

TESIS DOCTORAL

AÑO 2023



**SOLIDARIDAD FAMILIAR Y ATRIBUCIONES
PATRIMONIALES “MORTIS CAUSA”;
LEGÍTIMA Y DESHEREDACION**

LOURDES GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS
SOCIALES**

DIRECTOR: D. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ

CODIRECTORA: FÁTIMA YAÑEZ VIVERO

ÍNDICE

Contenido

INTRODUCCIÓN	6
Capítulo I. Antecedentes históricos.....	13
1.- DERECHO ROMANO.....	13
1.1.- Derecho Arcaico.....	14
1.2.- Derecho Romano Clásico	17
1.3.- Derecho Romano Postclásico y Justiniano.....	21
2.- DERECHO GERMÁNICO	26
3.- DERECHO VISIGÓTICO.....	29
4.- SISTEMA JURÍDICO MEDIEVAL.....	32
4.1.- Sistema Jurídico Castellano Medieval S.XI. S.XIII	33
4.2.- Sistema Jurídico de la Recepción del Derecho Común.....	38
Capítulo II: La codificación: Proyectos y Anteproyectos del Código Civil.....	53
1.- EL PROYECTO INICIAL DE 1821	53
2.- EL PROYECTO DE 1836.....	54
3.- EL PROYECTO DE 1851	57
4.- LEY DE BASES DE 1881, PROYECTO DE 1882 Y PROYECTO DE 1888.	65
5.- LEY DE BASES DE 1888.....	71
Capítulo III. La legítima y la desheredación en el Código Civil.....	73
1- LA DESHEREDACIÓN	98
2. CAUSAS DE DESHEREDACIÓN.	114
3- LA LEGÍTIMA Y LA DESHEREDACIÓN DE LOS HEREDEROS FORZOSOS.....	135
3.1.- La legítima y la desheredación de los descendientes en el Código Civil.....	135
3.2.- Análisis de los fundamentos jurídicos de las Sentencias más recientes	158
Capítulo IV: La legítima y la desheredación en los Derechos Forales	176
1. DERECHO FORAL GALLEGO	176
2. LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN	191
4.2.1 La legítima en el Código Civil Catalán relativo a sucesiones.....	192
2.2. La desheredación en el Código Civil de Cataluña	197
3. DERECHO FORAL BALEAR.....	206
3.1. Mallorca y Menorca	206
3.2. Ibiza y Formentera	210
3.3. Pactos sucesorios en las Islas Baleares	211

4. EL DERECHO FORAL DE NAVARRA	215
4.1 <i>Antecedentes Históricos</i>	215
4.2 <i>La legítima en el Derecho Foral de Navarra</i>	216
4.3 <i>Derecho de alimentos con carácter sucesorio en el Derecho Foral de Navarra y la Reserva de la Ley 273</i>	217
4.4 <i>La desheredación en el Derecho Foral de Navarra</i>	219
5. DERECHO FORAL DE ARAGÓN	220
5.1 <i>Antecedentes Históricos</i>	220
5.2 <i>La legítima en el Derecho Aragonés</i>	221
5.3 <i>La desheredación y la exclusión en el Derecho Foral de Aragón.</i>	224
5.4 <i>Derecho de alimentos sucesorio y mención a la Troncalidad Aragonesa.</i>	226
6.- DERECHO FORAL DEL PAÍS VASCO.....	227
6.1 <i>Antecedentes históricos</i>	227
6.2 <i>La legítima en el País Vasco</i>	230
6.3 <i>Derecho de alimentos con carácter sucesorio, el apartamiento y la desheredación.</i>	232
6.4 <i>La Troncalidad Vizcaína y “El Derecho Civil propio del valle de Ayala rige en los terminos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa coloma, y Sojoguti, del municipio de Artziniega”</i>	235
Capítulo V: La legítima y la desheredación en el Derecho Comparado	239
1.-LEGÍTIMA Y DESHEREDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO	239
1.1. <i>Legítima en Derecho italiano</i>	239
1.2. <i>La desheredación y las causas de indignidad en el Derecho italiano</i>	241
2. LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO INGLÉS: INGLATERRA Y GALES	246
3.- SISTEMA LEGITIMARIO ESCOCÉS, ISLAS ANGLONORMANDAS E IRLANDA.	249
4.- SISTEMA LEGITIMARIO FRANCÉS	251
5.-SISTEMA SUCESORIO ALEMÁN.....	257
6.- REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES	263
Conclusiones.....	283
Bibliografía.....	289

INTRODUCCIÓN

Solidaridad familiar y atribuciones patrimoniales *mortis causa*, título con el que rubrico mi tesis doctoral, es un estudio en el que analizamos principalmente, la legítima y la desheredación de los descendientes y ascendientes dentro del Ordenamiento Jurídico Español, incluyendo además un estudio comparativo de ambas con otros sistemas europeos. La importancia de estas figuras es clara, tanto a lo largo de la historia como en sus configuraciones actuales.

En la actualidad, los cambios económicos y sociales han tenido como consecuencia que instituciones tan arraigadas como la familia y la herencia hayan variado sustancialmente, produciéndose una profunda transformación en el seno de las mismas. Temas que nos han servido para entrar en un debate más profundo que no es otro sino el de la libertad de testar, y que además nos ha permitido reflexionar sobre algunas cuestiones íntimamente relacionadas con el derecho de sucesiones y de familia.

Como observaremos, a lo largo de nuestro trabajo, pese a la relevancia del tema, no se ha prestado a esta cuestión la suficiente atención normativa, confiándose la litigiosidad a los tribunales, sin buscar una solución legal unitaria. Por otro lado, en la doctrina española no existe una voz única sobre esta materia. La importancia del tema trasciende a otros sistemas jurídicos de nuestro entorno. Estos son en parte los motivos que nos han llevado a un estudio y acercamiento de la legítima y la desheredación.

Históricamente, la herencia era la forma “natural” de obtener unos beneficios, *mortis causa*. Partiendo de esta premisa, y apoyándose en la interdependencia que existe entre la familia y la herencia, la doctrina durante todo este tiempo ha tratado la legítima como una manifestación del principio de solidaridad dentro de los miembros de la familia; una familia que nada tiene que ver con el concepto actual de la misma, por tanto, hemos creído conveniente plantearnos qué consecuencias ha tenido este cambio en la figura de la herencia, reflexionando sobre si este principio de solidaridad debe atenuarse o no, del mismo modo que lo están haciendo los vínculos familiares. Estas instituciones tienen una honda tradición histórica en España, ambas desde la redacción de nuestro Código Civil en 1889, aunque han sufrido ligeras modificaciones manteniendo su esencia. Por ello, hemos profundizado en el

estado de la cuestión actual, haciendo una revisión crítica y proponiendo soluciones jurídicas.

En particular, partiendo de la base del actual “derecho” que existe dentro de algunos de los miembros de la familia a sucederse unos a otros, llamados por ello “legitimarios”, y centrándonos exclusivamente en las relaciones padres-hijos, hemos estudiado las causas tasadas por las que actualmente existe la posibilidad de romper este principio de solidaridad, amparándose en la desheredación. Causas, que hemos ido analizando de manera detallada y adecuándolas a la nueva corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, que se inició con la novedosa Sentencia número 258/2014, de 3 junio del 2014, junto con la Sentencia de 30 de septiembre de 2015, a las que han seguido diversas sentencias, que nos abren la posibilidad de adecuarlas a la nueva realidad social, ya que se considera que el maltrato psicológico a los padres es justa causa para desheredar a los hijos, confirmando, así, una interpretación extensiva al maltrato de obra.

Es importante mencionar que el Código Civil obliga a cumplir una serie de deberes para con nuestros progenitores, y viceversa, como son el deber de prestar alimentos, contribuir a las cargas familiares o el deber de respeto. No obstante, actualmente, el incumplimiento de alguno de ellos no conlleva ninguna consecuencia jurídica, como sería concretamente el deber de respeto, pero creemos que sí debería repercutir posteriormente en la herencia. En la sociedad en la que vivimos, pese a que pueda existir una despreocupación por el cuidado de nuestros mayores, sí se espera obtener de ellos unos beneficios *mortis causa*. Por ello se reflexiona si debería abogarse, si no por una total libertad para testar, sí por una revisión de las causas de indignidad y desheredación, haciendo que se transformen y que no vivan a espaldas de la realidad familiar. Siguiendo la corriente del Tribunal Supremo que nos abre nuevos caminos en la institución jurídica de la desheredación, realizamos una interpretación flexible, teniendo en cuenta la realidad social, y los principios consagrados en nuestra Constitución.

Esta toma de posición sobre el mantenimiento y defensa de la legítima, no significa que en algunos supuestos no debamos inclinarnos por defender y replantear la posible reducción de la cuota de alguno de los legitimarios en ciertos supuestos. Y también por la posible extensión de la cuota del cónyuge supérstite, cuyo estudio advertimos que hemos dejado al margen de este trabajo, pues creemos que su examen bien requiere un trabajo independiente.

Abogamos por una posible revisión de *lege ferenda*, que aclarase la situación actual y con el fin de minimizar algunos conflictos familiares, y solventar posibles incertidumbres, al no ser suficiente que los tribunales realicen una interpretación sociológica, siendo necesario que algunos extremos, como hemos ido advirtiendo a lo largo de nuestro trabajo, se plasmen en la norma, proporcionando para ello diversos fundamentos jurídicos que den respuesta a las cuestiones que se suscitan en torno a estas instituciones. Se trata, por tanto, de reestructurar la legítima e introducir algunas nuevas causas de desheredación, acordes a la sociedad actual y matizando algunas de las existentes.

Nuestro estudio se fragmenta en cuatro capítulos: En el primero se aborda la evolución histórica. Solo si se parte de cómo surgieron las instituciones que estudiamos, podremos comprender su fundamento, y el papel que han jugado desde su nacimiento hasta llegar a nuestros días. Por ello, iniciamos el primer Capítulo intentando buscar los orígenes de la legítima, de la desheredación y de la libertad de testar, y hemos observado, desde un principio, que los sujetos legitimarios, y el derecho que les corresponde, van a ir variando a lo largo de la historia del Derecho, adaptándose a las necesidades sociales de cada momento, y cómo, al tiempo, se restringe o amplía la libertad de testar. Es inevitable hacer un recorrido por la historia del Derecho para saber de qué manera se han ido formando ambas instituciones hasta la actualidad.

La dificultad, en este Capítulo, la vamos a encontrar en la propia evolución del Derecho sucesorio, que tiene su punto de partida en la absoluta libertad del testador para distribuir el patrimonio hereditario, aunque podremos comprobar que pronto se verá limitada con la intención de beneficiar a los parientes más cercanos. Además, no podremos hablar del concepto de legítima tal y como lo entendemos actualmente.

Libertad de testar y sucesión forzosa han ido recorriendo su camino de la mano, siendo necesario que insistamos en recordar la finalidad familiar y social de ambas. Todo ello tiene como objetivo profundizar en este estudio para saber si actualmente tiene razón de ser el conservar el sistema igual o debe experimentar modificaciones que las hagan acordes a la realidad social y al momento que en que las normas han de ser aplicadas.

Como hemos podido comprobar a lo largo de nuestro estudio, tanto la legítima como la desheredación tienen una larga tradición histórica en nuestro país, y sigue siendo objeto de atención a lo largo del proceso de codificación. Por tanto, dentro de ese contexto

evolutivo, en el segundo Capítulo, realizamos un examen de esta materia en los Proyectos y Anteproyectos españoles, por el gran interés que revisten y porque el derecho positivo debe estudiarse a la luz de los diferentes criterios interpretativos. Solo se puede conseguir este objetivo con el conocimiento de cómo surgieron estas instituciones en España y cómo, con el devenir histórico, se llega a la regulación actual, para profundizar en cómo quedaron consagradas estas figuras en el Código Civil, destacando los aspectos más importantes del proceso codificador en las distintas etapas que dan paso al derecho unificado.

Una vez analizada la evolución histórica nos centramos en cómo se ha llevado a cabo la configuración actual, siendo sin duda, este Capítulo tercero, el núcleo central de nuestra investigación, pues realizamos un análisis de la legítima y la desheredación, instituciones de derecho sucesorio, que se encuentran reguladas en nuestro Código Civil en su Libro III, bajo el título “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, cuyo estudio reviste una gran complejidad planteándose problemas jurídicos de difícil solución.

Ambas instituciones tienen una gran importancia dentro del derecho sucesorio, estando íntimamente interrelacionadas, hasta tal punto que podríamos decir que la desheredación es, en nuestra opinión, una consecuencia necesaria de la legítima.

Nuestra intención en este Capítulo reside en analizar por separado tanto la legítima como la desheredación correspondiente a cada grupo de herederos forzosos, comenzando por los descendientes, grupo al que se le da preferencia, de manera que, como sabemos, existiendo hijos o descendientes, los ascendientes carecen de condición de legitimarios, y que es independiente del usufructo correspondiente al cónyuge.

En un sistema de legítimas como el nuestro, parece excesivo que el testador se viese obligado, bajo cualquier condición, a designar heredero forzoso, por ello nuestro ordenamiento, excepcionalmente, prevé la desheredación.

En nuestro Código Civil, como sabemos, desheredar es privar de la legítima a través de una disposición testamentario, o dicho de otra forma, “es el acto de disposición por el que se priva al legitimario de la legítima”, siempre y cuando se den los requisitos que señala la ley.

La desheredación se caracteriza por ser personal, con esto queremos indicar que no se va a proyectar sobre la descendencia de la persona desheredada. En cuanto al

procedimiento para hacer efectiva la desheredación, el artículo 849 del CC reza *la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde*. Este artículo, unido al 848 CC, establece que la desheredación únicamente puede hacerse por alguna de las causas señaladas en Ley, lo que nos invita a pensar que las causas, no solo están tasadas, sino que además son *numerus clausus*, principio que ya adelantamos no se contradice con la línea que mantenemos en nuestro trabajo, siempre que se haga una interpretación flexible (eso sí alejada de la analogía y la interpretación extensiva) conforme a los valores del momento en que se producen.

Es importante resaltar, que estas causas tratan una serie de actos considerados por la ley especialmente dignos de castigo, y son actos que ponen de manifiesto que la relación familiar, así como sus consecuencias afectivas, se han roto por actos del heredero, y por tanto no es merecedor de recibir la legítima.

Conviene aclarar que la figura de la desheredación y la indignidad son diferentes y no puede confundirse una con otra, del mismo modo que tampoco podríamos confundir la desheredación con la preterición, si bien hay países como Italia que, a lo largo del tiempo, han equiparado ambas instituciones, desapareciendo de su regulación la desheredación por innecesaria, al considerar que los efectos legales de la indignidad son suficientes para privar de la herencia a aquellos que lo merecen.

Con respecto a las causas de desheredación, de igual manera, las hemos dividido teniendo en cuenta las que le corresponde a cada legitimario. El estudio no es meramente doctrinal, sino que se profundiza en la jurisprudencia recaída en la materia, haciendo un trabajo de campo, a los efectos de analizar cómo se solventan los numerosos casos que se presentan en la práctica. Y es que, pese a todo, hemos advertido, en la elaboración de la tesis, que pese a que el derecho está vivo existe la necesidad de dar unas pautas normativas, dado que con ello se resolverían algunas de las dificultades apreciadas y derivadas de la inseguridad jurídica que se plantea. Defendemos una revisión y actualización de las causas de desheredación más acorde con el momento actual, la unificación de algunas de las causas y la ampliación de algunas de ellas. En definitiva, una modernización de esta, más acorde y acomodada a la realidad actual que resuelva alguna de las tensiones existentes.

También se analizan los cambios producidos como consecuencia de la reforma efectuada por la Ley 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal y que promueve el

apoyo de las personas con discapacidad, en materia sucesoria, y cómo afecta al resto de los herederos forzosos.

En definitiva, nos hemos planteado si la consideración y el juego de las causas de desheredación no requieren, en la España actual, y en el ámbito del derecho común, un cierto refuerzo a favor del causante, frente a la rigidez del sistema legitimario que le viene impuesto de forma imperativa, por el propio sistema normativo, estudiando y realizando una revisión crítica de las diferentes causas de desheredación, así como su eventual ampliación o reducción en el momento actual.

En el cuarto Capítulo estudiamos la legítima y la desheredación en los Derechos Forales.

Los Derechos civiles Forales se tornan en instrumentos que hay que examinar detenidamente, pues mantienen en ocasiones sistemas jurídicos diferenciados, cuyas peculiaridades y particularidades deben analizarse, con el objeto de saber cómo se regulan estas instituciones. Consideramos de sumo interés detenernos en cómo se ha ido actualizando y adaptando la pluralidad de derechos civiles, a las últimas modificaciones normativas y a los pronunciamientos de los tribunales que han ido conformando la jurisprudencia a medida que han ido resolviendo los problemas conflictuales en la materia, para saber qué novedades se introducen y si se acercan o distancian del derecho Común; y con ello realizar un estudio crítico sobre sus ventajas y desventajas.

Analizaremos las principales novedades, empezando por las de mayor calado, y veremos cómo algunos derechos forales suponen un avance significativo hacia la libertad de testar, con novedades relevantes como que la legítima de los descendientes, que se reduce en gran medida, y lo hace unas veces en su cuantía, y otras tanto en su cuantía como en su forma de distribución. Es de especial relevancia destacar que se propugna, por algunos, una sustitución por el derecho de alimentos. Otra modificación destacada es que en algunos derechos civiles se suprime la legítima de los descendientes. También se advierte que se equiparan determinados efectos y derechos reconocidos hasta ahora en exclusiva al cónyuge viudo a los miembros supervivientes de las parejas estables, y un aumento de sus legítimas, así como un reforzamiento de algunos de sus derechos sucesorios, todo ello en aras de adaptarse a los nuevos cambios sociales, a las nuevas relaciones familiares, y a la cada vez mayor esperanza de vida, entre otros factores. Se analizan también las causas de

desheredación, y la amplitud o la rigidez con las que están determinadas algunas de ellas. Asimismo, ponemos de relieve, la tendencia predominante, tanto en el aumento de estas causas, como en la tendencia a la interpretación extensiva o flexibilización de alguna de ellas.

Por último, pero no menos importante, el Capítulo quinto se dedica al estudio de estas figuras en países de nuestro entorno cultural, analizando las líneas más importantes de la legítima y la desheredación para ver los puntos de conexión o, en su caso, las diferencias entre nuestra normativa con la de derecho comparado, para un análisis completo y una mejor comprensión de la cuestión. Resaltaremos las diferentes soluciones de los derechos nacionales, que utilizan diferentes modelos legales, para conocer el estado de la cuestión, y destacaremos cómo las reformas tienden a una flexibilización de las legítimas. En todo caso, hemos intentado aportar a las cuestiones tratadas nuestras observaciones, con el ánimo de clarificar los problemas que se plantean y aportar unas pautas que permitan solventar los diferentes conflictos que se nos presenten.

Capítulo I. Antecedentes históricos

Podemos afirmar que, a lo largo de la historia del Derecho Civil Español, ha estado presente tanto la institución de la legítima como la figura de la desheredación, y es que en los distintos ordenamientos jurídicos españoles siempre ha existido tensión entre dos polos opuestos: libertad de testar y sucesión forzosa. No podemos olvidar que en España confluyen varios derechos civiles especiales, pugnando unos con otros y todos ellos han intentado mantener sus hábitos, lo que influye en que ambos principios hayan convivido en el derecho sucesorio con mayor o menor fricción. No obstante, siempre han estado presididos ambos por la necesidad de proteger a la familia e impregnados por la idea de solidaridad familiar. Ambas instituciones han sufrido ligeras modificaciones desde la redacción de nuestro Código Civil de 1889, manteniendo su esencia hasta nuestros días. Serán estas las figuras principales en las que centraremos nuestro trabajo de investigación.

En este Capítulo intentaremos buscar los orígenes de la legítima, de la desheredación y de la libertad de testar. Y observaremos, desde un principio, que los sujetos legitimarios, y el derecho que les corresponde, van a ir variando a lo largo de la historia del Derecho, adaptándose a las necesidades sociales de cada momento histórico y cómo, al tiempo se restringe o amplía la libertad de testar.

1.- Derecho Romano

Para poder realizar un estudio sobre la legítima y la desheredación, y comprender así su alcance actual, conviene hacer un profundo análisis histórico, pues como hemos dicho no podemos olvidar que en España confluyen distintos derechos, pugnando unos con otros para mantener sus normas y costumbres¹.

La dificultad de este estudio la vamos a encontrar en la propia evolución del Derecho

¹Aunque para algunos autores tan relevantes como VALLET DE GOYTISOLO, Juan, existen ya indicios de la figura de la desheredación desde el Código de Hammurabi, al tratarse de un ordenamiento jurídico penal creemos que debe dejarse al margen de nuestro estudio, así como también prescindimos, por el mismo motivo, del análisis de cualquier otro de los antecedentes jurídicos prerromanos. En consecuencia, hemos partido del Derecho Romano. “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24, núm. 1, 1971, pág. 3 y ss.

sucesorio, que tiene su punto de partida en la absoluta libertad del testador para distribuir el patrimonio hereditario, aunque podremos comprobar que pronto se verá limitada con la intención de beneficiar a los parientes más cercanos. Además, no podremos hablar del concepto de legítima tal, y como lo entendemos actualmente, hasta el periodo del Derecho Justiniano. Efectivamente, creemos que no será hasta esa época cuando se empiecen a perfilar ambos conceptos en la forma que actualmente los conocemos.

Es conveniente advertir que ambas instituciones cuentan con una larga tradición histórica, y han ido evolucionando en paralelo con la familia a la que está profundamente ligada. Sin embargo, mientras que la legítima y la desheredación quedan ancladas en el pasado, la figura de la familia ha sido una de las instituciones que ha sufrido una mayor transformación en el siglo XXI, dentro del ámbito de Derecho Civil.

1.1.- Derecho Arcaico

El origen y la evolución histórica de la legítima y de la desheredación han dado lugar a diversas interpretaciones y conjeturas sobre el verdadero alcance de estas instituciones, ya que la regulación aparece de forma dispersa y fragmentada por lo que hay pocas certezas absolutas². Dentro del fenómeno sucesorio, la mayoría de la doctrina se decanta por la prevalencia de la sucesión legal a la testamentaria. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, sostiene lo siguiente: “Para una corriente muy numerosa, a la sucesión testamentaria procedió en Roma un ordenamiento sucesorio legal forzoso, de acuerdo con las nociones de copropiedad familiar comunes a todos los pueblos de origen indoeuropeo”³.

El rasgo más significativo del Derecho sucesorio Romano originario era la libertad de testar⁴. El *pater familias* tenía poder absoluto para disponer de sus bienes; así, en la época

²CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, “Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El *testamentum calatis comitiis* y su relación con la sucesión intestada”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 11, octubre, 2013, pág. 206 y ss.

³LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, pág. 10 y ss.

⁴Tal y como afirma, HEINECIO, Juan, “el testamento es la expresión de nuestra última voluntad de lo que uno quiere que se haga después de su muerte, ó, como dice Justiniano la fiel expresión del pensamiento”. *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, Libro II, Título X, Imprenta de Don Pedro Sanz, 1841, pág. 155 y ss. Traducido por COLLANTES Y BUSTAMANTE, Luis.

del Derecho Quiritario, al morir el *pater familias* debía sustituirle un heredero en sus relaciones personales y en las patrimoniales pues se debía encontrar un continuador en los cultos religiosos, así como en la administración del patrimonio⁵. Interesa destacar que en esta época del Derecho Civil Romano, el llamamiento universal que establecía la Ley de las XII tablas no distinguía entre sexos para heredar conforme a la Ley, y tampoco existía un sistema que mejorase al progenitor⁶.

La libertad de testar fue consagrada en la Ley de las XII Tablas⁷. No obstante, aparece un conato de límite al establecerse, por primera vez, un llamamiento legítimo, que pretendía favorecer a los parientes más próximos del testador, si bien prevalecía la voluntad de éste⁸, pues la única obligación era la de mencionar a sus herederos en el testamento⁹. Se trata, por tanto, de una limitación meramente formal, ya que después de instituirlos no era necesario que se les otorgase una participación efectiva de los bienes de la herencia¹⁰.

Pero no se puede olvidar que existen corrientes doctrinales que apoyan lo contrario, de las que constituye un claro exponente SCIALOJA para quien el *paterfamilias* tendría la obligación de desheredar, puesto que los denominados herederos suyos¹¹, son herederos por derecho propio, independientemente de lo establecido en el testamento¹². En sentido

⁵GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*, Dykinson, Madrid, 1982, pág. 502 y ss.

⁶*Vid.*, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *op.cit.*, “Reflexiones sobre el...”, pág. 211.

⁷PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, “la desheredación en el Derecho Español: su desenvolvimiento histórico”, Separata a la *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, correspondiente al núm.73, II trimestre de 1955, pág. 247. En este mismo sentido, BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo- abril 2004, pág. 2 y ss.

⁸LÓPEZ-RENDO, Carmen, Fundamento de la regla “*sui heredes aut instituendi sunt autex heredandi*” en el *Ius civile*, Universidad de Oviedo, 1991, pág. 332 y ss.

⁹ En la aplicación de la regla “*sui heredes aut instituendi sunt antexheredandi*” ya que si no se les mencionaba el testamento era nulo. Tabla 4 y 5 de la *Ley Decimviral*.

¹⁰BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “La desheredación de los hijos y los descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”. *Revista Critica de Derecho inmobiliario*, Año 2004, marzo-abril, núm. 80, págs. 473 y ss.

¹¹En el Derecho Romano Arcaico se consideraba como herederos suyos (*sui heredes*) a un grupo de personas que serían los destinatarios de los bienes de la familia de manera prioritaria, este grupo lo formaban esencialmente los hijos ya fuesen estos naturales o adoptivos, varones o mujeres, que estuviesen en el momento de la muerte bajo la potestad del *paterfamilias*, así como la esposa del *pater*, cuando se celebrase el matrimonio en la forma *conventio in manu*. *Vid.*, CASTÁN, Santiago, 2013, “Reflexiones sobre el...”, pág. 264 y ss.

¹²PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, *El Derecho de sucesiones en Roma*. Lener editores asociados, Buenos Aires, 1969, pág. 14 y ss.

contrario, BONFANTE, señala que el *paterfamilias* nombraba a su heredero antes de morir, y que este prevalecía sobre los demás; por el contrario, si no hubiese testamento, entonces ya se sucedería por el orden establecido en la ley¹³. Ha de tenerse en cuenta que este autor consideraba que el testamento no está destinado para llamar a un extraño sino para nombrar a un “heredero suyo”. Siguiendo esta línea, PASCUAL QUINTANA afirma que coexistía la sucesión testamentaria junto a la intestada, ya que el testador podía libremente disponer de sus bienes, mientras que la ley llamaba a los herederos forzosos¹⁴.

En nuestra opinión, no hay indicios para mantener que en esta época existiese un concepto de legítima, pero tampoco podemos negar que hubiese en la Ley de las XII Tablas una libertad absoluta de testar.¹⁵ Hay que tener en cuenta que la posibilidad que existía de nombrar heredero no conllevaba necesariamente una libertad absoluta, pues esta libertad únicamente se otorgaba sobre los bienes de titularidad personal, a través de los legados. Creemos que el fundamento principal recogido en las XII Tablas, en los que se apoya el derecho sucesorio consistía en garantizar la continuidad del patrimonio familiar.

LAMBERT afirma ser partidario de la teoría que defiende que el jefe de la familia disponía de una libertad de testar tan ilimitada, como la que gozaba el testador inglés a principios del siglo XX¹⁶¹⁷. Por otro lado, otros autores, apoyan la tesis de SUMMER MAINE, que establece, que en Roma existía una sucesión intestada y que la sucesión legítima llegó después, siendo el testamento la forma subsidiaria, únicamente para aquellos supuestos en los que no hubiese descendientes, y mantienen la idea de que no se puede

¹³BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, traducido por: Luis Bacci, Andrés Larrosa, 6ª ed. Reus, Madrid, 2002, pág. 548 y ss.

¹⁴ PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, "La desheredación en el Código civil español", *RDEA*, marzo-abril, 1958, pág. 7 y ss.

¹⁵RIBAS-ALBA, José María, *La desheredación injustificada en el derecho romano Querella inofficiosi testamente: fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998, pág. 116 y ss.

¹⁶LAMBERT, Eduart, "La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada", *Revista de Legislación*, Vol. 49, núm. 99, Madrid, 1903, pág. 539 y ss. Traducido al castellano por GARCÍA HERREROS, Enrique.

¹⁷En el siglo XX el Derecho de la *Common Law*, estableció a la libertad de testar existente una porción del caudal relicto para reservar una posible pensión alimenticia con el fin de asegurar el sustento de los familiares del testador a través del *Testator's Family Maintenance Act* de 1900. BARRIO GALLARDO, Aurelio, "Estudio Histórico-Comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón". *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 17, 2011, pág. 54 y ss.

deducir de la Ley de las XII Tablas una libertad de testar¹⁸.

Para SÁNCHEZ ROMÁN, “la sucesión testamentaria obedecía a la libérrima voluntad del testador mientras que la sucesión intestada respondía a un interés puramente social... Ya que, si se hubiese tenido en cuenta la voluntad del testador, y si esta se hubiese tomado en consideración, no hubiesen quedado excluidos los hijos emancipados”¹⁹.

Esta falta de acuerdo supone una de las grandes dificultades con las que nos encontramos, pues las conclusiones que se extraen no pueden considerarse como definitivas. Así en palabras de LAMBERT, “por varios que sean los procedimientos empleados por las civilizaciones, todavía rudimentarias para el equivalente de las disposiciones universales *post mortem*, no encontramos en ninguno de ellos el rasgo que caracteriza el testamento tal y como se puede tomar del Derecho Romano Clásico”²⁰. Afirmando también este autor, en prueba de esta dificultad, que “para penetrar en el espíritu de las instituciones del antiguo Derecho Romano, el historiador no dispone, en cuanto se atrincheró en el círculo limitado de la literatura latina sino de instrumentos semejantes... no puede pues esperarse de estos sino resultados inciertos y precarios.” O, como dice CASTÁN²¹, “podemos conocer gran parte de las disposiciones relativas a las XII Tablas, si bien de forma sesgada, lo que impide un mejor conocimiento de las instituciones antiguas y hasta hacer un juicio riguroso sobre las mismas”²².

1.2.- Derecho Romano Clásico

La regulación de la época clásica aparece igualmente dispersa, sin embargo, es más claro percibir una evolución hacia la restricción de la libertad de testar. Quizá el cambio más significativo de esta época clásica está en la concepción de la propia sucesión, pues se va a

¹⁸SUMNER MAINE, Sir Henry, *Early history of institutions*, Biblioteca de Jurisprudencia Filosofía e Historia Oxford, 1895, *Las instituciones Primitivas*, Madrid, La España moderna, pág. 172 y ss.

¹⁹SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil. Según los principios, preceptos y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades forales, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e Historia general de la legislación española*, Tomo VI, Vol. I, 2ª ed., Impresores de la Casa Real, 1910, pág. 127 y ss.

²⁰LAMBERT, Eduart, *op.cit.*, “La tradición romana...”, pág. 539 y ss.

²¹CASTÁN Santiago, *op.cit.*, “Reflexiones sobre el...”, pág. 206 y ss.

²²En este sentido se pronuncian ya antes juristas tan destacados como KAESER, Max, *Storia del Diritto Romano*, traducido al castellano en su segunda edición por REMO, Martini, Milano, 1981, pág. 63 y ss.

referir a la totalidad de un patrimonio, que se va a identificar como pecunia, tal y como afirmara a final de la república, CICERÓN (Tópica 6.29), estableciendo que la herencia es un patrimonio pecuniario, *Hereditas est pecunia*, teniendo una identidad propia²³.

El cambio principal, por tanto, está en la transformación del concepto de derecho sucesorio, pues la herencia comienza a adquirir, como hemos afirmado, un carácter patrimonial, y ya no será como en la época arcaica un conjunto de relaciones patrimoniales y personales.

Se reacciona frente a la libertad de testar del *pater familias* que, en un principio, podía preterir en el testamento a los hijos y nietos o desheredarlos sin justa causa, aunque los abusos en la época fueron tan grandes por parte de los padres, que las leyes impusieron restricciones. En este sentido, con la intención de favorecer a los parientes más próximos y limitar la voluntad del testador aparecen diferentes leyes, que nos dan noticia sobre el tema y que van a ir estableciendo distintos tipos de limitación. Veámoslas brevemente a continuación, comenzando por la *Lex Furia Testamentaria*, que data del siglo II A.C²⁴, primera regulación de la que tenemos conocimiento, que impone una limitación del testador, si bien únicamente está prevista para los legados. En este sentido, se prohíbe que cada legado supere la cantidad de mil ases, salvo que estos vayan destinados a parientes hasta el sexto grado²⁵. Esta ley, tal y como expone GAYO (2, 225), no fue eficaz, pues se permitía que se hiciesen varios legados de mil ases cada uno a una misma persona. Por tanto, era fácil saltarse la prohibición, no dejando nada al heredero.

Posteriormente, nos encontramos con la *Lex Voconia* (169 A.C). Esta ley supone un intento de limitación para el testador, referida igualmente a los legados. Sin embargo, en este caso la limitación va a estar en la prohibición de que la cantidad dejada como legado no fuese superior a la que se dejaba al heredero, por lo que este no podría ser totalmente despojado de la herencia. Esta ley fracasó igualmente, pues, como recuerda GAYO (2, 226),

²³GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano Casos. Acciones. Instituciones*, 15ª ed., EDIASA, 2007, pág. 502 y ss.

²⁴ BETANCOURT SERNA, Fernando, *Derecho Romano clásico*, Universidad de Sevilla, 3ª ed., 2007, pág. 156 y ss.

²⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, Rodrigo, “El pulso entre heredero y legatario, propiciado por la *voluntas testatoris*: la victoria de la *Quarta falcidia*”, *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 6, 2013, pág. 151 y ss.

era perfectamente posible que el testador distribuyese el patrimonio en legados de poco valor, dejando así al heredero un mínimo tal que no tuviese interés en aceptar. Por otro lado, esta Ley supuso una evidente discriminación de géneros, prohibiéndose que la mujer fuera instituida heredera, si el patrimonio del causante se encontraba entre los primeros del censo romano, es decir, si el patrimonio superaba las cien mil libras²⁶, que se equipararían a los cien mil ases²⁷. Sin embargo, la mujer que con la *Lex Voconia* no podía ser instituida heredera, si podía, por el contrario, adquirir la herencia por fidecomiso²⁸.

Asimismo, nos encontramos con la *Lex Falcidia* (40 A.C), que impone como limitación al testador ha de reservar la cantidad de un cuarto del haber hereditario a los herederos legítimos denominado *la cuarta falcidia*²⁹. Esta ley derogó tanto la *Lex Furia* como la *Lex Voconia*. Para BARRIO GALLARDO, “la cuarta falcidia representa un anticipo de lo que será la legítima”, rebajando las exigencias de la disposición testamentaria pues otorga al testador la libre disposición de las tres cuartas partes del haber hereditario y reservando únicamente una cuarta parte para los parientes más próximos³⁰.

Más adelante, aparece un concepto de legítima³¹ que incluso fue trasladado a la práctica real, ya que los tribunales de los *Centunviris* podían declarar testamentos

²⁶Vid., GONZÁLEZ LÓPEZ, Rodrigo, “El pulso entre...”, pág. 153 y ss.

²⁷En este sentido Tito Livio 1, 43,1-9 Cicerón, no obstante, algunos autores equiparan las cien mil libras con mil ases. Sea como fuere y en palabras de MONTESQUIEU el fin de esta Ley es: “Prevenir las riquezas excesivas de las mujeres, y por lo tanto se reconoce que no era necesario privarlas más que de las riquezas desorbitadas y no de aquellas que no podían alimentar el lujo” MONTESQUIEU, Chales Louis, *El espíritu de las leyes*, libro XXVI, traducido por BLÁZQUEZ, Mercedes y VEGA, Pedro, 6ª ed., Tecnos, 2007, pág. 405.

²⁸GAYO Instituciones 2, 274. Así lo expresa RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana María, “El patrimonio de las mujeres y su participación en la economía”, 5ª Unidad didáctica, *La mujer en la actividad económica y financiera*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 2. [Lección 10. El patrimonio de las mujeres y su participación en la economía — \(uc3m.es\)](https://www.uc3m.es/lecciones/10-el-patrimonio-de-las-mujeres-y-su-participacion-en-la-economia), última visita, 24 de marzo de 2021.

²⁹POLO ARÉVALO, Eva María, “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en el Derecho sucesorio Español”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 10, 2013, pág. 331 y ss.

³⁰BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al Derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, 2012, pág. 89 y ss.

³¹Otro sector doctrinal del que es un claro exponente FERRARA ha defendido que: “Se establecía así un freno moral, una coacción psicológica, dirigida contra el testador, para disuadirle de una injustificada desheredación. Si el hijo era preterido o desheredado irregularmente, el testamento era nulo. El derecho pretorio avanzó un paso más, y en el caso de preterición concedió a los hijos desatendidos *la bonorum possessio contra tabulas*, que, poco a poco, se fue transformando en un verdadero modo de adquirir la herencia” GÓNZALEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo, “Las conferencias del Doctor Ferrara. El sistema de la legítima y la mejora en el derecho español,” *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 47, noviembre 1928, pág. 822 y ss.

inoficiosos en aquellos supuestos en los que se excluyese a los hijos y descendientes de la sucesión. Por tanto, un testamento que no cumpliera este deber y que, en consecuencia, excluyese a los hijos del patrimonio hereditario era considerado contrario *al officium*.

Existía, por parte del testador, la obligación de dejar la *partio debita o partio legitima*.³² Denominándose *officium pietatis* a la obligación que tenía todo *pater familias* de destinar una porción de sus bienes a los parientes más cercanos³³, pudiendo acudir los hijos desheredados injustamente al tribunal de los *centivurus* y teniendo estos la potestad de declararlo nulo, basándose en la supuesta locura del testador³⁴. PONSSA DE LA VEGA expone que, en un principio, la impugnación de los testamentos no estaba legislada, y es con la aplicación de los tribunales *Centunviros* cuando surge esta posibilidad, ya que se consideraba como obra de dementes, pues ¿quién si no preteriría a los parientes más próximos? ³⁵. En opinión de GARCIA GARRIDO, al no existir noticias de normas legislativas que sancionasen estas reglas, se decidía caso por caso los motivos que inducían al testador a excluir de la herencia al posible heredero³⁶. La *querella inofficiosi testamenti* se rechazaba en aquellos supuestos en los que el reclamante ya había obtenido del testador la cuarta parte de lo que hubiese recibido en la sucesión intestada, previsto para aquellos supuestos en los que no hubiese testamento, siendo similar a la *quarta falcidia*³⁷.

³²GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *op.cit.*, *Derecho Privado Romano...*, pág. 290 y ss.

³³RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La desheredación: ¿Puede el testador privar a sus parientes más próximos de su parte en la herencia?*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 9 y ss.

³⁴Según afirma HEINECIO, Juan, “la desheredación en este período hacía distinciones entre los diferentes tipos de hijos y descendiente, según fuesen de primer grado o de segundo grado, varones y hembras, legítimos e ilegítimos, naturales y adoptados, o, por último, nacidos y póstumos. De tal forma que los hijos de primer grado y naturales debían ser instituidos o desheredados expresamente, de otra suerte el testamento sería nulo *ipso iure*. Mientras que en el caso de hijas suyas naturales y demás descendientes de ulterior grado, podían ser desheredados *inter coeteros* (sin ser necesario hacerlo de forma nominal) del mismo modo si se preterían en este supuesto no se invalidaba el testamento, sino que su parte acrecía en la parte viril de sus herederos y acrecía por mitad a los extraños (Ulpiano 22,17).Cfr., *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, Libro II, Título XIII, párrafos 520, 521,522, 1841, pág. 165 y ss.

³⁵*Vid.*, PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, *Manual de historia de Derecho Romano*, 1979, Lerner, pág. 16 y ss.

³⁶*Vid.*, GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano...*, pág. 290 y ss.

³⁷Tal y como se establece: “El ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti* implica una acusación contra el testador respecto a la infracción por su parte del *officium pietatis*, es decir, del deber de asistencia al que está moralmente obligado con sus hijos y parientes próximos del que sólo queda relevado en caso de que el comportamiento de éstos no resulte merecedor de este reconocimiento patrimonial por vía testamentaria por lo que el presuntamente perjudicado, recibe también una lesión en su honor, (injuria socialmente relevante). FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO, Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 2ª

De los textos examinados, únicamente se puede constatar cómo se pasa de una libertad de testar absoluta a la aparición de algunos límites legales que pretenden proteger a ciertos parientes próximos al testador, frenando la absoluta libertad de testar, no sin antes destacar la incertidumbre existente en la doctrina analizada.

1.3.- Derecho Romano Postclásico y Justiniano

El Derecho Romano sufrió grandes cambios en la época postclásica a partir del año 230 D.c. El derecho Justiniano resulta de gran interés para el estudio de la legítima y la desheredación.

En el derecho Justiniano podemos encontrar, por fin, un verdadero sistema de legítimas, que puso fin a la libertad de testar, a través de sus Novelas. En concreto, están dedicadas al derecho sucesorio las *Novelas 18 y 115*. Esta última, como veremos, será la que modifique definitivamente el derecho sucesorio. Obsérvese que en ellas podemos apreciar un verdadero sistema legitimario, pues se obliga al causante a reservar una porción de bienes a determinados familiares, a lo que además se va a sumar la prohibición de la desheredación sin justa causa, siendo necesario hacer la desheredación de forma individual³⁸. Es imprescindible, por tanto, la concurrencia de ambos requisitos que la desheredación sea expresamente nominativa y con causa específica. Nos parece interesante resaltar que no se hace distinción entre hijos varones y hembras, ni entre los distintos tipos de hijos, a los que se les daba el mismo tratamiento³⁹. Además, tal y como nos indica PASCUAL QUINTANA “la preterición de cualquiera de los herederos llevaba consigo la nulidad del testamento”⁴⁰.

Pese a no estar exento de dificultades, creemos conveniente hacer un estudio

ed., Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 486 y ss.

³⁸OLIVER SOLA, María Cruz, “Recepción Histórica del derecho romano”, *Revista Internacional de derecho Romano*, núm. 11, 2013, pág. 651 y ss.

³⁹JUSTINIANO, entiende la familia de otra forma, que podríamos ahora considerar más moderna pues equipara el parentesco natural, con el parentesco civil, no haciendo diferencia entre los agnados y los cognados en este sentido lo expone RODRÍGUEZ, Silvia, “Lección XXXII” *La possessio hereditas y la bonorum*” 2015. Profesora de la Autónoma de Madrid. [LA HEREDITAS Y LA BONORUM POSSESSIO \(slideshare.net\)](https://www.slideshare.net/LA-HEREDITAS-Y-LA-BONORUM-POSSESSIO), última visita el 24 de marzo de 2021.

⁴⁰PASCUAL QUINTANA, Jesús Manuel, *La desheredación en el Derecho Español*, universidad de Oviedo, 1955, pág. 276 y ss.

detallado, en primer lugar, de la *Novela 18* datada por los autores⁴¹ en el año 536 D.c, que modifica la porción que el testador debía reservar a los hijos, quedando establecida de la siguiente manera en su Capítulo I: para aquellos supuestos en los que el testador no tuviese más de cuatro hijos, la cantidad a reservar consistía en un tercio de la herencia; en el supuesto de que el testador tuviese más de cuatro hijos la cantidad ascenderá a la mitad y, por tanto, se aumenta la reserva. CASTÁN TOBEÑAS estima que un tercio fue la cuantía prevista para los ascendientes, subsistiendo además una cuarta parte de la herencia para el caso de no haber ni descendientes ni ascendientes para los hermanos⁴².

Novela. 18, 1.- Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despiciere semper erubescens, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quattuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae, hoc est uncias quattuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur...

Por otro lado, la *Novela 115* aparece como complemento de la anterior, prohibiendo la desheredación entre ascendientes y descendientes y viceversa, a excepción de que se pudiese demostrar alguna de las causas de ingratitud, de las contenidas taxativamente en la ley, pues recordemos que eran ambos herederos forzosos⁴³.

