



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La libertad de testar en el Código Civil: De la
revisión de las legítimas a la modificación de las
causas de desheredación.

Autor

María de los Reyes Martí Serrano

Director

Silvia Gaspar Lera

Programa conjunto Derecho y ADE
Facultad de Derecho
Año 2018

RESUMEN

La libertad de testar es un tema que pese a que muchos no les preocupe, debe estar a la orden del día. La necesaria reforma del derecho del sucesiones no acaba de ser acometida por el legislador, y esto es así puesto que la doctrina tampoco es capaz de ponerse de acuerdo en como llevarla a cabo. Se han sucedido distintas propuestas de reforma, pero ninguna lo suficientemente convincente como para poder materializarse. La base de dicha reforma debería consistir en la revisión del sistema de legítimas y de las causas de desheredación, de tal manera que ambas se pudiesen adaptar las nuevas circunstancias económicas y sociales en las que vive nuestro país. Este trabajo tratará de exponer cuáles son dichas circunstancias, qué medidas concretas deben de llevarse a cabo de cara a una posible reforma y cuáles deberían ser los objetivos que debería satisfacer un futuro y renovado derecho de sucesiones.

Palabras clave: *Sistema de legítimas, derecho de sucesiones, desheredación, libertad de testar, heredero, testador y reforma.*

ABSTRACT

The testamentary freedom is a subject that may not be in everybody's minds when it should be. The necessary reform that our succession system needs, has not been undertaken by the legislator because both parties, the legislator and the doctrine can't agree on what's need to be reformed. There have been some proposals on the table, but none of them were convincly enough to be taken under consideration. The foundation of this reform should consist in a review of the compulsory shares and the causes of disinheritance, so the could be adapted to the new social and economic ciscumstances that nowadays our country lives on. This paper will try to expose these circumstances and what measures should be undertaken in order to achieve a reform, moreover it also will try to determine the main goals that a future and renovated succession system should satisfied.

Key words: *Compulsory share, succession system, disinheritance, testamentary freedom, heir, testator and reform.*

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS DERECHOS AUTONÓMICOS	5
1. LAS DISTINTAS REFORMAS DEL DERECHO DE SUCESIONES	5
2. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL	6
3. MECANISMOS ACTUALES PARA SORTEAR LA LEGÍTIMA O DISMINUIRLA	7
III. PRINCIPALES ARGUMENTOS QUE JUSTIFICARÍAN LA NECESIDAD DE UN INCREMENTO EN LA LIBERTAD DE TESTAR	11
1. CAMBIOS ESTRUCTURALES EXPERIMENTADOS EN LA SOCIEDAD DESDE EL S.XIX HASTA NUESTROS DÍAS	11
1.1 Incremento de la esperanza de vida	11
1.2 La variación de la fuente de enriquecimiento personal	12
1.3 El Estado ya no es garante del derecho a la legítima	13
2. DERECHO COMPARADO: UN ESPEJO DONDE MIRARSE	14
IV. LA LEGÍTIMA, EL PRINCIPAL LÍMITE A LA LIBERTAD DE TESTAR	17
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	17
2. CRÍTICAS AL SISTEMA DE LEGÍTIMAS	20
2.1 A favor de la libertad de testar	20
2.2 A favor de las legítimas	21
2.3 Conclusión	23
3. DISTINTAS SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA DE LA LEGÍTIMA	25
3.1 Supresión de la legítima de los ascendientes	25
3.2 Fortalecimiento de la posición del viudo	26
3.3 Reducción de los derechos legitimarios de los descendientes	27
V. HACIA UNA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES	29
1. EL PORQUÉ DE LA REFORMA	29
2. OBJETIVOS DE LA REFORMA	30
2.1 La mejora de la posición del viudo	30
2.2 La reducción de las legítimas	31
2.3 Propuesta de reforma	32
VI. LA DESHEREDACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE TESTAR	36
1. LA LIBERTAD PARA TESTAR	37
2. LA DESHEREDACIÓN POR MALTRATO DE OBRA	40
VII. CONCLUSIONES	41
VIII. BIBLIOGRAFÍA	43

Listado de abreviaturas

CC: Código Civil

CDFFA: Código de Derecho Foral Aragonés

CDFG: Código de Derecho Foral Gallego

CDCV: Código de Derecho Civil Vasco

CE: Constitución Española

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

BOUE: Boletín Oficial de la UE

PYMES: Pequeñas y medianas empresas

PPC: Propuesta Privada de Reforma

I. INTRODUCCIÓN

El principio de libertad de testar es, en la actualidad, un principio fundamental del derecho de sucesiones, que se ve limitado en el Código Civil por un sistema de legítimas muy estricto y protegido por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Este sistema no ha sabido adaptarse a las nuevas circunstancias sociales y económicas en las que vive nuestro país y, que claramente justifican un cambio en la normativa que regula la sucesión.

Con respecto a la estructura del trabajo, será preciso de entrada, remontarnos a los orígenes de la legítima y si ha sufrido algún cambio desde entonces, en segundo lugar, expondremos las críticas de parte de la doctrina a dicho sistema de legítimas. Y, por último, enumeraremos una serie de objetivos de mejora, los cuales se recogen en una concreta propuesta de reforma auspiciada por la doctrina y centrada en el sistema de legítimas.

En estrecha relación con la legítima y su actual situación, no se puede ignorar la desheredación y la conveniencia de reformar sus causas, o por lo menos de una flexibilización de aquellas que afectan a la libertad de testar, estando esto último sustentado en recientes sentencias que estudiaremos.

Para apoyar todas estas sugerencias de reforma nos fijaremos en el paso que han dado los derechos forales, que sí han decidido adaptarse a la nueva sociedad, y también, en el derecho comparado, puesto que en nuestro entorno también se están llevando cabo reformas importantes sobre esta materia.

II. LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS DERECHOS AUTONÓMICOS

1. LAS DISTINTAS REFORMAS DEL DERECHO DE SUCESIONES

En nuestro Código Civil, hay 331 artículos expresamente dedicados al derecho de sucesiones, heredado, nunca mejor dicho, en parte, del derecho romano de sucesiones. Estos artículos se encuentran distribuidos entre el artículo 657 y el 1087 (Título III, de las sucesiones, del Libro III, de los diferentes modos de adquirir la propiedad).

El Código Civil se promulgó en 1889, si bien es cierto que durante su codificación se vivió un tenso clima alrededor de qué régimen sucesorio era el que debía recoger. En esa época había tres opciones sobre la mesa, en primer lugar, el establecimiento de un sistema de legítimas basado en los derechos forales, en segundo lugar, una fórmula sin precedentes conformada por un sistema de legítimas acompañado de mejoras, y por último, la libertad de testar, más o menos plena, siguiendo el camino de Inglaterra que en esa época había establecido la más absoluta libertad de testar hasta ahora conocida.

Pese a que finalmente, los legisladores se decantaron por la segunda opción compuesta por un sistema de legítimas y mejoras, los perdedores, aquellos que apoyaban un sistema más parecido a los forales, consiguieron que su influencia se viese reflejada en la redacción del Código Civil al lograr reducir la legítima de cuatro quintos con tercio de mejora proveniente del derecho castellano, a una nueva legítima de dos tercios y tercio de mejora.

Pues bien, desde la configuración del Código Civil que acabamos de mencionar, solo han sido modificados 90 artículos del derecho de sucesiones, lo que supone que solamente una cuarta parte de los artículos dedicados a esta materia tienen una redacción distinta a la del Código Civil original de 1889.

Pese a estas modificaciones, no sería correcto afirmar que desde la promulgación del CC hasta nuestros días, el derecho sucesorio de nuestro país haya cambiado ni su sistema, ni sus rasgos más característicos.

De todas las reformas que se han llevado a cabo principalmente a lo largo del siglo XX, ninguna de ellas puede considerarse que haya sido lo suficientemente profunda como para adecuarse al paso del tiempo y las nuevas circunstancias sociales. En definitiva, en pleno siglo XXI, nuestro derecho de sucesiones no ha cambiado prácticamente nada de aquél redactado hace más de cien años y por tanto, la evolución no ha sido tanta.

Ninguna de estas modificaciones ha tocado en algún momento la libertad de testar actual que posee el testador, siendo ésta prácticamente la misma que cuando el código se promulgó por primera vez.

Aún así, la modificación de, en primer lugar, la Ley del Patrimonio Personal de las Personas con Discapacidad, que ya supuso una reforma del Código Civil¹, y en segundo lugar, la modificación de la Ley de sociedad limitada Nueva Empresa², que modifica la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, suponen que el CC sea merecedor de una reforma que vaya encaminada a un aumento de la libertad de testar y allanan el camino para que ésta se pueda empezar a plantear.

2. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL

La libertad de testar material es considerada como una «manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad aplicado al derecho de sucesiones³».

El derecho a la propiedad privada viene garantizado y protegido por el artículo 33 de la Constitución española. Este artículo reconoce a los españoles el derecho de hacer con sus bienes lo que consideren necesario, tanto en vida, como una vez que éstos hayan fallecido, esto último viéndose reflejado en la posibilidad de testar que

¹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, por la que se modifican los artículos 782, 821, 822 y 834 del Código Civil.

² Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Esta ley modifica el artículo 32.2 de la LSRL, mediante la cual, sobre las participaciones de un socio fallecido tienen preferencia para su adquisición los socios sobrevivientes.

³ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016) «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles autonómicos», *InDret* 4/2016.

poseen los individuos. Esta facultad de disponer en actos *mortis causa* se debería configurar dentro de la libertad de testar del individuo.

En cambio, pese a este derecho de disponer que poseen los españoles y esa garantía a la propiedad privada que nos otorga la Constitución Española, la libertad de testar se ve limitada principalmente por un sistema de legítimas que prácticamente se ha visto invariable desde la promulgación del Código Civil. Nuestro sistema sucesorio, así como los demás sistemas vigentes en el Estado Español, consideran que es necesario que determinados parientes del causante posean un mayor o menor derecho sucesorio en la herencia del mismo frente a otros terceros, que sin ser parientes podrían heredar.

Por ello, se considera principalmente a la legítima como el límite a la autonomía privada del causante en el ámbito sucesorio, es decir, hay unos determinados bienes que lo quiera o no el causante van a ser heredados por una serie de parientes, en detrimento de otros a los que quizás el causante hubiera preferido dejar más parte de la herencia.

Además, esta tendencia se ve también reflejada en los diferentes regímenes sucesorios que en España contemplan esta institución, puesto que en ninguno de ellos existe una absoluta libertad de testar.

