

El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: análisis de la legítima y otras instituciones que modifican su posición. Diferencias entre el derecho civil vasco y el derecho del territorio común*

ANE BASTERRETxea DAÑOBEITIA

Doble Grado en Derecho y Relaciones Internacionales. Universidad de Deusto
Zuzenbidean eta Nazioarteko Harremanetan lizentziatua. Deustuko Unibertsitatea

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 17/09/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 8/11/2021

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura del cónyuge viudo y, en su caso, del miembro superviviente de la pareja de hecho, tras la muerte del otro cónyuge o miembro de la pareja, toda vez que se trata de una figura que ve perjudicada su situación al estar colocada en una situación de desventaja respecto de la que vivía con anterioridad al fallecimiento puesto que disfruta de un *ius iure in res aliena* sobre una parte de la herencia que, salvo en el caso que sea único legítimo, puede verse reducida, incluso, a la tercera parte. En este estudio se analizan

*Trabajo premiado en la III Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en septiembre de 2018.

las particularidades del Derecho Civil del País Vasco en relación con el Derecho del Territorio Común con el fin de establecer las similitudes y las diferencias de ambos regímenes jurídicos y poder, finalmente, concluir cuál es el régimen sucesorio que favorece y protege más a la figura del cónyuge viudo o, en su caso, al miembro superviviente de la pareja de hecho.

Palabras clave: cónyuge viudo, legítima, régimen sucesorio, miembro superviviente, pareja de hecho, Derecho Civil Vasco, Derecho del Territorio Común.

Alarguna eta, hala balitz, bizirik dirauen bikotekidea: figura horien azterketa eta horien egoera ukitzen duten beste figura batzuen. Euskal zuzenbide zibilaren eta Lurralde erkidearen Zuzenbidearen arteko desberdintasunak

Laburpena: Lan honen edukia da alargunaren eta hala badagokio ere, izatezko bikotearen bizirik dirauen bikotekidearen figura aztertzea, beste ezkontidea edo bokotearen kidea hil ondoren. Izan ere, hori desabantaila egoeran dago hil aurreko egoerarekiko *ius iure in re aliena* baitu jarauntsiaren zati baten gainean. Gainera, senipartedun bakarreko kasuan izan ezik, zati hori heren batera murriztu daiteke. Ikerketa honetan aztertzen dira Euskal zuzenbide zibilaren ezaugarriak, Lurralde erkidearen Zuzenbidearekiko, bi araubide juridikoen arteko antzekotasunak eta desberdintasunak zedarrizatzeko eta azkenik, alarguna edo bizirik dirauen izatezko bikotearen bikotekidea zein araubidek aldezen duen modurik zabalenean.

Gako-hitzak: alarguna, senipartea, oinordetza araubidea, bizirik dirauen bikotekidea, izatezko bikotea, Euskal zuzenbide zibila, Lurralde erkidearen Zuzenbidea.

Analysis of the power of appointment. Perspective of the institution since the passing of the Basque Civil Law Act 5/2015 and approach to the notary practice

Abstract: The object of this work is the analyses of the situation of the widow, and if applicable, the surviving partner, after the other spouse or partner passes away, as long as their situation is disadvantageous in comparison with their situation before. They only benefit from a “*ius iure in res aliena*” over a part of the inheritance that, unless being the only forced successor, can be reduce as much as to a third part of it. This study analyzes the particularities of the Basque Civil Law versus Spanish General Civil Law, in order to settle the differences and similarities between both legal systems, and finally, come into the conclusion of which of the aforementioned is the Succession Law more protective to the widower or, if applicable, the surviving partner.

Key words: widow, forced succession, succession regime, surviving partner, unmarried couple, Basque Civil Law, Spanish General Civil Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN / II. AMBITO SUBJETIVO / III. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO. 3.1 Concepto. 3.2 Evolución histórica. 2015 como año determinante. 3.3 Características fundamentales de la legítima del cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: a) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo y el miembro superviviente de la pareja de hecho en el Derecho Civil Vasco.* b) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo en el Derecho Común.* Derechos sucesorios en virtud de la legítima: a) *Usufructo.* b) *Derecho de habitación.* IV. INSTITUCIONES QUE MODIFICAN LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO: DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO CIVIL VASCO Y EL DERECHO COMÚN. 4.1 Preterición. 4.2 Desheredación. 4.3 Cautela Socini. 4.4 Conmutación. V. ESPECIALIDADES DEL DERECHO CIVIL VASCO Y SUS EFECTOS EN LA FIGURA DEL CÓNYUGE VIUDO. 5.1 Los pactos sucesorios. 5.2 El testamento mancomunado. 5.3 Alkar poderoso. 5.4 La troncalidad. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. 7.1 Doctrina. 7.2 Doctrina jurisprudencial: a) *Tribunal Supremo.* b) *Audiencias provinciales.* (3) Legislación. VIII. ANEXOS. 8.1 Tabla comparativa de la legítima del cónyuge viudo. 8.2 Recuento de Testamento Mancomunado Abierto (2010–2013).

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

LDCV: Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

En el derecho sucesorio español la sucesión se defiere por la voluntad del causante manifestada en testamento, por contrato o por disposición de la ley, dependiendo del régimen sucesorio que tratemos. Una característica que todos los regímenes tienen en común es la libertad del testador a la hora de realizar la sucesión testamentaria. Sin embargo, se trata de una libertad restringida, ya que no puede disponer de sus bienes como desee debiendo cumplir una serie de limitaciones legales que reciben el nombre de legítimas.

El presente análisis se centra en el cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho, cuya situación tras la muerte del otro cónyuge, comparada con la del resto de legitimarios, es la más diferente. Se trata de una figura que, como consecuencia del fallecimiento del cónyuge, ve perjudicada su situación, puesto que se coloca en una posición de desventaja respecto de la que vivía previo al fallecimiento de aquel: disfruta de un *ius in re aliena* sobre una parte de la herencia que, salvo que sea el único legitimario, puede verse reducida, incluso, a la tercera parte¹. En este aspecto, FERNÁNDEZ CAMPOS se refiere a esta legítima como:

“una atribución patrimonial sucesoria necesaria que el causante puede satisfacer a través de distintos títulos y en diferentes momentos, pero que, si no lo hace, el Código Civil señala que se habrá de satisfacer, primariamente, como una cuota de la herencia variable en función de los herederos con los que concurra el cónyuge viudo, y constituyendo sobre la misma un derecho real de usufructo”².

¹ CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de canalización de la cautela Socini*. Valencia: Ed. Tirant Monografías, 2002, p. 12.

² FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de la legítima al cónyuge viudo*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 19.

En el territorio español conviven diferentes regulaciones en materia sucesiva, aquella del territorio común y las forales. Pese a que hay rasgos generales que ambas comparten, el derecho civil objeto de estudio, el del País Vasco, contiene una serie de particularidades que merecen especial atención debido a las consecuencias que éstas tienen para los legitimarios en general y para el cónyuge viudo en particular. Es por ello, que el presente análisis tiene por objeto reunir y comparar algunos de los aspectos más relevantes de los derechos legales del viudo, para establecer las similitudes y diferencias entre los regímenes jurídicos mencionados y poder finalmente concluir qué régimen sucesorio favorece y protege más a esta figura. Para ello, el siguiente análisis consistirá en el estudio de la doctrina.

II. ÁMBITO SUBJETIVO

Es necesario comenzar el análisis delimitando el ámbito subjetivo de las normas objeto de estudio en los próximos apartados, pues en esta cuestión radica una de las principales diferencias entre el régimen jurídico del Derecho Civil Vasco y el Derecho Común.

Si bien con la nueva Ley vasca los preceptos mencionados no sólo se aplican al cónyuge viudo, sino que se amplía y equipara a efectos sucesorios el ámbito subjetivo incluyendo al miembro superviviente de la pareja de hecho, siempre y cuando la pareja de hecho estuviera debidamente inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco³; el articulado correspondiente a las sucesiones del Código Civil es aplicable sólo al cónyuge viudo estrictamente, sin incluir al conyugue o pareja estable. De tal modo, las parejas de hecho de territorio

³ Artículo 4 de la Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho (Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015 LDCV).

común han de otorgar testamento para que la pareja del fallecido pueda heredarle, pues, de lo contrario, estos carecen de derechos legitimarios.

Así pues, la nueva ley vasca respeta la doctrina constitucional tal y como señala MARTÍNEZ⁴ y muestra su adaptación a las necesidades y exigencias actuales, así como a las nuevas formas de convivencia.

Cabe matizar que la legítima del cónyuge viudo sólo rige en ambos regímenes cuando éste no estuviera separado legalmente o de hecho del causante (art. 55 LDCV y 834 C.c.).

III. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO

3.1 Concepto

La legítima es de acuerdo con el artículo 806 CC, “la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. En cambio, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV) la define como:

“una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita”⁵.

⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. *Avance de posición y rango del viudo y la pareja de hecho en la sucesión intestada vasca (Fusión de tradición y cambio social en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco)*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho *Boletín JADO*, Año XIV. N° 27, Enero-Diciembre 2015-2016, p. 192.

⁵ Artículo 48, apartados uno y dos. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

En palabras de VALLET DE GOYTISOLO, la legítima supone “una reglamentación negativa a la libertad dispositiva del causante”⁶. Dicha reglamentación se concreta en dos aspectos: por un lado, normativo en cuanto se establecen normas que protegen en aquellos casos en que el testador no respete lo establecido en la Ley; y, por otro lado, contable por determinar la parte mínima de la herencia que el legitimario debe percibir⁷.

Si bien el Código Civil tiene un sistema legitimario más extenso, el Derecho Civil vasco limita su legítima al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho y descendientes, habiendo sido eliminados en la actual ley los ascendientes de dicha institución.

3.2 Evolución histórica. 2015 como año determinante

El derecho sucesorio en lo que respecta a la legítima del cónyuge viudo, tanto el de territorio común como el vasco, se trata de una institución relativamente reciente. En el Derecho Civil Vasco, la legítima del cónyuge viudo fue introducida por primera vez en Bizkaia con la Compilación de 1959, que seguía al Proyecto de Apéndice de 1928. En la historia del derecho sucesorio común encontramos precedentes o algunos rasgos⁸ de la legítima del cónyuge viudo en la época Justiniana, el Fuero Juzgo o en las Partidas⁹; sin embargo, la legítima del cónyuge

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. tomado de FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 432.

⁷ *Ibidem*.

⁸ En ocasiones sólo se reconocía un derecho sobre la herencia a la viuda y en otras, a pesar de que también se concediera tal derecho al marido, éste sólo regía si quedaban hijos.

⁹ Para más información puede analizarse el estudio de FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de... Op. cit.*, pp. 23-30; RÁGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*. Madrid: Ed. Dykinson, 2004, pp. 176-177.

viudo como verdadero derecho sucesorio necesario se recogió en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, la cual se inspiró en la legislación foral concediendo la legítima en usufructo¹⁰.

Lo cierto es que, a pesar de la antigüedad del Código Civil, estos últimos años se han producido modificaciones en parte del articulado que nos concierne mediante la Ley 11/1981, 7/2003, 15/2005, y Ley 5/2015. Asimismo, el 2015 también fue un año de inflexión para el Derecho Civil Vasco, que vio reformada su Ley de 1992. Esta nueva Ley vasca unifica el derecho aplicable a los tres territorios históricos, eliminando así las diferencias, no sólo entre estos tres, sino también entre las diferentes zonas de Bizkaia. Estamos, por consiguiente, ante una Ley muy reciente, cuyo análisis aún no ha sido abordado de manera extensa.

Las reformas mencionadas en ambos regímenes afectan de manera directa al objeto de estudio, siendo la legítima una de las instituciones más modificadas.

3.3 Características fundamentales de la legítima del cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho

El régimen jurídico de la legítima del cónyuge supérstite presenta algunas características particulares que la diferencian del régimen del derecho sucesorio del resto de legitimarios¹¹.

Para empezar, cabe observar dicho distinto tratamiento en el hecho de que su regulación en el Código Civil no se encuentra en la Sección

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ FÉRNANDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 15, 33; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho de sucesiones*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1991, p. 297, tomado de MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, C. *La situación del cónyuge viudo en el Derecho Civil Foral de Bizkaia*. Bilbao: Instituto de Estudios Vascos, Universidad de Deusto, 1998, p. 170.

5ª, del Capítulo II, del Título III, “De las legítimas” junto con el resto de los legitimarios como los descendientes o ascendientes, sino que se trata en una sección específica y autónoma, que exclusivamente regula la institución del cónyuge viudo bajo la rúbrica de “Derechos del cónyuge viudo”. Sin embargo, este tratamiento no se aprecia en el Derecho Civil Vasco, donde esta legítima está regulada en la misma sección que el resto de las legítimas sin distinción alguna.

Para continuar, es necesario hacer referencia a los rasgos que definen esta legítima individual y la diferencian de las demás. En primer lugar, debemos hacer referencia a la a su carácter usufructuario, del que se desprende una gran excepcionalidad, ya que el resto de los legitimarios reciben su cuota en propiedad. En segundo lugar y en relación con el carácter usufructuario, es principio fundamental de esta institución su intangibilidad, tanto cuantitativa, por consistir en una cuota de la herencia total¹², como cualitativa, por ser libre de cargas. En tercer lugar, la legítima del cónyuge viudo no es excluyente, pues el derecho de éste concurre con el de los demás legitimarios (descendientes y ascendientes). En cuarto lugar, su cuota es variable. De modo que, ésta será mayor o menor en función de los legitimarios con los que concurra el derecho del cónyuge viudo¹³.

a) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo y el miembro superviviente de la pareja de hecho en el Derecho Civil Vasco*

El cónyuge viudo presenta las siguientes características según FERNÁNDEZ DE BILBAO¹⁴:

¹² Cuota que, dependiendo con quien concurra la legítima del cónyuge viudo y/o miembro superviviente de la pareja de hecho, será mayor o menor. Así, por ejemplo, en el Derecho Civil Vasco si concurriera sólo con descendientes sería de ½.

¹³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 15.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y el cálculo...”. *Op. cit.*, p. 447.

El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho

- Es renunciable
- Está subordinado a la troncalidad
- Es una legítima individual (artículo 48.5) por lo que no puede ser apartado, aunque sí desheredado
- No tiene que colacionar en lo referido a la cuota del usufructo (artículo 59.2)
- No responde de las deudas hereditarias
- Participa de la comunidad hereditaria, por lo que está facultado para instar la división del patrimonio hereditario.

b) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo en el Derecho Común*

La posición jurídica del cónyuge viudo como legitimario en Código Civil se integra por una serie de facultades que, de acuerdo con VALLET DE GOYTISOLO¹⁵, son las siguientes:

- La facultad de promover la partición
- Sin la concurrencia del cónyuge viudo no se puede verificar la partición mientras sus derechos no le hayan sido satisfechos
- No puede llevar a cabo la función de contador-partidor en la herencia de su cónyuge
- Participa en el pago de los gastos comunes que deriven de la partición.

¹⁵VALLET DE GOYTISOLO, J. *Contenido cualitativo de la legítima vidual del Código Civil*. Revista de Derecho Privado, 1970, pp. 101-117, tomado de FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 37-38.

3.4 Derechos sucesorios en virtud de la legítima

A continuación, analizaremos el contenido de la legítima en relación con la intangibilidad de la misma en su vertiente cuantitativa así como un derecho de reciente incorporación en el Derecho Civil Vasco que, a pesar de sus vicisitudes, merece ser estudiada en este apartado.

a) *Usufructo*

Se trata de una legítima que se satisface mediante un derecho real de usufructo, en lugar de con la propiedad. El cónyuge viudo tiene derecho a una cuota que variará en función de la concurrencia de otros legitimarios y de la ley que apliquemos.

Así pues, cuando el régimen legal aplicable sea la LDCV, si concurren descendientes y el cónyuge viudo en la sucesión intestada, éste tendrá derecho al usufructo de la mitad de los bienes del causante; mientras que en el Código Civil el cónyuge supérstite tendrá derecho al tercio destinado a mejora (art. 834 CC). Si el cónyuge viudo concurre con parientes distintos de los descendientes o con extraños, tendrá derecho al usufructo de dos tercios de la herencia (art. 52 LDCV). Este supuesto se contempla de forma distinta en el Código Civil, de manera que, si el cónyuge no concurre con descendientes, pero sí con ascendientes, tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 C.c.), y cuando no existan ni descendientes ni ascendientes, dos tercios de la herencia (art. 838 C.c.). En definitiva, en el régimen sucesorio común pueden darse tres situaciones distintas, mientras que en el Derecho Civil Vasco sólo dos, quedando los ascendientes eliminados como legitimarios.

Cabe la posibilidad de que el cónyuge atribuya al cónyuge viudo un usufructo universal, cuestión que trataremos más en profundidad en el apartado dedicado a la cautela Socini.

b) *Derecho de habitación*

El derecho de habitación es una novedad que presenta el nuevo régimen de Derecho Civil Vasco respecto de la legítima del cónyuge viudo y de aplicación *ex novo* al miembro superviviente de la pareja de hecho tras la nueva ley, que no se contempla en el régimen común. Un derecho de habitación sobre la vivienda familiar, conyugal o de la pareja de hecho (art. 54 LDCV), el cual el legislador parece haber incluido como un añadido del usufructo a juicio de GALICIA AIZPURUA¹⁶. En este sentido URRUTIA BADIOLA¹⁷ y GALICIA AIZPURUA¹⁸ consideran que se trata de un derecho de naturaleza sucesoria, pero que no es una legítima viudal, sino un “plus” distinto e independiente de la legítima usufructuario en cuanto a que es posible aceptar un llamamiento y repudiar el otro. Circunstancia distinta es la concurrencia del derecho de habitación con el usufructo universal, pues en este caso se entiende subsumido el derecho de habitación en el usufructo.

