tanto que el causante puede hacer valer esa facultad dispositiva del modo que estime más

conveniente. El único requisito que se prevé como necesario para poder ejercer esa libertad distributiva es que el causante aparte a los herederos forzosos²⁶.

2.2. Sucesores forzosos y legítima simbólica

Aunque el rasgo caracterizador del régimen sucesorio ayalés es la libertad dispositiva, ello no es óbice para que exista en el Derecho sucesorio de este territorio un régimen de sucesión forzosa. Esto se deduce de la mención que se hace en el apartado primero del artículo 134 LDCFV a los *herederos forzosos*, así como por el hecho de que, en el apartado segundo de este mismo precepto, se establezca que se entenderá por tales *los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil*.

Este régimen de sucesión forzosa, a diferencia de los existentes en otros ordenamientos, no se traduce en la existencia de un *quantum* intangible que ha de ser respetado obligatoriamente por el causante a favor de unos parientes (legítimas), sino que en el Derecho sucesorio ayalés, solo es operativo cuando el causante no hace uso de la libertad que le reconoce el Fuero de Ayala. Circunstancia por la cual, es confusa la naturaleza jurídica de la legítima existente en este Derecho, por ello a efectos de arrojar luz sobre esta cuestión, la SAP de Álava (Sec. 4ª) de 14 de enero de 2014 en su fundamento jurídico primero precisa que “según opinión bastante unánime de la doctrina (Rueda Díaz de Rábago, Uriarte Zulueta, Celaya), la legítima a partir de la LDCFPV queda configurada como una legítima formal o simbólica. El carácter de formal implica que el causante cumple su obligación legitimaria con la mención del heredero forzoso. Lo único que se le exige es que mencione claramente en su testamento o acto de disposición a los herederos forzosos, aunque sea simplemente con esa mención de apartarlos”²⁷. Pero yendo más allá, GIL RODRÍGUEZ considera que “podría llegar a decirse que en el Fuero de Ayala, que originalmente se manifestó ajeno a cualquier idea de legítima y que transitó por la fase de legítima elástica para hijos y parientes, ulteriormente degradada a simbólica atribución de bienes sin valor económico, ha terminado por prescindir de la mediación de ese símbolo demostrativo de que el causante los tuvo en mente y, a cambio, da por buena y bastante cualquier

²⁶ GIL RODRÍGUEZ, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2.211 y ss.

²⁷ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, *Manual práctico...*, ob. cit., p. 334.

manifestación de esta representación mental que el ejercicio de tan amplia libertad presupone”²⁸.

III. APARTAMIENTO Y DESHEREDACIÓN

1. Fuero de Bizkaia

1.1. Concepto y naturaleza del apartamiento

Como ya se ha venido diciendo con anterioridad, la sucesión forzosa en Bizkaia parte de la libertad distributiva que ostenta el causante respecto de los bienes que conforman su herencia. Esa libertad, expresamente reconocida en el artículo 54. II LDCFV, permite al *de cuius* “distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior (descendente y ascendente), o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir a los de grado más remoto frente a los de grado más próximo”. Hay que incluir otros sucesores que no estando reconocidos como tales en dicho precepto, sí que conforman un grupo respecto del cual el causante tiene posibilidad de distribuir bienes afectos a esos parientes: es el caso de la línea colateral respecto de los bienes troncales. Así pues, el artículo 57.II LDCFV determina que “sucederán en los bienes troncales los colaterales tronqueros designados por el testador” poniendo así de manifiesto la libertad del causante de elegir a quiénes atribuir los bienes troncales. Para conocer el alcance de esa libertad, hay que recurrir al artículo 24 que a *sensu contrario*, tal como dice GALICIA AIZPURUA “reputa válidos los actos de disposición gratuitos que, de los raíces familiarmente sujetos, se hagan a favor de cualquiera de los parientes que se hallen en la línea preferente”; incluso en el caso de que se esté anteponiendo a un colateral respecto de otros de grado más próximo²⁹.

De lo anteriormente expuesto sobre los grupos de descendientes y ascendientes se colige que la legítima reconocida por el Fuero de Bizkaia es una legítima material colectiva la cual, “se configura como una atribución patrimonial conferida colectivamente al grupo

²⁸ GIL RODRÍGUEZ, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2.221.

²⁹ GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., pp. 373-374.

de sucesores forzosos, sean del grado más próximo o ulterior y sin que la Ley predetermine una cuota individual para cada uno de ellos”³⁰.

Pero la efectividad de la elección de sucesor se encuentra condicionada por el cumplimiento de un requisito formal recogido en el párrafo primero del artículo 54 LDCFV, consistente en *apartar* a aquellos legitimarios que no vayan a ser beneficiados con bienes de la herencia. La Ley 3/1992 emplea el término “apartamiento” como “término sinónimo de una voluntad exheredatoria hecha constar por el propio causante o sus herederos, cuando se trate de la separación de sus descendientes o ascendientes, o irrevocablemente determinada por la norma legal, en lo que hace a los colaterales tronqueros”. Como se verá en el apartado siguiente, el hecho de que no se establezca un modo estricto de cumplimiento del apartamiento hace que más que una obligación del causante, sea una carga que ha de cumplir para que sus actos de disposición *mortis causa* sean eficaces, puesto que con ello está actuando en interés propio. Así mismo, la figura del apartamiento actúa en cierto modo como garantía de que la “voluntad del causante se ha formado con plena conciencia acerca de la existencia de todos sus descendientes y ascendientes”³¹.

1.2. Forma

El modo de cumplimiento del apartamiento en Bizkaia es una cuestión controvertida que ha dado lugar a dos interpretaciones distintas en función de si esta institución jurídica requiere el cumplimiento de un determinado formalismo o por el contrario existe libertad de forma.

A favor de la tesis de la libertad de forma nos encontramos con CELAYA IBARRA y especialmente GALICIA AIZPURUA. Según este último autor, el requisito del apartamiento se caracteriza por varias notas, a saber “su histórica vaciedad material e, igualmente, la del escaso e incluso nulo rigorismo exigido en cuanto al modo de cumplimiento”. Cuando se hace alude a la “histórica vaciedad”, se hace referencia al abandono de la tradicional fórmula exigida en el Fuero Viejo del apartamiento “con

³⁰ GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2185; CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., pp. 230 y ss.

³¹ GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., p.379.

algún tanto de tierra”.³² Los argumentos que respaldan esta postura son los que a continuación se exponen.

El primer fundamento de la ausencia de requisito formal para llevar a cabo el apartamiento, se encuentra en la interpretación literal del párrafo segundo del artículo 54 LDCFV, el cual determina que *los sucesores podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión*; de modo que no es necesario siquiera la mención expresa de los sucesores forzosos apartados, eliminando de este modo todo tipo de formalismo³³.

