

Un ejemplo de recepción de Derecho romano: la Ley 216 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (Fuero Nuevo de Navarra, FNN)

Pablo FERNÁNDEZ BELZUNEGUI
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, de 1973, es una Compilación que explícitamente se nutre del Derecho romano. Ello es así a la luz de la Ley 2 de prelación de fuentes en relación con la tradición jurídica expuesta en el párrafo que le antecede, e igualmente atendiendo a la Exposición de motivos; en esta última se advierte de que, según la voluntad del legislador el Derecho romano, forma parte del Derecho supletorio particular de Navarra¹.

A su vez la tradición jurídica a la que se refiere la Compilación, que tiene carácter preferente para la interpretación de sus leyes, entre otros elementos se compone del Derecho romano para las instituciones recibidas del mismo².

Finalmente, y en consonancia con lo transcrito, la Ley 2 de prelación de fuentes establece un orden en el que de nuevo afloran elementos tan

¹ «El Derecho supletorio particular de Navarra quede siempre integrado por su tradición jurídica, constituida por sus antiguas Leyes y el Derecho romano en aquellas instituciones que de él se han recibido en la práctica de nuestro tiempo» esta cita y las siguientes del FNN según BOE de 28 de diciembre de 2016, Leyes Civiles Forales. Actualmente en revisión (https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=048_leyes_civiles_forales&modo=1).

² «Tradición jurídica navarra. Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las Leyes de la Compilación, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido; y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo».

genéricos como la costumbre o los principios generales del Derecho navarro³, apartado este en el que se incluye al Derecho romano.

Por tanto, será teniendo en cuenta el presente marco como se deberá estudiar la cuestión a la que me referiré en el presente escrito, la *institutio ex re certa* o la institución de heredero de cosa determinada. Más concretamente, las consecuencias en forma de automatismos que el Derecho foral navarro contiene atendida la calificación de heredero sobre cosa determinada de un llamado a suceder. Sistema que, una vez aplicado, permite alcanzar según el caso una solución en Derecho foral navarro (equiparable a la potencial solución en aplicación del Derecho romano) y otra diametralmente opuesta en el Derecho común (Código Civil).

Avanzando un paso más, debería precisarse que el Derecho romano no supone exclusivamente una fuente de índole interpretativa o de referencias. Se cuentan diversas instituciones en la Compilación que son adoptadas del Derecho romano tanto en forma como en fondo, y será sobre estas que el Derecho romano será considerado como fuente del Derecho foral navarro.

En ese grupo se incluye la *institutio ex re certa*, que en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra se contiene en la Ley 216. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que se dirá, cabe adelantar que otras Leyes de la Compilación Foral tendrán también influencia en la forma tanto de estudiar como de juzgar supuestos relativos a esta figura jurídica en los Tribunales de Navarra.

La otra cuestión que este artículo pretende exponer someramente se centra en la interpretación que la Sentencia núm. 1/2005 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (TSJN) y los antecedentes de instancia realizan de la cuestión. Ello en la medida en que en la práctica de la administración de justicia se pueden observar los razonamientos que, a partir de la norma puramente teórica, lleva al Tribunal a alcanzar soluciones prácticas concretas; y permiten esbozar una serie de conclusiones acerca tanto de los paralelismos de la norma foral con el Derecho romano como de la vigencia que este último mantiene aún, afectando en definitiva la cuestión a la asimilación de la cultura jurídica romana por el Derecho moderno o contemporáneo.

II. ALGUNAS FUENTES ROMANAS RELATIVAS A LA CUESTIÓN⁴

La figura de la que trata este escrito es la del heredero de cosa determinada. En Derecho romano (al igual que en Derecho foral navarro), en esta institución se producirán una serie de razonamientos que supon-

³ «Uno. La costumbre. Dos. Las Leyes de la presente Compilación. Tres. Los principios generales del Derecho navarro. Cuatro. El Derecho supletorio».

⁴ Fuentes del Digesto y del Código de Justiniano extractadas de VVAA, *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia)*,

drán, dependiendo del caso concreto, que la persona instituida en cosa determinada pueda acabar siendo tanto legataria como heredera⁵.

En el Digesto de Justiniano se nos han transmitido distintos fragmentos de juristas romanos que abordaban con profusión esta problemática. Los escritos que van desde Sabino a Papiniano, al margen de constituciones imperiales posteriores que no alteraron la esencia de la filosofía que al respecto existió en Derecho romano clásico, ponen de manifiesto la existencia de un debate jurídico reconocible en los códigos modernos.

Atendiendo a la época clásica del Derecho romano, podemos observar una serie de fragmentos del Digesto que desarrollan la cuestión aquí tratada.

Así por ejemplo, en un pasaje de Ulpiano⁶, que como vemos está comentando a Sabino⁷, jurista este último que escribió al inicio del principado⁸ los *Libri tres iuris civilis*⁹, se pone de manifiesto que ya en el siglo I la cuestión era debatida y afirma que al instituir a un heredero en cosa determinada, lo trascendental es que se instituya a un heredero. Ello, puesto en contraste con lo que se dirá, permite visualizar la sistematización que en torno a esta figura se crea en cuanto a lo que nos ocupa. El de los mecanismos que ordenan el acrecimiento de distinta forma según los herederos llamados a suceder lo sean de diferente calidad.