Así la *Novela 115*, establece catorce causas para desheredar y privar de la legítima a los descendientes que a continuación reproducimos en nota a pie por su interés para este estudio⁴⁴.

⁴¹Vid., POLO ARÉVALO, Eva María, “Concepto y naturaleza...”, pág. 333 y ss.

⁴²CASTÁN TOBEÑAS, José, “*Derecho Civil Español Común y Foral*”, Tomo VI, Derecho de Sucesiones” Vol. II, Los particulares regímenes sucesorios, la sucesión testamentaria y la sucesión forzosa”, 8ª ed., Reus S.A, Madrid, 1979, pág. 499.

⁴³*Ibidem*, considera que la Novela 18 declara ilícita la no institución de heredero sin desheredación expresa, del mismo modo que declara ilícita la desheredación injusta, si bien si permite que el heredero reciba su parte legítima por otro modo, ya sea por donación legado o fideicomiso, del mismo modo que se contempla actualmente en el Código Civil. Este autor lo fundamenta en que en el derecho Romano Justiniano, “se consideraba que la legítima era una porción de bienes líquida y no una cuota hereditaria”, *op.cit.*, “*Derecho Civil Español ...*”, Tomo VI, Vol. II, pág. 497.

⁴⁴.- Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae. Sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere,

Por tanto, si se desheredaba a los hijos por alguna de las causas que no estuviesen comprendidas en esta *Novela*, estos podían interponer la querrela de inoficioso testamento, pues se consideraba que el testador no se hallaba en su juicio y, al tratársele como a un loco, se anulaba el testamento⁴⁵.

Por otro lado en su punto 4⁴⁶, establece ocho causas ciertas por las que se podía desheredar a los ascendientes que incluiremos a pie de página en su texto original⁴⁷, por su

ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quae huius constitutionis serie continentur.

Causas autem iustas ingratitudinis has esse decernimus 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem seu rempublicam. 4. Si cum maleficis ut maleficus versatur. 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari temptaverit. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi qui possunt ab intestato ad eius successionem venire, petiti ab eo, vel unus ex his in sua cum noluerit fideiussione suscipere vel pro persona vel debito, in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen quod de fideiussione censuimus ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum, quia prohibuit parentes suos condere testamentum, ut si quidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pre tali causa filium exheredandi licentia.... 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios aut mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eius professionis fuerunt. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti filiae suae vel nepti maritum dare et dotem secundum vires substantiae suae pre ea praestare illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari, quia non sua culpa sed parentum id commisisse cognoscitur. 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit neglegentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento.... 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in eius sit potestate, utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere... 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare in qua omnes beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fiden rectissiman praedicare et....

⁴⁵PASCUAL QUINTANA, Jesús Manuel, La desheredación en el Derecho español: Su desenvolvimiento histórico. *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Oviedo*, núm.73, II trimestre de 1955, Facultad de Derecho, pág. 281.

⁴⁶DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 455 y ss.

⁴⁷ Novela 115.4.- Has autem ese decernimus

Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen quae ad maiestatem pertinere cognoscitur.

Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur.

Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit.

importancia para nuestro estudio y que siguiendo la traducción de HEINECIO, podríamos establecer que son justas causas para desheredar a los ascendientes:

- 1) Si asecheran contra su vida,
- 2) Si estupraren a la nuera o concubina del hijo,
- 3) Si impidieren que los hijos testen,
- 4) Si no los redimieren estando cautivos,
- 5) Si no los cuidaren estando furiosos,
- 6) Si fueran herejes,
- 7) Si el padre envenenare á la madre, o esta a aquel⁴⁸.

En el caso de los ascendientes se podía igualmente impugnar, a través de la querrela de inoficioso testamento, el mismo, si se desheredaba a un ascendiente por alguna otra causa

Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus in quibus habent testandi licentiam; ómnibus videlicet in huiusmodi testamentorum prohibitione servandis quae in parentum persona distinximus.

Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidari, tale quidem utpote publicum crimen constitutum secundum leges examinari et vindicatum legitimam promereri decernimus, liberis autem esse licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere quae tale scelus noscitur commisisse.

Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint, omnia et hic observari praecipimus quae de parentibus furiosis superius disposuimus.

His casibus etiam cladem captivitatis adiungimus, in qua si liberos deteneri et per parentum contemptum vel negligentiam non redemptos ad hac luce transire contigerit, nullatenus eorum parentes ad facultates perveniant liberorum, de quibus filii testari potuerant, sed omnia in hoc quoque capitulo serventur quae et de parentibus vel cognatis atque agnatis, qui ab intestato ad talium personarum iura vocantur, aut de extraneis scriptis heredibus supra censuimus.

Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere quae supra de parentibus iussimus.

Si tales igitur causas vel certas aut unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes aut certas aut unam ex his approbaverint, testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur res eius dari disponimus, legatis videlicet sive fideicommissis et libertatibus aut quibuslibet aliis capitulis in allis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter criminal reputantur, earum auctores etiam alias poneas sentiant legibus definitas.

⁴⁸HEINECIO Juan, *op. cit.*, párrafo 530, pág. 167.

no contenida en la Novela que acabamos de transcribir. Es importante recalcar que las causas de desheredación de los ascendientes y descendientes son coincidentes a excepción de una, la causa quinta, pues contiene a los atentados de un ascendiente contra el otro⁴⁹.

Por otro lado, Justiniano contempla, como legitimarios a los hermanos y hermanas, señalando en la Novela 22 es su punto 27, como justas causas de desheredación, las tres siguientes⁵⁰:

Si el hermano o la hermana asechare contra su vida

Si le acusare criminalmente

Si le causare pérdida de sus bienes

Por último, se establece que las causas expuestas por el testador debían ser probadas para que el testamento fuese válido; de lo contrario el testamento sería nulo⁵¹, aunque únicamente lo será en lo referente a la institución de herederos. Así lo afirma POLO AREVALO, añadiendo que “si el testador instituía al heredero en una parte inferior a la legítima, el testamento no se anulaba... si no que el heredero podría pedir el complemento de legítima en la cantidad que le correspondería”⁵².

⁴⁹*Vid.*, PASCUAL QUINTA Jesús Manuel, *op.cit.* La desheredación en el Derecho Español...”, pág. 283 y ss.

⁵⁰Así aparece en la *Novela 22* capítulo 47. Conviene aclarar que los hermanos podían preterirse en testamento con tal de que no instituyesen a persona torpe, pues en este caso deben instituirlos o desheredarlos. *Vid.*, HEINECIO, Juan, *op. cit.*, pág. 168, párrafo, 531.

⁵¹ RICCI Francisco, *Derecho Civil, teórico y práctico*, Tomo V, sucesiones, de la sucesión legítima, de las sucesiones testamentarias, traducido por OVEJERO Eduardo, Madrid, la España moderna, 1930, pág. 5.

⁵²Así, la Novela 115.5 reza “Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus adimpleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre. Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt et eadem a suis parentibus speraverunt, et similiter qui nunc filii sunt debent studere parentum animos sanare, quia et ipsi parentes fieri desiderant et a suis optant filiis honorari. Unde et constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam. Quam ex hac occasione promulgandam esse perspeximus. In aliquo autem negotio disceptantes iuvenimus Pulcheriam gratam quidem filiam a sua genitrice fuisse dictum, exheredatam autem testamento nominatam tam in paternis quam in maternis facultatibus. Et talem quidem scripturam, quia dolo eam et machinatione quorundam compositam fuisse comperimus, nullo modo permisimus obtinere, filiam autem heredem patris ac matris iussimus fieri, sicut et scriptis prolatum super hac causa nostrum manifest atarbitrium”.

Asimismo, se establece en la citada Novela una serie de requisitos para que la desheredación fuese legítima, que son:

Nombrar a la persona desheredada

Puramente y no bajo condición

De toda la herencia

De todos los herederos y de todo grado

y por justa causa, expresada en el testamento.

Queremos resaltar, que, pese a que la mayoría de los autores hablan de desheredación, la Novela habla de causas de ingratitud⁵³.

2.- Derecho Germánico

A continuación, vamos a exponer unas breves notas sobre el Derecho germánico, que, junto con el Derecho Romano, constituye una de las bases de nuestro Derecho Civil.

El Derecho Germánico, influido por la organización familiar, desde la época más primitiva, establece la propiedad de manera colectiva, perteneciendo a la tribu; por lo que cualquier acto debía ser aprobado por esta, pues el patrimonio está vinculado a la comunidad doméstica (*hausgemeinschaft*)⁵⁴. En el Derecho primitivo germánico, tal y como expone GINOT LLOBATERAS “No existía ningún derecho hereditario propiamente dicho, sino tan solo un acrecimiento entre los miembros de la comunidad, al fallecer alguno de los miembros (*hausgenosse*)”⁵⁵. El derecho sucesorio germánico estaba regido por el principio *dererbewirdgeboren, nichterkoren*⁵⁶ (los herederos nacen, no se hacen; sólo Dios puede

⁵³Vid., GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano*(...), pág. 292 y ss.

⁵⁴Si la comunidad doméstica se ha extinguido, lo que sería una hipótesis rara en la época germánica, el patrimonio revierte a la *Sippe*.

⁵⁵GINOT LLOBATERAS, Francisco, “La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, Boletín Oficial del Estado, 1950, pág. 1057 y ss.

⁵⁶PLANITZ, Hans, observa “nullum testamentum. Solo deus heredem facere potest, non homo” Principios de Derecho germanico, Barcelona, 1954, pág. 343.

hacer un heredero, no el hombre; así rezaban los proverbios germánicos)⁵⁷. En este sentido, PÉREZ DE BENAVIDES señala que los herederos eran natos, no elegidos⁵⁸, de tal forma que será heredero necesario y por ley el pariente más próximo de sangre, es decir, los hijos, advirtiendo que a falta de estos, existía la posibilidad de la adopción en caso de no haberlos. Si no hubiera hijos, recibiría la herencia el pariente más próximo⁵⁹.

Creemos necesario, para una mejor comprensión de esta materia recordar, ahora, cómo era la familia germánica, pues esta estaba bajo la influencia del jefe. Y bienes como la casa, o el ajuar, no podían transmitirse sin el consentimiento del resto de la familia. Queremos aclarar que, en el Derecho Germánico, el consentimiento del resto de la familia se refería únicamente al de los hijos varones, pues estos son los llamados a heredarlos a la muerte del padre⁶⁰. En este sentido, se entendía que no era el padre, sino la voluntad divina, la que otorgaba la herencia a los hijos y que ningún miembro de la familia podía disponer por última voluntad del patrimonio⁶¹. Tan solo el hijo asume la potestad doméstica en virtud del derecho de nacimiento o derecho de sangre (*geburtsrecht*). Si bien conviene aclarar, tal y como señala BERNAR MAINAR que están excluidos tanto las hijas como los hijos naturales, con el fin de que los bienes no saliesen de la familia⁶².

De lo expuesto podemos deducir que, en el derecho germánico, no había una libre disposición de los bienes, pues los hijos eran los herederos necesarios y por tanto “forzosos”, sin que fuese preciso testamento, tal y como se extrae de su derecho consuetudinario.

Algunos autores ven el fundamento de esta idea en la creencia de que, aun muriendo el padre, los hermanos seguían viviendo juntos, por lo que no había división del patrimonio,

⁵⁷LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, L, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1973, pág. 15 y ss.

⁵⁸PÉREZ BENAVIDES, Manuel María, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, 1975, Instituto de Historia del Derecho Universidad de Granada, pág. 106 y ss.

⁵⁹En este sentido, *cfr.* SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, nos recuerda que “En la sucesión germánica, la sucesión no asciende en el caso de no haber hijos”. *Op.cit., Estudios de Derecho...*, pág. 134 y ss.

⁶⁰Vid., SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *op.cit.*, “*Estudios de Derecho...*”, pág. 135 y ss.

⁶¹ En este sentido PLANITZ, Hans, establece “*nullum testamentum. Solus deus heredem facere potest, non homo*”, es decir todo el patrimonio tiene que quedar en la comunidad doméstica. *Cfr., Principios de derecho...*, pág. 347 y ss.

⁶²BERNARD MAINAR, Rafael, “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” *Revista internacional de Derecho Romano*, abril, 2015, pág. 38 y ss.

y pasaban de vivir bajo la autoridad del padre hacerlo bajo la autoridad del primogénito⁶³. En el Derecho Germánico primaba la copropiedad, siendo desconocida la propiedad privada, y entendiendo que el padre únicamente era el administrador del patrimonio, por lo que no tenía facultad para enajenar bienes ya fuese en vida o mortis causa. En efecto, tal y como afirma PÉREZ BENAVIDE que en este punto recoge a LAVELEYE “los orígenes del Derecho hereditario entre los germanos, se remontan a una comunidad patrimonial, que a la muerte del difunto se reparte en los demás comuneros”⁶⁴.

Es importante destacar que, en el Derecho Germánico, a excepción del Visigodo, prima la masculinidad, por lo que únicamente solo heredan los varones. Son reseñables leyes como la Lex Salica (S.V), la cual prohíbe la herencia de las hijas, o la Lex Ripuaria (S.VII), que únicamente les permite heredar en aquellos supuestos en los que no exista varón. Sin embargo, esta costumbre se va perdiendo, permitiendo a las mujeres heredar de igual modo que sus hermanos, si así se disponía por testamento ⁶⁵.

El Derecho Germánico primitivo distinguía los bienes según estos fuesen muebles o inmuebles, lo que tenía consecuencias muy importantes, a la hora de hablar del caudal relicto que forma la herencia. Hay que tener en cuenta que las mujeres únicamente podían tener participación de los bienes muebles, siendo las reglas sucesorias diferentes según el tipo de bien del que se tratase, pero con un fundamento común: que la herencia debía quedar dentro de un círculo estricto.

Con las invasiones bárbaras al Imperio Romano, sus normas comienzan a coexistir, por lo que los pueblos germánicos van abandonando su derecho consuetudinario para ir adquiriendo, poco a poco, características del derecho romano. De este modo se va introduciendo en el derecho germánico la figura del testamento, y tal, y como expone BERNARD MAINAR nace la reserva familiar⁶⁶.

⁶³SUMNER MAINE, Sir Henry, *El derecho antiguo*, Civitas, ediciones AHRENS.E, Enciclopedia Jurídica, Libro II, 1994, pág. 176 y ss.

⁶⁴Vid., PÉREZ BENAVIDES, Manuel María, *apud*, LAVELEYE: De la propriété et de ses formes primitives, Paris, 1891, *op.cit.*, En *el testamento visigótico...*, pág. 171.

⁶⁵Existen numerosas leyes en el derecho germano que demuestran la exclusión de las hembras y la primacía de los varones, véase también la *Lex Burgundiorum*, *Lex Saxonum*, *Lex Longobardorum*.

⁶⁶Vid., BERNARD MAINAR, Rafael, “la porción legítima ...”, pág. 39 y ss.

La reserva familiar⁶⁷ surge como consecuencia de la necesidad de reservar una porción de bienes a favor de los hijos y subsidiariamente de los parientes de la línea de la que procedía⁶⁸. En consecuencia, la parte de la que podía disponer libremente el testador quedaba reducida a un quinto, siendo la cuantía de la reserva familiar, generalmente cuatro quintos.

En nuestra opinión, tenemos pocos datos del Derecho primitivo germánico para hallar en él un verdadero sistema de legítimas, si bien es verdad que existían herederos forzosos, siendo estos, como hemos visto, los hijos y, a falta de estos los parientes más cercanos, sin que mediase testamento. Ciertamente, la imposibilidad de atribución de cuota dista de lo que entendemos por sistema de legítimas, dando tan solo origen a una comunidad hereditaria, por lo que entendemos difícil hablar de un sistema de legítimas, y, en consecuencia, encontrar un sistema de desheredación.

3.- Derecho Visigótico

El Derecho Visigótico se caracteriza por introducir en nuestro Derecho sucesorio histórico principios germánicos entremezclados con los principios romanos⁶⁹, y con una gran influencia del derecho canónico⁷¹. Como consecuencia del cruce de estos elementos, se asientan los principios de la sucesión visigótica. Así, sin pretender hacer un estudio crítico

⁶⁷CASTÁN COBEÑAS, José María, *op.cit.*, *Derecho Civil Español...*, Tomo VI, Derecho de Sucesiones, Volumen II, pág. 480.

⁶⁸ Las costumbres germánicas seguían una regla por la cual se transmitían los bienes a la rama de los miembros de la familia de donde provenían conforme a la regla *paterna paternis materna maternis*. Esta regla también se conoce con el nombre de principio de reversión o Derecho de Recaída. En este sentido, *Vid.*, PLANITZ, Hans, *Principios de derecho...*, pág. 350 y ss.

⁶⁹MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal*, Tomo I, Universitas, S.A, 2002, pág. 394 y ss.

⁷⁰ALVARADO PLANAS, Javier, PÉREZ MARCOS, Regina María, MONTES SALGUERO, Jorge, J, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores del Mar, *Lecciones de Historia del Derecho y las Instituciones*, Vol. I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2010, pág. 65 y ss.

⁷¹Así, tal y como expone TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “con la invasión de los llamados pueblos barbaros coexisten la población romana, los judíos, y los distintos grupos germanos asentados en el territorio, lo que trae consigo una gran variedad jurídica. Los historiadores se plantean la cuestión de si las leyes visigóticas, se aplicaron de modo exclusivo a la población goda, mientras que los hispanorromanos se rigieron por sus propias leyes... o si las leyes visigóticas rigieron para igual para godos e hispanorromanos.”, *Revocación de donaciones por razón de matrimonio*, Tesis doctoral, 1996, pág. 31 y ss.

de las fuentes del Derecho Visigótico, por su importancia haremos referencia a los principales textos que versan sobre nuestro tema de estudio.

El Código de Eurico o *Codex Euriciano* data aproximadamente del año 476⁷² ⁷³. Según la doctrina, se caracteriza por ser un Código muy romanizado⁷⁴, que tendía a resolver cuestiones de derecho mixtas entre romanos y godos, por lo que en palabras ZEUMER, “Eurico dio a los godos en su Código, el derecho romanizado”, con la intención de regular cuestiones muy concretas. En lo relativo al derecho de sucesiones, y, en especial de la legítima y la desheredación, nos da datos precisos sobre el orden para suceder en su capítulo 336⁷⁵. En relación a los llamamientos, estos empezaban por un llamamiento a los descendientes, ascendientes y, por último, a los colaterales hasta el séptimo grado, esquema que durante los siglos siguientes no sufre apenas modificaciones. Sí bien es verdad que en este Código en concreto en el capítulo 320, en opinión de la citada doctrina, da una preferencia a la hora de heredar a los hijos varones que, sin embargo, fue eliminada en el Código Leovigildo, equiparándose los hijos con las hijas⁷⁶.

El Brevario de Alarico o *Liber legum* (data aproximadamente del año 506), es texto basado en el derecho romano vulgar. Constituye es una adaptación visigoda del Código de Teodosiano⁷⁷, por lo que no es de extrañar que, del mismo modo que vimos en el derecho

⁷²Según PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel, “se puede considerar a Eurico como el primer legislador visigodo”. *Curso de Historia del Derecho Español*, Vol. I, sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1983, pág. 434 y ss.

⁷³Según ZEUMER Karl, “debió ser publicado después del 469 y antes del 481, situándolo alrededor del 465, del que se conservan muy pocos fragmentos pues únicamente se encuentran del capítulo 276 al 336, y se recoge en el manuscrito de la Biblioteca Nacional de París.

Además señala lo siguiente “cada grupo determinado de capítulos, lleva una rúbrica común como Título...por ejemplo *De sucessionibus*, que los reúne, a pesar de que todos ellos llevan una numeración sucesiva de capítulos. *Historia de la Legislación Visigoda* traducido al castellano por CLAVERÍA, Carlos, 1944, Universidad de Barcelona, pág. 67 y ss.

⁷⁴En este sentido, *Vid.*, ALVARADO PLANAS, Javier, PÉREZ MARCOS, Regina María, MONTES SALGUERO Jorge. J, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores del Mar, *op.cit.*, “*Lecciones de ...*”, pág., 67. Del mismo modo, *Vid.*, ZEUMER, Karl, “Historia de la ...”, *op. cit.*, pág. 67 y ss.

⁷⁵Tal y como afirma, Karl, ZEUMER, “los godos aceptaron así de los romanos muchas instituciones, ... entre ellas el testamento...Si bien los godos no tomaron todas estas instituciones sin modificarlas, sino con gran número de modificaciones, conformes a sus concepciones jurídicas, su derecho tuvo necesariamente que modificarse, es decir, romanizarse en gran medida”, *op. cit.*, *Historia de la...*, pág. 65 y ss.

⁷⁶*Vid.*, ALVARADO PLANAS, Javier, PÉREZ MARCOS, Regina María, MONTES SALGUERO, Jorge J., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores del Mar, *op.cit.*, *Lecciones de historia...*, pág. 68 y ss.

⁷⁷En este sentido GIBER SANCHEZ DE LA VEGA, Rafael, considera que el Código se componía, en primer

romano, fuera necesario que se instituyese heredero o se desheredase en testamento a los hijos o nietos varones que estaban bajo la potestad del padre o abuelo⁷⁸, ya que de lo contrario el testamento sería anulado por inoficioso. Por contra, la preterición de la hija no anularía el testamento, manteniendo el derecho a adquirir una porción igual al del hermano varón, o la mitad de la herencia si el heredero fuese un extraño. Por otro lado, en el Breviario, tal y como señala PÉREZ BENAVIDES “*son frecuentes los casos en los que la legítima portio o quartae portio del texto se designan en la Interpretatio correspondiente como quarta debida o quarta falcidia*”⁷⁹. Por lo que podemos apreciar, se contemplaba como porción legítima la cuarta parte del haber hereditario. Además, con respecto a la desheredación, el Breviario vislumbraba como necesario que la causa no fuese arbitraria, teniendo que ser la desheredación con causa probada, y siendo necesario señalar a la persona a la que se quiere desheredar.

En cuanto al *Liber iudiciorum: Lex Visigothorum*, (año 654), la doctrina observa que no existe una exposición sistemática del testamento, pues se encuentran dispersas las disposiciones en distintos libros, ubicándose en el Libro IV, Título V, la reserva de la cuota legítima así como la facultad de mejorar⁸⁰. Además, *Chindasvinto*, estableció la porción legítima de los cuatro quintos a favor de los hijos o nietos de padre, siendo de libre disposición la parte restante, con el fin de que no se transmitiesen los bienes a extraños en perjuicio de los descendientes legítimos⁸¹. En consecuencia, entendemos que se van construyendo las directrices que llevarán consigo el pleno derecho hereditario de los hijos.

Del mismo modo, se introdujo en el *Liber Iudiciorum*, el concepto de mejora, aunque compartiendo la opinión de algunos autores debe observarse, que no es el origen de la figura, pues tiene ya precedente en el Derecho Romano Posclásico⁸².

término de fragmentos, de los doce libros del Codex Theodosianus y de las Novelas post- Theodosianus. *Elementos formativos del derecho en Europa. Germano, Románico y Canónico*, Granada, 1975, Imprenta de Francisco Román, pág. 24 y ss.

⁷⁸PÉREZ BENAVIDES, Manuel María, “*El testamento visigótico...*”, *op. cit.*, pág. 47 y ss.

⁷⁹*Ibidem*, pág. 47 y ss.

⁸⁰*Vid.*, *Ibidem*, , considera “la sucesión ab intestato se contiene fundamentalmente en el Libro V, IV, *op.cit.*, pág. 48.

⁸¹En este sentido, CÁRDENAS ESPEJO, Francisco, establece que “Chindasvinto declara derogada la ley por la cual padres y abuelos podían disponer de sus bienes a favor de extraños y la mujer destinar su dote a quien eligiese”, *Orígenes del Derecho Español*, Tomo I, Estudios jurídicos, Madrid, 1884, pág. 127.

⁸²OTERO VARELA, Alfonso, *La mejora*, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XXXIII, 1963,

Por último, la *Ley Dum Inlicita de Chandisvinto* se convierte en una norma esencial dentro del Derecho Visigodo, recortando la excesiva facilidad con la que se acudía a la desheredación⁸³. Tal y como señala, SÁNCHEZ ROMÁN, se reduce significativamente el número de causas, y han de ser graves todas ellas⁸⁴.

Como puede observarse, la institución de la desheredación es tributaria de cada momento histórico, y si bien está asentado el germen de la institución, los perfiles de la misma son aún imprecisos y borrosos.

4.- Sistema Jurídico Medieval

El Derecho histórico castellano, se caracteriza por ser un derecho fragmentado, que comprende desde la caída del Estado Visigodo a la realización de la unidad peninsular durante el periodo de la Reconquista cristiana⁸⁵.

Es la época de los derechos locales⁸⁶, por lo que se van estableciendo ordenamientos perfilados para cada reino⁸⁷. Antes de que se consolidase el Reino de Castilla, éste estaba formado por veintinueve localidades, a las que se les iba otorgando una serie de fueros por parte de la monarquía, que iban sustituyendo *al Liber Iudicorum*. Por lo general, puede deducirse de los fueros, tal y como pone de relieve BERMEJO CASTRILLO, que la desheredación no constituye en esta época una regla sino una excepción; únicamente prevista para sancionar en aquellas ocasiones donde hubiese una falta grave⁸⁸.

pág. 8 y ss.

⁸³FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *Derecho de sucesiones*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2010, pág. 112 y ss.

⁸⁴SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, “Estudios de ampliación de Derecho Civil y Códigos Españoles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 28, núm. 57, 1880, pág. 429.

⁸⁵ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *Las fuentes del Derecho Histórico Español*, 2ª ed., Ceura, 1986, pág. 187.

⁸⁶En este sentido, cfr., TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes “La mayoría de los autores están de acuerdo en que el derecho medieval se caracteriza por la falta de unidad y la gran multiplicidad de ordenamientos jurídicos, existiendo diversidad o disparidad de leyes y normas en cada territorio dentro del mismo Estado”, *op. cit.*, pág. 42.

⁸⁷TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Derecho Romano Privado*, librería central Zaragoza, 1987, pág. 140 y ss.

⁸⁸BERMEJO CASTRILLO, María Ángeles, *Parentesco, Matrimonio, Propiedad y herencia en la Castilla alto medieval*, Colección monografías, UCM, Madrid, 1996, pág. 510 y ss.

4.1.- Sistema Jurídico Castellano Medieval S.XI. S.XIII

Se encuentran vestigios del Derecho de sucesiones en diversos textos medievales. Nosotros nos limitaremos a destacar los más significativos textos castellanos que tengan relación con el tema objeto de nuestro estudio⁸⁹.

4.1.1.- Fuero Juzgo: Libro IV, Título V, Ley I

En los siglos XI y XII aparecen en Castilla los primeros signos del Derecho común. El Fuero Juzgo constituye la versión romance del *Liber Iudiciorum*⁹⁰. Este, se concedió como Fuero municipal en diversas regiones, y como Derecho supletorio en otras, imponiéndose, por tanto, el modelo del Derecho romano que se entremezclaba con las costumbres godas⁹¹.

Dedica su Libro IV, por completo, al Derecho de sucesiones, reproduciéndose en parte la Ley romana. Este Libro IV, está a su vez dividido en cinco títulos, el Título II está dedicado en su totalidad a los herederos. En él se establecen las reglas de la sucesión intestada, y se consagra, la igualdad de los sexos⁹². Por otro lado, aparece regulado un orden sucesorio abintestato que establece que los primeros en suceder serán los descendientes⁹³; a falta de estos, los ascendientes, y por último, se establece la sucesión del cónyuge,

⁸⁹Vid., FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, establece que “la Edad Media en España es el periodo comprendido desde la caída del estado visigodo hasta la realización de la unidad peninsular llevada a cabo por los Reyes Católicos, es decir, el periodo de ocupación musulmana y la reconquista cristiana”. *Las fuentes de...*, pág. 187 y ss.

⁹⁰Cfr. *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces*, cotejado con los más antiguos y preciosos Codicex por la Real Academia Española, Ibarra, impresor de la cámara de S.M, Madrid, 1815, edición facsímil, editorial Lex nova, Valladolid, 1980. También los Códigos Españoles concordados y anotados, Tomo I, Fuero Juzgo, Imprenta de la publicidad a cargo de Rivadeneyra, Madrid, 1847.

⁹¹BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “La desheredación de los hijos y los descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, Año 2004, marzo-abril, núm. 80, pág. 478 y ss.

⁹²Así aparece en el Libro IV “Del linage natural”, Título II “De los herederos”, al establecer Que las ermanas deven venir egualmiente con los ermanos en la buena del padre, é de la madre; e otrosi deve venir de la buena de los tios, é de las tias...que natura fizo egualmiente parientes, egualmiente vengán á la buena”. Cfr. *Fuero Juzgo o...*, pág. 68.

⁹³MADRIÑÁN VAZQUÉZ, Marta, *La representación sucesoria en el Derecho Común. Especial atención a su aplicación testamentaria*, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, Dirigida por Dra. María Paz García Rubio, Dr. Javier Lete Achirica. 2008, pág. 41 y ss.

únicamente cuando no haya descendientes hasta el séptimo grado⁹⁴.

Además, la Ley I, contenida en el Título V del Libro IV del Fuero Juzgo, establece lo que a nuestro parecer es una disposición fundamental en el Derecho de sucesiones, al regular que “es libre de disponer de sus bienes, el difunto a su voluntad, en aquellos supuestos en los que no tenga descendientes”⁹⁵. En efecto, debemos destacar que el difunto, no goza de libertad para disponer de sus bienes, si tiene hijos, nietos o bisnietos. En este sentido, como acertadamente señala SÁNCHEZ ROMÁN “se establece el principio de la legítima, solo a favor de los hijos y descendientes”. Efectivamente, el Fuero Juzgo preceptúa lo siguiente: “*que los padres nin los avuelos non puedan facer de sus cosas lo que quisieren, ni los fijos ni los nietos non sean deseredados de la buena de los padres nin de los avuelos*” (Ley I). Por tanto, debe ponerse de relieve que el Fuero Juzgo otorga a los descendientes la categoría de herederos forzosos, sin incluir a nadie más.

Hemos de advertir, en relación a la cuota de la que el testador no puede libremente disponer, que puede fijarse en cuatro quintas partes para los descendientes, independientemente del número hijos, consistiendo en una parte alícuota de la herencia y no en algo determinado. Aunque el Fuero Juzgo no mencione expresamente cuál debía ser la cuantía de legítima, puede deducirse del texto, que se limitaba a señalar por un lado que podrán darse una tercera parte de los bienes como mejora, a los descendientes, y que, únicamente, se podría dejar a la iglesia la quinta parte de la herencia⁹⁶.

Por otra parte, se prohíbe la desheredación de los hijos y nietos sin justa causa,

⁹⁴Cfr., *Fuero Juzgo*, así en su Libro IV, Título II, Ley II “Que los fijos deven heredar primeramente en la buena del padre. (Ley II). “Que si non fuere alguno del lineaie de los que vienen de suso, ó de los que vienen de suso, los que vienen de travieso devenaver la heredad. (Ley III), pág. 66.

Estableciéndose lo siguiente: “En la heredad del padre vienen los fijos primeramente. E si non ovieren nietos, dévenloaver los bisnietos. E si non ovieren fijos, ni nietos, ni padre ni madre, dévenloaver los avuelos.”

Por último, se establece en el Libro IV, Título II, Ley XI bajo la rúbrica Del eredamiento del marido é de la muier: “El marido deveaver la buena de la muier, é la muierdeveaver la buena del marido quando non ay otro pariente fasta séptimo grado”, pág. 68.

⁹⁵*Vid.*, Libro IV, Título V, De los bienes que pertenecen por natura, Ley I, pág. 76 y ss.

⁹⁶Creemos necesario señalar que la mejora se hacía sobre todo el caudal hereditario, no únicamente de los cuatro quintos. En esta línea HINOJOSA MENJOLULET, José, *Tratado científico sobre el Derecho Civil, Común y foral de España, precedido de una introducción histórica e ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo* Tomo I, imprenta y librería de Don José López Guevara, Granada, 1883, pág. 19.

fijándose, como causas de desheredación⁹⁷, dentro del Libro IV, Título V, las siguientes⁹⁸: “*fiziere grand tuerto ó grand desondra, al padre ó a la madre, ó al avuelo ó a la avuela que el dé con palma, ó con punno, ó con cox, ó con piedra, ó con palo ó con correa ol tira al pie, ó por la mano, ó por los cabellos desondrada mientras; ó si lo denostó en conceio, estos tales deven recibir cada uno L. Azotes delante el juez; el padreó la madre, y el abuelo ó el avuela los pueden deseredar si quieren*”. Ahora bien, es necesario mencionar que el mismo párrafo establece que si los hijos piden perdón a sus padres, y estos aceptan su perdón, no podrán ser desheredados. Es decir, cabía el perdón del ofendido, siendo por tanto potestativo del agraviado renunciar a la facultad de desheredar, tal y como sucede en la actualidad.

Queremos resaltar que se le conceden derechos al hijo póstumo, considerándose que estos han nacido en las mismas condiciones en las que hubiese nacido si el padre aún viviese. En este sentido, SANCHEZ ROMAN establece que para estos supuestos, se prevenía que si el hijo póstumo vivía diez días, el testamento del padre no sería válido, si no se respetaban los derechos de este hijo, y se rompería si instituyó heredero voluntario en las tres cuartas partes de la herencia⁹⁹.

Por último, PUIG PEÑA, considera que, respecto al cónyuge viudo, se establece un usufructo, ya sea este marido o mujer y así aparece regulado en las Leyes XII y XV, del Título II, del Libro IV¹⁰⁰.

Ha de tenerse en cuenta que, aunque no se encuentre ubicada dentro de las causas de desheredación, el Fuero Juzgo regulaba, en su Libro III, “De los casamientos e de las nascencias”, (Título I, así como en el Título II), otra causa de pérdida de la legítima, que se producía como consecuencia del matrimonio sin consentimiento, puesto que las hijas podían perder por este motivo su parte legítima, tanto en la herencia de sus padres como en la de sus hermanos¹⁰¹. Así pues, en nuestra opinión, y como hemos ya adelantado, sin ser

⁹⁷GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, Madrid, edición facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1863, pág. 382.

⁹⁸*Vid.*, Libro IV, Título V, “De los bienes que pertenecen por natura”, Ley I, pág. 76 y ss.

⁹⁹ *Cfr.*, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de ampliación del Derecho...*, pág. 211 y ss.

¹⁰⁰PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil español*, Tomo VI, sucesiones, Pirámide, Madrid, 1976, pág. 480.

¹⁰¹*Vid.*, *Fuero Juzgo*, así aparece en el Libro III, Título I, denominado Título del ordenamiento de las bodas se establece, en la Ley II, que “si la ninna casa contra la voluntad del padre con otri, e non con aquel con quien es desposada.”, pág. 45.

expresamente una causa de desheredación, no se puede desconocer que tiene las mismas consecuencias y efectos.

Debe observarse que si bien existían diferentes fueros dentro del territorio Español, entre los que cabe destacar, el Fuero de Sepúlveda, Cuenca, Soria, Plasencia, Cáceres, Burgos, Fuentes, todos ellos tenían una característica común que consideramos necesario destacar pues no se permitía otorgar la porción de mejora, que supondría distribuir desigualmente entre hijos o descendientes, una parte de la legítima, debiendo por tanto dejarse a los hijos todos los bienes por partes iguales, desconociéndose por tanto, aquella institución.

Del mismo modo queremos destacar que algunos de estos fueros, como el de Burgos o Sepúlveda, establecían entre sus leyes, lo que hoy denominaríamos causas de indignidad. Sin embargo, estos fueros, se refieren a ellas como causas por las que se es incapaz absoluto para suceder tales como: ser traidor, alevoso, hereje, judío o moro. En este mismo sentido, los textos recogían unas incapacidades limitadas para suceder para los hijos de los religiosos, ya fuesen estos hombres o mujeres, así como para los hijos sacrílegos o adúlteros ¹⁰².

4.1.2.- Fuero Viejo de Castilla

El Fuero Viejo de Castilla, data del siglo XIII y también se conoce como el Fuero de los Hijosdalgo. Se configuraba como una recopilación legislativa del Derecho medieval a las que se fueron añadiendo leyes hasta el Rey Don Pedro en 1356. El Fuero Viejo estaba formado por 110 leyes, dividido, a su vez, en V libros.

La sucesión formaba parte, junto a las arras y las donaciones, del Capítulo V. En concreto se dedicaban a la sucesión, el Título II y el Título V¹⁰³.

Por otro lado, en el Título II, Ley VIII, queda establecido lo siguiente “si la muier libre quiere casar con omne libre, el marido della debe fablar primeramente con su padre, é si la pudiere aver por mugier, dé las arras al padre así cuemo es derecho. E si la non pudiere aver, finque la mugier en poder del padre así cuemo es derecho. E su la non pudiere aver por mugier en poder del padre ó de la madre, y ellos non la quisieran recibir de gracia, ella nin sus fijos non deven heredar en la buena de los padres, porque se casó sin voluntad dellos. Mas sil quisieren dar los padres alguna cosa, bien lo pueden fazer”, pág. 49 y ss.

¹⁰²*Op. cit.*, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de ampliación...*, pág. 261 y ss.

¹⁰³JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio, DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel, “Efectivamente, como hemos indicado se refiere a las herencias el Título II, del Libro V, que toma el título de “De las Erencias, e de

Parece que el Fuero Viejo de Castilla reservaba a la legítima cuatro quintos del haber hereditario, lo que podemos deducir del Título II, pues declara que no se podrá dejar más del quinto de lo que se tiene a favor del alma¹⁰⁴, debiéndose heredar el resto por los parientes¹⁰⁵.

Las reglas de la desheredación se contenían en el Título V, que establecía como causas de desheredación las siguientes cuyo tenor era el siguiente:

I. Si alguna manceba en cuellos sin voluntad de suos parientes los mas propinquos, o de suos cercanos coormamos, casare con algundome, e se ayuntare con el por qualquiera ayuntamiento, pesando a sus parientes mas propinquos, o a suos cercanos coormanos, que non aya parte en lo de suo padre, nin en lo de la madre, e sea enagenada de todo eredamiento por todo siempre.

II. Esto es Fuero de Castiella: Que si alguna manceba en cauellos se casa o se va con algundome, si no fuer con placer del suo padre, de sua madre, si lo ouier, o con placer de suo sermanos, si los ouier, o con placer de suo parientes los mas cercanos, debe ser deseredada.....”.

De los términos literales de estos textos, consideramos que las causas de desheredación estaban previstas únicamente para las mujeres, cuando concurriesen en las conductas anteriormente citadas. En este sentido, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, consideran que se trata de una pena impuesta a las mujeres que contraen matrimonio sin consentimiento, si bien señalan que había determinadas excepciones¹⁰⁶.

Por otro lado, y a diferencia de los códigos anteriores, nos parece llamativo que no

cómo los erederos den pagar las debdas, e pechar un pecho ante que ayan partido; e de las mandas, e de lo que deven facer los erederos que tienen que lo que les dexa el Padre, o la Madre non es tanto que puedan pagar sus debdas”. El Título V, recibe el nombre de “*De los deseheredamientos, que ficiere en castiella. El Fuero Viejo de Castilla, sacado, y comprobado con el exemplar de la misma obra, que existe en la Real Biblioteca de esta corte, y con otros*, MSS, Madrid, 1847, Facsímil, 1983, editorial Lex Nova, Valladolid, pág. 125 y ss.

¹⁰⁴GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos de derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, 4ª ed., Tomo I, Madrid, 1851, pág. 73.

¹⁰⁵Vid., “JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO, Ignacio, DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel, “*El Fuero ...*” quedando establecido en el punto sexto del Título II “Esto es Fuero de castiella, que ningundome después de fuer dolente, non puede dar ni mandar ninguna cosa de lo sua mas del quinto ...”, pág. 127.

¹⁰⁶*Op.cit.*, GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, pág. 85.

se establecieran unas causas generales para desheredar. Si bien, como afirma MADRIÑÁN VAZQUEZ, hay que resaltar la poca influencia de este Fuero¹⁰⁷.

4.2.- Sistema Jurídico de la Recepción del Derecho Común

4.2.1.- Fuero Real

El Fuero Real está dividido en IV Libros, dedicándose su Libro III a las herencias en su Título VI y regulando la desheredación en su Título IX¹⁰⁸.

El Título VI, ya desde su inicio, dispone lo siguiente: “Todo ome que ovier fijos o nietos, o dentayuso de muger de bendición, non pueda heredar con ellos otros fijos ninguno que aya de barragana; mas del quinto de su aver mueble e raizpuedalos dar lo que quisiere. Et si fijos o nietos, o dent a Ayuso non ovier de muger de bendición, nin otros fijos que ayanderechi de heredar, pueda facer de todo lo suyo lo que quisiere”.

Por tanto, podemos deducir de lo que antecede que se establece como herederos forzosos a los descendientes legítimos; es decir se trata un ordenamiento que incluye dentro del patrimonio hereditario “la legítima”, que se reserva a determinados herederos. Es conveniente, resaltar con respecto a la legítima de los descendientes, que el Fuero Real otorga la posibilidad de poder adoptar, considerando al hijo adoptado heredero forzoso en aquellos supuestos en los que no hubiese hijos de bendición, es decir legítimos. Efectivamente, la Ley V de este Título establece que “*el que no oviere fijos de bendición e quisier recibir a alguno por fijo e heredarlo en sus bienes puédalo facer*”. Puede observarse pues, que los hijos adoptados no están ni mucho menos en pie de igualdad, en aquellos supuestos en los que hubiese hijos de sangre e hijos adoptivos, pues, como acabamos de exponer, los hijos adoptivos solo son considerados herederos forzosos, si acuden solos al llamamiento por no existir hijos de sangre.

Es necesario reseñar que el Fuero Real no señala la porción correspondiente a la

¹⁰⁷Cfr., MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta, “La representación sucesoria...”, pág. 45 y ss.

¹⁰⁸*Fuero Real*, Don Alonso, el Sabio, copiado del Codice del Escorial, Real academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1836, Facsímil, editorial Lex-Nova, Valladolid, 1979. Fue una de las grandes obras conocidas de Alonso IX, datado en 1252, destaca por su influencia germánica, y por su extensión por la Corona de Castilla, ya que se impuso no solo en aquellos lugares donde se carecía de fuero, sino que sustituyo a otros.

cuota legitimaria. Sin embargo, se puede deducir del propio texto, pudiendo fijarse en cuatro quintos, al señalar que el finado puede disponer a su voluntad únicamente de un quinto de la herencia en los supuestos en los que tenga hijos legítimos¹⁰⁹, del mismo modo que se establecida en el Fuero Juzgo¹¹⁰. Tampoco se establece ninguna regla de distribución entre los mismos.

El Fuero, además, consagra, en su Ley VI, el derecho de representación en caso de premoriencia. En virtud de ello, se establece que la cuota legitimaria, que corresponde a los descendientes, se distribuirá por estirpes en vez de por cabezas, al señalar que la herencia correspondiente a los nietos para aquellos supuestos en los que haya fallecido su progenitor, por derecho propio, ocupando el lugar del hijo a quien remplazan¹¹¹.

Efectivamente, como ya habíamos adelantado al principio de este epígrafe, existen una serie de limitaciones que permiten, excepcionalmente, privar de la legítima. En consecuencia, el Título IX establece una serie de causas de desheredación, siendo un requisito indispensable, según Ley I de este mismo Título, establecer el motivo concreto por el que se deshereda, exigiéndose además la necesidad de probar la causa en que se funda en aquellos supuestos en los que se negase por parte del desheredado, por lo que, en este extremo, existe una clara coincidencia con el derecho actual.