Un segundo argumento, esta vez de orden lógico, obedece al hecho de que como ya se ha dicho anteriormente, el sistema legitimario vizcaíno es de carácter colectivo, por lo que no parece coherente que la intención del legislador al redactar esta norma haya sido la de imponer al causante la obligación de ir apartando a todos los sucesores de modo concreto o específico, pues de este modo se estaría reconociendo en cierta medida una legítima individual a favor de cada sucesor forzoso. Dicho de otro modo, parece coherente pensar que siendo una legítima colectiva a favor del grupo entero de sucesores sea suficiente para el causante respetar el límite legitimario, siendo un “rito inútil, vacío de contenido y significado” el hecho de gravar al causante con el deber de mencionar a todos los sucesores apartados³⁴.

Un tercer argumento que abona la idea de la ausencia de formalismo en el apartamiento se encuentra en el párrafo tercero del artículo 54 LDCFV. Este precepto otorga al sucesor preterido, únicamente en los casos de error, la posibilidad de *reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*, pudiendo deducir de ello que si se otorga un derecho al preterido a reclamar únicamente en los casos de error, es porque se entiende que el apartamiento y la preterición deliberada del causante se encuentran equiparados. De otro modo, la ausencia de solución para los preteridos intencionalmente solo se explicaría por un olvido del legislador. Esa equiparación entre apartamiento y preterición intencional no tiene cabida, en un primer momento, para CELAYA IBARRA, por cuanto que entiende que la preterición según el Código Civil, artículo 814.I, hace referencia a un “auténtico heredero forzoso, con un derecho concreto sobre la herencia, mientras en el Fuero, el legitimario propiamente tal no

³² GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., p. 375.

³³ CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 101.

³⁴ GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2186.

existe, sino en forma colectiva”³⁵. Aunque parece ser que con posterioridad este autor ha acabado por hacer suya la idea de la equiparación.³⁶ Por otra parte, ARZANEGUI SARRICOLEA entiende que efectivamente sí existe dicha equivalencia entre las dos figuras referidas, en base todo ello al hecho de que el artículo 814.III CC dispone que *los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*, y a su vez el artículo 54.III LDCFV establece que *los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente*; de la lectura de estos preceptos se puede apreciar que ambos cuerpos normativos recogen la misma solución con la única diferencia de que el Código Civil hace referencia al descendiente *no preterido*, y la Ley vasca al descendiente *no apartado*³⁷.

El último de los argumentos se sustenta en el hecho de que la Ley 3/1992, a diferencia de los sucesores de línea recta, no prevé una solución o reparación para el colateral involuntariamente omitido. Es por ello que el artículo 57. II LDCFV cuando dice *considerándose tácitamente apartados los (sucesores) que no fuesen nombrados*, está queriendo decir que dichos sucesores quedan apartados automáticamente; ello con independencia de si la omisión fue intencional o errónea. Todo esto pone de manifiesto el hecho de que el apartamiento ha desaparecido prácticamente con respecto a los colaterales tronqueros, de modo que queda así demostrado que efectivamente dicha figura ha sufrido una importante flexibilización con respecto a los descendientes y ascendientes.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, el sentido del artículo 54.II LDCFV cambia, de modo que el hecho de que se exija que conste *claramente* la voluntad de apartar a determinados sucesores significa que la intencionalidad de omitirlos no se presume, sino que será carga probatoria de los herederos demostrar su carácter deliberado cuando se haya alegado la preterición (errónea). Se dice que es carga probatoria de los herederos por cuanto que en caso de que exista una *res dubia* en el juzgador, este deberá decantarse por la preterición inintencional.³⁸ En consecuencia, parece ilógico pensar que no puedan utilizarse medios extrínsecos para poder interpretar

³⁵ CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., p. 236.

³⁶ CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 101.

³⁷ J.M. ARZANEGUI SARRICOLEA, “La preterición intencional y el apartamiento en la legislación foral de Bizkaia”, *AVD – ZEA*, n.º 19, 2010, p. 236.

³⁸ GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2.187.

adecuadamente la verdadera voluntad del causante plasmada en el testamento (artículo 675 CC).³⁹ Una opinión contraria muestra CELAYA IBARRA en cuanto que considera que de la letra del artículo 54 LDCFV no se desprende que el juzgador pueda valerse de elementos ajenos de prueba, sino que deberá ponderar la voluntad del causante basándose exclusivamente en el acto *mortis causa* controvertido⁴⁰.

En contraposición a las ideas antes desarrolladas a favor de la tesis de la ausencia de formalidad en el apartamiento vizcaíno, nos encontramos con la idea de la necesidad de apartamiento expreso para que éste tenga validez y por ende, los efectos que le son propios. A favor de esta postura se encuentra FERNÁNDEZ DE BILBAO, el cual se apoya en lo resuelto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya nº 281/09 de 15 de abril del 2009.

El primero de los argumentos esgrimidos a favor de esta tesis, es aquella que entiende que el sentido literal de la locución *constar claramente* es el mismo que la definición que hace el Diccionario de la Real Academia de ambos:

- “constar”: (Del lat. const re) es “ 1.- Ser cierta o manifiesta y 2.- Quedar registrada por escrito, o notificada oralmente a una o varias personas”
- “claramente” es un adverbio que significa: “Cierta y evidentemente”

Además, considera que debe ser expreso por cuanto la voluntad del causante únicamente debe circunscribirse a lo manifestado en el acto *mortis causa*, es decir, en el testamento.⁴¹

Así mismo, entiende que la necesidad de apartamiento expreso se aprecia con mayor claridad cuando pasamos la disposición del art 54 LDCFV de su forma pasiva a la activa, quedando así: “el testador debe hacer constar y hacer constar claramente, siempre su voluntad de separar sus herederos forzosos de la sucesión”.

En segundo lugar, el apartamiento debe ser expreso por cuanto que si el artículo 65 LDCFV dictamina que *el apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en los artículos 54 y 57, con los efectos del art. 62.3* es porque se entiende que dichos

³⁹ GALICIA AIZPURUA *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., p. 377.

⁴⁰ CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., p. 236.

⁴¹ J.J. FERNÁNDEZ DE BILBAO, “La necesidad del apartamiento expreso en Derecho foral vizcaíno”, *AVD – ZEA*, n.º 18, 2009, p. 266.

preceptos remitidos contienen algún tipo de formalismo⁴². La Audiencia Provincial en la sentencia ya referida mantiene que carece “de sentido que se remita al cumplimiento de los requisitos formales de los arts. 54 y 57 de la LCFPV, si en tales preceptos no existiera formalismo alguno, careciendo así mismo de sentido exigir requisitos de forma en el apartamiento cuando la sucesión se defiere en capitulaciones, pacto sucesorio, o donación y no cuándo ésta se haga en testamento (arts. 27 y 65 de la LCFPV)”⁴³.