A diferencia del derecho estatal, los derechos autonómicos cada vez se están encaminado más hacia reformas que reconozcan una mayor libertad de testar de sus ciudadanos, eliminando ciertas restricciones establecidas por el sistema de legítimas, así como aumentando su flexibilización, si bien, aún no han buscado su total supresión. La legítima no es considerada como una institución de Orden Público del Estado Español, lo que supone la permisión a la hora de su modificación o supresión.

3. MECANISMOS ACTUALES PARA SORTEAR LA LEGÍTIMA O DISMINUIRLA

En el derecho estatal y en los autonómicos existen una serie de mecanismos que pueden permitir al testador de una manera más o menos eficaz sortear las legítimas, pese a que el poder de éstas dentro del Código Civil supone, que en la mayoría de las ocasiones la legítima solo se pueda disminuir y en muy pocos casos eludir.

En el Código Civil y autonómicos existirían tres maneras de poder disminuir u obviar la legítima:

- a) En primer, lugar, el testador puede contar con los **pactos formalizados** con el legitimario, en los que el pago anticipado de bienes o dinero tiene como contraprestación no poder demandar nada más en concepto de legítima. Estos pactos tienen como principal consecuencia la eliminación de la situación de legitimario por parte de quien los acepta. Uno de esos pactos viene recogido en el Derecho Civil de Galicia bajo el nombre de *pacto sucesorio de apartación*⁴. En el derecho foral aragonés también se encuentran los *pactos de renuncia*⁵, e incluso también contempla que sea el propio legitimario quien renuncie de manera anticipada a la legítima.⁶
- b) El Código Civil, así como los distintos derechos autonómicos cuentan con la preterición intencionada de legitimarios⁷. Se trata de una manera de eludir la legítima de manera temporal, puesto que el legitimario puede posteriormente reclamar la cuota de legítima que le corresponde por su condición. No es una manera muy efectiva de contrarrestar el efecto de las legítimas en la herencia del causante.
- c) Por último, el causante cuenta con la institución de la desheredación. La desheredación viene regulada tanto en el Código Civil como en los derechos autonómicos. Se trata de un «acto formal por el que el causante priva al legitimario de la condición de tal y de la posibilidad de solicitar lo que por legítima le hubiera correspondido, por haber incurrido en una de las causas que lo autorizan». Desheredar o no a uno de los legitimarios es un acto que recae únicamente en el causante y por tanto, cuando se da una de las causas, éste posee la libertad de testar para dejar fuera a un legitimario de la parte de la herencia que por derecho le correspondería. El problema de esta institución es que las causas para poder aplicarla están muy tasadas y por tanto, es

⁴ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, en adelante CDFG, Art 224: “Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados”.

⁵ Art 399 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en adelante CDFA.

⁶ Art. 492 CDFA

⁷ Art. 814.1 Código Civil, Art 507 CDFA, Art. 258 CDFG.

responsabilidad del causante intentar encajar el motivo de desheredación en una de ellas, tarea nada fácil y que puede suponer la impugnación de dicho acto por parte del legitimario desheredado.

Como mecanismo que me gustaría mencionar aparte debido, en primer lugar a que se trata de una figura del derecho foral aragonés y por ello nos toca desde más cerca, y en segundo lugar, porque supone la elusión total de la legítima, encontramos la figura de la exclusión. En Aragón, la legítima que solo corresponde a los descendientes al no existir aquella para los ascendientes, ha sido siempre configurada como una legítima colectiva, siendo los hijos los considerados como legitimarios de grado preferente con respecto a otros descendientes.

Regulada en los artículos 512 y 513 del Código de Derecho Foral Aragonés existen en Aragón dos tipos de exclusión:

- a) La exclusión voluntaria⁸ (Art. 512): Mediante esta exclusión el heredero forzoso que ha sido despojado de su parte de la herencia, es capaz de mantener sus derechos frente a terceros, si se detecta una infracción cuantitativa de la legítima colectiva.
- b) La exclusión absoluta⁹ (Art. 513): Esta exclusión supone para el legitimario de grado preferente la pérdida de todo derecho no solo a la sucesión testada sino también a la sucesión legal. También esta exclusión supone la imposibilidad por parte del excluido de ejercitar la acción por lesión de la legítima colectiva.

La exclusión absoluta como bien indica el Código de Derecho Foral Aragonés supone la pérdida de cualquier tipo de derecho en la sucesión del causante, pero ésta

⁸ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, Art. 512 CDFA: “1. El disponente puede excluir a los legitimarios de grado preferente aunque no concurren los requisitos del artículo 509 y aun sin alegación de causa alguna. 2. Los legitimarios excluidos no tienen otros derechos que el que pueda corresponderles a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma, y los que les correspondan en la sucesión legal, salvo lo dispuesto en los dos artículos siguientes”.

⁹ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, Art. 513 CDFA: “1. La exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión. La misma consideración tiene la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el artículo 509. 2. Los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran. 3. No obstante, si la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma”.

solo se puede aplicar de manera efectiva cuando no afecte a todos los legitimarios o al único que hubiese, puesto que sino en ese caso estaríamos hablando de una exclusión simple o voluntaria. Es decir, las legítimas no pueden extinguirse para todos los legitimarios, en el caso de que solo hubiese un legitimario, ésta no podría desaparecer bajo la exclusión puesto que el sistema de legítimas basa su fundamento en el parentesco entre causante y descendientes. La justificación de ello se puede apreciar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) del 9 de Noviembre de 2010¹⁰, en ella el tribunal razona lo siguiente «En Aragón la desheredación individual ofrece unas peculiaridades derivadas de la circunstancia de la falta de una legítima propia reservada a cada legitimario. De manera que la misma sólo tiene un verdadero sentido cuando se desheredan a todos los legitimarios, dado que la legítima es colectiva. Por eso el art. 198.3 LS previene para la exclusión absoluta, a la que, como ya hemos dicho, queda parificada la desheredación colectiva, que todos los legitimarios conservarán el derecho a suceder abintestato (cuando no hay institución de heredero) y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, y ello cuando exista lesión de la misma».

En definitiva, si el causante lo que pretende es la desheredación de todos o del único legitimario, así como de la desaparición de la legítima colectiva solamente puede hacerlo mediante las causas de desheredación estipuladas en el Código de Derecho Foral Aragonés.

A pesar de que el legislador aragonés, mediante una figura como la exclusión, otorga un gran poder al causante, aumentando su libertad de testar, hay que tener en cuenta que esta figura supone la posibilidad la conversión del legitimario excluido en un extraño a los ojos de la familia sin la necesidad de tener que esgrimir una causa justificada por parte del causante. En consecuencia, no se cumplen de esta manera los objetivos de la libertad de testar puesto que ésta está concebida para permitir que el causante reparta la herencia de una manera desigual atendiendo a las diferentes necesidades que sus herederos puedan de tener y no para excluir a miembros de la misma sin motivo.

¹⁰ La demanda la presentan los únicos nietos de la causante que impugnan la desheredación realizada por su abuela de todos ellos.

III. PRINCIPALES ARGUMENTOS QUE JUSTIFICARÍAN LA NECESIDAD DE UN INCREMENTO DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL

La sociedad actual demanda unas determinadas modificaciones en nuestro derecho de sucesiones basándose en una serie de cambios sufridos en la misma, además de en argumentos que cuya fuerza e importancia concuerdan actualmente con las circunstancias económicas en las que vive España hoy en día. Estos argumentos no solo son esgrimidos por la sociedad y sus cambios, sino también por una doctrina¹¹ que cada vez ve más necesario una reforma de la legítima regulada en nuestro código.

1. CAMBIOS ESTRUCTURALES EXPERIMENTADOS EN LA SOCIEDAD DESDE EL S.XIX HASTA NUESTROS DÍAS

1.1. Incremento de la esperanza de vida:

Durante los días de la promulgación del Código Civil, la esperanza de vida de los españoles se encontraba en los 35 años de edad¹². En cambio, hoy en día, en pleno siglo XXI, España se coloca como el segundo país del mundo con mayor esperanza de vida con 83 años¹³ de media para ambos sexos en el año 2016. Esto supone un incremento exponencial entre la esperanza de aquella época y la actual. A este aumento en la esperanza de vida, hay que añadir el aumento de la edad media de maternidad que hoy en día se sitúa en los 32 años¹⁴, y el descenso en la maternidad¹⁵ que han provocado que a día de hoy haya más de 2 millones de personas mayores de 80 años en nuestro país.

Toda esta información es una recopilación de pruebas objetivas de que la sociedad ya no es la que era, y que cuando el causante fallece y llega el momento de heredar, la edad de los hijos estará cercana al medio siglo de edad y sus nietos superarán la

¹¹ PARRA LUCÁN, MA. (2008) «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio, Manuales de formación continuada del CGPJ, nº47, p. 469 ss.

¹² NICOLAU, R. «Población, salud y actividad», *Estadísticas históricas de España: Siglos XIX-XX*, coord. Carlos Barciela, Albert Carreras y Xavier Tafurell, Fundación BBVA, Bilbao, 2005, p.85.

¹³ INE, *España en cifras 2017* (2018)

¹⁴ Instituto de Política familiar, «Evolución de la Familia en España 2016», 2017, p. 9.

¹⁵ INE (2017), «Estadísticas del movimiento natural de población»: “Desde 1975 hasta nuestros días el número de nacimientos ha disminuido un 37,5%”

veintena de años. Si a la edad de heredar, es decir, a los 50 años, el descendiente no tiene la vida prácticamente resuelta, no es probable que la recepción de una herencia vaya a remediar dicha situación. Salvo en situaciones excepcionales (discapacidad, parados, etc), los descendientes, una vez fallecido el causante, cuenta con suficientes recursos propios para poder subsistir, todo esto auspiciado por las inversiones que en el pasado, los padres, como progenitores, hicieron para poder proveer a sus hijos del mejor futuro posible.

La prole ya no está sujeta a la supervisión paterna, ni necesita de atenciones especiales para poder salir adelante, sino que por el contrario se encuentra totalmente emancipada.

1.2. La variación de la fuente del enriquecimiento personal

A finales del siglo XIX la sociedad española era una sociedad mayoritariamente agraria y estática donde el efecto de las revoluciones industriales aún no se había dejado notar, el patrimonio lo poseían las familias en su conjunto, teniendo un carácter colectivo donde se respetaban los valores tradicionales y familiares. En cambio, ahora nos encontramos ante una sociedad radicalmente opuesta y diferente a la de entonces, una sociedad postindustrial urbana y dinámica, donde el individualismo está por encima del concepto de familia y los valores tradicionales ya no se respetan tanto. España ha abandonado el sector primario para entrar en el industrial y sobre todo en el sector terciario o de servicios que es, al final, el que más riqueza y puestos de trabajo genera.