Entrando ya en concreto en las causas de desheredación, el Fuero Real establece como causas las siguientes: “ Padre o madre non pueda deseredar a sus fijos de bendición, nin nietos, nin visnietos, nin de allí Ayuso, fuera si alguno dellos le firiere por saña o desonrra, e sil dixierede nuestro debe dado, o sil denegare por padre o madre, o dalli arriba, o sil acusare de cosa porque deva perder el cuerpo o miembro, ser echado de la tierra, si non fuere la acusanza de cosa que sea contra rey o contra su señorío. Otrosi lo pueda deseredar

¹⁰⁹Afirmación que sigue VALVERDE Y VALVERDE Calixto, “lo hace de un modo indirecto ..., limita la quinta parte del caudal... al padre que tienen hijos o descendientes, que pueda dar a la iglesia u otros lugares” Título V, Libro III, Ley 9 y Título XII, Libro III, Ley 7. *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Parte especial derecho de sucesión *mortis causa*, 4ª ed., Valladolid, 1936, pág. 213.

¹¹⁰QUESADA PAÉZ, Abigail, “Legítimas y desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015, Pamplona, pág. 211. En este mismo sentido *op. cit.*, HINOJOSA MENJOLULET, José, *Derecho civil común...*, pág. 54.

¹¹¹*Vid.*, *Fuero Real*, Ley VII, Libro III, “Si el muerto dexare nietos que an derecho de heredar, quier sean de fijo quier de fija, e ovier mas nietos del un fijo que del otro, todos los nietos de parte del un fijo hereden aquella parte que heredarie su padre si fuese bivo e non mas ...”, pág. 78 y ss.

sil yoguiere con la muger o con la barraga, o sil ficiere cosa porque pueda morir o prender lision, o si por prisión de su cuerpo non le quisiere fiar, o si lo enbargar o desvotara de guisa que non pueda facer manda o si se ficiere herege, o si se tornare moro o judío, o si yoguier en cativo, e non le quisier quitar en quanto podiere. Pero si por aventura padre o madre deseredar por alguna de estas cosas fijo o nieto o visnieto, o dent a Ayuso asi como sobredicho es, e después le perdonare o le heredare, que sea heredero asi como era ante.”¹¹²

Como afirma SÁNCHEZ ROMÁN en relación a este texto, algunas de estas causas deberían considerarse como causas de indignidad y no de desheredación¹¹³. En nuestra opinión, si bien hay que advertir que las causas de desheredación e indignidad obedecen a un distinto fundamento y tienen un ámbito distinto, pues unas permiten privar de la herencia a los legitimarios y las otras a cualquier heredero, no puede negarse que existe una proximidad y una estrecha relación entre algunas de las causas de indignidad y desheredación. Sus perfiles no siempre son claros, confusión que existe ya desde los textos antiguos, y que tiene, como veremos, reflejo en el derecho codificado, siendo en algunos casos causas coincidentes.

4.2.2.- El Libro del Fuero de las Leyes

El Libro de las Siete Partidas se caracteriza por ser una obra sobre la que se han hecho muchas especulaciones, tanto referente a su proceso de creación como a su autor o autores. Se atribuye su realización al Rey Alfonso X el Sabio, aunque, sin embargo, no alcanzó fuerza hasta la reforma realizada por el Rey Alfonso XI, donde se estableció en el propio Ordenamiento de Alcalá que las Siete Partidas fueran usadas como derecho supletorio¹¹⁴.

¹¹²Cfr. *Fuero Real*, Ley II, Título IX. Del mismo modo, en la Ley IV dispone que “Si alguno que non oviere herederos derechos ficier su manda e ficier en ella heredero partiente u otro qualquier, si aquel que fizo heredero le matare después o fuer en su muerte, o silo matare otro e non demandare su muerte, non herede en lo suyo ...”, pág. 86 y ss.

¹¹³*Op. cit.*, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de ampliación ...*, pág. 261 y ss.

¹¹⁴En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, José, afirma lo siguiente, “es cierto que Las Partidas no tuvieron valor de ley sino como Derecho supletorio, por lo cual no influyeron en la cuantía de la legítima de los descendientes, que siguió siendo la visigótica, pero tuvieron, indudablemente, una profunda influencia en la configuración de las legítimas a través de sus comentaristas”. *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo VI, Derecho de sucesiones*, Vol. II, 8ª ed., 1979. *Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*. Revisada y puesta al día por BATISTA MONTERO-RÍOS, José y CASTÁN VÁZQUEZ,

Apoyadas en los textos romanos, las Siete Partidas respondían al ideal católico de la Edad Media y han tenido una gran influencia en nuestro propio Código Civil¹¹⁵. En lo relativo al derecho sucesorio, podríamos afirmar, con total seguridad, que se trata de un retorno al Derecho romano Justiniano¹¹⁶.

Efectivamente, debemos observar la coincidencia que hay entre esta regulación y el Derecho Justiniano, pues en ambas se consagra un sistema de legítimas y se establecen causas tasadas de desheredación que se deben hacer en testamento, causas que tiene como consecuencia que los legitimarios puedan verse privados de sus bienes.

Realizaremos una breve referencia al texto de las Partidas¹¹⁷. En concreto, nos centraremos en la Partida Cuarta dedicada a los desposorios y los casamientos, que recordemos que toma el mismo nombre que el Libro III del Fuero Juzgo¹¹⁸.

Queremos resaltar que las Partidas, establecen una distinción entre los derechos de los hijos legítimos habidos dentro del matrimonio e ilegítimos que serán los extramatrimoniales. Encontramos, por primera vez, en un texto normativo lo que debemos entender por hijos legítimos así como sus diferencias con los ilegítimos. De conformidad con lo dicho, la Cuarta Partida, en su Título XIII¹¹⁹, establece que los hijos legítimos serán aquellos que nazcan, por un lado, dentro de un matrimonio celebrado por la iglesia y, por otro lado, aquellos que, aun naciendo fuera del matrimonio, sus progenitores lo contraigan posteriormente¹²⁰.

Por otro lado, la Cuarta Partida, en su Título XV, establece que se considerarán hijos

José M^a, con la colaboración en la parte de sucesión forzosa de VALLET DE GOYTISOLO, Juan.

¹¹⁵SUÁREZ BLÁQUEZ, Guillermo, considera que “si tomamos como referencia el artículo 806 del Código Civil..., la Comisión codificadora al redactar, el mencionado artículo, parece haberse apoyado en los viejos antecedentes histórico-jurídicos del Código Romance Partida VI, Título X, Ley XVIII, así la expresión por haberla tomado la Ley, aparece del mismo modo en la Partida VI, Título I, Ley XVII, “*E por effio es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley a los fijos*”. “Derecho de las legítimas en las Partidas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, pág. 501 y ss.

¹¹⁶Cfr., BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “La desheredación de...”, pág. 477 y ss.

¹¹⁷Op. cit., SUÁREZ BLÁQUEZ, Guillermo, “Derecho de las ...”, pág. 502 y ss.

¹¹⁸SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Versión de Las Siete Partidas, Libro Fuero de las Leyes*, Alfonso X El Sabio, editorial Reus, Madrid, 2004, pág. 605 y ss.

¹¹⁹*Ibidem, op.cit.*, Título XIII, Ley I y II, pág. 650 y ss.

¹²⁰Así se establece en el Título XIII, Ley I: “el hombre ha de la mujer barragana, si después de eso se casa con ella, eso mismo seria si alguno hubiese hijo de su sierva e después de eso se casare con ella...”.

ilegítimos aquellos que no nacen de casamiento según Ley¹²¹.

Destacar que las propias Partidas dan las pautas para que los hijos naturales (ilegítimos) puedan ser considerados legítimos en los testamentos, siempre y cuando se den los requisitos en ellas establecidas, así como los reconocidos por carta o escribano público¹²². Además, podrán hacerlos legítimos los reyes, emperadores y los arzobispos¹²³. También podrá legitimar un padre a sus hijos, siempre y cuando le dé servicio de corte a algún alto cargo¹²⁴.

La distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos resulta trascendental en las Partidas, ya que consideran que los hijos han de ser legítimos para heredar a sus padres, abuelos y otros parientes. Por el contrario, y salvo las excepciones establecidas, los hijos ilegítimos no tendrán derecho a heredar, existiendo por tanto una clara discriminación entre ambos. No obstante, la afirmación anterior debe entenderse atendiendo al momento histórico social de la época.

Es interesante detenerse también en la Partida Sexta, dedicada a los testamentos y las herencias¹²⁵, y lo haremos comenzando con su Título I, pues nos indica la importancia del testamento “*testamento es vna de las cosas del mundo, en que masdeuen los omesauer cordura quando lo fazen: e es por dos razones. La vna, porque en ellos muestran, qual es la su postrimera voluntad, e la otra porque después que los han hecho si se muriesen no pueden tornar otra vez a enderezarlos...*”¹²⁶. Se podría deducir, por tanto que en esta

¹²¹Nos parece conveniente matizar que la Cuarta Partida, distingue entre diferentes tipo de hijos ilegítimos. Así, establece el Título XV, su Ley I, “que naturales e no legítimos a los hijos que no nacen de casamiento según ley así como que nacen de barragana. Y los fornecinos que nacen de adulterio o son hechos en parienta o en mujeres de orden. E estos no son llamados naturales, porque son hechos contra ley e contra razón natural. Otrosí hijos hay que son llamados en latinmanceres,... que nacen de mujeres que están en la puteria. E otra manera ha de hijos que son llamados en latín spurios,...que son los que nacen de las mujeres que tiene algunos por barraganas de fueras de sus casas. E otra manera a hijos que son llamados *notos*, e estos son los que nacen de adulterio porque semeja que son nacidos hijos de marido... e no lo son”.

¹²²SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, establece, en el Título XV, en la Ley VI, que: “... Si hijos legítimos no hubiere, puedelos legitimar en sus testamento...”. Ley VII, establece, un reconocimiento por carta, siempre y cuando se haga con tres testigos, *op.cit.*, *Versión de las...*, pág. 650 y ss.

¹²³Título XV, Ley IV.

¹²⁴Título XV, Ley V.

¹²⁵LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española*, Tomo IV, *Codificación Civil*, Vol. I y II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 30.

¹²⁶SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *op.cit.*, pág. 798 y ss.

época primaba la voluntad del testador. Sin embargo, el Título I de la Ley XVII, establece cual ha de ser la legítima que han de recibir los hijos, si bien es verdad que la Ley XVII que regula que “como los que entraron en religión no pueden hacer testamento”. No obstante se establece como excepción para el caso de que existieran hijos o descendientes legítimos en cuyo caso estaba permitido dejarles lo que les correspondiera de manera legítima, no menos, y si quisieran dejarle más, lo deberían dejar al monasterio.

Por otro lado, señalando y definiendo que la misma era “*parte debita iure naturae*” y precisando, además, que la parte legítima era diferente según el número de hijos que hubiese, quedando establecida de la siguiente manera: “si los hijos fueren cuatro o menos, tres partes de todos los bienes, y si son cinco o más, la mitad del haber hereditario, añadiendo “e por eso llamada esta parte legítima, porque la otorga la ley a los hijos e devenla tener libre e quita, sin embargo e sin gravamen e sin ninguna condición”. Por tanto se establece la misma cuantía que en el Derecho Justiniano¹²⁷.

Queremos destacar que no se hace mención ninguna en esta Partida, ni en ninguna otra, a la mejora, por lo que entendemos que era una institución desconocida en las Siete Partidas. En esta línea, PUIG BRUTAU, considera que si bien la figura de la mejora fue creada en la época de *Chindasvinto* y perduró hasta el Fuero Juzgo, fue desconocida en las Siete Partidas¹²⁸.

Por otra parte, el Título VII de la Sexta Partida indica lo siguiente “de cómo e por qué razones puede hombre desheredar en su testamento a aquél que debe heredar sus bienes. E otrosí por qué razones puede perder la herencia aquél que fuese establecido por heredero en ella, aunque no lo desheredase.” Es importante señalar que este mismo Título, en su Primera Ley, conceptúa qué se entiende por desheredación, estableciendo que “desheredar es privar al hombre del derecho que tenia de heredar los bienes de su padre, abuelo u otro cualquiera con el que tenga parentesco”.

Las Partidas, por tanto, regulan la desheredación y establecen la necesidad de desheredar, en testamento, con justa causa, y de forma nominal, “pues el testador debía

¹²⁷En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, José, afirma que se recoge el Derecho romano Justiniano, *op. cit.*, *Derecho Civil Español...*, pág. 501.

¹²⁸PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Volumen III, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 31.

instituir a sus descendientes como herederos o desheredarlos con justa causa establecida en la ley¹²⁹”. Retomando, de alguna manera, lo ya establecido por el Derecho Justiniano¹³⁰.

A continuación señalaremos una relación de las extensas causas tasadas de desheredación que establecieron las Partidas y que permitían privar de su derecho a los descendientes.

Se contemplan inicialmente una serie de causas por las que se pueden desheredar a los descendientes, que aparecen recogidas en La Ley IV¹³¹.

En la Ley V, se establece también que el padre puede desheredar a su hijo por una serie de razones tasadas¹³².

Asimismo, la Ley VI regula lo siguiente: Cómo el padre o el abuelo pueden

¹²⁹SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, considera que “el desheredamiento deberá ser ciertamente nombrándolo por su nombre o sobrenombre o por otra señal cierta ...”, Partida Sexta, Título VII, Ley, II y III, *op.cit.*, *Versión de las ...*, pág. 833 y ss. Como expone BARCELÓ DOMENECH, Javier, “la causa debe consignarse en el testamento y ser verdadera, correspondiendo al heredero la prueba de su existencia ...”, *op.cit.*, “La desheredación de los hijos ...”, pág. 5.

¹³⁰FALCÓN OZCOIDI, Modesto, *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español: común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los Juriconsultos*, Tomo III, Imprenta de Francisco Núñez Izquierdo, 1882, pág. 270 y ss.

¹³¹Porque razones puede el padre o el abuelo desheredar a los que descienden de ellos. Ciertas razones son: “Cuando el hijo... sañudamente mete manos airadas en su padre, para herirle, o para prenderle; o si le deshonrase de palabra gravemente, aunque no lo hiriese; o si le acusase de tal cosa que el padre debe morir, o ser desterrado, si se lo probasen; o infamándolo en tal manera porque valiese menos. Pero si el yerro del que le acusaba fuese tal que tocara a la persona del rey o al pro comunal de la tierra, entonces si lo probase el hijo, no lo puede el padre desheredar por ello. Otrosí decimos que el padre puede desheredar al hijo si fuere hechizero o encantador o hiciese vida con los que lo fuesen; sí.. trabajase en la muerte de su padre con armas, o hierbas, o de otra manera cualquiera ; o si el hijo yaciese con su madrastra o con otra mujer que tuviese el padre públicamente como amiga; si infamase el hijo al padre; o si le buscasse tal mal porque el padre hubiese a perder gran partida de lo suyo o a menoscabar ... Siendo el padre por preso por deuda que debiese, o de otra manera, si el hijo no lo quisiere dar en cuanto pudiera para sacarlo de la prisión... e esto se entiende solo de hijos varones e no de las mujeres ... e aun puede el padre desheredar el hijo, si le embargare para que no haga testamento ...”.

¹³²Por que se tornase juglar contra la voluntad del padre ... Si el hijo contra la voluntad del padre lidiase con dineros en el campo de otro hombre o se aventurase por precio a lidiar con bestia brava. Otrosí el padre quisiese casar a la hija e la dotase ... si ella contra su voluntad dijese que no quería casar; e, después de esto hiciere vida de mala mujer en puteria ... salvo que la hija fuese mayor dev einte e cinco años ...; E otrosí, ... algún hombre furioso o loco, de manera que anduviese desmemoriado e sin recaudo, si los hijos o otros que descendieren de por línea derecha no le guardasen o no cuidaren deél en las cosas que fuesen de menester; si otro extraño se moviese por piedad ... e cuido de el debe haber todos los bienes del furioso.

desheredar a sus hijos o a sus nietos si no lo quisieren sacar de cautivo... tan solamente los que son mayores de diez e ocho años.

Por último, la Ley VII, establece: Cómo el padre puede desheredar al hijo que se tornare moro o judío.

Seguidamente, se establece en la Ley XI ocho causas por las cuales los hijos podrán desheredar a sus padres y madres así como demás parientes de los que descienden. Se trata también de *numerus clausus*¹³³.

“Si el padre se trabaja la muerte del hijo acusándole que había hecho tal yerro, por que debe morir o perder algún miembro salvo si la acusación fuese hecha en tal cosa que tocase persona del rey. E si el padre se trabaja la muerte del hijo, queriéndolo matar con hierbas o con hierro con algún maleficio, o de otra manera cualquiera que fuese. E cuando el padre yaciera con la mujer o amiga del hijo. E cuando el hijo quiere hacer testamento de los bienes de que ha poder hacer con derecho, e el padre lo estorba por fuerza de manera que no lo puede hacer. Es sí el marido se trabaja la muerte de su mujer o la mujer la muerte de su marido dándole hierbas o de otra manera cualquier, por tal razón puede el hijo de estos desheredar a cualquiera de los que esto se trabajase. Cuando el padre no quiere proveer al hijo desmemoriado o loco de las cosas que son de menester. Cuando el hijo cayese cautivo y el padre no le quiere redimir ...; Cuando el padre e hereje e el hijo católico (...)”

Las Partidas además señalan dentro del mismo Título causas de desheredación para con los hermanos¹³⁴, en las que deberá tener o no razón¹³⁵. Es importante señalar que los

¹³³Vid., SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, establece estas ocho razones que expongo a continuación: *op.cit.*, pág. 836.

¹³⁴ Las causas por las que se podrá desheredar a los hermanos se hallan recogidas en la Ley XII, si bien debe precisarse que no existía una porción legítima que debiera dejarse a los hermanos, es decir no eran herederos forzosos, si bien estaban llamados a suceder en la sucesión *ab intestato*. No obstante, cuando no se tuvieran hijos, ni descendientes, ni padre ni abuelos, se podría dejar lo suyo a quien se quisiese: *Salvo que se nombrase heredero tal hombre que fuese de mala vida o infamado, porque entonces no valdría el establecimiento de tal heredero... e tres razones son por las que no se quebrantaría el testamento en que el hermano hubiese establecido su heredero a hombre, aunque fuese infamado... la primera es si el testador hubiese desheredado a aquel su hermano por que hubiese trabajado en su muerte de alguna manera; la segunda si en algún lugar o tiempo le hubiese acusado criminalmente a muerte o perdimiento de miembro; la tercera es si hubiese hecho perder la mayor partida de sus bienes, e aunque no los perdiese, si no quedo por el de hacérselos perder...”. Cfr. *Versión de las ...*, Partida Sexta, *op.cit.*, pág. 838 y ss.*

¹³⁵Como afirma, GUITÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, “en cuanto á los colaterales, no siendo herederos

hermanos no se consideran herederos forzosos¹³⁶. Se recogen, también, seis razones generales por las que se podrá perder la herencia sea quien sea el heredero¹³⁷. No queremos dejar de destacar las palabras de GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN, según las cuales se precisa que, para poder ser responsable de una de las causas de desheredación, se requería una edad mínima, al afirmar que “para que uno sea desheredado es preciso que tenga diez años y medio”¹³⁸.

Al igual que sucedía en el Derecho Romano, las Siete Partidas prevén la *querela inofficiosi testamenti*¹³⁹ como medio por el que se podía reclamar el incumplimiento de las normas, que incluso conserva el mismo nombre. Se establecía para su ejercicio, un plazo de cinco años desde la muerte del testador, salvo que fuese menor de veinticinco años. Sin embargo, nos parece conveniente resaltar una diferencia que existe entre la *querela inofficiosi testamenti*, establecida en las Partidas, y la originaria de derecho Romano, pues recordemos que esta última anulaba por completo el testamento, mientras que en las Partidas, únicamente se deberá incluir al heredero, siendo válido el resto del testamento.

Las Siete Partidas mantienen a los hijos como herederos forzosos y otorgan a los ascendientes la categoría de legitimarios, en aquellos supuestos en los que no haya descendientes, por lo que se produce un gran cambio con respecto al anterior derecho

forzosos los unos de los otros pueden ser desheredados con y sin causa, porque antes hemos visto que la desheredación alcanza únicamente á las personas que tienen derecho á legitima. Los hermanos la tienen solo cuando se los postergue á persona torpe”, *op. cit.*, pág. 387.

¹³⁶Siguiendo a VALVERDE y VALVERDE, Calixto, “los hermanos tenían derecho a una legitima en el caso de ser postergados a persona torpe... y aunque el derecho no fijo una cuota legitimaria para estos casos... entendieron los tratadistas que debía equipararse a la de los ascendientes”, *op.cit.*, pág. 213.

¹³⁷SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, enmarca dentro de la Ley XIII, seis razones generales por las que se perderá la herencia, que son: cuando el señor de los bienes fue muerto por obra o por consejo de algunos de su compañía ... ; cuando el heredero abre el testamento de aquel que lo estableció antes que hiciese acusación de los matadores de él, siendo sabidor de los que le habían muerto ... ; si fuese sabido, en verdad, que el testador fuese muerto por obra o por consejo o por culpa del heredero; cuando el heredero yaciese con la mujer de aquel que le estableció por heredero; si el heredero acusase el testamento o la escritura en que fuese establecido, diciendo que era falso ... si luego fuese hallado el testamento por verdadero...; cuando el testador rogase al heredero en porrida que diese aquella heredad en que le estableciese a algún hijo u otro que lo no podía heredar porque le era defendido por ley ...”, tal y como establece la Partida Sexta, *cf. op.cit.*, pág. 825.

¹³⁸*Op. cit.*, GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro Y MONTALBÁN, Juan Manuel, recogiendo el texto de la Partida VI, Título VII, Ley II, pág. 90 y ss.

¹³⁹SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, Así aparece recogido en la Partida sexta, Título VIII, “De cómo puede quebrantar el testamento aquél que es desheredado en él a tuerto a que dicen en latín *querrella inoficiosi testamenti*”, *op. cit.*, pág. 839.

castellano...”¹⁴⁰.

Podemos afirmar, con total seguridad, que Las Partidas establecen un sistema de desheredación, formal y material, que como mantiene CASTÁN TOBEÑAS “constituyó el fondo del Derecho vigente en la materia hasta la publicación del Código Civil”, como ya hemos apuntado con anterioridad¹⁴¹.

4.2.3.- El Ordenamiento de Alcalá

Este Ordenamiento fue elaborado por Alfonso XI, en las Cortes de Alcalá de Henares, en el 1348 con la finalidad de ordenar los elementos contradictorios habidos entre el antiguo y nuevo derecho. Si bien nos detendremos poco en este texto pues se caracteriza por ser un código procesal. En lo referente al derecho sucesorio, se caracteriza porque varía el sistema de testificación de influencia romana que se había venido dando en las Partidas. No obstante, únicamente cambian en lo relativo al aspecto formal, así, por ejemplo, se modifica el número de testigos, si bien interesa destacar que desaparece la necesidad de instituir heredero¹⁴². En este sentido, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, consideran que “se declara firme y válida toda última voluntad aunque en ella no se hubiese instituido heredero”¹⁴³.

4.2.4.- Las Leyes de Toro

En 1505 se aprobaron en Castilla las Leyes de Toro, un conjunto formado por 83 normas, durante el reinado de Juana la Loca, por petición en testamento de su madre, Isabel la Católica. Su germen se remonta al Ordenamiento de Alcalá, con la intención de salvar las contradicciones que existían entre el Fuero y las Partidas. Su finalidad consiste, por tanto, en armonizar el derecho vigente, en especial en lo relativo al Derecho de familia y al Derecho sucesorio.

Creemos conveniente detenernos en algunas de sus leyes, leyes que además aparecen

¹⁴⁰Recordemos que se niegan a los hijos ilegítimos, los derechos sucesorios.

¹⁴¹CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II., pág. 664.

¹⁴²El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho, Facsímil de 1983, Editorial Lex Nova, Valladolid.

¹⁴³GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *op. cit.*, pág. 113.

recogidas en la Novísima Recopilación. Siguiendo la estructura originaria de las Leyes de Toro, comenzaremos por la Ley VI, que establece lo siguiente “*Los ascendientes legítimos, por su orden y linea derecha sucedan ex testamento et ab-intestato a sus descendientes, y que les sean legítimos, herederos como lo son descendientes a ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, o que ayan derecho de les hererar; pero bien perminitos que no embargante que tengan dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, o hacer cualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren*”.

La Ley VI de Toro regula la legítima de los ascendientes así como de los descendientes, pues contempla que los ascendientes sean legítimos herederos, equiparándolos en derechos a los descendientes¹⁴⁴, en aquellos casos en los que estos no tengan descendencia legítima¹⁴⁵, si bien la cuantía sí varía en relación a los descendientes, de este modo NAVARRO AMANDI, observa que “La Ley VI de Toro, declaró que los ascendientes eran herederos forzosos, fijando su legítima en las dos terceras partes de la herencia”¹⁴⁶, heredando los ascendientes de un modo excluyente, tal y como se concibe hoy en el Código Civil, pues carece esta línea de Derecho de representación.¹⁴⁷ Parece oportuno destacar que los descendientes suceden, según lo establecido en Las Partidas, tal y como seguidamente iremos viendo adelante¹⁴⁸. En consecuencia, sucederán los descendientes legítimos, así como los ilegítimos legitimados, manteniendo, como decimos, las mismas

¹⁴⁴Como sostiene, GÓMEZ de LATORRE, Antonio, al afirmar que la sucesión de padres a hijos no proviene de derecho natural, como la de hijos a padres sino por derecho positivo. En este comentario de las Leyes de Toro, considera que el nieto se prefiere al abuelo para heredar á persona media, por esa razón en la Ley de Toro X, a voluntad del padre son preferidos los hijos naturales al abuelo. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Don Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, 1785, Madrid, reimpresión facsímil, Analecta, Pamplona, 2002, pág. 40.

¹⁴⁵CASTÁN TOBEÑAS, José, señala que “la legítima de los descendientes quedó fijada en cuatro quintos, de los cuales un tercio podía destinarse a mejora ...”. Por otro lado, a los ascendientes legítimos, les corresponde dos tercios de la herencia, tal y como se expone en la Ley VI, *op.cit.*, *Derecho civil español ...*, Tomo VI., Vol.II., pág. 502.

¹⁴⁶NAVARRO AMANDI, Mario, *Cuestionario del Código Civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889*, por Real Decreto de 24 de julio del mismo año, Tomo III, Imprenta de Infantería Marina, Madrid, 1890, pág. 283.

¹⁴⁷GÓMEZ de LATORRE, Antonio, establece que “Los que se hallen en primero deben heredar con exclusión del segundo, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁴⁸Por tanto, sucederán los descendientes legítimos así como los ilegítimos legitimados, según las manteniendo las mismas normas que ya estaban establecidas en las Siete Partidas.

normas que ya estaban establecidas en las Siete Partidas.

Si bien también existen diferencias, así, seguidamente en la Ley VII, se suprime la regla existente en Las Siete Partidas, que concedía a los hermanos la posibilidad de ser herederos forzosos, estableciendo únicamente su cualidad de herederos en aquellos supuestos en los que no concurriesen con herederos forzosos, es decir, con ascendientes o descendientes. Quedando fijada de esta forma, únicamente su cualidad de herederos *ab intestato*.

Queremos resaltar especialmente la Ley IX, pues si, antes, con la Ley VI, hemos establecido que heredan los ascendientes en aquellos supuestos de que no hubiese hijos legítimos, esta Ley, da la posibilidad, de legitimar a los hijos ilegítimos. En este sentido, reza lo siguiente *Los hijos bastardos ilegítimos de cualquier calidad que sean, no pueden heredar a sus madres ex testamento ni ab intestato, en caso que tengan sus madres hijos o descendientes legítimos ... si la madre no tiene descendientes legítimos aunque tenga padre; o madre, o ascendiente ... mandamos que los hijos o descendientes que tuviere naturales, o espurios por su orden o grado le sean herederos legítimos* Junto a esta Ley, la Ley XII, además, concede las mismas reglas para legitimar a hijos legítimos que se otorgaban en las partidas. Recordemos, por ejemplo, aquellos nacidos fuera del matrimonio, si luego se contraría con posterioridad.

Las Leyes de Toro prevén una cuantía legitimaria de cuatro quintos¹⁴⁹, volviendo, por tanto, a la tradición del Derecho Castellano¹⁵⁰, y permitiendo en su Ley XVII que los padres mejoren a alguno de sus hijos o descendientes legítimos, por un tercio de sus bienes, una vez se haya descontado el quinto de libre disposición¹⁵¹. Por tanto, queremos resaltar, tal y como indica VALLET DE GOITISOLO, que se restablecen otra vez, la figura de la mejora, y así aparece recogido en la Ley XIX y la Ley XXIII, y se hace de forma coincidente con la regulación que establecía el Derecho Romano.¹⁵²

¹⁴⁹GÓMEZ DE LATORRE , Antonio, señala que “La legítima de los hijos, hoy por derecho del Reyno ... se considera todo el caudal de los padres, sacado el quinto”, *op.cit.*, pág. 43.

¹⁵⁰VALLET DE GOYTISOLO, Juan, sostiene que la cuantía de la legítima recogida en las Leyes de Toro, no es sino la cuantía del Fuero Juzgo aclarada, *op.cit.*, “Aspecto cuantitativo de ...”, pág. 86.

¹⁵¹*Cfr.*, HINOJOSA MENJOLET, José, *op. cit.*, Derecho Civil, Común y Foral de España ..., pág. 88.

¹⁵²*Ibidem*, pág. 60.

Por último, es oportuno indicar que tal y como aparece en la Ley I de Toro, estas reglas se elaboraron con el fin de solventar las diferencias que existían entre el Fuero Juzgo y las Siete Partidas¹⁵³. Con respecto las causas de desheredación, entendemos que se mantienen las causas establecidas en las Siete Partidas, e incluso se amplían, siguiendo a VALVERDE Y VALVERDE, las Leyes de Toro, consigno dentro de las causas de desheredación el matrimonio clandestino.¹⁵⁴

4.2.5.- La Novísima Recopilación

La Novísima Recopilación, reprodujo las Leyes de Toro, estableciendo como normas subsidiarias el Fuero Real, el Fuero Juzgo, y el Código de las Siete Partidas¹⁵⁵. La obra está dividida en doce libros, de los cuales el libro X está dedicado a los contratos y obligaciones, testamentos y herencias¹⁵⁶. Queremos hacer una breve referencia al Título VI, denominado “De las mejoras de tercio y quinto a favor de los hijos y descendientes”, que transcribe, como ya hemos indicado, las Leyes de Toro, por lo que no nos extenderemos en este extremo, ya tratado anteriormente¹⁵⁷. También dedica a la sucesión su Título XX “De las herencias, mandas y legados”¹⁵⁸.

4.2.5.1.- Breve Reflexión sobre los antecedentes

Es importante señalar que a lo largo de la historia siempre, aunque con distinto alcance, podemos observar cómo van de la mano libertad y límites para testar. Así hemos

¹⁵³Cfr., Esta opinión es mantenida por LASSO GAITE, Juan Francisco, cuando afirma que “El objeto de las leyes de toro está en dirimir las disputas sobre la inteligencia de los diferentes textos legales, ya que el Ordenamiento de Alcalá, no había logrado tal unidad, ni suplir las lagunas existentes, *op. cit.*, pág. 38.

¹⁵⁴*Op. cit.*, VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, pág. 300.

¹⁵⁵Se trata de una compilación de derecho castellano realizada, por orden de Carlos IV, presentada en 1802, y promulgada en 1805, y tenía la intención de servir para todos los españoles. Constituye la última recopilación oficial de la legislación castellana. Recibió durísimas críticas, ya que presentaba numerosos defectos en su elaboración. *Vid.*, MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima recopilación*, Imprenta de F. Villalpando, Madrid, 1820, pág. 165.

¹⁵⁶REGUERA VALDELOMAR, Juan, *Novisima Recopilacion de las Leyes de España*, mandada formar por el Señor Don Carlos IV. Facsímil 1992, imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado. Tomo V, libros X, XI, XII, así de modo sucesivo se correspondería dentro del Libro X Título VI, se correspondería la Ley I con la Ley XVII de Toro, la Ley II con la Ley XVIII de Toro.

¹⁵⁷PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel, *Historia del Derecho Español-I* Madrid, 2004, pág.1720 y ss.

¹⁵⁸*Vid.*, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *op.cit.*, *Estudios de Derecho...*, pág. 714 y ss.

visto como el derecho de testar es desde los orígenes un Derecho Natural¹⁵⁹, tal y como ya afirmara SÁNCHEZ ROMÁN; por el contrario, la sucesión forzosa nace como una limitación a este Derecho¹⁶⁰. Es, por tanto, necesario que insistamos en recordar la finalidad familiar y social de ambas.

La sucesión forzosa, como hemos ido viendo a lo largo de los distintos periodos históricos, es un derecho que se reconoce a la familia, y que dependerá, del vínculo que se tenga con el finado, siendo una cortapisa a la voluntad de éste. También hemos visto, en este recorrido histórico cómo han ido cambiando a lo largo de la historia, y ha ido aumentando la cuantía y las personas llamadas a la sucesión forzosa disminuyendo, al compás el derecho de voluntad unilateral del que dispone el testador. Se fundamenta fácilmente en que estas obligaciones creadas por los vínculos familiares son preferentes, y se le otorga un poder jerárquico, con el límite de que las personas llamadas a heredar no hayan realizado conductas que el propio legislador considera intolerables y que, si se incurre en ellas, permiten privar de la legítima¹⁶¹.

Por un lado, los fundamentos que apoyan la libertad de testar están basados en el derecho de la personalidad, y como afirma GINER Y CALDERÓN, solo el testador sabe los deberes que ha de cumplir. Pero, por otro lado, sin embargo, podríamos afirmar que esta libertad de testar deja indefensa a la familia¹⁶².

Una vez considerados estos aspectos, consideramos igualmente importante, que junto con los herederos voluntarios, a los que el testador podrá elegir a su libérrima voluntad, están los herederos forzosos o necesarios, que están impuestos por el imperio de la ley. Nuestro sistema, al igual que muchos otros sistemas europeos, contempla un sistema mixto, si bien la ley no siempre ha seguido el mismo criterio al designar a los herederos forzosos, modificaciones que son fiel reflejo del cambio de concepción de la sociedad y, en general,

¹⁵⁹Entendiendo como tal, un derecho que los pueblos han practicado, desde el Código de Manú, como los hebreos o romanos.

¹⁶⁰Cfr., SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *op. cit.*, Estudios de Derecho ..., pág. 715.

¹⁶¹Resulta de gran interés la comparación entre la libertad de testar y sucesión forzosa así como los fundamentos en los que se apoya cada uno de los sistemas, que hace SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho ...*, *op. cit.*, pág. 715 y ss.

¹⁶²PASCUAL QUINTANA, José Manuel, *op.cit.*, “la desheredación en el Código ...”, pág. 5.

de la familia.

Capítulo II: La codificación: Proyectos y Anteproyectos del Código Civil.

Como hemos podido comprobar a lo largo de nuestro estudio, tanto la legítima como la desheredación tienen una larga tradición histórica en nuestro país, y sigue siendo objeto de atención a lo largo del proceso de codificación.

Nuestra intención está, por tanto, en realizar un examen de esta materia en los Proyectos y Anteproyectos españoles, por el gran interés que revisten y porque el derecho positivo debe estudiarse a la luz de los diferentes criterios interpretativos¹⁶³.

Intentaremos destacar los aspectos más importantes del proceso codificador, en las distintas etapas que dan paso al derecho unificado.

1.- El Proyecto inicial de 1821

Podemos afirmar con total seguridad que el Proyecto de 1821 fue más parecido a lo que entendemos hoy por un Código político que a un verdadero Código Civil¹⁶⁴. Sin embargo, no podemos olvidar que fue el primer Proyecto, y por ello, el punto de partida de la codificación en España, si bien, como sabemos, es importante puntualizar que este no fue finalizado¹⁶⁵.

¹⁶³Recordemos que hasta ahora hemos hecho referencia a los distintos derechos coexistentes en el territorio español, el denominado derecho común y los Derechos especiales, por lo que en España había una falta de uniformidad en su legislación, si bien desde las Partidas se ha pretendido alcanzar dicha unidad, tal y como pone de relieve, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil en España, en sus dos periodos de preparación y consumación*, 1890, Analecta, Editorial, Facsímil, 2002, pág. 14 y ss. Como acertadamente afirma el profesor LASARTE, Carlos, “La codificación civil resultado problemática, entre otras razones por la tensión existentes entre el Derecho común y los Derechos forales”, *Parte General y Derecho de la persona, Principios de Derecho Civil I*, 25ª ed., Madrid, 2019, pág.15.

¹⁶⁴BARÓ PAZOS, Juan, afirma que “este Proyecto no se reducía exclusivamente a la redacción de un Código Civil, *strictu sensu*, ... pues suponía la incorporación de otro tipo de disposiciones, como son de procedimiento, mercantiles o incluso relativas a la administración del Estado”. *La Codificación del Derecho Civil en España, (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992, pág. 57.

¹⁶⁵Formado por un título preliminar, y tres libros, como ya hemos adelantado, este Código no fue acabado, quedando el segundo de sus libros incompleto mientras que el último no llegó a redactarse. Es por lo que no podremos hacernos una idea de la intención de la comisión, acerca de cómo se iba a establecer las normas de Derecho sucesorio.

Tan solo destacaremos que en la época liberal española las reglas de la sucesión seguían sometidas a lo regulado en la Novísima Recopilación que recordemos contenía las Leyes de Toro.

2.- El Proyecto de 1836

El Proyecto de 1836 fue el primer proyecto completo de Código Civil en la historia de nuestra codificación¹⁶⁶, que se limitó estrictamente a materias de Derecho Civil¹⁶⁷. No será por tanto hasta este momento, cuando encontramos antecedentes en el derecho codificado.

El Proyecto, que sigue el modelo Napoleónico¹⁶⁸, estaba formado por un Título preliminar y cuatro libros, dedicándose a la sucesión, el último de ellos, en el Libro IV, cuyo Título rezaba “De las sucesiones hereditarias”¹⁶⁹¹⁷⁰.

El Preámbulo del Proyecto deja clara la intención de la Comisión con respecto a la materia de Derecho sucesorio. Considera LASSO GAITE que “tiene como fin simplificarla, así como desterrar las sutilezas del Derecho Romano”¹⁷¹. Parece pues oportuno recordar que además se establecen una serie de disposiciones generales, entre las que se incluye aquellos que van a considerarse incapaces de suceder o el orden de las herencias abintestato.

De otro lado, contempla en el libro IV, “De las sucesiones hereditarias”, en su título II “Sucesión en relación con la legítima de los descendiente, concretamente en su artículo 2.262¹⁷², una modificación de la cuantía legitimaria, variando está en función del número de

¹⁶⁶LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española*, Tomo IV, Codificación Civil, Vol. I y II, Ministerio de Justicia Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 144 y ss. Destaca BARÓ PAZOS, Juan, que este Proyecto completo de Código civil en nuestro país, “coincide en su estructura y contenido con los objetivos propios del Código civil ... Pese a que no se transformó en Ley”, *op.cit.*, pág. 17.

¹⁶⁷Así, tal y como rezaba en su Exposición de Motivos, abarcaba “las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas”.

¹⁶⁸BARÓ PAZOS, Juan, *op.cit.*, pág. 83 y ss.

¹⁶⁹*Ibidem*, El libro IV, está a su vez formado por cuatro títulos, Sucesión intestada, sucesión testamentaria, de la aceptación, renuncia y petición de la herencia y por último de la partición de las herencias, pág.83.

¹⁷⁰PÉREZ ESCOLAR, Marta, “El cónyuge superstite en la sucesión intestada” Tesis dirigida por TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, Universidad de Valladolid, 2001, pág., 71 y ss.

¹⁷¹*Cfr.*, LASSO GAITE, Juan Francisco, *op. cit.*, *Crónica de la codificación (...)*, pág. 146.

¹⁷²En este sentido, el artículo 2262 del Proyecto, dispone que “el que tuviere solo un hijo legítimo no podrá

hijos que tuviese el testador. Por tanto, aparece establecida de la siguiente manera: Para aquellos supuestos en los que hubiese un único hijo, la cuantía que recibirá este es de dos tercios, pudiendo el testador disponer del resto del haber hereditario a favor de otra persona; Por el contrario si el testador tuviese dos o más hijos, la cuantía legitimaria ascenderá a cuatro quintos, pudiendo únicamente el testador disponer del quinto restante de su haber hereditario, como parte de libre disposición¹⁷³. Se establece además la posibilidad de mejorar a los hijos¹⁷⁴.

Para el caso en los que el testador no tuviese descendientes, el Proyecto en su defecto señala la legítima a favor de los ascendientes, diferenciando igualmente por el número, para aquellos supuestos en los que hubiese únicamente un ascendiente, ya fuese este padre o madre, la cuantía de la legítima de los ascendientes, es la mitad del haber hereditario, si por el contrario dejase ascendientes por ambas líneas, la cuantía ascendería a dos tercios, pudiendo únicamente disponer el testador de un tercio.

El Proyecto, sin embargo, no contempla la legítima de los hermanos, pero tal y como nos explica LASSO GAITE, “se observa un derecho a percibir alimentos de los bienes hereditarios”, es decir, se ha señalado el derecho alimenticio en las sucesiones testadas e intestadas cuando no perciban parte alguna de la herencia, siendo beneficiarios: 1º) Los hijos legítimos por real gracia o adoptivos. 2º) Padres legítimos. 3º) Abuelos legítimos. 4º) Padres por legitimación real o adoptivos. 5º) El cónyuge y hermanos legítimos. 6º) Hijos naturales. 7º) Padre o madre que reconocieron al testador, hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos del testador¹⁷⁵.

También debemos subrayar que este Proyecto de Código prevé la desheredación.

disponer a favor de otra persona más que un tercio de sus bienes, si tuviere dos o más, solamente del quinto: el resto será en uno u otro caso legítima de los hijos y descendientes de estos en representación de sus padres”. Así tal y como, aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto, la razón está en que en: “virtud de los estrechos y sagrados vínculos que unen a los padres con los hijos, tienen aquellos impuesta por la naturaleza misma la obligación de asegurar la subsistencia de las personas a quienes dieron el ser y la ley protectora de los débiles, debe evitar las funestas consecuencias de un padre desnaturalizado por una pasión bastarda o alucinado por otra causa pudiera disponer de todos sus bienes o su mayor parte a una persona extraña”.

¹⁷³ Así aparece recogido en el Proyecto, en sus artículos 2.262 y ss.

¹⁷⁴ El Proyecto, dispone en su artículo 2.317, además añade en el artículo 2.318 que “el testador podrá señalar las cosas en que haya de consistir la mejora”.

¹⁷⁵ *Op. cit.*, LASSO GAITE, Juan Francisco, pág.147 y ss.

permitiendo, al testador desheredar a las personas que tienen derecho a percibir a una porción legítima, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos tanto formales, como materiales; entre los que se encuentran, indicar de forma nominal al desheredado expresando el hecho que motiva la desheredación, teniendo que ser expresamente alguno de los hechos comprendidos en la ley. Se puede apreciar como estos requisitos ya formaban parte de nuestro derecho histórico, tanto Romano como del derecho de Castilla, como ya hemos analizado anteriormente.

El Proyecto que venimos estudiando contiene una serie de causas expresamente tasadas por las que se pueden desheredar a los hijos o descendientes, al incurrir en alguna de las siguientes conductas¹⁷⁶:

1) Atentar de cualquier modo contra la vida del testador. En el caso de cumpliéndose se podría incluso privar al desheredado hasta de los alimentos que se le deben.

2) Acusar o denunciar al testador, de un crimen que merezca la pena de muerte civil o natural, no habiéndose cometido delito contra la persona del que hizo denuncia o acusación, ni contra su hijo o padre.

3) Haber seducido o tratado de seducir con fines lúbricos a la mujer o descendientes del testador.

4) Haber insultado gravemente con hechos o con palabras al testador.

5) Haberle abandonado estando impedido o menesteroso.

Muchas de las cuales pasaran al nuestro Código civil.

