



**DERECHO DE SUCESIONES:
ELEMENTOS HISTÓRICOS Y
PRAXIS CIVIL, MERCANTIL E
INTERNACIONAL.**

Tutor: José Joaquín Vara Parra
Alumna: Jéssica Padín Rey

Índice

Abreviaturas utilizadas – pág. 4

I. El supuesto de hecho narrado – pág. 5

**II. Identificación conforme a Derecho de los distintos problemas jurídicos
presentes en el supuesto de hecho narrado – pág. 6**

1. Los distintos problemas jurídicos de carácter internacional – pág. 6

1.1. La sucesión del bien inmueble situado en Ginebra – pág. 6

1.2. La compraventa del piso de Ginebra – pág. 8

2. Los distintos problemas jurídicos de carácter mercantil – pág. 9

2.1. El empresario individual y el carácter de bien ganancial de la empresa – pág. 9

2.2. La marca “Las Porras de Fabricio” – pág. 10

2.3. La patente sobre la trituradora antigrumos – pág. 11

2.4. La transmisión “mortis causa” de la empresa – pág. 11

3. Los distintos problemas jurídicos de carácter civil – pág. 12

3.1. La vecindad civil de D. Benicio F.S – pág. 12

3.2. El régimen económico matrimonial de D. Benicio F.S. y Dña. Matilde A.A. – pág. 14

3.3. La filiación de Dña. Aureliana – pág. 15

3.4. El testamento en peligro de muerte (segundo testamento en el supuesto) – pág. 15

3.5. El testamento abierto notarial (primer testamento en el supuesto) – pág. 20

3.5.1. El legado – pág. 20

3.5.2. La colación – pág. 22

3.5.3. La preterición – pág. 26

3.5.4. El cálculo de la legítima- pág. 32

3.6. Sucesión intestada- pág. 36

III. La oportunidad histórica del sistema de legítimas y la conveniencia de mantenerlo en el actual ordenamiento jurídico español – pág. 40

1. La oportunidad histórica y la evolución del sistema de las legítimas – pág. 40

1.1. La legítima romana – pág. 40

1.2. La legítima germánica – pág. 52

1.3. La legítima en el Derecho Castellano – pág. 53

1.4. La configuración de la legítima en la etapa de la Codificación – pág. 58

1.5. Las últimas reformas de la legítima – pág. 62

2. La conveniencia de mantener la legítima en el actual ordenamiento jurídico español – pág. 64

Bibliografía – pág. 72

Abreviaturas utilizadas.

C.c.	Código Civil
C. de c.	Código de Comercio
Lec	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.M.	Ley de Marcas
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
L.P.	Ley de Patentes
L.S.A.	Ley de Sociedades Anónimas.
L.S.R.L.	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
O.E.P.M.	Oficina Española de Patentes y Marcas
Pág.	Página
SS	Sentencias del Tribunal Supremo
ss	Siguientes

I. El supuesto de hecho narrado.

D. Benicio Fabricio Santos, nacido en Ourense en 1956, se casó con Matilde Ártabra Araprietos en 1976, también orensana. En 1978 Matilde dio a luz a Maita, y en 1980 a Feliciano. En 1982, fruto de una relación extramatrimonial, nació Aureliana, que fue aceptada como una más en la familia por la abnegada Matilde. En 1983 la familia abandona Ourense y fija su residencia en Madrid.

D. Benicio dedicó buena parte de sus esfuerzos a la venta de chocolate y porras madrileñas. A la pequeña cafetería que abrió en Lavapiés pronto se unieron tres establecimientos más, todavía en funcionamiento a día de hoy. Emplea a 15 personas, es titular de la marca “Las Porras de Fabricio” (registrada en la OPEM) e incluso patentó en 1986 una trituradora antigumos para el chocolate, que gozó de notable éxito en los años 90.

En 1999 Maita se independizó, y Benicio y su mujer le donaron en escritura pública una finca en la sierra madrileña con una casa habitable pero ya antigua. La finca con la casa tenía un valor de 70.000 € en el momento de la donación. En la escritura pública se hacía constar que la donación se consideraba no colacionable. En los años sucesivos Maita emprendió reformas en la casa, invirtiendo 30.000 € en efectuar mejoras. Además, la zona se revalorizó por la nueva red de comunicaciones, por lo que hoy en día la finca tiene un valor de 150.000 €.

En 2005 Benicio acude al notario y otorga testamento. En el mismo se lega a Aureliana la empresa. Con respecto a Maita, en el testamento se indica que se considera satisfecha su legítima con la finca de la sierra, que el testador califica como colacionable. A Feliciano se le deja, a título de heredero, un piso en propiedad del matrimonio en Ginebra, 30 participaciones de Monaguillos, S.L. y un derecho de crédito correspondiente a 30.000€ que John Quesada, ciudadano norteamericano, perdió jugando al póquer con Benicio en una de sus cafeterías. De su esposa Matilde nada dice.

En agosto de 2011 Benicio enferma gravemente. Pocas horas antes de morir, ante Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad, dicta testamento (que Maita escribe a mano) en el que deja todos sus bienes a Maita y Feliciano, y el usufructo a Matilde. No se menciona a Aureliana. Benicio firma con sus débiles manos el testamento y fallece. En ese momento, constan en su patrimonio los siguientes bienes y derechos:

- La empresa, con activos por valor de 900.000€ y un pasivo de 60.000€.
- Dinero en una cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde (15.000€).
- El piso de Ginebra valorado en 200.000 €.
- El derecho de crédito correspondiente a la partida de póquer.
- 15 participaciones de Monaguillos, S.L. con un valor de 1000 € cada una.

Cinco meses después, Feliciano fallece en un accidente de tráfico estando soltero, sin descendencia y sin haber otorgado testamento. En el instante del óbito de Feliciano, ninguno de los instituidos en la herencia de Benicio había manifestado su voluntad acerca de su aceptación o repudiación.

Con posterioridad al fallecimiento de Feliciano, Matilde vendió a la constructora inglesa “Bricks plc” el piso radicado en Ginebra por un precio de 300.000€ y simultáneamente procedió a ceder a la sociedad “Póquer España, S.L.” el crédito de 30.000€ que se tenía contra John Quesada, recibiendo a cambio de ello 25.000€. A los cuarenta y cinco días de haberse concretado las referidas transmisiones, Matilde entregó a sus hijas Maita y Aureliana, copias de las escrituras correspondientes a los referidos contratos de transmisión, si bien hay constancia de que Maita tuvo conocimiento de tales hechos el mismo día en el que se produjeron.

II. Identificación conforme a Derecho de los distintos problemas jurídicos presentes en el supuesto de hecho narrado:

1. Los distintos problemas jurídicos de carácter internacional.

En el supuesto de hecho narrado, distinguimos dos problemas jurídicos de carácter internacional. En primer lugar, la sucesión de un bien inmueble situado en Ginebra y, en segundo lugar una compraventa internacional:

1.1. La sucesión del bien inmueble situado en Ginebra.

Respecto a la sucesión del bien inmueble situado en Ginebra, en primer lugar, destacar la dimensión institucional del sistema español de Derecho internacional privado, donde en particular, en el presente supuesto que analizamos, el Reglamento 44/2001 no será aplicable pues su ámbito de

aplicación material lo excluye, además, destacar la existencia de un reciente Reglamento en materia de sucesiones (Reglamento 650/2012) que aún no ha entrado en vigor.

En cuanto a la dimensión convencional destacar la existencia del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la regulación de la validez formal de las disposiciones testamentarias, el cual ha sido ratificado tanto por España como por Suiza, lugar de situación del bien inmueble. El Convenio, es un texto de aplicación universal, en su artículo 5 se prevé “*las prescripciones que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieran a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma*”, en consecuencia, tales circunstancias se inscriben en el ámbito de aplicación del propio Convenio. El artículo 1 del Convenio de La Haya de 1961 se orienta clara e inequívocamente por el principio de “*favor negotii*”, por tanto, la validez formal del testamento debe ser admitida si así lo contempla aún una sola de las ocho leyes siguientes: Ley del lugar en que el testador hizo la disposición, Ley de la nacionalidad del testador en el momento del otorgamiento, Ley de la nacionalidad del testador en el momento del fallecimiento, Ley del domicilio del testador en el momento del otorgamiento, Ley del domicilio del testador en el momento del fallecimiento, Ley de la residencia habitual del testador en el momento del otorgamiento, Ley de la residencia habitual del testador en el momento del fallecimiento, o tratándose de disposición testamentaria referida a bienes inmuebles, Ley del lugar de su situación.

A continuación, conviene subrayar la autonomía del Derecho internacional privado de sucesiones que se asienta, de un lado, sobre la consideración patrimonial de los bienes que componen la sucesión, cuya regulación escapa de una concepción real de los bienes considerados “*uti singuli*”. Y, por otro lado, nos indica la importancia que el elemento personal adquiere, en especial en un sistema de tradición romanista, como es el español. El alcance del elemento personal, y su dominio sobre los aspectos reales, explican los caracteres específicos del sistema español de Derecho internacional privado, asentado en el principio de unidad y universalidad de la sucesión, y en el ámbito del Derecho aplicable, en el predomínate papel de la Ley nacional¹.

El principio de universalidad² comprende el conjunto de bienes, derechos, acciones, obligaciones y responsabilidades del causante. Y, a su vez, el principio de unidad implica un tratamiento jurídico

1. Derecho Internacional Privado; José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, págs. 452-453.

2. La universalidad hace referencia a un conjunto de cosas en su totalidad con independencia de los elementos singulares que la integran.

unitario, por lo que interesa destacar, ante la determinación tanto de la competencia judicial internacional como de la Ley aplicable a la sucesión internacional. Para que esta concepción sea posible en el Ordenamiento jurídico español, es preciso partir de la idea que el epicentro de la sucesión radica en la persona del fallecido y no en sus bienes, que pueden hallarse dispersos por varios Estados, como sucede en el presente supuesto, donde D. Benicio F.S. tiene un bien inmueble situado en Ginebra y, los restantes bienes en España.

Conforme a lo anterior, así lo concibe el legislador español de Derecho internacional privado al redactar la norma de conflicto de leyes en el artículo 9.8 del C.c., al disponer que la sucesión por causa de muerte se rige por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Por tanto, la Ley nacional extiende su aplicación a todos los bienes que integran el patrimonio del causante, independientemente de que sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, y del país en que se encuentren.

Pero, además del principio de unidad legislativa de la sucesión internacional, que acabamos de exponer, nuestro sistema sucesorio internacional también sigue el principio de unidad judicial. Pues la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles se determina a través de los foros establecidos en los artículos 22.2 y 22.3 de la L.O.P.J., sin que exista norma de origen convencional alguna. Junto a los foros generales del domicilio del demandado y de la sumisión expresa o tácita, el artículo 22.3 de la L.O.P.J. ha retenido dos foros especiales, que responden en esencia a una misma idea (el "*forum patrimonii*"): el último domicilio del causante en territorio español o la existencia de bienes inmuebles en España. Por tanto, los Tribunales españoles podrán conocer de toda la sucesión, aunque haya otros bienes muebles o inmuebles en otro Estado³.

Ante todo lo mencionado, debemos indicar que la sucesión de D. Benicio F.S. al completo se regirá por la Ley nacional española.

1.2. La compraventa del piso de Ginebra.

Por último, sobre la venta que realiza Dña. Matilde del piso de Ginebra a la constructora inglesa "Brick plc" por un precio de 300.000 €, debemos determinar la Ley aplicable en los casos de compraventa internacional. Para su determinación tendremos que acudir al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales que sustituye al Convenio de Roma de 1980 y que se conoce también como Reglamento de Roma I.

3. Derecho Internacional Privado; José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, pág.453.

En el Convenio de Roma I se establece la libre elección del derecho aplicable por las partes. En el caso de que no haya elección y conforme al artículo 4.2⁴, se aplicará el derecho del país con el que, en este caso el contrato de compraventa, presente los lazos más estrechos. Se presumirá que el contrato presente los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.

En la mayoría de los casos, se considera que la prestación característica es la no dineraria y en el caso de la compraventa, la prestación característica sería la entrega. Por tanto, se aplicará la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual, es decir, como la vendedora es Dña. Matilde y, su residencia habitual está situada en España, se aplicará el Derecho español.

2. Los distintos problemas jurídicos de carácter mercantil.

Este apartado centrará su objetivo en narrar los posibles problemas jurídicos de carácter mercantil que presenta el supuesto narrado:

2.1. El empresario individual y el carácter de bien ganancial de la empresa.

En primer lugar, destacar que D. Benicio F.S. es un empresario individual⁵, con plena capacidad para el ejercicio habitual del comercio al ser mayor de edad y por tener libre disposición de sus bienes, además no está incluido dentro de las prohibiciones del ejercicio de la actividad empresarial⁶.

4. El artículo 4.2 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: “*Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato*”.

5. Lecciones de Derecho Mercantil; Aurelio Menéndez y Ángel Rojo, pág.59. El empresario individual, es la persona natural que ejercita en nombre propio, o por sí o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa.

6. Lecciones de Derecho Mercantil; Aurelio Menéndez y Ángel Rojo, págs. 66-63. Las prohibiciones se clasifican en absolutas (pueden extenderse a todo el territorio español o circunscribirse a parte de él. Entran en la primera categoría las relativas a aquellas personas que, por leyes o disposiciones especiales, “no pueden comerciar” (art. 13.3 C.de c.), como es el caso de los miembros del Gobierno de la Nación y los altos cargos de la Administración General del Estado (art. 2.1 y 2 de la Ley 12/1995). La segunda categoría es mucho más amplia, entre los casos más significativos de prohibiciones destacar el de los magistrados, jueces y fiscales en servicio activo) y relativas (las limitadas a una o varias actividades mercantiles concretas y determinadas. Así, los socios colectivos no pueden dedicarse al mismo género de actividad que el que constituye el objeto de la sociedad colectiva o comanditaria (art. 137 C. de c.), e igual prohibición rige para los gerentes o factores respecto a la actividad de su principal (art. 288 C. de c.). Por su parte, los administradores de sociedades de responsabilidad limitada no pueden dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad mediante acuerdo en Junta General de socios (art.

El régimen económico matrimonial de D. Benicio F.S. es el de sociedad de gananciales, según dicta el artículo 1316 del C.c., que más adelante, en el apartado de la temática civil, explicaremos. A hora, nos interesa demostrar que la empresa tiene carácter de bien ganancial, en primer lugar, porque en la sociedad de gananciales son bienes comunes o gananciales, entre otros, los obtenidos por la actividad de cualquiera de ellos (art. 1347.1 C.c.), los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales por subrogación, es decir, los adquiridos a título oneroso a costa o en sustitución de bienes gananciales, aunque la adquisición la haga uno solo de los cónyuges. Lo que importa no es quién figura como adquirente del bien, sino el carácter ganancial del precio o contraprestación. Y, en segundo lugar, porque las empresas constituidas a expensas de los bienes comunes se equiparan a la fundada a costa del trabajo de un cónyuge, que no podría ser privativo porque dicho trabajo, su resultado, es bien ganancial, pero, si la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 del C.c.⁷ En todo caso, la Ley presume gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer (art. 1361 C.c.), lo que equivale a establecer que se presumen adquiridos a costas del caudal ganancial los bienes cuyo precio no se demuestre satisfecho con dinero privativo de alguno de los cónyuges (sentencia del Tribunal Supremo del 8 de enero de 1968). Como consecuencia, ante la falta de prueba que menciona el artículo 1361 del C.c. la empresa se considera como un bien ganancial⁸.

2.2. La marca “Las Porras de Fabricio”.

En referencia a la marca⁹ “Las Porras de Fabricio”, cuyo titular es D. Benicio F.S., destacar que adquiere el derecho de utilización exclusiva de la marca por su registro válidamente efectuado de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Marcas (art. 2). Pero supondrá la extinción del derecho de la marca, que ha tenido vigencia efectiva, cuando se produzcan algunas de las causas de caducidad, como el transcurso del plazo de diez años sin haber solicitado la renovación del registro, la renuncia del titular, la falta de uso, la marca se ha convertido en la designación usual del producto para el que está registrado (perdida del aptitud diferenciadora) y, la marca puede inducir a error a los consumidores por actos de su titular¹⁰. En el presente supuesto no podemos saber con exactitud sí

65.1 LSRL). Si los administradores de una sociedad estuvieran en situación de conflicto con el interés social en una concreta operación, deben abstenerse de participar en ella (art. 127ter.2 LSA).

7. El artículo 1354 del C.c.: “Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”.

8. Elementos de Derecho Civil IV. Familia; José Luis Lacruz Berdejo, págs. 194 y ss.

9. Lecciones de Derecho Mercantil; Aurelio Menéndez y Ángel Rojo, págs. 229 y ss.

10. Las dos primeras causas pueden ser declaradas por al O.E.P.M., mientras que las restantes han de ser declaradas por los tribunales (art. 55 LM).

concorre alguna de estas causas de caducidad, por tanto debemos presumir que la marca sigue vigente.

2.3. La patente sobre la trituradora antigrumos.

Además de la marca “Las Porras de Fabricio”, D. Benicio F.S. patentó en 1986 una trituradora antigrumos para el chocolate, que también realizó su inscripción en la O.E.P.M. La patente¹¹ es el derecho que se reconoce al inventor o a sus causahabientes para la explotación industrial en exclusiva, por sí o por otros y durante el plazo que marca la Ley, de resultado de su invención, ofreciendo en el comercio productos que la incorporan o sirviéndose del invento para producirlos. La Ley de Patentes establece un plazo de extinción al derecho de patente, con carácter improrrogable, de veinte años. La inscripción de la patente fue realizada en el año 1986, por tanto, dicha patente hoy en día está caducada.

2.4. La transmisión “*mortis causa*” de la empresa.

Por último, debemos hacer referencia a la transmisión “*mortis causa*” de la empresa¹² que realiza D. Benicio F.S. a favor de su hija Dña. Aureliana. La empresa puede transmitirse “*mortis causa*”, sea a título de herencia, sea a título de legado, como sucede en el supuesto que examinamos.

Los problemas fundamentales que plantea la transmisión “*mortis causa*” de la empresa, en primer lugar, es la continuidad de la explotación de la empresa que forma parte de la herencia en tanto se produce la aceptación, y en segundo lugar, el problema de la conservación de la empresa. El problema de la continuidad de la explotación de la empresa se soluciona fácilmente en todos aquellos casos en los que el empresario, antes de fallecer, hubiera nombrado un apoderado general o factor. A diferencia de lo que sucede en el Derecho civil (art. 1732.3 C.c.), en el Derecho mercantil los poderes conferidos a los factores no se extinguen con la muerte del poderdante (art. 290 C. de c.). Por tanto, el apoderado general o factor continuará la explotación interina o provisional de la empresa hasta que se produzca la aceptación de la herencia.

11. Lecciones de Derecho Mercantil; Aurelio Menéndez y Ángel Rojo, págs. 250 y ss.

12. Curso de Derecho Mercantil; Rodrigo Uría y Aurelio Méndez, págs. 143 y 144. A pesar de su importancia y de los problemas que plantea, el Derecho español no cuenta con una disciplina suficiente, el Código de comercio tan sólo se ocupa de la transmisión de la empresa a un menor a un incapacitado, y lo hace de forma tangencial. El Código civil, por su parte, prácticamente ignoraba esta problemática pero partir de un modelo sucesorio en el que el protagonista era el propietario de fincas rústicas y urbanas, y no el empresario; y sólo con la reforma introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, ha dado solución parcial a algunas de las cuestiones, más delicadas.

Pero el problema de la conservación de la unidad de la empresa exige distinguir según que la empresa tenga o no carácter ganancial. Si ostenta este carácter, el cónyuge supérstite tiene preferencia para que, en la liquidación de la sociedad, se le adjudique la empresa que hubiera llevado con su trabajo (art. 1406.2 C.c.). Si no fuera ganancial, el problema de la conservación indivisa de la empresa se suscita cuando, existen una pluralidad de herederos, la masa hereditaria sea insuficiente para permitir la atribución de la empresa a uno solo de ellos sin lesión de los derechos de los demás llamados a la herencia. El Código civil admite que el testador que en interés de la conservación de la empresa, desee preservar indivisa la empresa, puede atribuir en la partición de la herencia que realice en el mismo testamento o por actos “inter vivos”, disponiendo que se pague en metálico suficiente en la herencia para efectuar ese pago, quien herede la empresa, sea heredero forzoso o no, puede proceder al abono con efectivo extra hereditario si así se hubiere previsto en el testamento. En otro caso, cualquier legitimario podrá exigir que el pago de la legítima se efectúe con bienes de la herencia.

Pese, a que anteriormente hemos dicho que, si la empresa tiene carácter ganancial, con el fin de cumplir el requisito de la conservación de la unidad de la empresa, tiene preferencia para su adjudicación el cónyuge supérstite. En el caso que examinamos observamos como tal requisito de unidad, se ve cumplido por el testador, D. Benicio F.S. al legar la empresa, con carácter ganancial, a un único heredero forzoso, es decir Dña. Aureliana, sin resultar perjudicados los derechos de los restantes legitimarios. Dicho legado será estudiado, con mayor detenimiento en el apartado de los problemas jurídico de carácter civil, con el fin de conocer los efectos que produce el legado que dispuso D. Benicio en su testamento.

3. Los distintos problemas jurídicos de carácter civil.

El objetivo, en este apartado, es señalar los posibles problemas jurídicos de carácter civil que observamos en el supuesto narrado:

3.1. La vecindad civil de D. Benicio.

El primer problema jurídico dentro del ámbito civil, que se aprecia en el caso presente, es determinar la vecindad civil¹³ de D. Benicio F.S. nacido en Ourense, pero en 1983 abandona Ourense para vivir en Madrid.

13. Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado de la Persona; Pedro de Pablo Contreras (coordinador), págs. 495 y ss. La vecindad civil es la condición o cualidad de los españoles que determina la aplicabilidad, en cuanto a ley personal, de alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país. En efecto, la existencia de una pluralidad de Derechos

La determinación de la vecindad civil nos permite identificar si la ley personal aplicable a D. Benicio F.S., debe regirse por el Derecho civil común o por el Derecho civil gallego.

Desde el punto de vista del contenido, debemos destacar que la vecindad civil designa la ley personal de los españoles que, conforme al artículo 9.1 del C.c., regirá “*la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*”. Así resulta del artículo 16.1.1ª del C.c., que remite a la vecindad civil como ley personal a la hora de resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional.