En los días que corren, ya no son los hijos lo que deben ayudar a los padres en el mantenimiento y conservación del patrimonio familiar, sino que al revés, son los padres los que deben de ayudar a los hijos proporcionándoles los medios necesarios para poder vivir de forma independiente. Si un hijo no se emancipa no es porque no quiera, sino porque no puede hacerlo, ya que lo normal es que los hijos llegada a una edad, abandonen el domicilio familiar y se trasladen a otra vivienda donde formar una familia por su cuenta.

Otro argumento a favor de un incremento en la libertad de testar en nuestro derecho sucesorio se basa principalmente en la variación de la fuente del

enriquecimiento personal, el patrimonio ya no es heredado, sino que la mayoría de las veces proviene del trabajo personal del individuo. Es mediante el trabajo como el causante ha obtenido el patrimonio que posteriormente, llegado el momento de su muerte, deberá ser transmitido, por lo que éste ya no estará compuesto por bienes provenientes de herencias anteriores sino que será un patrimonio originado desde cero. Por ello, las personas que han obtenido de esta manera su patrimonio, con la colaboración del otro cónyuge, no pueden llegar a entender que después de todo lo invertido para conseguir que sus hijos se hayan labrado un futuro, no puedan designar al cónyuge supérstite como heredero universal de un patrimonio al que él mismo ha contribuido. Además la variación de la fuente de enriquecimiento personal ha provocado que prácticamente haya desaparecido el interés social por mantener los bienes en el grupo familiar.

1.3. El Estado ya no es garante del derecho a legítima

Los cambios que han afectado a la sociedad, los basados en el aumento de la esperanza de vida, o la variación de la fuente del enriquecimiento personal no son los únicos, son cambios también los que tienen que ver con la nueva manera de pensar de las personas. La mentalidad de la sociedad de hoy en día también hay cambiado, de manera que las razones que soportaban la existencia de la legítima ya no existen o son innecesarias. El Estado, mediante la regulación de las legítimas en su ordenamiento jurídico ya no tiene la obligación de garantizar a los descendientes la recepción de una cuota de la herencia, y menos a los que han nacido en una familia pudiente garantizarles poder vivir sin trabajar al instituirles herederos de una gran fortuna. Esto último supondría favorecerles con respecto al resto de ciudadanos, algo que la sociedad de hoy en día, basada en la igualdad de todos los ciudadanos, ya no admite.

Si mediante la legítima lo que se busca principalmente es la protección de los intereses de los descendientes, el Estado puede procurar dicha protección a través de los tribunales, permitiendo que los que se consideran lesionados en el reparto de la herencia, puedan ejercer una serie de acciones judiciales que les permita intentar restituir los derechos que considera dañados.

La mayoría de las herencias actualmente van a parar a los hijos, solo una pequeña excepción se desvían de esta tendencia. Ante estos casos se impondría lo dispuesto en el Código Civil, que obligaría a regresar a esos causantes a la senda que recorre la mayoría. En cambio, en la actualidad, esta intervención solo estaría justificada en el caso de que se estuviese lesionando un bien con un valor especial, es decir, si de manera injustificada se estuviese dejando al descendiente en una situación de desprotección.

A pesar de esta situación extrema que se podría dar si se instaurara la libertad de testar más absoluta, la sociedad actual apoya la idea de que la intervención del Estado ya no está justificada, de tal manera que no se estaría poniendo en peligro el interés público.

En conclusión, el concepto de familia ha cambiado y es necesario que el derecho de sucesiones cambie con él, lo que pone de manifiesto la necesaria tarea de encontrar la mejor manera de adecuar el derecho a las nuevas circunstancias sociales. Hoy en día la sociedad aprueba la idea de que con los bienes del fallecido, lo que se debe de hacer es satisfacer las necesidades de los que tras el fallecimiento del causante se puedan llegar a encontrar en una situación de necesidad o desprotección. Ella está de acuerdo con favorecer con una parte de la herencia a los que dependían del causante.

Además, también es consciente de que de esta manera no solo están en juego intereses sociales, sino también económicos puesto que si no es mediante una parte de la herencia la manera de hacerse cargo de esas personas desprotegidas, sería el Estado mediante dinero público proveniente de los contribuyentes el que estaría obligado a hacerlo.

2. EL DERECHO COMPARADO: UN ESPEJO DONDE MIRARSE

El panorama legislativo que presentan los distintos sistemas de nuestro entorno se caracteriza por una gran variedad. Para empezar, es necesario distinguir entre los sistemas angloamericanos del *common law*, en los que rige el principio de la libertad de testar, y los sistemas legitimarios clásicos (entre los que se encuentra España), en

los que determinados familiares tienen necesariamente derecho a recibir una parte de los bienes que componen la herencia.

En Europa, a día de hoy, y pese que hay países en los que rige la libertad de testar, no existe ningún sistema en el que esta libertad de testar sea admitida sin ninguna limitación, ni siquiera en Inglaterra o Gales, ya que esta libertad, fue restringida con la introducción de la *Inheritance Act*¹⁶ de las llamadas *family provisions*¹⁷. Este sistema anglosajón se caracteriza principalmente porque no existen clases concretas de parientes que tengan derecho a recibir una cantidad del caudal relicto por delante de otros. Pese a esto, el juez, puede discrecionalmente atribuir una serie de bienes necesarios para sobrevivir a los parientes que considere que los necesitan para llevar un nivel de vida digno.

Esto quiere decir que en los sistemas regulados por la *family provision* existe libertad de testar pero sometida a un control judicial.

Muchos autores ven necesaria la eliminación de esta discrecionalidad por parte del juez, o, si esto no fuera posible, la instauración de un sistema de legítimas pues consideran inmoral la desheredación que no obedece a causa alguna. Aún así, la mayoría de ellos consideran que es necesario mantener esta libertad de testar, ya que ésta desempeña en una sociedad envejecida como la nuestra un papel adicional: favorecer a los cuidadores de las personas mayores.

Reformas recientes en el derecho comparado:

- A) Derecho alemán: Se debe de tener la sentencia del Tribunal Federal Alemán de 19 de abril de 2005. Esta sentencia considera que la legítima de los descendientes es constitucional y por tanto, éstos tienen derecho a una participación mínima en la herencia de los padres con independencia de que se encuentre o no en una situación de necesidad.
- B) Derecho belga: La reforma acaecida el 28 de marzo 2007 mejora la situación del cónyuge o pareja en la sucesión intestada. Esta reforma otorga al cónyuge

¹⁶ Norma, equivalente a nuestro Código Civil, que regula las sucesiones en Inglaterra y Gales aprobada por el Parlamento Británico el 12 de Noviembre de 1975.

¹⁷ Dotaciones familiares.

el usufructo de la vivienda común con independencia de los parientes con los que concurra en la sucesión. Esta reforma también permite otorgar de manera voluntaria a favor del cónyuge o conviviente una liberalidad que comprenda todos los bienes cuando éste concurra con los ascendientes.

- C) Derecho francés: La *Loi* nº2006-728 del 23 de junio de 2006 reforma la regulación de las sucesiones. Esta ley modifica las legítimas, intentándolas adecuar a la realidad social e introduciendo la suficiente flexibilidad como para permitir la adjudicación preferente de determinados bienes por razón de la protección especial que algunas personas puedan necesitar. Esta ley restringe el ámbito de la legítima, disminuye su eficacia y cambia su naturaleza, todo ello con la finalidad de aumentar la libertad del disponente.
- D) Derechos civiles españoles: Con respecto al derecho aragonés, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, el «Código del Derecho Foral de Aragón», aborda la regulación de la legítima de los descendientes como el límite principal de la libertad de testar. En este derecho, no hay más legitimarios que los descendientes que se erigen como el único límite a la libertad de testar. El causante, por ello puede dejar los bienes a uno solo de ellos según su criterio. La innovación en esta materia más reciente que ha vivido el derecho de sucesiones aragonés ha consistido en la reducción a la mitad de la legítima, frente a los dos tercios que estaban establecidos con anterioridad. Por otra parte, el 3 de octubre de 2015 entró en vigor la nueva ley de Derecho Civil del País Vasco en toda la Comunidades Autónomas. Esta ley reduce a un tercio la legítima de los descendientes y añade otra novedad permitiendo apartar de la herencia a uno o más descendientes sin tener que ajustarse a ninguna de las causas establecidas en el Código Civil.

Hay que tener presente también que en agosto de 2015, entró en vigor el Reglamento Europeo de Sucesiones¹⁸, esta norma permite a los ciudadanos pertenecientes a un Estado Miembro el poder elegir la ley aplicable de cualquiera de

¹⁸ Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Artículos 21 y ss.

ellos, si antes han residido en dicho país. Esto supone que el testador, podría elegir la ley de un Estado Miembro que le concediese una mayor de libertad de testar.

IV. LA LEGÍTIMA, EL PRINCIPAL LÍMITE A LA LIBERTAD DE TESTAR

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hace unos años, los jueces (los que aplican la *civil law*) tendían siempre a fallar a favor de aquel testador que había sido equitativo y había repartido su herencia respetando siempre el sistema de legítimas, mientras que, por el contrario, y basándose en criterios extrajurídicos se inclinaban más a criticar aquellas disposiciones *mortis causa* que no respetaban esa equidad y se basaban más en la libertad de testar del causante, al repartir éste a su manera la herencia.

Excluir a los parientes de la herencia suponía la nulidad de las disposiciones que lo permitían prácticamente de forma automática.

Este comportamiento se entendía justificado en base al principio de no discriminación regulado en el Tratado de la Unión Europea¹⁹, es decir, desheredar a un descendiente y privarlo de su parte de la herencia sin atender a una causa de justificación suponía su discriminación frente al resto de herederos que si que recibían la parte de la herencia que les correspondía.

Para intentar explicar si se estaba violando dicho principio al privar a un legitimario de su parte de la herencia existen dos sentencia ciertamente aclaratorias, la primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰ y la segunda de nuestro

¹⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada publicada en el DOUE del 30 de Marzo 2010, Art. 2: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

²⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos del 13 de julio de 2004, *Pla Puncernau v. Andorra*.

Tribunal Constitucional²¹. La Corte Europea estimó en la sentencia del 13 de julio de 2004, (Pla Puncernau v. Andorra) que «los derechos fundamentales solo vinculan a los particulares de forma indirecta o mediata en la medida en que los poderes públicos hubieran definido el alcance de aquéllos a través del legislador o de los jueces, velando por que los derechos de esta naturaleza sean respetados en las relaciones *inter privatos*». Por ello, no determina que la voluntad del causante sea contraria a los derechos humanos, sino que la libertad de testar se encuentra limitada por el respeto a los derechos humanos. Pero hay que tener en cuenta, que un auténtico respeto al principio de no discriminación o al de igualdad de trato no es posible en el Derecho Civil, ya que éste se rige por la autonomía privada del sujeto y, que no es lo mismo que la situación discriminatoria tenga su origen en algún precepto de la ley, situación que obligaría a los tribunales a declarar nulas dichas disposiciones, a que la discriminación provenga de la autonomía privada de un sujeto en concreto, como sería el testador. Es el Magistrado del Tribunal Constitucional Rodríguez Zapata el que entiende y así lo expresa mediante voto particular que «se le confiere a una persona un amplio ámbito en la libertad de testar sobre sus propios bienes, respetando el régimen de legítimas, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión ni estar vinculado por las prohibiciones del artículo 14 de la Constitución Española».