Se trata de la frase, la de Ulpiano, que más concisamente pero al mismo tiempo con mayor claridad puede describir la filosofía que en torno a la figura de la *institutio ex re certa* se crea.

Igualmente otro fragmento procedente del mismo jurista, comentando también a Sabino¹⁰, pone de manifiesto que el nombramiento de dos

Pamplona, abril de 1988 y de *The Roman Law Library*, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>, a 4/4/2017.

⁵ Tratando la *heredis institutio ex re certa*, M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 727 y ss.

⁶ D. 28,5,1,4 (Ulp., *Ad Sab.*, 1): *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione*. = Si se instituyó heredero de un fundo a una sola persona, vale la institución eliminando la referencia al fundo.

⁷ F. SCHULZ, *History of roman legal Science*, Oxford, 1953, pp. 212-214, sostiene que en la época postclásica la obra sufrió cambios radicales y que la revisión efectuada desplazó por completo el texto original.

⁸ Sobre Masurio SABINO, *vid.*, por ejemplo, E. VARELA, en *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 152-155.

⁹ *Vid.*, al respecto, por ejemplo, R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, así como la recensión de G. LUCHETTI, «I Libri iuris civilis di Sabino», en AG, 207 (1987), quien en las pp. 53 y ss. hace un repaso de la literatura romanística existente sobre la obra; como no fue directamente manejada por los compiladores su contenido se deriva de las citas existentes sobre ella, por lo que los especialistas han intentado reconstruir el sistema de SABINO tomando como base el reparto de las materias existentes en los comentarios a SABINO DE POMPONIO, PAULO y ULPIANO.

¹⁰ D. 28,5,9,13 (Ulp., *Ad Sab.*, 5): *Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Cornelian, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur*. = Si son dos los instituidos herederos, uno en la tercera parte del fundo Cornelian y otro en los otros dos tercios del mismo fundo, CELSO sigue la opi-

herederos sin especificar los bienes concretos atribuidos a cada uno implica el reparto por partes iguales, dándose así un paso más en torno a las precisiones que afectan a la filosofía desarrollada en torno a la *institutio ex re certa*. Se trata de uno de los automatismos que afectan a esta figura jurídica, que en este caso implica que el nombramiento de dos herederos sin más atribución que una cuota genérica supone el pasar a considerarlos como herederos universales. Incluso obviando el efectivo reparto que hubiera ordenado el causante a menos que la voluntad del mismo sea abiertamente incompatible con el reparto equitativo (cuantitativamente). A este último respecto cabe mencionar que coincide el Derecho foral navarro en la filosofía subyacente en tanto en cuanto también en Derecho foral es esencial el concretar la atribución de bienes para que se apliquen los mecanismos unidos a la *institutio ex re certa*. Coinciden por tanto en considerar la voluntad del disponente como elemento nuclear en cuanto al nombramiento de herederos, que será lo esencial incluso por encima del reparto si este se realiza por cuotas.

El mismo clásico tardío Ulpiano vuelve a tratar de la cuestión en otro pasaje¹¹, en esta ocasión de sus *Disputationes*¹². En este supuesto, de igual filosofía pero con mayor profundidad y precisión, se establece la forma en que deberá realizarse la partición atendidas las disposiciones testamentarias. Siendo el caso de que el testador ha instituido herederos en cosa determinada a dos personas, una en sus propiedades de Italia y otra en

nión más sencilla de Sabino, de que haciendo caso omiso de la referencia del fundo, tengan la herencia como si hubiesen sido instituidos sin señalamiento de partes, salvo que se oponga a ello abiertamente la voluntad del testador.

¹¹ D. 28,5,35,pr. (Ulp., *Disput.*, 5): *Ex facto proponebatur: quidam duos heredes scripsisset, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum, et, cum merces in Italiam devehere soleret, pecuniam misisset in provinciam ad merces comparandas, quae comparatae sunt vel vivo eo vel post mortem, nondum tamen in Italiam devectae, quaerebatur, merces utrum ad eum pertineant, qui rerum Italicarum heres scriptus erat an vero ad eum, qui provincialium. Dicebam receptum esse rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur. Verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex aequis paribus, quasi sine partibus instituti, verumtamen officio iudicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus qui relictus est adiudicetur vel adtribuatur.* = Se planteaba el caso del que instituyó dos herederos, uno en los bienes que tenía en la provincia y otro en los bienes que tenía en Italia, y, como acostumbraba transportar mercancías a Italia, envió una cantidad a la provincia para comprar las mercancías que fueron compradas en vida del testador, o incluso después de su muerte, pero que aún no habían llegado a Italia, y se preguntaba si las mercancías pertenecerían al que había sido instituido heredero de los bienes de Italia o al que había sido de los bienes de la provincia. Decía yo que estaba admitido el poder instituir heredero en ciertas cosas, y que no era inútil la institución, pero que en la acción de división de la herencia correspondía al ministerio del juez que el heredero instituido en cosas determinadas no obtuviera más que aquello en que se le instituyó. Esto debe entenderse del siguiente modo: supón, por ejemplo, que dos herederos fueron instituidos, uno en el fundo Corneliano y otro en el fundo Liviano, y que uno de los fundos equivalía a las tres cuartas partes de la herencia y el otro a la otra cuarta parte: ciertamente, serán herederos en partes iguales, como si hubiesen sido instituidos sin designación de parte, pero estarán sujetos a la intervención judicial de modo que se adjudique a cada uno o se le atribuya el fundo que le fue dejado.