La Ley establece una serie de causas de adquisición de la vecindad civil atendiendo a distintos criterios¹⁴. Pero desde la perspectiva del presente caso, nos interesa un único criterio de adquisición de la vecindad civil, el denominado por residencia¹⁵. En particular, según el artículo 14.5 del C.c., se adquiere la vecindad civil por residencia continuada en territorio al que corresponde distinta vecindad. Existen dos modos para su adquisición, cuando durante dos años resida continuamente en distinta vecindad, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad, o durante diez años, sin declaración en contrario¹⁶ durante ese plazo el sujeto reside en dicha residencia. Este último modo de adquisición, se trata de un supuesto de adquisición automática, “*ipso iure*”, que se produce con independencia de la voluntad del sujeto y aún sin su conocimiento. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1985, reconoce que por la simple residencia del interesado en territorio distinto del de su vecindad originaria, adquisición que opera por el transcurso del tiempo de diez años, a no ser que antes de terminar dicho plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario.

Civiles españoles impone la necesidad de precisar qué españoles están sometidos a cada uno de ellos, y esa función la cumple precisamente la vecindad civil. En este sentido, dice el artículo 14.1 del C.c. que “*la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil*”.

14. Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado de la Persona; Pedro de Pablo Contreras (coordinador), págs. 499-500. Los distintos criterios para la adquisición de la vecindad: En primer lugar, se atribuye una a quien es español desde el nacimiento (originaria), se da prioridad al “*ius sanguinis*”. Cuando no sea posible aplicar el “*ius sanguinis*”, la ley señala otros criterios subsidiarios (atribución voluntaria por los padres, lugar de nacimiento, vecindad común). La Ley señala también otras causas por las que puede cambiar la vecindad civil, así se establecen supuestos de opción y de cambio de vecindad civil por residencia.

15. Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado de la Persona; Pedro de Pablo Contreras (coordinador), págs. 504 y ss. El legislador tiene en cuenta la movilidad geográfica y la emigración, por lo que establece cauces para la adquisición de la vecindad correspondiente al territorio de residencia habitual pero, también, si se desea, la posibilidad de conservar la vecindad originaria.

16. Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado de la Persona; Pedro de Pablo Contreras (coordinador), pág. 505. Las declaraciones de voluntad deben inscribirse en el Registro Civil, dicha declaración se interpreta como la declaración de querer conservar la vecindad originaria.

Por tanto, es este último modo de adquisición por residencia el que permita aplicar a D. Benicio F.S. el Derecho civil común. Pues, D. Benicio F.S. permaneció residiendo en Madrid más de los diez años exigidos para la adquisición de la vecindad civil madrileña, exactamente veintinueve años, sin presentar declaración de querer conservar la vecindad civil gallega.

3.2. El régimen económico matrimonial de D. Benicio F.S. y Dña. Matilde A.A.

La economía de todo matrimonio debe regirse por un determinado régimen económico matrimonial. Por eso si los cónyuges no lo eligen entra en juego el régimen legal supletorio del artículo 1316 del C.c., según dice que *“a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces el régimen será el de la sociedad de gananciales”*. Es decir, el artículo 1316 del C.c. suple la voluntad de los interesados¹⁷ proclamando aplicable en Derecho común el régimen de gananciales. La aplicación supletoria del régimen de gananciales procede en los siguientes supuestos: ausencia absoluta de capitulaciones matrimoniales, su ineficacia, omisión de previsiones específicas en el contenido de las capitulaciones relativas a las elección del régimen económico matrimonial, insuficiencia de las previsiones contenidas en las capitulaciones (no sean bastantes para regular de modo pleno las relaciones patrimoniales de los esposos, o bien sean insuficientes para determinar con precisión cuál es el régimen deseado).

El Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que el artículo 1316 del C.c. contiene una auténtica presunción de régimen de gananciales en Derecho común, de manera que si en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil no se ha hecho mención de capitulaciones matrimoniales, se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen de la sociedad de gananciales (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1991)¹⁸.

Por tanto, como en el presente caso no se menciona explícitamente el régimen económico matrimonial entre D. Benicio y Dña. Matilde, debemos presumir que los cónyuges están casados en régimen de gananciales.

Por último, debemos hacer referencia a la administración de la sociedad de gananciales, destacando que cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales (art. 1379 C.c.).

17. Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia; Rodrigo Bercovitz Rodríguez- Cano, pág. 118. El artículo 1315 del C.c.: *“el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”*.

18. Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia; Rodrigo Bercovitz Rodríguez- Cano, pág. 118. El artículo 1344 del C.c. se describe el efecto fundamental de la sociedad de gananciales, es decir, *“mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla”*. Por último mencionar que según el artículo 1345 del C.c. *“la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones”*.

3.3. La filiación de Dña. Aureliana.

Otro problema jurídico, es referente a la filiación¹⁹ de Dña. Aureliana, que es fruto de una relación extramatrimonial de D. Benicio F.S. Por tanto, se aprecia la existencia de una filiación no matrimonial, es decir cuando los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción ni en el del nacimiento, ni contraen matrimonio con posterioridad a éste.

Los títulos de legitimación de la filiación son los mencionados en el artículo 113.1 del C.c.: *“la filiación se acredita por la inscripción en el Registro civil, por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado.”* En el presente caso, la acreditación de la filiación de Dña. Aureliana se debe llevar a cabo por el medio de la “posesión de estado” (situación fáctica), pues Dña. Aureliana ostenta signos suficientes del goce de tal estado de filiación, como es ser aceptada como una más de la familia, incluso por la propia Dña. Matilde.

Para la determinación de la filiación no matrimonial se exige, según el artículo 120 del C.c., *“el reconocimiento ante el encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público; por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil; por sentencia firme; y respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción en la ley de Registro civil”*.

Por último, destacar que con independencia de cómo se haya determinado la filiación, sus efectos para los hijos serán los mismos, pues todos ellos son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14 de la Constitución Española)²⁰.

3.4. El testamento en peligro de muerte (segundo testamento en el supuesto).

El segundo testamento realizado por D. Benicio F.S., en el año 2012, pocas horas antes de morir, se califica como testamento en peligro de muerte²¹.

19. Elementos de Derecho Civil IV. Familia; José Luis Lacruz Berdejo, págs. 317 y ss. El hecho que toda persona deba la existencia a su procreación o generación por un hombre y una mujer deriva su filiación respecto de sus progenitores, y también si filiación jurídica, expresión, para el Derecho, en línea de principio, de aquella relación biológica. Del hecho jurídico de la filiación deriva la relación jurídica de filiación (paternidad/maternidad), entendida como la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla.

20. Elementos de Derecho Civil IV. Familia; José Luis Lacruz Berdejo, pág. 320.

21. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 72. El testamento en peligro de muerte, es una forma testamentaria abierta que puede otorgarse sin intervención notarial, la falta o ausencia de intervención notarial se asienta, naturalmente, en la urgencia existente en el supuesto.

Según el artículo 700 del C.c. “*si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario*”. La ausencia de Notario se suple, pues con el aumento del número de testigos que han de concurrir al otorgamiento escrito o verbal del testamento moribundo, que movido por muy distintas razones, puede desear testar al no haberlo hecho con anterioridad o puede desear revocar disposiciones testamentarias anteriores²². Por tanto, con este último testamento D. Benicio F.S. podría revocar las disposiciones testamentarias hechas en el anterior testamento, del año 2005.

Así pues, el significado fundamental del precepto radica en permitir que, “*in articulo mortis*”, pueda testarse sin intervención notarial. Pero que pueda otorgarse testamento abierto no notarial en caso de peligro de muerte, no implica obviamente que por encontrarse en dicha situación la intervención notarial sea inapropiada o desaconsejable. Es más, en la práctica, aunque la persona que va a testar se encuentre verdaderamente en peligro de muerte, posiblemente sea más frecuente que el otorgamiento se realice ante Notario que mediante la especial forma testamentaria que estamos considerando ahora. En tal caso, claro, el testamento ha de considerarse notarial abierto, aunque las circunstancias físicas o neurológicas del testador lo sitúen efectivamente en las mismas puertas de la muerte²².

Sobre la inminencia del peligro de muerte dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 1957, que “no basta que se otorgue (el testamento) en estado de gravedad enfermedad, ya que es preciso que se halle (el testador) en situación urgente, inmediata y extrema, que haga temer un próximo y fatal desenlace”. En opinión de Puig Brutau, tal “circunstancia del peligro de muerte inminente o próxima ha de juzgarse según criterio razonable. Se comprende que no puede exigirse es este extremo una rigurosa certeza y que ha de bastar que no sea racionalmente prudente esperar la intervención del notario. Sin duda ha de tratarse de un auténtico casi de urgencia, pero no ha de exigirse que tal convencimiento corresponda al estado real del testador, tal como resultaría de un diagnóstico formulado con un criterio exclusivamente médico”²³. Con todo, según la jurisprudencia, si no se consigue demostrar la existencia de riesgo mortal, el testamento es nulo²⁴. Pero, en el caso que se nos presenta, no podremos anular el testamento por falta del requisito de la existencia del riesgo mortal, porque como hemos mencionado anteriormente D. Benicio F.S. realizó el testamento unas horas antes de morir.

La concurrencia de los cinco testigos es requisito esencial, puesto que todos ellos han de formar juicio y estar luego conformes al manifestar ante la autoridad competente, sobre el propósito de otorgar la última voluntad que tuviera el testador, y sobre lo que verbalmente o mediante nota escrita o leída o dada a leer manifestara que quería disponer (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1923). En consecuencia es nulo el testamento si sólo se hizo mención en él de cuatro testigos, sin

22. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 73.

23. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág. 184.

24. SS. 7 de octubre de 1904 y 3 de noviembre de 1962, entre otras.

que subsane la falta de quinto testigo la prueba posterior (sentencia del Tribunal Supremos de 5 mayo 1897, 8 de noviembre 1907). No está prohibida la asistencia al testamento, junto con los testigos, de otras personas que lo presenciaron (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1963)²⁵.

La idoneidad de los cinco testigos requeridos supone la aplicación de las reglas generales respecto de la capacidad de los testigos (art.681 a 683 C.c.). Al referirse a los testigos, es relativamente frecuente en materia sucesoria hablar de testigos idóneos²⁶. Sin embargo, propiamente hablando, no se ha tratado que los testigos reúnan cualidades excepcionales para serlo o que acrediten una especial formación, sino sólo que no se encuentren incursos en las prohibiciones establecidas al respecto. A tal efecto, el Código ha distinguido entre una serie de causas de ineptitud o inhabilitación que se aplican de forma general, en relación con todos los testamentos y otra serie de prohibiciones relativas, que sólo tiene relevancia con el testamento abierto.

Naturalmente, unas y otras, han de existir al tiempo de otorgarse el testamento. La primera de tales series se encuentra recogida en el artículo 681 del C.c., que establece que no podrán ser testigos en los testamentos:

- ✓ Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701 del C.c. (referido al testamento en caso de epidemia).
- ✓ Segundo. Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
- ✓ Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.
- ✓ Cuarto. Los que no estén en su sano juicio.
- ✓ Quinto. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.

A tales causas, cuando se trate de testamento abierto, han de añadirse los herederos y legatarios instituidos en el testamento, así como sus cónyuges o parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 682.1 del C.c.). Sin embargo, el párrafo 2º del artículo 682 del C.c. establece que *“no están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario”*. Cabe, por tanto, que algún legatario, beneficiado con un legado de carácter simbólico, pueda formar parte del grupo de testigos.

En cambio, el cumplimiento o al existencia de los dos presupuestos inherentes a la especialidad de esta forma testamentaria ha sido exigida con suma severidad e inflexibilidad por parte de la jurisprudencia, entendiéndose que la excepcionalidad del supuesto viene dada tanto por el verdadero peligro de muerte cuanto por la imposibilidad de contar con un Notario que autorice el testamento.

25. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág. 185.

26. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 59.

Este último aspecto ha sido interpretado tradicionalmente por la jurisprudencia en el sentido de que era necesario demostrar la imposibilidad de contar con la intervención del fedatario público, de forma rigurosa, hasta el extremo de que uno de los Notarios más señeros de nuestra Nación ha recordado recientemente que “de los precedentes legislativos y del propio espíritu del precepto se desprende que si el peligro de muerte es realmente inminente y la persona quiere testar, no se puede exigir la pérdida de tiempo que supone encontrar un Notario, aunque, en principio, sea posible recurrir a alguno” (M. de la Cámara)²⁷.

Recientemente, sin embargo, el Tribunal Supremo parece apuntar una línea de mayor flexibilidad, en relación con la inexistencia de intervención notarial, si bien dando por hecho que el inminente peligro de muerte debe ser cierto y estar fuera de toda duda la gravedad del testador.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1977, se expresa en los siguientes términos “... aunque es esencial el carácter del estado de peligro, sin el cual (el testamento en peligro de muerte) no ha de entenderse válido, y el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no puedo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (SS. de 22 de abril de 1910, 23 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1945, 19 de diciembre de 1959 y 3 de noviembre de 1962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (SS. de 7 de octubre de 1904, 11 de febrero de 1907, 6 de junio de 1923, 6 de noviembre de 1929 y 8 de febrero de 1962)”²⁷.

La falta de notario y las circunstancias que presuponen su validez, hacen más necesarias que estas declaraciones de voluntad prestadas “*in extremis*”, deban ser probadas, como dice el artículo 1.953 Lec de 1881 vigente de conformidad con lo previsto en la Disposición derogatoria única de la Lec 2000, que “*el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición*”.

De las solemnidades del testamento notarial, parece que deben conservarse en los no notariales, como en el presente testamento de peligro de muerte, las puramente indispensables para asegurar la certeza del acto y la autenticidad de su contenido. Conforme al artículo 702 del C.c. “*en los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir*”.

El testamento se escribe, acaso por uno de los testigos (así parece presuponer el art. 702 *in fine*): no lo dice expresamente el Código Civil, ni tampoco si ha de firmarse por él y por todos los testigos que sepan. Por la afirmativa, cabría alegar que el testamento ante testigos debe revestir todas las solemnidades del testamento abierto razonablemente compatible con sus peculiaridades que garanticen su autenticidad. Según la jurisprudencia, de la escritura sólo cabe prescindir en caso de

27. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 74.

extrema imposibilidad material, afectando el incumplimiento de este requisito a la validez del testamento²⁸.

Conforme al artículo 703 del C.c. *“el testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado de epidemia. Cuando el testador falleciera en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”*.

A tenor del artículo 704 del C.c. *los testamentos otorgados sin la autorización del notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil*. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1915 *“hasta el momento de la protocolización²⁹, la cédula no tiene eficacia y virtualidad del verdadero testamento en el tráfico, pues no se sabe si llegara a reconocerse su validez, al no haberse comprobado el cumplimiento de los correspondientes requisitos”*.

Ante todo lo mencionado, referente al otorgamiento del testamento en peligro de muerte, debemos decir que dicho testamento es nulo por incumplimiento de un requisito esencial. Pues, como hemos explicado, para otorgar testamento en peligro de muerte, es necesaria la existencia de cinco testigos idóneos, ante la falta de notario. Pero, los testigos que aparecen mencionados en el supuesto, se encuentran dentro de una de las causas de ineptitud o inhabilitación para adquirir la condición de testigos. Es decir, según el artículo 681 del C.c., no podrán ser testigos en los testamentos el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, por tanto se observa incumplido este requisito porque, Dña. Matilde, como esposa, Dña. Maita y D. Feliciano, como hijos, no podrán adquirir la condición de testigos. En consecuencia, sólo los dos vecinos mayores de edad, tienen la condición de testigos, pero no sirve simplemente su presencia para otorgar validez al testamento en peligro de muerte, porque es necesaria la existencia de cinco testigos para el otorgamiento de dicho testamento.

3.5. El testamento abierto notarial (primer testamento en el supuesto).

El testamento abierto notarial el testador manifiesta su voluntad en presencia de las personas que deben autorizarlo (art. 679 C.c.), en el presente caso, se otorga ante Notario.

28. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág.186. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1957.

29. Para la elevación a escritura pública y protocolización rigen los artículos 1.943 y ss Lec de 1881 vigente en este punto.

La característica principal en el testamento abierto notarial es que su redacción compete a los Notarios. Según el encabezamiento del artículo 695 del Código civil, “*el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario*”. Hecho esto, el Notario por sí mismo procederá a extender por escrito el testamento, de conformidad con las instrucciones recibidas del testador y, en su momento, convocará a éste para el otorgamiento y lectura del testamento. Naturalmente, la participación o el desarrollo de la actividad profesional del Notario en la redacción del testamento, lo hace responsable en caso de nulidad por defectos formales, conforme a lo establecido en el artículo 705 del Código civil³⁰.

A continuación, estudiaremos detalladamente las disposiciones testamentarias presentes en el testamento abierto notarial de D. Benicio:

3.5.1. El legado.

D. Benicio F.S. en su testamento otorga su empresa a Dña. Aureliana, en virtud de legado, como ya hemos mencionado, en el apartado de los problemas jurídicos de carácter mercantil.

Como introducción podemos definir el legado como esa atribución patrimonial a título particular, realizada por el causante en testamento a favor de cualquier persona.

En el legado intervienen tres sujetos: el testador, que dispone el legado, el legatario, beneficiario del mismo, y el gravado, que ha de cumplir con la disposición del testador. Dado que el legado se ha de ordenar en testamento, para legar es precisa la misma capacidad que para testar³¹.

En el presente supuesto, como ya sabemos el legatario es Dña. Aureliana y, tendrá la obligación de cumplir con la obligación del testador, D. Feliciano como único heredero reconocido, más adelante explicaremos el motivo de dicha obligación.

Aunque algunos preceptos del Código Civil utilizan, en relación con los legados, la expresión aceptar, no cabe duda de que nuestro sistema normativo se inspira en la regla general de que los legados se adquieren “*ipso iure*” desde el momento del fallecimiento del testador.

Así lo exprese el artículo 881 del C.c., que es la norma fundamental de la materia: “*el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos*”. Por tanto, al parecer la adquisición del derecho al legado o sobre legado se verifica, no sólo desde la muerte del testador, sino “*ipso iure*” y sin necesidad de aceptación. Sin embargo, el testador puede condicionar el legado a la aceptación e, incluso, que fije término para ésta³¹.

El principio reseñado de adquisición “*ipso iure*” se combina en nuestro sistema normativo con otra regla fundamental, en virtud de la cual en ningún caso el legatario tiene derecho a ocupar por sí

30. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs. 69-71.

31. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 188.

mismo la cosa legada (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril del 2003)³². En tal sentido, afirma el artículo 885 del C.c. que el *“legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla”*.

Por tanto, para la definitiva consolidación del derecho del legatario, adquirido desde la muerte del testador, se requiere ciertamente que el heredero, por sí mismo y cumpliendo la voluntad testamentaria, ofrezca o entregue el objeto del legado al legatario; o que este último reclame el legado a los herederos o, en su caso, al albacea, si éste se encuentra facultado para darla. A tal efecto el legatario podrá interponer contra el heredero o quien represente la herencia la acción personal *“ex testamento”*, o bien, en su caso, la acción reivindicatoria³³.

En el supuesto de que sea el heredero quien pretenda entregar la cosa legada al legatario, si éste no la rechaza, el legado ha sido ejecutado. Si, por el contrario, el legatario no desea admitir el legado, éste quedará sin efecto y los bienes sobre los que recae se refundirán en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer (art. 888 C.c.). Si el legatario reclama el legado, la mera conducta positiva de hacerlo implica que lo admite o, si se quiere, que lo acepta³³.

Dentro de los distintos tipos de legados regulados por el Código, nos centraremos en denominado legado de cosa específica y determinada, por ser el que está presente en el caso que analizamos.

En el caso de que el testador legue una cosa específica y determinada, el artículo 882 del C.c. establece que el legatario adquiere su propiedad desde el momento del fallecimiento del causante. La inmediata y automática atribución de la propiedad de la cosa específica al legatario, no supone, sin embargo, que éste pueda apoderarse de ella por su propia autoridad, pues incluso en este supuesto se mantiene la regla general de que el legatario debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea. Pese a que tal conclusión puede resultar llamativa, y a veces haya sido criticada, no pueden caber dudas acerca de su corrección, pues verdaderamente la posesión de los bienes hereditarios, por principio, corresponde al heredero (art. 400 C.c.), por muy propietario que sea el legatario de cosa determinada y propia del testador.

En consecuencia, no hay contradicción alguna: el legatario, al igual que ocurre en muchos otros supuestos, es propietario de la cosa legada desde el fallecimiento del causante, aunque adquiriera la posesión con posterioridad.

Que ello es así, lo demuestra taxativamente el conjunto normativo del artículo 882 del C.c., al atribuir los frutos o rentas pendientes desde el fallecimiento del causante al legatario y, de otra parte, al establecer en el segundo párrafo la regla de que las cosas perecen para su dueño (legatario), así como benefician a éste en caso de aumento o mejora³⁴.

32. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 190.

33. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 179.

34. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág.167.

Además, debemos destacar que el heredero tiene la obligación de entregar la misma cosa legada, sin que pueda optar, por tanto, por entregar el valor de ella o su estimación (art. 886.1 C.c.).

Con el fin de evitar que una conducta ilícita del heredero frustre el derecho de legatario, se le conceden a éste una serie de garantías. Conforme al artículo 42.7 de la Ley Hipotecaria de 1861 podrá pedir anotación preventiva de su legado *el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría*, es decir podrán pedir la anotación preventiva todos los legatarios, con la sola excepción de los de parte alícuota a quienes el testador no haya prohibido promover la división judicial de la herencia (art. 782.1 del LEC-2000).

Cuando se trate de legado de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos, el legatario puede pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho. La anotación sólo podrá practicarse sobre los mismos bienes objeto del legado (art.47 LH)³⁵.

Además, se puede destacar que a diferencia de lo que sucede con el heredero, que es responsable no sólo con los bienes hereditarios (arts. 1003 y 1084 C.c., salvo aceptación a beneficio de inventario), el legatario no responde de éstas. Es posible, sin embargo que el testador imponga al legatario el pago de alguna de sus deudas como carga o condición de la herencia (art. 797 C.c.). No obstante, incluso en este supuesto, el acreedor no pierde su acción contra el heredero, salvo que lo consienta expresamente.

En cualquier caso, conforme al artículo 858.2 del C.c., los legatarios no están obligados a responder sino hasta donde alcance el valor de su legado³⁶.

Por último debemos hacer referencia a la ineficacia de un legado, aparte de los supuestos que contempla el artículo 869 del C.c., nos centraremos en averiguar la ineficacia del legado por inoficioso. En el caso de que los legados ordenados por el testador perjudiquen a la legítima de los herederos forzosos habrá de procederse a su reducción o anulación, conforme lo han dispuesto los artículos 819 a 822 del C.c. Habiendo herederos forzosos sólo podrán ordenarse legados con cargo al tercio de libre disposición. Excepcionalmente podrán ordenarse a cargo al tercio destinado a mejora, siempre que sea a favor de los legitimarios o sus descendientes (art. 824 C.c.)³⁷. Posteriormente, en el apartado del cálculo de la legítima comprobaremos si el legado resulta inoficioso o, por lo contrario, no adquiere dicha condición.