Seguidamente aparecían las causas contempladas, para desheredar a los padres o ascendientes, cuando se concurra en alguno de las causas establecida por la ley, que coinciden con las tres primeras ya citadas con anterioridad¹⁷⁷ para la desheredación de los descendientes, que recordemos serian

1) Haber atentado de cualquier modo contra la vida del testador. En este caso se

¹⁷⁶Así aparece recogido en el artículo 2.322 del Proyecto de 1836.

puede privar al desheredado hasta de los alimentos que se le deben;

2) Haber acusado o denunciado al testador, de un crimen que merezca la pena de muerte civil o natural, no habiéndose cometido delito contra la persona del que hizo denuncia o acusación, ni contra su hijo o padre;

3) Haber seducido o tratado de seducir con fines lúbricos a la mujer o descendientes del testador.

Por otra parte, tal y como expone BEATO DE PALACIO, este Proyecto contempla entre las causas de desheredación, ciertas causas de indignidad para suceder, así el artículo 2205, recogía que serán indignos para suceder¹⁷⁸.

“1º) El que hubiere sido condenado como autor o cómplice de la muerte del sujeto cuya sucesión se reclama... 2º) El que hubiere entablado contra el difunto una acusación criminal que se hubiese declarado calumniosa. 3º) El que con violencia o fraude impidiese hacer testamento a la persona cuya sucesión intestada se reclame después.

No obstante, debemos tener en cuenta que al igual que se regula en nuestro Código civil, se previa en el artículo 2.278, del Proyecto, que estas causas no surtirán efecto, en aquellos casos en los que haya perdón entre el ofensor y ofendido.

3.- El Proyecto de 1851

El Proyecto de 1851, es conocido comúnmente como el Proyecto de GARCIA GOYENA¹⁷⁹, y supone, como sabemos, un hito¹⁸⁰ dentro del proceso codificador español¹⁸¹, está estructurado, como ya hizo el Proyecto de 1836, siguiendo el Código

¹⁷⁸BEATO DE PALACIO, Elisa, “La indignidad para suceder: causas de desheredación”. *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, coord. HOYO SIERRA, Isabel, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 63 y ss.

¹⁷⁹GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil Español*, facsímil, Base, Barcelona, 1973, también en la reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1974.

¹⁸⁰BARÓ PAZOS, Juan, Afirma que la importancia de este proyecto, está: “... en que sus autores, sin hacer tabla rasa de nuestro derecho histórico, supieron conciliar sus instituciones con la doctrina más moderna ...” Si bien no llegó a promulgarse. *Op.cit.*, pág. 126 y ss.

¹⁸¹Fueron necesarias para su elaboración, dos comisiones, ya que tras la primera comisión, se realizaron una serie de modificaciones con respecto al Libro primero así como de las Sucesiones, dote y contrato sobre bienes

Napoleónico, formado por: Un título preliminar, tres libros y una disposición final. Antes analizarlo, es importante situarnos en la mentalidad de la época, pues no podemos olvidar que durante el siglo XIX, convivió una gran diversidad de leyes, es por ello que la gran mayoría de tratadistas, tuviesen en mente aun a las partidas¹⁸².

Destaca la gran importancia que se le otorga, al derecho sucesorio que se encuentra regulado en el Libro III, De los modos de adquirir la propiedad, Capítulo I, *De las herencias*, con la justificación de GARCÍA GOYENA: «Se ha preferido esta palabra á la de sucesión que es más vaga, y tanto, que en el Diccionario de la lengua no se le da el sentido ó significado de herencia»; manteniendo la denominación del Proyecto de 1836 Libro IV, *De las sucesiones hereditarias*¹⁸³.

El Libro III, *De los modos de adquirir la propiedad*, Capítulo I, se define la institución de la herencia como “la sucesión de todos los bienes del difunto en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte”¹⁸⁴. Al igual que pasaba con el Proyecto de 1836, esté toma como referencia el derecho de Castilla con respecto a sus normas sobre la sucesión legítima¹⁸⁵, tal y como expone SALVADOR CODERCH, este Proyecto tenía la intención de extender a todo el país la legítima del Derecho castellano tradicional, formada por una legítima larga y la mejora¹⁸⁶.

El Capítulo VI, del Libro III, titulado *De los herederos forzosos y las mejoras*, definiendo que ha de entenderse por heredero forzoso, que como veremos, recoge una

matrimoniales, para concordar estas materias con las modificaciones realizadas sobre el Primer Libro.

¹⁸²PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, *La desheredación en el Derecho Español: Su desenvolvimiento histórico*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, 1955, pág.340.

¹⁸³Vid., PACHECO CABALLERO, José Luis, observa que: “el Código Civil de 1889, apartándose de la terminología utilizada por el Proyecto de García Goyena y de la terminología utilizada por el derecho histórico, atiende el problema del destino de los bienes y derechos de una persona una vez producida la muerte desde el punto de vista de la sucesión en que, desde antiguo, consistía la herencia –recuérdese, hereditas est successio in universumius- y, en consecuencia, el título III del libro III lo es De las sucesiones, pero no De las herencias”. Libro III, título III De las sucesiones; en “Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio”, en *Anuario de Historia del Derecho*, Tomo LXXXII, 2012, pág. 116.

¹⁸⁴Artículo 549 del Proyecto de 1851.

¹⁸⁵En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, considera que: “los elementos que informan este proyecto... el derecho de Castilla ... las doctrinas de los expositores y juriconsultos, principios e instituciones de legislación extranjera, principalmente francesa ...”, *op. cit., Estudios de Derecho...*, pág.24.

¹⁸⁶SALVADOR CODERCH, Pablo, “El proyecto de Código Civil de 1851 y el Derecho Civil Catalán” *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 79, núm.1, 1980, pág. 49 y ss.

redacción muy parecida a nuestro actual Código civil, y así su artículo 640 reza “llámense herederos forzosos aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación”¹⁸⁷, consideramos que es hasta ahora la definición más completa que se ha dado para conceptualizar a los herederos forzosos. Es necesario puntualizar tal y como destaca CASTÁN TOBEÑAS, que se trata de la primera vez que aparece el verbo reservar y será el antecedente de nuestro artículo 806 del CC¹⁸⁸.

Por otro lado, es importante centrarse en el artículo 465, pues señala VALLET DE GOYTISOLO, que se pretende con este artículo evolucionar la legítima: aproximándola a la legítima teodosiana, de este modo el artículo 465 establece: “El heredero forzoso al que el testador le dejase menos de la legítima, solo podrá pedir el complemento de esta”¹⁸⁹. En este sentido, la doctrina, acepta que el testador, pueda dejar al heredero forzoso parte de la legítima, ya sea por donación o legado, aunque esté incompleta, sin que luego pueda ser el testamento nulo, por dicha razón¹⁹⁰.

No podemos dejar de mencionar que es la regulación más completa hasta ese momento del proceso codificador en materia de derecho sucesorio, siendo además, muy similar a la que tendremos posteriormente en nuestro Código Civil. Se establecen como herederos forzosos a los hijos y descendientes con respecto de la herencia de sus padres, y ascendientes legítimos, en su defecto, a los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos o descendientes legítimos¹⁹¹.

¹⁸⁷MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de Sucesiones, Ab ovo usque ad mala*, La Ley, Tratados, 2013, Madrid, pág.830.

¹⁸⁸*Op.cit.*, CASTÁN TOBEÑAS, José Luis, *Derecho civil Español ...*, pág.482. En este mismo sentido GARCIA GOYENA, Florencio, nos explica que “el termino reserva tiene un significado puramente gramatical donde reservar equivale a destinar ...”, *op.cit.*, pág. 92.

¹⁸⁹VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Apuntes de Derecho sucesorio”, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, 1955, pág. 438.

¹⁹⁰*Op.cit.*, FALCÓN OZCOIDI, Modesto, *Exposición doctrinal del Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo III, 1897, Tipografía La Publicidad; Tobella, Costa y Piñol, Barcelona, pág., 238. En este mismo sentido SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código Civil, comentado y concordado extensamente*, Tomo XVI, 6ª ed., 1944, Imprenta Moreno y Rojas, Madrid, pág. 430.

¹⁹¹Del mismo modo que vimos en el Proyecto de 1836, *op.cit.*, PUIG PEÑA, Federico, establece que “el Proyecto del Código de 1851 en su artículo 642, “la legítima de los hijos y descendientes será de cuatro quintos de los bienes. Quedando solo un hijo o descendiente será de los dos tercios, la legítima de los padres y ascendientes en los dos tercios siendo aquellos dos o más, y en la mitad siendo uno solo”. pág. 445.

La cuantía de la cuota es idéntica a la contemplada en el Proyecto de 1836, tanto para los descendientes como para los ascendientes, por tanto, su base las Partidas, recordemos que queda establecida de la siguiente manera $\frac{4}{5}$ del caudal hereditario para los hijos o descendientes si hubiese dos o más mientras que si hubiese un único hijo o descendiente la legítima únicamente será de $\frac{2}{3}$. Señalar que la legítima no admite gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie¹⁹²¹⁹³.

Por otro lado, el Proyecto de García Goyena, regula la posibilidad de mejora, dedicando a esta figura, una sección completa así, artículo 654 del Proyecto dispone que: “los padres y ascendientes pueden mejorar sus hijos y descendientes, hasta el duplo o de una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno de los primeros, especificando que las donaciones, a favor de los hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se consideraran como mejora, si no se declaró así por parte del testador”.

Efectivamente, junto con la legítima, se introduce la mejora a favor de hijos o descendientes, pero debemos resaltar que también se admite la mejora para extraños, por lo que conviene advertir que hay una mejora que forma parte de las legítimas para los herederos forzosos y una mejora para extraños que recae en la parte de libre disposición. La mejora por tanto tiene en un sentido más extenso que el que posteriormente cristalizó en el Código Civil.

De la mejora para extraños se puede disponer cuando no forme parte de la legítima rigurosa de hijos o descendientes. Es decir, no puede formar parte de los cuatro quintos de los bienes si son varios los hijos o descendientes y quedando solo un hijo o descendiente, de los dos tercios. Esta mejora también puede recaer en el quinto de libre disposición, con lo que como hemos dicho no forma parte de la porción reservada a la legítima. Así el quinto disponible a favor de extraños, se sacará de los bienes con preferencia a la doble porción, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo cuando hubiere dispuesto antes e irrevocablemente del primero¹⁹⁴.

En cuanto a la mejora de los hijos, se puede disponer de hasta el duplo o de una doble

¹⁹²Vid., SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *op.cit.*, Estudios de Derecho, pág. 34.

¹⁹³BARÓ PAZOS, Juan, *op.cit.*, pág. 126.

¹⁹⁴Así lo establece el artículo 660 “Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto; y en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos”.

porción de la legítima correspondiente a cada uno de los primeros, esta doble porción se llama “mejora”. Esta es la verdadera mejora, que asciende al duplo y forma parte de la legítima. Las donaciones simples no se consideran mejora, sino legítima. Lo que cabe sostenerse a la luz del artículo 657, que dice así: “Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar. Además, para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambas”

Con respecto de los ascendientes, será de $\frac{2}{3}$, en el supuesto de haber padre o madre, aunque en este caso expresamente dispone el artículo 642, del Proyecto de 1851 lo siguiente, “...si siendo los ascendientes dos o más”, por lo que se contemplaría esta reserva legitimaria aun habiendo uno de los progenitores y otro abuelo, siendo la mitad, si hubiese únicamente uno.

Ahora bien, aparece una novedad que hasta ahora no había estado contemplada en nuestro derecho sucesorio y es la posibilidad de dejar una cantidad al cónyuge viudo en usufructo, que podía recaer en parte de la legítima de quien corresponda¹⁹⁵. Para su mejor comprensión es conveniente plasmar el artículo tal y como venía en el Proyecto, en su artículo 653, que establece: los padres y ascendientes pueden además disponer a favor de su cónyuge en usufructo

De la cuarta parte de la legítima del hijo, si queda uno solo o descendientes que lo representen

De un quinto de la legítima si deja dos o más hijos o descendientes que le representen.

Si el testador deja solo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer hasta la mitad de la herencia en propiedad a favor de su cónyuge. El cónyuge bínubo no gozara de la facultad contemplada en este artículo.

¹⁹⁵En este sentido GARCÍA GOYENA, Florencio, establece que “la comisión general había aprobado una gran innovación concediendo legítima en general o dando el carácter de heredero forzoso a la viuda o viudo, aun concurriendo con hijos suyos o de otro matrimonio... sin que hubiese precedente en otro código. *Op.cit.*, pág. 93 y ss.

Por otro lado, El Capítulo VII, de la Desheredación, mantiene tal y como nos señala PASCUAL QUINTANA, un estilo afrancesado, su artículo 666 establece que “los herederos forzosos, únicamente podrán ser desheredados por las causas tasadas en la ley, y no por otras, aunque estas sean de igual o mayor gravedad¹⁹⁶. En opinión de GARCIA GOYENA, se trata de un artículo redundante, pues tal y como se deriva de nuestro derecho patrio, no puede haber duda, de que se pudiese desheredar por otra causa que no estuviese contemplado por la Ley ¹⁹⁷.

La desheredación ha de hacerse en el propio testamento expresándose la causa en la que se funda¹⁹⁸, tal y como se recoge en el artículo 667 del Proyecto de 1852. Queremos resaltar un matiz que establece el Proyecto, que no ha sido contemplada en la normativa que hemos analizado, y que además se recogerá posteriormente en nuestro Código Civil, se trata de que la causa de desheredación, en caso de que el desheredado niegue su certeza, esta deberá ser probada por el resto de herederos del causante y esta no podría extenderse a una causa no indicada por el testador¹⁹⁹. Por tanto, si la causa no puede ser probada, o la indicada en el testamento no es legal, la desheredación queda sin efectos, si bien tal y como añade el artículo 669, si serán válidas las mandas y mejoras, siempre y cuando no interfieran en la legítima.

Del mismo modo que hará nuestro Código Civil, expresa que la reconciliación entre ofensor y ofendido, deja sin efecto la desheredación.

Por consiguiente, el siguiente paso en nuestro estudio está en las causas por las que se pueden desheredar a los herederos forzosos. Al igual que se contemplaba en el Proyecto de 1836, las causas de indignidad serán como lo son actualmente, causas de desheredación. Así, el artículo 671 del Proyecto de 1851 establece que “todas las causas de indignidad para suceder lo son también respectivamente de desheredación”. Recoge como causas de indignidad las contempladas en el artículo 617 del Proyecto de 1851 y son las siguientes: 1) El condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya herencia

¹⁹⁶PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, *op.cit.*, *La desheredación en el Derecho Español ...*, pág. 338 y ss.

¹⁹⁷GARCÍA GOYENA, Florencio, *op.cit.*, pág. 109.

¹⁹⁸PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, hace referencia al artículo 667 del Proyecto, que reza “La desheredación debe hacerse en testamento expresando la causa especial en la que se funde”. *op.cit.*, *La desheredación en el Derecho Español ...*, pág. 340.

¹⁹⁹En este sentido el artículo 668 del Proyecto de 1836.

se trata, contra su cónyuge o contra sus descendientes. 2) El heredero mayor de edad que, sabedor dentro de un mes de la muerte violenta del difunto, no la denuncia a la justicia cuando esta no ha procedido ya de oficio sobre aquella. Ahora bien, si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer del heredero, cesara en éste la obligación de denunciar. 3) El que voluntariamente acusó o denunció al difunto por un delito, que por la ley sea castigado con pena de cadena perpetua o muerte. 4) El condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto. 5) El pariente del difunto que hallándose este loco o demente y abandonado, no cuidó de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público. 6) El que para heredar estorbó por fuerza o fraude que el difunto hiciera testamento o revocara el ya hecho o sustrajo éste o forzó al difunto para testar.

Todo ello sin perjuicio de que, tal y como señala el artículo 623. “Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán éstos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios. Pero el excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos”.

Además, como reconoce el artículo 619. “Todas las exclusiones por causas de indignidad, cesan respectivamente si el testador las sabía al tiempo de hacer el testamento; o si, habiéndolas sabido después, las remitió en instrumento público”.

No obstante, se regulan otras causas específicas para la desheredación²⁰⁰.

Para los hijos y descendientes se contempla, según lo dispuesto en el artículo 672, como causas las siguientes²⁰¹.

Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

Haberlos maltratado de obra o injuriado gravemente.

²⁰⁰*Op.cit.*, PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, “*La desheredación en el Derecho Español ...*” artículo 671, considera que hasta ahora nuestros textos históricos recogían causas bajo el nombre de “desheredamientos”, señalando además que: “Por primera vez el Código, establece la separación entre indignidad y desheredación ... admitiendo que las primeras, son causas que vienen a completar esta institución y que ambas tienen un significado distinto aunque el resultado sea idéntico”, pág. 341 y ss.

²⁰¹*Ibidem*, pág.341.

Haberse casado sin su consentimiento, cuando por la ley esté era necesario.

Haberse entregado la hija o la nieta a la prostitución.

Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Ahora bien, si el desheredado tuviese hijos, ocuparan estos su puesto como herederos forzosos, tal y como sucede actualmente²⁰².

Las causas por las que podrán desheredarse a los ascendientes se recogen en el artículo 674 que reza “el padre y la madre pueden ser desheredados por sus hijos²⁰³

Cuando han perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 161.²⁰⁴

Cuando les negaren alimentos sin motivo legítimo.

Cuando el padre atentó contra la vida de la madre o esta contra la de aquél, y no hubo reconciliación”.

El Proyecto recoge una regulación detallada en materia de sucesiones como indicamos al inicio del epígrafe, y además podemos afirmar que será la base de nuestro Código Civil. Así, observemos, que el artículo 853 del Código Civil, en su redacción originaria, en su primera y segunda causa coincide con la causa primera y segunda del artículo 672 respectivamente del Proyecto. Por otro lado, la causa tercera del artículo 853 del Código Civil en su redacción originaria coincide con la causa cuarta del artículo 672, Por último, la causa quinta del artículo 672 del Proyecto de 1851, coincide con la causa cuarta del artículo 853 del CC, en su versión originaria. En lo referente a las causas de desheredación de los padres para con sus hijos, las causas reguladas en el artículo 854 del Código Civil en su redacción originaria, coinciden en su totalidad con las causas reguladas en el artículo 674 del Proyecto de 1851.

²⁰²Artículo 673 del Proyecto de 1851.

²⁰³PASCUAL QUINTANA, Jesús Manuel, establece que este artículo se hace extensivo a los demás ascendientes. *Op.cit.*, “*La desheredación en el Derecho Español ...*”, pág. 342.

²⁰⁴El artículo 161 del Proyecto, regulaba las causas por las que se pierde la patria potestad y son las siguientes: Cuando el progenitor sea condenado a una pena que lleve consigo la retirada de la patria potestad o cuando declarado el divorcio, tenga lugar la pérdida de patria potestad con arreglo al artículo 85.

Tras el Proyecto de 1851, aun se tenía la intención de consagrar la unidad legislativa en el orden civil, se redactaron un gran número de leyes especiales, con la intención de que se aplicasen a toda la nación como la Ley de Aguas o la Ley Hipotecaria, sin embargo, a la hora de redactar un nuevo Código y tras el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se formó una Comisión de Codificación con miembros que representasen las comunidades forales (Aragón, Navarra, Galicia...) con el fin de que redactasen unas Memorias conteniendo las instituciones forales más importantes, por lo que aunque se tomaría como modelo el Proyecto de 1851, este debería contener las instituciones forales²⁰⁵.

Es importante recordar que, en lo referente al Derecho foral, el sistema de sucesiones es muy distinto en algunos fueros, por ejemplo, en el Derecho foral de Aragón, el padre goza de libertad de testar, pues puede elegir heredero y desheredar a quien quiera, si bien como ya veremos en el correspondiente apartado, se exige ciertos requisitos formales²⁰⁶.

4.- Ley de Bases de 1881, Proyecto de 1882 y Proyecto de 1888.

En 1881, como es por todos conocido, Alonso Martínez presentó la Ley de Bases de 1881. Por su importancia, de esta Ley queremos resaltar la Base 12^a, ya que, por un lado, establece la reducción de la cuantía legitimaria correspondiente a los ascendientes, y, por otro lado, amplía la libertad de testar de los padres, a favor de sus hijos²⁰⁷. También

²⁰⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *op.cit.*, *La Codificación civil*, pág. 37 y ss.

²⁰⁶LASSO GAITE, Juan Francisco, Sin detenernos por ahora en el Derecho foral creemos importante reseñar, el congreso de Jurisconsultos españoles de 1863, en el que se debatió acerca del sistema de legítimas preguntándose que era más conveniente para el país: ¿un sistema de legítimas o la libérrima facultad del testador? , Y para el caso de establecerse un sistema de legítimas se plantearon cual sería la porción de la herencia que constituiría la legítima y con respecto a la total libertad del testador, la cuestión a la que se enfrentaban era la de cómo conciliar esta libertad con los deberes naturales con respecto de los descendientes. Como conclusiones establecieron que el padre no tendría plena libertad de testar, así mismo no podría nombrar heredero a un único hijo excluyendo a todos los demás, y por último, se estableció que no bastaría una legítima simbólica o ineficaz permitidas en legislaciones forales como la de Aragón o Cataluña. “, *op.cit.*, pág. 130 y ss.

²⁰⁷La Base 12^o del Proyecto de Ley de Bases de 1881, establece que “Se reducirá la cuota hereditaria de los descendientes y se establecerá a favor de los padres la libertad de disponer de la parte que no constituyan legítima de los hijos fijando la cuantía de una y otra de modo que satisfaga los justos derechos éstos y puedan los padres cumplir sus deberes de reconocimiento y justicia y premiar y castigar según los méritos de sus herederos. En este sentido, LASSO GAITE, Juan Francisco, considera que la pretensión con la que se elaboró esta base, se hallaba en aproximar la legislación castellana a las provincias aforadas. *Op.cit.*, pág. 390. En la misma proporción, pero con distinta medida que exige el caso, se disminuirá la legítima de los ascendientes.

estudiaremos la Base 13^a, que regula a la desheredación y la Base 14^a pues mejora la condición del cónyuge, ya que como explicaremos más adelante acepta el usufructo viudal^{208 209 210}.

Por otro lado y siguiendo a LACRUZ BERDEJO²¹¹, es necesario analizar, la Base 17^a, ya que establece como se distribuirá el haber hereditario²¹², y se mantendrá hasta la actual redacción del Código Civil, quedando de la siguiente manera: “se dividirá en tres partes iguales, una constituirá la legítima de los hijos, otra podrá asignar el padre a su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de la cual se podrá disponer libremente”.²¹³

En 1882, se redactó el título preliminar y los dos primeros libros de un Código Civil, con las mismas bases, algunos autores como PEÑA BERNALDO DE QUIROS²¹⁴, afirmaba que más que un Proyecto de Código fracasado, se debería ver como un Anteproyecto de nuestro Código Civil, ya que la primera parte del Anteproyecto 1888 coincide con el Proyecto de 1882, del mismo modo que sus libros III y IV, coinciden con el libro II del Proyecto de 1882, en lo que a nuestro estudio se refiere. Por lo que creemos conveniente,

²⁰⁸La Base 13^o del Proyecto de Ley de Bases de 1881, reza “Se conservará la desheredación en los casos en que la ley lo autoriza, pero de modo que no alcancen sus efectos a las personas que traigan causa o derecho al desheredado.

²⁰⁹La Base 14^o del Proyecto de Ley de Bases de 1881, establece que “Se consignaran de una manera equitativa y estable los derechos del cónyuge supérstite, declarándole con opción una parte proporcional de la herencia, bien en propiedad o bien en usufructo; pero siempre en concurrencia con los descendientes y ascendientes, y antes que los colaterales.

La propia Bases 14 bis, especifica que “se admitirá como legislación general de España, el usufructo que alguna de las especiales conceden al viudo o la viuda; pero limitándolo a una cuota igual a la que por su legítima hubieren de percibir los hijos si los hubiere. Cesara este usufructo: 1) si el viudo o la viuda pasasen a ulteriores nupcias. 2) si viviesen torpemente. 3) si el fallecido del esposo premuerto estuviere separado judicialmente por culpa suya. (Se aceptó como Base la 14 bis).

²¹⁰NAVARRO AMANDI, Mario, considera que “la Ley de Bases 17, dispuso que se estableciera a favor de viudo o viuda el usufructo que algunas legislaciones especiales le conceden ... por tanto no es otra la intención que traer a la legislación de Castilla, la viudedad aragonesa o la *fealdad* navarra, o los derechos concedidos al viudo en la legislación catalana ...”, *op.cit.*, pág.287.

²¹¹ *Cfr.*, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op.cit.*, *Derecho de sucesiones ...*, pág.46.

²¹²BARÓ PAZOS, Juan, *op.cit.*, pág.241 y ss.

²¹³Tomándose esta Ley de Bases como referencia en 1882, se presentaron el Libro I y II del Código Civil. Sin embargo, este proyecto tampoco llegó a buen puerto, ya que las situaciones políticas por las que pasaba el país no favorecieron a los propósitos con los que se redactaron ambos libros.

²¹⁴PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, “*El anteproyecto del Código Civil Español*” Centenario de la Ley del Notariado, Sección Cuarta: Fuentes y bibliografía, Vol. I, Instituto editorial, Reus, Madrid, 1965, pág. 7 y ss.

analizar de forma conjunta tanto el Proyecto de Código Civil de 1882, como el Anteproyecto de 1888²¹⁵.

Centraremos el estudio únicamente en el Libro III del Anteproyecto titulado “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”²¹⁶, en él, se incardina el Derecho sucesorio del mismo modo que aparecerá en el actual Código Civil.

La legítima se enmarca dentro del artículo 791 pues en él se define la misma como “la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”²¹⁷.

Recordemos que el artículo 791, del Proyecto de 1882, guía la redacción originaria del artículo 806 del Código Civil, siendo la base de nuestro actual Código Civil.

Contemplándose en el Proyecto de 1882 como herederos forzosos, los siguientes: los hijos y descendientes, y a falta de estos los ascendientes²¹⁸, tal y como aparece en el artículo 792.²¹⁹

Con respecto de la cuantía de la legítima, se establece para los descendientes la misma cantidad, que se recogerá posteriormente en nuestro Código. En este sentido el artículo 793 del Proyecto de 1882 reza²²⁰ “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre”, dando la posibilidad de disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como

²¹⁵*Cfr.*, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, recoge lo siguiente: “se corresponde mejor al nombre de Anteproyecto..., se trata más bien de trabajos preliminar de nuestro Código Civil, que sirvieron a su autor la Sección de lo Civil, para que oyendo a todos los individuos de la Comisión de Códigos llegar a formular el texto del Proyecto”, pág.1171 y ss.

²¹⁶*Cfr.*, Se corresponde al Libro II, del Proyecto de 1882, tal y como expone PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *op.cit.*, pág.1172.

²¹⁷*Ibidem*, pág. 250.

²¹⁸Sin embargo, nuestro Código Civil, en su redacción originaria, contemplaba 834, como herederos forzosos: “1. ° Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2. ° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos. 3. ° El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establecen los artículos 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846.”

²¹⁹ *Op.cit.*, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, pág. 205 y ss.

²²⁰*Ibidem*, pág. 243 y ss.

mejora²²¹ a sus hijos y descendientes²²².

En referencia a la cuantía de la legítima reservada a los ascendientes²²³ las coincidencias sin embargo no son las mismas, pues el Proyecto de 1882 establece que: constituye la legítima de los padres o ascendiente la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo lo que establece el artículo 821²²⁴.

En aquellos casos en los que el testador no tuviese hijos, descendientes o ascendientes, el artículo 822, establece que le corresponde al cónyuge en usufructo la mitad de la herencia.²²⁵

Antes de entrar en las causas de desheredación conviene señalar que el Anteproyecto preveía los derechos de los hijos naturales, en la herencia de su padres, regulándose así en su artículo 826²²⁶, “cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos, e hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de estos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de funeral”²²⁷. Por otro lado, en aquellos supuestos en los que no hubiese hijos o descendientes legítimos, pero si ascendientes, los hijos naturales reconocidos, tienen derecho a la mitad de la parte de libre disposición²²⁸. Por último, se establece que si no dejase descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia²²⁹.

Por el contrario, solo se contempla para los hijos ilegítimos el derecho de alimentos por lo que no se les reconoce ningún tipo de derecho sucesorio en el Anteproyecto del

²²¹*Op.cit.*, BARÓ PAZOS, Juan. La mejora aparece regulada en el Anteproyecto de Código Civil de 1888, en su artículo 803.pág. 263 y ss.

²²²*Ibidem*, pág. 242.

²²³*Ibidem*, En este sentido BARÓ PAZOS, puntualiza que “la legítima de los ascendientes, se da en propiedad, consistirá en un tercio de la herencia, y se adjudicará por líneas y no por proximidad de parentesco, pág. 243 y ss.

²²⁴*Vid.*, PUIG PEÑA, Federico. Tal y como reza el artículo 794, del Proyecto de 1882, *op.cit.*, pág. 445 en el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *op.cit.*, pág. 251.

Ibidem, pág. 258 y ss.

²²⁶*Ibidem*, pág. 255 y ss.

²²⁷ Este artículo se corresponde con el artículo 948, del Anteproyecto de 1888.

²²⁸Tal y como se desprende del artículo 827 del Proyecto de 1882.

²²⁹Así se recoge en el artículo 828 del Proyecto de 1882.

Código Civil²³⁰.

El Proyecto, recoge igualmente y de forma tasada las causas por las que se permite la desheredación, en sus artículos 834 al 841.

Nos ha parecido importante, señalar, que salvo pequeñas modificaciones, las causas serán prácticamente idénticas a las que posteriormente regule nuestro Código Civil. No obstante, y como ya hemos indicado, ha sufrido algunas modificaciones. En este sentido el Proyecto de 1882-1888 regula que la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas expresamente señaladas por la ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad²³¹, es una constante en nuestro derecho pues recordemos, que aparecía así redactado en el Proyecto de 1851 del mismo modo se contempla que únicamente podrá haber desheredación si así se expresa en testamento indicando, la causa en la que se funde^{232 233}.

Por otro lado, y del mismo modo que se recogía en el Proyecto de 1851, y se hará en el actual Código Civil, la prueba de la desheredación deberá ser cierta y corresponde la misma a los herederos del testador, si el desheredado lo negase tal y como se recoge en el artículo 836, del Proyecto de 1881, por tanto la desheredación hecha sin justa causa, por alguna causa cuya certeza no pueda probarse, anula la institución de heredero, tal y como señala el artículo 837 del Proyecto, del mismo modo que lo hará aquella causa que no esté recogida por la ley.

El Proyecto de 1882, mantuvo el reconocimiento, de que todas las causas de indignidad lo son también de desheredación, tal y como se desprende del artículo 839, y además, establece como causa de desheredación de los hijos y descendientes las siguientes²³⁴:

²³⁰Del mismo modo que se regula en el artículo 831 del Proyecto de 1882, tal y como aparece en PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *op.cit.*, pág. 260. En esta misma línea BARÓ PAZOS, Juan, establece que esta obligación de alimentos se transmitirá al heredero, hasta que esos hijos ilegítimos, alcancen la mayoría de edad. *op.cit.*, pág. 243 y ss.

²³¹ Artículo 834, del Proyecto de 1882.

²³²En este sentido VALLET DE GOITISOLO, Juan, considera que “es el único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de arbitrariedad”. *Vid., Comentarios al Código Civil ...*, pág. 521.2.

²³³Artículo 835, del Proyecto de 1882.

²³⁴Consideramos importante indicar que las causas de indignidad, aparecían reguladas en el artículo 754 del Proyecto de 1882, y se establecía como tales “1. El condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge o descendientes y ascendientes, 2. El que hubiere acusado al testador de delito castigado

Haber negado sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que lo deshereda.,

Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra,

Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución,

Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Estas causas de desheredación idénticas a las establecidas en el Proyecto de 1851, pues estas cuatro causas se recogían igualmente en ese Proyecto, si bien cómo podemos recordar el Proyecto de 1851, establece cinco causas, faltando por tanto únicamente la causa que permitía desheredar por contraer matrimonio sin permiso cuando por ley era necesario.

Por otro lado y como estudiaremos más adelante, la redacción originaria de nuestro Código Civil, contemplaba igualmente estas cuatro causas de desheredación sin embargo y al igual que los anteriores artículos ha sufrido varias modificaciones.

Como causas de desheredación de los padres y ascendientes además de las de indignidad, se contemplan según lo establecido en el artículo 840 del anteproyecto:

Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 135.

Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

Haber atentado el padre contra la vida de la madre, si no hubiese habido entre ellos

con pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa, 3. El heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no ha procedido de oficio, 4. El condenado e juicio por adulterio con la mujer del testador, 5. El que con amenaza fraude o violencia, obligare a una persona a hacer testamento o a cambiarle. 6. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior. ” Como vemos, tiene algunas diferencias con respecto del Proyecto de 1851, así en la primera de las causas del Proyecto de 1882, se incluyen a los ascendientes, la causa segunda del Proyecto que venimos analizando, se corresponde a la causa tercera del Proyecto de 1851, si bien en el Proyecto de 1851, no hace necesario que la denuncia fuese calumniosa, simplemente basta con que el delito sea castigado con pena de muerte o cadena perpetua. Por otro lado, la causa tercera, corresponderá con la causa segunda del Proyecto de 1851, si bien, únicamente se añade el plazo de un mes para la denuncia, y se suprime el cese de la obligación de denunciar, si el homicida es ascendiente o descendiente o cónyuge. La causa cuarta no varía, la quinta y sexta del Proyecto que estamos estudiando se corresponde con la sexta del Proyecto de 1851, y desaparece la causa quinta del Proyecto de 1851, en el Proyecto de 1881.

reconciliación²³⁵.

Este artículo, al igual que el anterior, sigue la línea del Proyecto de 1851, con la única excepción de que este contemplaba en la 3ª causa un supuesto recíproco, es decir, que la madre hubiese atentado igualmente contra la vida del padre y no hubiese mediado reconciliación.

El Anteproyecto no dice nada de las causas de desheredación del cónyuge superviviente, y se debe a que no se reconoce al cónyuge como heredero forzoso parafraseando a SCAEVOLA el Proyecto de 1882 “no le reconoció al cónyuge sobreviviente, a lo menos por un texto expreso, su cualidad de heredero forzoso en la cuota usufructuaria”²³⁶.

5.- Ley de Bases de 1888

La Ley de Bases tiene como misión autorizar al Gobierno a publicar un Código Civil, en torno a lo contenido en las mismas²³⁷. Según establece BARÓ PAZOS, su propio redactor afirmó que “contenía las reformas e innovaciones de más bulto que debían introducirse en el Proyecto de Código Civil de 1851²³⁸”. Analizaremos únicamente aquellas bases que hacen

²³⁵El artículo 135 del Anteproyecto contempla como causas posibles de pérdida de patria potestad las siguientes: 1º cuando por sentencia firme en causa criminal se les imponga como pena la privación de patria potestad, 2º cuando por sentencia de pleito de divorcio así se declare mientras duren los efectos de la ejecutoria.

²³⁶SCAEVOLA MUCIUS, Quintus, *op.cit.*, pág.30.

²³⁷Ley de Bases de 11 de mayo de 1881, aprobada bajo el reinado de Alfonso XIII, durante la regencia de su madre la Reina María Cristina, la cual decretó que se publicara un Código Civil, en la Gaceta de Madrid, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley de 11 de mayo de 1888, Real Decreto de 6 de octubre de 1888, publicado en la Gaceta, núm. 282.

²³⁸No obstante, así aparece establecido en la Base 1ª que establece “El Código tomará por base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores.” BARÓ PAZOS, Juan, *op.cit.*, pág.263. En esta misma línea, *op.cit.*, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. Considera que si bien se tenía como base el Proyecto de 1851, se aspiraba a que dentro de este nuevo Código, “tuvieran cabida aquellas instituciones forales, que por su reconocida conveniencia... pudiesen generalizarse a todas las provincias españolas”, pág.38.

referencia a nuestro estudio comenzando por la Base 15 y 16²³⁹, pues tal y como indica CASTAN TOBEÑAS²⁴⁰ señalaron las novedades que debían introducirse en esta materia, así la Base 16 recoge el criterio de dividir el haber hereditario en tres partes iguales, que se corresponden al tercio de legítima estricta, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, del mismo modo, recoge la cuantía correspondiente a los ascendientes²⁴¹.

Tal y como señala este autor “se recoge también la cuota que corresponde a los hijos naturales reconocidos, la cual concurriendo con descendientes legítimos no podrá ser mayor que la que les corresponde a estos, y que podrá aumentarse en aquellos casos que concurren con ascendientes”. Como se puede observar, esta Base establece a este respecto lo mismo que la Base 17 de la Ley de Bases de 1888.

Es necesario añadir, que para la legítima de los ascendientes, si bien se prevé únicamente la mitad de la herencia está, será posible siempre y cuando no haya descendencia legítima, pero también se les da la opción de elegir un derecho de alimentos.

Por otro lado, la Base 17, introduce la legítima del cónyuge viudo, si bien esta será en usufructo, y no podrá ser mayor que la cuota que le corresponde por legítima a cada uno de los hijos.

En conclusión, la Ley de Bases nos da unos perfiles básicos que nos permiten ver cómo va a regularse la legítima y la desheredación en el Código Civil, instituciones que poco han variado hasta los últimos tiempos, si bien han sufrido pequeñas modificaciones como veremos al estudiarlas en el Código civil.

²³⁹Base 18, al disponer la sucesión intestada estableciendo que: serán llamados: 1. ° Los descendientes. 2. ° Los ascendientes. 3. ° Los hijos naturales. 4. ° Los hermanos e hijos de éstos. 5. ° El cónyuge viudo. No pasará esta sucesión del sexto grado en la línea colateral. Desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto a los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro. Sustituirán al Estado en esta sucesión, cuando a ella fuere llamado, los establecimientos de Beneficencia e instrucción gratuita del domicilio del testador; en su defecto, los de la provincia; a falta de unos y otros, los generales. Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicada y completada por la jurisprudencia.

²⁴⁰Vid., CASTÁN TOBEÑAS, José, *op.cit.*, “Derecho Civil Español...”, pág.502.

²⁴¹Cfr., LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, remarcan que la división en tres partes iguales, se mantendrá en el Código Civil, “*Derecho de sucesiones ...*”, pág. 46.

Capítulo III. La legítima y la desheredación en el Código Civil

No hace falta insistir en que tanto la legítima como la desheredación son instituciones de derecho sucesorio, que se encuentran reguladas en nuestro Código Civil en su Libro III, bajo el título “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”²⁴².

Ambas tienen una gran importancia dentro del derecho sucesorio, estando íntimamente interrelacionadas, hasta tal punto que podríamos decir que la desheredación es, en nuestra opinión, una consecuencia necesaria de la legítima. Una y otra se ubican dentro del Capítulo II, denominado “De la herencia”. De tal modo, que la legítima se incardina en la sección quinta, y, sin embargo, y pese a su rúbrica, no recoge todos los preceptos relativos a la misma, sino únicamente los aspectos generales de ella, puesto que la legítima del cónyuge viudo viene regulada en la sección séptima²⁴³.

Por su parte, la desheredación se encuentra regulada en la sección novena, al tiempo que además habremos de considerar y estudiar también la indignidad, ya que algunas de las causas reguladas en el artículo 756, ubicadas en el Libro II del Código Civil, denominado “*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*”, son también causas de desheredación.

Tampoco hace falta insistir en la importancia que entre los familiares del testador tiene que se implante un sistema en el que predomine la libertad de testar frente a los sistemas que imponen la fijación de una cuota reservada de manera obligatoria en favor de algunos de estos familiares.

²⁴²Nuestro Código Civil fue publicado el 24 de julio de 1889, bajo la regencia de la Reina María Cristina. Si bien es verdad que ha sufrido varias modificaciones, podríamos afirmar que en lo referente a legítima y la desheredación, no se ha modificado más que como una consecuencia de las modificaciones producidas en otros artículos y otras leyes, pero ninguna modificación en la base de tales instituciones, pues en ningún momento se han producido cambios de gran envergadura. Aun así, las iremos estudiando en la medida que vayamos analizando estas instituciones en función de los ascendientes, descendientes y el cónyuge supérstite. Creemos que es más conveniente estudiar los destinatarios por separado, puesto que el propio Código Civil los diferencia.

²⁴³Del mismo modo no abarca el pago en metálico de la legítima de los descendientes, ni otras figuras que están relacionadas entre sí como será la reserva lineal, la preterición..., pues muchas de ellas limitan las legítimas o las amplían. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op.cit.*, *Comentarios al Código Civil*, pág. 2.

Por tanto, nos interesa el estudio de estas instituciones que no solo permitirán reflexionar sobre algunas cuestiones estrechamente relacionadas con el derecho de sucesiones y de familia, sino que nos servirán para entrar en un debate más profundo: el de la libertad de testar, la necesidad de conservar la fijación de una cuota reservada de forma obligatoria, y en su caso, la flexibilización de las causas de desheredación.

Y mantendremos como eje de nuestras reflexiones que la vigente regulación, tanto de la legítima como de la desheredación, viene presidida por el fundamento de la solidaridad familiar. Y que el concepto de familia ha ido cambiando a lo largo del tiempo, existiendo cada vez más modelos de familias diferentes, que tiene variaciones no solo es sus aspectos cuantitativos, sino, lo que es más importante en aspectos estructurales. La cuestión tiene nuevos tintes y gran importancia pues los litigios sobre el tema van “in crescendo”.

1.- La legítima: Visión panorámica

Al igual que otros ordenamientos jurídicos, el Código Civil español, establece un sistema de protección familiar, otorgando a los parientes más cercanos al causante, un derecho sobre su herencia, que recibe el nombre de legítima. Consideramos necesario para nuestro tema objeto de estudio realizar un análisis de la legítima y la desheredación, que es una consecuencia necesaria de esta figura²⁴⁴.

Comenzaremos por el artículo 806 del Código Civil, que otorga unas notas características que se pueden atribuir al término legítima, al establecer que “la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos”. Recordemos que este concepto ya aparecía así establecido en el Proyecto de Código Civil de 1882, y desde su consolidación en nuestro Código Civil, no ha variado su contenido²⁴⁵.

VALLET DE GOYTISOLO otorga a la palabra “legítima” dos significados que podrán emplearse indistintamente. Por un lado, identifica la legítima como un derecho de

²⁴⁴El Código Civil Italiano en su artículo 536 y ss., el Código Civil Alemán en los artículos 2303- 2335, el Código Civil Francés artículos 721, 912 y ss.

²⁴⁵La denominación de legítima proviene de la tradición Romana. En otras legislaciones se denomina “reservas hereditarias” que procede del Derecho Francés. CASTÁN TOBEÑAS, José, *op.cit.*, *Derecho Civil Español común ...*, pág. 481 y ss.

contenido patrimonial que van a tener los legitimarios sobre la herencia del causante, o como afirma es “el conjunto de derechos que aseguran al legitimario la adquisición de ese contenido patrimonial”²⁴⁶. Y, por otro lado, sería también “el derecho que tienen los legitimarios al contenido de la herencia”²⁴⁷.

Sin embargo, no toda la doctrina, como explicaremos a continuación, se ha puesto de acuerdo acerca de cuál es el contenido del artículo 806²⁴⁸. Aquellos que conciben la legítima como en el sistema romano hacen una distinción estableciendo, por un lado, un derecho que asegura la obtención del contenido, mientras que la vocación y delación del mismo, así como la adquisición de este, está separado e incluso provienen de fuentes diferentes²⁴⁹.

Por el contrario, quienes consideran inspirado o integrado este artículo por la legítima Germánica entienden que dentro del artículo se encuentra tanto un derecho al contenido como la vocación, es decir, “lleva implícita una delación legal a favor del legitimario”²⁵⁰²⁵¹.

En consecuencia, se discute sí el artículo 806 establece la legítima como *portio debita o pars reservata*. En este caso, apoyamos la idea de que no podemos hablar de *pars reservata* pues es por todos sabido que la legítima recae sobre algo indeterminado,²⁵² y como resultado de ello, al no recaer sobre unos bienes en concreto, da un derecho a una porción

²⁴⁶VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op.cit.*, Comentarios al Código Civil..., pág. 4.

²⁴⁷*Ibidem*, pág. 4.