No obstante, se trata de un derecho sujeto a unas condiciones; que el cónyuge “se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho” (art. 54 LDCV).

Ahora bien, en los supuestos en que la vivienda habitual forme parte del elemento principal del caudal en que se cifra éste, y cuando no existan más bienes sobre los que pueda recaer la legítima, “el derecho de habitación quedará embebido en esta, aunque el supérstite podrá renunciar a una y aceptar el otro o viceversa, pues son derechos independientes”

¹⁶ GALICIA AIZPURUA, G. “La sucesión forzosa: planteamiento general”. En: Academia Vasca de Derecho. *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 417.

¹⁷ URRUTIA BADIOLA, A. M. tomado de FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. “El derecho de habitación del viudo en la Ley de Derecho Civil Vasco”. Bilbao. www.forulege.com. 2016. p. 3.

¹⁸ GALICIA AIZPURUA, G. tomado de FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. “El derecho de habitación...”, *op. cit.*, p. 3.

señala GALICIA AIZPURUA. Cabe matizar que, en este caso, y a diferencia de la legítima, no cabe la conmutación a instancia de aquellos que soporten el gravamen.

Hay que tener en cuenta, que la legislación foral que analizamos cuenta con una particular institución, la troncalidad, cuya observancia es destacable en este aspecto, a pesar de que será objeto de análisis más adelante. En este aspecto, en caso de que la vivienda familiar fuera un bien raíz, de naturaleza troncal, por tanto, a pesar de que la Ley no dice expresamente si el derecho de habitación puede gravitar o no sobre la misma, afirma GALICIA AIZPURUA que se infiere del artículo 70.5 que esto será posible¹⁹.

3.5 Extinción de la legítima

Para concluir con este apartado relativo a la legítima, conviene distinguir las causas de extinción de esta, pues en este aspecto también existe una diferencia sustancial entre los regímenes sucesorios del presente análisis.

En la LDCV las causas de extinción son, salvo que el causante hubiera expresado lo contrario, tanto la separación por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, como el hacer vida marital o encontrarse ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona (art. 55 LDCV). Aquel cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho en que concurran estas causas perderá los derechos legitimarios, incluido el derecho de habitación. Sin embargo, el Código Civil sólo recoge como causa de extinción la separación judicial o de hecho (art. 834 CC); de modo que aquel cónyuge viudo que haga vida marital no carecerá de los derechos legitimarios.

¹⁹ *Ibidem*.

IV. INSTITUCIONES QUE MODIFICAN LA POSICIÓN DEL CÓNYUGEVIUDO: DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO CIVIL VASCO Y EL DERECHO COMÚN

A continuación, se abordarán algunos de los aspectos más esenciales en relación con la posición del cónyuge viudo, y profundizaremos en aquellos aspectos en los que más divergencia exista entre los regímenes jurídicos objeto de comparación.

4.1 Preterición

La preterición, entendida como la omisión del legitimario en la sucesión, sin que reciba atribución alguna en concepto de legítima (art. 814 CC), presenta una peculiaridad en la figura del cónyuge viudo.

La figura de la preterición entra en juego cuando el causante no deja a sus herederos forzosos lo que les corresponde por legítima. Se trata de un “olvido”, como lo define FERNÁNDEZ DOMINGO, que puede tener lugar en dos sentidos²⁰. Por un lado, el aspecto formal, que se refiere al nombramiento de un legitimario sin atribución de bienes. Y, por otro lado, el aspecto material, referido a la mención del legitimario al que no se le atribuyen suficientes bienes, de modo que no se le atribuye todo lo que le corresponde por la legítima.

En el Derecho Civil vasco, la preterición, sea intencional o no, equivale a apartamiento tácito tal y como se establece en el artículo 48.4 LDCV. Esta equiparación, es, en palabras de CELAYA, un modo de no entorpecer las operaciones particionales (las atribuciones sucesorias)²¹. La preterición del cónyuge viudo dará derecho a que reclame su usufructo

²⁰ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de sucesiones*. Madrid: Ed. Reus, 2010, p. 135.

²¹ CELAYA IBARRA, A. *Derecho Civil Vasco*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1993, p. 172.

(art. 52 LDCV), pero para que tenga lugar la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial, debe de haber preterición de todos los herederos forzosos (art. 51.2 LDCV). Esto último también es de aplicación en el Derecho común, donde, además, se protege al cónyuge viudo, pues, en cualquier caso, la institución de heredero a su favor sólo se anulará si perjudicase a las legítimas, y al igual que el resto de los legitimarios podrá reclamar su legítima. Sin embargo, si éste hubiera recibido una donación en vida del causante, ésta se imputará a la legítima, de modo que, si fuera suficiente para cubrir la legítima, no podrá ejercitarse la acción de preterición; y si la cubriera parcialmente, el cónyuge viudo deberá ejercitar la acción de suplemento, como el resto de legitimarios²².

4.2 Desheredación

La desheredación es una disposición testamentaria regulada en el Código Civil en los artículos 848 y siguientes. En lo que respecta al derecho vasco, la Ley alude a esta posibilidad en los artículos 50 y 108.3 LDCV, pero no lo regula, por lo que se aplica el Código Civil como Derecho Supletorio.

Esta disposición testamentaria consiste, siguiendo a FERNÁNDEZ DOMINGO, en:

“la privación voluntaria por el testador de los derechos que corresponderían a uno o varios de los legitimarios, en virtud de causas tasadas, que se recogen en el Código Civil, y que han de expresarse de forma taxativa en el testamento”²³.

Por lo tanto, la desheredación sólo puede tener lugar por las causas citadas en la ley (art. 848 CC) y, además, debe hacerse en testamento expre-

²² LACALLE SERER, E. y SANMARTÍN ESCRICHE, F. *Protocolo sobre la preterición*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2012, Ref. *Tirant Online*: 2.347.885, p. 4.

²³ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de...* *Op. cit.*, p. 139.

sando la causa legal en que se funde, sin que sea preciso relatar y detallar los hechos²⁴ y basta con que se indique una causa que se comprenda en alguna o varias de las legalmente tipificadas²⁵. Corresponde a los herederos del testador la prueba sobre la veracidad de la causa de desheredación si éste se negara (art. 850 CC). Estas causas son, además de las que se contienen en los artículos 852 a 855 del Código, las del artículo 756 CC que hace referencia a los supuestos de indignidad sucesoria. Cabe mencionar que, de acuerdo con FERNÁNDEZ DOMINGO²⁶ y en atención a lo que los Tribunales²⁷ vienen sosteniendo, es criterio aceptado universalmente el de que estas causas, debido a su carácter sancionador, “no pueden ser objeto de interpretación analógica ni extensiva”, debiendo interpretarse, por tanto, de manera restrictiva.

Dentro de las causas, las que son de interés en este análisis, están recogidas en el artículo 855, que hace referencia a las causas de desheredación del cónyuge, así como los apartados 2, 3, 5 y 6 del artículo 768.

El artículo 855 contempla tres causas. En primer lugar, el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales (art. 855.1^a). El Tribunal Supremo²⁸ señala que el hecho de que las relaciones del matrimonio no sean buenas no es relevante para incurrir en este primer supuesto; por el contrario, se viene admitiendo como causa la inasistencia al cónyuge

²⁴ SAP de Madrid 581/2009, de 17 de noviembre de 2009.

²⁵ La STS 881/2003, de 25 de septiembre de 2003, establece que de acuerdo con la jurisprudencia del TS: “La desheredada resulta perfectamente identificada, sin que sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente, lo que aquí sucede (Sentencias de 4-11-1904, 6-12-1963, 24- 10-1972 y 15-6-1990)”.

²⁶ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de... Op. cit.*, p. 139.

²⁷ STS 675/1993, de 28 de junio de 1993; STS 954/1997, de 4 de noviembre de 1997.

²⁸ STS 881/2003, de 25 de septiembre 2003.

en momentos graves como, por ejemplo, una enfermedad²⁹. En segundo lugar, las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad recogidas en el artículo 170 (art. 855.2^a), haber negado alimentos a hijos o al otro cónyuge (art. 855.3^a), o haber atentado contra la vida del cónyuge testador, salvo que hubiese mediado la reconciliación recogida en el artículo 856 C.c. (art. 855.4^a). En esta última causa, cabe añadir que en los supuestos de violencia doméstica el cónyuge que la haya sufrido está facultado para desheredar a quien la causó³⁰. En estos supuestos, por lo tanto, los heredados (desheredados ahora) perderán su derecho a la legítima cuando se trate de desheredación justa (art. 840 C.c.); en cambio, en la desheredación injusta del artículo 851 se establece que cuando la desheredación se haga sin expresión de causa, o por una causa cuya certeza no se probare, después de haber sido contradicha, o que no sea una de las señaladas en el propio Código “anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima” (art. 851 C.c.).