¹² Sobre la problemática de estas *Disputationes*: T. HONORÉ, *Ulpian*, 2.^a ed., Oxford, 2002, pp. 115-116, donde se pronuncia básicamente a favor de la autenticidad.

sus propiedades de la provincia, se determina que el juez deberá respetar la disposición del testador pero que deberá igualmente respetar la división por partes iguales. Esto es, en el supuesto enunciado los herederos en cosa determinada lo serán a título universal como coherederos, pero sin que por ello se deje de hacer valer la disposición testamentaria por la cual a un heredero se le atribuyen los bienes de Italia y al otro los de la provincia. En consecuencia, en el caso como el expuesto de que los lotes no sean equivalentes (en cuanto no tiene por qué ser del mismo valor lo que el testador tenga en Italia y tenga en la provincia), se entiende que ambos herederos deben suceder por la mitad porque el testador no ha especificado las partes que sobre el total de la herencia le corresponden a cada uno. En definitiva, al heredero de cosa determinada que concurre con otro heredero de cosa determinada y sin herederos a título universal, le será atribuida la propiedad de la cosa determinada pero dentro de su porción hereditaria en cuanto coheredero a título universal (compensándose, en principio económicamente, para que efectivamente se reparta el total por partes iguales y al mismo tiempo se respeten las atribuciones concretas de bienes).

Finalmente concluyo esta breve relación de fuentes haciendo referencia a un pasaje de Papiniano, transmitido en sus *Responsae*¹³, y tal vez de conocimiento de Ulpiano en lo que se refiere a su contenido, en el que en plena correspondencia con lo anteriormente expuesto el nombramiento de un heredero de cosa determinada sin la concurrencia de otros llamados a suceder determinará su condición en la sucesión, considerándosele heredero.

Por lo que se refiere al Derecho justiniano, y siguiendo con la línea marcada por el Derecho clásico romano, cabe mencionar en cuanto resulta ilustrativa una constitución del propio emperador Justiniano¹⁴, en la que de acuerdo con la literalidad de lo transcrito, se establece que en el caso de coexistencia de herederos de cosa determinada y de herederos de

¹³ D. 28,6,41,8 (Pap., *Resp.* 6): *...nam et qui certae rei heres instituitur coherede non dato, bonorum omnium hereditatem optinet.* = ...el que es instituido heredero en cosa determinada, sin tener coheredero, obtiene la herencia de todos los bienes. El texto procede de una obra de 19 libros denominada *Responsa*, realizada probablemente entre los años 205-212 p. C. y que contiene una colección de respuestas de casos prácticos redactados con mucha brevedad. Sabemos que fue utilizada en la enseñanza en las escuelas jurídicas en época postclásica y que en ese momento fue editada varias veces por lo que existieron oportunidades claras de poder alterar el original. Sobre esta problemática véase por ejemplo: SCHULZ, *cit.*, pp. 218, 220; T. HONORÉ, «The severan lawyers: a preliminary survey», *SDHI*, 28, 1962, pp. 205-207.

¹⁴ CJ 6,24,13 (*Imperator Justinianus*): *Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam diminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.* = Si se instituyen varios herederos, unos para una cosa determinada, los cuales deben considerarse como legatarios, y otros por una parte o por la restante de la sucesión, mandamos que solo puedan usar de las acciones hereditarias en toda su integridad, los que han sido instituidos por una parte o por el resto de la sucesión y que a estos deban reclamarse las deudas de la herencia, sin que puedan sufrir por ello disminución alguna los instituidos por una cosa determinada.

carácter general (ya sea por una cuota o por lo restante), a los primeros se les considerará legatarios y a los segundos herederos. Es decir, el heredero de cosa determinada pasa a ser legatario por la mera concurrencia con herederos de carácter general. Siendo los segundos herederos entre otras cuestiones porque se establece que serán estos quienes puedan interponer las acciones hereditarias y porque será frente a estos frente a quienes se podrán interponer las acciones que procedan frente a la masa hereditaria.

En suma, con base en estas fuentes, cabe concluir que en Derecho romano la importancia de ser nombrado heredero de cosa determinada derivaba del nombramiento de heredero. Este nombramiento suponía, en la práctica, que la persona llamada recibiría exclusivamente el bien determinado (esto es, como legatario) si, a su vez, se había nombrado al menos un heredero a título universal; en cambio, la solución era diferente si no se había nombrado heredero a título universal, al implicar este segundo supuesto para la persona llamada sobre cosa determinada que ella misma sería considerada como heredera a título universal¹⁵.

Obviamente, la cuestión de fondo que subyace como bien sabemos es la incompatibilidad que existe en el Derecho romano de admitir, en una misma sucesión, la concurrencia de la sucesión testada e intestada, y se pone de manifiesto por los estudiosos de la materia¹⁶.

Dentro de una filosofía como la expuesta cabe entender el que el acrecimiento tenga lugar en algunos supuestos; por ejemplo cuando el testador no haya dispuesto de toda la herencia o, en el caso de que sean llamados varios a título universal a una sucesión, alguno premuera (provocando en consecuencia el acrecimiento de los demás)¹⁷. En esta línea

¹⁵ Tal y como puntualiza F. SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra*, vol. VI 1.º, de las donaciones y sucesiones, Pamplona, Gómez, 1976, p. 414: «Los términos heredero y legatario van perdiendo su categoría eminentemente técnica, puesto que de cada uno de ellos no puede deducirse siempre y necesariamente ni una institución de heredero ni un legado».