Cuando estamos hablando de personas concretas, las diferencias de trato, que en un principio podrían suponer una situación de discriminación son lícitas desde la perspectiva del derecho privado al no influir de tal manera en los negocios jurídicos a título gratuito. En cambio, si la discriminación se produjese en el seno de las Administraciones Públicas, ésta sería inconcebible.

El análisis crítico de la institución de las legítimas no se puede contemplar exclusivamente desde una perspectiva personal, sino por el contrario, debe contemplarse desde una perspectiva social, que se tiene que entender que justifica su existencia para que el ordenamiento sea capaz de garantizar su protección.

Un análisis que identifique cuales son los fallos e inadecuaciones de este sistema legitimario de nuestro código que se entiende necesario. Para poder hacer eso, el derecho español cuenta con los derechos autonómicos para fijarse, una pluralidad

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010. Recurso de amparo 1026-2004.

legislativa que con los años ha ido adaptándose a las nuevas situaciones y que propone un aumento en la libertad de testar, así como con otros ordenamientos que van más allá de nuestras fronteras y que también proponen interesantes propuestas como ya hemos mencionado.

También se ha mencionado anteriormente que la Constitución Española garantiza en su artículo 33 el derecho a la herencia (propiedad privada), mientras que el artículo 39 garantiza, a su vez, la protección de la familia. De modo que de la lectura de ambos artículos, ya que una cosa es derecho a la herencia y otra cosa es el derecho al mantenimiento de los bienes dentro del núcleo familiar, se extrae que la legítima, como institución no goza de garantía constitucional, por lo tanto «no sería estrictamente exigible por el texto constitucional el reconocimiento por el legislador de una legítima de contenido material²²», es decir, una supuesta desaparición de la legítima no vulneraría lo determinado en esos dos preceptos de la Constitución Española. La legítima es «la exigencia más apremiante de la moral en la distribución sucesoria, sin que su exigencia o mantenimiento sea una exigencia constitucional. Nadie tiene derecho a recibir una legalidad, como tampoco la obligación de aceptarla²³».

La cuestión que nos debemos plantear es la siguiente, si la doctrina lleva insistiendo tanto tiempo en la necesaria modificación de la legítima, esgrimiendo argumentos suficientemente poderosos como para convencer al legislador de lo de necesario de la reforma, ¿por qué no termina de producirse? Hay cuatro motivos de peso que de momento impiden que la reforma se lleve a cabo: en primer lugar, de momento no se han presentado una serie de propuestas concretas que expliquen detalladamente en qué debería consistir exactamente la reforma que se quiere llevar a cabo, en segundo lugar, la importancia de las legítimas dentro de nuestro derecho sucesorio y su peso dentro del mismo suponen que no solo se debiese revisar esa institución sino también el derecho de sucesiones en general, en tercer lugar, la existencia de una atadura al propio sistema, producto de un Derecho que ha pervivido

²² TORRES GARCÍA, F. y GARCÍA RUBIO, MP (2014), *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

²³ BARRIO GALLARDO, A. «Libertad de testar y el principio de no discriminación, ¿una nueva modalidad de disposiciones sucesorias con causa lícita?», *Revista de Derecho Patrimonial Aranzadi*, nº41, 2016, p. 202 ss.

más de cien años y del que debido a las raíces echadas en nuestro ordenamiento es difícil desprenderse, y por último, la reforma del Código Civil debe ser aprobada por el Congreso, lo que supone que se convierta en un tema político, y desgraciadamente, entre los diputados, la reforma del Código Civil no es vista como una prioridad.

2. CRÍTICAS AL SISTEMA DE LEGÍTIMAS

2.1 A favor de la libertad de testar

Como ya hemos mencionado anteriormente, la sociedad ha experimentado profundos cambios desde que se promulgó el Código Civil por primera vez. Estos cambios en la mentalidad de los ciudadanos, supone que las instituciones que conforman el Código deban actualizarse junto con ella. El derecho de sucesiones se ha ido adaptando a estos cambios, pero no todas las instituciones que lo conforman, entre ellas, la legítima. Esta institución en los tiempos que corren se podría considerar ciertamente anacrónica y con unas cuotas fijadas excesivas, teniendo en cuenta la evolución sufrida por la familia desde la codificación.

El causante medio en la mayoría de las ocasiones, existan o no las legítimas, tiene la tendencia de dejar sus bienes a sus hijos, por lo que no hay nadie que pueda afirmar que las familias en las que sus miembros disfrutaban de una mayor o menor libertad de testar sean más desestructuradas que las que viven bajo el yugo del sistema legitimario. A su vez, tampoco hay persona que sea capaz de afirmar que, en aquellos países en donde existe una mayor libertad de testar o una menor presencia de las legítimas en su ordenamiento jurídico, los ciudadanos hayan adquirido por la ausencia de ellas un carácter más egoísta e individualista de la propiedad, esto es lo que puede suceder en países como Gran Bretaña o los Estados Unidos de América.

Desde que la regulación de la prodigalidad fue cambiada, el mantenimiento de la legítima dentro de la regulación del derecho de sucesiones es el único residuo de una manera de pensar que impide al causante disponer de sus bienes sin ninguna restricción. Esta restricción es la que impide a la libertad de testar ser plena, teniendo en cuenta que dicha libertad no solo cumple las funciones que a ella se le han atribuido dentro del derecho de propiedad, sino que además, la libertad de testar

cumpliría otras funciones como el robustecimiento de la autoridad paterna o el instrumento que posibilita la conservación del patrimonio familiar.

El sistema de legítimas del Código Civil imposibilita que la sociedad satisfaga una serie de intereses que considera que deben estar garantizados por el Derecho. No permite la posibilidad que los cónyuges se nombren herederos de manera recíproca, ni tampoco permite que el cónyuge supérstite pueda obtener a través de la herencia los medios necesarios para mantener el mismo nivel de vida que poseía antes de enviudar.

Además, este sistema impide que se atiendan deberes más importantes de acuerdo con la conciencia social. Deberes dirigidos a atender las necesidades de las personas con discapacidad o de los débiles, ya que dificulta dar un tratamiento desigual a los legitimarios que debido a su relación con el causante precisen de una ayuda especial y extra que justificaría dicha desigualdad.

El principio de protección de la familia tiene como objetivo la consecución de la autonomía familiar, y esto incluye que sea mediante la libertad de testar como la familia pueda decidir el reparto de los bienes familiares, y no bajo la imposición de herederos forzosos o de otro mecanismo.

La solución más sencilla que garantizaría el consenso entre la sociedad puesto que solventaría las principales disfunciones que posee el sistema legitimario sería aquella que reduciría cuantitativamente la legítima, además de considerarla como un derecho a un valor y no a unos bienes.

2.2 A favor de la conservación de las legítimas

El principal argumento de los defensores de la legítima es aquél que se basa en la ética familiar. El derecho de propiedad exige la obligación, impuesta de manera indirecta por la propia naturaleza, de garantizar y conservar los bienes dentro de la familia, y por ello entre los parientes más cercanos al causante.

Además impera dentro de la sociedad un sentimiento de protección de la familia que pese a que pueda haberse disipado con el paso de los años y los cambios estructurales que la propia familia ha sufrido, sigue estando ahí. Las legítimas poseen una fuerte carga simbólica al ser capaces de poder distinguir a los miembros de la familia que han pertenecido a la misma a lo largo de los años, también provee a las mismas de la seguridad y certeza que le proporciona al individuo el saber que tarde o temprano va a recibir una serie de bienes que por derecho le corresponden y que nadie le puede arrebatar.

Por último, la legítima es capaz de actuar como «mecanismo corrector o preventivo frente al riesgo de captación de la voluntad del testador»²⁴. Esto es así puesto que a día de hoy conviven en nuestro país una gran cifra de ancianos que pueden verse manipulados emocional y psicológicamente, tanto familiares como terceros. En España la segunda composición más frecuente de los hogares es aquella formada por personas solas con más de 64 años²⁵, todas estas personas son más susceptibles de ser manejadas por otras personas con el objetivo de poder quedarse con una parte de su fortuna.

A todo esto también hay que añadir que las disposiciones legales que hablan de la libertad de disposición mortis causa ya no influyen de la misma manera que lo hacía antaño en los planos político y económico. Esto es así puesto que como han mencionado ciertos autores²⁶, «la separación entre la propiedad y la gestión de los grandes grupos empresariales han desplazado una parte sustancial de los resortes de poder a las personas que lo administran, cuyas posiciones no son susceptibles de transmisión por causa de muerte». De la misma manera que hoy en día se entiende que «el ejercicio del poder político en las sociedades democráticas requiere de conocimientos y aptitudes que no se heredan».

²⁴ GALICIA AIZPURUA, G. (2017) «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *InDret* 4/2017.

²⁵ INE, *España en cifras 2017* (2018)

²⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 85 ss. Y GALICIA AIZPURUA, G. (2017) «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *InDret* 4/2017

Hay que tener en cuenta como argumento que refuerza la presencia de las legítimas en nuestro derecho de sucesiones es la inmensa importancia que las PYMES tienen en la red empresarial española, muchas de ellas son empresas familiares para que la existencia de un sistema de legítimas siguen teniendo gran importancia²⁷.

A estos argumentos, se le añaden otros como el de la igualdad entre los hijos, herederos naturales de sus progenitores y por tanto con derecho a recibir una parte de la herencia. La supresión de la legítima supondría que el padre o la madre tendría la posibilidad de discriminar a uno o varios de sus hijos en favor de otros, lo que daría lugar a situaciones de injusticia, envidia o desavenencia entre los hermanos.

El cambio experimentado por las familias y también el cambio en la obtención del patrimonio, no supone que los hijos dejen de ser los parientes que por naturaleza deban recibir una parte de los bienes de sus padres de manera forzosa.

2.3 Conclusión

Analizando bien los pros y los contras que supone el sistema de legítimas, se llega a la conclusión de que ni los argumentos a favor de la libertad de testar, ni los que apoyan la conservación de las legítimas son objetivamente mejores que los otros. Los juristas que se podrían encontrar en medio de ambas teorías, están convencidos de que el Estado, mediante el sistema de legítimas, puede tutelar que una porción de los bienes se conserven dentro del patrimonio familiar y no salgan de él, sin que se pueda reprochar moralmente a aquellos que disponiendo de sus bienes para poder repartirlos, no actúen de esa manera y prefieren dejárselo a otros.