Cabe destacar una peculiaridad del derecho sucesorio vasco, en cuanto a la desheredación de los bienes troncales, pues ésta es sancionada con la anulabilidad por ser un acto en violación de la troncalidad (art. 69 LDCV). La troncalidad sólo se extingue cuando no haya parientes tronqueros (art. 68.3 y 111.2 LDCV). Por lo tanto, si sólo hubiera un pariente tronquero, imaginemos que es el cónyuge viudo; a pesar de que fuera desheredado, el viudo adquiriría el bien troncal³¹.

Finalmente, en relación con la desheredación, especial mención merece el apartamiento, por ser un instrumento que caracteriza al régimen

²⁹ STS 881/2003, de 25 de septiembre 2003; SAP de Madrid 581/2009, de 17 de noviembre.

³⁰ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de...* *Op. cit.*, p. 142.

³¹ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 431.

sucesorio vasco y lo distingue del derecho común³². Es el negocio jurídico potestativo de disposición sucesoria, *inter vivos* o *mortis causa*, por el que el causante altera el llamamiento legitimario previsto por la Ley, modificando el reparto de la sucesión forzosa³³. Mediante el mismo, por tanto, se dota al causante de mayor libertad de elección de heredero.

Así pues, el derecho vasco permite al otorgante de un testamento apartar de la herencia a algunos herederos forzosos. Ello, sin embargo, requiere que haya varios legitimarios en la línea recta descendente o varios parientes tronqueros que pertenezcan a la misma línea. Es por ello, por lo que dicho negocio jurídico no afecta al cónyuge, pues éste no podrá ser apartado por no haber otro legitimario de igual derecho (art.47 LDCV), como señala FERNÁNDEZ DE BILBAO³⁴. De este modo, parece que el Derecho Civil Vasco protege al cónyuge viudo limitando las posibilidades de privar a éste de sus derechos hereditarios y sólo possibilitando dicha privación en caso de que concurrieran las causas tasadas en la ley. En definitiva, al igual que en el régimen sucesorio común, el cónyuge podrá ser únicamente desheredado, sin que quepa lugar a su apartamiento.

4.3 Cautela Socini

El principio de intangibilidad³⁵ de la legítima encuentra una excepción en la institución de la cautela Socini, así como en la opción legal prevista en el artículo 820.3º del Código Civil, considerada “descendien-

³² Se trata de una potestad del causante que no se permite en el derecho común, donde sólo hay lugar a desheredación por causas tasadas tal y como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia 779/2017, de 15 de diciembre de 2017.

³³ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 429.

³⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 429.

³⁵ La intangibilidad de la legítima se encuentra regulada en los artículos 813 C.c. y 56 de la LDCV, cuyos apartados segundos establecen una salvedad, situación en el que cabrá gravamen.

te directo” de la primera³⁶ y la norma legal que concede “patente eficacia y validez a la figura ex lege de la cautela Socini”³⁷.

La institución de la cautela Socini se manifiesta en aquellos supuestos en los que el causante atribuye en el testamento a los legitimarios más de lo que les corresponde por la legítima, pero con la contrapartida de gravar la herencia³⁸. Ésta requiere que dicha previsión haya sido expresamente hecha por el testador, a diferencia del artículo 820.3º CC. Se permite al legitimario optar entre recibir lo establecido en el testamento por el causante (con gravamen) o percibir la legítima estricta pero libre de gravamen que le corresponde por los artículos 834-838 del C.c. Sin embargo, el legitimario no podrá quedarse con la parte que más le convenga de cada una de ellas³⁹. El testador, por tanto, concede más a un determinado legitimario bajo la condición de que asuma el gravamen, es decir, que el legitimario no podrá quedarse con la legítima y el exceso atribuido eliminando el gravamen.

Esta figura es, de acuerdo con RAGEL SÁNCHEZ, admitida por la mayoría de la doctrina española y extranjera sobre la base de que la misma no infringe la legítima en tanto que el legitimario no está obligado a soportar el gravamen, y entendiendo que si opta por soportarlo es porque le conviene más que heredar simplemente lo que le corresponda por la legítima estricta. Así pues, al aceptar el gravamen, el legitimario respeta la voluntad del testador, principio que rige la sucesión *mortis causa*, mientras que al limitarse a aceptar la legítima libre de gravamen se acoge a la intangibilidad cualitativa de la legítima (art. 813.II C.c. y art. 56 LDCV)⁴⁰. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo 838/2013,

³⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 146.

³⁷ *Ibidem*. p. 147; CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de canalización...* *Op. cit.*, p. 131.

³⁸ CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de canalización...* *Op. cit.*, p. 145.

³⁹ *Ibidem*, p. 145-149.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 141-150.

de 10 de junio de 2014 señala que si bien “la cautela Socini goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma”, no puede ignorarse la polémica que esta figura suscita desde su creación en la doctrina científica por su posible ilicitud basada en el indebido gravamen de la legítima de los herederos que supone un *fraus legis*⁴¹. En cambio, ROCA SASTRE niega dicha afirmación, porque el causante no está obligado a darles a sus legitimarios más de lo que les corresponde por legítima, por lo que la cláusula faculta al legitimario a optar libremente entre las dos disposiciones testamentarias alternativas⁴². En esta misma línea, la STS 838/2013 establece que la cautela Socini no se trata de una condición ilícita que se imponga en fraude de ley sobre la legítima (art. 813 C.c.), ya que el legitimario está facultado para elegir libremente entre acatar lo establecido por el testador o contravenir lo establecido por este y solicitar su legítima estricta⁴³. Además, la jurisprudencia viene aplicando el principio *favor testamenti*,

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 838/2013, de 10 de junio de 2014.

⁴² ROCA SASTRE, R. M. *Naturaleza jurídica de la legítima (Teoría de la “indebita pars valoris bonorum”)*. RDP, 1944, pp. 127 y 128, tomado de RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela gualdense... Op. cit.*, p. 154.

⁴³ “Conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela Socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013 , núm. 280/2013) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima”.

en pro de conservar lo establecido en los testamentos⁴⁴. Aún con todo, la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS tampoco ha resuelto dicha polémica, “con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación”⁴⁵. Se trata, en definitiva, de una cuestión controvertida.

El supuesto del cónyuge viudo merece especial atención. A pesar de la discrepancia que hay al respecto en la doctrina, a juicio de RAGEL SÁNCHEZ y GARCÍA PÉREZ, la legítima del viudo es usufructuaria mientras no se ejercite la facultad de conmutación⁴⁶. La conmutación es una facultad, y no una obligación. En consecuencia, es poco probable que resulte gravada, a su vez, en testamento, argumenta RAGEL SÁNCHEZ⁴⁷. Ello no implica que no se pueda gravar el usufructo (art. 508 CC⁴⁸). La doctrina, además extiende el supuesto, estimando que, aunque no se señale en el artículo 469 CC, “también cabe a tenor de las reglas generales que el constituyente imponga al usufructuario una carga o gravamen modal”⁴⁹.

⁴⁴ STS 30 de octubre de 2012, n.º. 624/2012; STS de 28 de junio de 2013, n.º 423/2013.

⁴⁵ “Desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial. SSTS 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras”.

⁴⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 178; GARCÍA PÉREZ, R. *Reducción de disposiciones lesivas de la legítima viudal*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid, 2003, p. 5271, tomado de RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 178.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 178.

⁴⁸ Posibilidad de que un usufructuario tenga que pagar el legado de renta vitalicia o de pensión de alimentos.

⁴⁹ FERNÁNDEZ COSTALES. *Las modalidades del usufructo sucesorio: consideraciones actuales sobre una modalidad histórica del usufructo legal*. Madrid, 1988, p.p 279 ss, tomado de RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 178.

Por consiguiente, si el testador asignare al viudo más de lo que le corresponde por su legítima, pero sometiéndola a gravamen, el cónyuge viudo podría optar también por percibir únicamente la cuota que le corresponde por su legítima libre de gravámenes, ya que el artículo 820.3º del Código concede a todos los legitimarios esta opción sin distinción entre categorías.