3.5.2. La colación.

Como menciona el supuesto, D. Benico F.S. y su mujer le donaron en escritura pública una finca en la sierra madrileña con una casa habitable pero ya antigua a su hija Dña. Maita. La finca con la casa tenía un valor de 70.000 € en el momento de la donación, pero Dña. Maita realizó sucesivas reformas en la casa, invirtiendo 30.000 €. Además, la zona se revalorizó por la nueva red de comunicaciones,

35. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 190.

36. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág. 245.

37. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 194.

por lo que hoy en día la finca tiene un valor de 150.000 €. Por último, destacar que en la escritura pública se hacía constar que la donación se consideraba no colacionable, pero D. Benicio F.S. en su testamento califica la donación como colacionable.

En primer lugar, examinaremos el concepto de colación, que desde el Derecho romano, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, cuando concurren a la sucesión varios herederos forzosos, se entiende que lo que han recibido gratuitamente del causante cuando vivía les ha sido atribuido, más o menos, como una suerte de anticipo de los que por sucesión habrían luego de recibir, por lo cual cada uno de ellos, al heredar, tiene que contar en su parte, frente a los restantes legitimarios, lo que dio en vida el causante. Este “contar en la parte” requiere la previa incorporación intelectual del “*donatum*” al caudal relicto, y recibe el nombre de colación³⁸.

Colacionar³⁹, pues, en términos sucesorios equivale a integrar o incluir en la masa hereditaria las atribuciones patrimoniales que el causante hubiera realizado a favor de cualquiera de los herederos y, puede llevarse a cabo mediante dos sistemas claramente distintos:

1. La colación mediante la aportación “*in natura*”.
2. La colación mediante deducción o imputación contable.

En nuestro Código, sin duda, subyace exclusivamente el sistema de imputación contable, pese a que los términos textuales del primero de los preceptos dedicados a la colación establezca que “*el heredero forzoso que concurra, con otros... deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido...*” (art.1035 C.c.). Sin embargo, los bienes no hay que aportarlos a la masa hereditaria, pues el artículo 1045.1 del C.c. es terminante al expresar que “*no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*”.

A continuación, debemos centrarnos en el carácter dispositivo⁴⁰ de la colación, pues en el presente caso, como hemos mencionado, en un primer momento la donación se consideraba no colacionable y, posteriormente D. Benicio F.S. la califica en su testamento como colacionable.

En efecto, en la generalidad de los Códigos, el deber de colacionar depende ante todo de la propia voluntad del donante/ causante. Así lo expresa el artículo 1036 de nuestro Código, conforme al cual “*la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante lo hubiese dispuesto*

38. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág.138.

39. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs. 417 y ss.

40. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 419.

expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa”.

Centrándonos ahora en el primer inciso del artículo transcrito, es evidente que el juego de la colación sólo se dará en el supuesto de que el donante/causante haya dejado operar las normas establecidas por el Código, que innegablemente tiene carácter dispositivo.

Por tanto, quien haya realizado la liberalidad en cuestión podrá también excluir la colación del correspondiente valor tanto en el momento de celebrar la donación o acto lucrativo como en cualquier otro momento posterior, sea en testamento o sea mediante cualquier otro acto que se instrumente en un documento cualquiera que reúna las solemnidades testamentarias. La dispensa de la colación, en cuanto acto “*mortis causa*”, tiene en todo caso carácter esencialmente revocable, pudiendo el causante invalidar sus efectos en cualquier momento, renaciendo así el deber de colacionar, como ocurre en el supuesto que analizamos.

Una vez resaltado el carácter dispositivo de las normas reguladoras de la colación y puesto de manifiesto que el causante/donante, si así lo desea, puede excluir su aplicación, nos interesa ante todo determinar con claridad cuáles son los presupuestos necesarios para que las normas sobre colación entren en juego.

Es necesario que a la sucesión concurren dos o más legitimarios, como expresa el artículo 1035 del C.c. en su encabezamiento al hablar de “*el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean*”. Por tanto no hay obligación de colacionar, en caso de concurrir dos o más herederos voluntarios que carecen de la condición de legitimarios y, en caso de suceder un solo legitimario en concurrencia con otros herederos voluntarios.

Los legitimarios concurrentes han de suceder a título de heredero y serlo efectivamente, por haber aceptado la herencia, como se deduce del hecho de que el artículo 1036 del C.c. disponga que “*la colación no tendrá lugar...si el donatario repudiare la herencia*”.

Cuanto ha de colacionarse es lo recibido en vida del causante por cualquier de los legitimarios que, a título de heredero, concurren a la sucesión. Pero el preceptor de la atribución patrimonial gratuita ha de ser, él mismo, uno de los herederos/legitimarios, no cualquier otra persona, por muy cercana a él que resulte o, aunque en el fondo, la atribución patrimonial haya podido redundar en su utilidad o beneficio, pero de forma indirecta. Así, se deduce de lo afirmado en el artículo 1039 del C.c. que “*los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos*” o, en el primer inciso del artículo 1040 del C.c. que dispone “*tampoco se traerán a colación las donaciones hechas al consorte del hijo*”⁴¹.

Los efectos de la colación⁴² dependen, ante todo, del sistema instaurado legalmente y que haya de ser considerado. En el caso de nuestro Código, como ya señalamos, se sigue exclusivamente el sistema

41. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs.421- 422.

42. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs. 425-426.

consistente en la imputación de carácter contable, por lo que el donatario/ legitimario no habrá de aportar “*in natura*” al hereditario los bienes o beneficios que recibiera en vida del causante a título gratuito.

Según el artículo 1045 del C.c., como ya hemos mencionado, “*no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario*”. De la actual versión del Código se entiende que ha de colacionarse el valor de la cosa donada “al tiempo de la evaluación”, o sea, en principio, su valor actual, y no el que tenía cuando se donó, ni menos contado en dinero de entonces. Pero la cosa se evaluará hoy tal como se recibió entonces, esto es, en su contextura física del tiempo de la donación, y no de ahora, y por tanto sin tener en cuenta las transformaciones que haya podido experimentar desde aquel momento por obra de la naturaleza o del hombre.

Ante esto, debemos precisar que la finca donada a Dña. Maita debe colacionarse según el valor de hoy en día que es de 150.000 €, pero no se tendrán en cuenta para el cómputo las reformas invertidas en la casa, pues debe partirse de la contextura física al tiempo de la donación.

Naturalmente, teniendo el sistema de colación una pretensión igualitaria, su efecto fundamental radica en que habrá de deducirse de la adjudicación definitiva del legitimario de que se trate la cantidad de numerario en que se valora cuanto hubiera recibido en vida del causante. A tal efecto se refiere el artículo 1047 del C.c. afirmando que “*el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo a sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad*”. El donatario “toma de menos” exactamente lo mismo que se ha integrado en el caudal hereditario, como mera imputación contable correspondiente a lo recibido en vida. La regla de igualación se impone, por su parte, incluso al establecerse tendencialmente por el legislador que los restantes herederos reciban bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

Sin embargo, el artículo 1048 del C.c. afronta la circunstancia de que semejante eventualidad no resulte posible, preceptuando en tales casos:

- ✓ Si los bienes donados fueran inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.
- ✓ Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección.

Una vez expuesto el régimen jurídico básico de la colación, debemos destacar que el Código Civil habla de la colación como una operación que sirve para el cálculo de la legítima y para contar como un anticipo, lo donado a los legitimarios del causante. El Tribunal Supremo acentuó esa supuesta misión previa de defender la intangibilidad de la legítima y con ella la igualdad entre los legitimarios (sentencia del 19 de junio de 1978), después distinguió la intangibilidad de la legítima, que garantiza el artículo 813 del C.c. y la colación, que tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones (sentencia del 17 de marzo de 1989).

Mas la colación, ni defiende la legítima, ni la igualdad. En realidad no se relaciona directamente con aquella, pues aun cuando los obligados a colacionar son, de modo exclusivo, los legitimarios, ésta es una circunstancia externa que no cambia la naturaleza de la operación⁴³.

Para calcular el importe de la legítima, que más adelante desarrollaremos, se reúnen al caudal relicto, ficticiamente, todas las donaciones que realizó el difunto, operación que se denomina reunión ficticia, y ésta sí que es una defensa de la legítima, cuyo efecto es impedir que ningún deudor de legítima pueda lesionar ésta empobreciéndose mediante donaciones. Así, las que hizo en vida, se cuentan a su muerte para ver si lesionan el derecho de los herederos forzosos, y en caso afirmativo, se reducen a los límites de la parte de su fortuna de la que entonces podía disponer el donante⁴⁴. A efectos de la fijación de la legítima, el “*donatum*” no sólo comprende las atribuciones gratuitas que el causante pueda haber hecho en vida a favor de los legitimarios, sino de cualquier otra persona. Se trata de saber si el conjunto del “*donatum*” supera el tercio de libre disposición y, en su caso, proceder a la consiguiente reducción.

3.5.3. La preterición.

En el primer testamento de D. Benicio F.S., observamos como de su esposa Dña. Matilde no se menciona nada, pese que, en nuestro ordenamiento jurídico, se reconozca al cónyuge supérstite como heredero forzoso, según el artículo 807 del C.c. Por tanto, ante la falta de mención de Dña. Matilde en el testamento de su esposo D. Benicio F.S., nos encontramos en una situación de preterición de un heredero forzoso.

Pero, antes de comenzar con la explicación sobre la preterición, debemos partir por el estudio de la legítima del cónyuge supérstite.

Con arreglo al artículo 806 del C.c. “*legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinado herederos, llamados por esto herederos forzosos*”. Se consideran herederos forzosos según dicta el artículo 807 del C.c., en primer lugar, los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, en segundo lugar, a falta de los anteriores los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, y por último, el viudo o viuda en la forma y medida que establezca el Código Civil.

Resulta importante para el caso presente, centrar nuestra atención, a la legítima del cónyuge supérstite. Vamos a analizar este tema resaltando de entrada que el artículo 834 del C.c. dispone que “*el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si*

43. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág. 139.

44. Por supuesto, cada legitimario cuenta como pago de sus derechos de herederos forzoso lo recibido gratuitamente del causante deudor de la legítima, operación que se denomina “imputación”, y es puramente contable, a efectos de determinar si el donatario se haya pagado su legítima.

concorre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

El Código Civil español concede al cónyuge viudo una legítima sobre los bienes del premuerto que se caracteriza, en primer lugar, por ser variable según los parientes de dicho premuerto con quienes concurra; y en segundo lugar, por el carácter excepcional de la legítima de cónyuge viudo, por cuanto no recae sobre la propiedad, como las demás legítimas, sino que consiste en un usufructo, si bien se trata de un usufructo parcial y no universal⁴⁵.

Frente a las legítimas ordinarias que atribuyen a los legitimarios una cuota fija, cuota usufructuaria del cónyuge supérstite ofrece la peculiaridad de consistir en una cuota variable y proporcional, según sean los otros interesados⁴⁶ que concurran en la sucesión. En el supuesto que analizamos, Dña. Matilde como esposa de D. Benicio F.S. concurre con sus hijos y descendientes, en tal caso, el cónyuge tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, como dispone “*in fine*” el artículo 814 del C.c. El tercio de libre disposición, por tanto, queda liberado para que el testador lo designe según su libre albedrío, mientras que por imperativo legal los hijos y descendientes, como mucho, podrán ser mejorados en nuda propiedad, pues el usufructo del tercio ideal destinado a mejora lo ostentará, en usufructo, en principio el cónyuge viudo hasta el momento de su fallecimiento.

Entre los diferentes rasgos que caracterizan a la cuota vidual hay dos, que por su especialidad destacan sobre los restantes: uno, el carácter excepcional o atribución en usufructo, otro, la posibilidad concebida a los herederos de satisfacer al cónyuge supérstite dicha cuota, bien asignándole un capital en efectivo, bien una renta vitalicia, o bien los productos de determinados bienes, procediendo de mutuo acuerdo⁴⁷.

45. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág. 373.

46. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs. 257- 258. La concurrencia con otros interesados en la herencia: La concurrencia del cónyuge con los ascendientes; si en la sucesión abierta no existen descendientes comunes, ni descendientes exclusivos del consorte fallecido, la cuota vidual usufructuaria equivaldría a la mitad de la herencia (art. 837.1 C.c.). Dado que en tal supuesto la legítima de los ascendientes se reduce o circunscribe a un tercio de la herencia y que el legislador nada dispone al respecto, debe entenderse que el usufructo vidual debe recaer sobre la mitad de la herencia que no corresponda por legítima a los ascendientes (art.809 C.c.). En la inexistencia de descendientes y ascendientes del causante; El cónyuge supérstite no separado, judicialmente o de hecho, en el momento de abrirse la herencia del causante, que no concurre con ningún otro legitimario, tiene derecho a una legítima constituida por el usufructo de los dos tercios de la herencia del causante (art. 838 C.c.).

47. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs. 258- 260. Esta posibilidad es conocida con el nombre de facultad de conmutación. A tenor de la previsión del artículo 839 del C.c., el testador puede imponer a los herederos o legatarios la conmutación de la legítima del cónyuge supérstite, siempre que la haga recaer sobre el tercio libre, y aun sobre el tercio de mejora, siempre que no lesione cuantitativamente. De igual forma, puede imponer al viudo que no tenga lugar conmutación o que se realice en la forma que considera oportuna, siempre que se respete la integridad cuantitativa de su legítima. La conmutación de la legítima del cónyuge viudo debe realizarse en el momento de partirse la herencia y requiere el consentimiento de éste, que recae sobre la valoración de su derecho y la concreción de los bienes afectos a su pago; no sobre el ejercicio de la facultad de conmutación conferida a los herederos.

Como garantía de los derechos del cónyuge viudo, mientras la legítima no se haga efectiva, el artículo 389 del C.c. establece la afección al pago de misma de todos los bienes integrantes de la herencia, aunque éstos pasen a poder de un tercero, hasta que se constituya el usufructo a favor del cónyuge o hasta que se haga efectiva la conmutación. Una vez que se haga efectiva ésta ya no resulta de aplicación la garantía, de manera que si, la legítima ha de satisfacerse mediante una renta vitalicia, la entrega de frutos determinados bienes o el pago de capital aplazado, el cónyuge viudo y los herederos habrán de convenir acerca de la constitución de las garantías que aseguren el cumplimiento y, en defecto de acuerdo sobre éstas, habrán de imponerlas el Juez. Debemos destacar que los herederos habrán de adoptar una decisión de conmutar por unanimidad al tratarse de un acto de disposición, y no vale la conmutación parcial, equivalente a un pago parcial: el viudo no ha de soportar la imposición de una pluralidad de modos de satisfacer su legítima. Por tanto, la oportunidad excepcional que brinda el artículo 839 del C.c. a los herederos ha de ser utilizada por todos y relativamente a un único medio de pago.

Después, del estudio sobre la legítima del cónyuge supérstite centraremos nuestra atención al concepto de la preterición.

El artículo 814 del C.c. habla de la “preterición de un heredero forzoso” y la “preterición no intencional de hijos o descendientes”, y describe sus efectos; pero no da un concepto de la preterición, es decir no explica qué cosa sea ésta, como si la expresión tuviera un significado obvio y unívoco. La expresión de preterición⁴⁸ procede etimológicamente de “*praeter ire*”, quedarse fuera, por tanto quedar preterido significa quedar fuera, quedar omitido en el testamento; en sentido estricto se refiere tan sólo a los legitimarios, y es la omisión de un legitimario en el testamento.

En la versión actual del artículo 814 del C.c. (fue reformado en 1981) se modifica el concepto tradicional de la preterición como causa de nulidad de la institución de heredero, y distingue entre la preterición que se produce porque el testador no ha querido nombrar en el testamento a un legitimario (preterición intencional), y la que resulta del descuido del testador en rectificar el testamento que tenía ya otorgado cuando aparecen nuevos legitimarios (preterición errónea). Dice así: “*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.*

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

En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrán preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”.

48. Legítima del cónyuge supérstite; José Enrique Maside Miranda, págs. 198 y ss.

Debemos preguntarnos, si para cumplir con el deber de legítima formal basta mencionar al legitimado de cualquier modo en el testamento; o bien se requiere una atribución sustancial y efectiva en pago de la legítima material; o valen, además de la atribución actual o su exclusión, la referencia a atribuciones anteriores, atribuciones ineficaces...; o si es innecesario mencionar al legitimario en el testamento cuando se le han hecho en vida donaciones que cubren lo que por legítima se debía⁴⁹.

Entre los autores que exigen, para evitar la preterición, la mencionada testamentaria del legitimado, hay divergencias, pensando los más antiguos que el deber de legítima formal únicamente se cumple mediante una atribución testamentaria efectiva, y los más recientes que es suficiente a tal fin cualquier género de alusión al legitimario.

Pero, en todo caso, la alusión al legitimario en el testamento, para evitar su preterición debe ser tal que demuestre que el causante, en el momento de disponer, ha tenido en cuenta a aquel legitimario concreto⁵⁰.

Aunque la preterición no es solamente la omisión u olvido de un legitimario en el testamento, sino que, además el preterido no reciba nada, “*inter vivos*” o “*mortis cause*”, del causante. Es decir, si hay omisión testamentaria, pero existe atribución de bienes, el legitimario podrá pedir el complemento de la legítima (art. 815 C.c.), pero no habrá preterición; por el contrario si hay mención testamentaria, pero no atribución de bienes, existiría desheredación injusta hecha sin expresión de causa (art.851 C.c.), pero no preterición⁵¹.

En definitiva, preterición es la omisión de un legitimario en el testamento sin que reciba atribución alguna, suficiente o insuficiente, en concepto de legítima, como ocurre en el presente caso, donde Dña. Matilde no recibe ninguna atribución del causante y, además, no es menciona en el testamento.

Para que opere la figura de la preterición se requiere la existencia de dos requisitos o presupuestos institucionales⁵²: la existencia de herederos forzosos y la de un testamento en el que alguno o algunos

49. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, págs. 415-416. En referencia, de que no hay preterición cuando el omitido en el testamento ha recibido donaciones del causante de las llamadas “colacionables”, cabe alegar el aspecto de sanción contra olvido que tiene el tratamiento legal de la omisión del legitimario. La satisfacción de la legítima mediante donaciones, excluye, a la vez, el olvido y la desheredación total. Entonces, imponer al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un plus inútil e irracional. Así se deduce de la posibilidad de satisfacer la legítima por cualquier título (art.815 C.c.): a quien se le satisfaga, aun en parte, compete la acción de suplemento, y esto elimina, lógica y funcionalmente, la de preterición, destinada a defender una legítima no pagada en absoluto. Tal parece ser la intención del legislador reflejada también en el artículo 819.1º C.c., al ordenar al imputación en la legítima de las donaciones hechas a los hijo, por tanto la consideración de tal donación como pago de la legítima.

La donación debería servir para satisfacer la legítima formal que como la material, puede cumplirse por cualquier título. Sin embargo, en la doctrina, la mayoría exige, como mínimo, la mención en el testamento de la donación colacionable que se hizo al legitimario, y asimismo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (17 de junio de 1908) estima que hay preterición cuando no se menciona en el testamento a un descendiente aunque haya recibido éste donaciones *inter vivos* con el carácter de anticipo de legítimas.

50. Elementos de Derecho Civil, Sucesiones V; José Luis Lacruz Berdejo, pág. 416.

51. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez- Cano, pág.211.

52. Legítima del cónyuge supérstite; José Enrique Maside Miranda, págs. 198 y ss.

de ellos no sean mencionados o lo estén de una manera insuficiente. Veamos por separada cada uno de ellos:

- Preexistencia de herederos forzosos, son preteribles todos los hijos y descendientes, en su defecto los ascendientes, y en todo caso, el cónyuge viudo (art. 807 C.c.) Armonizando el artículo 814 con el 834 del C.c., puede afirmarse que es preterible *“el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”*. Es evidente, que el cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo carece de derechos legitimarios, salvo que la declaración de nulidad se produzca con posterioridad al fallecimiento del causante, en cuyo supuesto se aplicará la teoría del matrimonio putativo (art. 79 C.c.), en consecuencia, la declaración de nulidad no producirá efecto retroactivo en perjuicio del cónyuge de buena fe.
- Omisión del heredero o herederos en el testamento, al señalar los requisitos de la preterición, indicábamos la preexistencia de herederos forzosos y la necesidad de existir un testamento en el que todos, alguno o algunos de ellos no figurase mencionados en el mismo o lo están de manera insuficiente. Desde el momento en que el C.c. admite testamentos sin institución de herederos (art. 746 C.c.), o en los que resulta compatible la sucesión testada o intestada (art. 912.2º C.c.), es posible que no se dé el defecto de preterición en testamentos carentes de la mención de todos los legitimarios, pero en los que se disponga de toda la herencia. Si la sucesión intestada tiene lugar, siquiera parcialmente, resultará que serán llamados los legitimarios por ella y, no existirá, por tanto, preterición sino acción de complemento (art. 815 C.c.)

Por tanto, para que pueda hablarse de preterición, deberá estar abierta la sucesión, siendo irrelevante la que haya podido existir hasta ese instante, dado el principio de libre revocabilidad de los testamentos.

Si la sucesión por ministerio de la ley prevalece sobre las disposiciones testamentarias, cual ocurre en el sistema legitimario, es de pura lógica que el ordenamiento jurídico ha de reaccionar contra la preterición y otorgar a quienes suceden por ministerio de la ley los derechos que el testador ha pretendido burlar, conscientemente, o ha desconocido, incluso si lo ha hecho de forma inadvertida⁵³.

Ahora bien, la falta de mención de un legítimo en el testamento puede obedecer a causas diversas, que no deben dar lugar todas a las mismas consecuencias. A este propósito la doctrina separa dos tipos de preterición, la intencional, y la errónea, que han acabado por recibir por el artículo 814 del C.c. un tratamiento diferente.

Parece, pues, oportuno exponer los respectivos efectos por separado, aunque previamente hemos de advertir que, dado que la preterición no intencional (conforme al propio tenor literal del art. 814 C.c.) ha de entenderse referida exclusivamente a los hijos o descendientes, no queda otro remedio que entender que la omisión de los restantes legitimarios (ascendientes y cónyuge viudo) ha de

53. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 266.

encontrarse necesariamente comprendida en la regulación de la preterición intencional (al que el Código califica sencillamente de preterición)⁵⁴.