El problema surge, ya no cuando se decide que se debe cambiar la legítima, puesto que la mayoría opina que el sistema actual no es coherente, y por tanto, una vez se ha decidido hacerlo, encontrar un consenso sobre cómo se debería proceder y de qué manera se debería llevar a cabo la reforma. Como ejemplo para ello se podría tomar la reforma francesa ya mencionada, mediante ella, el legislador adecúa el

²⁷ Según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), a 1 de enero de 2017 había en España un total de 3.279.120 empresas de las cuales 3.274.924 (99,87%) eran PYMES.

sistema de legítimas a la nueva realidad social, sin tener la necesidad de erradicarla del código. Los franceses consideran que sigue siendo un sistema útil que sirve para proteger a la familia, permitir asegurar la conservación de los bienes en su seno, proteger la libertad del heredero y por último, garantizar una igualdad mínima entre los herederos. Por ello, los notarios belgas²⁸, en la misma tendencia que sus vecinos franceses advierten que « en los países en los que hay libertad de testar pero no hay legítimas, existe una cierta litigiosidad cuando los hijos desheredados impugnan los testamentos de sus padres, y al final, los tribunales terminan estimando sus pretensiones al considerar que el testamento se hizo bajo la influencia»

Algunos profesores, como el profesor Ángel López²⁹ están convencidos de que la libertad de testar proviene de nuestra Carta Magna, más concretamente del artículo 33 que reconoce el derecho a la propiedad privada, considerando la herencia como una manifestación limitada de ese derecho. Aún así, estiman que dicho artículo está lleno de incertidumbres relacionadas con la libertad de testar, puesto que la Constitución no es capaz de aclarar quienes concretamente son los parientes que deben recibir los bienes.

La visión de otros profesores, como el profesor Moreu³⁰, declarado gran defensor de la institución que estamos analizando, considera que la legítima cumple la misión de proteger a la familia que exige la Constitución en su artículo 39. El derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer, determinada en el artículo 33 de la Constitución Española, con la necesaria obligación de proteger a la familia del artículo 39, siendo la única manera posible de hacerlo mediante la legítima.

Pese a opiniones como esta última, leyendo lo escrito en la CE, no se puede determinar que ésta explícitamente exija la necesidad de un sistema de legítimas en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁸ *Fédération Royale de Notaires de Belgique*, 1997, T.II, pp. 39 y ss.

²⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ A. (1994) «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, nº3, 1994, p. 62 ss.

³⁰ MOREU BALLONGA, JL. «El sistema legítimo en la Ley Aragonesa de Sucesiones», *Actas de los XV encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, D.L, Zaragoza, 2005, p. 109 ss.

3. DISTINTAS SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA DE LA LEGÍTIMA

Antes de nada, y teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, es necesario para poder presentar unas soluciones coherentes que tengan como objetivo la ampliación de la libertad de testar del causante en detrimento de una disminución o supresión de las legítimas, empezar por el actual régimen jurídico presente en el CC y no intentar crear uno nuevo al margen de éste. Una supresión absoluta de la legítima, sin tener en cuenta su importancia histórica en nuestro derecho de sucesiones, podría suponer rechazo entendiendo que la imposición de un sistema de libertad de testar que no tuviese en cuenta ciertos derechos, que por su relación con el causante le correspondería a los legitimarios y descendientes, «encajaría sociológicamente mal en la histórica concepción de la sucesión *mortis causa*³¹».

3.1 Supresión de la legítima de los ascendientes

La supresión de la legítima de los ascendientes supone la ampliación de la libertad del causante. El gran beneficiario de esta situación sería el cónyuge viudo que vería sus derechos ampliados en detrimentos de los hijos y descendientes.

Viene bien recordar que tanto en el derecho comparado (francés y belga) como en el derecho aragonés, que nos toca desde más cerca, se decidió suprimir la legítima de los ascendientes. Por lo tanto, esta ya sería una idea más que establecida en otros derechos, lo que podría servir de ejemplo al legislador español.

Los argumentos a favor de la supresión de la legítima en los ascendientes se basan principalmente en datos socioeconómicos. Para ello tomamos de ejemplo los datos ofrecidos por el INE³², éstos nos indican que además de la existencia de un sistema de pensiones, la renta percibida por los trabajadores aumenta con la edad, de tal manera que la riqueza de las personas mayores será siempre mayor que la de los jóvenes. Este argumento se podría rebatir diciendo que puede que pese a que las

³¹ LLEDÓ YAGÜE F. y MONJE BALMASEDA, «Reforma del sistema legitimario y el principio de la libertad de testar», *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, dir. Francisco Lledó, M^a Pilar Ferrer y José Ángel Torres, Dykinson, Madrid, 2014, p. 649 ss.

³² Los datos ofrecido por el INE indican que la renta va aumentado progresivamente con la edad, en consecuencia estos datos muestran que la renta de las personas en el 2016 de entre 19 a 29 años era de 9.373€, la de aquéllos entre 30 a 44 era de 10.536, mientras que la de las personas entre 45 y 64 (que es cuando se suele heredar) es de 11.931€, lo que pone de manifiesto que a mayor edad, más renta.

personas mayores perciben una renta, ésta podría ser insuficiente para hacer frente a todos los gastos y que ésta se podría ver complementada con la recepción de la legítima. Pese a ello, este problema de la insuficiencia de la renta no se puede solucionar mediante el derecho sucesorio sino que se trata de encontrar una situación política al sistema actual de pensiones.

En cambio, en contra de la supresión, los argumentos se fundamenta en que en una sociedad cada vez más y más envejecida, con un decreciente nivel de vida, sería contrario a la justicia suprimir la legítima de los ascendientes. Se entiende que la legítima representa el pago, normalmente insuficiente de una deuda moral contraída por el descendiente a lo largo de los años y sufragada por los padres.

3.2 Fortalecimiento de la posición del viudo

Uno de los argumentos para modificar el sistema de legítimas partía de la base de que los cónyuges al haber amasado su patrimonio de manera conjunta no entendían como no podían denominar al otro cónyuge heredero universal, sino que por imposición de las legítimas lo debían ser los hijos, a los que los padres ya les habían proporcionado, en vida, los recursos necesarios para que logaran un futuro por su cuenta.

Esta idea se suele conectar con la necesidad de reformar los órdenes de sucesión *abintestato*. Teniendo en cuenta la participación del cónyuge supérstite en la consecución de la riqueza obtenida, se propone la atribución *ex lege* de la vivienda familiar, o por otro lado se podría admitir una serie de modificaciones dentro del Código Civil necesarias para asegurar la validez de un legado de usufructo universal del cónyuge viudo, aun existiendo descendientes con derecho a legítima³³.

De aceptarse esta última propuesta, que no alteraría las legítimas de otra manera, se podrían establecer una serie de límites variables a la libertad de testar según sea la

³³ EGUSQUIZA BALSAMEDA MA. «Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales», Aranzadi, 2003, p. 368.

finalidad concreta de la disposición. En cambio, hay autores³⁴ que sostienen que « si la legítima de los descendientes se juzga hoy un límite indeseable a disposiciones socialmente bien consideradas a favor del cónyuge, lo mejor sería reducir en general la legítima de los descendientes. Otra cosa parece pasar de lo prohibido a lo obligatorio, eludiendo el terreno de la libertad».

Reformas ocurridas en distintos ordenamientos³⁵ de nuestro entorno reflejan esta posición del cónyuge, aunque hay que tener presente los límites del este fortalecimiento de la posición del cónyuge porque éste siempre será en detrimento de los derechos sucesorios de otros miembros de la familia.

El legislador francés tuvo en mente la posibilidad de introducir una reducción de la libertad de testar en caso del que el cónyuge concurriera en la herencia con los hijos no comunes, pero ésta no llegó a puerto al considerarse que esta concurrencia podría suponer una discriminación entre los distintos hijos del causante.

En Derecho español, la consolidación de los derechos del cónyuge se ha ido produciendo paulatinamente en los distintos derechos civiles territoriales³⁶.

3.3 Reducción de los derechos legitimarios de los descendientes

Hoy en día, existe una corriente doctrinal³⁷ a favor de la supresión de las legítimas por la sustitución a favor de los herederos de un derecho de alimentos. Esta tendencia ha sido común en otros ordenamientos³⁸ últimamente.

³⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 85 ss.

³⁵ En el derecho civil belga, la *Loi du 28-03-2017* que modifica los artículos 353-16 del *Code Civil Belge*

³⁶ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, Art. 47: “Son legitimarios: los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos”.

³⁷ PANTALEÓN, F. (2003), «Legítimas de alimentos», *Escritura pública*, nº21, p.13 ss. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 85 ss.

³⁸ PARRA LUCÁN, MA. (2008) «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio, Manuales de formación continuada del CGPJ, nº47, p. 507, dice lo siguiente: “La Constitución de Luisiana, modificó en 1995 su regulación limitando la

La reforma acaecida en 2003³⁹ ha suscitado el surgimiento de ciertas reflexiones acerca de la libertad de testar. Dichas reflexiones tienen en cuenta que quizás, el objetivo de la sucesión no debería ser otro sino la atención de situaciones carenciales de personas dependientes del causante.

En los derechos civiles españoles⁴⁰ se pueden encontrar algunos supuestos de atribución de derechos de alimentos por vía del derecho de sucesiones, considerándose como un equivalente del legitimario en el sentido de que éste derecho de alimentos se atribuye a personas que son excluidas de la herencia.

La idea que se tiene del derecho de sucesiones, configurado como un sector concebido para la regulación de la transmisión de un patrimonio, y de la legítima como una institución que regula la transmisión del patrimonio para unos determinados pariente y al cónyuge, únicamente tiene sentido cuando existe un patrimonio familiar que transmitir.

En cambio, cuando no existe tal patrimonio que transmitir surgen las cuestiones acerca del sentido que en estos casos tendría la legítima, puesto que ella esta configurada principalmente para el mantenimiento del patrimonio familiar dentro de la familia.

Existe por tanto una contradicción de planteamientos entre los que consideran que la legítima debería existir para garantizar el mantenimiento de los parientes o de las personas que se encontraban a cargo del causante, y los que defienden que esa no es la función de la legítima sino el derecho a participar de los parientes en el patrimonio del causante, tengan necesidades o no.

La sustitución en el derecho español de un derecho de alimentos en sustitución de la legítima no sería del todo coherente en nuestro sistema puesto que no reconocen ni al cónyuge ni a la pareja de hecho que no se hacen depender de ninguna situación de necesidad, dando por supuesto que la mejor situación del viudo o la pareja así lo exige, con independencia de su nivel o situación económica tras el fallecimiento.

legítima a los hijos que no hayan cumplido 24 años o a los que, con independencia de su edad, padezcan una discapacidad”.

³⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, por la que se modifican los artículos 782, 821, 822 y 834 del Código Civil.

⁴⁰ Art. 38 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco.

V. HACIA UNA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES

1. EL PORQUÉ DE LA REFORMA

La transformación de la sociedad a lo largo del siglo XX y parte del XXI ha supuesto que el código se haya tenido que ir adaptando con ella a los nuevos cambios. Por ello, parte de las reformas que se han acometido se realizaron para adecuar el código a las nuevas circunstancias sociales. Estas reformas afectan sobre todo a la igualdad de todos los hijos, cualquiera que sea su filiación y al aumento del protagonismo de la relación conyugal en la familia, proyectándose más allá de la muerte de uno de ellos y confiriéndole al supérstite un papel más importante a la hora del reparto de la herencia, tanto en la sucesión intestada como en la testada.

El problema, como ya hemos mencionado anteriormente, es que todas estas reformas no atacan temas importantes de nuestro derecho de sucesiones tales como la coherencia del sistema legitimario, sistema únicamente pensando con el objetivo de mantener los bienes del causante dentro de la familia.

También son reflejo de las nuevas concepciones de la familia y de la moralidad de esta época, las titubeantes reformas de las causas de indignidad y desheredación, consideradas hasta ahora como insuficientes.

El legislador, de momento, no se ha atrevido a cuestionar la actual regulación de las legítimas, por lo que se ve incapaz de otorgarle un mayor poder en la distribución de la herencia al cónyuge del causante.

Todas estas reformas y modificaciones del código suponen que se abra una reflexión sobre criterios distintos de los que actualmente se mantienen en él, como la justificación y configuración de las limitaciones del derecho de sucesiones a la libertad de disponer. Esto es así, puesto que el objetivo de las herencias ya no sería la del mantenimiento del patrimonio dentro de la familia, sino más la atención de las posibles necesidades de las personas que estaban a cargo del causante.

Pese todo esto, no nos encontramos ante una situación que demande la derogación de las normas ya existentes, ya que éstas no son injustas o contrarias a la

moral de la nueva sociedad, sino el objetivo, más bien, sería adecuar estas normas a la actualidad en la que vivimos. Es decir, una posible reforma del Código Civil no debe suponer un divorcio de la actual regulación, sino solo una revisión de la misma. Esta revisión, que incluye a todo el Código Civil, ya fue aprobada por la asamblea celebrada en Aranjuez el 20 de mayo de 2017 por los Profesores de Derecho Civil, que anualmente se reúnen en unas Jornadas para comentar la actualidad del derecho civil.

La propuesta de reforma, denominada Propuesta de Código Civil (PPC), que reforma las legítimas mediante la imposición de un nuevo sistema legitimario, ha sido promovida por la Asociación de Profesores de Derecho Civil que en las XII Jornadas que celebró en 2006 estableció las directrices que dicha revisión del derecho de sucesiones debía seguir⁴¹.

2. OBJETIVOS DE LA REFORMA

2.1 La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión del causante.

La legítima del cónyuge viudo está fijada desde el año 1958, en el usufructo del tercio destinado a mejora si concurre con los descendientes (art.834 Código Civil), en el usufructo de la mitad de la herencia si concurre con los ascendientes (art.837 Código Civil), y en el usufructo de los dos tercios de la herencia si no concurre ni con ascendientes ni con descendientes (art.838 Código Civil). Esto es así tanto en la sucesión intestada como en la testada, por ello es necesario tener esto en cuenta a la hora de modificar los elementos que la componen. El cónyuge ha tenido un papel importante en el derecho sucesorio, sobre todo en la sucesión intestada, al quererlo situar en una posición más aventajada para con respecto a los ascendientes.

Esta posición del cónyuge viudo, debe plantear una serie de preguntas acerca de los fundamentos en los que se basa la libertad de disponer *mortis causa* en razón del matrimonio, cuando la legítima lo que principalmente prevé de una manera abstracta

⁴¹ El tema principal de las Jornadas fue “Derecho de sucesiones. Presente y Futuro”.

como una cuota fija, que nada tiene que ver con la cuantía derivada del patrimonio hereditario del régimen económico matrimonial y de las circunstancias personales.

Para mejorar la sucesión del viudo, existen varias maneras de poder hacerlo. Pero algunos autores entienden que esta mejora, que va más allá de la operada en 1928 cuando se antepuso el cónyuge a los colaterales, puede suponer caer en una incoherencia con respecto al art.811 Código Civil, si los bienes de los ascendientes y que estaban en posesión del causante recaen en el cónyuge viudo directamente por ministerio de la ley.

En definitiva, si lo que el legislador pretende es una reducción, o en su caso, una supresión casi total de la legítima de los descendientes, es para hacerle más hueco al cónyuge a la hora de tener más posibilidades de recibir una mayor proporción de bienes del causante. No se suprimiría la legítima de los descendientes, en cambio, para imponer mayores limitaciones de la libertad de disponer para favorecer a los viudos.

2.2 Reducir las legítimas

Delgado Echeverría ⁴² propone «una reducción de las legítimas de los descendientes y su pago en dinero no hereditario, que supondría su sustitución por unas limitaciones a favor del cónyuge, determinados parientes e incluso otros allegados en razón de sus anteriores relaciones con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento». Propone concretamente un «sistema de atribuciones a cargo de la herencia con función asistencia o retributiva, que tuviera en cuenta la función social de algunos bienes, señaladamente la vivienda».

Por tanto, propone una solución mediante la cual no se suprimirían las legítimas, sino que se transformarían en una institución más acorde con las necesidades actuales de la familia. Se entiende, que si a primera vista, esta medida podría ser vista con desacuerdo por la sociedad, el legislador de tomar esta solución como válida e incluirla dentro del Código debería de hacerlo entendiendo que con o sin la existencia

⁴² DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 85 ss.

de la legítima, la mayoría de los causante de manera voluntaria o involuntaria deciden dejar los bienes a sus descendientes más cercanos. De tal manera que está medida no impondría nada que la sociedad no llevará haciendo desde la promulgación del CC con la inclusión de las legítimas, pero si vería aumentada su libertad de testar.

Por otro lado, una reforma de nuestro derecho de sucesiones debería incluir una supresión de la legítima de los ascendientes por los motivos ya discutidos en apartados anteriores del presente trabajo.

2.3 Propuesta concreta de reforma

La Propuesta Privada de Reforma, sigue las líneas marcadas en la XII Jornadas celebradas en Santander por la Asociación de Profesores de Derecho Civil que establece una adaptación del derecho de sucesiones a la situación social actual, pero en ningún caso una ruptura total con el régimen establecido en estos momentos.

Han preferido proponer una reforma cuya mínima intervención mantendría las líneas esenciales que conforman la legítima, introduciendo únicamente las modificaciones que han sido necesarias e indispensables.

La brújula que ha marcado la dirección de la propuesta ha sido el aumento de la libertad de testar, que por todos los motivos expresados en el presente trabajo se antoja, a estas alturas, imprescindible. Para lograr dicho objetivo, ha sido necesario, evidentemente, proponer una reducción de las legítimas, por ello, ésta, de acuerdo con la Propuesta Privada de Reforma, pasaría de estar conformada por dos tercios del caudal, a solamente la mitad, con cuarto de mejora, siendo la otra sobrante de libre disposición. Teniendo en cuenta que uno de los cambios demográficos sufridos por la sociedad ha sido el descenso de número de hijos⁴³, ya que muchas familias solo cuenta con un único descendiente, se propone disminuir la legítima de los descendientes a un tercio. Para la legítima de los ascendientes no se propone su supresión en contra de lo que muchos autores apoyan⁴⁴, sino que ésta «pasaría a ser de

⁴³ INE (2018), *España en cifras 2017*: “El número medio de hijos por mujer es 1,33”

⁴⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de*

un tercio, salvo en los casos en que concurra uno solo más próximo en grado o en que, habiendo varios, concurran a la sucesión con el cónyuge viudo del descendiente causante, casos en que sería de cuarto.

En continuación con la propuesta de reducción y debilitamiento de la figura de la legítima se establecería «un límite temporal en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, simplificando el régimen de la legítima».

Como ejemplo de ello se ha tomado el límite temporal ya establecido en las Libro IV del Código Civil de Cataluña⁴⁵, aunque la Propuesta Privada de Reforma propone un límite de 20 años frente a los 10 recogidos en el Código Catalán. Este límite sería de 20 y no 10 años por dos motivos principalmente, es más acorde con la legítima que se establecería en el Código Civil que no coincide con la catalana al ser más ancha y fuerte, y ha influido también el aumento de la esperanza de vida de los españoles que ya hemos mencionado anteriormente y que está a día de hoy en los 83 años de media. Además, «las donaciones realizadas en esos veinte años antes de la fecha se computarán con independencia de quién sea el favorecido.

Siguiendo la tendencia de continuar aumentando la libertad de testar del causante, la Propuesta Privada de Reforma propone «la imputación a la legítima global del valor de las liberalidades entre vivos hechas a favor del legitimario premuerto, del renunciante de la legítima, del justamente desheredado y del indigno para suceder, con lo que su importe no minorará en ningún caso la parte libre». Con la misma intención, y además, fortaleciendo la posición del viudo en la herencia del causante, se prevé que «en caso de concurrencia entre viudo y descendientes, el usufructo de aquel grave la legítima de éstos, quedando intacta la porción libre». Ha de tenerse en cuenta que esta situación solo acaecerá en caso de coincidir el usufructo

Profesores de Derecho Civil), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 85 ss.

⁴⁵ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, Art. 451.5: “La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas [...]:

b) Al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso, con independencia de la fecha de la donación”.

del cónyuge supérstite con la legítima de los descendientes, pero en ningún caso si coincide con la de los ascendientes.

Al no haber suprimido la legítima sino que han preferido que siga suponiendo una parte nada desdeñable del patrimonio del causante, no han atendido a la opción propuesta por Delgado Echevarría de convertirla en un derecho de crédito, sino que, por otro lado han preferido «preservar su tradicional configuración como una *pars bonorum* pagadera en bienes relictos», es decir, la legítima se seguirá satisfaciendo con bienes que forman parte del patrimonio del causante. De todas maneras, de manera inteligente y en aras de seguir aumentando la libertad de testar del causante, se han establecido una serie de reservas a estas regla, la principal consiste en «la posibilidad de que el causante autorice al heredero (legitimario o extraño) a que proceda a su pago con dinero extraherencial en las condiciones y dentro de los plazos normativamente dispuestos». Estos plazos se podrán adaptar a circunstancias concretas como por ejemplo, si lo que se está buscando es la transmisión indivisa de una empresa familiar.