Nótese, que, a pesar de que, en el Derecho Civil Vasco, antes de la Ley 5/2015 se recurría a esta figura a fin de respetar la voluntad del causante que deseaba atribuir a su cónyuge el usufructo vitalicio y universal de su herencia; la actual Ley faculta al causante para disponer del usufructo universal de los bienes hereditarios a favor de su cónyuge, gravando así la legítima de los descendientes y el entero caudal relicto en su beneficio (art. 56.2 y 57 LDCV). Por ello, GALICIA AIZPURUA entiende que hoy resulta innecesario recurrir a la figura de la cautela Socini en el ámbito del Derecho Civil vasco⁵⁰. De modo que, como regla general, debemos interpretar, como señala GALICIA AIZPURUA, que el derecho de elección de los legitimarios (cautela socini) ha decaído, por lo que estos deben respetar la voluntad del causante de constituir usufructo universal a favor de su cónyuge, pues es su voluntad la que prima y no se produce, como sucede en el CC, colisión con las reglas de intangibilidad cualitativa y cuantitativa⁵¹. De este modo, en este régimen sucesorio no cabe la discusión doctrinal y jurisprudencial que respecto al Código Civil analizamos.

⁵⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka. “Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2018 parte Doctrina, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2018\6533, p. 18.

⁵¹ *Ibidem*.

4.4 Conmutación

La legítima del cónyuge viudo está basada en un usufructo que puede ser capitalizado en bienes hereditarios⁵². En efecto, la conmutación es la institución que permite dicha capitalización y que, en cierta manera, excluye al cónyuge, heredero forzoso, de los bienes de la herencia.

Existen tres medios de conmutación mediante los cuales los herederos pueden satisfacer al cónyuge su parte de usufructo: asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Estos vienen recogidos en el artículo 53 de la LDCV y 839 del CC, los cuales también establecen que la conmutación deberá hacerse “de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial”. En principio, ambas regulaciones parecen idénticas, incluso en su redacción.

En este sentido, en TS viene interpretando el artículo 839 de la siguiente forma:

“la opinión científica, en general, considera que la facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recaer sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de “herederos” se refiere sólo a los “afectados” por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección”⁵³.

⁵² LLEDÓ YAGUE, F. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 672.

⁵³ STS n° 955/2000, de 25 de octubre del 2000.

Sin embargo, encontramos una distinción importante en tanto en cuanto el Código concede al cónyuge supérstite que concurre con los hijos sólo del causante (art. 840 C.c.), la facultad de exigir a éstos que su derecho de usufructo sea satisfecho a elección de los mismos, “asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditario”. Hasta el año 2005 el artículo 840 facultaba al cónyuge a exigir la conmutación cuando los hijos fueran sólo del cónyuge y concebidos constante el matrimonio de ambos, una cuestión que la doctrina venía interpretando de manera extensiva para permitir al cónyuge viudo solicitar la conmutación también cuando concurriera cualquier hijo no común, aun sin ser sólo de su consorte concebido durante el matrimonio de ambos, como podría ser el caso de los hijos del causante de un matrimonio anterior. Esta interpretación doctrinal será tenida en cuenta posteriormente, en la Ley 15/2005, de 18 de julio, mediante la cual se modifica, entre otros, el artículo mencionado.

No obstante, no ha dejado de ser una cuestión controvertida ya que, como señala FERNÁNDEZ CAMPOS, se trata de distinta forma la conmutación dependiendo de si los hijos son comunes o sólo del cónyuge fallecido. Por un lado, FERNÁNDEZ CAMPOS argumenta que tratándose de circunstancias distintas y dado que la relación del cónyuge viudo con los parientes referidos en el artículo 840 hace “especialmente incómoda la comunidad que el usufructo comporta”, parece no dar lugar a la discriminación del artículo 14 de la Constitución que no permite desigualdades por razón de filiación⁵⁴. Por otro lado, sin embargo, la doctrina considera que convendría ampliar esta facultad del cónyuge a otros casos “en atención a la propia *ratio* del precepto” que consiste en no obligar al cónyuge a mantener relaciones jurídicas duraderas con los hijos sólo del otro cónyuge⁵⁵. Parte de la doctrina señala que “si en el art. 839, junto con la lejana finalidad subjetiva prevalece su motivación obje-

⁵⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de...* *Op. cit.*, p. 94.

⁵⁵ *Ibidem*.

tiva de obviar desmembraciones antieconómicas del dominio, en el art. 840 el factor subjetivo pasa a ser predominante”⁵⁶. Otra parte de la doctrina, en cambio, entiende que ambos artículos tienen el mismo fundamento objetivo “ya que nadie desconoce los inconvenientes que heredar en nuda propiedad trae consigo, incluso aunque las relaciones entre el cónyuge viudo y los descendientes del causante, lo sean a la vez suyos o no, sean inmejorables”.

Aun con todo, la facultad de elegir el medio de conmutación es de los hijos, si bien es cierto que se limitan las opciones respecto del artículo 839, siendo sólo posibles la asignación de un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios. Este criterio del legislador está ligado con la finalidad de la conmutación del 840, ya que se limita a permitir solo aquellos medios que evitan las relaciones patrimoniales duraderas entre el cónyuge viudo y los hijos sólo del causante.

De la doble legitimación para instar la conmutación se deriva un conflicto que puede surgir cuando haya concurrencia de conmutaciones, esto es, cuando el cónyuge inste la conmutación (art. 840) y también lo hagan los hijos en concepto de herederos (art. 839). La doctrina se inclina por aplicar preferentemente la conmutación a instancia del cónyuge viudo, aunque FERNÁNDEZ CAMPOS se inclina por conjugar ambas intergrandolas. Ambas opciones nos llevan al mismo resultado.

Esta distinción entre hijos comunes y sólo del cónyuge, así como la doble legitimación para instar la conmutación del usufructo legitimario viudal, no se contempla en el derecho Civil Vasco, que contiene una única disposición que engloba a todos los herederos.

⁵⁶ REY PORTOLÉS, J. M. *Comentarios a vuela pluma de los artículos de derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial*. Revista crítica de derecho inmobiliario núm. 553, 1982, p. 1580, tomado de FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 94-95.

Por su parte, el Derecho Civil Vasco contiene otro supuesto de conmutación, ligado a la especial institución de su régimen, la troncalidad. Así, el artículo 70.6 de la LDCV establece que cuando el usufructo del cónyuge viudo recaiga sobre bienes troncales, los herederos estarán facultados para su conmutación, en cuyo caso el único medio de satisfacción será un capital en efectivo de su libre disposición.

A este respecto, GALICIA AIZPURUA considera que la facultad de conmutación del usufructo del viudo de la LDCV es susceptible de crítica puesto que es reiterativa. Su regulación en el artículo 53 respecto a los sucesores gravados con él se repite en el artículo 70.6 referido a la conmutación respecto de los bienes troncales, y además su coordinación es problemática ya que mientras el primer precepto contempla tres medios de conmutación, que son los mismos que los del artículo 839 del Código Civil, el 70.6 sólo se refiere a la conmutación mediante un capital en metálico⁵⁷. Bastaría, pues, con el primer precepto de acuerdo con GALICIA AIZPURUA.

En lo relativo al derecho de habitación que concede el Derecho Civil Vasco al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, debe señalarse que si el viudo no lo desea no será conmutable. Esto se deduce según FERNÁNDEZ DE BILBAO del silencio de los artículos 54 y 55 de la LDCV, de los artículos 529 y 513 del CC de aplicación supletoria así como de los fundamentos establecidos en el artículo 868 del CC en cuanto a la cosa legada sujeta a habitación, que sólo extinguirá legalmente debiendo ser respetado por el legatario hasta entonces⁵⁸.

En definitiva, la conmutación es una institución que normalmente perjudica al cónyuge en tanto que puede resultar insatisfactorio para éste. Salvo en contadas ocasiones, los herederos no estarán dispuestos a

⁵⁷ GALICIA AIZPURUA, G. “La sucesión forzosa...”. *Op. cit.*, p. 417.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El derecho de habitación...”. *Op. cit.*, p. 5.

otorgar al viudo más de lo que le corresponde por ley y el Juez tampoco puede aplicar más de lo que la ley permite tampoco. Lo que sucede con la conmutación, conforme con CABEZUELO ARENAS, es que cuando se capitaliza el usufructo, lo que en última instancia se pone a disposición del cónyuge viudo “puede consistir en una suma puramente simbólica y, desde luego, insuficiente en muchos casos para satisfacer sus necesidades”⁵⁹. Estos inconvenientes respecto de la posición del viudo pueden ser evitados si no hubiere más herederos forzosos, mediante la atribución de un usufructo universal con facultad de disposición o de un fideicomiso de residuo. En caso de que existieran más legitimarios, CABEZUELO ARENAS defiende la cautela Socini como mecanismo para conciliar los intereses del viudo y los del resto de legitimarios⁶⁰.

V. ESPECIALIDADES DEL DERECHO CIVIL VASCO Y SUS EFECTOS EN LA FIGURA DEL CÓNYUGE VIUDO

El Derecho Civil Vasco contiene una serie de instituciones cuya regulación no es una novedad de la LDCV. Por el contrario, son instituciones de larga tradición en el derecho privado vasco, que hoy en día mantienen su vigencia y diferencian el derecho privado del País Vasco del resto de regímenes sucesorios.