Esta cuestión es rebatida por ARZANEGUI SARRICOLEA al considerar, en primer lugar, que la referencia que hace el artículo 65 a la *forma establecida en los artículos 54 y 57* no indica que aluda a un requisito formal, sino que debe entenderse al “modo o manera” que lo hacen esos artículos, y en segundo lugar, por el hecho de que siendo el artículo 65 una norma de remisión, no puede alterar el sentido del artículo 54, el cual regula de forma directa y principal el modo de hacer el apartamiento (*sin fórmula especial*).⁴⁴

Por último, en favor de la tesis de la necesidad de apartamiento expreso y formal, se esgrime un tercer argumento en el sentido de que la esencia de las disposiciones *mortis causa* no admite el apartamiento que no sea expreso, ello con base en el artículo 675 CC según el cual: *toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca 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*, y el artículo 685 CC: *la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento...* Respaldado todo ello por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2009, núm. 133/2009, FJ 2.º: “la regla de la interpretación del testamento se centra, como ha sido repetido por la jurisprudencia de esta Sala, en la necesidad de buscar la verdadera voluntad del causante (...) Para ello se utilizan diversos métodos hermenéuticos, entre los que se encuentra el criterio de la literalidad, que es la primera regla interpretativa”⁴⁵.

A partir de todo lo anterior, este autor y la Audiencia Provincial de Vizcaya⁴⁶ se inclinan por la separación de las figuras del apartamiento y la preterición (intencional).

⁴² FERNÁNDEZ DE BILBAO, “La necesidad del apartamiento expreso...”, ob. cit., p. 271.

⁴³ SAP de Vizcaya de 15-04-2009, (JUR 2009, 321580), FJ ° 2.

⁴⁴ ARZANEGUI SARRICOLEA, “La preterición intencional y el apartamiento...”, ob. cit., pp. 226 y ss.

⁴⁵ FERNÁNDEZ DE BILBAO, “La necesidad del apartamiento expreso...”, ob. cit., pp. 267 y ss.

⁴⁶ SAP de Vizcaya 15-04-2009, (JUR 2009, 321580).

Esta diferencia se refleja en diversos aspectos: naturaleza jurídica, sujetos, objeto, forma y efectos.

Respecto de la naturaleza jurídica, básicamente se mantiene la idea de que la preterición es una “falta de acción”, es decir, la omisión de un legitimario, y como tal, es un mero hecho que tiene efectos jurídicos. Por su parte el apartamiento, es un negocio jurídico “dirigido a producir efectos protegidos y reconocidos por el Ordenamiento jurídico”.

Sobre los sujetos, en la preterición se aprecia al pretirente y los preteridos, mientras que en el apartamiento, existe un apartante (sujeto activo) y los legitimarios no apartados y los sí apartados (sujetos pasivos).

El objeto del apartamiento es total o parcial, pues no hay un reparto igualitario de la legítima entre grados y líneas, mientras que la preterición solo puede ser total.

En cuanto a la forma, el apartamiento se haya “sujeto a legalidad, la formalidad y la publicidad propia, generalmente, de la intervención notarial”, requisitos innecesarios para la preterición.

Por último, los efectos de la preterición dan derecho al afectado a la legítima, mientras que el apartamiento solo da derecho a alimentos (artículo 66 LDCFV).⁴⁷

1.3. Consecuencias de la falta de apartamiento

Como se acaba de exponer, en la Ley 3/1992 la figura del apartamiento, dada su ausencia de formalismo, está equiparada a la preterición intencional, de modo que cabe preguntarnos qué sucede cuando un sucesor forzoso no es nombrado en el acto mortis causa y dicha omisión no obedece a la voluntad deliberada del causante. En otras palabras, se trata de analizar qué sucede en los casos de preterición no intencional o errónea⁴⁸.

La determinación de la existencia de este tipo de omisión es una mera cuestión probatoria, la cual comprenderá la demostración de la concurrencia de dos elementos al momento de testar: la existencia del sucesor forzoso y su condición de pariente. Por

⁴⁷ FERNÁNDEZ DE BILBAO, “La necesidad del apartamiento expreso...”, ob. cit., pp. 263 y ss.

⁴⁸ CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., p. 234.

El autor reconoce la equiparación de las figuras del apartamiento y la preterición intencional en la LDCFV aunque no comparte en ese momento tal idea; recordemos que posteriormente acabó por sumarse a ella.

tanto, se considera que efectivamente existe preterición errónea aun cuando el causante haya mencionado o dejado algo al sucesor pero no conociese su calidad de pariente. Ello es debido a que la consideración personal que se tiene de ese sujeto es diferente a la que realmente es. A efectos probatorios, cabe la utilización de medios extrínsecos así como las presunciones, pues la finalidad perseguida es la de conocer la voluntad real del de *cuius*.⁴⁹

La preterición inintencional únicamente cabe respecto de los descendientes o ascendientes que tengan la consideración de sucesores forzosos inmediatos ya sea de forma directa o también por derecho de representación en el caso de los descendientes. Esto obedece al hecho de que, como ya sabemos, el régimen sucesorio vizcaíno está condicionado por un sistema de legítima colectiva caracterizado por la libertad distributiva del causante, por lo que no todos los sucesores tienen un inmediato derecho a suceder, sino que únicamente gozan de una expectativa sucesoria; en consecuencia, solo los sucesores forzosos que cumplan el requisito adicional de serlo de forma *inmediata* tienen “derecho” a ser apartados, o dicho de otro modo, aquellos respecto de los que se debe probar que fueron tenidos en cuenta por el causante en el momento en que realizó el testamento⁵⁰. A esto se le añade la circunstancia de que el artículo 54.III LDCFV prevé que *los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente. En otro caso, la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*. De la primera disposición se desprende la intención del legislador de evitar la errónea omisión de la descendencia (sucesores mediatos) de un sucesor que habiendo sido favorecido, ha premuerto al causante. Para ello, se sirve del derecho de representación testamentario, gracias al cual esos sucesores forzosos nunca pueden ser preteridos, por cuanto que en el momento de premoriencia de su ascendiente (inicialmente favorecido en la sucesión como descendiente) éstos adquirirán lo dejado por el ascendiente. Parece por tanto, que la voluntad del legislador es la de conservar las disposiciones patrimoniales del causante⁵¹. Si esta es la solución prevista para estos sujetos ¿por qué el inciso final de ese mismo párrafo prevé una solución concreta para

⁴⁹ GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., p. 380 y ss.

⁵⁰ GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2.187.

⁵¹ CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p 101.

Rechaza la aplicación supletoria del 814.II CC y por tanto, la nulidad del acto o la institución de heredero.

los sucesores forzosos preteridos *en otro caso*?⁵² Para conocer qué supuestos encajan en esa expresión debemos acudir a una lectura *sensu contrario* de la norma (primera disposición de ese párrafo) de modo que se entiende que no hay posible representación respecto del apartamiento de un descendiente, de forma y manera que si el descendiente del ascendiente apartado y premuerto no es tenido en cuenta, se considerará omitido erróneamente. Es en estos casos, cuando el descendiente erróneamente preterido puede reclamar el derecho que le otorga el inciso final del párrafo tercero del artículo 54 LDCFV: *la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*.