¹⁶ Al respecto cabe traer a colación: J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 1958 (ed. mayo de 2004), p. 377, para quien: «La incompatibilidad de ambas formas de sucesión hay que buscarla en el carácter originario de la *hereditas*: la *hereditas* primitiva se endereza al traspaso de la potestad política familiar, una e indivisa, y tal traspaso no puede verificarse conforme a dos títulos diferentes. Cuando en tiempos históricos la herencia no sirve ya a la vieja finalidad, y es posible nombrar a varios herederos, el título a ellos concedido conjuntamente ha de ser el mismo, como derivado de una misma fuente. Si lo importante es el título de heredero y lo secundario y consecuente la adquisición del patrimonio, la institución testamentaria elimina toda vocación intestada y, por ende, cualquier pretensión respecto de los bienes». En el mismo sentido y en la p. 396 afirma: «El carácter prevalente de la sucesión testamentaria viene también afirmado por las ideas romanas acerca del deber de todo paterfamilias de otorgar testamento. El testamento es una institución plenamente arraigada en la conciencia del hombre romano: la anécdota del viejo Catón, según la cual se reprochaba el haber vivido sin testamento durante una entera jornada, podrá ser verdadera o inventada, pero es harto demostrativa de lo normal y frecuente que era este acto en el siglo II a. de C.».

¹⁷ Al respecto cabe añadir que coincide la filosofía del Derecho romano con la del Derecho foral navarro en cuanto a que no cabe hablar de legítima en los mismos términos que, por ejemplo, el Código Civil. La legítima (formal) tanto en Derecho romano como en Derecho foral navarro no tiene contenido material (FNN, Libro II, Título X, Capítulo II, Ley 267 = *cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmue-*

cabe entender lo recogido en el Digesto [D. 28,5,13 (Ulp., *Sab.*, 2)] que según Salinas¹⁸ se explica y justifica por la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Ello es así en la medida en que tal como afirma Iglesias «el fundamento del acrecimiento no es otro que el llamamiento solidario». De esta manera, por la mera concurrencia de varios llamados a suceder se realizan «partes por el concurso», hecho en sí mismo trascendente y que ordena el procedimiento de partición. La solidaridad se instituye como base del acrecimiento y el acrecimiento se basa en la institución válida y efectiva de heredero, en un primer momento independientemente de las específicas atribuciones que el testador haya dispuesto¹⁹.

Una cuestión hasta cierto punto secundaria pero que merece ser comentada es la circunstancia de que el nombramiento que se realice tiene sus efectos antes de que entre en juego el sistema de automatismos. Por ejemplo, en D. 28,1,20 (Ulp. *Sab.*, 1)²⁰ se establece que el nombrado heredero no podrá ser testigo del testamento en el que se le nombre como tal, mientras que el legatario sí que podrá. Ello sin perjuicio de que posteriormente el instituido heredero pueda pasar a ser considerado legatario si se diera el caso.

El caso de que el testador no haya dispuesto de todos los bienes en testamento será el tratado por la Sentencia del TSJN, que se comenta en el punto cuarto del presente artículo y será, aunque no exclusivamente, mediante la aplicación de la Ley 216 FNN que se llegará a la solución jurídica de la sentencia, por lo que paso a exponer y comentar la citada ley y la paralela normativa incluida en el Código Civil.

bles). Es necesario que el testamento instituya herederos (o desherede) a determinadas personas (herederos forzosos) sin que el nombramiento de heredero deba ser acompañado de ninguna atribución en forma de bien o derecho.

¹⁸ Vid. F. SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra vol. VI 2.º, de las donaciones y sucesiones*, Pamplona, Gómez, 1976, p. 502, dice textualmente: «Y siendo una persona declarada heredera no era posible un llamamiento a los herederos abintestato respecto a los bienes no dispuestos por el testador; razón por la cual se le adjudicaba la herencia entera al heredero, aunque solamente hubiera sido instituido en parte, precisamente por ser el único con título de heredero».

¹⁹ Igualmente de acuerdo con la misma filosofía, IGLESIAS, *cit.*, p. 380, «tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada, el llamamiento universal de cada uno está limitado por el llamamiento universal de los demás. Si los llamados son Ticio y Mevio, la premoriencia, la incapacidad o la renuncia de Ticio determina que Mevio haga suya la totalidad de la herencia. No se da ya el impedimento para que el derecho íntegro de Mevio logre su plena extensión. No se da ya la restricción material, numérica, porque ha desaparecido la razón exterior que la hubiera determinado. De lo dicho resulta que el acrecimiento no importa un derecho de acrecimiento, sino un derecho de no decrecimiento, con lo que se entiende que cuanto se adquiere tiene lugar por el título ya existente y no por un título nuevo».

²⁰ D. 28,1,20 pr. (Ulp., *Sab.*, 1): *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi* = Cuando un testamento instituye un heredero, él no puede ser testigo del testamento. Lo contrario se aplica al nombrado legatario o tutor, estos pueden actuar como testigos.