²⁴⁸En este sentido, aclara VALLET DE GOYTISOLO, Juan, que “en la sucesión existen dos grandes tipos de sistemas antagónicos, en el planteamiento de la sucesión, como tensión entre la normativa legal, y la libertad de disposición *mortis causa*: el denominado genéricamente sistema romano, en el cuál las legítimas no constituyen sino una limitación a la libertad de testar y el calificado, también genéricamente, de sistema germánico, de atribución legal, en el cual aparece como una excepción la posibilidad de que el causante disponga de una parte reducida de su haber”. *Op.cit.*, *Comentarios al Código...*, pág. 1.

²⁴⁹CASTÁN TOBEÑAS, José, “El CC español, creemos que ha adoptado un sistema legitimario de tipo romanista que se caracteriza por ... ser de reglamentación predominantemente negativa”, *op.cit.*, *Derecho Civil Español...*, pág. 55 y ss.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, considera que “se aprecia el sustrato germánico que ha influido en la institución de la legítima propia del CC”. *El legado de la legítima estricta en el Derecho Común Español*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 15.

²⁵¹MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *op.cit.*, pág. 5.

²⁵²En esta línea, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, considera que “no se trata de una porción de bienes, pues el legatario no sucede en bienes concretos, o al menos no con carácter necesario ...” *Código Civil, comentarios, notas y jurisprudencia*, Dijusa, 2007, Madrid, pág.673 y ss.

de la herencia, que se podrá satisfacer de diferentes formas y no solo a título de herencia. Un ejemplo sería, el de recibir la legítima a título de una donación en vida²⁵³, o legado tras el fallecimiento, incluso puede asignarse como pago de la legítima una cantidad dineraria²⁵⁴; por tanto, en este aspecto, el Código Civil rompe con el Derecho anterior que seguía el modelo justiniano²⁵⁵.

En este sentido se pronuncia la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019, cuando resalta que “...La expresión *por cualquier título*, a la que se refiere el art. 815 del CC, implica que al legitimario se le puede atribuir su legítima, tanto a título de herencia (STS 24 de enero de 2008), de legado (SSTS de 21 de febrero de 1900 , 25 de mayo de 1917, 20 de junio de 1986 , 17 de julio de 1996 entre otras), o de donación (SSTS 20 de febrero de 1981 y 24 de enero de 2008)”²⁵⁶.

Queremos detenernos en una precisión que aportaba VALLET DE GOYTISOLO al afirmar que en la época en la que se editó el Código Civil la palabra reserva no tienen el significado que le dan aquellos autores que avalan o sostienen la teoría germánica²⁵⁷. Esto se debe a que en España no existía una palabra que tuviese el sentido de *reserve* utilizado en francés, pues en España el término reserva tiene un significado distinto, por lo que explica

²⁵³DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel, a este respecto considera que “el precepto clave ..., es el artículo 815, ..., De este precepto se desprende con toda claridad que el testador puede dejar su legítima al legitimario por cualquier título (se entiende lucrativo), de suerte que puede elegir entre instituir heredero al legitimario o dejarle la legítima por vía legado o donación”. *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, 1ª ed., Madrid, 2011, pág.194.

²⁵⁴En este mismo sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, indica en su comentario al artículo 806, que “cuando se utilice el vocablo herederos forzosos para referirse a los legitimarios, el art., 815 no deja duda de que la legítima puede dejarse por cualquier título ...”. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8ª ed., La Ley, 2016, pág., 788 y ss. Tal y como señala la Sentencia núm. 2/2010, de 21 enero, (RJ 2010\11), del Tribunal Supremo “No hay duda, pues, que en el cómputo de la legítima se ha de añadir el valor de las donaciones hechas por el causante: sentencias de 28 de mayo de 2004, (RJ 2004\3332), 28 de septiembre de 2005, 14 de diciembre de 2005 y la de 28 de enero de 2008 que expresamente dice que “el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimados, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código Civil. Resulta interesante a estos efectos también la Sentencia núm. 695\2005, de 28 septiembre del Tribunal Supremo, (RJ 2005\7154), que afirma que “del mismo modo, el legitimario que hubiera recibido íntegramente la legítima por herencia, legado o donación, carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa”.

²⁵⁵Vid., CASTÁN TOBEÑAS, José, *op.cit.*, *Derecho civil español ...*, Tomo VI, pág.508 y ss.

²⁵⁶Sentencia núm. 468/2019, del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019, su fundamento 3.

²⁵⁷*Op.cit.*, VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código Civil*, pág.6 y ss.

que si bien el testador no puede disponer de la legítima fuera del marco establecido por la ley si puede disponer de la misma dentro de ese ámbito²⁵⁸.

Debemos subrayar que, tal y como señala la Sentencia de 22 de noviembre de 1991, “la legítima del derecho moderno es el resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de «*portio* legítima» del Derecho romano, con la de la reserva propia de los derechos germánico y consuetudinario francés”²⁵⁹.

No obstante, en nuestra opinión, y apoyando la teoría romanista, creemos que el legislador no atribuye a los legitimarios derechos sobre los bienes concretos, sino que el testador está obligado a cubrir con sus bienes la porción de legítima correspondiente a cada legitimario, el cual puede recibir por cualquier título apto el contenido patrimonial a que tiene derecho, teniendo siempre los legitimarios la posibilidad de ejercitar acciones para la defensa cuantitativa de su legítima. Así tal y como señala RIVAS MARTÍNEZ, “la ley impone al testador dejar una parte de su patrimonio líquido ... pero permitiendo al testador que pueda escoger la forma de cumplir la obligación”²⁶⁰.

En lo referente a porción de bienes algunos autores, como O’CALLAGHAN, establecen que el término “porción de bienes” no es de todo exacto, ya que no ha de ser necesariamente un bien²⁶¹. Como ya habíamos adelantado al principio de este epígrafe, existen muchas posibilidades de satisfacer la legítima, ya sea como valor monetario²⁶², o

²⁵⁸Se entiende además que, en España los legisladores del Código Civil no quisieron darle el mismo significado que tenía la palabra “reserve” del mismo modo que no se hizo en el Proyecto del Código como se deduce de GARCÍA GOYENA, Florencio, *op.cit.* Criterio seguido también por CASTÁN TOBEÑAS, José, al exponer que “en el sentido puramente gramatical, reservar equivale a destinar, separar, apartar, y puede significar, ordenar o señalar una cosa con un determinado fin, pero no equivale a disponer o atribuir”, *op.cit.*, *Derecho Civil Español ...*, Tomo VI, pág. 842 y ss.

²⁵⁹Sentencia núm. 847/1991 del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1991, (RJ 1991\8477).

²⁶⁰RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones común y foral*, Tomo II, 4ª ed., pág.1411.

²⁶¹O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, coordinado SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, 2ª ed., 2006, Bosch, Barcelona, pág.789 y ss.

²⁶²En este sentido es conveniente traer a colación la Sentencia núm. 687/1989 del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989, (RJ 1989/3673), que declara que “la naturaleza de la legítima definida en el artículo 806 del Código Civil como «porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos»; la doctrina científica no se muestra unánime en esta cuestión pues mientras unos autores, partiendo de la expresión «herederos forzosos» que utilizan los artículos 806 y 807 del citado Código, entienden que se trata de una «*pars hereditatis*», una parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, otros la consideran como «*pars bonorum*», dada la definición del artículo 806, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de

recibirlo de forma extra hereditaria, de este modo al abrirse la sucesión ya se habría satisfecho la legítima, tal y como sucedería con una donación.²⁶³ En esta línea, queremos destacar a DOMÍNGUEZ LUELMO Y TORRES GARCÍA, pues nos recuerdan que existen diversos supuestos contemplados en el Código Civil, en los que se prevé el pago de la legítima en metálico e incluso de forma extra hereditaria, a modo de ejemplo, señalan, el artículo 829 del Código Civil que dispone que “la mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”²⁶⁴.

Otro de los aspectos que es necesario analizar, del artículo 806 del CC, se corresponde al vocablo forzosos, siguiendo LASARTE ÁLVAREZ, consideramos que, realmente, el término “forzosos”, que aparece no solo en este artículo, sino en general en nuestro Código Civil, no llega a ser del todo correcto, puesto que los denominados herederos forzosos no lo son por el mero hecho de ser legitimarios, pues no tienen que aceptar la herencia por obligación, sino que son favorecidos por la ley en la legítima²⁶⁵. En palabras LASARTE ÁLVAREZ se consideran “herederos forzosamente impuestos al testador”.

Por otro lado, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA observan que la expresión, “haya dejado” ... no significa que se le haya nombrado heredero, sino que, como aclaran las palabras siguientes, ha podido recibirlos por cualquier título, bien le haya dejado bienes antes de su muerte por título gratuito, se los haya asignado después por legado; e

ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de «*pars valoris*», simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero”.

Por su parte, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, considera que “Esta postura adoptada por el Tribunal Supremo, ha sido reconocida en la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de junio de 2010, *op.cit.*, pág. 831.

²⁶³ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Código Civil comentado* Vol. II, coordinado por CAÑIZARES LASO, ANA, CAMARA LAPUENTE, Sergio, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, Thomson Reuters, 2011, pág. 773 y ss.

²⁶⁴DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORRES GARCÍA, Teodora Felipa., “Establecen como artículos del Código Civil, a modo ejemplificativo: 821, 829, 841 ... *La legítima en el Código Civil I, Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, GETE- ALONSO, M^a del Carmen, (Dir) 2^a ed., Thomson Routers, Civitas, 2016, Navarra, pág.356 y ss.

²⁶⁵*Op.cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones ...*, pág. 170 y ss.

incluso podría el legitimario recibirlos por sucesión abintestato.²⁶⁶.

Otro punto que consideramos necesario destacar, acerca de la legítima, es la intangibilidad de la misma. En este sentido, conviene hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011, donde se establece una doble protección de la legítima, por un lado, una intangibilidad cuantitativa, y por el otro, una intangibilidad cualitativa²⁶⁷.

Para un mayor entendimiento, queremos resaltar la tesis de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, pues este autor sustenta que la intangibilidad cuantitativa de la legítima se da cuando se priva al heredero legitimario de todo o parte de la cuota que le corresponde, mientras que la intangibilidad cualitativa aparece en el artículo 824 que dispone que “No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes”, por lo que vería impedido la posibilidad de gravar la legítima²⁶⁸.

Ahora bien, tampoco podemos olvidar que el artículo 813, establece varias excepciones al gravamen de la legítima; por un lado, el usufructo del cónyuge viudo²⁶⁹ y por otro lado, y tras la reforma de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre²⁷⁰, se permite gravar, cuando hay hijos o descendientes judicialmente incapacitados²⁷¹.

²⁶⁶LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho Sucesorio*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, pág.20.

²⁶⁷Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011, núm. 863/2011, (RJ 2012/1635), en su fundamento 3º reza “De la legítima se predica, conforme a lo expuesto, la intangibilidad cualitativa (artículo 813 del Código Civil) y cuantitativa (artículo 815) y esta última debe ser respetada en todo caso por el causante. Tal como dice la Sentencia de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/4103), si la partición lesionara los derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio”.

²⁶⁸*Op.cit.*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, pág. 866.

²⁶⁹La cuantía de la cuota usufructuaria, varía según con que legitimario concurra, en caso de que lo haga con hijos o descendientes, conforme establece el artículo 834 del Código Civil, “el cónyuge tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

²⁷⁰Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

La Ley 8/ 2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Da una nueva redacción al artículo 813 que pasa a señalar que: “Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”²⁷². Así la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, modificaba entre otros, el artículo 808 del C.C que decía así “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos²⁷³”.

Afirma LASARTE ÁLVAREZ, refiriéndose a este artículo que “altera el principio de intangibilidad de la legítima en defensa de los incapacitados²⁷⁴.”

La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre se encargaba de aclarar en relación con las modificaciones referentes al derecho de sucesiones que “se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado” En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, “se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley”.

Por ello, queda fuera de duda que con la regulación actual solo se puede gravar con estas sustituciones la legítima estricta cuando el hijo o descendiente este

²⁷²Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm.132, de 3 de junio de 2021, cuya entrada en vigor se ha producido el 3 de septiembre de 2021.

²⁷³*op. cit.* pág. 177 y ss.

²⁷⁴ LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones ...*, pág. 172 y ss.

incapacitado judicialmente, siempre y cuando le beneficie, pudiéndose considerar una sustitución especial. Quedando fuera de esta medida de protección las personas discapacitadas, que conforme al artículo 2.2, se consideran personas con discapacidad, a los efectos de esta ley, únicamente a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Así las cosas, la Ley 41/2003 de 18 de noviembre permitió la sustitución fideicomisaria concediendo al heredero fiduciario la facultad de disfrutar de la herencia fideicomitida, con la obligación de conservarla, custodiarla y entregarla, llegado el momento fijado para ello, a los herederos fideicomisarios designados en el testamento, quien se convertirá en heredero puro y simple. Pudiendo ser la sustitución ordinaria, pero también de residuo en cuyo caso el primer llamado puede disponer de los bienes fideicometidos. Esta protección que se otorga a los incapacitados judicialmente puede hacer inútil la legítima estricta del resto de los hijos o descendientes.

Debemos, de otra parte, destacar la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que cambia la redacción, de diversos artículos e introduce importantes novedades, empezando por el concepto de discapacidad, haciendo desaparecer el concepto de incapacitación o personas con la capacidad modificada, e introduciendo un sistema de apoyo a las personas con discapacidad.

Atendiendo a su importancia, recogemos un fragmento de Preámbulo en el que señala expresamente ..., “la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de la ONU de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones.... Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo....No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que

relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos...”²⁷⁵.

La Ley 8/2021, en el nuevo artículo uno bis: modifica el artículo 2, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que queda redactado como sigue: «1 El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular. 2 A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3 El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.»²⁷⁶

²⁷⁵Debemos destacar que el Proyecto empezó teniendo una Exposición de Motivos, actualmente se trata del Preámbulo, el cambio se produjo en el BOCG. Senado, apartado I, núm. 161-1627, de 24 de marzo de 2021. Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Texto remitido por el Congreso de los Diputados. No existe ningún tipo de motivación para este cambio.

²⁷⁶En la tramitación parlamentaria la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad cambio de redacción al aprobarse una propuesta de modificación sobre la base de las enmiendas números 4 del Senador Don Alberto Prudencio Catalán Higuera (GPMX), 82 GPCs, y 139 de los Senadores Josep Lluís Cleries i González y Doña María Teresa Rivero Segalàs del GPN, 167 GPP y 288 del GPS, por la que se incorpora un apartado Uno bis (nuevo) por el que se modifica su artículo 2 regulando los beneficiarios del patrimonio protegido y la definición de persona con discapacidad a tales efectos.

Efectivamente en el BOCG. Senado, apartado I, núm. 172-1711, de 16 de abril de

La Ley 8/2021, suprime la disposición adicional cuarta que establecía que “La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 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”, que queda redactada como sigue: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7., 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las

2021, se introduce la Enmienda 4. En la que acertadamente se elimina el termino minusvalía, con la siguiente motivación: “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, fue promulgada en 2003, casi 18 años atrás, por lo que algunas de sus concepciones y expresiones ha quedado desfasadas, necesitando imperiosa actualización. Así, se ha desterrado del ordenamiento jurídico el término «minusvalía», en virtud del mandato de la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, que obliga a emplear siempre «discapacidad» y «personas con discapacidad». Además, las categorías de personas con discapacidad beneficiarias, debe ser también revisada para acomodarla a la tipologías que en estos momentos son aceptadas y utilizadas en las políticas públicas de discapacidad, mencionado expresamente a las discapacidades por su nomenclatura apropiada y entre ellas a las que precisan de un apoyo más intenso y por tanto de medidas de acción positiva reforzadas (intelectual, mental, cognitiva, del trastorno del espectro del autismo, parálisis cerebral o derivada de daño cerebral adquirido”).

Y paso así con la nueva redacción al texto del BOCG. Senado, apartado I, núm. 185-1822, de 11 de mayo de 2021. Quedando posteriormente consagrada esta redacción en el texto definitivo de la Ley.

personas en situación de dependencia. Sobre esta disposición haremos posteriormente alguna observación que nos parece conveniente destacar.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquélla que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.»

Amplia el ámbito de aplicación permite con el que se puede gravar con las sustituciones la legítima estricta cuando el hijo o descendiente, permitiendo gravar a la legítima cuando el hijo o descendiente sea una persona con discapacidad: a) afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Conviene precisar que los grados II y III son cuando el hijo o descendiente tenga o bien una dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal, o bien una gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Centrándonos en la materia objeto de estudio, la Ley 8/2021, de 3 de junio, otorga una mayor protección a los hijos que no se pueden desenvolver de forma autónoma al señalar la nueva redacción del artículo 782 que *“las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad. Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”*.

También se introducen modificaciones en materia de legítimas de los hijos dando una nueva redacción al art. 808. Entre las modificaciones más destacables podemos precisar

las siguientes²⁷⁷:

En primer lugar, cabe mencionar que en caso de que alguno de los de los hijos se encontrare en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición en contra, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*.

En segundo lugar, cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.

Consideramos necesario, hacer referencia al Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018. Pues en su articulado no habla de situación de discapacidad sino desenvolverse de forma autónoma. Así, el artículo 808 presenta en el citado Anteproyecto la siguiente redacción: «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendiente Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que el artículo 808 presenta

²⁷⁷El artículo 39 de la Ley 8/2021 establece que “Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción: «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición. Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*. Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.»

la siguiente redacción: «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición. Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*. Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.»

Sin embargo, no especificaba ¿qué supuestos debe comprender que el hijo no tenga autonomía?, ¿cualquier tipo de falta de autonomía puede permitir privar al resto de los hermanos o descendientes de la legítima? Pensemos también en que muchas veces serán los propios hermanos los que cuiden de esta persona con falta de autonomía y pueden ser privados totalmente de su legítima ¿Tendría que exigirse algún tipo de certificado de que la persona no es autónoma o vale con que lo manifieste el testador? La verdad es que esa redacción planteaba muchos interrogantes, por lo que la redacción de la Ley 8/2021 de 3 de junio, es sin duda más acertada. Delimitando, por un lado, los supuestos donde queda comprometida la intangibilidad de la legítima, con la posibilidad de una sustitución fideicomisaria de residuo. Tanto con la nueva redacción del artículo segundo de la Ley 41/2003, como con la nueva redacción de la disposición adicional cuarta del Código Civil, que remite a qué tipo de discapacidad se aplica entre otros a los artículos 782 y 808. También se sustituye padre y madre, por progenitores, lo que sin duda es una mejora técnica. No obstante, nos parece criticable que solo corresponda al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que lo justifique. Y no puedan impugnar también los nietos pues ellos también pueden verse perjudicados de su legítima estricta.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique

Por otro lado, y siguiendo con nuestro estudio, debemos hacer una reflexión

sobre la naturaleza de la legítima, la dialéctica doctrinal sobre el tema es compleja y extensa. Efectivamente, la doctrina ha escrito chorros de tinta acerca de la naturaleza de la misma, nosotros de forma sintética intentaremos exponer las diversas teorías²⁷⁸:

La legítima como *pars hereditatis*, mantiene que el legitimario es heredero, y por tanto le corresponde una parte “ideal de la herencia bruta, su base se encontraba en el propio articulado del Código Civil, un ejemplo sería el art. 806 que reza “El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones²⁷⁹ que se establecen en la sección quinta de este capítulo²⁸⁰”. Si bien, consideramos que esta teoría ya desde un primer momento no es la correcta, aunque no podemos olvidar como señala FAUS²⁸¹, que “ha sido seguida por autores antiguos”, e incluso por la jurisprudencia²⁸².

Efectivamente, TORRES GARCÍA, apunta que “a partir de los años cuarenta se origina un verdadero cambio en el estudio de la legítima”, pues se genera una corriente

²⁷⁸Resulta de gran interés la exposición sobre estas teorías en la tesis doctoral de MONDRAGON MARTÍN, Hilario, *La legítima en el Derecho español*, dirigida por ARNAU MOYA, Federico, Universidad Jaume I, enero de 2019, pág. 51 y ss.

²⁷⁹CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil Español común y foral*, Tomo 6, Vol. II, 2015, (actualizada por ROMAN GARCÍA, Antonio, pág. 427 y ss. Naturaleza de la legítima, tal y como estaba conceptualizada en el *Code Napoléonico*.

²⁸⁰Otros artículos de referencia son: 806, 807.

²⁸¹FAUS Manuel, Naturaleza y fijación de la legítima. La computación e imputación, [Naturaleza y fijación de la legítima. La computación e imputación. - Legítima - Sucesión testada - Sucesiones regidas por el Código Civil - Práctico Sucesiones - VLEX 226989 \(practicos-vlex.es\)](#), última visita el 20 de abril de 2021.

²⁸²Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970, (RJ 1970\1854). Potente: Manuel Prieto Delgado: al afirmar: que “ya que en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuenta herencia y ha de ser abonada con bienes de la herencia...,” la de 19 de abril de 1963 (RJ 1963\2562), «partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran»; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas sentencias de esta Sala, se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición ...”, entre otras muchas.

doctrinal, que tal y como señala MEDINA DE LEMUS, resulta “una *communis opinio*” el rechazar para los legitimarios la cualidad de heredero²⁸³²⁸⁴”. Compartimos la idea de quienes consideran que el legitimario, como ya hemos apuntado a lo largo de nuestro estudio, no tiene por qué ser heredero, al poder recibir su legítima por otros medios como el legado o la donación.

La legítima como *pars valoris*, se basa en que el legitimario adquiere un crédito de carácter personal, equivalente al de una cuota del valor de la herencia. La doctrina que sigue esta idea, la basa en artículos como el 839²⁸⁵, 815²⁸⁶, entre otros;²⁸⁷ RIVAS MARTÍNEZ considera que no es admisible esta teoría en el Código Civil, pues en la misma se afirma que “el legitimario no es heredero ni legatario” sino el titular de un crédito²⁸⁸.

La legítima como *pars valoris bonorum*, consiste en una titularidad de valor, garantizada con bienes de la herencia. Una cuantía proporcional al valor del patrimonio hereditario, como derecho real sobre todos y cada uno de los bienes que la componen, ROCA SASTRE, ha sido uno de sus mayores defensores²⁸⁹. Es la teoría que seguía la Ley 40/1991, en su artículo 350.²⁹⁰ No se trata por tanto de un derecho de crédito, como en la *pars valoris*, sino que es un más a más, pues lleva la afección de un gravamen real a todos los bienes de

²⁸³TORRES GARCIA, Teodora, “La legítima en el Código civil español: un panorama general”, en CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARAGUREN URRIZA, Francisco José, (dir) *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, pág. 40.

²⁸⁴MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Derecho Civil: Derecho de sucesiones*, Dilex, Madrid, 2005, pág. 240.

²⁸⁵Artículo 839 del CC “Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.”

²⁸⁶Artículo 815 del CC “El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.”

²⁸⁷MEDINA DE LEMUS, Manuel, *op.cit*; pág. 241 y ss.

²⁸⁸*Cfr.* RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, “Esta solución es la mantenida por el BGB, y también sigue este criterio la Ley 2/2006 de 14 de junio, *De Derecho Civil Gallego*, art. 243 y ss.”, pág. 1415.

²⁸⁹ROCA SASTRE, Ramón, Naturaleza jurídica de la legítima, *Revista de Derecho Privado.*, 1994, pág. 185.

²⁹⁰Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, BOE, núm. 50, de 27 de febrero de 1992 (derogada), actualmente el Código Civil Catalán, establece una legítima *pars valoris*, art. 451-1, 451-5 entre otros.

la herencia.

Por último, la legítima como *pars bonorum*, se caracteriza por considerar que la legítima es una parte de los bienes relictos, pudiendo recibir su pago no solo en cosas, sino en créditos o derechos. En esta tesis se afirma que el legitimario tiene un derecho concreto sobre los bienes la herencia. LLEDÓ YAGÜE lo define como el derecho del legitimario a “una cuota líquida del patrimonio hereditario, una vez deducidas las cargas de la herencia sin necesidad de adquirir por ello la cualidad de heredero”²⁹¹; también otros autores afirman que se trata de un cotitular de los bienes del activo hereditario²⁹² DOMINGUEZ LUEMO²⁹³ considera esta teoría la más aceptada en la actualidad, pues incluso ha sido así reconocida por la Dirección General de Registros y del Notariado, con algunas excepciones²⁹⁴.

Una vez hemos determinado la naturaleza de la legítima, así como las personas a las que se les debe otorgar, necesitamos dar un paso para poder centrarnos en el contenido de la legítima, comenzando por analizar la base para su concreción, que se calculara, conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del CC que establece que “para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento”, (apuntar tal y como señalara el egregio CASTAN TOBEÑAS, que han de deducirse las deudas que deban liquidarse al fallecimiento del causante)²⁹⁵. Por otro lado, “al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”. Por tanto, el haber hereditario ha de estar formado no solo por los bienes relictos sino también por el valor de las donaciones hechas por el testador.²⁹⁶.

Nuestro Código Civil, asegura las legítimas como parte alícuota que deberá recibir cada legitimario, y aunque no es igual la cuantía, pues esta varía según la clase de legitimario

²⁹¹LLEDO YAGÜE, Francisco, “Restricciones a la libertad de disposición mortis causa: las legítimas”, LLEDO YAGÜE, Francisco, MONJE BALMASEDA (coord.), *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, Derecho de sucesiones, DYKINSON, 2004, pág. 509 y ss.

²⁹²*Op.cit.*, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, pág. 1416 y ss.

²⁹³DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *op.cit.*, pág. 24 y ss.

²⁹⁴De este modo considera en algunos supuestos se debe considerar *pars valoris bonorum* un valor económico.

²⁹⁵*Op.cit.*, CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español...*, Tomo VI, Vol. II, pág.513.

²⁹⁶En este sentido O`CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op.cit.*, pág. 792 y ss.

como estudiaremos detalladamente más adelante, el modo de calcularse sí es el mismo²⁹⁷.

Es por ello por lo que las reglas a través de las cuales se realiza el cálculo de la legítima tienen gran importancia ya que supone una garantía para el legitimario, pues a través de ellas, se puede apreciar la posible lesión que puede producirse al establecer la legítima por el propio causante, y no solo eso, sino que además nos ilustra las reglas de la división que se hará de la legítima en función de los legitimarios.²⁹⁸

Tradicionalmente, la doctrina, ha hecho una distinción entre el caudal *relictum* y el *donatum*²⁹⁹. Ambos forman la legítima, y así aparece reconocido también por la jurisprudencia, a modo de ejemplo, cabe citar como exponente de misma la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008, que establece que “el cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*”³⁰⁰

El caudal *relictum*, es por tanto, el valor de los bienes y derechos que quedan a la muerte del causante, en base a lo dicho, podemos afirmar que el caudal hereditario, comprende tanto titularidades activas como pasivas; y de este valor deberán deducirse las deudas y cargas,³⁰¹ una vez deducidas las deudas el valor que se queda se denomina por tanto *relictum*. Si bien tenemos que precisar, que quedan excluidas las cargas impuestas en el propio testamento. A modo de ejemplo un legado impuesto en el testamento³⁰².

²⁹⁷Descendientes o ascendientes.

²⁹⁸Así queda expuesto por BERMEJO PUMAR, María Mercedes, “Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas),” Instituciones de Derecho Privado, Vol. V, Tomo. III, *Sucesiones*, coord., GARRIDO MELERO, Martín, Thomson Civitas, 2005, pág.335 y ss.

²⁹⁹ CAPILLA RONCERO, Francisco, Código Civil comentado, Vol. II, 2011, COORD. por CAÑIZARES LASO, Ana, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, Thomson Reuters, pág. 676 y ss. En esta misma línea, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “Comentarios al Código Civil”, Tomo III, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5830 y ss.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 29/2008 de 24 de enero de 2008, (RJ 2008/306), que recoge las que así lo dicen expresamente las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989, (RJ 1989/2161), Sentencia núm. 695/2005 del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2005, (RJ 2005/7154) y se refieren a ello las Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1990, (RJ 1990/ 2762) , Sentencia núm. 950/ 1992 del Tribunal Supremo 23 de octubre de 1992, (RJ 1992/8280) y la Sentencia del Tribunal Supremo 21 de abril de 1997, (RJ 1997/ 3248).

³⁰¹*Op.cit.*, DÍEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, pág. 458.

³⁰²*Cfr.* RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, es importante tener en cuenta que el CC, establece un sistema de preferencias que tal y como indica el citado autor, es una garantía para “satisfacer a los interesados en una herencia, estableciéndose unas reglas donde los acreedores tienen preferencia frente a los demás en la herencia,

Conviene puntualizar, que en base al *relictum*, existen discusiones doctrinales acerca de si ha de incluirse en el mismo el ajuar doméstico si por el contrario este debe quedar excluido. En este sentido la jurisprudencia ha impuesto la tesis de que ha de quedar excluido, y deberá ser entregado directamente al cónyuge superviviente en aquellos supuestos en que lo haya. Este derecho del cónyuge superviviente se denomina, el derecho de predetracción; así aparece reconocido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de julio de 2005, al exponer que “fallecido uno de los cónyuges, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber, excluyéndose del ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”³⁰³.

No podemos olvidar el artículo 1321 de CC, que reza “fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.

Por lo que, a nuestro parecer, queda excluido antes de realizar el cálculo del *relictum*, sin llegar a formar nunca parte de él mismo. Por un lado, se trata de bienes que en gran número de casos tiene escaso valor en relación normalmente al resto de los bienes que componen el haber hereditario, pensemos que en la mayoría de los supuestos lo componen bienes cotidianos que muchas veces tienen principalmente un gran valor sentimental y por otro lado, tienen como finalidad favorecer al cónyuge viudo.

Ahora bien, conviene hacer alguna precisión a efectos fiscales: el ajuar doméstico es un activo más de la masa hereditaria que se incorpora de forma automática y su importe, tal y como establece la norma fiscal, es el 3 por 100 del caudal relicto salvo que se consigne un valor superior o se pruebe fehacientemente su no existencia o que su valor es inferior a este porcentaje³⁰⁴. Es decir, los herederos o causahabientes, deben probar que no existe dicho

op.cit., pág. 1424 y ss.

³⁰³Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de julio de 2005, núm. 498/2005, (JUR 2005/201772).

³⁰⁴Una atención especial dedica, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, (LISD), al ajuar doméstico, al señalar que “el ajuar se valorará aplicando el porcentaje del 3% sobre la totalidad de bienes que componen el caudal hereditario del causante, salvo que los causahabientes asignen al ajuar un valor superior o prueben su inexistencia o que su valor es inferior al resultante de aplicar el

ajuar doméstico o que ese ajuar tiene un valor inferior al 3% de toda la herencia. Por ejemplo, podría hacerse un inventario con los bienes que tiene en la vivienda habitual para demostrar que tiene un valor diferente. Es decir, los interesados, pueden probar que al ajuar es superior, inferior o que no existe.

También debe tenerse en cuenta el artículo 23 del Real Decreto, de 8 de noviembre de 1991 por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones, sobre determinación del caudal hereditarios, que establece: *1). A efectos de determinar la participación individual de cada causahabiente se incluirán también en el caudal hereditario del causante los bienes siguientes: a) Los integrantes del ajuar doméstico, aunque no se hayan declarado por los interesados, valorados conforme a las reglas de este Reglamento, previa deducción del valor de aquellos que, por disposición de la Ley, deben entregarse al cónyuge superviviente*³⁰⁵.

A su vez el art 34. 3 del RD 1629/1991, sobre la valoración del ajuar doméstico, en su inciso final subraya que “el valor del ajuar doméstico así calculado se minorará en el de los bienes que, por disposición del artículo 1.321 del Código Civil o de disposiciones análogas de Derecho civil foral o especial, deben entregarse al cónyuge sobreviviente, cuyo valor se fijará en el 3 por 100 del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, salvo que los interesados acrediten fehacientemente uno superior.

El Auto de 29 de enero de 2018 de la Sala de lo Contencioso Administrativo trata de determinar a efectos de la presunción que el artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones sobre valoración del ajuar domestico qué elementos o bienes deben entenderse incluidos dentro del concepto de ajuar doméstico, considerando que existe interés casacional objetivo en que se pronuncié el Tribunal Supremo. Es decir, se plantea si el concepto de ajuar domestico es diferente en el Código civil que en el ámbito del impuesto de

citado porcentaje”. BOE núm.303, de 19 de diciembre. Si bien el artículo 15 fue modificado por la Ley 19/1991, quedando redactado de la siguiente manera “El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje”.

³⁰⁵Real Decreto, 1629/1991, de 8 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones. BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 1991.

sucesiones³⁰⁶.

Ya la Sentencia de 20 de julio de 2016 de lo Contencioso Administrativo en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 790/2015, se declaró que la concepción del impuesto sobre sucesiones sobre el «ajuar doméstico» viene determinada en la LISD con referencia al "caudal relicto" y en el Reglamento a la "masa hereditaria", conceptos que exigen incluir en su importe la totalidad de los bienes y obligaciones que configuran tanto "el caudal relicto" como "la masa hereditaria", con lo que parece decantarse por el planteamiento de la existencia de un concepto propio de "ajuar doméstico" en el ámbito del impuesto sobre sucesiones³⁰⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 28 septiembre de 2015, alega que “el concepto de ajuar doméstico fiscal es más amplio que la conceptualización que del mismo hace el Código Civil , puesto que incluye, además de los muebles, enseres y ropas de uso común de la casa, los efectos personales y demás bienes muebles de uso particular del sujeto pasivo. Semejante composición conlleva una gran dificultad para realizar su valoración, la cual, si se siguiera el criterio general del Impuesto, de determinación de la base imponible mediante un régimen de estimación directa, significaría el tener que inventariar no sólo los bienes del causante que estuvieran relacionados con el hogar, sino también todos aquellos efectos de su uso particular y a los que, en consecuencia, habría que asignar valores individualizados. Para simplificar dicha operación, y dejando al margen el acercamiento a la realidad que la norma enunciada pueda tener en la mayoría de los casos, establece el legislador, como comúnmente viene admitiendo la doctrina, una norma de valoración del mismo, más que una presunción en sí, fijada en un 3% del caudal hereditario sin distinguir según la naturaleza de los bienes que lo integran, y tanto si se trata de inmuebles o bienes de otra naturaleza rebatible únicamente mediante prueba fehaciente en contra”³⁰⁸.

³⁰⁶ El Auto de 29 de enero de 2018 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, (JUR 18/31624).

³⁰⁷ La Sentencia núm. 1877/2016, de 20 de julio de 2016 de lo Contencioso Administrativo en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 790/2015, (RC 790/2015).

³⁰⁸ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, en la

Asimismo, la Sentencia, de 23 de febrero de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, que da lugar al Auto de 28 de febrero de 2018, por presentar intereses casacional objetivo, para la formación de jurisprudencia, a efectos de determinar la presunción que establece el artículo 15 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sobre valoración del ajuar doméstico, qué elementos o bienes deben entenderse incluidos dentro del concepto de ajuar doméstico, e identificar las normas jurídicas que serán objeto de interpretación: el artículo 15 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; el artículo 34 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones 4) aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, y el artículo 1321 del CC)³⁰⁹.

Recientemente esta cuestión ha sido resuelta por la Sentencia 19 mayo de 2020 del Tribunal Supremo, estableciendo un cambio de orientación en la valoración del ajuar domestico conforme al tratamiento que de él se hace en el impuesto de sucesiones. Esta sentencia cuenta con un voto particular. El Tribunal Supremo en esta sentencia determina que el ajuar doméstico no se debe calcular sobre el total del caudal relicto por su interés reproducimos la jurisprudencia que sienta al afirmar que: En conclusión, la doctrina para esclarecer la interpretación procedente del artículo 15 LISD es la siguiente: Concepto de ajuar doméstico",³¹⁰

“1.- El ajuar doméstico comprende el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, conforme a las descripciones que contiene el artículo 1321 del Código Civil, en relación con el artículo 4de la LISD, interpretados ambos en relación con sus preceptos concordantes, conforme a la realidad social, en un sentido actual.

2.- En concreto, no es correcta la idea de que el tres por ciento del caudal relicto que, como presunción legal, establece el mencionado artículo 15 LISD comprende la totalidad de los bienes de la herencia, sino sólo aquéllos que puedan afectarse, por su identidad, valor

Sentencia núm. 957/2015, de 28 septiembre, (JUR 2015\27614).

³⁰⁹La Sentencia 131/2017, de 23 de febrero de 2017, (recurso 741/2015). (JUR 2017/118903), del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo.

³¹⁰La Sentencia 19 mayo de 2020 del Tribunal Supremo, núm. 499/2020, 19 mayo, (JUR. 2020\15337), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás.

3.- Las acciones y participaciones sociales, por no integrarse, ni aun analógicamente, en tal concepto de ajuar doméstico, por amplio que lo configuremos, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de aplicar la presunción legal del 3 por ciento.

4.- El contribuyente puede destruir tal presunción haciendo uso de los medios de prueba admitidos en Derecho, a fin de acreditar, administrativa o judicialmente, que determinados bienes, por no formar parte del ajuar doméstico, no son susceptibles de inclusión en el ámbito del 3 por 100, partiendo de la base de que tal noción sólo incluye los bienes muebles corporales afectos al uso personal o particular, según el criterio que hemos establecido.

En particular, no está necesitada de prueba la calificación de los bienes por razón de su naturaleza, que la Administración debe excluir. En otras palabras, sobre el dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporeales no se necesita prueba alguna a cargo del contribuyente, pues se trata de bienes que, en ningún caso, podrían integrarse en el concepto jurídico fiscal de ajuar doméstico, al no guardar relación alguna con esta categoría³¹¹.

Por otro lado, una vez deducidas las deudas y cargas, habrá que sumarle al *relictum* las donaciones, para lo que debemos seguir el artículo 818, del CC que nos indica, que habrá que añadir las donaciones colacionables, si bien algunos autores³¹², consideran que el término colacionables, no está bien empleado por parte del legislador, y que sería más adecuado usar el término “computable”, la razón está según RIVAS MARTÍNEZ, en que “Si se le diese el sentido técnico a la palabra, las donaciones hechas a extraños no deberían

³¹¹Sigue el mismo criterio la Sentencia núm. 490/2020 de 19 mayo del Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (JUR 2020\15776).

³¹²*Op.cit.*, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, pág. 1429 y ss.

tenerse en cuenta...”³¹³.

No podemos cerrar este apartado sin mencionar la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, pues lleva consigo numerosos cambios, empezando por la ubicación de la legítima que pasaría a situarse en el Libro IV del CC, si bien mantiene casi idéntico el nombre del libro actual: “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, pasando ahora a llamarse “De los modos de adquirir la propiedad”, ubicando el Derecho de Sucesiones en el Título VI *.De las Sucesiones*, Capítulo VII, intitulado *De las legítimas y otros límites a la libertad de disposición por causa de muerte.*, Subsección 1^o *De las Legítima*, y *Subsección 5^a De la desheredación*.

Tal y como aparece en la Exposición de Motivos se pretende seguir la tendencia actual, haciendo una reducción de la legítima³¹⁴, y como consecuencia la ampliación de la libertad de testar pues citando textualmente: “en verdad, una parte reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy sentido”. “Incluso se ha optado por establecer una legítima de extensión variable, de modo que resulte aún más corta cuando el legitimario concurrente (descendiente o ascendiente) sea uno solo³¹⁵”

Así centrándonos en el artículo 467-1 de la citada Propuesta, que establece el concepto de legítima, vemos el primer cambio sustancial en el objeto de nuestro trabajo. Uno de los primeros cambios que más nos ha llamado la atención es la redacción de este artículo en un sentido positivo, pues reza: *la legítima como la porción de bienes a que tiene derecho determinadas personas en la sucesión del causante*, suprimiendo por tanto el tradicional “bienes que el testador no puede disponer...”.

También nos llama la atención la supresión del término heredero forzoso no solo en este artículo sino en todo el libro IV, no vamos a encontrar referencia alguna a este término. Limitándose a denominarlos exclusivamente con el termino legitimarios. Si bien al

³¹³*Ibidem*, pág. 1429 y ss.

³¹⁴APDC, pág.192 y 597.

³¹⁵En la citada Exposición de Motivos: se destaca que “Se ha preservado la configuración de la legítima como una *pars bonorum*, pagadera en bienes relictos, pero, a la vez, se han sentado algunas notables excepciones a esta regla general... No se ha observado inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece hoy prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción), si bien qué permitiéndose en forma expresa su ampliación a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes”. Algunas otras modificaciones de interés se verán más adelante.

principio de este apartado hemos hablado del vocablo forzoso, conviene volver a recordar el planteamiento del Profesor LASARTE, donde el uso del vocablo forzoso, no estaría bien empleado en el CC, ya que aquellas personas que tienen derecho a la sucesión del causante, “no están obligadas a suceder a su causante a título de legítima”³¹⁶. En este sentido el propio artículo 467 añade ya desde un primer momento en su punto 2, que “la legítima puede atribuirse por cualquier título gratuito”³¹⁷, posición que compartimos, por lo que en este sentido nos parece acertada la propuesta.

El debate actual sobre la legítima en el que se invoca la necesidad de una reducción de la legítima no es nuevo, si no que sigue e incluso se va más allá y se aboga por establecer un sistema donde predomine la plena libertad de testar³¹⁸, pero esta discusión no es nueva, si no que sigue una tendencia ya iniciada, en diferentes momentos históricos, y que vuelve de forma recurrente, así autores como BARRIO GALLARDO consideran que de ahí que “la discusión en torno a la libertad para disponer por causa de muerte sea cíclica y retorne al escenario de la actualidad jurídica cada 50 años”³¹⁹. Por ello a lo largo de nuestro estudio veremos que tanto en el CC y en mayor medida en los Derechos forales, si tienden a la “flexibilización de la legítima” a través de la nueva normativa. Si bien con criterios, como veremos, muy diversos ya que mientras en el derecho común, se ha tendido a proteger a nuestros mayores (ascendientes) con una “revisión de la desheredación”, interpretándolas

³¹⁶*Op. cit.*, LASARTE, Carlos, *Derecho de sucesiones ...*, pág. 164 y ss.

³¹⁷Afirma la Exposición de Motivos “Se ha preservado la configuración de la legítima como una *pars bonorum* pagadera en bienes relictos, pero, a la vez, se han sentado algunas notables excepciones a esta regla general. La más importante de ellas consiste en la posibilidad de que el causante autorice al heredero (legitimario o extraño) a que proceda a su pago con dinero ajeno a la herencia en las condiciones y dentro de los plazos normativamente dispuestos. Mas repárese asimismo en la solución establecida para la acción de reducción de donaciones inoficiosas: el donatario demandado queda facultado siempre y en todo caso para abonar el exceso inoficioso en metálico...”

³¹⁸GUTIERREZ LIMA, Beatriz, destaca una serie de leyes con ese propósito como la “Ley 7/2003 de 1 de abril de Sociedad limitada de nueva empresa. Facilitando el pago en metálico y así fomentar la conservación indivisa de las explotaciones económicas”, o la Ley 41/ 2003 de protección patrimonial de personas con discapacidad que hemos visto anteriormente. “Causas de desheredación de los descendientes” centro asociado de la UNED, ciudad de la cerámica Núm. 18, 2018, pág. 269 y ss.

³¹⁹BARRIO GALLARDO, Aurelio, “*El largo camino ...*”, *op.cit.*, pág. 447 y ss.

de forma extensiva alguna de sus causas por considerar que es una demanda de la sociedad, mientras las comunidades autónomas han dado soluciones dispares, así algunas también han introducido nuevas causas de desheredación, otras comunidades como en Galicia les ha dejado desprotegidos, suprimiéndolos como legitimarios, y otras han apostado por reducir la cuota. Lo que nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de introducir reformas de *lege ferenda* en nuestro Código Civil

1- La desheredación

Para amortiguar el amplio espectro de las legítimas en nuestro ordenamiento, el mecanismo de la desheredación, se presenta como un instrumento de contrapeso relevante, siempre que no se dificulte su puesta en funcionamiento en la práctica ante situaciones de grave entorpecimiento de las relaciones entre causante y herederos. Abordemos pues, a continuación, esta compleja realidad.

En un sistema de legítimas como el nuestro, parece excesivo que el testador se viese obligado, bajo cualquier condición, a designar heredero forzoso, por ello nuestro ordenamiento, excepcionalmente, prevé la desheredación³²⁰.