Las instituciones que a continuación vamos a analizar están inspiradas principalmente en el principio formalista, pues se exige la forma pública como requisito para la validez de los actos que a continuación vamos a analizar⁶¹.

⁵⁹ CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de...* *Op. cit.*, p. 14.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁶¹ URRUTIA BADIOLA, A. M. “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. En: Academia Vasca de Derecho. *El Derecho Civil*

5.1 Los pactos sucesorios

Es una forma de sucesión particular del Derecho Civil Vasco que persigue la conservación y transmisión íntegra del patrimonio familiar. Este negocio jurídico se considera la forma más antigua de sucesión, incluso previa al testamento, en palabras de CELAYA⁶². En el País Vasco su desarrollo es obra de la costumbre vizcaína, la cual encontraba su sustento en la amplia libertad que el Fuero reconocía en el texto de 1452, permitiendo que “cualquier home o mujer pueda dar, así en vida como en el artículo de la muerte, todos sus bienes mueble é raíces”⁶³.

La regulación de los pactos sucesorios tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio. Esta incorporación de los pactos sucesorios al sistema civil no fue una forma de política legislativa innovadora del Parlamento vasco; en efecto, mediante dicha incorporación, dice MONASTERIO, se institucionalizó un instrumento de delación sucesoria muy radicado desde el pasado en el País Vasco, que es el claro ejemplo de la libertad civil regulada hoy en el artículo 4 de la LDCV, haciendo posible el grado de libertad máxima⁶⁴.

En el Derecho Civil Vasco la sucesión puede tener lugar antes de la muerte, con la muerte o después de la misma (arts. 17 LDCV). De tal modo, la sucesión puede ordenarse por pacto sucesorio *inter vivos*, testamento o pacto sucesorio *mortis causa* o poder sucesorio, sucesivamente

Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 314.

⁶² CELAYA IBARRA, A. *Derecho Civil...* Op. cit., p. 193.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ MONASTERIO AZPIRI, I. “Pactos sucesorios y sucesión intestada”. En: URRUTIA BADIOLA, A. M. (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial.* Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, pp. 128-131.

(art. 18 LDCV). Los pactos sucesorios (artículos 100 a 1009 LDCV) son, por tanto, otro modo de delación voluntaria de la herencia distintos al testamento. Sin embargo, no son incompatibles, ya que se puede disponer de los bienes en parte por pacto sucesorio y en parte por testamento. En cualquier caso, el testamento no revoca el pacto sucesorio, pero este último sí deja sin valor aquel testamento que lo contradiga (art. 18.2 LDCV).

Si bien es cierto que el pacto sucesorio no es una opción sólo para los cónyuges, según MONASTERIO⁶⁵ un 80% de estos se realizan en escritura de capitulaciones matrimoniales, por lo que se trata de una institución a la que los cónyuges recurren para su beneficio.

A falta de definición en la Ley, LACRUZ define estos pactos como “aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante (instituyente) queda vinculada a otra voluntad (instituido o tercero), no pudiendo revocarse dicha disposición por acto unilateral del instituyente”⁶⁶. Mediante estos pactos, los otorgantes convienen transmitir los derechos y obligaciones de una persona a sus sucesores antes del fallecimiento del disponente (arts. 17.1 y 104 LDCV). Se trata, por consiguiente, de un acto bilateral irrevocable unilateralmente cuya celebración es *inter vivos*, pero de naturaleza *mortis causa*⁶⁷.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁶⁶ LACRUZ citado en MONASTERIO ASPIRI, I. “De los pactos sucesorios. Disposiciones generales”. En: URRUTIA BADIOLA, A. M. (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho Ed. Dykinson, 2016, p. 148.

⁶⁷ Afirma MONASTERIO ASPIRI, I. “De los pactos sucesorios. Disposiciones...”. *Op. cit.*, p. 149: “pactos sucesorios con eficacia de presente, su naturaleza *mortis causa* resulta incuestionable. Debemos tener presente que es en el momento de la muerte del instituyente, cuando los efectos producidos en vida quedan firmes, consolidados e inatacables. De forma añadida, los pactos sucesorios se conciertan en vida, encuadrables, por tanto, por su celebración en los actos *inter vivos*”.

Especial atención merece en relación con este negocio jurídico el Derecho común, pues a pesar de que sólo cabe, en principio, ordenar la sucesión por testamento, por regir el carácter personalísimo de la ordenación de la sucesión testamentaria (art. 670 C.c.) y no se permiten, por ende, este tipo de contratos⁶⁸ (art. 1.271 C.c.); la reforma del artículo 831 del Código ha abierto nuevas posibilidades en el Derecho común⁶⁹. Dichas posibilidades vienen de la mano de la introducción de la figura de la fiducia sucesoria, que, si bien no es una novedad en sí misma /en todo su, pues este artículo ya contenía, antes de la reforma, un carácter excepcional dentro del sistema del Código Civil; suponen una mayor excepción, si cabe⁷⁰.

La Ley 41/2003 modifica este artículo con el fin de introducir una figura que proteja el patrimonio de las personas con discapacidad (Exposición de Motivos). Sin embargo, a juicio de URRUTIA y MANZANO el legislador ha ido más allá, permitiendo la ampliación de facultades para los casos de diferencias patentes entre las situaciones de los herederos o la ampliación y prórroga de las facultades de administración para aquellos casos en los que el cónyuge viudo se encuentre en una situación de precariedad⁷¹. Para ello, se conceden al testador facultades a fin de que pueda conferir por testamento a su cónyuge “facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes”. Así pues, este artículo supone una excepción a la prohibición de

⁶⁸ Exposición de motivos IV. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

⁶⁹ Reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

⁷⁰ URRUTIA BADIOLA, A. y MANZANO MALAXECHEVARRIA, J. R. “El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia”. En: *El poder testatorio y el art. 831 CC*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Boletín *Jado*, Año II Número extraordinario I, 2004, pp. 46-47.

⁷¹ *Ibidem*.

los artículos 1.271 y 670 ya mencionados, así como la de encomendar a otro la facultad de mejorar (art. 830 C.c.) o la prohibición de que otra persona distinta del testador encomiende para después de su muerte la facultad de partición a otra persona que no sea coheredera (art. 1.057 C.c.).

Además, con el nuevo artículo 831, el legislador permite al testador delegar la facultad de distribución no sólo al cónyuge, sino que, de manera más amplia, a aquel con quien tenga descendencia en común, incluyendo, por ende, a la pareja de hecho registrada como tal, así como cualquier otra persona con la aquél hubiera tenido descendientes en común⁷². De esta manera, el artículo 831 del Código se acerca más a la regulación del Derecho Civil Vasco, cuya aplicación subjetiva comprende tanto al cónyuge como a la pareja de hecho.

Esta referencia al Derecho Común es relevante, por tanto, puesto que se aprecia una relación entre los pactos sucesorios del Derecho Civil Vasco y la fiducia regulada en la actual redacción del artículo 831 del Código Civil. Así pues, las facultades conferidas al cónyuge en ambas regulaciones son manifiestamente semejantes, pudiendo incluso afirmar, como URRUTIA y MANZANO, que el artículo 831 C.c. es el “más foral del Código Civil”⁷³.

5.2 El testamento mancomunado

El testamento mancomunado o de hermandad es otro instrumento para ordenar la sucesión en el País Vasco, regulado en los artículos 24 a 29 de la actual Ley. Se trata de una especialidad del Derecho Civil Vasco puesto que su otorgamiento está expresamente prohibido en el Derecho Común (art. 669 CC).

⁷² *Ibidem*, p. 52.

⁷³ *Ibidem*, p. 47.

Mediante este testamento dos personas disponen “en un único instrumento y para después su puerto de todos o parte de sus bienes” (art. 24 LDCV). También puede uno de los testadores designar comisario a la misma o a otra persona para ordenar la sucesión tras su muerte (art. 24.2 LDCV). El requisito fundamental para dicho testamento es, además del resto contemplados en el artículo mencionado, su otorgamiento ante notario.

Se trata de una práctica conyugal que, de acuerdo con GIL RODRÍGUEZ, tomó cuerpo en Bizkaia gracias al Fuero Viejo⁷⁴. Su esencia es “la vinculación que se establece ente las voluntades de los otorgantes” como expresó CELAYA IBARRA, que aseguraba también que se consistía en una forma de actuar normal de los matrimonios⁷⁵.

En definitiva, este es, en principio, un testamento arraigado en el País Vasco, y común hasta el momento entre cónyuges. Sin embargo, a pesar de que el legislador mantuvo esta posibilidad en la LDCV y de que es un instrumento que a priori favorece a los cónyuges, lo cierto es que su uso ha caído de manera considerable⁷⁶.

5.3 Alkar poderoso

El Derecho Civil Vasco cuenta con un instrumento para favorecer la posición del cónyuge viudo o como decía la antigua ley “crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la fami-

⁷⁴ GIL RODRÍGUEZ, J. *El testamento mancomunado*. Ed. Aranzadi, 2011, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2011\5620, p. 1.