Con respecto a la posición del cónyuge supérstite dentro de la herencia del causante, la doctrina ha considerado que se debe conservar la legítima del cónyuge viudo como está regulada en el Código Civil, es decir, no se produce *per se* un fortalecimiento de su posición, sino que simplemente se permite que el causante sea quien decida acerca de su aumento, consintiéndole la posibilidad de aumentar dicha legítima con bienes destinados para legítima de los descendientes.

En definitiva, la Asociación de Profesores de Derecho Civil, no ha considerado necesario aumentar la legítima del viudo otorgándole la vivienda familiar, sino que simplemente ha decidido aumentar la libertad del causante para que sea él, a última instancia y en detrimento de los legitimarios quien decida si aumentar o no los derechos del viudo a bienes de la herencia.

Se comentó en apartados anteriores que lo justo sería un aumento de la legítima del viudo al considerar que éste durante la vida conyugal y hasta la muerte del causante había contribuido al aumento o conservación de la riqueza familiar. Ante esta opinión, la Asociación del Profesores de Derecho Civil, en su propuesta de Propuesta Privada de Reforma, considera que «la participación del cónyuge supérstite en la riqueza generada por el matrimonio tiene lugar, normalmente, de acuerdo con las reglas del

régimen de bienes, haya o no participado el sobreviviente de manera efectiva en la creación material de tal patrimonio».

La Propuesta Privada de Reforma no permite la inclusión del testamento mancomunado, al menos entre cónyuges como Delgado Echeverría y García Vicente propusieron durante las Jornadas, ni tampoco se incluye posibilidad de renuncia anticipada mediante pacto.

Por lo tanto y a modo de conclusión, se puede decir, que pese a que hay motivos suficientes, ya claramente expuestos en apartados anteriores, para llevar a cabo una más profunda reforma del derecho de sucesiones y sobre todo de una institución como la legítima, que está claramente *demodée*, la doctrina ha optado por una revisión de dicho derecho mucho más conservadora de la que *a priori* debería haberse llevado a cabo en un primer momento.

Ni siquiera ha sido valiente a la hora de suprimir la legítima de los ascendientes, que como ya se ha visto, a día de hoy no tiene ningún sentido conservarla. Tanto es así que en diciembre de 2016 el Grupo Parlamentario ‘Podemos’ presentó una proposición no de Ley⁴⁶ en la que instaba a una revisión del derecho de sucesiones proponiendo la supresión de la legítima de los ascendientes, por lo que si prospera, El Congreso habría ido un paso más haya de lo recomendado por la doctrina.

Tampoco ha propuesto un aumento de la legítima del viudo sino que ésta se deja a discrecionalidad de un causante que no siempre tiende a ser justo con el cónyuge supérstite. Es cierto que se aumenta la libertad de testar, pero ligada a muchas condiciones y sin una conversión de la legítima sino en una simple disminución de la misma, que no es tanta. Como bien se dice, la legítima del Código Civil sigue siendo ancha y fuerte a diferencia de la de otros derechos autonómicos que se ha debilitado de una manera mucho más evidente. El paso de dos tercios a la mitad no supone una disminución notable sino simplemente un intento de disimular que la doctrina aún no se atreve a acabar con una institución que si bien debería desaparecer de nuestro derecho, por lo menos debería de tener menos protagonismo en el reparto de bienes,

⁴⁶ Proposición no de ley 161/001053 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem- En Marea, relativa a la reforma de la sucesión el Código Civil suprimiendo la legítima de los ascendientes, Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº76, Serie D, 2016, p. 14.

dejando paso a la protagonista real del derecho de sucesiones actual, que es la libertad de testar.

De momento no se ha presentado una propuesta que pueda ser del agrado de aquéllos que están de acuerdo con un aumento real de la libertad de testar, y por ello hasta que eso no se produzca no podremos enfrentarnos a los problemas que supone la conservación de un derecho de sucesiones que refleja la situación de una sociedad que poco o nada tiene que ver con la sociedad actual.

No se puede entender que si los derechos autonómicos han tenido determinación de reformar sus derechos de sucesiones y adaptarlos a las circunstancias actuales, sin el miedo a que por el camino se pierdan instituciones que si bien son tradicionales en nuestro derecho, están más que obsoletas y necesitan de una profunda renovación, o el última instancia de un recambio, el derecho estatal no se atreva a hacerlo. Las reformas autonómicas han sido bien acogidas por los ciudadanos de dichas regiones, por lo que se puede entender que serían también bien acogidas por todos los españoles.

VI. LA DESHEREDACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE TESTAR

Los artículos 756 y 853 del Código Civil recogen las causas de indignidad y de desheredación de los descendientes respectivamente.

Nos concentraremos en las causas de desheredación que pueden estar relacionadas con la libertad de testar, y no en aquellas que por sus características pueden estar conectadas con sanciones civiles o con la realización de acciones penales por parte del legitimario que le conducirían a la privación de su condición de heredero.

De tal manera que por un lado están aquellas causas «que afectan a la libre formación de la voluntad del causante y por otra, las que en su nueva interpretación

por los tribunales o como resultado de recientes reformas legales, logran incrementar la libertad de testar del causante para privar de la legítima a algún legitimario⁴⁷».

1. LA LIBERTAD PARA TESTAR

A día de hoy, en la sociedad española que se encuentra cada vez más y más envejecida, como ya hemos comentado anteriormente, hay muchos ancianos viviendo solos en sus hogares, y muchos de ellos podrían ser manipulados por terceros que buscan los bienes de su herencia, debido a que se encuentran en una situación ciertamente desprotegida frente a ellos.

Para estos ancianos o personas indefensas la doctrina ha acuñado el término de ‘testador vulnerable’, entendiendo que muchos de ellos «viven sin la atención de su familia y absolutamente dependientes de personas con las que no les une ningún tipo de parentesco».

A esta nueva situación social en la que se ha visto inmersa España, hay que añadir que a día de hoy la mentalidad que defiende que no siempre tendrían que heredar los parientes, sino que por el contrario debería premiarse a otras personas que no son familia, cada vez está más extendida entre los ciudadanos españoles. Los ‘nuevos herederos de nuestro tiempo’ sería personas que sin ser familiares mantienen una relación especial con el causante que sería merecedora, en última instancia, de una porción de la herencia.

La libertad para testar, que no es lo mismo que la libertad de testar, «implica la posibilidad de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por individuales, caprichosas o extrañas que éstas sean⁴⁸». Pero para que ella sea plena, es necesario que no se haya visto manipulada por terceros que buscan viciarla.

El artículo 756.5º del CC establece que será indigno para suceder aquel que «con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a

⁴⁷ DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2016) «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles autonómicos», *InDret* 4/2016.

⁴⁸ TORRES GARCÍA, F. y GARCÍA RUBIO, MP (2014), *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, p. 17.

cambiarlo». Es decir, se intenta mediante este artículo garantizar dicha libertad para testar. Para entender más cuando alguien se puede encontrar en tal situación, la jurisprudencia⁴⁹ se ha encargado de determinar los presupuestos que supondrían la concurrencia de dicha causa de indignidad. En primer lugar «cuando la conducta del indigno sea tendente a lograr la manipulación o captación del testador, viciando la misma. No es preciso que se trate de conductas constitutivas de una infracción penal, pero si ha de ser calificada como antijurídica», y en segundo lugar, que «el otorgamiento, revocación o modificación del testamento, o en su caso la falta de estos actos, en contra de la verdadera voluntad del causante, sea consecuencia directa o inmediata de dicha conducta torticera del indigno. Es necesario, que exista una relación de causalidad entre la conducta del transgresor y el efecto impeditivo de la expresión genuina de la voluntad *mortis causa* del causante manipulado».

Pese a que se trata de una actuación ciertamente grave, el intentar violentar la libertad de testar de una persona, no se presentan muchos casos en los que el testador haya desheredado a alguien por este motivo. Esto es así, puesto que en muchas ocasiones se trata de ancianos, ‘testadores vulnerables’, que no poseen la capacidad ni física ni mental para poder llevar a cabo tal desheredación, ni tampoco de plantar cara a las personas que intentan manipularlas. En muchas ocasiones, estos ‘testadores vulnerables’ se encuentran en una situación de tal desventaja frente a las personas que intentan aprovecharse de ellos, que no son ni conscientes de lo que están intentando hacerles.

Si el mecanismo de la desheredación no funciona, de tal manera que apenas se logra aplicar para estas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe buscar otras maneras de contrarrestar el comportamiento de estos individuos, con el objetivo de proteger a los ‘testadores vulnerables’ y su libertad para testar. Como ejemplos de opciones que tendría el legislador español para enfrentarse a estas situaciones tiene dos principalmente, la primera sería adoptar una doctrina parecida a la de la *undue influence*⁵⁰ anglosajona, aplicada tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra. La

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona del 8 de Abril de 2009 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) del 27 de Julio de 2007.

⁵⁰ La doctrina *undue influence* que tiene más de 200 años de antigüedad fue revisada por la Cámara de los Lores Británica en el caso *Royal Bank of Scotland v. Etridge* en el año 2001, donde indica que: “The objective is to ensure that the influence of one person over another is not abused. In everyday life

función principal de esta *undue influence* es la de «proteger la autonomía de la voluntad invalidando aquellos testamentos que no son fruto de la libérrima voluntad del testador». Los tribunales pueden declarar nulos aquellos testamentos y junto con ellos las disposiciones manipuladas si observan que de alguna manera en la elaboración del mismo, el testador ha sido influenciado a tenor de sus circunstancias de salud, edad, y condiciones mentales o físicas.

Por otro lado, el legislador catalán propone una medida distinta⁵¹ y que se entona más proporcionada con respecto a la anglosajona, para poder comprobar si la voluntad del testador está siendo manipulada. Esta medida supone que el testador deberá pasar por el filtro del notario, es decir, cuando el testador esté otorgando testamento notarial o pacto sucesorio, será este último el que deberá comprobar mediante una evaluación si el testador se está viendo influenciado o no por terceras personas a la hora de otorgar su última disposición.

Estamos hablando de medidas que no han sido aplicadas en ningún caso por el legislador nacional y que por tanto no son aplicables a nuestro Código Civil, de tal manera que ciertas medidas, reflejo de las ya mencionadas podrían ser incluidas en próximas reformas del Código Civil. Más aún teniendo en cuenta que España ya se encuentra en la sociedades más envejecidas del mundo⁵² lo que lleva a la más que probable situación del cada vez mayor aumento de ‘testadores vulnerables’.