III. LEY 216 FNN Y ART. 768 DEL CC

El texto de la Ley 216²¹ es claro y no deja dudas acerca de la influencia recibida del Derecho romano (especialmente si observamos la dicción del art. 768 del CC). Comprende la solución que ya conocemos en el Derecho romano: quien ha sido instituido heredero sobre cosa determinada será legatario o será llamado a título universal dependiendo de si concurre con herederos a título universal, de cosa determinada o de si no concurre con nadie más. En el caso de que todos los instituidos lo sean sobre cosa determinada, todos serán considerados herederos a título universal (respetando en cualquier caso la atribución determinada realizada por el testador y realizando la partición por iguales partes). En caso de que el heredero de cosa determinada concorra con herederos de carácter universal, aquel será legatario. En caso de que solo conste un heredero de cosa determinada, será considerado heredero universal.

Nos encontramos por tanto con un mecanismo que supone en la práctica que existiendo un testamento que instituya válida y efectivamente a un heredero (de cualquier clase y con cualquier atribución específica o genérica), nunca procederá la apertura de la sucesión intestada por la parte de bienes no dispuestos si los hubiere, expandiéndose la voluntad declarada del testador al total de la herencia²².

Esa es precisamente la sustancial diferencia que existe entre el Derecho foral navarro y el Derecho común recogido en el Código Civil, ya que si acudimos a lo establecido en el art. 768²³, la solución pasa por considerar como legatario, sin más deliberaciones, al instituido heredero en cosa determinada. Supone igualmente un automatismo en la medida en que el nombramiento aislado de un heredero de cosa determinada sin concurrir con herederos de ninguna otra clase implica la apertura de la sucesión intestada.

Por ello, la diferencia esencial y en lo que el Derecho foral coincide con el Derecho romano es en que no cabría la concurrencia de la apertura de la sucesión testada y de la sucesión intestada.

Para terminar con este apartado, habría que puntualizar el que, aún conteniendo soluciones abiertamente contrapuestas en esta cuestión, el Código Civil es Derecho supletorio en Navarra (tras el Derecho romano)

²¹ Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Libro II, Título VII, Ley 216 *Institutio ex re certa*. Si el instituido heredero en cosa determinada no concurre con otro u otros instituidos a título universal, se entenderá llamado a toda la herencia; pero si concurre, será considerado legatario. Cuando todos los herederos hayan sido instituidos en cosa determinada, heredarán en partes iguales, y el señalamiento de cosa determinada valdrá como prelegado. Estas mismas reglas se aplicarán al instituido solo en usufructo.

²² A este punto luego se advertirá la problemática que subyace en Derecho foral navarro al contraponerse el texto de la Ley 216 FNN con la de la Ley 300 FNN.

²³ Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil. Libro III, Título III, Capítulo II, Sección 2.ª, art. 768: «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario», reproducido conforme al BOE (<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>) actualizado a 6 de octubre de 2015.

y que por tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) es perfectamente válida en la Comunidad Foral de Navarra. Esta cuestión tiene trascendencia en la medida en que serán válidas las apreciaciones que realice el TS sobre supuestos de hecho concretos, pero a dichas apreciaciones le serán aplicables calificaciones jurídicas no solo distintas sino contradictorias.

IV. STSJN 1/2005, DE 15 DE MARZO (Y DELIBERACIONES PREVIAS OBRANTES EN EL PROCEDIMIENTO)

Entrando a estudiar lo que concierne a la sentencia referenciada, cabe en primer lugar resumir lo que a los efectos de la influencia del Derecho romano resulta trascendente.

El supuesto enjuiciado parte de una sucesión abierta al fallecimiento del causante, quien contrajo matrimonio en dos ocasiones teniendo descendencia en ambas. La voluntad del testador es como sigue:

— Los bienes de conquistas (gananciales) del primer matrimonio serán para los hijos del primer matrimonio, del segundo y para la segunda esposa.

— Los bienes de conquistas del segundo matrimonio serán para los hijos del segundo matrimonio y para la segunda esposa.

— No se hace mención a los bienes privativos adquiridos por el causante entre ambos matrimonios en su condición de viudo (ni a los anteriores como soltero).

Este reparto es declarado inoficioso por no respetar la Ley 272 FNN que establece la obligatoriedad de tratar de igual manera a los hijos de diferentes matrimonios²⁴. La inoficiosidad por su parte deriva de la aplicación de la Ley 215 FNN, que dispone la validez del testamento aunque no se observen todas las prevenciones que la Compilación establece²⁵.

²⁴ FNN Libro II, Título X, Capítulo III, Ley 272 Limitación de disposiciones: «Los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio. Si los hijos de cualquier matrimonio premurieran se dará en todo caso el derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes.

Si recibieren menos, el defecto se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiados, sin alterar las participaciones de los demás. Solo podrán ejercitar la acción de inoficiosidad los hijos o descendientes perjudicados o sus causahabientes y habrán de interponerla dentro de los cuatro años siguientes a contar del fallecimiento del disponente. Cuando el causante, en acto *inter vivos* o *mortis causa*, hubiera atribuido al nuevo cónyuge o a los descendientes de ulterior matrimonio bienes determinados cuyo valor resulte excesivo, podrán aquellos compensar a los descendientes de anterior matrimonio con bienes de la herencia o con dinero.

Este derecho de los hijos de anterior matrimonio no se dará respecto a las disposiciones en favor de cualesquiera otras personas.