En el caso que se nos presenta observamos una preterición intencional a favor del cónyuge viudo, por tanto nos centraremos en el estudio de dicha preterición, y haremos una simple mención al significado de la preterición errónea.

En la preterición errónea⁵⁵ conviene subrayar que en el artículo 814 del C.c. limita el ámbito de aplicación de la preterición errónea a los hijos o descendientes, y se produce cuando la falta de contemplación del heredero se debe a la ignorancia de su existencia, pero sin que se pudiera presuponer una decidida voluntad de exclusión de la herencia, es decir resulta del producto involuntario de la negligencia del testador. Además, debemos resaltar que según exista preterición errónea de todos los descendientes, se produce la desaparición del testamento y ha de entenderse exclusivamente a las reglas de la sucesión intestada, o preterición de algún descendiente, en este 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”* (art. 814 C.c.).

La preterición intencional⁵⁵ se encuentra regulada en el primer párrafo del artículo 814 del C.c., conforme al cual: *“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”*.

La razón de ello estriba en el carácter consciente y deliberado de la preterición, presumiéndose la voluntad del causante de que, de haber sido posible, hubiera privado de cualesquiera bienes al legitimario. Por tanto, ha de entenderse que cuando la norma opta por no anular la institución de heredero, sino sólo reducirla a efectos de detraer la legítima que corresponda al preterido, una vez satisfecha ésta, que es indisponible para el causante, habrá de seguirse respetando la voluntad del testador, tal y como viene a reiterar el último párrafo del artículo 814 del C.c. afirmando que *“salvo las legítimas tendrán preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”*.

El texto legal es explícito en cuanto que la reducción comienza por la institución de heredero, entonces al preterido se reenvía a participar de la porción asignada a los instituidos herederos, y sólo si ésta no es suficiente se dirigirá contra los legatarios, y agotados los legados contra los donatarios. A la vista de esa posibilidad subsidiaria de cobrar la legítima a costas de la reducción de legados y donaciones, la cantidad a cobrar no es una alícuota de la institución de heredero, ni tampoco del entero caudal relicto, sino de la masa computable, que puede ser muy superior, hasta el punto de que la pretensión del legitimario abarque toda la institución de heredero o todo el caudal relicto.

54. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 266.

55. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 267.

3.5.4. El cálculo de la legítima.

En primer lugar, antes de realizar el cómputo de las legítimas⁵⁶ correspondientes al caso presente, debemos realizar unas consideraciones teóricas necesarias, para poder realizar el cómputo de las legítimas.

Según el artículo 807 del C.c. son legitimarios los hijos y descendientes en línea recta del causante, en defecto de estos, los ascendientes y en todo caso el cónyuge viudo, que puede concurrir con los demás legitimarios. Por tanto, Dña. Maite, Dña. Aureliana y D. Feliciano son legitimarios, como hijos, de D. Benicio F.S. Y, Dña. Matilde, también, ostenta la condición de legitimaria de D. Benicio F.S., como cónyuge viudo.

En relación con la cuantía de la legítima de los descendientes (art. 808 del C.c.), en nuestro sistema, la cuantía es fija e independiente del número de legitimarios. Es decir, aunque exista un solo hijo a él deberá quedar reservada una porción de bienes hereditarios que represente a las dos terceras partes del caudal. Sin embargo, uno de esos dos tercios puede destinarse a mejora, por lo que resulta necesario distinguir entre la legítima larga y la legítima corta. Se habla de legítima larga cuando el causante no ha establecido mejora alguna a favor de cualquiera de los legitimarios, pues en tal caso los dos tercios de la herencia se consideran como un todo, reservado, en condición de legítima, a los hijos y descendientes. Por el contrario, cuando el causante ha decidido mejorar a alguno de tales legitimarios, la idea de legítima es útil para poner de manifiesto que, en todo caso, al menos un tercio de la herencia debe quedar reservado como legítima estricta a favor de los hijos y descendientes no mejorados⁵⁷.

D. Benicio F.S. en su testamento no declara expresamente la voluntad de mejorar a alguno de sus legitimarios, (arts. 825 y 828 del C.c.) sin embargo, según el inciso final del artículo 828 de C.c., haciendo quebrar la regla general de la voluntad expresa de mejora, viene a indicar que el legado hecho al legitimario habrá de reputarse mejora cuando no quepa en la parte de libre disposición. Por tanto, la mera existencia de la referida excepción pone de manifiesto que, si bien como regla general, la mejora ha de ordenarse expresamente por el causante, cabe igualmente la admisibilidad de la mejora tácita o, como en alguna ocasión ha afirmado el Tribunal Supremo, (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1982) la mejora expresa "*lato sensu*". Como consecuencia, a lo que acabamos de mencionar, debemos proceder al cálculo de la legítima corta, pues será destinataria de la mejora Dña. Aurelina, como más adelante observaremos ante el hecho de que el legado de empresa sobrepasa la parte de libre disposición⁵⁸.

56. Es la fijación cuantitativa de la legítima que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el "*relictum*" con el "*donatum*"; así lo dice expresamente la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989.

57. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 235.

58. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 238.

En referencia a la legítima del cónyuge viudo, ya explicada con anterioridad en el punto de la preterición, simplemente señalar que el artículo 834 del C.c. dispone que *“el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”*. Por tanto, Dña. Matilde tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Además, resaltar de nuevo la posibilidad concebida a los herederos de satisfacer al cónyuge superviviente dicha cuota, bien asignándole un capital en efectivo, bien una renta vitalicia, bien los productos de determinados bienes, pero procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial (art.839 C.c.).

El siguiente punto a tratar, dentro del cálculo de las legítimas, es la colación. Como, ya hemos expuesto anteriormente, lo donado a Dña. Maita adquiere carácter de colacionable, lo que equivale a integrar en la masa hereditaria la atribución patrimonial hecha por D. Benicio F.S. a favor de Dña. Maita, mediante el sistema de deducción o imputación contable. También destacar, como ya sabemos, que según el artículo 1045 del C.c., *“no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”*. De la actual versión del Código se entiende que ha de colacionarse el valor de la cosa donada “al tiempo de la evaluación”, o sea, en principio, su valor actual, y no el que tenía cuando se donó, ni menos contado en dinero de entonces. Pero la cosa se evaluará hoy tal como se recibió entonces, esto es, en su contextura física del tiempo de la donación, y no de ahora, y por tanto sin tener en cuenta las transformaciones que haya podido experimentar desde aquel momento por obra de la naturaleza o del hombre.

Ante esto, debemos precisar que la finca donada a Dña. Maita debe colacionarse según el valor de hoy en día que es de 150.000 €, pero no se tendrán en cuenta para el cómputo las reformas invertidas en la casa, es decir los 30.000 euros, pues debe partirse de la contextura física al tiempo de la donación, en consecuencia la finca ostenta un valor de 120.000 €.

En referencia al legado que dispuso D. Benicio F.S. a favor de Dña. Aureliana, para el cálculo de las legítimas, pese a ser explicado anteriormente en el apartado denominado el legado y en el presente punto que tratamos, debemos resaltar que en el legado habiendo herederos forzosos sólo podrán ordenarse legados con cargo al tercio de libre disposición. Y excepcionalmente podrán ordenarse a cargo al tercio destinado a mejora, siempre que sea a favor de los legitimarios o sus descendientes (art. 824 C.c.).

Relacionado con la donación y el legado hecho por D. Benicio F.S., debemos resaltar, en orden a la intangibilidad cuantitativa⁵⁹ de la legítima, la ley establece diversos medios de protección de la misma cuando el causante fallece con legitimarios sin cumplir por entero o en parte su deber legitimario. Una de estas medidas tuitivas es la concesión a los legitimarios del derecho y la acción de supresión o reducción de donaciones y legados por causa de inoficiosidad legitimaria.

59. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 213. El causante no puede privar, ni en todo ni en parte, a los legitimarios de la cuantía del haber hereditario que les corresponde por ostentar esa condición. La única excepción está constituida por los supuestos de desheredación justa o indignidad.

Según lo dispuesto en el artículo 636 del C.c. *“no obstante lo dispuesto en el artículo 634 (la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante o parte de ellos), ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida”*. El artículo 654 del C.c. preceptúa que *“las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducida en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código”*.

En cuanto a los legados, el artículo 817 del C.c. dispone *“las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”*.

La Ley en todos estos supuestos parte, por tanto, del presupuesto de que el causante ha cumplido su deber legitimario, más sólo en parte o insuficiente a causa de haber otorgado donaciones en vida u ordenado legados en su testamento, o ambas cosas a la vez, que lesionan cuantitativamente la legítima por impedir a los legitimarios percibirla en la medida o *“quantum”* previsto y querido por la propia Ley, procediendo entonces la supresión o reducción, según los casos, de tales donaciones o legados.

Una vez indicado las consideraciones teóricas imprescindibles para la elaboración del cálculo de la legítima, procederemos a su realización en el presente caso:

En el momento del fallecimiento de D. Benicio, constan en su patrimonio los siguientes bienes y derechos:

- ✓ La empresa con activos por valor de 900.000 € y un pasivo de 60.000 €. Por tanto la empresa ostenta un valor de 840.000 €.
- ✓ Dinero en una cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde (15.000 €).
- ✓ El piso en Ginebra, valorado en 200.000 €.
- ✓ El derecho de crédito correspondiente a la partida de póquer (30.000 €).
- ✓ Y, quince participaciones de Monaguillos S.L., con un valor razonable de 1000€ cada una, en total 15.000 € en participaciones. Por tanto, no podemos incorporar al cálculo de la legítima las treinta participaciones que aparecen mencionadas en el testamento, pues D. Benicio sólo tiene en su poder quince participaciones.

Para calcular el caudal relicto de D. Benicio F.S. tendremos que sumar todas las cantidades anteriormente mencionadas, y después, la cantidad resultante deberá ser dividida por la mitad. Pues, como ya hemos indicado al principio del trabajo, D. Benicio F.S. y Dña. Matilde están casados en régimen de gananciales, y además, según dicta el artículo 1379 del C.c. *“cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales”*. Por tanto, el caudal relicto de D. Benicio F.S. será de 550.000 €.

A continuación, debemos realizar el acto de colación de lo donado a Dña. Maita. La finca donada, como ya sabemos, tendrá un valor de 120.000 €, al haber restado las reformas realizadas por Dña. Maita al valor de la finca. Pero estos 120.000 € deberán reducirse a la mitad, es decir 60.000 €, pues la finca donada se encuentra dentro del régimen ganancial del matrimonio de D. Benicio F.S. y Dña. Matilde.

Finalmente, el caudal relicto de D. Benicio F.S. es el resultado de sumar a los 550.000 € los 60.000 € de la colación, es decir el caudal relicto tiene un valor de 610.000 €.

El siguiente paso es calcular la legítima corta, es decir, un tercio de la herencia del causante, que queda reservado a favor de los hijos. Por tanto, la legítima corta se tendrá que dividir en tres partes correspondientes a D. Feliciano, Dña. Maita y Dña. Aureliana, como consecuencia, la cuantía de la legítima que obtienen es de un noveno de la herencia del causante.

Una vez aplicado un noveno sobre los 610.000 € de la herencia, a los legitimarios les corresponde la cuantía de 67.777'78 € como legítima estricta.

Para poder comprobar que los herederos forzosos han obtenido la porción de bienes que le corresponde conforme a la Ley, debemos restarle en cada caso la cantidad dispuesta por el causante en el testamento los 67.777'78 € de legítima estricta:

- ✓ Dña. Maita (la finca donada) $60.000 \text{ €} - 67.777'78 \text{ €} = -7.777'78 \text{ €}$. El resultado obtenido es negativo, por tanto la legítima de Dña. Maita no ha sido satisfecha, por lo que dispone de una acción para solicitar el complemento, que más adelante explicaremos. Y, como consecuencia, la donación no es inoficiosa porque no excede del “*quantum*” previsto por la propia Ley.
- ✓ D. Feliciano (el piso en Ginebra, las participaciones de Monaguillos S.L. y el derecho de crédito) $122.500 \text{ €} - 67.777'78 \text{ €} = 54.722'22 \text{ €}$. El resultado obtenido es positivo, por tanto la legítima de D. Feliciano ha sido satisfecha.
- ✓ Dña. Aureliana (el legado de empresa) $420.000 \text{ €} - 67.777'78 \text{ €} = 352.222'22 \text{ €}$. El resultado obtenido es positivo, por tanto la legítima de Dña. Aureliana ha sido satisfecha.

Después de haber realizado la legítima estricta, procederemos al cálculo de la libre disposición (un tercio de la herencia) y después al cálculo de la mejora (un tercio de la herencia), para comprobar que el legado de empresa realizado por D. Benicio F.S. a favor de Dña. Aureliana no resulte ser inoficioso:

- ✓ Cálculo de libre disposición: Un tercio de 610.000 € (caudal relicto) es igual a 203.333'33 €. Estos 203.333'33 € deben restar a los 352.222'22 € de legítima estricta que le corresponde a Aureliana, dando como resultado 148.888'89 € ($352.222'22 \text{ €} - 203.333'33 \text{ €} = 148.888'89 \text{ €}$). Al obtener un resultado positivo, es decir excede del tercio de libre disposición que le corresponde, debemos aplicar a dicho resultado el tercio de mejora.

- ✓ Cálculo de mejora: Un tercio de 610.000 € (caudal relicto) es igual a 203.333'33 €. Estos 203.333'33 € deben restar a los 148.888'89 € de libre disposición que le corresponde a Aureliana, dando como resultado - 54.444'44 € (148.888'89 € - 203.333'33 € = - 54.444'44 €). El resultado obtenido ha sido negativo, por tanto, el legado no es inoficioso porque no excede del tercio de mejora que le corresponde. Y, además resaltar que para completar la mejora faltan 54.444'44 €.

Ante la falta de los 54.444'44 € de mejora, a continuación, debemos explicar el procedimiento para completar la mejora:

En primer lugar, debemos hacer referencia a la cantidad depositada en una cuenta corriente, de la que D. Benicio F.S., como testador, no menciona nada sobre ella en el testamento. Por tanto, D. Feliciano como heredero, es decir, sucesor universal, global o en bloque respecto a toda la herencia, sustituye al causante en todas las relaciones jurídicas del mismo que no se extingan con su muerte (art. 660 C.c.), como consecuencia le corresponde el dinero de la cuenta corriente.

Ante esto, los 54.722'22 € que le corresponde a D. Feliciano se les tiene que sumar los 7.500 € de la cuenta corriente, dando lugar a la cantidad de 62.222'22 €.

Estos 62.222'22 € se sumarán a los 148.888'89 € de libre disposición del legado de Dña. Aureliana con el objetivo que completen el tercio de mejora respecto de la herencia. El resultado de dicha operación es de 211.111'11 € sobrepasando el tercio de mejora (203.333'33 €). Pero a la cantidad de 211.111'11 € debemos restarle los 7.777'78 € que faltan para completar la legítima estricta de Dña. Maita, y así obtendremos 203.333'33 € de mejora.

En referencia, a que la legítima de Dña. Maita no fue satisfecha porque faltaban 7.777'78 € para completar la legítima estricta, como ya hemos mencionado, ésta dispone de una acción para solicitar su complemento, que se le atribuye "*ipso iure*" con la apertura de la sucesión y que recibe el nombre de acción de suplemento de la legítima⁶⁰. El legitimado pasivamente en la acción de suplemento de la legítima es el heredero, es decir D. Feliciano, y en su caso, la comunidad hereditaria.

Por último, debemos precisar acerca del usufructo del tercio destinado a mejora, que le corresponde a Dña. Matilde, como legitimaria. Pues Dña. Matilde tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, que se encuentra dividido entre D. Feliciano y Dña. Aureliana. Pero, D. Feliciano y Dña. Aureliana, tiene la posibilidad de satisfacer al cónyuge supérstite dicha cuota, bien asignándole un capital en efectivo, bien una renta vitalicia, bien los productos de determinados bienes, pero procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

3.6. La sucesión intestada.

D. Feliciano fallece en un accidente de tráfico estando soltero, sin descendencia y sin haber otorgado testamento, según el artículo 658 del C.c., la sucesión en estos casos, a falta de testamento se defiende

60. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 213.

por disposiciones de la ley, ésta es la que se llama sucesión legítima, o legal, o intestada, o abintestato.

La sucesión intestada representa un papel secundario subsidiario respecto de la sucesión testamentaria, siendo de aplicación cuando la inexistencia o la insuficiencia del testamento así lo exijan, procediendo a señalar el propio legislador quiénes deben ser considerados herederos de quien fallece sin designarlos⁶¹.

Así, el artículo 912 del C.c. contiene una enumeración de los supuestos en los que la sucesión intestada “se abre” o tiene lugar, bien en relación con todo el patrimonio hereditario, bien en relación con la parte no dispuesta o no eficazmente dispuesta por testamento. En el presente caso, observamos la aplicación del primer supuesto del precepto “*cuando uno muere sin testamento, con testamento nulo o que haya perdido después su validez*”, pero particularmente se observa en el caso que estudiamos la falta de testamento por no haberlo realizado el propio causante antes de su muerte⁶².

Una vez llegado el momento de determinar la condición concreta de un sujeto como heredero abintestato, se requiere de forma general una declaración judicial obtenida en un proceso de Jurisdicción Voluntaria o bien por vía del juicio abintestato regulado en la Lec de 1881 (vigente hasta que entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria). Sólo en el caso que los solicitantes sean descendientes con filiación legalmente determinada, ascendientes o cónyuge viudo, es posible una declaración de herederos por vía notarial, mediante el acta de notoriedad regulada en el artículo 209 *bis* RNot., cuya tramitación sólo será interrumpida por la apertura de la vía contenciosa civil⁶³.

Los artículos 913 y ss. del C.c. establecen de forma muy precisa las reglas generales del llamamiento sucesorio abintestato⁶³. Para comprender el orden de suceder predeterminado por dichos artículos es imprescindible partir de los tres criterios que se combinan en el Código y que son el producto de la adopción en nuestro ordenamiento de provenientes de tradiciones jurídicas diversas. Conforme a las mismas, en defecto de disposición testamentaria aplicable, la sucesión se ordena conforme a los criterios de clase (art. 913 C.c. parentesco, matrimonial, llamamiento residual del Estado), línea de parentesco (recta -descendientes y ascendientes-, y colateral) y grado de parentesco (art. 915 C.c.).

El parentesco al que se refiere el artículo 915 del C.c. es el de consanguinidad. Esto es, el basado en la pertenencia a un círculo de personas unidas entre sí por existir vínculos de filiación con un tronco común, bien directamente o en línea recta, bien la línea colateral. La línea recta es la que une a los ascendientes con los descendientes. La línea colateral es la que une a sujetos que sin ser descendientes o ascendientes, proceden de un mismo tronco común, entendiendo tronco común el punto de partida en una línea sucesoria determinada por los ascendientes más próximos que son

61. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, pág. 309.

62. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 245. Para acreditar la inexistencia de testamento, se exige además del certificado de defunción, el certificado negativo del Registro de Actos de Última Voluntad.

63. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs. 248 y ss.

comunes en las respectivas líneas directas, de las cuales descienden las personas cuyo parentesco se trata de determinar (esto es, hermanos, sobrinos, tíos y primos). El parentesco por afinidad existe y es relevante a otros efectos sucesorios, y reguladores de la adopción, pero no está contemplado en el orden de suceder de la sucesión intestada.

Las reglas que determinan el grado de parentesco se contiene en los artículos 915 a 919 del C.c., dentro de las normas aplicables a la sucesión intestada. Pero, como expresamente reconoce el artículo 919 del C.c., dichas reglas son aplicables a todas las materias legales en que el grado haya de ser tenido en cuenta a los más variados efectos (fiscales, penales, arrendaticios, procesales...). El Código Civil acoge el sistema romano de cómputo de grado de parentesco, según el cual, no sólo cuentan las generaciones existentes desde el pariente hasta el tronco común, sino que en la línea colateral también han de contarse de forma añadida las generaciones que van desde éste hasta el otro pariente respecto del que se hace la computación. Por eso, dice el artículo 918 del C.c. que esta línea se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Los criterios aplicables son por lo tanto el tronco, la línea y el grado o generación. La combinación de todas ellas de la forma prevista en el artículo da lugar a la determinación del llamado orden de suceder, han de combinarse otras reglas determinantes de la delación hereditaria (transmisión, representación), ha de anteponerse la vocación preferente del cónyuge viudo en la sucesión intestada frente a los colaterales (art. 944 C.c.), así como su derecho a la legítima en todo caso; y, por último, ha de tenerse en cuenta al preferencia del Código por la línea descendente sobre la ascendente, dentro de la sucesión de los colaterales (art. 946 C.c.).

La combinación de todos los anteriores criterios da lugar a un orden de prelación según el cual serían llamados sucesivamente, una vez agotados los sujetos correspondientes a cada categoría: 1º los descendientes, 2º ascendientes, 3º el cónyuge viudo, 4º los hermanos y sobrinos, 5º los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado y 6º finalmente, el Estado.

Las anteriores categorías se excluyen entre sí por el orden expuesto con la única excepción del derecho a la legítima del cónyuge viudo, que es concurrente y compatible con la preferencia sucesoria otorgada a los descendientes y ascendientes. Pero como hemos mencionado, D. Feliciano fallece estando soltero, por tanto, no resulta precisa la existencia de la legítima del cónyuge viudo en el testamento abintestato de D. Feliciano. Ya dentro de una misma línea, existiendo un pariente de grado más próximo al causante, éste hereda con preferencia y exclusión del más lejano.

Después de esta explicación detallada sobre el orden de suceder al causante, en una sucesión intestada, debemos centrar nuestro objetivo en determinar quien será finalmente llamado a heredar en la sucesión de D. Feliciano. Ante la falta de descendencia del causante, como explica el supuesto, y siguiendo el orden de prelación dispuesto en el Código civil, heredarán los ascendientes de D. Feliciano. Por tanto, ambos progenitores heredan por partes iguales y con independencia de que entre ellos exista vínculo matrimonial, siempre que la filiación se halle legalmente determinada (art.936 C.c.). Pero, en el presente supuesto sólo sobrevive uno de los progenitores, por ello Dña. Matilde sucede a su hijo, D. Feliciano, en toda la herencia (art. 937 C.c.)⁶⁴.

64. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 250- 251.

D. Feliciano fue instituido heredero en el testamento de D. Benicio F.S., pero fallece sin aceptar ni repudiar la herencia, por tanto, no integra en su patrimonio los bienes hereditarios, aunque sí el “*ius delationis*”⁶⁵ o derecho de delación, que se transmite a sus herederos (art. 1006 C.c.) quienes, una vez aceptada la herencia del llamado (D. Feliciano), pueden decidir si aceptan o repudian la herencia del primer causante (D. Benicio F.S.).