⁷⁵ CELAYA IBARRA, A. *Derecho civil... Op. cit.*, p. 113.

⁷⁶ Para ampliar información puede analizarse el estudio de: Anexo 2; MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, M. “De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad”. En: URRUTIA BADIOLA, A. M. (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, p. 63.

lia”⁷⁷. Nos referimos al testamento por comisario regulado en el artículo 31 de la LDCV, el cual, en una de sus modalidades, faculta a los cónyuges o miembros de una pareja de hecho a nombrarse recíprocamente comisarios. Si bien la actual Ley 5/2015 no recoge esta institución bajo este nombre, lo cierto es que es conocida como *alkar poderoso* debido a la denominación que la antigua Ley 3/1993 le atribuía en su artículo 33⁷⁸.

La sucesión por comisario que tratamos aquí se concreta en la sucesión ordenada por el cónyuge viudo en nombre del cónyuge fallecido, el cual le confirió un poder al primero. Este poder se integra, por un lado, por un poder sucesorio mediante el cual el comitente autoriza a su cónyuge viudo (comisario), para disponer de sus bienes tras su muerte (art. 30); y, por otro lado, el acto de atribución sucesoria por el cual el comitente otorga el comisario designado haciendo uso del poder (art. 18 y 43). Se distinguen, así, dos actos: de investidura y del ejercicio del poder. Su constitución puede ser anterior o posterior al matrimonio, pero se requiere que sea en capitulaciones matrimoniales, en el pacto regulador del régimen económico patrimonial o por pacto sucesorio, y siempre ante Notario (art. 31).

En definitiva, es una modalidad de sucesión *inter vivos* mediante la cual los cónyuges, al nombrarse comisarios recíprocamente, deciden que el fallecimiento de uno de ellos no dará lugar al reparto de la herencia⁷⁹, o

⁷⁷ Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

⁷⁸ Establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava n° 357/2016, de 16 de noviembre de 2016: “*Alkar podere osoa*, o en expresión del art. 33 de la recientemente derogada Ley 3/1992 (LPV 1992, 266), recogiendo una ancestral denominación, *alkar-poderoso*, que no obstante también se ha entendido de forma diversa como la situación del viudo con poder de disponer de la herencia del cónyuge premuerto, que la usufructúa y es representante de la misma”.

⁷⁹ “El derecho vizcaíno, y a partir de la Ley 5/2015 (LPV 2015, 220), el derecho vasco, permite a los cónyuges otorgarse recíprocamente (*alkar o elkar*), en capitulaciones o pacto

no al menos directamente ordenada por el fallecido, ya que será administrada por el cónyuge viudo, quien liquidará la herencia y repartirá el remanente, pudiendo incluso usufructuar y disponer de sus bienes; de modo que hasta que el cónyuge no haga uso de su poder, los que tuvieran un derecho a la sucesión estarán en situación de mera expectativa. Así pues, salvo que el testador disponga lo contrario, el cónyuge viudo designado comisario será administrador, representante y usufructuario del patrimonio hereditario, incluso después de que haya hecho uso de su poder (art. 41.3). Además, el cónyuge viudo actuará como representante del cónyuge fallecido, por cuenta de éste, ejercitando las obligaciones familiares y patrimoniales de manera indefinida o por los años que viva (art. 41.1).

Cabe matizar en cuanto a la extinción del poder sucesorio que, si bien el cónyuge viudo goza de un poder, en principio, por tiempo indefinido, el poder quedará extinguido cuando el cónyuge comisario contraiga matrimonio, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el causante hubiera dispuesto expresamente lo contrario⁸⁰.

5.4 La troncalidad

A diferencia del régimen sucesorio para territorio común, en el ámbito sucesorio del Derecho Civil asco coexisten dos regímenes; por un lado, el troncal, y por otro, el legitimario. Del primero deriva el principio de troncalidad, mientras que del último el sistema de legítimas.

El Código Civil no hace alusión a la troncalidad, a pesar de que algunos autores sostienen que el artículo 811 alude a las relaciones troncales.

sucesorio, el más amplio poder (*potere osoa*) para disponer de la herencia del que primero fallezca”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 357/2016, de 16 de noviembre de 2016.

⁸⁰ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 79.

Sin embargo, esta institución es básica e incluso forma la esencia del Derecho foral de Bizkaia según SOLANO⁸¹.

Se trata de una conexión entre la propiedad y la familia, la cual impide al titular de determinados bienes, llamados bienes raíz, transmitirlos a extraños. Por tanto, estos bienes raíz deben mantenerse como patrimonio familiar, debiendo respetar para la forma de suceder de estos bienes lo predispuesto por la Ley.

Esta particular institución del Derecho Civil Vasco cobra especial relevancia en la presente comparación, puesto que ésta prevalece sobre la legítima tal y como se establece en el artículo 70 de LDCV. Así pues, si el tronquero es al mismo tiempo legitimario pueden darse dos supuestos: que los bienes troncales tengan un valor inferior al de la legítima o que, por el contrario, la cuantía de los bienes troncales exceda de la de la legítima. En el primero de los supuestos se compensará esa minusvalía mediante un suplemento de bienes no troncales; mientras que en el segundo supuesto el heredero tronquero adquiere la diferencia en tanto en cuanto ésta le corresponde por su derecho de troncalidad⁸². En cualquiera caso, por tanto, al tronquero se le imputarán a su legítima los bienes troncales que le hayan sido designados.

Cuando haya bienes troncales en la sucesión, el usufructo legal recaerá en última instancia sobre éstos (art. 70.3 LDCV).

Existe la posibilidad de que los bienes troncales tengan un valor inferior al de la legítima. Esto sucederá cuando el tronquero sea además legitimario. En este caso, el legitimario tendrá derecho a un suplemento con bienes no troncales. Además, si los bienes troncales excedieran de

⁸¹ SOLANO Y POLANCO, José. “Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaia”. En: CELAYA IBARRA, A. *Derecho Civil...* *Op. cit.*, p. 89.

⁸² CELAYA IBARRA, A. *Derecho civil...* *Op. cit.*, p. 89.

la cuantía de la legítima, el tronquero adquirirá la diferencia ya que por troncalidad el corresponde todo⁸³.

Si bien es cierto que, en general, la troncalidad es una institución que protege a los descendientes, la LDCV contiene un precepto en el que protege al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. Se trata del artículo 66 de la Ley que establece que respecto de aquellos bienes raíces que hayan sido adquiridos por los cónyuges durante la vigencia del matrimonio o por la pareja de hecho durante su vigencia, se considerarán tronqueros ambos miembros del matrimonio o pareja de hecho.

VI. CONCLUSIONES

Realizado el análisis de los diferentes instrumentos e instituciones con los que cuenta cada uno de los regímenes sucesorios, aquellos comunes a ambos, así como los especiales instrumentos del Derecho Civil vasco, observamos que entre estos dos regímenes existen diferencias sustanciales.

Por un lado, resulta esencial hacer referencia al ámbito subjetivo de las normas analizadas. El legislador vasco parece haberse adaptado a la realidad actual, incluyendo como beneficiario de los instrumentos analizados al miembro superviviente de la pareja de hecho inscrito. Novedad que, por el contrario, aun habiendo sido modificado en diversas ocasiones en los últimos años (20003, 2005 y 2015), no se ha producido en el Código Civil.

Por otro lado, en la configuración de la legítima cabe destacar dos diferencias. En primer lugar, respecto a la cuantía debemos diferenciar la cuota a la que tiene derecho el cónyuge mediante el derecho real de usufructo dependiendo de su concurrencia con otros legitimarios. Cuando el cónyuge concorra con descendientes le corresponde una

⁸³ *Ibidem.*

cuota más favorable en el Derecho Civil Vasco con $\frac{1}{2}$ de la herencia frente al tercio de mejora del Código Civil. Sin embargo, en su concurrencia con ascendientes resulta más favorable la regulación del CC con $\frac{1}{2}$ frente a los $\frac{2}{3}$ de la LDCV, puesto que mientras el Derecho Civil vasco no distingue entre ascendientes y extraños, el Código Civil sí lo hace. Esta distinción del CC resulta más favorecedora para el viudo. En segundo lugar, con la LDCV el legislador vasco introduce una novedad para la protección del cónyuge viudo, mediante la atribución de un derecho de habitación sobre la vivienda familiar, que no se contempla en la legislación del territorio común.

Además, en cuanto a las instituciones analizadas podemos afirmar que, exceptuando algunas diferencias y matices, las instituciones que ambos regímenes tienen en común son similares. Así podríamos mencionar como diferencias la facultad que se atribuye al cónyuge en el régimen sucesorio del territorio común de exigir la conmutación cuando se trate de hijos sólo del causante, facultad de la que no goza el viudo en el Derecho Civil Vasco; y la facultad que en la LDCV tiene el causante para disponer del usufructo universal de los bienes hereditarios haciendo innecesario recurrir a la cautela socini.