2. LA DESHEREDACIÓN POR MALTRATO DE OBRA

Hasta que el Tribunal Supremo no cambió de criterio hace poco más de cuatro años con la pronunciación de dos sentencias, del 3 de junio de 2014 y la del 30 de

people constantly seek to influence the decisions of others. They seek to persuade those with whom they are dealing to enter into transactions, whether great or small. The law has set limits to the means properly employable for this purpose”.

⁵¹ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, Art. 412-5.2: “Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio”.

⁵² INE (2016), *Proyecciones de envejecimiento 2016-2066*: “En España, en el año 2050, las personas mayores de 65 años representarán más del 30% del total de la población. Los octogenarios llegarán a superar la cifra de cuatro millones”.

enero de 2015, el concepto de maltrato de obra se ligaba principalmente a un maltrato físico por parte de los herederos hacia el testador que justificaba que este último terminase por desheredarlos. Es decir, la falta de relación afectiva entre testador y desheredado, así como el maltrato psicológico no se encontraban dentro del maltrato de obra y por tanto no eran causa suficiente de desheredación, es decir, el concepto de maltrato de obra se entendía por parte de los tribunales de manera restrictiva comprendiendo el maltrato físico y verbal si se justificaba correctamente⁵³.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo supusieron la ampliación del concepto de ‘maltrato de obra’ recogido en el artículo 853.2 del Código Civil. Ambas sentencias establecen una serie de supuestos fácticos que cada vez tienen una mayor presencia dentro de nuestra sociedad: Las sentencias describen una situación de abandono emocional por parte de los legitimarios para con respecto del testador, se trata de casos en los que los descendientes abusan psicológicamente de la persona en concreto. Y, además, esta falta de asistencia tanto emocional como económica por parte de ellos supone que en consecuencia sean desheredados por el familiar. Estas sentencias suponen que es lícito aceptar como causa de desheredación tanto el abandono como el maltrato psicológico, al entender que «no es necesario el empleo de la violencia para configurar la situación de maltrato de obra que da pie a entender aplicada la causa de desheredación». Para el Tribunal Supremo basta con un ‘desamparo efectivo’ por parte de los descendientes y del que el causante no sea responsable.

No hay duda de que el maltrato psicológico debe estar a la altura del maltrato físico y ser considerado, cuando se justifique como una causa de desheredación. Pero con el abandono emocional ya establecido por el Tribunal Supremo como causa de desheredación, la doctrina tiene más dudas a la hora de si se le puede considerar como una justa causa de desheredación. La legítima es una institución fuerte del derecho de sucesiones y fuertes tienen que ser también las vías para su exclusión de la herencia, además ésta está muy protegida por la jurisprudencia, en tanto que tiene que estar muy justificado el motivo para que no se aplique. Por ello la mera falta de toda

⁵³ Véanse como ejemplos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 3ª) del 19 de Diciembre de 2013, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) del 24 de Julio de 2013 o, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) del 26 de Marzo de 2013.

relación personal entre causante y legitimario no puede ser considerada como causa para privar a dicho pariente de ella.

Es cierto que la falta de relación no es lo mismo que el abandono emocional, pero la línea que separa al uno del otro es está muy diluida de tal manera que a veces se pueden confundir y le correspondería a los jueces estimar cuando estamos ante un caso u otro lo que supondría la creación de situaciones de inseguridad jurídica al tratarse de conceptos indeterminados y discrecionales. No es justo, y nunca mejor dicho, que el legislador deba obligar al juez a tener que valorar situación que forman parte de la intimidad familiar de las personas.

Para entender que sea lícito el ‘abandono familiar’ como causa de desheredación es necesario que, a tenor de lo demandando por la sociedad hoy en día, todos los familiares tengan las mismas obligaciones para con el resto de miembros, de tal manera que no haya diferencia entre los unos y los otros. De esta manera, esta causa de desheredación permitiría al causante poder favorecer mediante la repartición de la herencia a aquellos familiares que le hayan asistido y que se hayan comportado acorde con las obligaciones que se le había atribuido.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he dejado en varias ocasiones claro que, si quizás sería utópico pedirle al legislador que suprimiese el sistema de legítimas, es incuestionablemente necesario una modificación del mismo. Una considerable parte de la doctrina, de acuerdo con lo que he estado leyendo, está a favor de dicha modificación, basándose en los argumentos ya esgrimidos, es decir, en un cambio sustancial de la convivencia familiar y de las circunstancias sociales y económicas actuales que suponen, que el sistema tal y como ya está planteado no satisfaga los deseos del testador a la hora de ordenar su sucesión.

La libertad de testar y la institución de la legítima parecen términos, a primera vista, incompatibles. A priori, esto puede ser cierto, no es posible la existencia de una absoluta libertad de testar, mediante la cual el testador pueda disponer de su patrimonio de la manera en que prefiera y sin limitaciones, si existe una sistema de

legítimas que te obliga a destinar una parte de los bienes a determinados parientes. Si bien es innegable esta incompatibilidad, el legislador, no debe buscar instituir en nuestro sistema la plena libertad de testar, ya que ésta, ni está presente en ningún ordenamiento de nuestro entorno, ni solucionaría todos los problemas que causa la legítima, sino que más bien, crearía nuevos al provocar un aumento de los conflictos familiares.

Es en el punto medio donde debe encontrarse el legislador y también la doctrina, ambos deben de dejar de seguir aferrándose a una regulación que tiene más de cien años y está ciertamente obsoleta, para encontrar conjuntamente una solución que adapte el derecho de sucesiones a las circunstancias actuales sin que suponga una ruptura total con la normativa actual.

Esta solución consensuada debe ser una solución que permita respetar los fundamentos básicos de la existencia de la legítima, sin renunciar a un aumento en la libertad testar. Una manera de conseguir llegar a ello es, en primer lugar con una supresión de la legítima de los ascendientes. Esta medida, no apoyada por la doctrina puesto que no se encuentra en la propuesta de reforma del Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, supondría un aumento de la libertad de testar y un fortalecimiento de la posición del viudo, que sería el primer beneficiado de la supresión.

Una segunda medida pasaría por una disminución de la legítima de los descendientes, ésta si que está incluida en la propuesta de reforma, si bien la reducción que proponen de dos tercios a la mitad me parece del todo insuficiente. Es evidente que prácticamente no cambia nada esta disminución puesto que el legitimario seguiría recibiendo la mitad de la herencia lo que sigue suponiendo una gran parte de ella. Lo más conveniente, en mi opinión, sería la supresión de la parte de mejora y una disminución a un tercio de la legítima de los descendientes, transformándola a su vez en una legítima colectiva, es decir, una solución muy parecida a la recientemente adoptada en el Derecho de sucesiones del País Vasco. Esta decisión bien apoyada por la afirmación de que con o sin imposición de la legítima, los padres en la mayoría de las ocasiones hacen herederos a sus descendientes. Por lo tanto, la disminución de la legítima solo afectaría a aquellos descendientes que debido a su relación con los progenitores éstos últimos considerasen que no son merecedores de una porción mayor de la herencia y debiesen de conformarse con el tercio regulado en la ley.

Todas estas medidas van encaminadas al mismo tiempo a un aumento del protagonismo del viudo en la sucesión del cónyuge, y en segundo lugar, a la permisión de que el causante deje bienes a personas que siendo familiares se encuentren desprotegidas tras su fallecimiento, o bien sean ajenos a la familia pero mercedores de una parte de la herencia.

En cuanto a la modificación de las causas de desheredación, deberían flexibilizarse aquellas que afectan directamente a la libertad tanto de testar como para testar. A este respecto, los derechos autonómicos también se encuentran un paso por delante del derecho estatal al haberlas flexibilizado en los últimos años. Algunos ejemplos que podría tomar el legislador nacional son el catalán, cuya legislación es mucho más severa a la hora de perseguir a aquellos que intentan manipular al causante para poder instituirse de manera fraudulenta herederos y también el vasco que directamente ha permitido a sus ciudadanos desheredar sin tener que justificarlo, lo cual es peligroso si nos encontramos ante una sociedad irracional, pero que de momento allí parece que está funcionando. A su vez, convendría reconocerle a la jurisprudencia el esfuerzo que está haciendo para flexibilizar dichas causas puesto que ha acogido como causas de desheredación tanto el abandono emocional como el maltrato psicológico lo que hace pensar que nos estamos encaminado ya sea por sendero o por otro hacia un claro aumento de la libertad de estar.

En definitiva, solo falta un poco de convicción y esfuerzo por alcanzar una acuerdo que suponga la modernización de nuestro derecho de sucesiones y su adaptación a la actualidad de las necesidades de los españoles, los grupos parlamentarios se están dando de ello y solo falta un gran acuerdo entre ellos para que la maquinaria de la reforma empiece a funcionar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BARRIO GALLARDO, A. «Libertad de testar y el principio de no discriminación, ¿una nueva modalidad de disposiciones sucesorias con causa lícita?», *Revista de Derecho Patrimonial Aranzadi*, nº41, 2016, p. 202 ss.

BARRIO GALLARDO, A. «El largo camino hacia la libertad de testar: De la legítima al derecho sucesorio de alimentos», Dykinson, Madrid, 2012, p. 441 ss.

DE BARRÓN ARNICHEs, P. (2016) «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles autonómicos», *InDret* 4/2016.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 85 ss.

EGUSQUIZA BALSAMEDA MA. «Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales», Aranzadi, Madrid, 2003, p. 368.

GALICIA AIZPURUA, G. (2017) «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *InDret* 4/2017.

LACRUZ BERDEJO JL. «Elementos del derecho civil, vol. V, Dykinson, Madrid, 2007, p. 408.

LLEDÓ YAGÜE F. y MONJE BALMASEDA, «Reforma del sistema legitimario y el principio de la libertad de testar», *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, dir. Francisco Lledó, M^a Pilar Ferrer y José Ángel Torres, Dykinson, Madrid, 2014, p. 649 ss.

LÓPEZ Y LÓPEZ A. (1994) «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, n^o3, 1994, p. 62 ss.

MOREU BALLONGA, JL. «El sistema legitimario en la Ley Aragonesa de Sucesiones», *Actas de los XV encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, D.L, Zaragoza, 2005, p. 109 ss.

NICOLAU, R. «Población, salud y actividad», *Estadísticas históricas de España: Siglos XIX-XX*, coord. Carlos Barciela, Albert Carreras y Xavier Tafurell, Fundación BBVA, Bilbao, 2005, p.85.

PANTALEÓN, F. (2003), «Legítimas de alimentos», *Escritura pública*, Consejo General del Notariado n^o21, p.13 ss.

PARRA LUCÁN, MA. (2008) «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Manuales de formación continuada del CGPJ, n^o47, p. 469 ss.

TORRES GARCÍA, F. y GARCÍA RUBIO, MP (2014), *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