En el presenta supuesto, como hemos explicado anteriormente, Dña. Matilde es la heredera de D. Feliciano, por éste motivo Dña. Matilde adquiere el “*ius delationis*”.

Desde luego, tendremos que destacar que, la transmisión del derecho de delación se produce en virtud de la ley y no puede ser excluida por el primer causante. Para que la transmisión se produzca hace falta que el transmisario, es decir Dña. Matilde, acepte la herencia del transmitente (D. Feliciano), pues no adquiere derecho de delación alguno si repudia la herencia de su causante, razón por la cual tampoco podría aceptar la del primer causante⁶⁶. En cualquier caso, la aceptación de la herencia del primer causante implica, en cuanto ejercicio del derecho de delación transmitido, la aceptación de la herencia del transmitente.

Dña. Matilde realiza una serie de actos de disposición, sobre los bienes que le corresponderán de la herencia de D. Benicio ejerciendo el “*ius delationis*”, estos actos manifiestan la aceptación tácita de dicha herencia.

Según el tercer párrafo del artículo 999, la aceptación tácita “*es la que hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*”. Además, debemos resaltar que el acto del que se deduzca la aceptación de la herencia ha de tener una de las dos cualidades que menciona el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de enero de 1998: a) relevar necesariamente la voluntad de aceptar, b) mostrar su ejecución como una forma exclusiva del heredero, es decir, la mera realización del acto indica por sí mismo que se ha aceptado la herencia porque de lo contrario el llamado, nunca podría haberlo llevado a cabo⁶⁷. En el presente supuesto, podemos observar que los actos realizados por Dña. Matilde ostentan ambas cualidades.

Por último, debemos apreciar que la herencia de D. Benicio se encuentra en la situación de herencia yacente o “*vacatio*” de la herencia⁶⁸, pues se menciona en el propio supuesto que ninguno de los instituidos en la herencia de D. Benicio había manifestado su voluntad acerca de su aceptación o repudiación. Por tanto, Dña. Matilde al intentar hacer suyos los bienes hereditarios sin contar con los

65. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII; Carlos Lasarte, págs. 22 y ss.

66. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 23 de junio de 1986.

67. Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 62.

68. La herencia yacente; M^a Dolores Hernández Díaz-Ambrona, pág. 76. La concepción de la herencia yacente como patrimonio transitoriamente sin titular, se acoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1987 que la considera como “aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, y pasa a los herederos con efectos desde el fallecimiento del causante, una vez determinados por medio del testamento o, en su defecto, mediante la correspondiente declaración de herederos abintestato”.

restantes interesados en la herencia y sin promover previamente su propia adquisición, es natural considerar que Dña. Matilde, por medio de la aceptación tácita, acepte pura y simplemente la herencia a la que había sido llamada.

III. La oportunidad histórica del sistema de legítimas y la conveniencia de mantenerlo en el actual ordenamiento jurídico español:

1. La oportunidad histórica y evolución del sistema de legítimas.

Sobre el origen de la institución que hoy se denomina legítima se ha escrito por extenso, discutiendo unos y otros su filiación romana o germana, en la búsqueda de una explicación que justifique su posterior evolución en el Derecho español. No obstante, es cierto que existe bastante unanimidad a la hora de catalogar el régimen legitimario del Código Civil, como una “mixtificación de sistemas antagónicos”⁶⁹.

1.1. La legítima romana.

Comenzando por el sistema sucesorio romano⁷⁰, se observa diferentes periodos en los que va evolucionando el concepto de familia y de propiedad. Hay un Derecho romano primitivo en el que la familia llega a ostentar un status de Estado, una verdadera organización con un jefe supremo, el “*pater familias*”, y unos súbditos y, lógicamente, con un patrimonio familiar que pertenece a todos. Por ello, la elección de sucesor carece de entidad, ya que sólo será un mero gestor o administrador de la co-propiedad familiar.

La evolución de este Derecho, hasta llegar al concepto de propiedad privada -el “*pater*” tiene el dominio completo sobre los bienes- está en relación con la idea de unidad familiar concebida con un todo. Ahora, el cabeza de familia nombra en testamento a su sucesor, y nombra también a los demás descendientes, aunque sea para desheredarles. Con la plenitud del sistema jurídico romano -el llamado periodo clásico- se consagra un régimen de libertada testamentaria. Ya que no existe la

69. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 22. Los sistemas antagónicos, constituyen una figura jurídica producto de una lenta evolución historia, que, al ser recibida casi completamente formada en el Derecho Intermedio e introducirse antes en el Derecho bárbarico, sufrió el contacto con la reserva germánica, influyéndose recíprocamente y provocando un hibridismo que substituido en la fase de la codificación, culminando en los códigos civiles francés e italiano.

70. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, págs. 23- 26.

sucesión legítima o legal, el testamento es el instrumento por excelencia para ordenar la sucesión, con licencia completa desheredar sin justa causa.

El nacimiento de la legítima romana viene originado históricamente por los abusos a que dio lugar en las *civitas* la figura de la “*exherediatio*”: bastaba que los hijos fueran nombrados en el testamento para no dar lugar a la “*querella inoficiosi testamenti*”. Antes de centrarnos en el propio contenido de la denominada querella por testamento inoficioso, debemos hacer referencia a unas ciertas figuras jurídicas, como antecedentes, que nos llevarán a comprender la creación, en el Derecho romano, de la denominada querella por testamento inoficioso.

La necesidad de preservar el patrimonio familiar imponía límites a la capacidad de disposición “*inter vivos*” del padre de familia. El “*paterfamilias*” estuvo siempre sometido en el ejercicio de sus funciones a graves limitaciones, a este propósito conviene llamar la atención sobre la historicidad de las “*leges regiae*”⁷¹. En los ejemplos que conocemos, se establece un primitivo derecho penal de base religiosa que castiga a los actos injustos del *paterfamilias* en asuntos tales como el repudio de la esposa o la exposición de los hijos sin que hubiesen concurrido los requisitos establecidos. En las etapas posteriores el poder del “*paterfamilias*” estuvo siempre sometido a una fiscalización jurídica que afectaba, sobre todo, al “*ius vitae et necis*”⁷².

La limitación de la capacidad de disposición del “*paterfamilias*” queda demostrada por la existencia de la figura de la prodigalidad, por lo que los “*heredes necessarii*” una vez producida la muerte del “*paterfamilias*” recuperan la “*bonorum administratio*”, consolidando la titularidad que ya tenían de antes. Tanto en la prodigalidad como en la querella por testamento inoficioso, la instancia es el resultado de una valoración a “*posteriori*” de la conducta del pródigo o del testador, cuando no se han comportado razonablemente en la gestión de su patrimonio. Conviene destacar que el empleo del concepto de demencia en la prodigalidad no es un solo expediente jurídico, sino que responde a la forma en que la conciencia social aborda este tema⁷³.

La institución de la prodigalidad permaneció vigente durante todas las épocas del derecho romano, su vigencia contrasta con la absoluta libertad de testar y es, en cierta medida, un límite de la misma. Dicho con otras palabras, aun cuando la evolución jurídica del período preclásico conduce a la afirmación de la autonomía de voluntad en todos los ámbitos y, en los que aquí nos interesa, también

71. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág. 109. La crítica filológica del siglo XIX no reconoció carácter histórico a las noticias que aportaban muy mal las fuentes sobre esta normativa monárquica, que, por otra parte, se adaptaban muy mal a las tesis positivistas y evolucionistas imperantes. Tal es la posición de M. Mommsen, *Römiches Staatsrecht* II 1, *zweiter unveränderter*.

72. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág. 111.

73. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág. 112.

en los actos de disposición “*mortis causa*” por medio de testamento, nunca se sintió de una forma tan intensa como para hacer desaparecer una figura que patentemente interfiere y limita la pretendida situación soberana del “*paterfamilias*”.

La prodigalidad posee un parentesco evidente con algunos elementos constitutivos de la querella por testamento inoficioso. Esta afirmación no debe entenderse como una mera intuición, sino que estamos ante una analogía real, porque ambas figuras expresan y manifiestan el antiguo principio constitutivo de la familia y de la herencia como realidades que se imponen al individuo, aunque éste sea el padre de la familia. La continuidad entre ambas instituciones fue percibida como tal en Roma⁷⁴:

1º. Ambas se fundamentan en el concepto religioso de “*pietas*”.

2º. La prodigalidad, como la querella, supone valorar los actos de disposición. El juicio se encauza a través de la constatación de la conducta como reflejo de una anomalía mental.

3º. La declaración de prodigalidad produce la nulidad del testamento posterior, y la sentencia de inoficiosidad anula en testamento de un modo análogo.

La naturaleza familiar y religiosa de la herencia en la época arcaica es incompatible con la libertad de testar. Tal es el estado de cosas recogido por la Ley de las XII Tablas⁷⁵, como lo demuestra la inclusión en ellas del régimen de la prodigalidad, al que nos hemos estado refiriendo. No obstante, resulta evidente que nos hallamos ante un presupuesto insoslayable en toda indagación histórica-jurídica sobre la querella por testamento inoficioso.

Rechazada la absoluta libertad de testar en la Ley de las XII Tablas, norma que permitía exclusivamente disponer “*mortis causa*” de los bienes de titularidad personal a través de legado, examinaremos a continuación los supuestos más importantes en los que se conservó la originaria concepción familiar de la herencia. Todos estos ámbitos de lo que se puede llamar sucesión necesaria, es decir, un tipo de transmisión hereditaria que se halla más allá de la autonomía individual, e incluso, en un plano diferente al determinado por la dicotomía entre la sucesión testamentaria y “*ab intestato*”, mantuvieron su vigencia durante las épocas preclásica y clásica. Conviene recordar que el caso más decisivo ha sido ya objeto de nuestra consideración como es la prodigalidad.

74. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, págs. 114 - 115.

75. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, págs. 115- 120.

Intentaremos demostrar que, a pesar de la mutación operada entre los siglos IV y III a.C. en la naturaleza de la herencia, se mantuvo inalterado un substrato jurídico que posibilitó la rápida creación de la querrela por testamento inoficioso⁷⁶.

En primer lugar, el carácter familiar de la herencia arcaica se encuentra confirmado en el sepulcro familiar, que es el destino del fundador y a sus descendientes. En el sepulcro hereditario la destinación se supedita a la condición de heredero. La existencia de los “*sepulchra familiaria*” en época clásica, se demuestra no sólo la pervivencia, sino también el vigor de una forma de entender la sucesión como un fenómeno que se integra en la familia, ajeno en su funcionamiento a la voluntad individual.

El patronato en época clásica presenta algunas características relacionadas con la que denomina sucesión necesaria. En la herencia intestada del liberto, en ausencia de *sui* o de “*liberi*” en la sucesión pretoriana⁷⁷, los bienes pasaban al patrono y a sus descendientes en su condición de tales. Es decir el patrimonio hereditario del liberto se transmitía a la familia del patrono. La desheredación de los descendientes del patrono no afecta a su eventual derecho sobre la herencia intestada del liberto. El principio de excluir los efectos de la desheredación es tanto como negar la libertad testamentaria en esta materia, este principio con limitaciones se impone después en el caso de que el liberto muera testado. No obstante, conviene recordar que la capacidad del liberto para otorgar testamento en los primeros tiempos es muy dudosa, debemos destacar que la desheredación del patrono por parte del liberto no tiene eficacia, pues contradice el deber de “*obsequium*”, y la desheredación de los hijos del patrono por este último los excluye de la “*bonorum possessio*”. Pero en este caso, los desheredados podían acudir a la querrela por testamento inoficioso.

A continuación, mostraremos la relación del fideicomiso con la querrela por testamento inoficioso. El fideicomiso de familia es una institución clásica que halla su antecedente en la “*mancipatio familiae*”. En el fideicomiso no se aplica las reglas sobre la institución de heredero y, por tal motivo, tampoco la que se refiere a la necesidad de que la institución se haga sobre persona cierta. El disponente establece que los bienes no salgan del círculo de parentesco establecido, la fórmula de constitución más extendida menciona el “*nomen familiae*”. Sin embargo, el punto que centra nuestra atención se refiere a la incidencia de la figura sobre las futuras desheredaciones. Se produce una limitación de la libertad de testar de los sucesivos beneficiarios de los bienes. Ciertamente en su origen el fideicomiso procede de un acto de disposición autónoma, pero, una vez constituido, el régimen se asemeja a la concepción necesaria de la herencia.

76. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, págs. 124- 134.

77. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág. 125. El pretor otorgaba la mitad de los bienes al patrono si los *sui* del liberto no eran naturales.

Por último, destacar la adopción y la arrogación. En el derecho preclásico y clásico la adopción estuvo sometida a un control jurídico estricto y no sólo a exigencias de tipo social; control que impedía su constitución si existía descendencia natural. La práctica de adoptar libertos, en ausencia de hijos, era común en Roma desde los tiempos antiguos, pero la adopción tenía como límite el que establecía el parentesco natural. La fiscalización⁷⁸ de la arrogación⁷⁹, que cabe extender también a la adopción por analogía y por la unidad de función de ambas figuras, posee un motivo de orden sucesorio. Evitar una suerte de desheredación parcial “*a priori*” de los hijos naturales. Desde la perspectiva que hemos planteado el régimen de la adopción se acerca a la función de la querrela por testamento inoficioso, en ambos casos, las consecuencias objeto de valoración son de orden sucesorio. En la adopción se produce una degradación de las expectativas hereditarias de los hijos naturales. Tanto en una como en otra figura la revisión se encamina a determinar si hay un motivo razonable, una justa causa, que haga aceptable la decisión del disponente. Y no es un control no genérico ni basado en la posible concurrencia de una serie de supuestos previstos por derecho, son que se centra en el estudio de las circunstancias propias de cada caso.

Por tanto, la libertad de disposición “*mortis cause*” nunca fue ilimitada, ya que coexistió con otras figuras encaminadas de un modo directo o indirecto a impedir la dispersión de los patrimonios familiares: prodigalidad, régimen general de la adopción... Desde el punto de vista social, las posibilidades abiertas por la libertad de disposición apenas tuvieron incidencia real, ya que los testadores seguían instituyendo como heredero a los miembros de la familia y, en especial a los hijos. La introducción de libertad de testar se utilizó más bien para modular las cuotas correspondientes a los diversos herederos y facilitar así la continuidad de las explotaciones agrícolas o comerciales, gestionadas en la época. Todos estos elementos explican la génesis de la querrela por testamento inoficioso⁸⁰.

La querrela resulta probable que se originó a finales de la República, cuando los “*oratores*”, que defendían las causas de sus clientes ante el Tribunal de los Centunviro, usaban el siguiente expediente retórico: sólo un enfermo mental puede llegar hasta el extremo de excluir de su propia sucesión, sin motivo válido alguno, a su hijo o a otro pariente próximo, violando de este modo el más

78. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas- Alba, pág. 131. No se fundaba en una prohibición genérica, sino en el examen de cada supuesto por el órgano decisorio.

79. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas- Alba, pág. 132. la decadencia de los comicios curiados no afectó al régimen sustancial de la arrogación, el control jurídico continuó siendo ejercido por los pontífices. Y la “*iusta causa*” implica un control sobre los presupuestos materiales por parte del órgano colegiado, en la generalidad de los casos la “*iusta causa*” era la ausencia de los hijos naturales.

80. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág. 143.

elemental deber de afecto hacia los familiares más próximos. Se trataba, pues, de un expediente defensivo al que los Centunviros dieron curso de forma estable a partir del siglo I d.C.⁸¹.

Ante la desheredación sin justa causa justificada se permitió ir contra el testamento inoficioso mediante un recurso judicial denominado querella por testamento inoficioso contra los herederos instituidos en el testamento tachado de inoficioso. Por tanto, la querella sólo podía entablarse cuando el testador no pudiese aducir a causas justificadoras de haber desheredado o de haber dejado menos de la porción de legítima al querellante. El Tribunal de los Centunviros, al no existir un elenco de causas de desheredación, era el que tenía que valorarlas.

A continuación intentaremos determinar la relación existente entre los recursos procesales denominados “*hereditatis petitio*” y “*querella inofficiosi testamenti*”⁸². No entraremos en el análisis de la “*hereditatis petitio*” como tal, sino sólo en aquellos aspectos útiles para la investigación de la querella.

Por muchos autores la querella se configura como incidente⁸³ de la petición de herencia, conclusión que no parece aceptable por los siguientes motivos que se explican a continuación. Por una parte, la defensa del carácter autónomo de la impugnación del testamento no supone rechazar las claras vinculaciones que en muchos casos se daban con la “*hereditatis petitio*” como proceso posterior, y sobre todo, si tenemos en cuenta que, al menos en la República, el Tribunal de los Centunviros es probablemente el único órgano competente para resolver sobre estos asuntos. Sin embargo, técnicamente eran procesos distintos, por ser diferentes sus presupuestos y su finalidad. En la petición de la herencia, el heredero civil reclama sobre la base de su titularidad respecto a la herencia frente a los poseedores de los bienes hereditarios. Mientras en la querella un pariente del testador, que puede no ser heredero civil, impugna la institución de heredero contenida en el testamento, alegando que debió ser él la persona instituida.

Además el objeto de la sentencia en la “*hereditatis petitio*” es la restitución total o parcial del patrimonio hereditario, es decir la idea de la restitución es la finalidad de la acción. En cambio, el objeto de la sentencia de inoficiosidad es la rescisión del testamento o, más en concreto, de sus distintas cláusulas. El querellante es declarado “*heres suus*” (nótese que el hijo, cuando es desheredado, pierde esa condición). Decaen las manumisiones (“*et libertates ipso iure non valent*”) y

81. Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes, pág. 578.

82. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, págs. 160 y ss.

83. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág.160. Puede consultarse: A. Carcaterra, *L'azione ereditaria nel diritto romano* I-II (Roma 1948); S. Di Paula, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milano 1954); M. Kaser, *Das römische Privatecht I*, 2.^a ed. Cit., págs. 735 ss.; A. Calonge; los “*iuris possessores*” legitimados pasivos a la “*hereditatis petitio*”, en Estudios U. Álvarez- Suarez (Madrid 1978) 29 ss; P. de la Rosa “*hereditatis petitio*”, en Estudios J. Iglesias III (Madrid 1988) 1255 ss; M. Kaser- K. Hackl, op. Cit., pág 346.

los legados. Por tanto, el pronunciamiento judicial se encamina no a la restitución de la herencia, sino a la creación de un título de heredero. Los que se oponen como demandados en la querella, no forzosamente se opondrán a la restitución de los bienes. Es decir, la querella no siempre tiene que venir seguida por la petición de herencia, porque la finalidad de esta acción podría realizarse extrajudicialmente; los poseedores actuales no siempre tendrán interés en afrontar un nuevo litigio. Desde estos presupuestos, se entiende la ausencia de la “*hereditatis petitio*”.

En relación al procedimiento de la “*querella inofficiosi testamenti*”, la reclamación por testamento inoficioso se ejercita ante el Tribunal Centuviral, como ya hemos mencionado anteriormente. Dentro de las posibilidades que ofrece el sistema de las “*legis actiones*”, el empleo de las “*legis actio sacramento in rem*”, ha de ser excluido, porque esta hipótesis reproduce todos los problemas ya examinados a propósito de la relación entre la querella y petición de herencia. Eliminada esta posibilidad, nos queda solamente otra, que es la de la utilización de “*agere per sponsionem*”⁸⁴. La amplitud y flexibilidad de este tipo de litigio permite deducir su inicial aplicación a los procesos por testamento inoficioso, según admite un sector de la doctrina. La “*sponsio praeiudicialis*” se había mencionado la posibilidad inoficiosidad del testamento.

A partir del Principado la querella podía ser también ejercitada en la forma de la “*cognitio extra ordinem*”. Esta nueva posibilidad es un fenómeno general que afecta a todo ordenamiento y no introduce diferencias esenciales en la naturaleza de la reclamación. En relación a la desaparición del “*ordo iudiciorum privatorum*”⁸⁵ y la simplificación que experimento en época postclásica todas las figuras procesales hizo que se fundieran la querella y la “*hereditatis petitio*”. La impugnación del testamento inoficioso se configura como una de las causas que pueden dar lugar a la petición de herencia. A pesar de esta nueva vinculación fue perfeccionada en la época justiniana, su nacimiento es anterior.

En sede de querella por testamento inoficioso, el testamento inoficioso es calificado como injusto. La necesidad de justificar la exclusión o, desde el punto de vista del querellante, de argumentar por qué no debió ser excluido, son dos aspectos de una realidad unitaria. La justa causa en la decisión del testador implica la ausencia de la misma en la eventual reclamación del que se sienta afectado, y viceversa. En este sentido la querella ejerce un control sustancial sobre la decisión del testador.

84. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág. 166. Vid. Supra II, A, 3. Cfr. L. Capogrossi Colognesi, *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi I (età arcaica)* cit., págs.144 s.; 150 s. Sostiene el autor que desde los últimos decenios del siglo III a.C. se produjo un proceso de clarificación teórica de la propiedad y otros derechos reales gracias al progreso de la técnica jurisprudencial y de los instrumentos procesales, con la aparición del “*agere per sponsionem*”. Este proceso afectó igualmente al ámbito de la herencia.

85. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas - Alba, pág. 168. El procedimiento cognitorio era tal vez el único vigente a finales del siglo II d.C. Vid. J.L. Murga, *Derecho Romano Clásico II, El proceso*, 3ª. ed. Cit., págs. 57 ss.; 367 ss.

Calificar el régimen resultante de su aplicación como sucesión necesaria material o forzosa es algo perfectamente coherente con la finalidad de la institución. No obstante, la expresión ha de ser utilizada con algunas cautelas, dejando aparte su conocida ausencia en las fuentes, se corre el riesgo de otorgar con ella carácter absoluto a una realidad que en derecho clásico se identificaba con un recurso procesal. La substancia de la sucesión material no radica en su régimen sino en la necesidad de explicar en cada caso, el porqué de la conducta del testador.

Por tanto la querella por testamento inoficioso se realiza una valoración del acto de la última voluntad. Lo genuino de dicha figura es el ámbito en que establece la fiscalización, no la existencia de la misma ni su modo de operar caso por caso. Un mecanismo semejante se producía en la adopción, anteriormente explicada. También allí se exigía una justa causa que justificara la decisión del adoptante. Normalmente coincidía con la ausencia de hijos naturales. Por otra parte, como hemos ya subrayado, las consecuencias sucesorias de la adopción son evidentes. En la querella, el juicio de valor se centra en la determinación del cumplimiento o incumplimiento del “*officium pietatis*”⁸⁶.

Si observamos con más detalle la estructura del juicio en el que se resuelve la querella, comprobamos que se asienta en una comparación entre los méritos del heredero instituido y los del querellante.