En nuestro Código Civil, como sabemos, desheredar es privar de la legítima a través de una disposición testamentaria³²¹o, dicho de otra forma³²²“es el acto de disposición por el que se priva al legitimario de la legítima³²³. Como claramente nos explica SALAS

³²⁰BERMEJO PUMAR, Mercedes, se plantea una reflexión “¿De que priva al desheredación en el Derecho Común?. Analizando desde un punto de vista histórico que el nuestro propio Código Civil no establece lo que te deniega la desheredación ya que desde su punto de vista no se consideró por parte del legislador necesario, si bien no se aclara si *priva de la herencia o de la legítima*. “Instituciones de Derecho Privado”, Tomo V, Sucesiones, pág. 1005.

³²¹*Op. cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones ...*, pág. 207.

³²²La doctrina se ha esforzado en definir la desheredación. Así señala MORENO QUESADA, Bernardo, “la privación a un heredero forzoso por disposición de una disposición testamentaria y en virtud de una causa prevista en la ley, de la legítima que como tal le corresponde”, *Curso de derecho Civil IV, Derecho de Familia y sucesiones*, 2012, 6ª ed. coord. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 667 y ss., del mismo modo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, establece la desheredación como “la disposición testamentaria expresa en virtud de la que el testador priva a un legitimario de participar en su herencia cuando concurra alguna de las causas que, con carácter taxativo, enuncian los arts. 852 a 855 del CC”. *Manual de Derecho Civil Sucesiones*, 2ª ed., BERCAL, Madrid, 2012. pág. 227 y ss.

³²³Definición dada por PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, “La desheredación en el Código Civil Español”, Separata publicada en la *Revista de Derecho Español y Americano*, Marzo-Abril, 1958, pág. 8 y ss.

CARCELLER, podemos definir la desheredación como una sanción civil³²⁴ por la que el legitimario pierde su condición de heredero³²⁵; o como tradicionalmente definiera PASCUAL QUINTANA se trata de una disposición testamentaria a través de la cual se priva a un “heredero forzoso” o legitimario de su derecho de legítima en virtud de alguna de las causas de desheredación establecidas en la Ley^{326 327}.

Tal y como indica ALGABA ROS, la desheredación es un mecanismo de control de la legítima³²⁸. Por su parte PASCUAL QUINTANA afirma que “el fundamento de la desheredación está en que sería injusto colocar en un mismo plano a todos los herederos en el supuesto de que alguno o algunos no hubieran observado hacia él muestras de deferencia y respeto, que son necesarias para la conservación de la familia”³²⁹.

Es importante señalar que la exclusión de herederos legales no necesita causa, salvo en aquellos supuestos en los que la exclusión se refiera a herederos forzosos.³³⁰ La desheredación aparece regulada en el artículo 848 del CC que establece lo siguiente “La desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”. Se trata por tanto de privar de la condición de heredero a un determinado legitimario, si bien autores como O’CALLAGHAN, defiende la postura de que no se trata de privar del carácter de heredero sino de legitimario³³¹.

³²⁴Cfr., ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *op.cit.*, “Código Civil Comentado...”, pág. 997.

³²⁵SALAS CARCELLER, Antonio, “Sobre la desheredación”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 7, Pamplona, 2004, pág. 143-149.

³²⁶VALLET DE GOYTISOLO, Juan, define la desheredación como el acto formal por el cual el testador invocando una causa legal y cierta excluye de su derecho a un legitimario, “el apartamiento y la desheredación”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 21, núm.1, 1968, pág. 10.

³²⁷PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, en relación a la redacción originaria del Código Civil, este autor nos da una definición de la desheredación como “la facultad con la que cuenta el testador para sancionar a los herederos forzosos, para el mantenimiento de las buenas costumbres dentro de la familia, que por su conducta rebelde a la obediencia y respeto se hace acreedor del castigo”, *op.cit.*, *La desheredación en el Código...*, pág. 11 y ss.

³²⁸Cfr., ALGABA ROS, Silvia, *op.cit.*, Código Civil Comentado ..., pág. 970.

³²⁹Vid., PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, *op.cit.*, “*La desheredación en el Código*”, pág. 5.

³³⁰En este sentido BERMEJO PUMAR, María Mercedes, Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas), *op.cit.*, *Instituciones de Derecho ...*, Tomo V., pág.515 y ss.

³³¹En este sentido O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, expone que “El artículo 848 aparece con una terminología antigua que puede llevar a confusión ..., pues desheredar no es privar del carácter de heredero sino de legitimario; lo que ocurre es que al legitimario el Código lo llama mal llamado heredero forzoso...”, *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), Tomo IV, pág. 727, Este mismo autor además establece que “la legítima no tiene naturaleza de herencia y por tanto el legitimario no es

Queremos resaltar que la desheredación se caracteriza por ser personal, con esto queremos indicar que no se va a proyectar, sobre la descendencia de la persona desheredada³³², tal y como aparece en el artículo 857 del CC.³³³ Por tanto, los hijos o descendientes ocupan su lugar y conservan los derechos del legitimario³³⁴, por otro lado, hemos de destacar que la desheredación solo afecta al desheredado únicamente en aquella herencia de la que se dé la causa, lo que no le impedirá suceder en otras.

Actualmente existe la controversia por parte de la doctrina, de si la desheredación puede ser condicional y o parcial.

En el primero de los supuestos (desheredación condicionada) se plantea la cuestión de si podría darse el caso de que el testador en el testamento previera que si en un futuro el legitimario realizara alguna de las causas tipificadas como desheredación, pudiera ser privado de la legítima. Lo cierto es que no existe acuerdo doctrinal. Autores como RAGEL SÁNCHEZ³³⁵ consideran que mientras que el CC ha establecido normas concretas donde se prohíbe la aceptación o repudiación de la herencia parcial o condicionada,³³⁶ no hay normas

necesariamente heredero” O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op.cit.*, *Compendio de derecho...*, pág. 232 y ss. Siguiendo esta línea, BERMEJO PUMAR, María Mercedes. Establece que el texto del artículo 857, ofrece un argumento para defender que la desheredación de lo que priva es de la legítima, *op.cit.*, *Instituciones de Derecho...*, pág.517 y ss.

³³²*Op.cit.*, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Código Civil Comentado...*, pág.996.

³³³Vid, ALGABA ROS, Silvia, *op.cit.*, *Código Civil Comentado...*, pág. 970.

³³⁴Claramente el artículo 929 del Código civil establece que “no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad”. La jurisprudencia en este sentido, se muestra unánime en considerar que los efectos de la desheredación no afectan a los hijos o descendientes que pasan a ocupar su lugar por derecho de representación. Así el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 384/2019, de 2 julio, (RJ 2019\3141). Precisa que “los efectos de la desheredación no se extienden a los hijos y descendientes del desheredado. Ocupan su lugar y conservan los derechos de los herederos forzosos al no ser desheredado en el testamento. Igualmente, puede verse en la Sentencia núm. 38/2020 de 18 febrero, (JUR 2020\80647), de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, que afirma que “los nietos, que sustituirían por derecho de representación a su madre: la ausencia manifiesta y reiterada temporalmente desde que se produjo el evento determinante es imputable a la conducta de la madre, pero no al comportamiento de los nietos: derecho a la parte de legítima que les corresponda, que será el importe equivalente que hubiera correspondido a su madre: cuantificación. Anteriormente la jurisprudencia menor se pronunciaba en este sentido así la Sentencia núm. 23/2017 de 1 febrero de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, (JUR 2017\67928), y la Sentencia núm. 442/2012, de 2 octubre de la Audiencia Provincial de Alicante, (JUR 2013\1377).

³³⁵ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *op.cit.*, “*Comentarios al...*”, pág. 6271 y ss. PUIG BRUTAU, José, considera que hay varios preceptos del CC, de los que se puede desprender que la desheredación ha de ser total, art., 815, 857..., *Vid.*, *Fundamentos...*, pág.186. También DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil* Vol. IV, 10ª ed., Tecnos, 2006, Madrid, pág.449.

³³⁶Artículo 990 Código Civil.

que prohíban que esto ocurra en la desheredación³³⁷.

En una postura contraria parece situarse ALGABA ROS³³⁸, al sostener que, si bien no hay un consenso acerca de esta cuestión, existe una opinión mayoritaria que apoya la idea de que la desheredación para ser válida no puede estar sometida a condición. En esta línea, RAGEL SÁNCHEZ considera la inadmisión de una desheredación condicionada, ya que “la condición mira hacia el futuro, mientras que la desheredación al pasado”³³⁹. Por tanto, no encontramos fundamento a la opción de supeditar la desheredación a un hecho futuro. En esta misma línea, BERMEJO PUMAR considera que es difícil encuadrar la condición en este ámbito, ya que la razón debe existir en el momento de la desheredación³⁴⁰, si bien creemos conveniente destacar lo que podríamos considerar una postura intermedia, en autores como VALLET DE GOYTISOLO, quien cree que para resolver esta cuestión es necesario distinguir una serie de situaciones que expondremos a continuación³⁴¹:

Desheredación condicionada a que uno de los legitimarios incurra en causa de desheredación, situación que es rechazada basándonos en el artículo 849 del CC.

Desheredación realizada por el testador el cual sin tener certeza de un hecho que podría ser causa de desheredación lo condicione a que este se pruebe. En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO sí considera posible tal condición³⁴².

La desheredación ordenada para el supuesto en el que se dicte sentencia en la cual se fundamente causa de desheredación, condición que este autor apoya también, si bien considera que es una *conditio iuris*.

Por último, la desheredación basada en un hecho ocurrido con anterioridad al testamento, pero condicionada a un hecho posterior por parte del desheredado como podría ser una penitencia. VALLET DE GOYTISOLO considera que este hecho sería más bien un

³³⁷ Cfr., RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, considera que puede darse la desheredación condicionada cuando “el testador deshereda a un legitimario pero prevé que éste recupere su derecho a la legítima si tiene hijos, o confiesa un delito ...”, *Comentarios al Código ...*, Tomo III, pág. 6270 y ss.

³³⁸ Vid, ALGABA ROS, Silvia, *op.cit.*, “Código Civil Comentado ...”, pág. 970.

³³⁹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *op.cit.*, “Comentarios al Código...”, pág. 6271 y ss.

³⁴⁰ BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, “Instituciones de Derecho ...” pág. 1010 y ss.

³⁴¹ *Op.cit.*, VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Comentarios al Código ...”, pág. 534.

³⁴² *Ibidem*, pág. 533 y ss.

perdón condicionado³⁴³.

Siguiendo otra postura intermedia, O'CALLAGHAN basa su tesis en que podría permitirse siempre y cuando se hagan algunas precisiones, en este sentido afirma que “si la condición está cumplida o incumplida en el momento de la apertura de la sucesión por muerte del causante, en tal momento se produce o no la delación legitimaria, sin embargo lo que no puede es quedar pendiente”³⁴⁴. En este sentido MORENO QUESADA pone de ejemplo que no podrá ser una condición, el que en un futuro, incida un legitimario en causa de desheredación, pero por el contrario si podrá ser una condición que tenga el fin de que un determinado acto sea probado, o por ejemplo que se produzca la sentencia que lo fundamenta como causa, del mismo modo que será válido un perdón condicionado³⁴⁵.

A nuestro juicio, para que sea admisible, la condición, los hechos se deberían haber cometido en el momento de hacer el testamento tal y como señala, la Sentencia de 5 diciembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Valladolid, al exigir que la causa de desheredación concurra en el momento en que se otorgue testamento en el que se especifique la misma, cuando afirma “Pretender que puede llevarse a cabo testamentariamente una desheredación condicional o potencial sería tanto como dejar abierta una puerta que la Ley no permite y que además iría en contra precisamente de la propia naturaleza de ese acto de desheredación que, como privación de un derecho prácticamente blindado en nuestro ordenamiento jurídico, tan solo puede ser objeto de exclusión por causas muy concretas y definidas que concurran en el momento en que formalmente se lleva a cabo aquella desheredación. Porque, además, cualquier posibilidad o situación que pueda suceder posteriormente puede llevarse a cabo mediante el otorgamiento de otro testamento, dada la naturaleza esencialmente revocable de ese acto de voluntad (artículo 737 del Código civil)”³⁴⁶. Debe observarse que, en el Derecho catalán, la cuestión está fuera de toda duda

³⁴³*Op.cit.*, VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Comentarios al Código...”, pág. 534.

³⁴⁴O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op.cit.*, *Comentario del Código...*, pág.728.

³⁴⁵MORENO QUESADA, Bernardo, *op.cit.*, pág. 678 y ss.

³⁴⁶Sentencia núm. 385/2005, de 5 diciembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Valladolid, (AC 2005\2091). Sección primera. Recoge posteriormente esta doctrina la Sentencia núm. 200/2012, de 2 julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3, (AC 2012\2092), En igual sentido, se expresa también la Sentencia núm. 471/2013 de 19

pues está contemplado expresamente en el Código como requisito de la desheredación que no puede ser ni parcial ni condicional y en ello insiste la jurisprudencia: así resulta de gran interés, entre otras, la Sentencia núm. 10/2003, de 24 de abril, del Tribunal Superior de Justicia Catalán, Sala de lo Civil y Penal, en la que se afirma que *“no se debe conferir eficacia a la desheredación, ya que se trataría de un desheredación condicional establecido por el caso que los hijos reclamen derechos en las herencias paterna y materna; y de acuerdo con la tradición jurídica catalana, de una importancia significativa a la hora de interpretar el derecho vigente según el artículo 1, II de la Compilación del Derecho civil de Cataluña , la desheredación no puede someterse a condición según el Digesto 28,2,3-1 y así resulta también del artículo 368, II del Código de sucesiones cuando precisa que la causa en la que*

diciembre de 2013 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3, (JUR 2014\146818), y la Sentencia núm. 386/2015, de 26 noviembre de 2015, (JUR 2016\59263) de la misma Audiencia y Sección. La Sentencia 73/2016 de 29 febrero de 2016, de la Audiencia Provincial de Valencia. Sección octava, (JUR 2016,150383), la misma Audiencia y sección, la Sentencia núm. 316/2016 de 26 julio, (AC 2018,549). La Sentencia núm. 417/2017 de 3 octubre de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10, (JUR 2017,298013) recoge expresamente la SAP de Valencia, Sección 8º, 73,2016, de 29 de febrero.

*se fundamenta la desheredación, debe ser cierta*³⁴⁷³⁴⁸.

Una vez expresado, nuestro planteamiento de que los hechos habrían de haber tenido lugar con anterioridad al testamento, no descartamos la posibilidad de que para que sean causa de desheredación se exigiera esperar a la firmeza de la sentencia, por ejemplo, si ha sido condenado un ascendiente a causa de las relaciones que obedezca la generación artículo 111.2. o la terminación del juicio, por ejemplo, para ser condenado en una causa por haber atentado contra la vida del cónyuge del testador, artículo 756 del Código civil. Ya que como

³⁴⁷Sentencia núm. 10/2003, de 24 de abril, del Tribunal Superior de Justicia Catalán Sala de lo Civil y penal. Sección única. (RJ 2003, 539). A título de ejemplo, se expresan en este sentido, entre otras, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), en la Sentencia núm. 770/2017, de 17 noviembre. (AC 2017\1726).; Y La Sentencia núm. 54/2019 de 4 febrero de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 14 (JUR 2019\56907) .; la Sentencia núm. 264/2019 de 23 mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª),. (JUR 2019\17211), indica que *“La desheredación ha de hacerse en forma pura, es decir, no es admisible una desheredación condicional, en el sentido de que el testador la deje prevista para el supuesto de que el legitimario incurra en una causa de desheredación después de otorgado el testamento. Una medida de esta gravedad ha de tener por base una causa que ya exista al otorgarse el testamento (PUIG BRUTAU). Como también observa VALLET DE GOYTISOLO, “la desheredación condicionada a que en lo futuro incida un legitimario en causa de desheredación es rechazable por la exigencia de que la desheredación exprese la causa legal en que se funde, lo que requiere, para poder fundamentarla, que la causa se haya producido. Una decisión tan grave, requiere un hecho real ya ocurrido y no una previsión imaginada, aunque resulte profética”*. La Sentencia núm. 199/2020 de la Audiencia Provincial de Castellón de 18 mayo de 2020, Sección 3ª, (JUR 2020\286901), repite textualmente la anterior sentencia.

³⁴⁸Actualmente, está la cuestión regulada en el Código Civil de Cataluña, Libro Cuarto Sucesiones); Ley 10/2008, de 10 de julio. (LCAT 2008\607), en el artículo 451-18, que establece los siguientes “Requisitos de la desheredación.

1.La desheredación debe hacerse en testamento, codicilo o pacto sucesorio y requiere la expresión de una de las causas tipificadas por el artículo 451-17 y la designación nominal del legitimario desheredado. 2. La desheredación no puede ser ni parcial ni condicional.”. BOE, 7 agosto 2008, núm. 190.

sabemos el testador no tiene que probar la conducta del desheredado³⁴⁹. Por otro lado, también podría darse la posibilidad que el testador lo condicionara al arrepentimiento y por tanto mediera perdón entre ambos, si bien ya no sería causa de desheredación.

De todas formas, el hecho de que el testador tenga libertad de hacer testamento en cualquier momento y pueda privar de la cuota legitimaria a quien cometa una de las conductas reprobables tipificadas hará que en la mayoría de los casos sea necesaria la prueba de la causa.

En lo referente a la desheredación parcial existen igualmente varias corrientes, ya que nada se dice en el Código Civil en este sentido. Las Partidas³⁵⁰ sí prohibían la desheredación parcial, recogiendo el derecho Romano. PUIG BRUTAU, como representante de la doctrina más clásica³⁵¹, defiende que según el elemento de interpretación histórica de la ley que proviene de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888³⁵², deberá entenderse que la desheredación parcial está prohibida, apoyando esta idea también en que la falta que conlleva la acción de desheredación es indivisa y por tanto el castigo deberá ser de modo conjunto³⁵³.

Autores, como VALLET GOYTISOLO, fundamentan la desheredación parcial en la idea de que el testador puede graduar la pena, si puede lo más, puede lo menos³⁵⁴³⁵⁵.

³⁴⁹La Sentencia núm. 226/2014 de 28 marzo de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, (JUR 2014\189463) expone que “la causa de desheredación debe de concurrir cuando se otorga el testamento en el que se produce la desheredación (*vid.* STS 15 de junio de 1990, (RJ 1990, 4760), pues en otro caso la desheredación sería condicional, lo que no es óbice a la admisión por la doctrina de la desheredación de un legitimario sin certeza del hecho constitutivo y condicionada a la prueba de la realidad del hecho y también la fundada en hecho cierto ocurrido antes del otorgamiento de testamento, pero condicionada a la posterior conducta del legitimario (arrepentimiento, rectificación)”.

³⁵⁰ Partida VI, ley 3 Título VI, seguía el criterio establecido en el Digesto XXVIII-II, es decir en el derecho Romano.

³⁵¹*Cfr.* PUIG PEÑA, Federico, comentarios al CC del ministerio de justicia.

³⁵² Ley de Bases.

³⁵³En este sentido, BATLLE VAZQUEZ, Manuel, *Invalidez de la desheredación parcial en nuestro derecho*, 1952, A.U.M, pág. 65 y ss.

³⁵⁴BERMEJO PUMAR, María Mercedes, siguiendo esta línea, considera que no solo no se prohíbe en el CC, sino que además fue suprimido del criterio del Derecho Romano, ya que históricamente aparecía recogido expresamente en la Ley 3, título VII, de la Partida VI, por lo que podríamos suponer que esta admitido, basándose en “el carácter disponible que tiene la legítima en el Derecho Común”. *Op.cit., Instituciones de Derecho...*, pág. 1010 y ss.

³⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op.cit., Comentarios... Ministerio*, pág. 2080 y ss.

LACRUZ BERDEJO establece que puede darse la desheredación parcial en el deseo de suministrar medios indispensables para su vida. En opinión de RAGEL SÁNCHEZ, el testador que desee desheredar de forma parcial, puede privar de la legítima por un lado y conseguir su objetivo a través de un legado “nada impide al testador donar bienes al desheredado”³⁵⁶. Por su parte, y en una línea opuesta a los autores citados O’CALLAGHAN, si bien reconoce que se trata de un punto muy discutido, mantiene una posición negativa a la desheredación parcial, basada en “el elemento histórico de la interpretación de la ley...”, pues siguiendo su definición la desheredación en la que señala que se trata: de una privación de la cualidad de legitimario, y no solo de una porción de bienes”³⁵⁷, como señala acertadamente el profesor LASARTE, “a juicio de la generalidad de la doctrina, son numerosísimas las razones que avalan la improcedencia de la desheredación parcial en nuestro sistema. El causante, pues, puede desheredar o no, pero si lo hace, ha de entenderse que la desheredación alcanza a la íntegra cuota legitimaria que podía haberle correspondido”³⁵⁸.

En nuestra opinión, la desheredación parcial podría tener apoyo en nuestro sistema jurídico, si bien es verdad que la legítima no permite la parcialidad, no tiene por qué ser así con respecto a la desheredación, pues del mismo modo que un juez puede graduar una pena, el testador también debería, y si ya se puede hacer, tal y como, señala RAGEL SÁNCHEZ, a través de un legado, no vemos razón para no flexibilizar mediante esta vía la desheredación.

En cuanto al procedimiento para hacer efectiva la desheredación, el artículo 849 del CC reza *la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde*. Este artículo, unido al 848 CC, que como ya mencionábamos anteriormente, establece que la desheredación únicamente puede hacerse por alguna de las causas señaladas en Ley, nos invita a pensar que las causas, no solo están tasadas, sino que además son *numerus clausus*.

La doctrina mayoritaria³⁵⁹ insiste en que la interpretación de las causas debe hacerse

³⁵⁶Cfr., RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Comentarios al Código...*, pág.6271.

³⁵⁷O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op.cit.*, *Comentario del Código...*, pág. 728.

³⁵⁸*Op.cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones...*, pág. 213.

³⁵⁹DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 10ªed., pág. 447, LACRUZ

con un criterio restrictivo, no siendo admisible por tanto ni una interpretación extensiva ni por analogía.³⁶⁰ Esta tesis, además, está apoyada en numerosas sentencias, a modo de ejemplo citar la Sentencia del tribunal Supremo de 28 de junio de 1993³⁶¹. En este sentido, la profesora ECHEVARRÍA DE RADA afirma que nuestros tribunales “sostienen que las conductas relacionadas con el abandono emocional o la ausencia de relaciones familiares, no podían incluirse en el ámbito de aplicación de las causas de desheredación por su estricta pertenencia a la esfera moral”³⁶².

Este extremo que a primeras parecía indiscutible ha dado un giro inesperado ya que, como veremos más adelante con el estudio de las últimas sentencias, la corriente jurisprudencial ha dado un paso a delante, al establecer concretamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014³⁶³, que “aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo”.

No obstante, y en base a lo anterior la doctrina³⁶⁴ así como la jurisprudencia más tradicional hasta ahora solo apoyaban que las causas de desheredación debían de interpretarse de forma restrictiva. Creemos importante traer a colación que el código Civil de 1851, en su artículo 848, añadía que “la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley, no podría ser desheredado ningún heredero, aunque existiesen otras causas de igual o mayor gravedad”, si bien esta parte fue suprimida. Frente a la doctrina que apoyaba la interpretación restrictiva autores como SCAEVOLA³⁶⁵

BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBENSA, Joaquín, *op.cit.*, *Elementos de Derecho...*, pág. 425 y ss.

³⁶⁰En este sentido DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *op.cit.*, *Sistema de derecho...*, pág. 447 y ss.

³⁶¹La Sentencia núm. 675/1993 del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993 (RJ 1993/4792).

³⁶²ECHEVARRÍA DE RADA María Teresa, *op.cit.*, pág. 46.

³⁶³Sentencia núm. 258/2014 del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 (RJ 2014/3900).

³⁶⁴*Op.cit.*, ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, pág. 46 y ss.

³⁶⁵*Cfr.*, PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, establece citando la teoría de SCAEVOLA, un ejemplo “un incendio causado a propósito, que denota una conducta perversa del autor pese a su gravedad en nada afecta a las reglas de desheredación”. En contra posición a las legislaciones latinas, las legislaciones germánicas son más progresivas, y así ocurre con la desheredación denominada bona mente, que consiste en “tomar el testador ciertas medidas encaminadas a salvaguardar la legítima de su descendientes, privándoles incluso de la libre

estimaba que “era lamentable que nuestro Código siguiese un sistema tan hermenéutico”.

Una vez llegados a este punto en el que hemos podido comprobar que la desheredación es una institución regulada dentro de unos perfiles y con unos requisitos concretos, podemos decir que se hace difícil su aplicación práctica. En este sentido REBOLLEDO VARELA expone como crítica que los efectos de la desheredación pueden no cumplir los deseos del testador, ya que si bien es verdad que tiene la libertad para desheredar en aquellos supuestos en los que concurra causa, esto no le permite la libre disposición de esos bienes, pues si el desheredado justamente, tiene hijos y descendientes según lo dispuesto en el artículo 857 del Código Civil, ocuparan su lugar, pues este dispone “los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima”, por tanto acceden a la herencia por vía de representación³⁶⁶.

Conviene precisar que la redacción originaria del artículo 857 establecía que “los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma”³⁶⁷.

Con la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, paria potestad y régimen económico del matrimonio*, se eliminó el usufructo legal de los padres en los bienes de sus hijos, afectando no solo a este artículo 857 en su segundo párrafo, sino también al 761 CC, para aquellos supuestos en el que el padre sea indigno, pues al igual que en la desheredación, sus hijos adquirirán sus derechos a la legítima pues contenía la misma prohibición³⁶⁸.

Advierte MIQUEL que la supresión, en estos párrafos, no puede hacer olvidar la idea

disposición de su legítima, más que como castigo, en interés de ellos y de sus familiares,” como ocurre en el derecho alemán. *Op. cit.*, “La desheredación en...”, pág. 12 y ss.

³⁶⁶ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “Derecho de sucesiones, Donación”. Director SEONANE SPIEGELBER.J.L. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág., 187 y ss.

³⁶⁷El artículo 857 del Código Civil, fue reformado por el artículo 4 de la Ley 11/ 1981 de 13 de mayo de 1981.

³⁶⁸El artículo 761 del Código Civil dispone “Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”. Del mismo modo, antes de la reforma establecía además el siguiente párrafo “El excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos”.

que en ellos se expresa, que es que ni el indigno ni el desheredado se aproveche por vía indirecta, es decir, a través de sus hijos, de la herencia del causante³⁶⁹.

Si bien esto es así, lo cierto es que el Código Civil sí prevé esta situación y esta protección y la traslada desde la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo al apartado 2 del artículo 164 del Código Civil, que señala sobre esta cuestión que “*Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria*”³⁷⁰.

Se exceptúan de la administración paterna

Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.

Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

Por tanto, el legislador, al suprimir el segundo párrafo del artículo, únicamente, lo hace con el fin de coordinar el Código, pues como acabamos de ver, protege ese posible abuso que podría haber, si el padre desheredado administra la herencia de su hijo.

La desheredación requiere de una serie de presupuestos necesarios para su efectividad. En primer lugar, y como ya habíamos adelantado, ha de ser únicamente por

³⁶⁹MIQUEL GÓNZALEZ, José María, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, 1984, pág. 1275 y ss.

³⁷⁰Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

algunas de las causas establecidas en la ley.

Queremos resaltar que estas causas tratan de una serie de actos considerados por la ley especialmente dignos de castigo, son actos que ponen de manifiesto que la relación familiar, así como sus consecuencias afectivas, se han roto, pues los principios familiares se han roto por actos del heredero, y por tanto no es merecedor de recibirla³⁷¹, ya que esos principios familiares, son la base por la que se crea la legítima en este sentido LASARTE ÁLVAREZ, define que “ la designación de herederos forzosos no parece que pueda imponerse al causante bajo cualquier circunstancia, sino solo en situaciones de normalidad familiar, pues si la inexistencia de afecto familiar se ha hecho evidente de forma particularmente grave, a través de hechos o actos que garantizan la ruptura de la unidad familiar... resulta natural que la ley haya llegado a la conclusión..., de quien es considerado heredero forzoso deje de serlo...”³⁷².

Recordemos que ya desde el Derecho Justiniano era un requisito para la efectividad de la desheredación, que se hubiesen producido una serie de acciones, merecedoras del castigo y así aparecía en la Novela 115.

Podríamos afirmar que su fundamentación coincide con la revocación de donaciones por ingratitud;³⁷³ de ese modo PUIG BRUTAU establece que: “No sería racional obligar a un testador a favorecer a quien por su conducta reprobable no se ha hecho digno de recibir el beneficio..., la desheredación significa la dispensa que la Ley otorga al testador de seguir vinculado por tal deber, ante la concurrencia de una causa grave y legalmente reconocida, la diferencia con la donación por ingratitud, está en que la donación se trata de algo que ya está consumado. Al contrario de lo que ocurre en el supuesto de desheredación”.

Coincidimos con MARTÍNEZ MARTÍNEZ³⁷⁴, en la idea de fundamentar la desheredación, como un sistema a través del cual se “moderan los efectos del sistema de legítimas”. En nuestra opinión, se permite recurrir a la desheredación en aquellos casos en los que el testador, se ve agredido por sus legitimarios a través de unas determinadas conductas, y por otro lado la desheredación, hace la función de empoderar (empowerment)

³⁷¹MORENO QUESADA, Bernardo, *op.cit.*, pág. 647 y ss.

³⁷²LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op.cit.*, pág. 206 y ss.

³⁷³PUIG BRUTAU, José, *op.cit.*, pág. 230.

³⁷⁴*Op.cit.*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho...*, pág. 1213.

al testador con autoridad familiar. Lo que conllevaría que los herederos forzosos fuesen más conscientes de las consecuencias de determinadas conductas.

Es importante apuntar que, para que sea efectiva la desheredación, el testador necesita señalar en el testamento la causa expresa en la que ha incurrido el legitimario por lo que ésta, únicamente podrá hacerse a través de testamento. Consideramos importante recalcar que si bien ha de señalar la causa, en la que ha incurrido el legitimario, no es necesario que describa sus hechos constitutivos tal y como queda reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1990 que considera que el: “ carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista”³⁷⁵.

Es necesario, sin embargo, que resulte inequívoca la causa que se alega, del mismo modo que deberá quedar claro al sujeto que es desheredado, por lo que la desheredación ha de ser nominal y expresa, así aparece regulado en el artículo 849 del Código Civil, al disponer “la desheredación solo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde”.

Es importante que se tenga en cuenta que, si el desheredado lo negase, la causa deberá ser probada por el resto de los herederos³⁷⁶, esto conlleva por tanto que sea requisito que la causa sea cierta y además pueda probarse en un juicio.

No podemos olvidar que tales causas operan siempre y cuando no exista reconciliación entre ofensor y ofendido, pues como es sobradamente conocido, la reconciliación posterior priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la

³⁷⁵Sentencia núm. 370/1990 del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1990, (RJ 1990/ 4760). Fundamento segundo, en este mismo sentido y más reciente encontramos la Sentencia núm. 881/2003 del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6442), tal y como aparece en su fundamento único “... decretó la nulidad de la cláusula de desheredación de dicha demandante, cláusula testamentaria que literalmente dice «Deshereda a su esposa, por incumplimiento de los deberes conyugales», la que cumple de principio las previsiones exigidas en el artículo 849 del Código Civil, pues no se trata de indeterminación en la desheredada como interpretan los juzgadores de instancia; ya que la desheredada resulta perfectamente identificada, sin que sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente”.

³⁷⁶Tal y como lo dispone el artículo 850 del Código Civil, “la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare”.

desheredación ya hecha, conforme lo establecido artículo 856 Código Civil.

Otro de los puntos que debemos que tener en cuenta, en nuestro estudio de la desheredación, es señalar, quienes son aquellas personas que pueden llevar a cabo la desheredación, es decir, quien puede desheredar. En palabras de O'CALLAGHAN, consideramos que “quien puede atribuir la legítima puede privar de ella”³⁷⁷. Quizá el *quid* de la cuestión, no debe estar en quien puede desheredar, pues es por todos sabido que debe tener capacidad de testar, sino en si ¿podrá ser desheredado cualquier legitimario?.

El Código no nos da una solución a este respecto, ya que no especifica cuál es la capacidad que deberá tener el desheredado, VALLET DE GOYTISOLO nos recuerda que en las Partidas (Partida 6, Ley 2, inciso 4), sí se exigía un mínimo de edad para ser desheredado, a partir de los diez años y medio se tenía la capacidad suficiente para realizar conscientemente, alguno de los actos por los que se podía privar de la legítima.³⁷⁸

La doctrina tampoco nos da una solución unánime, VALLET DE GOYTISOLO recoge las siguientes corrientes doctrinales, “unos autores creyeron de aplicación la capacidad penal, otros la refirieron a la capacidad para actuar con dolo, otros se han inclinado por dejar la apreciación al arbitrio de los Tribunales... debe aplicarse atendiendo a las circunstancias de cada de caso y finalmente, ha predominado, el criterio de distinguir según el hecho que sea la causa de desheredación, constituya un delito penal o un acto civil culposo o doloso o bien sea matizado con un flexible arbitrio judicial”³⁷⁹.

Partimos de la base, de que el testador debe limitar la desheredación a una causa legal, ahora bien, es necesario que el desheredado, no solo haya nacido sino que tenga capacidad para que le puedan imputar la conducta causa de la desheredación.

³⁷⁷O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op.cit.*, “Compendio de derecho...”, pág. 232 y ss., nos recuerda que por ejemplo en las partidas si se exigía un mínimo de edad para ser desheredado, a partir de los diez años y medio se entendía por tanto que se tenía la capacidad suficiente para realizar conscientemente, alguno de los actos por los que se podía privar de la legítima, sin embargo, nuestro Código Civil, no dice nada al respecto.

³⁷⁸*Cfr.*, VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “El apartamiento y la desheredación...”, pág. 17.

³⁷⁹*Vid.*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *op.cit.*, pág. 1216.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1990 de 16 de julio, sin llegar a profundizar en la cuestión, hace alusión a la mayoría de edad penal de los hijos para hacer efectiva la desheredación, al señalar que “ la cuestión que se plantea relativa a la minoría de edad civil de los hijos del testador quedo acertadamente resuelta, en la recurrida sentencia al refutar uno de los argumentos de los actores sobre la minoría de edad penal declarando que los hechos ocurrieron en los meses..., inmediatamente anterior a la fecha de la separación de los hijos de su padre, para su entrega a la institución adecuada... aquellas ya eran personas penalmente responsables, con proyección civil... y como los efectos civiles los determina el propio Código, el privar a un heredero forzoso de sus derechos a la legítima, es evidente que al darse tal circunstancia no cabe entrar en disquisiciones”.³⁸⁰

Así mismo, sobre esta cuestión se ha pronunciado en varias ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado, a modo de ejemplo en su Resolución de 23 de mayo de 2012, expone que “La desheredación requiere que se atribuya al desheredado una acción u omisión que la Ley tipifique como bastante para privarle de la legítima, y que haya ocurrido antes de que se otorgue testamento. Pero en realidad, esta exigencia conlleva, además la identificación del legitimario afectado..., y que tenga aptitud para ser excluido... es decir que al tiempo del testamento, este haya nacido y tenga aptitud e idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación y aunque es cierto que el Código Civil..., no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa”³⁸¹. Recientemente, esta idea ha sido avalada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 6 de marzo de 2019³⁸².

Además, queremos resaltar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de mayo de 2017, que va más allá al afirmar que se puede deducir de la jurisprudencia como criterio que “se exonera al menor de edad inimputable de la causa de desheredación en que hubieran incurrido quienes ejercían la patria potestad sobre él, pues la responsabilidad

³⁸⁰Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio 1990, (Ref. 5683/1990).

³⁸¹Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 2012, BOE 27 de junio de 2012.

³⁸²Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 6 de marzo de 2019, BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2019.

de estos, no se transfiera a los menores que de ellos dependan”³⁸³.

En nuestra opinión, la capacidad para ser desheredado dependerá del hecho en el que consista la causa de desheredación exigiéndose por tanto que el desheredado tenga la capacidad suficiente para que se le pueda imputar el hecho al que da lugar la causa, por otro lado, consideramos que no es necesario, entrar a valorar, que al menor no se le pueda imputar una causa cometida por los hechos de quien ejercen la patria potestad, en primer lugar, porque no se les puede hacer responsables de tales hechos y en segundo lugar, es el propio CC en su artículo 857, el que señala que los hijos sucederán a sus padres cuando estos sean desheredados.

2. Causas de desheredación.

El artículo 852 del Código Civil establece que son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los art. 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 en sus párrafos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º. Si bien, y como veremos en su momento, las causas de indignidad no serán coincidentes para todos los herederos forzosos.

Conviene recordar que la figura de la desheredación y la indignidad son diferentes y no puede confundirse una con otra, del mismo modo que tampoco podríamos confundir la desheredación con la preterición, si bien hay países como Italia que, a lo largo del tiempo, han equiparado ambas instituciones, desapareciendo de su regulación la desheredación por innecesaria, al considerar que los efectos legales de la indignidad son suficientes para privar de la herencia a aquellos que lo merecen³⁸⁴. Nuestro Derecho establece unas claras diferencias entre ellas, que ya venían dadas por el Derecho Romano³⁸⁵.

Siguiendo la premisa de que la desheredación únicamente sirve para privar de la

³⁸³VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op.cit.*, El apartamiento y ..., pág. 10 y ss.

³⁸⁴PACCIA, Romana, “Validité del Testamento di contenuto meramente diseredativo”, *Rivista di Diritto Civile*, 2/2014, pág. 307. BEVILACQUA, CLOVIS, “Comentario al Código Civil de Brasil”, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Livraria Francisco Alves, 1960, pág. 224 y ss.

³⁸⁵PUIG BRUTAU, José, establece que “en el Derecho Romano existía la misma diferenciación, entre la desheredación por la que se podía privar a un miembro de la familiar es decir a un legitimario, mientras que la indignidad era una especie de desheredación legal. *Op.cit.*, pág. 234 y ss.

herencia a aquellos herederos que son legitimarios, es decir, los herederos forzosos, y que la misma ha de hacerse a través de testamento, es una consecuencia lógica afirmar que es el propio testador quien decide en base a su voluntad, desheredar al legitimario, porque este ha incurrido en alguna de las causas establecidas en la ley. En palabras de JORDANO FRAGA “la desheredación es la declaración de voluntad testamentaria, por la que el testador concurriendo en ellos algunas de las causas legalmente establecidas a tal efecto priva, al abrirse la sucesión de aquel, de su derecho de legítima a cualquiera de sus herederos forzosos”³⁸⁶.

Sin embargo, la figura de la indignidad sirve para privar de la herencia del causante a cualquier heredero, sin necesidad de que este sea legitimario, y, además, las causas en las que se puede fundamentar la indignidad no han de ser necesariamente conocidas por el causante de la herencia, antes del fallecimiento³⁸⁷. Es por ello por lo que, a diferencia de la desheredación, la indignidad opera tanto en la sucesión testada como en la intestada.

Otra de las grandes diferencias entre ambas figuras reside en que la desheredación, como hemos señalado, es la privación de la legítima mientras que la indignidad supone la incapacidad de suceder.³⁸⁸ Por último, no podemos olvidar que la indignidad opera de forma automática por Ley. En este sentido, HERNÁNDEZ GIL considera que la indignidad pertenece al ámbito de lo público, mientras que la desheredación corresponde al ámbito privado³⁸⁹. En esta línea, PASCUAL QUINTANA, atinadamente, diferencia entre la falta social y la falta familiar: en los casos de indignidad es la Ley quien decide que un determinado heredero no reciba los bienes, mientras que con la desheredación es el propio testador el que decide si el legitimario va a heredar o no³⁹⁰.

³⁸⁶JORDANO FRAGA, Francisco, Indignidad sucesoria y desheredación. Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación, Colección de estudios privados, Comares, Granada, 2004, pág.38 y ss.

³⁸⁷En este sentido, ZURILLA CARIÑANA, M^a de los Ángeles, define las causas de indignidad como “aquellas que afectan a personas que son capaces para suceder por testamento o *abintestato*, pero que su conducta injustificable contra el causante, antes o después de la apertura de la sucesión, les aparta de ella. ¿Es precisa la revisión de las causas de indignidad en el sistema sucesorio?”, *Documentos de trabajo. Seminario permanente de Ciencias Sociales*, núm.9, Universidad de Castilla la Mancha, enero de 2014, pág. 3 y ss.

³⁸⁸En este sentido, ROYO MARTÍNEZ, Miguel, establece que la desheredación solo se refiere a la legítima por el contrario la indignidad, funciona para la sucesión testada intestada y el legado, “Derecho sucesorio *mortis causa*”, Sevilla, 1951, Edecel, pág. 152 y ss.

³⁸⁹HERNÁNDEZ GIL, Félix, “La indignidad sucesoria: Naturaleza jurídica declaración judicial y efectos, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLV, 1961, pág. 468 y ss.

³⁹⁰PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, *op.cit.*, “La desheredación en el Código...”, pág. 9.

Ahora debemos plantearnos qué ocurre si el testador conecedor de la causa de indignidad, instituye a pesar de ello al indigno como heredero, ¿Supondría un perdón tácito?. Podríamos entender que el artículo 757 resuelve esta cuestión, al afirmar “que las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer el testamento o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público”. Si la desheredación queda a voluntad del testador, reconociendo la causa en el testamento, puede posteriormente haber una reconciliación entre ofensor y ofendido dejando sin valor esa causa. La doctrina discute si cabe el perdón en la desheredación., LASARTE ÁLVAREZ considera que *“frente a cuanto ocurre en el artículo 757 (relativo a la indignidad), el artículo 856 solo se refiere a la reconciliación, sin hacer mención alguna del posible perdón o remisión del causante. Ante ello, algunos autores, poniendo de manifiesto que la reconciliación comporta una conducta recíproca, frente a la característica unilateralidad del perdón, sugieren que en materia de desheredación éste es irrelevante. A nuestro juicio, sin embargo el hecho de que el art. 856 no haga referencia alguna al perdón se debe sencillamente a los propios presupuestos formales y materiales de la desheredación, que requiere una conducta activa y una voluntad formalmente expresada por parte del testador. Luego, pudiendo o no desheredar el causante, parece que en todo caso puede perdonar. De otra parte, habrá de concordarse que establecer unas claras fronteras entre perdón y reconciliación, en la práctica, resulta poco menos que imposible”*³⁹¹, opinión que compartimos y de la que se hace eco la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018³⁹² que da respuesta a esta cuestión al establecer en primer lugar *“que hay que hacer notar que la sentencia recurrida habla del perdón por el padre de las ofensas que hubiera podido hacerle la hija, pero lo hace sin modificar los hechos probados por la Sentencia de Primera Instancia, que considera acreditado que hubo reconciliación.*

En segundo lugar, cabe añadir que, a pesar de que el art 856 del CC, solo menciona la reconciliación como causa que impide desheredar o que priva de eficacia a la desheredación ya hecha, ello no podría impedir la eficacia del perdón de la ofensa concreta que, de haber quedado acreditada, lo que no ha sucedido en el caso, fuera causa de desheredación, pues quien puede hacer valer la causa de desheredación también puede

³⁹¹ *Op. cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, pág.38.

³⁹² Sentencia núm. 401/2018 del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018, (JUR 401/2018).

remitirla eficazmente”.

Ahora bien, mientras que las causas de indignidad, según el art. 757, dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o habiéndolas sabido después las remitiere en documento público, es decir, para que se puedan perdonar deben seguir con las formalidades señaladas en este artículo, la reconciliación de las causas de desheredación no exigen formalidades de modo alguno, pudiendo hacerse de forma expresa o tácita. En ambos casos, en definitiva, quedaría a voluntad del causante hacerlas valer con el estamento o en documento público.