Finalmente, especial mención merecen algunas instituciones o figuras exclusivas del Derecho Civil Vasco. En primer lugar, los pactos sucesorios y el testamento mancomunado como práctica conyugal para la sucesión de la herencia de los cónyuges. En segundo lugar, el alkar-poderoso, institución que permite que el cónyuge comisario sea administrador, representante y usufructuario del patrimonio hereditario. Los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, el alkar poderoso o la troncalidad, son instituciones que pretenden beneficiar al cónyuge viudo y compensar la situación de desventaja en que éste se encuentra después de la muerte del otro cónyuge. Se trata de un régimen sucesorio,

cuyas instituciones vienen desarrollándose durante siglos, basadas en el principio de libertad civil y protección de la familia, y creadas por costumbre. Algunas como los pactos sucesorios, a pesar de su antigüedad, resultan modernas. Prueba de la adecuación del Derecho Civil vasco a la realidad actual es el artículo 831 del Código Civil, inspirado en gran parte en la institución vasca, o el hecho de que algunos Proyecto de Código Civil hayan considerado incluir instrumentos como los pactos sucesorios o el testamento mancomunado.

En definitiva, podemos concluir que, a pesar de que existen ciertas similitudes, el Derecho Civil vasco otorga al cónyuge viudo una protección superior a aquella del Derecho común.

VII. BIBLIOGRAFÍA

7.1 Doctrina

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Diversas Formas de Canalización de la Cautela Socii*. Valencia: Ed. Tirant Monografías, 2002, pp. 12-150.

CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho civil vasco*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1993, pp. 89-193.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. *El pago de la legítima al cónyuge viudo*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 15-95.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio. *Derecho de Sucesiones*. Madrid: Ed. Reus, 2010, pp. 135-142.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 429-447.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El derecho de habitación del viudo en Ley de Derecho Civil Vasco”. Bilbao. www.forulege.com 2016.

GALICIA AIZPURUA, G. “La sucesión forzosa: planteamiento general”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 417.

GALICIA AIZPURUA, Gorka. “Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.3/2018 parte Doctrina, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2018\6533, p. 18.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *El testamento mancomunado*. Editorial Aranzadi, 2011, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2011\5620, p. 1.

LACALLE SERER, Elena y SANMARTÍN ESCRICHE, Fernando. *Protocolo sobre la preterición*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2012, Ref. *Tirant Online*, TOL2.347.885, p. 4.

LLEDÓ YAGUE, Francisco. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 672.

MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, Covadonga. *La situación del cónyuge viudo en el Derecho Civil Foral de Bizkaia*. Bilbao: Instituto de Estudios Vascos, Universidad de Deusto, 1998, p. 170.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. *Avance de posición y rango del viudo y la pareja de hecho en la sucesión intestada vasca (Fusión de tradición y cambio social en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco)*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho *Boletín JADO*. Año XIV. N° 27, Enero-Diciembre 2015-2016, p. 192.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*. Madrid: Ed. Dykinson, 2004, p. 141-178.

URRUTIA BADIOLA, A. “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, p. 329.

URRUTIA BADIOLA, Andrés María (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, p. 63-149.

URRUTIA BADIOLA, A. y MANZANO MALAXECHEVARRIA, J. R. “El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia”. En: *El poder testatorio y el art. 831 CC*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Boletín *Jado*. Año II, número extraordinario I, 2004, pp. 46-52.

7.2 Doctrina jurisprudencial

a) Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013, n.º. 423/2013. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 2013\8081.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014, n.º. 838/2013. Ref. *Tirant Online*, TOL4.374.204.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, n.º. 624/2012. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 2013\2274.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003, n.º. 881/2003. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 2003\6442.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000, n.º. 955/2000. Ref. *Tirant Online*, TOL2.671.778.

Sentencia del Tribunal Supremo 15 de febrero de 2001, n.º. 175/1996. Ref. *Tirant Online*, TOL4.964.708.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997, n.º. 954/1997. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 1997\7930.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993, n.º. 675/1993. Ref. *Tirant Online*, TOL1.663.032.

b) *Audiencias Provinciales*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sec. 4ª, de 15 de diciembre de 2017, nº. 779/2017. Ref. *Tirant online*, TOL6.540.211.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, de 16 de noviembre de 2016, nº. 357/2016. Ref. *Aranzadi Instituciones*, AC 2016\2143.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 14ª, de 17 de noviembre de 2009, nº. 581/2009. Ref. *Aranzadi Instituciones*, AC 2010\32.

7.3 Legislación

Ley 3/1992 de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

VIII. ANEXOS

4.1 Tabla comparativa de la legítima del cónyuge viudo

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Legislación	Ley 5/2015 de 25 de marzo de Derecho Civil Vasco	Código Civil
Última modificación	Octubre de 2015	Ley 15/2015, de 2 de julio 2015
Concepto: Legítima	<p>Artículo 48 LDCV:</p> <p>1. cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo.</p> <p>2. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.</p> <p>3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.</p>	<p>Artículo 806 CC:</p> <p>Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.</p>
Ámbito subjetivo	<p>Artículo 120 LDCV:</p> <p>Cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho</p>	<p>Artículo 968 CC:</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Derechos sucesorios del cónyuge viudo	<p>-Concurre en sucesión intestada con descendientes:</p> <p>Usufructo de la mitad de todos los bienes del causante</p> <p>/</p> <p>-Concurren con parientes que no sean descendientes o con extraños:</p> <p>Usufructo de herencia (Artículo 52 LDCV)</p> <p>/</p> <p>-Causante haya dispuesto a su favor el usufructo universal (Artículo 57 LDCV)</p> <p>+</p> <p>Derecho de habitación vitalicio de la vivienda conyugal. (Dº extingue por vida marital o hijo no matrimonial o nuevo matrimonio o pareja de hecho). (Artículo 54 LDCV)</p>	<p>-Concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora (artículo 834 CC)</p> <p>/</p> <p>-Concurren sólo ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (artículo 836 CC)</p> <p>/</p> <p>-No concurren ni descendientes ni ascendientes: usufructo de los dos tercios de la herencia (artículo 838 CC)</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Preterición	<p>Artículo 48.4 LDCV: La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.</p> <p>Artículo 51 LDCV: Apartamiento y preterición de legitimarios.</p>	<p>Artículo 814 CC:</p> <p>La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.</p> <p>Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:</p> <p>1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.</p> <p>2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.</p> <p>Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
		<p>Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.</p> <p>A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.</p>
Desheredación y/o apartamiento	<p>Artículo 48.3 LDCV:</p> <p>La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.</p> <p>Artículos 50 y 108.3 LDCV: desheredación. Aplicación del Código Civil como Derecho supletorio.</p>	<p>Artículo 813 CC:</p> <p>El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.</p> <p>Artículo 855 CC:</p> <p>Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. 2.º Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170. 3.º Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge. 4.º Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
		Artículo 856. La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.
Conmutación	<p>Artículo 53 LDCV</p> <p>- Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole:</p> <ul style="list-style-type: none"> ·Renta vitalicia ·Productos de determinados bienes ·Capital en efectivo <p>-Cómo: mutuo acuerdo o mandato judicial</p> <p>Artículo 70.6 LDCV:</p> <p>capital en metálico de su libre disposición (de los herederos, no cónyuge)</p>	<p>Artículo 839 CC</p> <p>-Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole:</p> <ul style="list-style-type: none"> ·Renta vitalicia ·Productos de determinados bienes ·Capital en efectivo <p>-Cómo: de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.</p> <p>Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.</p> <p>+</p> <p>Artículo 840 CC</p> <p>Facultad del viudo de exigir la conmutación cuando concurra con hijos sólo del causante, que satisfagan su derecho a elección de éstos mediante capital en metálico o lote de bienes</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Otras instituciones	Otras posibilidades de otorgarle importantes poderes en virtud de decisiones voluntarias <i>mortis causa</i> (Se protege al cónyuge viudo): -Pactos sucesorios -Testamento mancomunado -Sucesión por comisario	-Artículo 831 CC Fiducia sucesoria.
Reserva lineal o troncal	118 LDCV El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiera adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano se halla obligado a reservar los que haya adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan.	811 CC El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

4.2 Recuento de Testamento Mancomunado Abierto (2010-2013)⁸⁴

ACTO JURÍDICO	COLEGIO	PROVINCIA	2010	2011	2012	2013
Testamento Mancomunado o de Hermandad Abierto	País Vasco	Bizkaia	34	38	41	44
	País Vasco	Gipuzkoa	11	10	9	4
	País Vasco	Álava	3	2	5	3

⁸⁴ URRUTIA BADIOLA, A. “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson S. L., 2016, p. 329.