Pero, debemos resaltar que no basta que exista una justa causa de exclusión sino que, además, la sentencia sobre la inoficiosidad habrá de tener en cuenta también el mejor derecho instituido, resultado tanto de su parentesco más cercano con el testador, como ausencia de una conducta injuriosa para el querellante, conducta que necesariamente se habrá de valorar a la hora de decidir si fue justa la exclusión del que entabla la acción. Asimismo, si se probara que la causa de desheredación concurre también en la persona instituida, parece lógico concluir que esta coincidencia en los supuestos y la anormal diversidad de trato en el testamento serían esgrimidas por el actor como prueba de la insania del disponente. Si se tiene presente que el “*color insaniae*”⁸⁷ no es una ficción de enfermedad en sentido médico estricto, sino la expresión de una conducta valorada como irracional según la medida de la ética social respecto a los vínculos familiares; si se considera que en la querella se precisa un enjuiciamiento sustancial de la voluntad del testador, y que para ello es preciso comparar la actuación y la posición familiar del instituido con las de injustamente apartado de la herencia, se concluye que la querella por testamento inoficioso, a pesar de su propio nombre y de algunas expresiones juristas, debió encaminarse exclusivamente a impugnar una

86. Tanto la adopción como en la querella por testamento inoficioso se requiere un juicio sobre la concurrencia de una justa causa. En la querella, a diferencia de la adopción, el juicio es “*a posteriori*”.

87. La desheredación injustificada en Derecho Romano; José María Ribas- Alba, pág. 182- 188. El testamento viene impugnado bajo el pretexto de que el testador no estaba en su sano juicio cuando manifestó su última voluntad excluyendo al heredero necesario.

institución de heredero, y no podía dirigirse a la impugnación del testamento como tal puesto que esta opción hubiera frustrado su carácter relativo.

La querella por testamento inoficioso protegía desde sus orígenes a parientes del testador que no siempre eran herederos civiles (padre natural del hijo dado en adopción, hijo respecto a su madre, y otros), entonces se reconoce con completa seguridad que el derecho romano reconoció una categoría de personas, parientes próximos del testador, las cuales se les otorgaba una protección en sus expectativas sucesorias respecto al testamento de otro miembro de la familia, protección que sólo decaía cuando la exclusión de la herencia hubiera sido consecuencia de una “*iusta causa*”. Dichos parientes tendrían la condición de herederos necesarios⁸⁸ y, su derecho no se funda en una anomalía del sistema romano de sucesiones sino que responde a un principio genético de este derecho. Y, por tanto, junto a la evolución de la afirmación de la libertad testamentaria siempre subsistieron ámbitos en los que la libre disposición *mortis causa* se encontraba excluida, ya fuera de modo directo o a través de medidas indirectas. La legitimación activa en la querella por testamento inoficioso se enmarca dentro de esta realidad global.

La integración de Digesto 5, 2,1 (Ulpiano, 14 ad ed.) con otros fragmentos del Digesto expresan a la existencia de órdenes en la sucesión necesaria: descendientes, ascendientes y hermanos del testador. Entre ellos se establece una prelación derivada tanto de la mayor trascendencia de una clase de parentesco respecto a otra, como de la inexistencia de una justa causa de exclusión en los sujetos pertenecientes al orden superior. Además de este particular modo de “*successio ordinum*”, cabe hablar de “*successio graduum*” en el interior de cada uno de ellos. El mecanismo de actuación de este sistema se completa con la presencia de dos principios concurrentes. En primer lugar, la querella se interpone contra una institución de heredero, puesto que se basa en un juicio comparativo sobre la conducta del testador. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, dado el carácter relativo del proceso puede verse demandado en una querella posterior. Perderá el litigio si en este segundo proceso es de mejor derecho por grado de parentesco y por la conducta demostrada hacia el testador. En estos casos se precisa, además, que el querellante no haya renunciado a la reclamación. Además debemos destacar que la querella por testamento inoficioso se concede “*ad personam*” y es intrasmisible a los herederos del querellante, a no ser que éste haya preparado el pelito o que los mismos herederos sean hijos⁸⁹.

Por otra parte los legitimarios pasivos son generalmente los herederos testamentarios, pero la querella podía también ejercitarse contra el fideicomisario universal al cual le haya sido restituida la herencia, o contra el “*bonorum posesor contra tabulas*” que hubiera obtenido la “*bonorum*

88. El heredero necesario recibe esta consideración exclusivamente por su proximidad de parentesco con el testador, y la necesidad de la institución se deriva de un deber fundado en los lazos de parentesco.

89. Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes, pág. 579.

possessio” en la confrontación con el heredero instituido, y contra el fisco que haya adquirido los bienes del heredero instituido.

La querella solamente podía ser entablada después de que el heredero instituido aceptase la herencia, pero antes de cinco años, a contar desde la muerte del testador. A partir de este término el demandado con la querella podrá defenderse con una “*praescriptio*”, defensa que también podrá utilizar frente al querellante si éste ha realizado algún acto, como la aceptación de un legado, que supone acatamiento de la voluntad del testador⁹⁰.

En referencia a la cantidad mínima⁹¹ que el heredero necesario o forzoso debería recibir, resulta admitido por toda la doctrina que, en el régimen originario de la querella, no existía la necesidad de atribuir una cuota predeterminada del patrimonio al heredero necesario. Correspondía a los centunviro valorar en su caso la suficiencia de lo que el testador hubiera dejado eventualmente al querellante. Por tanto la “*portio debita*” es un elemento añadido que en cierta medida introduce un factor de distorsión en la estructura original, y ello no sólo por la complejidad técnica que introduce, sino porque priva a la querella de aquella flexibilidad valorativa con la que fue concebida. La “*portio debita*” aparece en el siglo I d.C. y, la influencia de la “*Lex Falcidia*” es evidente, pues, determinó el montante de la cuota que el testador debía asignar al heredero necesario, siendo la cuarta parte de la cuota que le hubiere correspondido si se abriera la sucesión “*ab intestato*”. Para la valoración de la cuota era preciso determinar el activo en el momento de la muerte del testador, restándole las deudas, los gastos funerarios y el valor de los esclavos manumitidos.

Si la querella era rechazada, dada la grave presunción en que se basa, el querellante perdería por indigno, en beneficio del fisco, todas las liberalidades que de otro modo hubiese podido obtener en el testamento impugnado. Si la querella era aceptada, el testamento inoficioso era declarado nulo en razón de la enfermedad mental del testador y el querellante podía obtener, a través de la “*hereditatis petitio*”, la cuota que le correspondía como heredero “*ab intestato*”.

Sobre las consecuencias de la aplicación de la querella por testamento inoficioso existe diversidad de opiniones entre los juristas romanos. Trifonino, Scevola y Paulo, siguiendo la solución más antigua, afirma la nulidad total del testamento en base a la demencia presunta del testador. Otra corriente de juristas, entre los que se encuentran Papiniano y Ulpiano, establecen un nexo indivisible entre la acción de impugnación y los intereses del querellante a la obtención de cuanto le hubiese correspondido si el testador hubiese muerto intestado. En este caso sostienen una rescisión parcial del

90. Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes, pág. 579.

91. Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes, pág.578.

testamento con la consecuencia de que coexisten al mismo tiempo la sucesión testamentaria y a la sucesión intestada⁹².

En el siglo III se admite que sólo aquel cuya querella ha sido aceptada puede valerse actuando con la “*hereditatis petito*”, de la nulidad del testamento contra el heredero y contra los favorecidos con legados y fideicomisos dependientes de la institución de aquel heredero, pero no contra los otros herederos en relación con los cuales no ha propuesto la querella o no ha salido victorioso.

Para los que sostiene la eficacia rescisoria de la querella, la única solución posible es la “*ab intestato*” y, por tanto, cae todo el testamento. Para los que admiten la concurrencia de la sucesión testamentaria y de la intestada, las disposiciones a título particular conservan eficacia dentro de los límites en los que permanece la sucesión “*ex testamento*”.

En el siglo IV, Constancio había establecido que la querella no podía ejercitarse cuando el testador había dejado al allegado una parte de los bienes hereditarios, disponiendo que completara tal parte si era inferior a la cuota mínima. A fin de conseguir esta integración podía actuar con la “*actio ad supplendam legitiman*”⁹³.

Justiniano, a través de una serie de importantes innovaciones, va precisando conceptos que había ido perfilando la Jurisprudencia clásica, a la vez que coordina y reglamenta diversos institutos que se habían ido introduciendo a partir del siglo III, como la “*querella inofficiosi donationis*” o la “*querella inofficiosae dotis*”. En particular, es importante el esfuerzo que hace en la Novela 115 (año 542) para coordinar los institutos de la “*exheredatio*” y de la “*querella*”, en el sentido de que las personas contempladas por la ley tienen derecho a la legítima, a no ser que la “*exheredatio*” esté justificada en un motivo explícitamente establecido por la ley. Anteriormente, el juez tenía un poder discrecional para valorar los motivos de la “*exheredatio*”, correspondiendo ahora al legislador fijar las causas que autorizan al testador a la misma⁹⁴. Además exige que la “*portio debita*” se deje siempre por título de heredero, en este sentido, basta que el testador haya dejado algo a título de heredero a los legitimarios, aunque no alcance su “*portio debita*” para que la querella no pueda prosperar. Otra innovación, radica en el hecho fundamental de favorecer a los legitimarios, elevando la cuota que, como dispone la Novela 18, sería un tercio de *as* hereditario, o la mitad, según que el disponente dejara cuatro legitimarios o más⁹⁵.

92. Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes, pág. 579-580.

93. Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes, pág.580.

94. Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes, pág. 581.

95. Derecho de Legítimas en las Partidas; Guillermo Suárez Blázquez, pág. 507.

No resulta fácilmente identificables los posibles fundamentos ideológicos del modelo de derecho hereditario justiniano en lo referente a la forzada institución como herederos de los legitimarios ya su derecho patrimonial a la herencia. Pudiera haber influido en ello el propósito de fortalecimiento de las relaciones interparentales en torno a un modelo de grupo familiar concebido como cohesionado por vínculos de solidaridad inspirados por la ética cristiana; en todo caso, el modelo justiniano responde a un diseño legislativo que opera desde supuestos políticos autoritarios; la legislación justiniana se caracteriza, en efecto, por transformar en deberes legales conductas que en la tradición jurídica romana tenían una fundamentación ética, especialmente relevante en las relaciones familiares y, por derivación de éstas, en el derecho hereditario. Los escritos jurisprudenciales seleccionados para la composición del derecho sucesorio en el Digesto justiniano habían experimentado ya alteraciones con anterioridad y fueron también adaptados a su tiempo por los compiladores; pero ni el Digesto ni el Código justiniano reflejan la totalidad del sistema, puesto las Novelas cambiaron después en gran medida el derecho anterior. Ello planteó a los juristas del “*Ius commune*” muchos problemas de interpretación, que sumaban a los derivados de la complicación que presentaba la difícil armonización de la normatividad jurisprudencial recogida en el Digesto con las disposiciones legislativas contenidas en el Código justiniano y en las Novelas⁹⁶.

Para finalizar con la querrela, debemos destacar que la sentencia de inoficiosidad se dirige a la creación o reconocimiento efectivo de un título de heredero a favor del reclamante. Se encamina a la obtención de una titularidad, no a la obtención de la herencia o de una parte de ella, dado su autonomía a la “*hereditatis petitio*”, anteriormente explicado. El pronunciamiento judicial realiza en juicio comparativo entre el actor y el heredero instituido, la esencia de la valoración reside en decidir cuál de las dos personas es más digna como heredero o, desde el punto de vista del fundamento de la acción, en determinar si se ha transgredido el “*officium pietatis*”.

De forma rápida y general puede decirse que en el sistema romano las legítimas se conceptuaban como un freno a la libertad de disposición del testador, que, de no ser por ellas, era ilimitado.

La influencia romana⁹⁷ presente en nuestro Código Civil se aprecia en los siguientes preceptos: En el fundamental artículo 815 que permite cumplir su deber legitimario dejando “por cualquier título” a sus legitimarios lo que les corresponda. De manera que no sólo hay deber de instituirlo herederos, sino que incluso puede pagárseles su legítima “extratestamentariamente” por vía de la donación. El artículo 763, que dice “*El que tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento todos sus bienes o parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que*

96. Libertad testamentaria y sistemas de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana; Alejandrino Fernández Barreiro, pág. 298.

97. Intangibilidad cualitativa de la legítima; Alicia Real Pérez, págs. 24- 25.

se establecen en la sección quinta de este capítulo”, parece claro que proclama la libertad testamentaria, si bien ésta resulta condicionada cuando existen legitimarios. Pero además hay más artículos como 817, 818, 819, 820, núm. 1, 821 y otros, todos ellos regulan la reducción de disposiciones “*inter vivos*” o testamentarias que sean inoficiosas por perjudicar las legítimas. De una lectura de los mismos se deduce sin ninguna dificultad que el causante está legitimado para disponer de su patrimonio como quiera; y sólo si al morir deja legitimarios, éstos podrán exigir que se reduzcan las disposiciones hechas. Entonces las legítimas condicionan las disposiciones del testador actuando como un límite a las mismas.

1.2. La legítima germánica.

En cuanto a la posible influencia del Derecho germánico⁹⁸ en la actual concepción de la familia y de los derechos de los legitimarios, hay que destacar previamente un dato histórico de gran importancia: el contraste existente entre el pueblo germano y el romano, mucho más culto y desarrollado. Esta es la razón por la que, si bien en la Hispania del siglo VI tuvo lugar el fenómeno político denominado invasión de los germanos e inicio del Imperio Visigodo, jurídica y socialmente no se produjo ruptura, y perduraron en muchas regiones los elementos del sistema jurídico vulgar del último periodo romano. Los visigodos, que ya habían convivido con las “estructuras romanas” en Oriente primero, y en zonas de occidente después, conocían y en buena parte habían asimilado el derecho de este pueblo culto.

En este contexto, el sistema de copropiedad familiar germánico con un sucesor único designado de forma automática y predeterminada entre los hijos, es muy similar al del primitivo Derecho romano.

Más adelante, con la “*Lex Romana Visigothorum*”, que contiene el sistema sucesorio del periodo clásico, se introduce el testamento entre los germanos, aunque entendido como un vulgar título de adquisición de bienes, similar a una donación. La libertad del causante sigue siendo muy limitada en virtud de la institución de reserva, que abarca cuatro quintas partes del patrimonio relicto, dejando solamente el margen de un quinto para el causante pueda disponer si lo desea, mediante testamento. Así, quedando claro el planteamiento de protección a los hijos, heredado de la última etapa romana. La influencia germánica⁹⁹ en el sistema legitimario del Código Civil queda plasmada en determinadas disposiciones como puede ser la definición de la legítima del artículo 806 del Código Civil, en la que se hace referencia a una delación legal automática, y se califica a los legitimarios de herederos forzosos. Pero además se puede apreciar en otros artículos de dicho Código como los artículos 808 y 809, que hablan de partes del haber hereditario, el artículo 810, que habla de la legítima reservada, los artículos 807, 814 y otros bastantes, que llaman a los legitimarios herederos

98. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, págs. 26- 28.

99. Intangibilidad cualitativa de la legítima; Alicia Real Pérez, págs. 23- 24.

forzosos, el artículo 813.1, que designa a los legitimarios como herederos, y el artículo 985, que diferencia radicalmente la parte libre de la parte legítima. Fue introducida por la “Ley *Dum Inlicita*” de Chindasvinto y se conservó en el “*Liber Iudiciorum*” que establecía, por un lado el sistema de desheredación nominal del Derecho romano y, por otro, la posibilidad de mejora a los hijos o nietos en un tercio del patrimonio relicto.

Por tanto, en el sistema germánico, a diferencia del sistema romano, lo excepcional era que el testador pudiera disponer de algo de su patrimonio. En el sistema germánico se partía de la idea de la comunidad doméstica y, por eso, se excluía la libertad de testar, aunque, por excepción del causante podía disponer libremente de cierta porción patrimonial.

1.3. La legítima en el Derecho castellano.

En la primera etapa histórica-jurídica del Medievo se caracteriza por mostrar un derecho fragmentado, mediatizado por las peculiaridades de organización política y social a que daba lugar la Reconquista, una normativa que sigue trayectorias muy distintas, según el lugar geográfico en el que se desarrolla y los distintos sistemas de vida de sus destinatarios.

Sin embargo, el periodo comprendido entre los siglos XII y XIII hasta el XVIII está caracterizado por un renacimiento jurídico que supera el localismo de la Alta Edad Media y genera ordenamientos perfectamente perfilados para cada reino de la Península. Es la época de las Recopilaciones y de la consolidación de las instituciones jurídicas peculiares de cada región, tanto en las zonas de Derecho foral como el Derecho de Castilla que, precisamente en este periodo, empieza a ser denominado Derecho común. Y, como reconocimiento de Derecho común trataremos de analizar la evolución del Derecho de Castilla, en relación con el tema de nuestro estudio, la legítima¹⁰⁰.

Lo que en siglos posteriores constituirá el reino de Castilla, y estará regido por un derecho territorial único, comprende en estos momentos un amplio número de localidades pequeñas a las que los monarcas van otorgando unos privilegios o fueros, que añaden o sustituyen al todavía parcialmente vigente “*Liber Iudiciorum*”. Existen varias familias de fueros, según las zonas, entre las que destacaremos el fuero de Soria, el de Cuenca y el de Sepúlveda por su posterior expansión e influencia en todo el Derecho castellano. Interesa resaltar, respecto a estos cuerpos legales breves, la vigencia en ellos del principio de troncalidad, lo cual aproxima a un derecho consuetudinario no proveniente de la tradición romana, con una concepción de la familia como unidad patrimonial:

100. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, págs.28 y ss.

1. Fuero de Sepúlveda.

En el fuero de Sepúlveda¹⁰¹, el régimen de troncalidad, supone una exención de la obligación de “mañería”, o sistema feudal que imponía la transmisión de todos los bienes de la herencia al señor, a falta de hijos que pudieran recibirla.

Tít. LXI: “*Otrossí, todo onme que oviere heredar, así herede: el más cercano pariente herede, y que sea en derecho, así como la ley manda, y que non sea fecho en barragana, fuera ende si fuere fecho fijo por conceio, y placiendo a los parientes que avrén de heredar el padre o la madre, onde viene el heredamiento, y la raíz a la raíz se toma onde viene el heredamiento esos lo heredan como lo deven heredar. Et los nietos heredan, con los otros hermanos del padre y de la madre, la suerte que deven aver el padre y la madre; y los sobrinos, fijos de hermanos, otros, heredan con sus tíos, así como heredaríe su padre o su madre*”¹⁰².

2. Fuero de Cuenca.

En la misma línea que el de Sepúlveda, el fuero de Cuenca¹⁰³ determina que el patrimonio debe quedarse en la familia, y prohíbe expresamente la desheredación de los hijos, que por otro lado deben ser tratados igualmente sin posibilidad de designar un heredero único, porque la familia se considera un solo bloque personal y económico. El cónyuge no es considerado pariente y, por tanto no tiene derecho a la herencia.

Libro I, tít. X, n.2: “*Mando que los parientes que fueran más cercanos y mas vecinos, ereden los bienes del pariente propinico defunto (...).*”

Libro I, tít. X, n. 3: “*Qual se quiere de vos que en orden entrare, lieve consigno el quinto del mueble tan sola mente, y lo que fincare, con toda la rraiz finque asus erederos; ca desigualada cosa y sin rrazon seria vista en ninguno deseredar sus fijos, dando lo suyo a los monges mueble y rrayz; ca fuero es, que non puede ninguno deseredar asus fijos*”.

Libro I, tít. X, n. 24: “*Por las dichas rrazones mandamos, que nin el padre nin la madre non pueden dar ninguno de sus fijos, nin sanos nin enfermos; mas todos equal mente tomen tan bien mueble como rrayz*”¹⁰⁴.

101. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 29.

102. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 29. Fuero de Sepúlveda, Segovia, 1953, pág. 86.

103. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 29.

104. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 30. Ureña y Smenjaud, Fuero de Cuenca, Madrid, 1935, págs. 259 y 283.

3. Fuero de Soria.

El fuero de Soria¹⁰⁵ destaca, que después fue el recogido por el Fuero Real, por su temprana recepción romanista, que le separa radicalmente de Cuenca y Sepúlveda. Mantiene el principio de troncalidad en la base de su planteamiento sucesorio pero regula ya, nítidamente, una legítima de cuatro quintos para los hijos de la que puede tomarse una cuarta parte para mejorar a algunos de ellos.

Tít. XXXV: *“Njnguno que oujere fijos o njetos o dende ayufo que ayan derecho de heredar, non pueda mandar nj dar e fu muerte mas de la quinta parte de fus bienes. Pero fi quifiere meiorar a alguno o a algunos de fus fijos, puédalos meiorar en la quarta parte de fus bienes de los que fincaren, fin la quinta fobredicha que pueda mandar por fu alma en otra parte do quifiere y non a ellos”*.

En la formación de su derecho territorial, Castilla evoluciona nuevamente hacia el sistema romano y va incorporando el testamento, una legítima de cuantía fija, entre otras cuestiones. Por otro lado, toma de los visigodos la institución de la mejora como sistema de flexibilidad del reparto de los propios bienes, de manera que desaparece en estos territorios el principio de troncalidad que ha mantenido, sin embargo, plena vigencia en los fueros de otras regiones de la península.

1. Fuero Juzgo.

El *“Codex Wisigothorum”*¹⁰⁶ es traducido del latín al romance durante el siglo XIII, y se mantiene en los reinos de España como transmisor del sistema jurídico romano. Así, constituye uno de los cauces por los que se va imponiendo en el Derecho de Castilla el modelo de legítima romana, limitadora de la libertad de testar hasta los cuatro quintos del patrimonio relicto.

2. Fuero Viejo de Castilla.

El Fuero Viejo de Castilla¹⁰⁷, del siglo XIII, mantiene la legítima estricta de cuatro quintos, con una mejora pequeñísima de la que sólo puede ser beneficiario el hijo mayor. Una sucesión, por tanto, estrechamente delimitada por la ley, en la que no hay margen para posibles pactos entre padres e hijos.

Libro V, tít. II, Ley 1: *“non puede dar mas del quinto de lo que ouier por sua alma, e todo lo al, que ouier, devenlo eredar suos parientes”*¹⁰⁸.

105. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 30.

106. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 31.

107. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 31.

108. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 31.

3. Fuero Real.

En el Fuero Real¹⁰⁹, también del siglo XIII, regula el testamento, ampliándose las posibilidades del causante de organizar la sucesión. No obstante, se mantiene la legítima de cuatro quintos a favor de los hijos o descendientes, y una mejora de un tercio. Si no había testamento, se consideraban legitimarios en primer término los descendientes por partes iguales y, en su defecto, los ascendientes.