En consonancia con lo dicho, en estos casos, consideramos que quedaría a voluntad del causante hacer valer las causas de indignidad, pues puede perdonar o remitirlas en el testamento o en otro documento público posterior al tener conocimiento de la causa de indignidad. Por tanto, pese a haber cometido actos tipificados por ley de especial gravedad que tendrían como efecto que quien los haya cometido pierda el derecho a heredar por falta de capacidad para suceder por indignidad, el causante puede perdonarlos testando a su favor. De ahí que pese a que las causas de indignidad operan automáticamente, a diferencia de las causas de desheredación que deben constar en testamento, en el supuesto de que las causas de indignidad en que se incurra pudiera ser conocidas por el causante y por tanto puedan ser perdonadas y efectivamente se perdonasen, y a su vez existiera una conducta activa del causante (el perdón o remisión con los requisitos legalmente establecidos) en el testamento o documento público, quedarán por tanto sus efectos (privación de la sucesión testada o intestada a su voluntad) suspendidos, al poder instituirlo como heredero o legatario. En cuyo caso, como en la desheredación, sería el testador el que decide si va a heredar o no.

En nuestra opinión, realmente, el problema surge cuando el causante no es conocedor de las circunstancias que hacen indigno y, por tanto, no podría haberlo desheredado y no existiría ese perdón tácito en ese momento. Otra posibilidad sería que conociendo tales circunstancias el testador no quisiera desheredarlo por entender que el legitimario ya era indigno, y por ello no se considera necesario desheredarlo, al aplicarse de forma supletoria, lo que establece la Ley, es decir, la indignidad. En definitiva, mientras que las causas de desheredación deben ser puestas de manifiesto por el propio testador a través del testamento, las causas de indignidad no solo no tiene por qué conocerlas el causante, sino que además cualquier heredero puede ponerlas de manifiesto, y no perdamos de vista que la indignidad

es válida tanto en la sucesión testada como intestada³⁹³.

Una vez aclarada la diferencia entre ambas figuras, no es menos cierto que ambas instituciones sirven para “castigar” actuaciones especialmente graves, y como ya habíamos adelantado, algunas causas de indignidad lo son también de desheredación, y no es lo único en común que tienen, ya que ambas figuras son sanciones civiles dentro del derecho de sucesiones. Como señala, JORDANO FRAGA, “en ambos casos únicamente operan con un determinado testador, es decir nada impide que el sujeto indigno o desheredado respecto de un determinado causante, puede participar de la sucesión de otro causante distinto”³⁹⁴.

La legítima se prevé para distintos grupos de personas que, como ya hemos explicado anteriormente, son subsidiarias unas de otras. Por ello, consideramos que resulta más sencillo de exponer cada grupo de legitimarios con sus causas de desheredación. Es por tal razón, por la que no analizaremos en este epígrafe las causas de desheredación previstas en nuestro Código Civil dejando su análisis para más adelante.

Sin embargo, consideramos oportuno realizar un estudio sobre las causas de indignidad. Para ello analizaremos el artículo 756 de CC. Debemos puntualizar que se trata de un artículo que ha sufrido diferentes modificaciones, algunas de ellas recientemente³⁹⁵.

³⁹³Son los herederos del testador conforme al art. 850, a los que corresponderá la prueba de la causa de desheredación si la causa la negare el desheredado. Para calificar la capacidad del heredero, según establece el art. 758, se atenderá al momento de la muerte de cuya sucesión se trate. En los casos 2 y 3 del artículo 756 se esperará a que se dicte sentencia firme. Ahora también en nuestra opinión hay que entender el número 1., desde la redacción de la modificación por la Ley 15/2015, de 2 de julio.

³⁹⁴JORDANO FRAGA, Francisco, *Indignidad sucesoria y la desheredación...*, pág.45 y ss.

³⁹⁵La jurisprudencia se ha inclinado por una interpretación restrictiva de las causas de indignidad para suceder del artículo 756 CC, como afirma la Sentencia núm. 235/2018 del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2018, (JUR 205672016) , “en una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva , exigiéndose que se concreten casos claros y graves de abandono y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa. STS 59/2015, de 30 de enero, (RJ 2015, 639), (debe observarse que pese

Comenzaremos por la redacción originaria del CC, antes de pasar a analizar las actuales causas de indignidad del artículo 756. Así, se establecía que eran incapaces de suceder por causa de indignidad:

° Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeran a sus hijas o atentaren a su pudor³⁹⁶.

2. ° El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador,

a que el TS señala esta sentencia, realmente se refiere a las causas de desheredación a la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil, en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación. y no a las causas indignidad), y sigue la sentencia: excluyendo del abandono el incumplimiento de deberes familiares impuestos por el ejercicio de la patria potestad, lo que no se compadecería con la naturaleza de la previsión legal “.

³⁹⁶Puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 278/1993, de 26 marzo, (RJ 1993\2394). “En la que se señala que no hay abandono del padre por lo que no ha incurrido en causa de indignidad...”. Conviene recordar que cuando se produjo la separación de los padres, la hija premuerta tenía cumplidos los veinte años, era mayor de edad y estaba por tanto emancipada; el único motivo legal que, tanto en la demanda como en el recurso, se le achaca al padre para pedir su declaración de indignidad, es el abandono de la hija, a la que no prestaba ayuda alguna ni pasaba pensión alimenticia; en esta materia no puede dejar de reconocerse, finalmente, que la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el art. 756. En el caso de autos, los hechos alegados en ningún caso suponen, ni definen, ese estado de abandono que exige la ley, ya que ni le fue concedida en la sentencia de separación de los padres pensión alimenticia alguna a la hija emancipada, ni se ha demostrado la existencia de unas necesidades perentorias insatisfechas, sino más bien al contrario, ya que Mercedes era cotitular de un negocio de venta de frutas y verduras. El posible derecho a percibir alimentos viene en el Código Civil subordinado a que no concurran las circunstancias del art. 152, condicionamientos, que junto con lo establecido en el art. 146, no han sido objeto de debate en el pleito, refiriéndose las alegaciones a unas consideraciones generalizadas de tipo ético, que quedan fuera de aquellas disposiciones legales muy concretas y referidas a un motivo de incapacidad relativa para suceder.

de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.

3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio³⁹⁷.

³⁹⁷Sobre esta causa se pronuncia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1946, (RJ 1946\121), que se refiere a la omisión por el heredero de la obligación de denunciar la muerte violenta del testador, en este supuesto se pretende que sea declarada indigna para suceder la de la mujer de un Marques, por no haber denunciado en el plazo de un mes la muerte violenta del mismo y considera que en el supuesto analizado no se produce la causa de indignidad.

Su cónyuge fue asesinado por los marxistas en el Fuerte de Guadalupe el día 4 de septiembre de 1936, enterándose de este suceso el día 1 de octubre siguiente su mujer, y en tal concepto heredera, la demandada doña María P. ..., no denunció el crimen a la justicia durante todo aquel mes de octubre, ni después, como tampoco lo denunciaron las herederas demandantes..., el problema litigioso ...quedó reducido a precisar si las Autoridades nacionales iniciaron o no el procedimiento sumarial por aquella muerte violenta antes de haber transcurrido el mencionado mes de octubre, ya que de este hecho.... Se ha de inferir que la falta de denuncia por la viuda y heredera constituye o no causa de indignidad para suceder..., y según se aprecia en los considerandos cuarto y quinto de esta resolución, que se inició la instrucción del sumario por las Autoridades nacionales antes del expresado día 1 de octubre de 1936 y por lo tanto antes también de que comenzase a correr el plazo de un mes de que disponía la demandada para formular la correspondiente denuncia, quedando así liberada de la obligación de formularla y excluida o exceptuada de la sanción que por falta de denuncia impone el número 4º del citado artículo 756.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.

5.º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

7.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

La primera de las modificaciones que sufrió este artículo fue como consecuencia de la Ley 22/1978 de 26 de mayo, sobre la despenalización del adulterio y el amancebamiento, modificándose el punto 3 pasando este a establecer lo siguiente “El que hubiese acusado al

El Tribunal Supremo, considera que esta es la causa de menor gravedad entre las de indignidad, al señalar que: “la obligación de denunciar la muerte violenta del testador, de gravedad evidentemente inferior a todas las demás causas de indignidad que enumera al artículo 756 lo que, unido al influjo de las costumbres y al progreso de la ciencia jurídica, marca la tendencia de las legislaciones más modernas a prescindir de la finalidad vindicativa de la denuncia -buscando por otros derroteros su mejor justificación-, a reducir las numerosas causas impeditivas de la sucesión en el antiguo derecho y, más concretamente, a silenciar la falta de denuncia entre los casos en que decae por indignidad el derecho hereditario.”

También afirma que la indignidad, “se traduce en una sanción o pena civil, que se ha de interpretar restrictivamente”.

Y, en este supuesto dice que debe hacerse a favor del indigno, “la afirmación que hizo la sentencia recurrida en el sentido de que los casos de duda que ofrezca el citado precepto legal en su interpretación y aplicación se han de decidir en favor del supuesto indigno, y este criterio del juzgador de instancia se ha de mantener, porque, de una parte «in dubio pro benignitate habetur”.

De todos modos, recordemos que esta causa del artículo 756-4 del CC, no es causa de desheredación ni de ascendientes y descendientes (ni del cónyuge).

testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa”³⁹⁸. Otras de las modificaciones que acarrea la Ley fue la supresión del punto 5. Esto conllevó una remuneración de los puntos 6 y 7 pasando a ser 5 y 6, quedando sin contenido el apartado 7; por otro lado, se considera justa causa para desheredar al cónyuge, en el artículo 852 en su último párrafo, haber cometido adulterio con el cónyuge del testador.

La segunda modificación de este artículo vino de la mano de la Ley 11/ 1990 de 15 de octubre, con la intención de que se cumpliera el principio de no discriminación por razón de sexo³⁹⁹. Pues no se estaba cumpliendo con el principio constitucional de la igualdad, por

³⁹⁸Ley de 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. BOE núm. 128, de 30 de mayo de 1978. Artículo 3.

Uno. Se deroga el número cinco del artículo setecientos cincuenta y seis del Código Civil. También se derogan las remisiones a esta disposición contenidas en el artículo setecientos cincuenta y ocho, párrafo segundo, y en los artículos ochocientos cincuenta y dos, ochocientos cincuenta y tres, párrafo primero, y ochocientos cincuenta y cuatro, párrafo primero, quedando eliminadas de los mismos las menciones del número cinco del artículo setecientos cincuenta y seis.

Dos. El texto del número seis del artículo setecientos cincuenta y seis se traslada al número cinco y el texto del número siete se traslada al número seis”.

Tres. En el número tres del artículo setecientos cincuenta y seis se sustituye la expresión «pena aflictiva» por la de «pena no inferior a la de presidio o prisión mayor”.

Otro de los cambios es que se modifica en el artículo cuatro “el artículo ochocientos cincuenta y dos del Código Civil, cuyo texto pasa a ser el siguiente «Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos ochocientos cincuenta y tres, ochocientos cincuenta y cuatro y ochocientos cincuenta y cinco, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números uno, dos, tres y seis. Asimismo, es justa causa para desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador.»

³⁹⁹ Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación al principio de no discriminación de sexo. BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

En el artículo sexto, señala que, el número 1 del artículo 756 del Código Civil tendrá

lo que esta Ley de 1990 tenía como fin eliminar el trato inadecuado por razón de sexo. En su virtud resultó modificado el artículo 756, en su punto 1º, eliminando “a sus hijas o atentare a su pudor”, quedando por tanto así dispuesto: “Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos,” como podemos deducir de la lectura del precepto, se trata de una redacción demasiado generalista, lo que permitió una interpretación extensa del artículo, y por ejemplo, tal y como establece GARCIA RUBIO, no se hacía expresa referencia a la necesidad de que fuese un delito contra los derechos y deberes familiares, ya que no se indica que sea necesaria una condena penal⁴⁰⁰.

En el año 2003 se volvió a modificar el artículo 756 a través, de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad⁴⁰¹. Esta Ley trajo como consecuencia que se añadiese un nuevo apartado al artículo 756, incluyéndose el punto 7, cuyo tenor es el siguiente: “Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil. Con el fin de cumplir con el artículo 49 de la CE⁴⁰².

la siguiente redacción

«1.º Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.» Y en el artículo séptimo, afirma que «Queda suprimido el último inciso del artículo 852 del Código Civil ...» así mismo en el artículo octavo expresa que « Queda suprimida la causa 3ª del artículo 853 del Código Civil.»

Es decir, haber cometido adulterio con el cónyuge del testador, desaparece como causa de desheredación, al suprimirse el último inciso del art, 852.

⁴⁰⁰GARCIA RUBIO, Mª Paz, *Código Civil Comentado*, Vol.II, Libro III, Coord., VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, Civitas, Thomson Reuters, 2011, pág. 632 y ss.

⁴⁰¹Ley 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. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

⁴⁰²El artículo 49 de la CE, establece que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

En la propia Exposición de Motivos de Ley 41/2003, se señala lo siguiente “Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos”.

Por último, el artículo 756 fue modificado a raíz de la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, dando una nueva redacción a los apartados del 1 al 3, por lo que el artículo 756 del Código Civil, queda establecido de la siguiente manera⁴⁰³.

Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Esta modificación supone una ampliación con respecto al contenido del anterior párrafo segundo, recordemos que el párrafo 1, en la redacción declaraba indigno a los padres que abandonases prostituyesen o corrompiesen a sus hijos, pasando el párrafo 2 a contenerse en el 1 de manera ampliada pues este antes únicamente consideraba indigno al que hubiese sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge, descendiente o ascendiente⁴⁰⁴.

2.º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus

⁴⁰³Ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria BOE. núm. 158, de 03/07/2015, a través de su disposición final primera.

⁴⁰⁴Cfr., En este punto es importante señalar tal y como indica GARCÍA RUBIO, M^a Paz, que, con la modificación de este artículo, podemos considerar finalizada la discusión doctrinal existente hasta la fecha sobre si una condena civil, podía sustentar esta causa. Por otro lado, esta autora, nos dice que aún hay cosas por precisar en el presente punto, pues el legislador, no dice nada, sobre qué grado de participación en el delito, debe tener el indigno, pues si bien “parece aplicable a todas las formas de autoría del artículo 28 del CP, y el artículo 29 del mismo que incluye la complicidad” no parece estar incluido el encubrimiento. *Op.cit.*, *Código Civil Comentado...*, pág. 623.

descendientes o ascendientes.

Asimismo, el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo⁴⁰⁵⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵Nos planteamos que ocurre con el supuesto de que durante la tramitación del juicio de privación de patria potestad, fallezca el hijo, pues tal y como aparece en el artículo, se exige resolución firme de privación de la patria potestad, en la Sentencia 235/2018, del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018, se hace referencia a este supuesto: “... *no deja de ser llamativo que el demandado, (el padre) recurrente, ante una demanda en su contra de pérdida de patria potestad, con la gravedad que ello supone en las relaciones paterno filiales, no se personase y fuese declarado en rebeldía, pues si la demanda hubiera prosperado, lo que no sucedió por fallecer el menor en el curso del proceso, la causa de indignidad no ofrecía duda, como expresamente se prevé en el párrafo tercero del art núm., 2 del art.756 CC en su redacción actual...*”. No obstante, no queda resuelto por parte del Tribunal, ya que posteriormente se aplica otra causa de indignidad como veremos más adelante en el estudio del punto 7º. Sin embargo, aunque la Ley exige claramente una sentencia no parece razonable que en estos casos el padre siga siendo digno.

⁴⁰⁶También puede señalarse entre otras la Sentencia núm. 520/2012, de 19 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, AC 2012\1631. Se trata de una persona que da muerte a su esposa y sus hijos y posteriormente se suicida. Existe imposibilidad de condena penal, pero consideramos que se le debería considerar indigno aunque no hubiere tal sentencia, la importancia se debe a que aunque fallezcan todos como en este supuesto, si el marido no se le considera indigno al haber muerto unas horas después, haya podido heredar de su mujer y sus hijos, traspasándose la herencia luego, a los progenitores del marido/padre, el cual, al haberse suicidado no es indigno por la Ley, ya que no llega a haber una sentencia condenatoria.

Los hechos constatados son que el día once de julio del año 2008 se recibió en la Comisaría de Policía Nacional de Yecla una llamada telefónica en la que un varón manifestaba que, en las inmediaciones del polígono industrial de Yecla, conocido como "Las Teresas", había matado a su mujer en una casa de campo, y una vez personadas varias dotaciones policiales, este individuo se dispara en la cabeza, resultando muerto. Tras ello los

agentes acuden a la vivienda y encuentran los cadáveres de la esposa e hijos con evidentes signos de lesiones de arma blanca, existiendo una nota de auto inculpación. Tanto Marino como su mujer Florinda habían otorgado testamento instituyendo herederos a sus hijos y legando a su respectivo cónyuge el usufructo universal y vitalicio de sus bienes, constando en la inscripción de defunción del Registro Civil que la esposa falleció a las cinco horas y quince minutos, sus dos hijos a las cinco horas y treinta minutos y el marido a las diez horas y diez minutos.

La sentencia recurrida desestima la pretensión demandada de declaración de indignidad para suceder de Marino, en base a que la interpretación restrictiva que debe hacerse del art. 756.2 del C.C, impide el que se emplee la analogía, de manera que si la literalidad del núm. 2 del citado precepto exige la condena en juicio, no se considera que pueda asimilarse a ello otros supuestos a pesar de las evidencias que puedan existir. Discrepa esta Sala de las conclusiones obtenidas en la sentencia recurrida, pues aun participando de la interpretación restrictiva que ha de darse al precepto, al margen de la naturaleza punitiva, de reconstrucción de la voluntad hipotética del causante de excluir al indigno o de sentimiento de moralidad social que pudiera otorgarse a la razón o fundamento que apoya la declaración de indignidad, lo cierto es que lo que ha de valorarse es la conducta del indigno en el contexto de la concreta causa recogida en el art. 756.2 del C.C y su reprochabilidad, de manera que dicha gravedad pugne con el beneficio que supone suceder a la víctima. Ciertamente el precepto, en su núm. 2, exige la condena en juicio para apreciar la causa de indignidad si bien surge la controversia a la hora de determinar si esa condena ha de ser necesariamente de carácter penal, y a tales efectos consideramos que de seguirse la tesis de que es necesario sentencia penal, los supuestos como el que nos ocupa, donde el Sr. Marino falleció y como consecuencia de ello y de lo dispuesto en el art. 130 C.P., se extinguió su responsabilidad penal, quedarían excluidos lo cual no dejaría de ir contra el propio principio que informa el precepto, donde lo que ha de primar son los actos cometidos contra el causante, su gravedad y reprochabilidad, razón por la que consideramos que dicha exigencia de condena en juicio penal tan sólo será necesaria cuando el indigno no admita que lo es y quepa el correspondiente proceso criminal, si bien en los casos como en el que nos ocupa donde no es posible dicho juicio en el ámbito jurisdiccional penal, será el tribunal civil quien estime si se produjo el acto indigno, si bien con ello no se trata de que la jurisdicción civil

3.º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la Ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.

5.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

Como podemos ver, las causas de indignidad, podríamos dividir las en tres grupos; de un lado aquellas apoyadas en la comisión de un delito, como serían el punto 1, 2 y 3,⁴⁰⁷. En relación con las primeras O'CALLAGHAN, hace una distinción por un lado aquellas que necesitan tener una sentencia condenatoria por atentar contra la vida y por otro lado las basadas en un atentado contra la libertad de testar, como sería las causas recogidas en los puntos 5 y 6, y por último, por razón de discapacidad, que abarcaría el punto 7 del artículo 756.

Nos parece fundamental, por su estrecha conexión con el objeto de esta investigación, detenernos en el punto séptimo del artículo que venimos analizando, que si bien no está recogida como causa de desheredación, consideramos que se debe a que se

se arroje competencias penales, sino que lo que debe examinarse en el ámbito en que nos hallamos es si de acuerdo con un balance de posibilidades es factible determinar verosímelmente si se produjo la conducta indigna.

⁴⁰⁷Vid., O'CALLAGAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil Comentado...*, pág. 789 y ss.

introdujo como causa de indignidad en el año 2003, tal y como hemos expuesto en el estudio del art 756, no habiendo modificación posterior de los artículos 852, 853, 854 y 855 del CC.

Este punto reza “Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

Resulta esencial, en muchos aspectos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018, donde se analiza esta causa de indignidad, se plantea la posibilidad de si el padre incurre en abandono o en la falta de prestación de atención indebida al discapacitado⁴⁰⁸.

El supuesto de hecho se circunscribe sobre una madre que solicita que se declare la incapacidad para suceder, de Don Hilario, respecto del hijo fallecido, por causa de indignidad, en base al artículo 756.1 y 756.7. del CC. Es importante resaltar el fundamento primero en su punto 6º. El Tribunal Supremo recoge la motivación de la Audiencia, señalando que ciertamente: “ el artículo 756 del CC, en la redacción vigente al tiempo del fallecimiento del menor acaecido el 10 de diciembre de 2013, que es el que con arreglo al artículo 758 del CC, debe tomarse en consideración para calificar la capacidad del heredero o legatario, indicaba que son incapaces de suceder por causa de indignidad de los padres que abandonaren a sus hijos y además tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del CC”.

Hay que tener en cuenta que el demandado ni siquiera compareció en el procedimiento iniciado por la madre para privarle de la patria potestad, procedimiento interrumpido por el fallecimiento del menor discapacitado y dependiente.

Consideramos conveniente poner el acento en que el fallecimiento del menor fue en el año 2013. Esta circunstancia nos hace plantearnos que estos hechos no podrían

⁴⁰⁸Sentencia núm.235/2018 del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018, (JUR 1394/2018).

encuadrarse en la causa 756.1, ya que actualmente, tras la reforma de 2015 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se exige que exista condena por sentencia firme, lo que si en vez de regir la legislación de 2013, fuese por la actual, el Tribunal Supremo no podría encuadrar esta conducta reprobable del padre, dentro de esta causa de indignidad. Nos vamos a plantear si podría encajar dada la redacción actual en la causa 756.7, lo que en este supuesto en concreto, se rechazó por parte del Tribunal por considerar de más peso y de mayor gravedad, el abandono del padre de su hijo en calidad de menor al ser consecuencia de la patria potestad que el considerarlo amparado dentro del art. 756.7.

Por tanto, el recurso de casación se basa en un motivo único, la infracción de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, interpretativa de las causas de desheredación por ingratitud previstas en el art. 756 del Código Civil, pero, desde el principio, el Tribunal Supremo aclara que estamos ante un supuesto de indignidad, fundamentando como hemos indicado los hechos dentro de la causa 756.1. Afirma el Tribunal Supremo que : “Ante todo hemos de poner de relieve que la discapacidad del hijo puede ser un factor relevante para valorar la gravedad de la desatención hacia él, pero no es relevante para considerar aplicable la causa 7ª del art. 756 CC , pues la atención que le es debida lo sería en su calidad de menor de edad sujeto a patria potestad, y no al amparo de los arts. 142 a 146 CC por su discapacidad”.

La doctrina de la sala trae a colación la sentencia de 20 de julio , por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015 , conteniendo las siguientes declaraciones: “De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE , y que es (de) la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹Sentencia núm. 484/2017 del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017, (RJ 2017, 3385), por remisión a la Sentencia núm. 55/2015 del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015, (RJ 2015, 338).

Por tanto, el Tribunal Supremo considera que en aquellos supuestos en que los progenitores incumplan sus obligaciones, se debe hacer distinción en si el hijo es menor o mayor, para considerar que en el caso que sea menor la obligación se mueve en el campo de las relaciones de filiación, por el contrario, el tratamiento jurídico sería diferente si el hijo fuera mayor de edad, pues se trataría de una obligación de alimentos. En aras a fundamentar esta tesis considera que es necesario indagar en el concepto de abandono en el que se debería incluir, al afirmar

“De ahí que lo que merezca nuestra atención sea el abandono del hijo, previsto como causa de indignidad en el núm. 1 del art. 756 CC en la redacción vigente a fecha del fallecimiento del menor el 30 de diciembre de 2013. A juicio de la sentencia recurrida el concepto legal de abandono va más allá de la simple exposición, incluyendo también "el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno filial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas⁴¹⁰".

Coincide en ello la doctrina que sienta que la expresión de “abandono” ha de entenderse en sentido amplio, “como falta de cumplimiento de deberes de asistencia y protección, tanto físicos, como morales y económicos. El abandono, pues, vendría referido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral artículo 154.2⁴¹¹”.

Podemos encontrar esta afirmación en diversas resoluciones dictadas por Audiencias Provinciales, donde se debe diferenciar, por un lado, una interpretación restrictiva de las causas de indignidad, “exigiéndose que se constate casos claros y graves de abandono”, y por otro, que la interpretación o entendimiento de la concreta causa sea restrictiva. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015, 639), excluye del abandono el incumplimiento de deberes familiares impuestos por el ejercicio de la patria

⁴¹⁰Sentencia núm. 484/2017 del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017, (RJ 2017, 3385).

⁴¹¹Sentencia núm.235/2018 del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018, (JUR 1394/2018).

potestad, lo que no se compadecería con la naturaleza de la previsión legal⁴¹².

Prosigue la sentencia que “si se aplica a la causa de indignidad que nos ocupa las valoraciones jurídicas que hace la sentencia recurrida sobre los hechos probados, el recurso no puede ser estimado, pues no suponen una interpretación extensiva sobre la existencia de la causa, ya que tiene por demostrado el abandono grave y absoluto del hijo por el padre, sin atenuante o paliativo que lo justifique, como ordenadamente va motivando, y que se ha transcrito, para mayor inteligencia de la resolución, en el resumen de antecedentes; por lo que ahorramos su reiteración”.

Por ello el Tribunal, califica la actuación del padre como un incumplimiento de los deberes familiares de forma que entiende los hechos como “de graves y absolutos, y otro tanto cabría decir de los patrimoniales, pues aunque hayan mediado algunos pagos de la obligación alimenticia convenida, sustancialmente no se ha cumplido ésta, y cómo se razona no se valora como involuntario tal incumplimiento”.

Llama la atención que el padre, al que se le demanda solicitando su pérdida de patria potestad ni siquiera acuda, teniendo el tribunal que declararle en rebeldía. Es importante añadir que, al fallecer el menor durante el proceso, esta demanda no siguió su curso. No obstante, no habría duda de la causa de indignidad, como expresamente se prevé en el párrafo tercero del núm. 2 del art. 756 CC en la redacción actual por Ley 15/2015, de 2 de julio, (RCL 2015, 1016, 1354).

El Tribunal concluye que una vez probados los hechos, “es grave y digno de reproche que el menor desde el año 2007 hasta su fallecimiento en el año 2013 careciese de una referencia paterna, de un padre que comunicase con él, le visitase y le proporcionase cariño, afectos y cuidados, obligaciones familiares de naturaleza personal de indudable transcendencia en las relaciones paternofiliales, y todo ello sin causa que lo justificase”.

Sin embargo, al igual que el Tribunal, consideramos que en este supuesto en concreto al tratarse de un menor con una gran discapacidad desde los 16 meses de edad, tal y como aparece demostrado en la sentencia, es aún un hecho más grave y más reprochable” pues necesitaba cuidados especiales.

⁴¹²Sentencia núm. 59/2015, del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015, (RJ 2015, 639).

Así, “fruto de la gravedad de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad, como razona la sentencia recurrida, para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor. Tal reproche se implementa con el incumplimiento sustancial por parte del padre de las obligaciones alimenticias convenidas para el menor. La sentencia recurrida razona porque los pagos parciales que se hicieron por el padre, en determinadas épocas, de tal obligación patrimonial no excluyen el incumplimiento sustancial de la misma, así como también razona porque no acoge las justificaciones que ofrece la parte en su defensa.”

Siguiendo con el análisis de este punto 7 del artículo 756, de las causas de indignidad, nos cuestionamos por qué el legislador prevé esta causa de indignidad únicamente para las personas discapacitadas. En este sentido y siguiendo a ZURILLA CARIÑANA “llama la atención que el incumplimiento de la obligación de alimentos no esté prevista en ninguno de los supuestos de las causas de indignidad a excepción de que el acreedor de los mismos sea discapacitado”, considerándose por la autora, que debería ser de aplicación independientemente de la condición del acreedor, es decir, se debería aplicar siempre que se diese un incumplimiento de alimentos⁴¹³.

Por último, es necesario poner de manifiesto que el artículo 575 del CC, prevé que si el testador conocía estas causas de indignidad antes de hacer testamento no tendrán efecto si las remitiere en documento público. Se trata por tanto de readmitir al indigno si el testador considera preciso, el indigno podrá suceder⁴¹⁴. Así O’CALLAGHAN MUÑOZ considera que la rehabilitación del indigno es una declaración de voluntad donde es necesario que se cumpla lo señalado en el artículo, no bastando para la misma la reconciliación humana o el perdón moral⁴¹⁵.

No queremos dejar de abordar el proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 17 de julio de 2020 en cuanto a la repercusión que podría haber tenido frente a las causas de indignidad, ya que proponía dos cambios, el primero se encuentra en el apartado 2 que quedaría redactado de la siguiente forma “...También el privado por

⁴¹³ ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles, *op.cit.*, *Comentarios al Código...*, pág. 5641 y ss.

⁴¹⁴ *Op.cit.*, GARCÍA RUBIO, M^a Paz, pág. 630.

⁴¹⁵ *Cfr.*, O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op.cit.*, *Comentarios del Código...*, pág. 546 y ss.

resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable al respecto”. Por tanto, vemos que se suprime la alusión a las personas con capacidad modificada judicialmente ya que desaparece la posibilidad de incapacitar judicialmente a una persona.

El otro de los cambios se realizaba en el epígrafe 7 que pasaría a disponer “7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del CC”. En este caso se especificaba que hay que entender por persona con discapacidad y la calificaba de psíquica, física o sensorial.

Así las cosas, tenemos que aclarar que, si analizamos la tramitación parlamentaria del artículo 756. 7, nos daremos cuenta del error que ha cometido el legislador, pues no da una nueva redacción tal y como dice la Ley 8/2021, de 2 de junio, a este apartado, sino que lo deja igual, con la misma redacción que ya tenía, y que había sido añadido por el artículo 10.1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

En consecuencia, el texto es idéntico a su anterior redacción, y es que se trata de un error del legislador de última hora al suprimirse, como en otros supuestos, las referencias a «psíquica, física o sensorial», después de «discapacidad» en el ordinal.

Durante la tramitación parlamentaria en el BOCG. Senado, apartado I, núm. 172-1711, de 16 de abril de 2021, el Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), se introduce la enmienda 264, de modificación al artículo segundo, treinta y seis, se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756, que quedan redactados así:

2. “También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.”

7.º “Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de la disposición adicional cuarta, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las

reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

El cambio se sustenta en la siguiente motivación: mejora técnica: introducida por el “cambio del término «situación de discapacidad física, psíquica o sensorial» por «situación de discapacidad de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de la disposición adicional cuarta», dado que la disposición adicional cuarta del Código Civil contiene una definición específica de discapacidad para este artículo 756.7 del Código Civil. La definición de dicha disposición también se aplica, entre otros, a los artículos 782 y 808 del Código Civil, en los que el texto remitido por el Congreso hace referencia a la disposición adicional cuarta del mismo modo en que se sugiere en esta enmienda.”

Posteriormente, en el BOCG. Senado, apartado I, núm. 190-1848, de 20 de mayo de 2021. Se aprueba, en el apartado treinta y seis una propuesta de modificación sobre la base de la enmienda número 264 del GPS, por la que se da nueva redacción al párrafo 3.º del ordinal 2.”También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo” y al ordinal 7.º del artículo 756 del Código Civil. Al igual que en otros supuestos se suprime «psíquica, física o sensorial» después de «discapacidad» en el ordinal.

Ya indicábamos que podríamos pensar que se tratan de unos cambios únicamente terminológicos, pero no es así puesto que va mucho más allá. El propio Preámbulo así lo afirma: “No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad.”

La redacción definitiva que da la Ley 8/2021, afirma que se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756, que quedan redactados así: «También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo⁴¹⁶«7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las

⁴¹⁶ BOE-A-2021-9233 Verificable en <https://www.boe.es>, núm. 132, 3 de junio de 2021 Sec. I, pág. 67824.

reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

En definitiva, y siguiendo el hilo de nuestro razonamiento, pese a lo que se pretende deja sin modificar el apartado séptimo del artículo 756 al igual que otros supuestos al suprimirse «psíquica, física o sensorial» después de «discapacidad» en el ordinal. Y solo se modifica el párrafo tercero del apartado segundo, al producirse el fin de la incapacitación judicial, y suprimirse el concepto de incapaz, sustituyéndose por “persona con discapacidad”.

Ahora bien, pese a que nos parece acertado que sea la disposición adicional cuarta, modificada por la misma Ley 8/2021, de 2 de junio, la que nos defina que debe entenderse por persona con discapacidad no es menos cierto que como anunciábamos en páginas anteriores, conviene subrayar por su importancia algo que nos llama la atención y no nos parece coherente y es que quede excluido sin razón ni justificación en la disposición adicional cuarta reformada, entre los artículos 96, 756 7ª, 782, 808, 822 y artículo 1041 del Código civil, la referencia a la causa 2 apartado 3 del artículo 756, al concepto definido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre y a las personas que estén en situación de dependencia de grado II y III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de noviembre, y quede referenciada a los efectos de los demás preceptos del Código Civil a aquella discapacidad que precise la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, término amplio que abarca diferentes actuaciones de diferente índole.

Antes de la modificación, la referencia que se hacía a las personas con discapacidad que se realizaba en el artículo 756, sin diferenciar entre la causa 2ª, ni 7ª del 756 nos parecía acertada. No creemos que ahora haya razón para que se amplié tanto el concepto de discapacidad en el supuesto 2 del 756 frente al concepto más taxativo que recoge la disposición adicional cuarta para el artículo 756. 7.

3- La legítima y la desheredación de los herederos forzosos

3.1.- La legítima y la desheredación de los descendientes en el Código Civil

Según lo dispuesto en el artículo 806, la legítima está reservada a los denominados

herederos forzosos, establecidos en el artículo 807.

Nuestra intención en este capítulo consiste en analizar por separado tanto la legítima como la desheredación correspondiente a cada grupo de herederos forzosos, comenzando por los descendientes, grupo al que se le da preferencia, de manera que como sabemos existiendo hijos o descendientes, los ascendientes carecen de condición de legitimarios, y que es independiente del usufructo correspondiente al cónyuge.

Si bien antes de nada queremos hacer una breve mención al Proyecto de Código Civil de la Asociación de Profesores⁴¹⁷, pues en lo que se respecta a nuestro estudio, centra en un único artículo las causas de desheredación que van a corresponder tanto a ascendientes como descendientes en su artículo 467-27 bajo el Título “causas de desheredación de parientes en línea recta, que veremos más adelante tras el estudio del CC”.

El artículo 807 dispone que serán herederos forzosos: “Los hijos y descendientes con respecto de sus padres y ascendientes”. Ya desde el estudio de los antecedentes históricos de la legítima, hemos visto como, independientemente del momento histórico, siempre se han contemplado a los hijos como sujetos con derecho a la legítima.

Quizá el punto más importante es determinar qué es lo que se entiende por descendientes, pues no siempre todos los hijos han tenido los mismos derechos, incluso en la redacción originaria del Código Civil, no se contemplan todas “las categorías de hijos” como descendientes forzosos. Nuestro Código Civil, establecía en el artículo 807 lo siguiente: Serán herederos forzosos 1º “ Los hijos y descendientes legítimos, respecto de sus padres y ascendientes legítimos” pero en ese epígrafe no se incluían todos los hijos ya que en el párrafo tercero de ese mismo artículo rezaba 3º “ el viudo o la viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establecen los artículos ochocientos treinta y cuatro a ochocientos cuarenta y dos y ochocientos cuarenta y seis”.

Tras la aprobación y promulgación de la Constitución Española de 1978, ya no cabía la distinción de los hijos, pues el artículo 14 de la Constitución, estableció una igualdad jurídica entre todos ellos, al disponer que “los españoles son iguales ante la ley, sin que

⁴¹⁷ASOCIACIÓN DE PROFESORES, “Propuesta de Código Civil”, Tecnos, 2018 art. 467.

pueda prevalecer discriminación alguna por razón nacimiento, raza, sexo, religión o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁴¹⁸.

Como consecuencia todos hijos deberían ser iguales ante la Ley. Por tanto tras la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981, se modificaron aquellos preceptos del Código Civil, que no cumpliesen con aquel Derecho Fundamental de igualdad entre los españoles, sin embargo y tras la supresión jerárquica entre filiaciones, la denominación que se empleaba, seguía distinguiendo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, aunque estos fuesen, ya, iguales ante el derecho⁴¹⁹⁴²⁰.

Otra de las modificaciones que tenemos que tener en cuenta es la producida como consecuencia de la Ley de adopción de 11 de noviembre de 1987 por la que se modifican determinados preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁴²¹. Con su entrada en vigor, el adoptado pasa a integrarse a todos los efectos en la familia del adoptante, por lo que los hijos adoptados tendrán los mismos derechos que los hijos de sangre y por tanto serán descendientes legítimos a efectos sucesorios (equiparándose la filiación natural a la adoptiva). Debemos resaltar, que a diferencia de la igualdad de los

⁴¹⁸ Que se ve reforzada con el artículo 39.2 de la Constitución Española.

⁴¹⁹ Ley 11/ 1981 de 13 de mayo de 1981, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico*. Publicada el 19 de mayo de esa misma ley, este precepto en concreto se encuentra modificado por el artículo 4. BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1981.

⁴²⁰ Antes de estudiar los cambios que llevaron a la modificación de este precepto nos gustaría delimitar que se entiende por hijos legítimos y en qué se diferencian estos de los hijos naturales.

Por un lado, los hijos legítimos, son los nacidos tras el matrimonio de sus padres, mientras que los hijos ilegítimos son los nacidos fuera del matrimonio. En sentido amplio, podríamos decir que la base de la ilegitimidad de los hijos surge del hecho indigno de cómo habían sido concebidos, traspasándose por ende el pecado de los padres a los hijos, ya que habían sido engendrados fuera de una relación conyugal.

DÍEZ-PICAZO, Luis, establece su origen más allá, pues cree el fin último no se haya en el pecado de los padres, sino en la protección que se le da al núcleo familiar, atribuyendo más derechos a los hijos matrimoniales, es decir legítimos. “Derecho de familia. Derecho de sucesiones,” *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, tecnos, 1992, pág. 247 y ss.

Por último, indicar que dentro de los hijos ilegítimos podemos hablar tradicionalmente de dos categorías, por un lado los nacidos fuera del matrimonio, pero cuyos padres contrajesen posteriormente matrimonio o pudiesen contraerlo denominados los hijos naturales y aquellos que no solo nacían fuera del vínculo matrimonial, sino que además los padres en ningún caso podrían llegar a celebrar un matrimonio entre ellos pues existía un impedimento, estos últimos tenían aún menos derechos que los anteriores. (Un ejemplo serían aquellos hijos fruto del adulterio).

⁴²¹ Ley 21/1987 de 11 de noviembre de 1987, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Publicada el 17 de noviembre de ese mismo año. BOE núm., 275 de 17 de noviembre de 1987

hijos sanguíneos que viene establecida en la Constitución, esta no dice nada acerca de la equiparación de los hijos adoptivos con los sanguíneos, sino que esta igualdad proviene de una Ley Ordinaria.⁴²²

Una vez establecidos por tanto los sujetos que forman parte de los descendientes forzosos (Hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos así como los descendientes de estos) el siguiente paso que vamos a dar, será la delimitación de la cuantía establecida por la ley para estos.

La cuantía de la legítima, fue quizá uno de los temas más controvertidos en la época de la codificación, recordemos que se modifica la cuantía con respecto a la establecida en la legítima castellana que era de cuatro quintos, reduciéndose esta y por tanto ampliándose la libertad del testador⁴²³.

A estos efectos, el artículo 808 dispone que “constituye la legítima de los hijos o descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes”

Este artículo también fue modificado conforme a la misma Ley y mismo artículo de 13 de mayo de 1981, con el fin de suprimir la calificación de legítimos con respecto de los hijos.

Como sabemos, nuestro sistema legitimario está formado por una cuantía fija que es independiente del número de hijos habidos por el testador a diferencia por el ejemplo de la legítima regulada en el Derecho sucesorio italiano⁴²⁴. A simple vista podemos deducir que

⁴²² Así lo señala ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *op.cit*, *Código Civil comentado...*, pág.773 y ss.

⁴²³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op.cit* ., *Derecho de familia ...*, pág. 267.

⁴²⁴ La legítima de los descendientes varia, si concurre únicamente un hijo (art 537 Código Civil Italiano), a este le corresponderá el 50% del haber hereditario, y si concurre más de un hijo le corresponderá 2/3 del mismo. Por otra parte, es conveniente señalar que el proyecto de CC reduce la cuantía de la legítima en su artículo 467-3 y como en el derecho italiano depende del número de hijos o descendientes quedando establecido de la siguiente manera “constituye la legítima de los hijos y descendientes la mitad del caudal fijado conforme a las reglas cometidas en el artículo 467-6. Sin embargo, el causante puede aplicar una cuarta parte del caudal como mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o incluso de descendientes más alejados en grado. 2. Si existe un solo descendiente la legítima es de un tercio” ASOCIACIÓN DE PROFESORES, “Propuesta de Código Civil” Tecnos, 2018.

la cuantía de la legítima de los hijos asciende a las dos terceras partes del haber hereditario, sin embargo, el *quid* de la cuestión está en su distribución. La doctrina⁴²⁵ hace una distinción entre la denominada legítima larga, usada en aquellos supuestos en los que el testador deja ambos tercios por partes iguales a sus legitimarios y la legítima corta que junto con la mejora, formarían los dos tercios establecidos.

Como acabamos de indicar, el testador puede distribuir la legítima a partes iguales entre sus hijos, sin perjuicio de la representación del hijo premuerto en caso de haberlo. O por el contrario el testador, puede disponer a partes iguales de la denominada legítima corta o tercio de legítima estricta, mientras que el tercio de mejora puede adjudicárselo a uno solo de los descendientes o varios por igual o desigualmente.

Es conveniente aclarar que la denominada legítima corta, es decir uno de los tercios únicamente podrá dejarse a los hijos, pues son los descendientes inmediatos, y son los únicos con derecho a reclamar su legítima⁴²⁶ y por tanto son los estrictamente legitimarios, estos han de heredar por cabezas y a partes iguales, si uno de ellos no puede heredar, ya sea por haber premuerto o por ser indigno pasara a suceder por representación sus descendientes en este caso por estirpe y no por cabeza⁴²⁷, diferente es el supuesto del hijo que repudia la herencia, en este caso de no aceptarla no se aplica el derecho de representación en cuanto a los descendientes de este⁴²⁸, sino que como consecuencia de la renuncia de la herencia acrece a los demás legitimarios inmediatos, que la aceptan⁴²⁹.

⁴²⁵ *Op. cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones*, pág. 178.

⁴²⁶ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *op.cit.*, pág., 227 y ss.

⁴²⁷ La premoriencia de uno de los descendientes directos del causante, convierte a sus descendientes en legitimarios “de primer grado”, recibiendo todo lo que el fallecido hubiese recibido en su condición de legitimario, entre los miembros de la estirpe, del mismo modo pasara con la indignidad y la desheredación, pues sus descendientes también adquirirán la condición de legitimarios inmediatos, esto no es así en los supuestos en los que un legitimario directo, es decir inmediato repudie la herencia, pues pierde su status de legitimario, arrastrando con él a sus descendientes.

⁴²⁸ Así LACRUZ BERDEJO, José Luis, considera “el artículo 808 del CC, no entiende atribuir derecho a legítima a todos los que haya. Todos son en cierto sentido legitimarios, pues todos potencialmente pueden llegar a ser titulares del derecho a la atribución de bienes por título de legítima, y asimismo, todos pueden ser destinatarios de la mejora. Pero derecho a reclamar la legítima, solo lo tienen los que resultasen descendientes inmediatos...del causante, conforme a las reglas de la sucesión intestada ... habiendo repudiación, en cambio, los descendientes del legitimario de primer grado repudiante no puede alegar derecho alguno a la legítima”. *Op.cit.*, pág., 44.

⁴²⁹ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, *Cursos de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, 6ª ed. Coord. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, Tirant lo Blanch, 2012 Valencia, pág. 650 y ss.