Procede ahora analizar los efectos que tiene dicha preterición en función de si han sido preteridos uno o varios sucesores forzosos. El primer supuesto que nos encontramos es la preterición inintencional de uno de los sucesores forzosos inmediatos, existiendo otros que sí han sido favorecidos. En tal caso, el artículo 54.III *in fine* LDCFV prevé como solución el *derecho [...] a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*”; pero esto suscita la duda sobre qué entiende la Ley por “*sucesor de igual grado menos favorecido*. Este elemento de guía para determinar la cuota que le corresponde al erróneamente omitido parece, a simple vista, que hace referencia a lo percibido por aquel sucesor que menos haya obtenido en el reparto excluyendo los apartados, pues como dice GALICIA AIZPURUA “la expresión subrayada parece comportar la referencia a un cierto grado de liberalidad”. Pero como ya se viene diciendo anteriormente, la voluntad del legislador es tendente a la conservación de las disposiciones del testador y con ello su voluntad, de forma y manera que no resulta descabellado entender que el sucesor de igual grado apartado sea el que menos ha recibido y que el preterido pueda ser, por qué no, equiparado a este⁵³.

En caso de que no existiese algún sucesor forzoso favorecido de igual grado, tal y como requiere la norma para calcular la cuota, parece lógico que lo atribuible al erróneamente preterido se determine conforme al menos favorecido de los demás sucesores de distinto grado, pues en caso contrario quedaría excluido de la legítima y de los bienes troncales.

Cabe también la posibilidad de que solo exista un único sucesor forzoso además del preterido, no habiendo así sujetos con los que poder comparar y determinar la cuota

⁵² GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., pp. 384-398.

⁵³ GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2.188; CELAYA IBARRA, “Ley sobre el Derecho Civil Foral...”, ob. cit., p. 238.

correspondiente al omitido. La solución más coherente parece ser que ante tal circunstancia el preterido reciba la mitad de lo dejado al beneficiado.

Puede surgir la duda acerca del modo de calcular la cuota que puede reclamar el erróneamente omitido. Pues bien, literalidad del artículo 54.III LDCFV, al aludir únicamente a *testador* y *sucesión*, puede dar a entender que solo se computen a tal efecto los beneficios obtenidos *mortis causa*. Pero si tenemos en cuenta lo indeterminado del término *cuota*, el cual no va referido exclusivamente al caudal relicto, cabe la posibilidad de relacionarlo con el artículo 62 LDCFV, y con ello con la totalidad del haber computable previsto por dicho precepto. Ello unido a la búsqueda de soluciones equitativas, ya que se está elucubrando sobre la posible voluntad del testador, lleva a tener en cuenta, como conclusión lógica y justa, también las donaciones efectuadas al resto de sucesores forzosos.

Una vez dejado esto claro, el cálculo la *cuota* se lleva a cabo realizando sumas independientes de lo que ha recibido cada sucesor forzoso, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y del total de cada uno se elegirá aquel que haya recibido menos. Si hubiese uno excluido de forma absoluta, el preterido no recibirá nada, salvo lo que le pueda corresponder por el derecho de alimentos (art. 66 LDCFV) en caso de cumplir los requisitos exigidos.⁵⁴

Estas soluciones pueden parecer poco claras, por lo que no está demás echar un vistazo al Derecho comparado para ver cómo otros Derechos autonómicos han afrontado estos problemas. Así, podemos observar cómo el Derecho Aragonés⁵⁵ en el Libro III del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) bajo la rúbrica “*Derecho de Sucesiones por causa de muerte*”, prevé concretamente los efectos de la preterición en los distintos supuestos anteriormente planteados, incluso para el caso no planteado en la Ley vasca de preterición de todos los sucesores, cuestión que se abordará en el siguiente epígrafe. El CDFA regula expresamente la preterición inintencional en su artículo 506 *es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo*. Los efectos de la preterición no intencional los recoge el artículo 508.1 CDFA, el cual

⁵⁴ GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., pp.390 y ss.

⁵⁵ Este Derecho autonómico recoge un sistema sucesorio de características similares al desarrollado en el Fuero de Bizkaia: libertad distributiva del causante y un sistema de legítimas colectivas.

prevé que el legitimario de grado preferente preterido *tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque estos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico.* De ello se deduce en primer lugar y como primera regla, que con la expresión *salvo previsión distinta del disponente* se está dando preferencia a las disposiciones del testador, con lo cual éste puede privar de efectos a la preterición inintencional si así lo pone de manifiesto. A continuación la norma dispone una solución legal de carácter subsidiario consistente en equiparar al preterido con el legitimario de cualquier clase (a diferencia de lo que se establece en el Fuero de Bizkaia) menos favorecido en el reparto de los bienes de la herencia.

Así pues, en caso de existir un solo legitimario favorecido, el sujeto que ha sido preterido tiene derecho a la mitad lo recibido por el primero. Si hubiese más de un legitimario favorecido, el preterido podrá reclamar una porción igual a la que haya recibido el menos favorecido después de haber aplicado *la reducción* correspondiente. El cálculo de la cuota se hará mediante la reducción proporcional de lo recibido por cada legitimario (tanto por herencia como por legado) del caudal relicto⁵⁶. Hay que tener en cuenta un dato importante, y es lo referente a que el derecho que otorga el citado artículo a una porción del caudal relicto, es independiente del derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros por ser sucesor forzoso⁵⁷.

1.4. La preterición errónea de todos los sucesores forzosos.

La Ley 3/1992 no aborda la cuestión relativa a la preterición errónea de todos los sucesores forzosos inmediatos si no hay mediatos favorecidos. Ello, probablemente, obedece al hecho de que el legislador entiende que es suficiente con los mecanismos de defensa de la intangibilidad cuantitativa de la sucesión forzosa, es decir, con la reducción de las disposiciones que hayan de reputarse inoficiosas por afectar al *quantum* reservado y recaer sobre bienes no troncales.⁵⁸

⁵⁶J.A. SERRANO GARCÍA, “La legítima en Aragón”, *RDCA*, n.º 46, 2008, pp. 116 y ss.

⁵⁷SERRANO GARCÍA, “La legítima en...”, *ob. cit.*, p. 119.

⁵⁸GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa en el...”, *ob. cit.*, p. 2.189.

En el caso de los colaterales tronqueros y dada la ausencia de regulación al respecto en la LDCFV, no parece que de la omisión errónea de todo el conjunto de estos parientes haya solución distinta a la ya mencionada para el resto de legitimarios, a saber la de poder reclamar los bienes raíces dejados a quienes no tienen legitimación para adquirirlos (artículo 24 LDCFV).