Libro III, tít. V, Ley 9: *“Ningun home que hubiere fijos ó nietos ó dende Ayuso que hayan de heredar, no pueda mandar ni dar a su muerte mas de la quinta parte de sus bines; pero si quisiera mejorar á alguno de los fijos, ó de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que pueden dar por su alma, ó en otra parte do quisiere, é no á ellos.*

4. Las Siete Partidas.

El Código de Las Siete Partidas¹¹⁰, promulgado por Alfonso X, constituye otro importante hito en la evolución legislativa del siglo XIII y, en concreto, en la regulación de la legítima. Pretende instituir el sistema legitimario romano justiniano pero, a pesar de su gran influencia en la legislación posterior, no puede decirse que lograra su propósito. Entre las novedades que incorpora respecto a la legislación anterior destaca la disminución de la protección otorgada al legitimario en aras de la conservación del testamento. En efecto, aunque el legitimario debe ser instituido heredero, sólo goza de una acción de naturaleza personal en caso de que exista una diferencia probada entre lo que recibe y lo que le corresponde por legítima. Carece, por tanto, de la posibilidad de destruir el testamento mediante la acción real *“querella inofficiosi testamenti”*. En las Partidas los ascendientes obtienen la legítima de un tercio y los hermanos de un cuarto, y extendiéndose más tarde a los hijos adoptivos y a los hijos naturales respecto de la madre¹¹¹.

Partida VI, tít. VIII, Ley 5: *“ Mas si aquella parte le dexasse en el testamento, non como heredero: mas como en razón de manda: entonce podria quebrantar tel testamento (...) que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como a heredero, marguer no le dexase toda la su parte legítima que deue auer segund derecho, por todo esso dezimos, que non podria quebrantar el testamento: mas podria demandar que aquello que le menguaua de la su parte, que deuia auer, que gelo compliessen, e los otros que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer”.*

Aparece también por primera vez, la necesidad de constatar la muerte del causante para poder aceptar o renunciar la herencia.

109. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 31.

110. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 32- 33.

111. Derecho de Sucesiones; Luis Roca- Sastre Muncunill, pág. 29.

Partida VI, tít. VI, Ley 14: “(...) *ca de mientras que dubdare, si es biuo ó muerto: non puede entrar nin ganar la heredad del, nin la puede renunciar, maguer quiera (...)*”.

5. Ordenamiento de Alcalá.

En el siglo XIV el Ordenamiento de Alcalá¹¹² vuelve a ocuparse de los derechos de los hijos, y de la libertad del causante para organizar su herencia. Se entiende que si el causante no ha nombrado heredero, aunque el testamento permanece válido en sus disposiciones y legado, la herencia debe atribuirse al legitimario heredero por disposición de la Ley en razón de su parentesco con el testador.

Tít. XIX, Ley única: “... *et el testamento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, e costumbre de la tierra avia de heredar; si el testador non ficiera testamento*”.

6. Leyes de Toro.

En el siglo XVI son promulgadas las ochenta y tres Leyes de Toro¹¹³, carentes de todo orden científico, cuya finalidad consiste en aclarar las dudas y armonizar el Derecho civil vigente, especialmente en materia de familia, sucesiones y contratos. Dentro del ámbito de sucesiones debemos destacar que la mejora, de origen germánico, se regula con minuciosidad en este texto legal. A través de esta institución, aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico castellano el juego de los pactos sucesorios “*inter vivos*” e irrevocables, de manera que, salvando la legítima estricta que debe repartirse por igual entre todos los hijos, el causante puede señalar, en vida, a uno de sus descendientes como sucesor de una parte determinada de su hacienda. La mejora asciende a un tercio de los bienes de la herencia calculado tras separar el quinto de libre disposición y, si hay entrega de la cosa deviene irrevocable. Llegando el óbito del causante, se procede a la valoración de la mejora hecha en vida, sobre el caudal existente en el momento de la muerte, y si excede del quinto de libre disposición más del tercio de mejora, se imputa a la legítima estricta del mejorado y éste no recibe nada más en la herencia de sus ascendientes.

7. Nueva y Novísima Recopilación.

Felipe II pretendió elaborar un gran código nacional derogatorio de todos los existentes, pero el resultado no fue otra cosa que una moderna edición de las Ordenanzas con la adición de las Reales Cédulas u otras disposiciones sueltas promulgadas durante el interregno legal, la llamada Nueva Recopilación¹¹⁴ del siglo XVI. Dividida en nueve libros, esta arbitraria recopilación de leyes necesito

112. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 32-33.

113. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 34-35.

114. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 36.

posteriores interpretaciones auténticas que recibieron el nombre de Autos acordados, tampoco excesivamente fécondos por lo que, en general, la Nueva Recopilación no goza de gran autoridad. Por estos motivos, nos limitaremos a señalar las leyes que recogieron algún mandato relativo a la legítima: Libro V, tít. VI, Ley 10 de la Nueva Recopilación y la Ley XXVI de Toro; el exceso de la mejora hecho en vida se computa a legítima estricta. Libro V, tít. VIII, Ley 1 de la Nueva Recopilación y Ley VI Toro, y Partida VI, tít. I, Ley 17; legítima de dos tercios para los ascendientes. Y, Libro V, tít. VI, Ley 12 de la Nueva Recopilación; legítima de cuatro quintos para los hijos y descendientes.

1.4. La configuración de la legítima en la etapa de la Codificación.

Desde la perspectiva política, el periodo que fue configurando una España distinta a la de la Edad Moderna, había comenzado ya en el siglo XVIII con la llegada de los Borbones a la monarquía española, impregnados del espíritu revolucionario francés, absolutistas, unificadores. Un hito de esta época fueron los Derechos de Nueva Planta de 1707, por los que Felipe V suprimió, en mayor o menor medida y siempre a modo de represalia por los acontecimientos de la Guerra de Sucesión, las instituciones políticas tradicionales y el Derecho de las regiones forales que, en parte, fueron sustituidas por el sistema jurídico castellano. Bajo la monarquía borbónica, la estructura política de España comenzó a perfilarse como un Estado unitario, un solo reino integrado por una pluralidad de provincias, desprovistas de sus anteriores señas de identidad nacional¹¹⁵.

De este modo, la entrada en la Edad Contemporánea y la ruptura con el Antiguo Régimen, se produce en España bajo el signo de la ideología liberal importada de Francia y, del centralismo jurídico-político, que se imponía a través de las Constituciones, entendidas como normas básicas que contienen los principios fundamentales de la organización del Estado. Jurídicamente, la ideología liberal y el afán unificador se corresponde con una técnica legislativa determinada, codificación. El siglo XIX es el siglo de la codificación, en España y un gran número de países europeos. Ya no se trata, simplemente, de un deseo de recopilar las leyes vigentes sino de realizar una ordenación sistemática y completa de la sociedad a través de una ley (el Código), que recoja sucintamente todas las disposiciones relativas a un ámbito del Derecho.

Las Cortes de Cádiz de 1812, además de elaborar el texto constitucional, prevén cinco comisiones, entre ellas una para la elaboración de la legislación civil, que deben satisfacer los ímpetus unificadores y afrancesados de los constituyentes. Sin embargo, dicha comisión no llega a culminar su trabajo. Aunque en 1820, otra Comisión dirigida por Garellly presenta al Congreso el Título Preliminar del futuro Código Civil, y los libros I y II. Pero el Real Decreto de 1823, que anula todas las disposiciones legislativas del trienio liberal, se lleva también consigo estos incipientes trabajos codificadores.

115. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 50.

En materia de sucesiones, la Comisión de 1820 da su voto claramente a la uniformidad¹¹⁶. Se considera como principios básicos que deben regir el reparto sucesorio de la propiedad, los siguientes: la defensa de los derechos del cónyuge viudo, el reforzamiento de la subordinación doméstica, la subdivisión máxima posible de las propiedades.

Después de 1821, se producen otros intentos de esbozar un Código Civil, que tampoco obtienen el objetivo perseguido. Una muestra de la incipiente legislación civil de esta época en materia sucesoria, queda recogida en la Exposición de Motivos del proyecto de Código Civil de 1836, en el que se aprecia el convencimiento del legislador respecto al momento de apertura de la sucesión, así como sobre la libertad testamentaria, en cuanto a las legítimas, este Proyecto reproduce el Derecho histórico castellano¹¹⁷.

En el Proyecto del Código Civil de 1851 se constituye un punto de inflexión en la evolución histórica del actual artículo 816 del C.c. Al amparo de la Constitución de 1845, este Proyecto de Código se elabora con un tinte marcadamente centralista, de filiación francesa y, por tanto, liberal, derogando oficialmente toda la legislación anterior. La Sección civil de la Comisión codificadora elabora en 1846 el Título dedicado al Derecho sucesorio y, en materia de legítimas, decide prescindir del modelo francés, en aras de la fidelidad a las tradiciones de Castilla, que deben imponerse sobre la legislación foral para unificar así todo el país en un único régimen legitimario. Así pues, se configura una legítima de cuatro quintos para los hijos, excepto si hay un sólo descendiente, en cuyo caso la porción debida se reduce a dos tercios de la herencia. Dicho Proyecto de 1851 no llega a ser promulgado, pero influye decisivamente en el proceso de codificación¹¹⁸.

Antes de alcanzar la meta de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888¹¹⁹, que permite la promulgación del Código Civil, hay otros intentos codificadores que merece la pena reseñar, porque muestran la evolución que se va produciendo en la Comisión de Codificación, en gran medida por la

116. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 52. Así en el Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil de 1820, se establece: “dentro de la misma España presenta hoy día un cuadro muy variado en esta parte sus diferencias provinciales, en medio de la unidad de principios políticos. Navarra, las Provincias Vascongadas, Aragón, Cataluña e Islas Baleares se diferencia de las Castillas en el particular, mucho más que en su clima y producciones (...) la Comisión entiende que se debe aspirar a la uniformidad, puesto que existen máximas generales acomodadas a todo pueblo que desea de veras su prosperidad, y hacia las cuales deben inclinar el legislador las esperanzas y los deseos futuros de sus súbditos” (Lasso Gaité, “Codificación...” cit., tomo IV, 2, pág. 11).

117. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág. 53. Respecto a las legítimas, este Proyecto reproduce el Derecho histórico castellano: “La Comisión ha creído conveniente adoptar en esta parte de la ley antigua de Castilla que estableciendo la igualdad entre los hijos, da sin embargo al padre la facultad de mejorar a cualquiera de ellos en el tercio de la porción de la legítima que corresponde a todos”.

118. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, págs.53 – 56.

119. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág.57.

presión de los foralistas, desde el Proyecto de 1815 hasta la definitiva Ley de Bases. En primer lugar, el Proyecto de Ley de Bases de 22 de Octubre de 1881, cuyo rasgo más característico a los efectos de esta investigación, consiste en su propuesta de reducción de la legítima castellana. En segundo lugar la Sección civil redacta, apoyándose en esta ley básica aún no promulgada, el articulado de los Libros I y II, dando lugar al Proyecto de Código Civil de 1882. La parte de Derecho sucesorio no pasa de ser un mero Anteproyecto, pero constituye un antecedente claro del régimen civil actualmente vigente, porque confirma la disminución de la cuantía de la legítima y la define del mismo modo en que hoy lo hace el artículo 806 del C.c. Además el Anteproyecto de 1882 también destaca por su artículo 1073, que después pasará al vigente Código Civil, pues se trata de un intento de defender las explotaciones familiares frente al rígido sistema legitimario de Castilla, admitiendo la posibilidad del pago en metálico de la legítima¹²⁰.

A partir de aquí, los últimos pasos hasta alcanzar la Ley de Bases definitiva¹²¹ son laboriosos, porque la promulgación de esta Ley implica la unificación de las tradiciones jurídicas común y foral en un solo Código de Derecho Civil. La cuestión de la legítima rígida o flexible y al admisión o no de los pactos sucesorios son, entre otros, dos importantes puntos de controversia entre foralistas y unificadores. Los miembros de la Comisión General de Codificación insisten en la idea de que el nuevo Código, aunque debe partir del Proyecto de 1851, no sólo ha de fundamentarse en él sino también en el Derecho Histórico de Castilla y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo introduciéndose, además, las innovaciones que se estimen convenientes.

El Proyecto de Ley de Bases presentado en el Senado contiene las siguientes disposiciones en materia de Derecho de sucesiones; Base 15: *“El haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales, una que constituirá la legítima de los hijos, otra que podrá asignar el padre á su arbitro como mejora entre los mismo, y otra de que podrá disponer libremente. La mitad de la herencia en propiedad adjudicada por líneas y no por proximidad de parentesco, constituirá la legítima de los ascendientes, quienes podrán optar entre ésta y los alimentos. Tendrán los hijos naturales reconocidos derechos á una Proción hereditaria, que si concurre con hijos legítimos nunca podrá exceder de la mitad que corresponda á estos, pero podrá aumentarse cuando sólo quedaren ascendientes”*. Estas disposiciones no se aceptan pacíficamente sino que dan lugar a diversas propuestas de enmiendas, tanto entre el sector foralista como por parte de los más centralistas.

A excepción de los foralistas, el Senado es partidario, en general, de la legítima amplia y fuerte contra la libertad de testar, y por ello el Proyecto sale adelante sin ninguna modificación, por lo que

120. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág.59. El artículo 1073.2 dicta, *“El padre que en interés de su familia quiere conservar indivisible una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de facultad concedida en este artículo disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”*.

121. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, págs.59- 62.

es remitido al Congreso en Mayo de 1885. De este modo, las disposiciones sucesorias van a constituir , no sólo un problema jurídico, sino también una manifestación del obstáculo más importante para la creación de un único Código de Derecho Civil español: la existencia de diferentes tradiciones jurídicas dentro del territorio nacional, entre las que se observan divergencias importantes que los codificadores deben resolver. La cuestión de las relaciones entre el Código Civil y las legislaciones forales se resuelve finalmente, en la Ley de Bases de 1888, del siguiente modo; en su artículo 5 dicta lo siguiente: “ *Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales*”, y conforme a su artículo 6 según “ *El Gobierno, oyendo á la Comisión de Códigos presentará a las Cortes en uno ó en varios proyectos de ley los apéndices de Código Civil en los que se contenga las instituciones forales que convenga conservar en cada una de las provincias ó territorios donde hoy existen*”.

Cuando se aprueba las bases de la Ley de 11 de Mayo de 1888, la Sección civil llevaba tiempo trabajando en el articulado del futuro Código, por lo que la fase final del proceso de elaboración se desarrolla con gran celeridad. El 6 de Octubre de 1888 Alonso Martínez firma el Real Decreto de publicación del Código Civil, aunque después de este momento todavía se introducen algunas reformas, lo cual levantaban duras críticas ente los juristas contemporáneos. Se censura la ausencia de una Exposición de Motivos que aclare todos estos cambios realizados sin la intervención del Pleno de la Comisión de Codificación. Una vez publicado, procede su estudio en el Senado y en el Congreso, y la emisión de un Dictamen de ambas Cámaras, sobre la adecuación entre el texto legal publicado y las Bases aprobadas. Las sucesivas enmiendas, observaciones y críticas de los parlamentarios culminan en una segunda redacción del Código Civil, el actualmente vigente cuerpo de Derecho civil común de 24 de julio de 1889¹²².

En cuanto al régimen sucesorio contenido en el nuevo Código, es unánimemente aceptado por los comentaristas que el Derecho castellano, aun siendo la principal fuente inspiradora, cedió ante algunas imposiciones foralistas, siendo el resultado un sistema legitimario híbrido, en el que es difícil hallar una lógica interna. Haciendo un breve recorrido por los artículos del Código Civil relativos a esta materia puede observarse cómo algunos contribuyen a un sistema de legítimas rígida y otros, por el contrario, configuran un sistema más flexible.

En principio, parece que el planteamiento de fondo que sostiene el Código Civil es el de una legítima concebida como medio de defensa de aquellos que la Ley considera como herederos forzosos. En defecto, se prohíbe cualquier gravamen sobre la legítima, así como la privación injustificada de la misma por parte del testador. Además, el Código civil prevé una serie de mecanismo de imputación y

122. El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Archines, pág.62.

reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima, y de las donaciones inoficiosas, junto a la posibilidad de reclamar el suplemento cuando el legitimario sólo recibe una porción de lo que le corresponde.

1.5. Las últimas reformas de la legítima en el Código Civil.

La legítima del Código Civil ha sido objeto en los últimos años de profundas reformas en orden al elemento subjetivo y objetivo por obra de las Leyes de 24 de abril de 1958, de 4 de julio de 1970 y de la última de 13 de mayo de 1981¹²³.

La Ley de 24 de abril de 1958 restringió la legítima de los ascendientes cuando concurrían con el cónyuge viudo, amplió la legítima usufructuaria del viudo o viuda y equiparó a los hijos adoptivos con adopción plena y a los padres adoptantes a los hijos naturales reconocidos y a los padres naturales respectivamente, aparte de modificar determinados preceptos en aclaración, subsanación y desenvolvimiento de los originarios.

La Ley 4 de julio de 1970, que reformó la adopción, equiparó en materia legitimaria los hijos adoptivos y padres adoptantes con adopción plena a los hijos y padres legítimos respectivamente, si bien en cuanto a los hijos adoptivos con ciertas restricciones, y equiparó los hijos adoptivos y los padres adoptantes con adopción simple a los hijos naturales reconocidos y padres naturales respectivamente.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha adoptado tales materias civiles a los principios de la Constitución española de 1978, concretamente al principio de igualdad de todos los españoles, sin prevalencia de discriminación alguna por razón de nacimiento (art.14) y la de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2).

En cumplimiento de tales principios, el nuevo artículo 108 del C.c., tras distinguir en su primer párrafo entre filiación por naturaleza, matrimonial y no matrimonial, y filiación por adopción, establece en su segundo párrafo el principio civil de que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adopción, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

En consecuencia, la Ley de reforma de 1981 debía, como así lo hizo, modificar el instituto legitimario, no en cuanto al sistema o institucionalmente, pero sí en lo necesario, para su adaptación a la Constitución y a la consiguiente modificación del Derecho civil, en orden principalmente a la filiación. Y así, en cumplimiento de estos mandatos, hijos y descendientes, sin identificación de si

123. Derecho de Sucesiones; Luis Roca- Sastre Muncunill, págs. 31- 32.

son matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos, los padres y ascendientes, también sin distinción alguna, y el viudo o viuda.

El trato de igualdad de los hijos de todas clases en cuanto a legítimas tiene, no obstante, una modalización o condicionamiento, si en la herencia concurren como únicos legitimarios el cónyuge viudo, los hijos que lo sean sólo de su consorte premuerto concebidos constante el matrimonio de ambos, en cuyo supuesto la legítima del viudo o viuda no consiste en el usufructo del tercio de mejora, sino de una mitad de la herencia, que gravará todo dicho tercio de mejora y el recto del tercio libre de disposición (art. 837.2 C.c.), y al ser completada esta norma por el nuevo artículo 840 del C.c., que concede al cónyuge viudo en tal caso una opción consistente en que el usufructo que grava la parte que reciban dichos hijos le sea suficiente, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios¹²⁴.

Finalmente la Ley 21/1987¹²⁵, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, en materia de adopción, después de establecer, en su artículo 178.1, que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, dispone, en su apartado 2 que, por excepción, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, y por tanto, las legítimas que se causaren, según también los casos, en dos supuestos especiales: “1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptado sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir”. Con esta norma, a pesar de la adopción constituida, el hijo por naturaleza conserva la legítima respecto del padre por naturaleza y viceversa, bajo la consideración de que en dichos dos supuesto la adopción, que imita a la naturaleza, no puede constituir impedimento alguno para que subsistan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, entre otros los derivados de la legítima sucesoria.

124. Derecho de Sucesiones; Luis Roca- Sastre Muncunill, pág. 32.

125. Derecho de Sucesiones; Luis Roca- Sastre Muncunill, pág. 33.

2. La conveniencia de mantener la legítima en el actual ordenamiento jurídico español.

La institución de las legítimas está siendo sometida a revisión y, su análisis crítico no se contempla exclusivamente desde el punto de vista del puro interés personal, bien del testador, es decir según la libertad de testar, bien de los legitimarios, según su derecho a ver satisfechas sus expectativas, sino desde un punto de vista del interés social, en relación con la función económica y social que, se entiende, debe justificar la existencia de esta institución para que el ordenamiento garantice su protección¹²⁶.

Así, desde el punto de vista de la libertad de testar se critica el rígido sistema de cuotas que garantiza en todo caso la legítima a los llamados herederos forzosos, con independencia de su situación económica o sus necesidades. Aunque, debemos destacar la existencia en los sistemas jurídicos que establecen la libertad de testar y desconocen la institución de las legítimas, se han alzado voces críticas que destacan el papel de defensa de la familia que está llamada a cumplir la reserva por parte de la ley de una parte del patrimonio del causante a favor de sus familiares más próximos, en particular de los hijos y, de una manera más general, de los descendientes.

El Derecho de sucesiones “*mortis causa*” no está expuesto a las reformas legales con la misma intensidad que otros sectores del Derecho civil, fundamentalmente en el ámbito del Derecho patrimonial, donde los cambios sociales, económicos y tecnológicos crean nuevas necesidades que ponen de manifiesto la insuficiencia de las normas anteriores e impulsan, bien su modificación, bien la aparición de nuevas ramas jurídicas.

Las diferentes regulaciones en derecho de sucesiones están justificadas por razones históricas.

La timidez en las reformas legales en materia de legítima contrasta con la determinación con que se pronuncian algunos escritos académicos en el sentido favorable al reconocimiento de la libertad de testar y a la supresión de las legítimas o, en su caso, de la sustitución de un sistema de reconocimiento de derecho de alimentos a favor de determinados parientes o allegados¹²⁷.

Esta situación resulta muy parecida en varios países, por ello, para una mayor comprensión acerca de la conveniencia o no de mantener, en el actual ordenamiento jurídico español, el sistema de las legítimas, procederemos a la comparación de los distintos sistemas de legítimas presentes en los diferentes Estados que nos rodean.

Existen algunos estudios de Derecho comparado en materia de Derecho de sucesiones en los que se presta atención especial a la libertad de testar y a la legítima. En los sistemas europeos continentales, como veremos a continuación con algunos países de nuestro entorno, donde el sistema de legítimas

126. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 483.

127. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 484.

es imperativo y de cuotas fijas, se han producido modificaciones recientes, y todas ellas van dirigidas a flexibilizar el sistema de legítimas, si bien no llegan a cambiar en profundidad el sistema¹²⁸.