Lo establecido en esta Ley no se aplicará a los hijos de anterior matrimonio que en testamento o pacto sucesorio hubieren sido desheredados por cualquiera de las causas de los artículos 852 y 853 del Código Civil».

²⁵ FNN Libro II, Título VII, Ley 215 No exigencia: «El pacto sucesorio y el testamento serán válidos aunque no contengan institución de heredero, o esta no comprenda la totalidad de los

Filosofía que a su vez deriva de la interpretación de la Ley 7 FNN en tanto en cuanto la voluntad privada prima sobre las fuentes del Derecho²⁶. Es decir, será tenida en cuenta la voluntad del testador en todo lo que no contradiga expresamente disposiciones prohibitivas de la Compilación Foral²⁷. Ello, a su vez, en plena concordancia con lo recogido en D. 28,1,1 (Mod., *Pand.*, 2)²⁸ que no es sino la constatación de que la voluntad del causante es la ley que deberá regir la sucesión. Principio al que habría que añadir el recogido en D. 28,1,3 (Pap., *Quaes.*, 14)²⁹ que afirma que la ejecución de una voluntad no es un derecho privado sino una cuestión de Derecho público.

Entrando ya propiamente en la fundamentación jurídica de la sentencia, debe destacarse la discusión principal que tiene lugar entre las partes. Dicho debate comprende los bienes privativos, en concreto la posibilidad de que sobre los mismos se abra la sucesión intestada al no haber sido incluidos dichos bienes en el reparto realizado en testamento. Si sobre los bienes privativos se abriera la sucesión intestada la segunda esposa no tendría ninguna atribución, mientras que de entenderse que no cabe la apertura de la sucesión intestada, la segunda esposa accedería al reparto de los bienes privativos en su calidad de heredera como los hijos de ambos matrimonios³⁰.

Como ya se ha adelantado, en Derecho romano la cuestión era en principio muy clara y no cabría la concurrencia de sucesión testada e intestada en una misma sucesión. Por tanto, la solución a la problemática aquí analizada sería sencilla en cuanto a que no se abriría la sucesión intestada y los llamados acrecerían sobre la parte no dispuesta por el causante en testamento.

La cuestión, no obstante, no es tan clara. La Compilación Foral establece en su Ley 300³¹ la necesidad de que en el supuesto de hecho se

bienes. También será eficaz el testamento aunque el instituido sea incapaz de heredar o no acepte la herencia. Respecto a los pactos sucesorios se estará a lo dispuesto en la Ley 207».

²⁶ FNN Libro preliminar, Título I, Ley 7. «Paramiento»: «Conforme al principio “paramiento fuero vienze” o “paramiento ley vienze”, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad».

²⁷ Cuestión coincidente con la afirmación al respecto del Derecho romano de IGLESIAS, *cit.*, p. 413, de que «es tendencia fundamental y general la de mantener en pie, dentro de lo posible, las disposiciones testamentarias. Estas, por principio, miran a que una persona reciba un patrimonio, en todo o en parte, teniéndola así como heredero o legatario».

²⁸ D. 28,1,1 (Mod., *Pand.*, 2): *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* = El testamento es la expresión legal de voluntad respecto de lo que uno desea se realice tras su muerte.

²⁹ D. 28,1,3 (Pap., *Quaes.*, 14): *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.* = la ejecución de un testamento no es una cuestión de Derecho privado sino público.

³⁰ Según expone la STSJN de 20 de septiembre de 1997 (antecedente del caso): «Se plantean así en el motivo dos distintos problemas, referido el uno a la interpretación de la voluntad del testador —cita por la parte recurrente de la Ley 176 de la Compilación navarra—; y otro que realmente afecta a la interpretación de las Leyes 300 y 216 que se dicen infringidas, en cuanto lo que se propone es determinar el sentido y alcance de la expresión “institución de heredero en cosa cierta y determinada”, poniéndolo en relación con el tenor literal de la cláusula a la que se refiere la controversia».

³¹ FNN Libro II, Título XIV, Capítulo I, Ley 300. Concepto (sucesión legal): «La sucesión legal tiene lugar siempre que no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de

concreto si se regula de una manera (mediante el acrecimiento) o de otra (mediante la sucesión intestada). Así pues, la disyuntiva se centra en aspectos concretos. Hay que determinar si estamos ante un supuesto en que se aplica la Ley 216 o la Ley 300, para dependiendo de lo que se determine acudir a la apertura de la sucesión intestada (vía Ley 300) o al acrecimiento (vía Ley 216).

En esta tesitura entra en juego una última ley que tendrá marcada trascendencia en la solución adoptada por el TSJN, que es la Ley 242³². Argumentando a los efectos de esta Ley, se afirma la procedencia de la aplicación de la Ley 216 o de la Ley 300. Por ello, al resolverse acerca de la aplicación de dicha Ley, es decir al resolverse si estamos ante atribuciones de carácter específico o universal, en realidad se está discutiendo sobre la condición de los llamados a suceder. Así, en la STSJN se afirma en el FJ 6.º que «la aplicación de la Ley 242 FNN debe comprender la institución que se efectúe no solo una cosa o bien determinado, sino también en un conjunto o grupo de cosas o bienes determinados, y la expresión cosa “determinada” comprende lógicamente la “determinable”»³³.

ella por testamento, por pacto sucesorio o por cualquier otro modo de deferirse la sucesión conforme a esta Compilación. No tendrá lugar la apertura de la sucesión legal en el supuesto de la Ley doscientos dieciséis».