En el Derecho civil aragonés la solución para la preterición no intencional de todos los sucesores forzosos está recogida de forma expresa en el artículo 508.2 CDFA, el cual estipula que ante tal situación *se produce la delación ab intestato de todo el caudal relicto*. Esta medida obedece al hecho de que el causante no ha podido tener verdadero conocimiento de los descendientes omitidos y en consecuencia ha distribuido el haber hereditario entre extraños; teniendo como consecuencia la nulidad de todas las disposiciones patrimoniales, subsistiendo obviamente las de carácter no patrimonial⁵⁹.

Curiosamente si se diese el supuesto que inicialmente se comentaba de que hubiesen sido erróneamente omitidos todos los descendientes inmediatos pero se hubiese distribuido el patrimonio entre otros descendientes (no extraños), el Código de Derecho Foral de Aragón prevé la misma solución que se maneja para Bizkaia: la aplicación de la regla especial del artículo 508.1, el cual otorga un derecho individual a *una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al legitimario menos favorecido por aquél*⁶⁰.

1.5. La relación entre apartamiento y desheredación.

El apartamiento y la desheredación son figuras muy próximas que en ocasiones pueden llegar a confundirse, pero, como aquí se verá, son instrumentos que mantienen unas diferencias que les confieren singularidad.

La desheredación no se halla regulada en la Ley 3/1992 pero ello no es elemento que permita afirmar que no es tenida en cuenta, y por lo tanto, no aplicable en la sucesión vizcaína, sino que su régimen será el previsto por el Código Civil en los artículos 848 y siguientes, gracias a la aplicación supletoria (artículo 3.2 LDCFV) de dicho Código.

⁵⁹ I. VIVAS TESÓN, “Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos”, *RCDI*, n.º 742, 2014, p. 690.

Idéntica solución prevé a ese supuesto el Código Civil en el artículo 814.II.

⁶⁰ SERRANO GARCÍA, “La legítima en...”, *ob. cit.*, pp. 118 y ss.

El fundamento que sostiene la aplicabilidad de la desheredación en el sistema sucesorio vizcaíno lo hayamos fijándonos en la figura de la indignidad. Ésta tampoco es regulada por la LDCFV pero sí contiene referencias a dicho instrumento jurídico, como por ejemplo en el artículo 79.3. Por tanto, si podemos afirmar la efectividad de la indignidad dentro del régimen sucesorio vizcaíno (también mediante supletoriedad del Código Civil) podemos entender que cabe utilizar la desheredación dada la afinidad de ambas figuras. Afinidad que se da tanto entre las causas legales que deben concurrir para su utilización (no todas son compartidas) como por los efectos que se derivan de cada una de ellas, además de una función compartida: “reprochar al heredero o sucesor forzoso su reprobable conducta”. Es más, el ya mencionado artículo 79.3 LDCFV prevé la posibilidad de revocar el pacto de designación sucesoria cuando el instituido concurra en *causa de indignidad o desheredación*: esto hace pensar que si es posible desheredar a aquel que ya ha sido favorecido mediante pacto, también pueda serlo el que aún no ha sido designado heredero siempre que concurra justa causa⁶¹.

Volviendo a la cuestión de si la desheredación puede ser una figura vacía de sentido dentro del régimen sucesorio vizcaíno, dada la libertad distributiva del causante, cabe afirmar que esa primera impresión decae ante la diferencia, probablemente más significativa, entre las figuras del apartamiento y la desheredación; a saber, la circunstancia de que esta última supone una sanción civil por haber concurrido el sucesor en alguna de las causas previstas a tal efecto, de modo que desde el momento que es desheredado éste pierde su condición de sucesor forzoso. Esta situación cobra especial importancia en los casos de sucesor único, pues una vez desheredado, el causante deja de estar sujeto a los límites derivados de la legítima. Por el contrario, el apartamiento no supone esa sanción civil y con ello pérdida de la condición de sucesor forzoso, pues únicamente tiene por finalidad favorecer el reparto del haber hereditario con cierta libertad. Esta diferencia de consecuencias tiene también reflejo en los casos en los que se produzca la apertura de la sucesión *ab intestato*; como, por ejemplo, en el caso de existir un único sucesor forzoso favorecido que renuncia, y el resto de sucesores estuviesen apartados y desheredados; ante tal tesitura el desheredado seguirá estando privado de derecho a concurrir a la misma como heredero, pues ya no tiene tal condición, mientras que los apartados sí podrían⁶². Otra consecuencia significativa de la

⁶¹ GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., pp. 403 y ss.

⁶² GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2.190.

desheredación, no compartida por el apartamiento, es la desaparición o directamente el no nacimiento del derecho de alimentos previsto en el artículo 66 LDCFV, pues tal como prescribe el artículo 152. 4º CC *cesará también la obligación de dar alimentos: cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que den lugar a la desheredación.*

Estas consecuencias que se acaban de indicar requieren que se dé una causa justa o legal para desplegar efectos jurídicos, es decir, es necesario que el causante actué de acuerdo a los motivos concretados por el Código Civil a tal efecto. En caso de que la desheredación esté motivada en una causa injusta, no se exprese causa o ésta sea falsa (no determinante), la desheredación deja de serlo y pasa a equipararse al apartamiento. Esta equiparación está fundamentada por la existencia de una legítima colectiva en Bizkaia, ya que el artículo 851 CC no puede aplicarse pues hace referencia a una legítima de carácter individual.

Por último, la solución anteriormente prevista de sustituir la desheredación por apartamiento en caso de estar sustentada en una causa falsa, no es posible cuando ésta sea determinante de la exclusión del sucesor forzoso, pues el artículo 767.1º CC considera que ante tal situación la causa *será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa*, de modo que lo que aquí resulta es, por un lado, la ineficacia de la disposición de exclusión, y por otro, la consideración del sucesor como preterido erróneamente con el consiguiente derecho a reclamar la cuota prevista para tal caso por el artículo 54.III LDCFV (si es sucesor forzoso inmediato). No obstante, podrá reclamar la porción entera de legítima a través de los mecanismos para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la legítima cuando sea él el único sucesor forzoso.⁶³

Igual equiparación recoge el Derecho foral aragonés, el cual, después de recoger en su artículo 471 CDFA lo que considera como causa falsa (*la expresión en el pacto o testamento de los motivos de una disposición no afectará a su eficacia, a no ser que, siendo falsos o ilícitos, resultara del propio título sucesorio que han sido esencialmente determinantes de la disposición*), dispone que *si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos, pero no*

⁶³ GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa...*, ob. cit., pp. 408 y ss.

han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición intencional (artículo 514 CDFV). De este precepto se desprenden diversas cuestiones; la primera de ellas es que el hecho de tener como no puesta la causa no determinante hace que se considere que existe una exclusión absoluta, ya que la desheredación con causa legal necesita, valga la redundancia, una causa legal, por lo que si el error es tenido por no puesto, esta figura decae a favor de la exclusión. Esta misma equiparación sucede en el Fuero de Bizkaia entre apartamiento (figura similar a la exclusión aragonesa) y la desheredación cuando la causa falta es no determinante. La segunda idea que podemos apreciar del inciso final es que en este ordenamiento jurídico se opta también por la solución de considerar que concurre preterición errónea cuando la causa falsa sea determinante de la exclusión que manda el causante. Es más, la reparación que se ofrece a los erróneamente preteridos que sean sucesores inmediatos, artículo 508.1 CDFV, va en la misma línea que la ofrecida en Bizkaia: *el derecho a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al legitimario menos favorecido por aquél*. Por último, respecto del supuesto de la preterición errónea del único legitimario o de todos ellos, el CDFV recoge una solución distinta a la del régimen vizcaíno, pues prevé la apertura de la sucesión abintestato de todo el caudal relicto (art. 508.2 CDFV)⁶⁴.