Por el contrario, en los sistemas en los que hay una mayor libertad de testar puede identificarse una tendencia a su restricción, como ejemplo en los Estados Unidos, donde existe un sistema de libertad y, la doctrina pone de relieve cómo, mayoritariamente, los padres disponen de los bienes a favor de los hijos y menos del 1% de los testamentos son impugnados. Cuando se produce la impugnación, normalmente por los familiares excluidos de la herencia, los tribunales utilizan una serie de instrumentos para limitar la libertad de testar, en especial cuando los bienes se han dejado a personas que no pertenecen al círculo familiar próximo. Los Tribunales fuerzan los controles relacionados con la formación de un consentimiento libre y los vicios del consentimiento y aunque no quede demostrada ninguna de estas circunstancias argumentan que un testamento que priva sin razón a los hijos de la herencia demuestra que el testador que actúa contra “lo que es natural”, o que “no actúa como un juicioso padre”, ha otorgado un testamento inválido. De esta forma se llega a introducir un control moral por los jueces¹²⁹.

En Europa, en la actualidad, no existe ningún sistema en el que se admita la libertad de testar sin limitaciones, puesto que en Inglaterra y Gales la misma fue restringida con la introducción mediante la “*Inheritance Act*” de las llamadas “*family provisions*”¹²⁹. En este sistema no existen clases concretas de parientes que tengan derecho a recibir una porción de los bienes hereditarios. Sin embargo, el juez puede, discrecionalmente, y a favor de los dependientes del causante, disponer la provisión de bienes necesarios para sobrevivir o para llevar un nivel de vida semejante al que llevaban anteriormente. En los sistemas en los que se regula la “*family provisión*” existe libertad de testar, pero sometida a un control judicial, por ello, la doctrina más moderna se está planteando la necesidad de que se establezca de manera legal un control que excluya la discrecionalidad judicial. Aunque, en el sistema anglosajón están surgiendo los trabajos de profesores y jueces que proponen la instauración de un sistema legal de legítimas a favor de los hijos, sigue siendo mayoritaria la defensa del principio de la libertad de testar.

Se detectan, en definitiva, dos tendencias contradictorias que diferencian entre los que defienden el sistema de legítimas y los que reconocen la libertad total del causante, siendo la tendencia, en los primeros, a flexibilizar el rígido sistema de la legítima y la tendencia, en los segundos, a restringir la libertad del causante.

Al igual que sucede en España, existe un debate en el resto de Europa acerca de la legítima, convirtiéndose en la institución más controvertida del Derecho de sucesiones. A continuación haremos referencia a cómo han resuelto los países, que nos rodean, la cuestión de la conveniencia de mantener al sistema de legítimas.

La reforma de la legítima en Alemania¹²⁹ fue objeto del Simposio *Cuestiones sobre la reforma de la legítima* en el Castillo de Salzau (30 de noviembre – 2 de diciembre de 2006), en el que, al igual que

128. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 487.

129. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, págs. 488-490.

sucedió, en la época de la elaboración del Código civil alemán se planteó un debate científico acerca de esta institución. Resultan decisivos en el debate dos datos, como es la presentación por el Ministerio de Justicia en el Parlamento el 30 de enero de 2008 de un proyecto de ley (*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*) y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de abril de 2005. Aunque la sentencia no explicita el contenido que debe tener la regulación de la legítima sí que establece que la legítima de los hijos es “constitucional”, es decir, que los hijos tienen derecho a una participación mínima en la herencia de los padres, como manifestación del principio de solidaridad intergeneracional, con independencia de que se encuentren o no en una situación de necesidad. Por tanto, la reforma proyectada no plantea en absoluto suprimir las legítimas, ni siquiera reducir la cuota, se trata, entonces, de modernizar y simplificar la regulación. En el proyecto se prevé una modificación que tiene por objeto ampliar el supuesto de aplazamiento en el pago de la legítima en dinero¹³⁰, es decir se prevé una ampliación de las posibilidades del pago aplazado y, en particular que puedan solicitarlo también los terceros beneficiados por la sucesión que no sean legitimarios¹³¹. En la redacción que se pretende reformar solo puede solicitar el aplazamiento el heredero que sea legitimario, y solo en el caso de que la satisfacción inmediata de la legítima resulte inusitadamente gravosa.

En la reforma del Código civil belga¹³² llevada a cabo por la ley de 28 de marzo de 2007 mejora la situación del cónyuge o pareja en la sucesión intestada, le atribuye el usufructo de la vivienda común con independencia de los parientes con los que concurra a la sucesión. Además, permite otorgar de manera voluntaria a favor del cónyuge o conviviente una liberalidad que comprenda todos los bienes cuando concurre con los ascendientes. Para compensar esta privación, el Código civil impone, con cargo a los bienes recibidos, un deber de alimentos de los ascendientes del difunto que se encuentren en situación de alimentos en el momento del fallecimiento del descendiente.

Por último, como comparación entre los países de nuestro entorno, centraremos nuestra atención a la reforma llevada a cabo en Francia¹³³. La reforma francesa fue precedida, además de los oportunos estudios doctrinales previos, de una encuesta dirigida en el año 2004 a los notarios con la finalidad de conocer las necesidades detectadas en la práctica en la redacción de los documentos. El resultado ha sido una modificación que, sin prescindir de la institución de las legítimas, trata de acomodarlas a la nueva realidad social e introduce la suficiente flexibilidad como para permitir la adjudicación

130. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 490. Como regla general, en Derecho alemán la legítima se puede pagar en dinero siempre, pues tiene una naturaleza crediticia. El Código permite, además, el aplazamiento en el pago de la legítima si el bien que recibe el heredero que debe pagar la legítima en dinero es la vivienda familiar o una empresa. Se trata de evitar que el que recibe los bienes se vea obligado, para satisfacer la legítima, a vender la vivienda o la empresa por no existir dinero en la herencia o, en el caso de la empresa, sencillamente, de evitar que se produzca su descapitalización

131. Esta medida supone un favorecimiento del cónyuge, a quien se atribuya la vivienda familiar.

132. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, págs. 490-491.

133. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 491.

preferente de determinados bienes por razón de protección especial de algunas personas (hijos discapacitados) o de conservación de un negocio familiar. De la reforma merece destacar que se ha suprimido la legítima de los ascendientes y, se transforma la naturaleza de la acción de reducción de donaciones que corresponden a los legitimarios, que deja de ser una acción real para convertirse en un derecho de crédito, un derecho personal, que atribuye al legitimario el derecho a obtener una reducción del valor de lo donado, pero no los mismos objetos de la donación, lo que permite a los donatarios o legatarios, salvo que ellos mismos prefieran una reducción *in natura*, retener la cosa recibida indemnizando en dinero a los legitimarios, entre otros aspectos reformados.

Los argumentos tradicionales utilizados en contra y a favor de la legítima son utilizados de manera reiterada y semejante por muchos autores¹³⁴.

En cuanto, a los argumentos a favor de la libertad de testar, debemos partir de la consideración de la legítima como una reliquia, es decir una figura anacrónica. Pues, a la vista de la evolución experimentada por la familia desde la época de la Codificación, se advierte el desajuste de la legítima y el carácter excesivo de las cuotas fijadas en el sistema codificado. Además, transformada en el sistema del Código civil la regulación de la prodigalidad, que pasa en el año 1984 de ser instrumento de defensa de los legitimarios a un sistema de protección de los parientes con derecho a alimentos, la conservación de la legítima sería el único residuo de una ideología que, permitiendo a las personas disponer de sus bienes, les impediría hacerlo libremente para después de su muerte.

Por otro lado, los defensores de las legítimas se han apoyado tradicionalmente en argumentos de ética familiar. La legítima no solo enlazaría con un determinado régimen familiar de copropiedad sino que, además, sería cumplimiento de las obligaciones impuestas por la propia naturaleza de las cosas de mantener y garantizar la subsistencia de los parientes más próximos. A este tipo de argumentos se añaden otros, como la necesaria igualdad entre los hijos, que los hijos son herederos naturales de sus padres, continuadores de su personalidad, así como que la posibilidad de que el padre discrimine a los hijos puede dar lugar a abusos e injusticias y aumentar la envidia, las desavenencias familiares y los pleitos.

En las opiniones más recientes¹³⁵, resulta indudable que, en los ordenamientos en los que existe un sistema de legítimas, las voces que propugnan su supresión son las que están más presentes en la actualidad. Sin embargo, no puede afirmarse que se trate de posiciones que cuenten con argumentos incontestados ni que pongan de relieve de manera indubitada las ventajas de la supresión de esta institución, por tanto, no resulta evidente que un sistema sea objetivamente mejor que los demás.

En España, las expresiones más rotundas contra la legítima proceden del sector profesional de los notarios y la referencia a la libertad de testar del mundo anglosajón se propone como un modelo a seguir. Pero, entre los profesores de Derecho civil no existe un consenso acerca de la manera en que debería reformarse el sistema legitimario, si bien suele entenderse que el sistema del Código civil no es un sistema coherente. Así, entre varias opiniones, destacamos aquellas que manifiestan que la

134. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 497.

135. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, págs. 498-500.

supresión de las legítimas y su sustitución por unas limitaciones a favor del cónyuge y determinados parientes o allegados en función de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento, entiende que eso sería en un sistema de “*tabula rasa*”, sin historia, sin tradición, y dada la fuerte carga simbólica de la regulación de las legítimas concluye que es más fácil una reforma de las legítimas que no cuestionar el sistema. Este llamamiento a la prudencia y a la moderación es expresado por quienes insisten en el profundo arraigo de la legítima en el ordenamiento jurídico y en la conciencia social y, precisamente por esta razón, excluyen la oportunidad de la sustitución de un sistema de legítimas por cuotas fijas por un sistema de alimentos.

En los países de nuestro entorno, como hemos visto, las reformas legislativas producidas recientemente se dirigen a flexibilizar, pero no a suprimir las legítimas.

Por tanto, el legislador francés, que en el año 2006 flexibiliza el sistema legitimario del Código para adecuarlo a lo que considera la nueva realidad social y las necesidades particulares de algunas familias (con hijos discapacitados a los que hay que proteger especialmente o con negocios familiares que se pretende conservar), expresa claramente su voluntad favorable al sistema legitimario. Además, en los informes elaborados en el proceso de elaboración de la ley, se reconoce a la legítima como un instrumento útil por una serie de motivos como: protege la familia, porque permite asegurar la conservación de los bienes en su seno, se considera expresión del deber de asistencia póstumo frente a los parientes más próximos, protege igualmente la libertad del heredero, impidiendo las presiones del “*de cuis*” que amenaza con desheredarle y, se garantiza una igualdad mínima entre los herederos, impidiendo que uno sea aventajado más allá de una cierta proporción.

Otro punto a destacar, en la reforma de Francia, es que los Notarios franceses se muestran partidarios del mantenimiento de la legítima, aunque con ciertas matizaciones, y advierten también que en los países en los que la legítima no existe y está reconocida la total libertad del testador (Estados Unidos, Gran Bretaña), existe una cierta litigiosidad con los hijos desheredados que impugnan los testamentos de sus padres, y cómo los tribunales acaban estimando sus pretensiones por considerar que el testamento que nada deja a los hijos se hizo “bajo influencia”.

La cuestión que puede plantearse es la de si existe una garantía constitucional de la legítima, como ocurre en Alemania, donde el Tribunal Constitucional mantuvo que la legítima de los hijos es una exigencia constitucional. De una parte, el artículo 14 de la Constitución alemana garantiza la propiedad privada, y la libertad de testar es entendida como un elemento determinante de la garantía del Derecho de sucesiones, como reflejo del derecho de propiedad y del principio de autonomía privada en la libre autodeterminación de la persona (art. 2.2 de la Constitución). Pero, al mismo tiempo, entiende el Tribunal Constitucional, el artículo 14 debe ponerse en relación con la protección de la familia garantizada por el artículo 6.1 de la Constitución, de forma que los hijos tienen siempre derecho a una porción de la herencia.

La doctrina alemana, que ha criticado la posición del Tribunal Constitucional, se ha planteado si los argumentos utilizados por el Constitucional son aplicables igualmente a otras personas, cómo el cónyuge o los ascendientes. Sea como fuere, resulta evidente que en la elaboración del proyecto de ley de reforma del sistema de legítimas alemán tramitado durante el año 2008 se parte de la doctrina

del Tribunal Constitucional. En absoluto se plantea la supresión de la legítima y, únicamente, asumiendo la necesidad de una modernización, se destaca la utilidad social de la misma.

Pese a lo anteriormente dicho, no puede deducirse que en la Constitución española exista la exigencia de un sistema de legítimas. Otra cosa es que el Derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer con la necesaria protección de la familia y, el sistema de las legítimas es una de las formas de lograrlo.

A continuación, nos centraremos en identificar algunas tendencias sobre el sistema de las legítimas, como la supresión de la legítima de los ascendientes, el fortalecimiento de la posición del viudo y, la reducción de los derechos de los legitimarios de los descendientes, o su cambio a derechos de alimentos.

Las propuestas doctrinales que defienden la ampliación de la libertad del causante y la reducción de las legítimas sugieren la necesidad de suprimir la legítima de los ascendientes y un aumento de la legítima del cónyuge o en su caso, pareja de hecho¹³⁶. Por lo que se refiere a la legítima de los ascendientes merece la pena hacer referencia a algunos datos legislativos, como que en la Ley francesa de 2006 ha suprimido la legítima de los ascendientes, en la reforma del Código civil belga de 2008 no suprime la legítima de los ascendientes pero permite otorgar a favor del cónyuge o conviviente una liberalidad que comprenda todos los bienes cuando concurre con los ascendientes, lo que de hecho permite reducir o eliminar la legítima de los ascendientes. Dentro del ámbito de las reformas legales de la legítima aprobadas en los Derechos civiles españoles, destacar que en Aragón no son legitimarios los ascendientes, en el Derecho civil de Galicia de 2006 se ha suprimido la legítima de los ascendientes pero, en cambio, otras reformas de Derechos civiles territoriales, como las leyes del País Vasco y de Cataluña, la mantienen.

En general, en este ámbito quienes se inclinan por suprimir la legítima de los ascendientes suelen tener en cuenta datos socioeconómicos, como, la existencia de un sistema de pensiones, o la renta suele aumentar con la edad, de forma que la riqueza de los ancianos es superior a la de los jóvenes. Por tanto, los problemas de los ancianos con bajas rentas no pueden ni deben solucionarse con arreglo al sistema legitimario general, sino con arreglo a otras políticas. Pero por el contrario, algunas opiniones consideran justificada la legítima de los ascendientes como la idea del “tributo al principio de familia” o la de “débil compensación a los sacrificios hechos”.

En contraposición a la opinión mayoritaria a favor de la supresión de la legítima de ascendientes, nos encontramos con que la doctrina europea es mayoritaria a la opinión de que la posición del cónyuge debe ser mejorada en la sucesión, partiendo de la base de la colaboración del cónyuge en la riqueza del causante¹³⁷. Si se presta atención a lo que sucede en los distintos ordenamientos de nuestro entorno, las reformas legales recientes reflejan esta tendencia, pero es difícil establecer el límite, pues la ampliación de los derechos de la pareja siempre es en detrimento de los derechos de otras personas, normalmente los hijos.

136. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 501.

137. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 504.

Por último, destacar que, existe una corriente doctrinal favorable a eliminar las legítimas y sustituirlas por el reconocimiento de un derecho de alimentos¹³⁸. La reforma del Código civil del año 2003, en cuanto dirigida a facilitar la sucesión de las personas con discapacidad, sugirieron reflexiones sobre unos criterios distintos de los actuales como la justificación de la configuración de las limitaciones a la libertad de disponer en el ámbito sucesorio, donde los intereses que han de ser protegidos no serían la atribución de expectativas hereditarias en abstracto a los parientes en cuanto tales, sino en atención a las concretas situaciones carenciales de personas dependientes del causante a las que éste atendía.

Frente a esto hay que advertir que, quienes defienden la legítima, no se basan en su función de garantizar la subsistencia de los parientes, sino en el derecho a participar en el patrimonio del causante de ciertos parientes.

Debemos resaltar que la sustitución del sistema de legítimas por un derecho de alimentos ofrece para su implantación general en el Derecho español algunas dificultades, como la determinación de si el momento relevante para apreciar la situación de necesidad es exclusivamente el de la muerte del causante o se añaden otras situaciones.

Además, quienes defienden este derecho de alimentos para los descendientes necesitados como alternativa a su derecho a la subsistencia no son totalmente coherentes con los derechos que reconocen al cónyuge o a la pareja de hecho, que no se hacen depender de situación de necesidad alguna, dando por supuesto que la mejor situación del viudo o la pareja así lo exige, con independencia de su nivel y situación económica tras el fallecimiento.

Como, ya hemos resaltado al principio, la institución de las legítimas es una institución muy controvertida, dado el gran número de debates que genera acerca de la conveniencia de mantener vigente dicha institución o no. Por un lado, existe un importante peso ideológico y cultural en la actitud de los juristas ante la legítima, mientras, entre los ciudadanos depende de la edad y la situación en la que se encuentren en relación con la sucesión.

Según, la información proporcionada por los notarios¹³⁹, se detecta la voluntad de los ciudadanos favorable a la ampliación de la libertad de testar, pero dicho dato es exteriorizado por quien va a disponer y descubre que no puede hacerlo con la libertad con la que le gustaría, no por quienes puedan resultar favorecidos por ese acto de disposición o verse privados como consecuencia del mismo. En definitiva, se admite más fácilmente la libertad de testar cuando se va a disponer que cuando el uso de esa libertad por otro puede privarnos de la expectativa de una atribución patrimonial.

Desde otro punto de vista hay argumentos que parecen intercambiables, en el sentido de que podrían utilizarse tanto a favor como en contra de la legítima. Así sucede, con el hecho de que

138. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, págs. 504 - 505.

139. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra, pág. 536.

mayoritariamente, incluso en los sistemas en que existe libertad de testar, se ordena la sucesión a favor de los hijos y del cónyuge de manera preferente; también con la tesis de que la razón por la que los padres nombren herederos a sus hijos en los sistemas en los que existe legítima no se basa en la idea de estar cumpliendo un imperativo legal, sino en el dato de ser esa habitualmente la voluntad de los ciudadanos. Sin embargo, este tipo de razonamiento parecen justificar los criterios que deben adoptarse en la sucesión legal, en defecto de voluntad del causante, que para imponer, por ley, ciertos derechos a favor de los favorecidos habitualmente, aun en contra de la voluntad del causante.

Junto a ello, debemos de nuevo destacar que, donde está reconocida la libertad de testar, no han dejado de levantarse voces criticando el sistema y proponiendo la introducción de unas legítimas de modo similar al sistema que existe en los Derechos continentales, como hemos mencionado en el caso de los Estados Unidos, donde un sector doctrinal cada vez más numeroso ha defendido la necesidad de que legalmente se limite la libertad de testar, en especial a favor de los hijos.

Por tanto, ante todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que la cuestión sobre la oportuna conveniencia de mantener la institución de la legítima o no, es una cuestión polémica. Pues, existen numerosos debates en torno a su vigencia conforme a la realidad social-económico actual y, al no existir una unanimidad al respecto, si es correcto o no su supresión total, o en determinados supuestos. Parece, lógico determinar que para asegurar la protección de la institución conforme a los argumentos tradicionales y, garantizar una mayor libertad del testador, el ordenamiento jurídico español al igual que sucede en el ordenamiento jurídico francés, entre otros anteriormente examinados, debe tratar de acomodar la institución de la legítima a la nueva realidad social, con una mayor flexibilidad en su adjudicación.

Bibliografía.

- Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado, Derecho de la Persona; Pedro de Pablo Contreras (coordinador), Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Miguel Ángel Pérez Álvarez, María Ángeles Parra Lucán. Ed. Colex. 3º edición 2008.
- Elementos de Derecho Civil (IV), Familia; José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Redullida, Agustín Luna Serrano, Jesús Delgado Echeverría, Francisco Rivero Hernández, Joaquín Rams Albesa. Ed. Dykinson, 2002.
- Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Pilar Álvarez Olalla, Natalia Álvarez Lata, María Ballesteros de los Ríos, Lucía Costas Rodal, Manuel Jesús Marín López, Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina, María Rovira Sueiro. Ed. Bercal, S.A., 2007.
- Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil (VII); Carlos Lasarte. Ed. Marcial Pons. 4º edición, 2005.
- Elementos de Derecho Civil, Sucesiones (V); José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Redullida, Agustín Luna Serrano, Jesús Delgado Echeverría, Francisco Rivero Hernández, Joaquín Rams Albesa. Ed. Dykinson, 2004.
- Manual de Derecho Civil, Sucesiones; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), José Manuel Busto Lago, Rafael Colina Garea, Encarna Cordero Lobato, Lucía Costas Rodal, Carmen González Carrasco, Pascual Martínez Espín, Fernando Peña López, María Ángeles Zurilla Cariñana. Ed. Bercal, S.A., 2012.
- Derecho de Sucesiones; Luis Roca- Sastre Muncunill. Ed. Bosch, 1997.
- La Herencia Yacente; M^a Dolores Hernández Díaz- Ambrona. Ed. Bosch, 1995.
- Intangibilidad cualitativa de la legítima; Alicia Real Pérez. Ed. Civitas, S.A., 1988.
- La desheredación injustificada en Derecho Romano, *Querella inofficiosi testamenti*: Fundamentos y Régimen Clásico; José María Ribas- Alba. Ed. Comares, 1998.
- Legítima del cónyuge supérstite; José Enrique Maside Miranda. Centro de estudios hipotecarios, DL 1989.

- Derecho Internacional Privado; José Carlos Fernández rozas, Sixto Sánchez Lorenzo. Ed. Civitas. 5º edición, 2009.
- Instituciones de Derecho Privado Romano; Jesús Daza Martínez, Luis Rodríguez Ennes. Ed. Tirant lo Blanch. 4º edición, 2009.
- El pacto de renuncia a la legítima futura; Paloma Barrón Arniches. Ed. Cedecs, 2001.
- Lecciones de Derecho Mercantil; Aurelio Menéndez y Ángel Rojo (directores). 10º edición, 2012.
- Curso de Derecho Mercantil; Rodrigo Uría y Aurelio Méndez. Ed. Thomson Civitas. 2º edición, 2006-2007.
- Libertad testamentaria y sistemas de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana; Alejandrino Fernández Barreiro. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 10, págs. 279-302. Año 2006.
- Legítimas, Libertad de testar y transmisión de un patrimonio; M^a Ángeles Parra Lucán. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 13, págs. 481-554. Año 2009.
- Derecho de Legítimas en las Partidas; Guillermo Suárez Blázquez. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ourense, nº1, págs. 501-526. Año 2002.