³² FNN Libro II, Título IX, Ley 242 Efectos: «El legado de cosa específica y determinada propia del disponente tiene eficacia real, y el legatario adquiere la propiedad a la muerte del causante.

En los legados de otra clase, el legatario solo tiene acción personal para exigir su cumplimiento».

³³ En la precedente STSJN de 20 de septiembre de 1997 se razona más profusamente al FJ 2.º: «El problema es pues el de, interpretando la norma de la Ley 216 en su relación con la 300 del Fuero Nuevo de Navarra, determinar si las transcritas disposiciones testamentarias constituyen o no una institución de herederos en cosa determinada, conforme a la dicción de la primera de las normas citadas, y en este sentido es de concluir, en primer término, que la institución de heredero en cosa determinada comprende la institución en un conjunto especificado de cosas en cuanto cumple los requisitos de esa institución, llamamiento a título universal y atribución de una cosa singular o una suma de cosas.

Establecida la precedente conclusión, en relación con el supuesto concreto que se plantea en este recurso, debe entenderse que las antes transcritas disposiciones testamentarias del causante constituyen una institución de herederos en cosa determinada en el sentido que a la misma debe darse el Derecho civil propio de Navarra, porque a esa tesis no puede ser obstáculo el que la institución lo sea en una cuota “de uno o varios grupos de bienes del causante” cuando la tan repetida Ley 216 del Fuero Nuevo prevé, sin más distinciones, el supuesto de que “todos los herederos hayan sido instituidos en cosa determinada” caso en el que todos “heredarán en partes iguales”, lo que debe entenderse comprensivo de aquel en que la institución sobre “cosa determinada” se efectúe por cuotas, y también de que, con igual distribución por cuotas, iguales o desiguales, comprenda no solo una cosa o bien determinado, sino un conjunto o grupo de cosas o bienes determinados, debiendo entenderse que la expresión “determinada” comprende lógicamente la de “determinable” como, en relación con la de “precio cierto”, tienen declarado reiteradamente las SsTS 21 de marzo de 1989, 15 de noviembre de 1993, 19 de junio y 2 de noviembre de 1995, 14 de junio y 7 de noviembre de 1996 y 5 de marzo de 1997 entre otras muchas, siempre que esa posterior determinación pueda efectuarse sobre puntos de referencia, criterios o previsiones objetivas que la permitan sin necesidad de nuevos acuerdos, tesis esta que no solo se mantiene en relación con el “precio cierto” sino también, según la última de las sentencias citadas, en lo que afecta al concepto de “cosa determinada” en interpretación de la expresión que se contiene en los arts. 1273 y 1445 CC; por cuanto se lleva expuesto debe acogerse este primer motivo del recurso, en el sentido estricto de declarar improcedente la apertura de la sucesión legal del causante en cuanto afecta a sus bienes originariamente privativos, es decir, aquellos que fueron de

A este punto habría que puntualizar que la argumentación deriva de jurisprudencia del TS. Ello entronca con el hecho anteriormente traído a colación relativo a las contrapuestas soluciones jurídicas para idénticas apreciaciones sobre unos hechos. El TS entiende ante un supuesto de hecho concreto que se trata de un señalamiento de bienes determinados porque se trata de bienes determinables. Adoptando dicho argumento el TSJN concluye en que se ha realizado un llamamiento en calidad de heredero de cosa determinada, con lo que en el caso de ser el único llamado a suceder acrecería a toda la herencia, sin abrirse la sucesión intestada por la parte no dispuesta al pasar a ser considerado el heredero de cosa determinada heredero a título universal. Ante la misma disyuntiva y con la misma base fáctica, el TS concluiría que, siendo un único heredero de cosa determinada, procedería la apertura de la sucesión intestada por la parte no dispuesta al pasar a ser considerado como legatario dicho heredero sobre cosa determinada.

Volviendo al caso tratado por la STSJN hallamos que, estableciéndose el carácter de herederos de cosa determinada para todos los llamados, la solución jurídica no es sino desarrollo de la Ley 216 que contiene la *institutio ex re certa* y la aplicación de los mecanismos para el reparto del caudal hereditario vía acrecimiento³⁴.

La problemática que pudiere subyacer haciendo una interpretación extensiva afectaría al hecho de que se llegaría a la conclusión de que de facto la Ley 300 FNN carece de contenido en la medida en que todos los llamamientos lo serán en condición de heredero universal o de heredero de cosa determinada (atendiendo a la asimilación de «determinado» por «determinable»). Cuestión que a su vez implicaría que el régimen de la regulación en Navarra es esencialmente adoptado del régimen de Derecho romano en cuanto en ambos casos no cabría la concurrencia de la sucesión testada con la sucesión intestada. Cuestión esta de todas formas sobre la que no cabe afirmar tajantemente la incompatibilidad toda vez que se requiere de mayor desarrollo jurisprudencial, más aún teniendo

su propiedad desde su adquisición, sin comprender los que se le adjudicaron en la liquidación de conquistas de su primer matrimonio ni los que puedan corresponder a su herencia en la liquidación del segundo, pues lo que procede, en cuanto a aquellos bienes se refiere, es que, al contener el testamento institución de herederos en cosa determinada, el señalamiento de las cosas, grupos de cosas, determinadas, valen como prelegados y el resto de la herencia, bienes sobre cuyo destino no hay disposición testamentaria expresa, han de distribuirse entre todos los herederos instituidos por partes iguales como ordena la Ley 216 del Fuero Nuevo de Navarra, no existe pues la duda que la parte recurrida plantea en su escrito de impugnación en el sentido de que al llegar a la indicada solución “habría que determinar también (si) los bienes no testados se incluyen en el apartado a) o en el b) de la cláusula 4.^a”, pues esa determinación es innecesaria en cuanto es la propia norma legal la que ordena que la distribución de los bienes de la herencia de los que el testador no dispuso se distribuyan por partes iguales entre todos los herederos instituidos».