2. Fuero de Ayala.

2.1. Apartamiento y tipos.

Con la Ley 3/1992 la figura del apartamiento en el Fuero de Ayala sufre una ampliación del concepto para abarcar figuras jurídicas que en esencia no equivalen a tal. Este Fuero recoge varios tipos de apartamiento: en primer lugar, el apartamiento expreso, cuya peculiaridad es que se lleve a cabo mediante alguna mención o signo verbal que deje claro que el causante ha reparado en el sucesor afectado. Este apartamiento puede además ser *individualizado*, cuando la mención va referida a una cualidad particular del apartado, o *colectivo*, cuando el apartamiento se hace mediante la alusión a alguna circunstancia o rasgo compartido por el grupo de apartados. En segundo lugar, está el apartamiento tácito, que en realidad viene a ser una equiparación de la figura del apartamiento a los casos de *la preterición intencional y la desheredación justa o injusta*.

⁶⁴ SERRANO GARCÍA, “La legítima en...”, ob. cit., pp. 124-126.

A. Expreso (individual y conjunto).

El apartamiento en el Derecho Ayalés no está sujeto a ninguna formalidad, por lo que la LDCFV reputa como válidos, a efectos de apartamiento expreso, cualquier mención o referencia realizada en el documento testatorio o pacto, siempre que quede claro que ha sido realizado con consciencia de la condición del sucesor aludido.

El apartamiento expreso tiene dos modalidades según el artículo 136.1 LDCFV, a saber: *individualizado o conjunto*.

Se considera apartamiento *individualizado* aquel en el que se ha mencionado de manera concreta y específica al apartado, ya sea mediante su nombramiento o a través de la referencia a alguna circunstancia propia que lo identifica.

El *conjunto* es aquel apartamiento realizado mediante expresiones genéricas que hacen referencia a cualidades o categorías del grupo de sucesores afectados. El artículo 135.3 LDCFV establece su alcance al determinar que *comprenderá a todos los existentes en el momento del fallecimiento del causante*. De esto podemos extraer dos ideas: una de ellas es que si se hace expresa referencia al fallecimiento como momento de apertura de la sucesión y no el momento de realizar el acto dispositivo, es porque se entiende que el apartamiento conjunto es eficaz también para aquellos sucesores forzosos que el *de cuius* no pudo tener presentes cuando dispuso de su patrimonio. La segunda idea se deriva de la letra del precepto y hace alusión a que el apartamiento afecta al conjunto de *herederos forzosos* o legitimarios, con independencia de la línea de pertenencia (tanto descendientes como ascendientes), incluyendo así mismo, al cónyuge viudo⁶⁵. Esto último es debido a que “el espíritu del Fuero renovado no ha querido discriminar positivamente al cónyuge supérstite respecto de los otros herederos forzosos, pues el Fuero de Ayala, [...], ni siquiera le conserva las expectativas que pudieran derivar de su régimen económico matrimonial”⁶⁶.

B. Tácito

El Fuero de Ayala considera que son formas de apartamiento tácito la preterición intencional y la desheredación tanto justa como injusta (artículo 135.2 LDCFV). Este tipo de apartamiento hace referencia a aquel realizado mediante manifestaciones

⁶⁵ GALICIA AIZPURUA, “Legítimas y libertad de testar...”, ob. cit., pp. 462 y ss.

⁶⁶ GIL RODRÍGUEZ, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., p. 2.223.

impropias pero equivalentes (desheredación) o simples silencios u omisiones intencionadas. Pero esta equiparación entre apartamiento y desheredación en el Derecho Ayalés no es absoluta, sino que es limitada y unidireccional en el sentido de que si bien la desheredación equivale a apartamiento (tácito), todo apartamiento no ha de ser tenido en cuenta como desheredación. Aun siendo esto así, ambas figuras mantienen su propia identidad y efectos; al igual que en Bizkaia la desheredación comporta la pérdida de la condición de sucesor forzoso con sus respectivas consecuencias, mientras que el apartamiento no.

Al igual que acontecía para Bizkaia, la desheredación, tanto justa como injusta, no está regulada en la LDCFV, por lo que hay que acudir a la supletoriedad de los preceptos previstos en el Código Civil a tal fin (arts. 848 y ss.). Así, podemos considerar que es una desheredación justa cuando se hayan observado todos los presupuestos establecidos a tal efecto, mientras que será injusta si: no se realizó en el testamento (o pacto), no se expresó la causa legal en que se funda, o porque dicha causa era falsa, en tales casos estaremos ante un apartamiento. Hay que tener en cuenta un matiz respecto de la causa falsa, y es que si dicha motivación es determinante de la exclusión, no cabe reputarlo ya como apartamiento sino como preterición inintencional o errónea, tal como se deduce del artículo 767.1 CC: *la expresión de una causa falta de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido su falsedad*. En consecuencia, el erróneamente preterido tiene derecho, según el artículo 137 LDCFV, a *reclamar su legítima*.

Respecto de la preterición intencional como apartamiento tácito únicamente es subrayable decir que en caso de duda acerca de la omisión, hay que decantarse por su consideración como intencionada⁶⁷.