³⁴ Ello en tanto en cuanto para M.^a A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «Comentario a la Ley 216», en E. RUBIO TORRANO (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 626-630: «La vocación universal *ex re certa* en Navarra supone auténtica institución de heredero a semejanza de lo que acontecía en Roma, pues no solo genera la sucesión de este en el conjunto de las relaciones del causante, adquiriendo el mismo la cualidad de liquidador y responsable de ellas, sino que de suyo implica que los bienes no dispuestos deba recibirlos».

en cuenta que existen Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra interpretando la cuestión de manera diferente a la aquí estudiada³⁵.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto cabe extraer una serie de conclusiones en torno a la influencia del Derecho romano en la normativa navarra relativa a la *institutio ex re certa*.

— La Ley 216 FNN se nutre exclusivamente de la tradición del Derecho romano, clásico y justiniano. Atendidas las referencias obrantes al apartado segundo, no cabe sino concluir en que se incorpora a la Compilación Foral la filosofía imperante en Derecho romano en cuanto a que no cabe la concurrencia de la sucesión testada con la intestada. Para ello se optará por incluir los automatismos para expandir a todo el caudal hereditario las declaraciones de voluntad de que se dispongan. En el caso estudiado de la Sentencia del TSJN (apdo. 4), el llamamiento realizado para los bienes de conquistas de los dos matrimonios será utilizado para el llamamiento respecto de los bienes de los que el causante no dispuso (los privativos). Los herederos acrecerán por esta parte, pero en última instancia recibirán por partes iguales puesto que de ser herederos de cosa determinada han pasado a ser coherederos. Se respeta por el Tribunal la específica atribución de bienes dispuesta por el causante, pero en respeto del Fuero han de repartirse los activos hereditarios en partes iguales atendida la condición final de herederos y no de herederos de cosa determinada de los llamados a suceder.

— La equiparación de bienes «determinables» y «determinados» supone que vía jurisprudencia se resalta destacadamente la preponderancia que el régimen mencionado al punto anterior tiene en Navarra. Implica que las atribuciones en testamento serán consideradas o bien llamamientos sobre cosa determinada o bien llamamientos en cualidad de heredero a título universal. Cuestión esta que supone la aplicación de la Ley 216 en, virtualmente, todos los supuestos en los que el testador no haya dispuesto de todos los bienes (salvedad hecha de los supuestos en los que sí proceda la nulidad del testamento, casos en los que tampoco se daría la concurrencia de la apertura de la sucesión testada y de la sucesión intestada por cuanto el reparto se realizaría íntegramente vía sucesión intestada). En aplicación del Código Civil, en cambio, ante la misma valoración de

³⁵ Como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 12, de 30 de enero de 1997, FD 3.º: «Ciertamente se determina en qué grupos de bienes, y en qué proporción en cada grupo, se instituye a herederos. Pero no puede considerarse que eso suponga instituir en cosa determinada. De lo contrario, resultaría que todos los herederos lo son en cosa cierta, ya que todos heredan unos bienes precisos, los bienes del causante, y no otros; bienes que son determinados y concretos. No existiría la diferencia entre herederos y legatarios, ya que todos adquirirían *mortis causa* unos bienes determinados. Evidentemente, la institución en cosa cierta se limita a los casos en que se nombra herederos en un bien o unos bienes concretos y determinados; no en una cuota de los bienes del causante, o en una cuota de uno o varios grupos de bienes del causante». En el mismo sentido SAP Navarra núm. 38/2009, de 4 de marzo.

los hechos sería procedente la apertura de la sucesión intestada por la parte de bienes no dispuestos. Ello en la medida en que clarificada la condición de herederos de cosa determinada el automatismo los convertiría en legatarios y por ende no habría heredero para suceder, con lo que la única vía sería la de la sucesión abintestato.

— La presencia en la Compilación Foral de Navarra de la Ley 300 permite eliminar la posibilidad de lagunas jurídicas en la materia. Llegado el caso, y descartada la aplicación de la Ley 216 FNN, cabría la concurrencia de la sucesión intestada con la testada. Situación en cualquier caso subsidiaria respecto del régimen dispuesto al respecto de la *institutio ex re certa*.

— Por último, y en relación con las dos conclusiones avanzadas, cabe concluir que el TSJN hace buena la filosofía contenida en la Ley 2 FNN de prelación de fuentes. Ello en cuanto jurídicamente se interpreta el supuesto y se aplica la normativa claramente de acuerdo con los postulados aceptados en Derecho romano, esto es, imposibilitando la concurrencia en una misma sucesión de la apertura de la sucesión intestada y de la sucesión testada y otorgando preeminencia a la voluntad declarada del testador. Filosofía que en última instancia es la que ordena el funcionamiento de la *institutio ex re certa*.