2.2. La falta de apartamiento: preterición inintencional.

Finalmente, hay que hacer una breve mención al régimen y consecuencias de la preterición errónea en Ayala. La regulación de esta omisión está recogida en dos artículos. El primero de ellos, el 137 LDCFV recoge una regla general, a saber que *el heredero forzoso preterido no intencionalmente podrá reclamar su legítima. La institución de heredero y demás disposiciones testamentarias se reducirán en cuanto*

⁶⁷ GALICIA AIZPURUA, “Legítimas y libertad de testar...”, ob. cit., pp. 646 y ss.

perjudiquen a dicha legítima. Este precepto tiene carácter de norma general y es directamente aplicable a los ascendientes y al cónyuge viudo, pues es el artículo 138 el que contempla disposiciones específicas para la preterición errónea de descendientes⁶⁸. Este último precepto aludido estipula que *cuando la preterición afecte a todos los descendientes, éstos tendrán derecho a la legítima larga. Cuando afecte a alguno de ellos tendrá derecho a recibir tanto como el menos favorecido por los demás legitimarios no preteridos y, como mínimo, la legítima estricta*. De estos dos preceptos podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, cuando los preteridos erróneamente hayan sido los ascendientes o el cónyuge viudo, tendrán derecho a reclamar su cuota de legítima, la cual coincide cuantitativamente con la que prevé el Código Civil por aplicación supletoria del artículo 809, para los ascendientes y cuando haya concurrencia con el cónyuge viudo, el 834 respecto del usufructo del cónyuge cuando concorra con hijos y descendientes y el 838 para el usufructo del cónyuge viudo sin que haya concurrencia con otros herederos. En segundo término, la regla prevista para la errónea omisión de descendientes diferencia dos supuestos, en función de si la omisión afecta a uno o varios descendientes o por el contrario, afecta a todos. En la primera de las situaciones, el o los descendientes preteridos tendrán derecho a reclamar dos cuotas: lo recibido por el legitimario menos favorecido o la legítima estricta cuando la anterior cuota sea inferior a esta última. Y finalmente, en caso de ser todos los descendientes preteridos, se prevé el derecho a reclamar la legítima larga, es decir, los dos tercios que marca el artículo 808 del Código Civil⁶⁹.

⁶⁸ GIL RODRÍGUEZ, “La sucesión forzosa en el...”, ob. cit., pp.2.229 -2.230.

⁶⁹ GALICIA AIZPURUA, “Legítimas y libertad de testar...”, ob. cit., pp. 465-466; J.M. MIGUEL GONZÁLEZ, “La preterición”, en A. CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson Civitas, Madrid, 2002, p. 5.353.

IV. CONCLUSIONES

El trabajo realizado ha pretendido ser un análisis de la figura del apartamiento en los Derechos autonómicos de Bizkaia y Ayala, para lo cual ha sido necesario ir exponiendo y deshilando el entramado que rodea a estas figuras en los sistemas sucesorios de dichos territorios.

1.- Los distintos Derechos sucesorios vascos se diferencian del previsto por el Derecho Civil general en dos ámbitos principalmente: en los instrumentos de ordenación de la sucesión, ya que algunos permitidos en estos ordenamientos están vetados en el Código Civil, y en la sucesión forzosa, entendiendo por tal los límites que se imponen al causante al momento de distribuir su herencia.

2.- En Bizkaia la sucesión forzosa se configura en torno a dos instituciones: las legítimas y el principio de troncalidad.

El artículo 53 LDCFV contempla un orden por el que se defiere la sucesión, señalando en primer lugar a *los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes* (preferencia de los primeros sobre los segundos), y en segundo lugar, a *los padres y demás ascendientes* (con igual prelación). Dada la libertad distributiva del causante entre los integrantes del grupo de sucesores forzosos, pueden existir casos de indigencia resultantes del reparto, por lo que el artículo 66 de la Ley 3/1992 prevé como solución, al menos para el primer grupo, un derecho de alimentos, independiente del que se recoge en el Código Civil.

La cuantía sobre la que recae la legítima son los cuatro quintos del caudal, siendo el quinto restante de libre disposición tal y como queda plasmado en el artículo 55 LDCFV. Para los ascendientes el *quantum reservado* pasa a ser la mitad del caudal relicto, siendo la otra mitad de libre disposición, según el artículo 56 LDCFV.

3. El otro límite a la libertad de distribución del sistema sucesorio vizcaíno es el principio de troncalidad cuya finalidad es la de revertir ciertos bienes hereditarios al entorno familiar. Éste no afecta a todos los sucesores ni bienes que conforman el caudal relicto, sino que única y exclusivamente se circunscribe a los bienes raíces ubicados en el Infanzonado o Tierra Llana (art. 18 LDCFV) y a determinados parientes a los que se les confiere la cualidad de tronqueros. Ello no impide que el causante en vida pueda disponer de esos bienes troncales, sino que solo exige que lo haga *respetando los derechos de los parientes tronqueros* (art. 17.2 LDCFV). De no ser así, los actos de

disposición a título gratuito tanto inter vivos como mortis causa a favor de extraños o parientes que no pertenezcan a la línea preferente, serán nulos de pleno derecho según el artículo 24 LDCFV. Por otro lado, en relación a los realizados de igual forma pero a título oneroso, los parientes tronqueros podrán ejercer el derecho de adquisición preferente que les reconoce el artículo 112 LDCFV.

Se encuentra formado por tres elementos: real (bienes considerados troncales), personal (parientes a los que se les confiere la condición de tronqueros) y causal (relación entre los parientes tronqueros y los bienes raíces).

En ocasiones puede suceder que ambos límites, *quantum reservado* y principio de troncalidad queden solapados, por lo que en tal caso se prevé la superioridad de éste último.

4.- A diferencia de Bizkaia, en Ayala rige el principio de libertad dispositiva de todo el caudal relicto (art. 134 LDCFV), incluso a favor de extraños. Aunque existe un sistema de legítimas (en la misma cuantía que en el Código Civil), este puede ser desplazado sin ningún tipo de inconveniente, y su operatividad queda subordinada para el caso en que el causante no haga uso de dicha facultad dispositiva, de modo que puede afirmarse que se trata de una legítima formal o simbólica.

5.- En Bizkaia el ejercicio de la facultad distributiva de la que goza el causante, tiene como único requisito tener que apartar a aquellos sucesores no favorecidos. El hecho de que se le permita elegir a un sucesor incluso de grado más remoto, y que para ello deba apartar a los preferentes, es debido a que la legítima en este sistema sucesorio tiene naturaleza colectiva. En consecuencia, los sucesores no gozan de un derecho subjetivo e individual a la legítima, sino únicamente de una mera expectativa sucesoria.

Es en la forma de cómo ha de realizarse el apartamiento donde más controversia existe, en tanto que hay autores contrarios a la idea de que deba ser expreso y formal, mientras que otros consideran que sí ha de ser realizado de una forma determinada. La tesis de la ausencia de formalismo se sustenta en los siguientes argumentos:

- a. La interpretación literal de la expresión *sin fórmula especial de apartamiento* del art. 54 LDCFV.
- b. Un argumento de orden lógico, en el sentido de que la legítima en Bizkaia es de carácter colectivo y no parece que sea coherente que se imponga al causante la

necesidad de ir apartando concretamente a todos los sucesores. Circunstancia que se da en otros ordenamientos jurídicos autonómicos de similares características como el aragónes, donde para la exclusión voluntaria de descendientes no se requiere mención alguna y menos de forma individualizada (artículo 512.I CDFA).

- c. Un tercer argumento se encuentra en el derecho que se otorga al preterido erróneamente a *reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido* (artículo 54.III LDCFV). De esto se desprende que si se ha previsto una solución sólo para el caso de preterición errónea es porque la intencional y el apartamiento están equiparados..
- d. Finalmente el último de los argumentos va en la línea de que mientras para los sucesores en línea recta se prevé una solución en caso de preterición errónea, no se hace lo mismo los colaterales tronqueros que se encuentren en idéntica situación. Pudiendo afirmar con ello que el apartamiento ha desaparecido para estos sucesores y que con ello que se ha flexibilizado.

En contraposición a lo anterior, tenemos la tesis de la necesidad de apartamiento expreso, respecto de la que se posiciona la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia 15 de abril de 2009, la cual se sustenta en los siguientes fundamentos:

- a. El sentido literal de la expresión *constar claramente*, cuyo significado ha de ser estrictamente el que ha establecido la Real Academia de la Lengua Española. Ello unido a que la voluntad del causante debe ser expresa y evaluarse únicamente lo recogido en el acto *mortis causa*.
- b. La remisión que efectúa el artículo 65 LDCFV a los preceptos 54 y 57 que viene a indicar que estos recogen una forma determinada de realizar el apartamiento.
- c. El último de los argumentos alude a la regla de interpretación de los testamentos, pues, según el artículo 675 CC, *toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*, y el artículo 685 CC que establece que *la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento...*

La consecuencia de esta tesis es la separación entre las figuras del apartamiento y la preterición intencional.

6.- Si como hemos dicho el apartamiento y la preterición intencional se encuentran equiparadas, cabe preguntarse por las consecuencias de la falta de apartamiento, es decir, los casos de preterición inintencional. En primer lugar, como resultado del sistema de legítima colectiva presente en Bizkaia únicamente puede omitirse erróneamente a los descendientes y ascendientes considerados como inmediatos, pues solo estos tienen derecho a ser apartados.

El legislador en aras de evitar la errónea omisión de los descendientes del sucesor favorecido y premuerto, y conservar las disposiciones patrimoniales del causante, hace uso de un derecho de representación testamentaria en el artículo 54.III LDCFV, consiguiendo con ello que nunca puedan ser preteridos erróneamente. Este mismo precepto prevé solución para los sujetos que encajen dentro de la expresión *otros casos*, los cuales sí pueden ser erróneamente omitidos; es el supuesto de los descendientes del apartado y premuerto. La solución prevista al efecto, es la posibilidad de reclamar *una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido*. Pero solo se contempla la posibilidad de omisión errónea de uno o varios sucesores forzosos y no la de que lo sean todos ellos.

7.- La ausencia de solución para la preterición errónea de todos los sucesores forzosos hace entender que el legislador considera que es suficiente con la protección que les otorgan los instrumentos para preservar la intangibilidad cuantitativa de la legítima. En cambio el Derecho aragonés aporta una solución expresa a tal supuesto en su artículo 508.2 CDFA: la delación *ab intestato* de todo el caudal relicto.

En caso de que esta situación se dé en relación a los colaterales tronqueros, estos podrán reclamar los bienes troncales mediante los mecanismos que recoge el artículo 24 LDCFV.

8.- El apartamiento y la desheredación pueden llegar a confundirse, pero ambas figuras son autónomas y diferentes. La desheredación se halla regulada en el Código Civil y será mediante supletoriedad del Derecho Civil general que se aplique en Bizkaia; por contra el apartamiento está regulado en la Ley 3/1992. La principal diferencia entre ambas figuras es el hecho de que la desheredación está sujeta a unas causas tasadas ya que supone una sanción civil que priva de la condición de sucesor forzoso aquel al que afecta; conlleva también la privación del derecho de alimentos. Si dicha desheredación es injusta por cualquier razón, la desheredación se equipara al apartamiento. Ahora bien,

si la desheredación es injusta por ser falsa su causa, siempre que esta sea determinante de la exclusión, no hay apartamiento sino preterición errónea (artículo 767.1º CC) y por tanto, posibilidad de reclamar la cuota que prevé el artículo 54.III LDCFV.

8.- En Ayala a consecuencia de la mayor libertad en la disposición de bienes del causante, la figura del apartamiento se divide en varios tipos, el *expreso* el cual puede ser a su vez *singularizado* (mención concreta al apartado o alguna circunstancia personal que lo identifique) o *colectivo* (designación del grupo a partir de alguna cualidad compartida por los afectados), y el *tácito*, gracias al cual se ha terminado por igualar al apartamiento con varias figuras jurídicas: preterición intencional y desheredación justa o injusta.

La desheredación injusta con causa falsa determinante de la exclusión conlleva la misma consecuencia que en Bizkaia de ser considerada, no como apartamiento tácito en este caso, sino como preterición errónea. La diferencia reside en la solución dada en el territorio ayalés, pues el artículo 137 LDCF permite al preterido *reclamar su legítima*.

9.- Esta preterición inintencional se regula en dos preceptos: el 137 y el 138 LDCFV. El primero tiene carácter general y se aplica directamente a los ascendientes y al cónyuge viudo, posibilitándoles reclamar su legítima; aquí hay que acudir a lo previsto para las legítimas en el Código Civil. El segundo precepto va dirigido concretamente a los descendientes omitidos erróneamente y prevé dos soluciones, una subordinada a la otra. La primera es *el derecho a recibir tanto como el menos favorecido por los demás legitimarios no preteridos*, y en caso de que este fuera inferior a la legítima estricta, podrá reclamar esta última. En cambio, cuando la preterición inintencional afecte a todos los sucesores, éstos podrán reclamar la legítima larga.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANGOTIA GOROSTIAGA, Victor y GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Derechos civiles de España*, en Rodrigo BERCOVITZ y Julián MARTINEZ SIMANCAS (coord.), t. I, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María, “La preterición intencional y el apartamiento en la legislación foral de Bizkaia”, *AVD-ZEA*, n.º 19, 2010, pp. 221-230.
- CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), t. XXVI, “Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco”, EDERSA, Madrid, 1997.
- CELAYA IBARRA, Adrián, *Curso de Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, “La necesidad de apartamiento expreso en Derecho foral vizcaíno”, *AVD-ZEA*, n.º 18, 2009, pp.261-286.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, AVD-ZEA, Bilbao, 2014.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, en M.ª del Carmen GETE ALONSO (dir.) y Judith SOLÉ (coord.), t. II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur menor, Navarra, 2011.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Tratado de legítimas*, en Teodora F. TORRES GARCÍA (coord.), Athelier, Barcelona, 2012.
- MIGUEL GONZÁLEZ, José María, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díaz-Picazo*, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), vol. 4, Thomson Civitas, 2002.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, “La legítima en Aragón”, *RDCA*, n.º 46, 2008, pp.67-134.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases efectos”, *RCDI*, n.º 742, 2014, pp. 679-699.