En el caso del tercio de mejora, el testador puede disponer de él otorgándoselo a un hijo u otro descendiente por ejemplo a un nieto, sin la necesidad en este caso de que el padre haya premuerto. Merece mencionar la teoría seguida por RAGEL, donde expone que hay legitimarios descendientes de grado más próximo, pero no de segundo grado, con esto quiere plantear una idea basada en dos supuestos; por un lado los descendientes ya sean o no inmediatos, o sean o no legitimarios, a los que se les asigna una cuota a partes iguales de la denominada legítima larga, mientras que por el otro lado si hablamos únicamente de la legítima corta esta ha de ser repartida a partes iguales únicamente entre los descendientes inmediatos, a excepción de los casos en los que haya representación ⁴³⁰.

El artículo 808 del CC concluye con un párrafo añadido tras la modificación producida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección a las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad⁴³¹, en su artículo 10. Como el nombre de la Ley indica, su finalidad se halla en proteger a los hijos o descendientes incapacitados del testador. Así tal y como aparece en su exposición de motivos VII “ Se permite que el testador pueda gravar con sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero solo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”, por consiguiente se añade un nuevo párrafo al artículo 808 CC que reza “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

Podríamos decir que, por tanto, se trata de un gravamen de la legítima, siempre y cuando se den los requisitos del precepto, y además supone la ampliación de la libertad del testador al otorgarle la ley la posibilidad de proteger a su hijo o descendiente incapacitado⁴³².

⁴³⁰ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, a este respecto establece el siguiente ejemplo “ si el causante tiene tres hijos (A,B y C), y cada uno de esos hijos tiene un hijo, los únicos legitimarios serán los hijos pero no los nietos que sin embargo podrán ser mejorados”. *Op.cit.*, *Comentarios al Código Civil*, pág., 904.

⁴³¹ LEY 40/2003 de 18 de noviembre de 2003 noviembre de protección a las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277 de 19 de noviembre de 2003.

⁴³² Advierte RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, que el testador no está obligado a imponer este gravamen sobre la legítima, sino únicamente la ley le concede esta posibilidad estableciendo al citar a ALONSO MARTINEZ, “Es un complemento de la libertad de testar en el fideicomitente, y en el fiduciario, la negación de esta misma libertad”. *Op.cit.*, *Comentarios al Código* pág., 5856.

Es en consecuencia, una de las excepciones que hemos indicado que otorgan la posibilidad de gravar la legítima.

Una vez determinado quién va a formar parte de la legítima así como la cantidad de dos tercios que recibirán los descendientes, es conveniente hablar de aquellas causas que permiten que un heredero forzoso, en este caso, los descendientes, no reciban su parte de legítima, Por tanto llegamos al objeto central de nuestro estudio la desheredación⁴³³.

Como hemos ido viendo a lo largo de estas páginas, el testador está obligado por ley a dejar dos terceras partes de su haber hereditario, a sus descendientes. Pero del mismo modo que la ley hace esta imposición ha establecido la institución de la desheredación, por la que se prevé a través de una serie de mecanismos, previstos por la ley, la posibilidad de desposeer, a los herederos forzosos de la legítima que la ley les otorga y de la que les hace destinatarios.

Son justas causas de desheredación, como hemos establecido al principio del capítulo, las que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, así como las de incapacidad para suceder por indignidad señaladas en el artículo 756 del CC en los números 1º,2º,3º,5º y 6º, que ya hemos analizado con anterioridad.

Ahora vamos a hacer referencia a aquellas que específicamente atañan a los descendientes, reguladas concretamente en el artículo 853 del Código Civil, que establece: 1º haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2º haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

Antes de entrar a analizar las causas, es conveniente indicar que el artículo 853 ha sido modificado varias veces, por lo que consideramos relevante no solo plasmarlas en el presente trabajo, sino analizar detenidamente el porqué de la modificación originaria, inicialmente se decía que “serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756

⁴³³ No queremos dejar de mencionar que en el Proyecto de Código Civil de la Asociación de Profesores publicado en el 2018, se introduce un cambio, pues se establece una legítima variable para aquellos casos en los que el legitimario concorra solo, excluyendo el 3º de mejora, y como consecuencia quedando únicamente la legítima corta. Para el caso de los ascendientes cuando estos concurren solos también se establece una legítima variable siendo esta de un cuarto. Tecno, pág., 597 y ss.

con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes,

Fuera de estas causas de indignidad, son causas de desheredación:

1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

Podríamos afirmar que esta causa se tomó de códigos modernos extranjeros, pues no está incluida en nuestros antecedentes legislativos. Creemos necesario hacer una serie de precisiones,

No es necesario que los alimentos hayan sido reclamados judicialmente, sin embargo, si es necesario que pudiese probarse la negativa de alguna forma tal y como se deduce del artículo 850 del Código Civil.

En aquellos supuestos en los que se reclamen judicialmente y se den los alimentos requeridos, si se negaron con anterioridad, sigue siendo justa causa de desheredación. Sin embargo, si existen una serie de causas reguladas en el artículo 152⁴³⁴, por las que no es posible el cumplimiento del deber de alimentos, y por lo que en nuestra opinión, en el caso de darse, no podría alegarse una justa causa de desheredación, causas que veremos más adelante.

Estas causas son las siguientes, cuando la fortuna del obligado a darlos hubiera disminuido, hasta un punto en el que no puede atenderlos sin desatender sus propias necesidades; Cuando el alimentista, pueda ejercer un trabajo o oficio por el cual aumentaría su fortuna por lo que ya no necesitaría esa pensión de alimentos y por último, se prevén aquellos supuestos en los que el alimentista, haya cometido alguna causa de desheredación.

2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

3.ª Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.

Esta causa fue suprimida por el artículo 8 de la Ley 11/1990, de 15 de octubre⁴³⁵,

⁴³⁴ Las causas se corresponderían con el artículo 152 en sus puntos 2,3 y 4.

⁴³⁵ La Ley 11/1990, de 15 de octubre⁴³⁵, sobre la reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de Sexo. BOE núm. 250 de 18 de octubre de 1990.

sobre la reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de Sexo, como se puede deducir del propio título de la Ley, la razón por la que se suprime esta causa es la no discriminación por razón de sexo, en virtud al principio de igualdad entre los españoles.

4.^a Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil”

La causa 4^a, fue también suprimida en virtud del artículo 1.2 de la ley 6/1984 de 31 de marzo⁴³⁶.

Por tanto, tal y como hemos indicado y tras las distintas modificaciones ya analizadas sobre este artículo únicamente se recogen primero, la de haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. Segundo la de haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

Analizaremos pues cada una de ellas, comenzando por la 1^a haber negado sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

Como hemos dicho con anterioridad, esta causa se tomó de códigos modernos extranjeros, pues no está incluida en nuestros antecedentes históricos legislativos. Para poder comprender mejor esta causa, es necesario comenzar haciendo un recordatorio del derecho de alimentos.

Así, tal y como asevera LASARTE ALVAREZ, “se configura como una obligación legal de prestación de asistencia y socorro entre los cónyuges y los parientes más cercanos..., fundamentada en la solidaridad familiar y la política asistencial”⁴³⁷.

Es importante resaltar que se trata de un derecho recíproco, así como personal⁴³⁸. El

⁴³⁶Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción, BOE, núm. 80 de 3 de abril de 1984.

⁴³⁷ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op.cit.*, *Derecho de Familia* ..., pág., 364 y ss., A este respecto CASTÁN TOBEÑAS, José, considera que se trata “de una relación jurídica en virtud de la cual una persona está obligada a prestar a otra lo necesario para su subsistencia. *op.cit.*, *Derecho civil Español*, Tomo V, pág., 353.

⁴³⁸ En este sentido MORENO QUESADA, Bernardo, establece que “Las personas designadas para reclamarlos, para percibirlos, son las llamadas también a prestarlos en el caso de que las circunstancias de unos y otros, por

derecho de alimentos aparece regulado en los artículos 142 a 153 del Código Civil. El propio CC nos da una definición de que debemos entender por alimentos, así el artículo 142 del CC dispone

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Es importante, tal y como señala ALGABA ROS, preguntarnos si los alimentos a los que hace referencia la causa de desheredación, se limitan al contenido del artículo 142, que acabamos de exponer, o por el contrario, se trata de un derecho de alimentos más amplio, que abarca también una asistencia emocional⁴³⁹.

Por otro lado, queremos resaltar, el supuesto en el que un hijo o descendiente se encuentre obligado a prestar alimentos a un ascendiente. Para ello debe existir por parte del hijo unos ingresos suficientes y una situación de insuficiencia económica por parte del ascendiente⁴⁴⁰. Pues, como veremos más adelante, el no tener posibilidades de satisfacer el derecho de alimentos, es no solo posible, sino que además no existiría tal causa de desheredación⁴⁴¹.

El Código Civil, establece en su artículo 144 un orden de prelación en aquellos casos en los que sea procedente y sean dos o más los obligados a prestarlos. Así queda establecido el orden siguiente: 1. “Al cónyuge, 2. A los descendientes de grado más próximo, 3. A los ascendientes, también de grado más próximo, 4. A los hermanos...entre los descendientes y ascendientes se regulará la graduación por el orden en que sean llamados a la sucesión

avatares de la vida puedan tornarse”. *op .cit.*, pág. 680 y ss.

⁴³⁹ ALGABA ROS, Silvia, “Comentario al artículo 853”, *op.cit.*, *Código Civil Comentado ...*, pág., 1017.

⁴⁴⁰ ALGABA ROS, Silvia, *op.cit.*, *Código Civil Comentado*, pág., 367 y ss.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pág., 1018

legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos”.

Para exigir los alimentos es necesario por tanto que el alimentista se encuentre en situación de reclamarlos así el artículo 148 considera “la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos pero no se abonarán sino desde la fecha que se interponga la demanda”

Para considerar incumplido el derecho de alimentos y como consecuencia sea una justa causa de desheredación de los ascendientes hacia los descendientes:

No es necesario que los alimentos hayan sido reclamados judicialmente, sin embargo, si es necesario que pudiese probarse la negativa de alguna forma, tal y como aparece reflejado en el artículo 850 del Código Civil⁴⁴².

En aquellos supuestos en los que se reclamen judicialmente y se den los alimentos requeridos, si se negaron con anterioridad, sigue siendo justa causa de desheredación.

Sin embargo, existen una serie de causas reguladas en el artículo 152⁴⁴³, por las que no es posible el cumplimiento del deber de alimentos, y por lo que en nuestra opinión, en el caso de darse, no podría alegarse una justa causa de desheredación, causas que ya hemos mencionado anteriormente

Estas causas son las siguientes:

“Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades o las de si familia.

Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesario la pensión alimenticia.

Cuando el alimentista sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna de las faltas que dan lugar a la desheredación”. Consideramos que el precepto tiene en relación a esta última causa, podría haber confusión, por lo que creo conveniente aclarar qué un

⁴⁴² Artículo 850 del CC “La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare.”

⁴⁴³ Las causas se corresponderían con el artículo 152 en sus puntos 2,3 y 4.

descendiente que sea desheredado por su ascendiente, no conlleva que el ascendiente herede de su descendiente, recordemos que las causas de desheredación castigan actos reprobables”.

Resulta de gran interés para nuestro estudio analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019⁴⁴⁴. La sentencia versa sobre la existencia de una pensión de unos hijos mayores de edad y la solicitud de su extinción. Es destacable que es el propio Tribunal Supremo el que acepta como causa de extinción de dicha pensión la nula relación que existe entre los hijos con su progenitor, causa que no aparece recogida como tal en el CC, si bien el tema de la pensión alimenticia está excluido de nuestro tema de objeto de estudio. Sin embargo los alimentos entre parientes como causa de desheredación, así como la admisión de la falta de relación y afección familiar, ha sido reconocida por el TS tal y como analizaremos más adelante como causa de desheredación también.

En primer lugar, expondremos los antecedentes de hecho en los que Don Demetrio, solicita la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos mayores de con fundamento en tres razones; la primera de ellas la disminución de su capacidad económica, la segunda la falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos y por último la nula relación que hay entre los hijos con el alimentante.

La Sentencia, en primera instancia, descarta por un lado la variación de la solvencia de Don Demetrio, también descarta la falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos, y en cuanto a la nula relación razona lo siguiente “ la nula relación personal de los alimentos con el alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y un padre que se expone como tercera causa para el cese del deber de prestar alimentos ha de recibir un tratamiento distinto al de los dos motivos anteriores ya que si bien es cierto que la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del CC, ni en ningún otro precepto para dar por extinguida la obligación alimenticia, no lo es menos que las “ circunstancias” a las que se refieren los art. 90 y 91 del CC y el art 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser diversas y de distintas naturalezas, sin que de ningún modo constituyan “*numerus clausus*”.

Tal y como se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo, la Sentencia en primera instancia no encuentra un encaje normativo. Sin embargo, en la apelación se intenta encajar

⁴⁴⁴ Sentencia núm. 104/2019 del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, (JUR 1434/2018).

estos hechos en el art. 152.4 de ahí el interés de esta sentencia en nuestro tema de estudio el citado precepto dispone que “cesará la obligación de alimentos cuando el alimentista sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”. Este artículo hay que relacionarlo, tal y como se hace en la Sentencia con el 853 del CC, el cual como ya hemos expuesto anteriormente prevé que “serán justas causas para la desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2, 3 5 y 6, haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”.

Si bien analizaremos de forma detenida la Sentencia de 3 de junio de 2014,⁴⁴⁵ destacar que ya aparece en esta Sentencia la calificación del maltrato psicológico como justa causa de desheredación, y dicha doctrina ha sido confirmada por Sentencias posteriores.

Por tanto, lo que aquí se plantea es si, ¿ la conducta de los hijos mayores de edad, hacia su progenitor puede ser causa de extinción de la pensión alimenticia o si por el contrario esta debe mantenerse, así, si la causa aparece dentro de las contempladas en el art. 152.4 del CC, en relación con el art. 853. 2 del CC, no cabría la menor duda, pero cabe en este caso una interpretación flexible de las causas de desheredación?

Aunque la Sentencia que venimos analizando no lo acepta en este supuesto en concreto, ya que no se puede demostrar que la culpa sea exclusiva de los hijos, si es cierto que el Tribunal Supremo admite que pueda ser causa de extinción de la pensión alimenticia.

Por último debemos traer a colación que a diferencia de nuestro Código Civil, el artículo 451-17 apartado 6 del Código Civil Catalán, establece que será causa de desheredación “la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario”. Como vemos este artículo también exige que sea causa exclusivamente del legitimario.

Es también destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 28 de enero de 2020⁴⁴⁶, en cuyos hechos una hija mayor de edad solicita a sus padres un derecho

⁴⁴⁵ Sentencia núm. 258/2014 del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, (JUR 258/2014).

⁴⁴⁶ Sentencia núm. 95/2020 de la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de enero de 2020, (JUR 7458/2018).

de alimentos que es desestimado por la sentencia apelada.

La apelación se basa en los siguientes motivos: en primer lugar “ infracción del principio de rogación e incongruencia *extra petita* de la sentencia, sobre la base de que dice que no se pronuncia sobre las cuestiones planteadas en la contestación y sobre la prueba practicada en juicio, no siguiendo un proceso lógico la valoración de la prueba, refiriéndose con ello a que en la contestación de la demanda se aludía aún de forma subsidiaria al regreso de la demandante al domicilio familiar, o que residiese en la residencia en casa de los abuelos con ofrecimiento una cantidad en concepto de alimentos, dando a entender que los demandados querían que la hija tuviese asegurada la prestación por alimentos y no desentenderse de la misma, sobre lo que la sentencia apelada no se ha pronunciado”.

En segundo lugar, se entiende que no concurren las causas de extinción de los alimentos reguladas en los artículos 150 y 152 del CC, donde se demuestra que la hija no trabaja y no tiene ingresos actualmente pues se ha centrado en el estudio, no siendo de aplicación la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, al no poderse imputar sólo a la hija la culpa de la situación, “*no teniendo en cuenta la sentencia que la responsabilidad del conflicto generacional es imputable a sus padres, dado que los mismos siendo titulares de la patria potestad de Rocío, la invitaron a salir de la vivienda familiar cuando era todavía menor de edad que hicieron dejación de sus funciones bajo la excusa que se había marchado ella por voluntad propia*”.

En tercer lugar, existe un error en la valoración de la prueba “en cuanto a lo que afirma la sentencia de que fue la demandante la que abandonó el hogar familiar, sino que fue para poder estudiar mejor y que al día siguiente nos dejaron entrar teniendo que acudir al Juzgado, aludiendo a un " whatsapp " en la que la demandante para decir que no han sido los padres los que la han echado de la casa, añade que le han invitado a reintegrarse a la misma en muchas ocasiones, no aceptándose tampoco lo que dice la sentencia de que la demandante no querer asumir cierta norma pautas de convivencia en el hogar familiar negando que las desavenencias se debió exclusivamente a la misma remitiéndose a las testificales practicadas, del abuelo materno sus tías y una amiga de la demandante, mostrando su disconformidad con que se haya dado más valor a la testifical de la empleada de hogar de la casa familiar que a la de los indicados familiares, tildando de parcial la testifical de su hermano Esteban y privando valor probatorio la testifical de la vecina y, concluyendo, refiriéndose a la documental aportada, inclusive conversaciones de mensajería

que, estima, precisa otros elementos que corroboren contenido. Por último, se refiere a una justificación que la parte da a la cuantía solicitada de pensión alimentos, lo que no es motivo de impugnación, sino una reiteración de lo planteado en la demanda”.

Los hechos relevantes y que la sentencia discute son, por tanto, si fue la demandada la que se fue de la casa de forma voluntaria siendo imputable solo a ella o si, por el contrario, fue echada o invitada a irse de manera que se les pueda imputar a sus padres viendo la aplicación del artículo 150 del CC.

En el estudio de esta resolución vamos a centrarnos únicamente en su fundamento tercero y cuarto, pues son el objeto de nuestro trabajo. Por un lado, el origen del abandono del domicilio familiar por parte de la hija. La demanda lo que sostiene es que los demandados se han despreocupado de los deberes inherentes que como padres tienen frente a su hija, de la que se encargan sus abuelos al no tener medios para subsistir, “que fue despojada del derecho de permanecer en su vivienda familiar siendo acogida por los abuelos maternos y que careciendo del cariño y atención de los padres estos, la invitaron a marcharse de la vivienda, y ello cuando era todavía menor de edad al alcanzar la mayoría de edad el 22 de octubre de 2018, sin que los demandados tenga la mínima intención de que la hija vuelva la familia por lo que precisa una vivienda un apoyo suficiente hasta que pueda superarse profesionalmente que cifra en 1000 € mensuales más gastos extraordinarios”.

Sin embargo, hay que destacar que los padres solicitaron que los alimentos se llevaran a cabo en el domicilio familiar “negando que la hubieran despojado de su derecho a vivir en el hogar familiar o invitado a marcharse, aludiendo a una falta de respeto de las normas familiares, y que a esta situación se ha llegado por el cumplimiento y constante intento por parte de los demandados de hacer efectivos sus derechos-deberes inherente a la patria potestad, pudiendo la demandante ya mayor de edad subvenir a sus propias necesidades sino quiere vivir con sus padres y hermanos”.

Por otro lado, nos encontramos con el fundamento cuarto que considera que es indudable que el deber de prestar alimentos corresponde a los padres respecto de sus hijos cuando estos son menores de edad, también una vez alcanzada la mayoría de edad siendo de la misma extensión durante los años de estudio si la causa no es imputable. En este caso, en concreto, es el supuesto de la hija, que cursa su carrera universitaria, por lo que en principio tiene derecho a “alimentos que le cubrieran su sustento, habitación, vestido, asistencia

médica y educación. La posición de la parte demandada es que no se niegan a atender las necesidades de su hija en el hogar familiar, pero sí a hacerlo en la forma que ella entiende y solicita”.

Ahora bien, lo que debemos plantearnos es si se dan algunas de las circunstancias del art. 152 del CC de la extinción de los alimentos, pues los padres aluden el abandono del hogar por parte de la hija alegando que “*está renunciando a las ventajas del acogimiento económico en el entorno familiar*”, salvo el caso en el que “*existe una razón que justifique el abandono del domicilio paterno, y se prevé la situación de necesidad*”, refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo 104/2000 19 de febrero, sentencia que acabamos de analizar que exigía “que la falta relación entre padres e hijos y su incidencia en esta materia dependiendo si esa situación es imputable sólo a los hijos o a ambos, y remarcando la necesidad de una cumplida prueba para entender lo primero”. Con estos hechos se puede demostrar que tal y como se establece en la sentencia “no ha habido voluntad de abandono por parte de los padres hacia la demandante, sino que ésta se marchó voluntariamente por diferencias propias del conflicto generacional con aquellos, al no querer la hija asumir ciertas normas o pautas de convivencia, negándose a relacionarse después con los padres, concluyendo que la falta de relación actual entre unos y otra es imputable a la hija *“con la caracterización de principal, relevante e intensa, tal y como exige la doctrina jurisprudencial”*”.

La sentencia fundamenta lo siguiente “Se ha de recordar que el ámbito de decisión de este Tribunal de apelación viene delimitado por los motivos de impugnación que se contengan en el recurso de apelación, sin más limitaciones que las pretensiones de las partes formuladas en la instancia y la prohibición de la denominada “*reformatio in peius*”. En esta labor, el ámbito de conocimiento no tiene limitación alguna que provenga de la valoración que se haya hecho de la prueba en la instancia, que sin necesidad de que sea absurda, lógica o arbitraria, puede ser objeto de revisión por esta Sala en tanto que se trata de un nuevo juicio sin que se puedan aplicar a la apelación las restricciones propias del recurso de casación”.

La sala se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015⁴⁴⁷, la

447 Sentencia núm. 263/2015 del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015, (RJ 2015\1880).

cual estudiaremos detenidamente más adelante que afirma que *"es función de la segunda instancia la revisión de todo lo actuado en la primera, según los términos en que se formula el recurso, incluyendo la valoración de la prueba de los hechos, que podrá ser o no coincidente con la llevada a cabo por el juez "a quo" de modo que la Audiencia puede practicar una valoración distinta aunque una y otra resulten igualmente razonables y admisibles según las reglas de la lógica"*. Ello es extensible también a los casos de las pruebas personales que se practican en la instancia y no ante el Tribunal de apelación, pero, aun cuando se disponga del vídeo del juicio, no se está en la misma posición que el Juez *a quo*, lo que hace que se dé especial relevancia a la valoración que éste haya realizado de esa prueba personal ante él practicada, a la que se deberá de atender antes que a la necesariamente interesada de las partes”.

La hija reconoce que no fue echada de la casa, sino invitada a irse puesto que no cumplía con las normas de convivencia “Es un dato relevante el que la propia parte ya abandona la tesis sostenida en la instancia de que fue echada por sus padres, para quedarse en que "fue invitada" a irse y en repetidas ocasiones (a propósito del whatsapp que comenta el recurso), lo que no concreta la parte de forma lo suficientemente clara, pues aquí puede entrar la advertencia de que en la casa hay determinadas reglas y que hay que respetarlas si se quiere permanecer en la misma, lo que en modo alguno puede valorar como causa justificativa de esa marcha de la casa por parte de la demandante. La parte recurrente pretende quitar credibilidad tanto al testimonio de su hermano como de la empleada de hogar, pero que, junto a ella misma y los demandados, son quienes de primera mano han podido observar las situaciones que se hayan podido dar en la casa para que la demandante, todavía menor de edad, se marchara del que es su hogar familiar. Lo mismo cabe decir del testimonio de la vecina, sin que aquí se eche de menos valoración o consideración de la otra prueba practicada, la que refiere y comenta el recurso, pues la sentencia descarta su eficacia para valorar esos extremos *"porque no saben lo que ha ocurrido dentro del domicilio familiar, al no residir en el"* aparte de las desavenencias familiares entre la familia materna y los demandados.

Por otro lado, se considera que se le puede imputar a la hija la falta de relación con sus progenitores, lo que será fundamental para el fallo de la sentencia. “Se entiende acreditada esa falta de relación por causa imputable a la demandante que se niega a tener contacto con sus padres, atendiendo a la testifical de empleada de hogar que lo es, o lo ha sido en ese tiempo, también en el domicilio de los abuelos maternos, y a la documental

aportada, sin que se pueda tildar a esta de parcial, pues es suficientemente ilustrativa sin que tengamos elementos de juicio para sostener que no se trata de mensajes entre los padres y la hija (no se impugnó la documental aportada por la parte demandada), o que falten elementos que le den otro sentido, para lo que la parte recurrente ha tenido la posibilidad de aportar la conversación completa, si hubiera sido de su interés. En todo caso, aparece clara la conducta de los demandados de intentar relacionarse con la hija, sin obtener respuesta”.

El tribunal considera que “teniendo en cuenta la prueba practicada, singularmente la documental aportada y la posición que aquí se ha mantenido, contamos con una voluntad clara de los padres de reanudar la convivencia y de buscar una aproximación, y un posicionamiento de la hija de absoluto rechazo hacia sus padres, en términos que llegan a ser viscerales, más allá de no querer mantener relación alguna a la que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 19.2.2019 antes citada. Nos remitimos, entre otros, al documento núm. 18 de la contestación, no impugnado por la parte demandante, que recoge tantos pantallazos de mensajes de "whatsapp" y una fotografía de red social subida por la demandante de lo que se identifica como la casa de los demandados -y no se ha negado-, con un mensaje muy ilustrativo de lo antes indicado. En definitiva, una situación en la que todos los integrantes de la familia, incluso en sentido extenso, tienen que hacer por colaborar para solucionarla y no agravarla, pues no es buena para nadie, pudiendo haber sido una vía de solución la ayuda para padres e hija que se buscó con una psicóloga”.

El tribunal concluye que no concurre la "*justa causa*" con la que se puede justificar la pensión de alimentos que pretende la hija.

Si bien podríamos pensar que esta sentencia da un paso adelante al admitir la falta de relación entre padres e hijos como causa de extinción de alimentos, será de gran dificultad poder probar que esa nula relación se puede achacar únicamente a los hijos, es decir, esa imputabilidad a los hijos mayores de edad y durante un tiempo prolongado.

La segunda de las causas que analizaremos se encuentra regulada en el punto segundo del artículo 853: “Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”. Podemos afirmar que esta causa ha sido la más controvertida en estos últimos tiempos, por ello y para comprender mejor la cuestión, resulta obligatorio repasar el análisis clásico de nuestra doctrina jurisprudencial, apoyada en el artículo 848 CC, que está avalada por una abundante jurisprudencia.

Para una mayor claridad, vamos a agrupar las Sentencias en torno a dos fundamentos sobre los que han girado las argumentaciones para solicitar la desheredación, advirtiendo de antemano que dichos argumentos no encontraron, hasta ahora, respaldo en los diferentes pronunciamientos desestimándose, en consecuencia, todos ellos⁴⁴⁸.

Comenzaremos por el análisis de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993⁴⁴⁹, que gira en torno al primer fundamento donde se considera que la falta de afecto podría encajar dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra e injurias graves a la que hace referencia artículo 853.2 CC.

Esta sentencia tiene como fundamento de hecho la petición de nulidad del testamento, pues contiene una cláusula de desheredación contra la hija del fallecido. Esta cláusula a la que venimos haciendo referencia, esta expresada en el acto de última voluntad, y se corresponde a la señalada en el art. 853.2.º del Código Civil(causa que se refiere al maltrato de obra), figurando en la sentencia recurrida como único hecho probado relativo a estos maltratos de obra o injurias graves de palabra, la circunstancia específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres, cuando al ser repreguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita, aclaró: «no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre». El Tribunal señaló que el contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal «a quo», vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el «*animus injuriandi*», indispensable en estos casos.

En la sentencia se hace constar que la hija, desde la separación de los padres, no mantuvo relación ninguna con su progenitor. Pero no se pudieron probar los hechos que demostrasen las injurias graves, y que la falta de relación afectiva entre la hija y el padre, así como el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y la valoración jurídica, quedando únicamente sometidos al tribunal de la

⁴⁴⁸ Ver mi anterior trabajo “El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.92, núm.755, 2016, págs. 1609-1629.

⁴⁴⁹ Sentencia núm. 675/1993 del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993, (RJ 1993/4792).

conciencia.

Consideramos que esta Sentencia interpreta de una forma restrictiva las causas de desheredación y podemos afirmar, con total seguridad, que la sentencia está orientada a la defensa de la sucesión legítima. Es verdad que el haber realizado una declaración en contra del padre no es suficiente para considerar que ha incurrido en causa de desheredación, pero es evidente que hubo abandono y falta de atención. Tal vez hubiera sido mejor que se hubiera mantenido como argumento para pedir la desheredación el abandono moral y afectivo, pues no siempre debe el heredero forzoso recibir la porción legítima, sino que existen conductas que el propio legislador considera reprobables. Si bien en este caso, como decimos, se sigue una interpretación restrictiva de la institución y se considera que la causa no tiene entidad suficiente para provocar la desheredación⁴⁵⁰.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1995⁴⁵¹, cuyo supuesto de hecho trata de una madre que deshereda a su hijo alegando que este último le había echado de la casa en la que ella conviva con su hijo y la esposa de este, teniendo que ocupar la testadora otra casa en estado ruinoso y sin otras atenciones que las prestadas por la sobrina de la causante hasta su fallecimiento, sí entiende que existe causa de desheredación por maltrato de obra. En este caso se alega, como causa de desheredación, la dispuesta en el artículo 853.2,

El Tribunal establece que no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de éste deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853.2 del Código recoge como causa de desheredación, máxime cuando el estado de cosas que sigue a la salida de la casa de la madre, continúa durante años en los que ésta vive precariamente sin ser mínimamente atendida en modo alguno por el descendiente cuya desheredación, por maltrato según el testamento de la víctima, ha de reputarse legalmente correcta rechazando la impugnación que se ha efectuado por el interesado argumentando, de una parte, existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba por haberse tomado en

⁴⁵⁰ Del mismo modo se pronuncia la Sentencia núm. 15067/1994 del Tribunal Supremo del 14 de marzo 1994, (JUR 1994/1777), utilizando el mismo argumento para un supuesto de hecho similar basándose en el principio *odiosa sunt restringenda*, entendiéndose igualmente que el abandono no es causa de desheredación.

⁴⁵¹ Sentencia núm. 632/1995 del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1995, (RJ 1995/5117).

consideración, por el juzgador, un informe de la Guardia Civil expresivo de haber realizado la fuerza pública, sin resultado positivo, una gestión en pro de la readmisión familiar de la madre, cerca de la esposa del hijo e insistiendo de otra en que no hubo maltrato físico para aquélla, circunstancias, ambas, irrelevantes como motivos de casación, dado que, en cuanto a la primera, no se dice siquiera en qué consiste el error ni se cita el documento de contradicción, siendo, por lo que a la segunda se refiere, innecesario el empleo de violencia directa para configurar el resultado de obra como más atrás se ha razonado.

En este supuesto, el Tribunal Supremo tímidamente reconduce la conducta de expulsión de la casa y desatención posterior al maltrato de obra.

Por otra parte, sigue apoyando que el desentendimiento afectivo no es causa de desheredación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2003, en el supuesto que nos ocupa. El caso es el siguiente: Don Vicente otorga testamento el 30 de septiembre de 1998, en cuya cláusula segunda se concreta: deshereda a sus dos hijas por la causa segunda del artículo 853 del Código Civil: injurias graves de palabra o el maltrato de obra como causa de la desheredación. La Sala reitera que la desheredación, por su carácter sancionador, es, absolutamente restrictiva en la interpretación; afirmando que para que tenga acogida el proponente como lógico el pensar como el abandono y el desentendimiento afectivo pueda y deba ser entendido como un caso claro y doloroso de maltrato. Pues si como se alega y atestigua no asistieron las demandantes a su padre cuando estuvo hospitalizado no consta tuvieron conocimiento de tal situación, ni fuera necesaria su presencia en las supuestas estancias hospitalarias. Las demás cuestiones, referidas a la falta de relación afectiva, se enumera en la situación de ruptura de afecto y relación entre las hijas y el padre, cuya razón de ser es extraña a toda valoración jurídica que tan solo ha de contemplar la existencia de la causa alegada en el testamento sin entrar en consideraciones de índole moral.

Por ello, al no poder extenderse su aplicación a casos no previstos en la Ley taxativa, demostrar la causa de desheredación referenciada por la parte a quien incumbe hacerlo, es llano que su pretensión no puede prosperar al no tenerse en consideración presupuestos extraños al propio de la desheredación, por cuanto, por un lado, quebraría el criterio restrictivo jurisprudencial mentado mientras, por otro, supondría eliminar el sistema de legítimas establecidas a favor de los herederos forzosos.

Opta la Audiencia Provincial de Asturias en el supuesto precitado, por considerar en este caso que debe realizarse una interpretación restrictiva basándose en el principio *odiosa sunt restringenda*. No admitiéndose ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni una argumentación *minoris ad maiorem*.

Por otra parte, el segundo argumento manejado en la jurisprudencia se funda en incluir la causa de desheredación en el derecho de alimentos, y también lo hace con escaso éxito. En este sentido, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997⁴⁵². En este supuesto se pide por parte de los hijos, la nulidad del testamento en él que se desheredaba a los dos hijos del testador al considerar que la desheredación era improcedente, basándose en el carácter sancionador de la misma, alegando que los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos, sin motivo legítimo y malos tratos de obra o injurias graves de palabra), ya que la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre. En el supuesto factico resuelto se considera que los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado por no apreciarse una negativa a prestar alimentos. Algunos autores, como PEREZ ESCOLAR⁴⁵³, afirman que no están comprendidos en esta causa la no prestación de asistencia emocional, ni los cuidados personales ante la enfermedad.

Numerosas resoluciones de las Audiencias analizan casos en los que se intentan reconducir algunas conductas reprobables al incumplimiento de la obligación legal de alimentos⁴⁵⁴ contemplada en el artículo 142 del Código Civil⁴⁵⁵, para desheredar a los hijos.

⁴⁵² Sentencia núm. 954/1997 del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997, (RJ 1997/7930).

⁴⁵³ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Causas de desheredación y flexibilidad de la legítima” coordinado por HERRERO OVIEDO, Margarita, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, GÁRCIA RUBIO, M^a Paz, *Estudios de derecho de sucesiones. “liber amicorum” Teodora. Felipa Torres García.*, La Ley, 2014, pág. 1131-1154.

⁴⁵⁴ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación”. *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 1, enero, 2015, Pamplona, pág. 123 y ss.

⁴⁵⁵ Artículo 142 Código Civil, que reza Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo, ya que comprende todo lo indispensable para el sustento, y se exige que haya necesariamente una reclamación de los mismos.

Así, basta resaltar la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de diciembre de 2013⁴⁵⁶, según la cual no puede interpretarse la obligación de alimentos en forma tan extensiva, incluyendo toda clase de cuidados y atenciones, quedando circunscritas esas obligaciones solo a las específicamente contenidas en el artículo 142 del Código Civil. En este sentido, indica ALMANSA MORENO-BARREDA⁴⁵⁷, la palabra “sustento” a la que hacemos referencia suele interpretarse como manutención, y la manutención en ningún caso obliga a mantener la relación familiar, por lo que no será suficiente para desheredar por vía de esta causa una alegación general de abandono, o falta de asistencia afectiva.

La cuestión no está exenta de dificultades porque una cosa es ayudar económicamente a una persona y otra es atender a una persona afectiva y moralmente, cuestiones no precisamente unidas.

El problema está, por tanto, en dilucidar si efectivamente puede entenderse que maltratar a una persona es desatenderla afectivamente o psicológicamente y si la falta de afecto puede romper la unidad familiar y, en consecuencia, se puede considerar como causa de desheredación.

Los tribunales, hasta ahora, habían interpretado siempre de forma restrictiva las causas de desheredación, y sin embargo, en la sociedad, ya era objeto de debate las causas de desheredación y es, desde hace tiempo, una cuestión objeto de gran litigiosidad. Piénsese que las causas de desheredación en nuestro Código, se apartan de la idea de reciprocidad, pues podemos afirmar que se contempla como causa de desheredación, de los hijos para con sus progenitores, el incumplimiento de los deberes paterno-filiales, al estar incluidos en las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad (por ejemplo el abandono de los padres a los hijos durante la infancia), sin embargo los hijos no tienen obligación legal de cuidar a sus progenitores, durante su vejez, ni sanción por el incumplimiento, a excepción del

⁴⁵⁶ Sentencia núm. 410/2013 de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de diciembre 2013, (AC 2013/2219). En el mismo sentido, la Sentencia núm. 11/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2014, (JUR 875/2012), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2013, (JUR 2013/3342), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 28 de marzo de 2014, (JUR 2014/189463).

⁴⁵⁷ ALMANSA MORENO-BARRERA, Luis Javier, “¿Debe introducirse en el Derecho Civil Común la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y otros descendientes?”, *Alethia, Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 1, 2012, pág. 28 y ss.

derecho de alimentos del artículo 142 de nuestro CC, que igualmente es un derecho recíproco que rige además para con otros parientes, como los hermanos en determinados supuestos.

Aunque es verdad que el legislador prevé el deber de respeto siempre de los hijos a los padres (artículo 155.1), está muy diluido, pues para el legislador solo está sancionado como causa de desheredación si este deber de respeto se traduce en un maltrato de obra o injuria de palabra, pero sin incluirse el maltrato psicológico.

Pero, como afirmábamos, en los últimos años se ha abierto paso a una posición que sostiene que debería tenerse en cuenta el abandono económico, moral y afectivo a los padres como posible causa⁴⁵⁸. En nuestra opinión, el incumplimiento de deber de cuidado y atención de los padres debería poder dar lugar a la posibilidad de desheredar, ya que la legítima tiene como una de sus causas la solidaridad familiar, pero si esta se rompe y se desatiende a los padres debería contemplarse la posibilidad de que el padre o ascendiente pueda privar de la legítima a quien no ha atendido esta responsabilidad.

3.2.- Análisis de los fundamentos jurídicos de las Sentencias más recientes

Como señalábamos anteriormente, la legítima se configura en base a la protección de la familia, encuentra su origen en el derecho romano con la reforma de Justiniano, con una intención clara de protección del clan familiar. Sin embargo, esa familia nada tiene que ver con el concepto de familia actual. Como dice el profesor LASARTE ALVAREZ⁴⁵⁹, la familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales, no obstante, la obligatoriedad de la legítima que estableció la ley hace más de cien años ha subsistido sin apenas variaciones.

Creemos conveniente hacer una reflexión sobre la necesidad de un cambio y que en el fundamento de la legítima, si partimos de la base de los cambios sociales producidos desde la redacción del Código civil, tales como el aumento en la esperanza de vida, y la edad de la primera maternidad.

⁴⁵⁸ A este respecto véase LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op.cit.*, *Derecho de sucesiones ...*, pág. 208 y ss.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pág. 160 y ss.

Estas razones, entre otras, conllevan que a la muerte del causante, sus ascendientes, en muchos de los supuestos habrán fallecido, mientras que sus descendientes se encontrarán en una edad muy avanzada rondando los cincuenta o incluso los sesenta años, tal y como exponía VAQUER ALLOY, según los datos del Banco de España⁴⁶⁰, estos estarán en el momento en el que su riqueza neta ha alcanzado el máximo, por lo que la vida de estos descendientes no depende de la herencia de sus padres, y, en consecuencia, ya no podríamos hablar como regla general, de un patrimonio familiar.

Si a esto le unimos el apreciable incremento de los casos de abandono que se está dando por parte de un sector de la sociedad de las personas mayores creemos adecuado pensar que el fundamento puede y debe ser discutido, ya que las expectativas de vida son cada vez mayores, y conllevan un deterioro de la persona mayor llevando consigo un cuidado especial. Es por lo que en nuestra opinión debe adaptarse a esta realidad actual o, como SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, afirma ha de adaptarse al derecho vivo⁴⁶¹.

El Tribunal Supremo atento a esta realidad social, parece que ha admitido que el testador pueda privar de la legítima al descendiente que desampara a sus mayores a nuestro juicio esta causa se podría apoyar en el artículo 3 de nuestro Código civil, pues nos indica que las normas se han de interpretar, conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Como hemos expuesto a lo largo de estas líneas, la doctrina del Tribunal Supremo, hasta tiempos muy recientes, no admitió que el abandono sentimental a los progenitores pudiese ubicarse dentro del maltrato de obra. Ello se debía, como ya sabemos, a la rigidez que ha existido a la hora de interpretar las causas de desheredación. ALGABA ROS.⁴⁶², acertadamente, señala que el artículo 853 es una disposición jurídica incompleta pues incorpora un concepto jurídico indeterminado, ya que el término “maltrato de obra” tiene un contenido impreciso.

⁴⁶⁰ VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio, 2007, pág. 8 y ss.

⁴⁶¹ SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, Alberto, “Elogio a la desheredación”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 29, 2011, Universidad de Extremadura, pág. 539 y ss.

⁴⁶² ALGABA ROS, Silvia, “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”. *Indret*, Vol. 2, 2015, pág. 10 y ss.

Sabemos, y no podemos olvidar, que el artículo 853.2 del Código Civil únicamente hace referencia al maltrato de obra. Desde el punto de vista histórico esté se ha referido únicamente a la violencia física.⁴⁶³ Sin embargo, actualmente, creemos conveniente matizar este punto de vista pues, debe ser causa de desheredación de un hijo el maltratar un progenitor psicológicamente, sin que sea necesario usar la violencia física, ya que origina un resultado de sufrimiento, tanto o mayor que el de obra, por lo que el maltrato psicológico debe ser una causa que permita desheredar. Que, sin duda, produce un menoscabo en la salud mental de quien la padece. En nuestra opinión, debe ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social del momento en que se produce.

Por otro lado, también merece la pena analizar si la falta de trato familiar o el abandono afectivo puede llegar a derivar en una especie de maltrato psicológico. Por ejemplo, desentenderse de las enfermedades de los progenitores, puede constituir una especie de abandono emocional. En definitiva, creemos que esto tendrá como consecuencia ampliar los supuestos de desheredación. Estos argumentos han llevado al Tribunal Supremo a dar un paso hacia delante cambiando el rumbo de sus sentencias.

De forma genérica podríamos definir el maltrato psicológico como cualquier tipo de comportamiento repetido de carácter físico, verbal, activo o pasivo, que agrede a la estabilidad emocional de la persona, de forma continua y sistemática. El objetivo de dicho comportamiento es hacer sufrir a la víctima mediante la intimidación, culpabilizarían o desvalorización, aprovechando el amor o cariño que ésta siente hacia su agresor. Este tipo de comportamiento podemos por tanto ubicarlo actualmente dentro de algunas relaciones familiares, y en el supuesto que nos ocupa concretamente, el trato de los hijos para con sus progenitores cuando se condena a nuestros mayores a una marginación familiar, podríamos considerar que conlleva un abandono emocional. Podemos afirmar que se ha considerado el maltrato de obra como el acto por el que el desheredado realiza acciones que implican tratar mal al testador que le deshereda, en este sentido así lo expone ALGABA ROS⁴⁶⁴.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, se plantea como cuestión de fondo la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil, con el objeto de

⁴⁶³ROMERO COLOMA, Aurelia María, “El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.3, 2014, Pamplona, pág. 207 y ss.

⁴⁶⁴*Vid.*, ALGABA ROS, Silvia, *Maltrato de obra ...*, pág. 12 y ss.

analizar si el maltrato psicológico puede asimilarse a alguna de las causas legales de desheredación. Así, en esta sentencia el causante deshereda expresamente a sus hijos “al haberle negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados además de por haberle injuriado gravemente de palabra”⁴⁶⁵.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, da un giro radical a su anterior doctrina al exponer en su fundamento segundo punto 3 que “aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley, y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Como a nuestro juicio acertadamente expone la sentencia, actualmente el maltrato psicológico debe estar comprendido dentro del maltrato de obra, por considerarse el “abandono emocional” como expresión libre de ruptura del vínculo familiar. Los hijos, en este caso concreto que nos plantea la Sentencia, incurrieron con respecto al padre en un maltrato psicológico reiterado, incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la filiación.

Nos encontramos ante una cuestión compleja, pues bien es verdad que estos deberes filiales no son obligatorios por ley, ni están expresamente incluidos dentro de las causas de desheredación de los padres para con sus hijos, pero como bien dice el profesor LASARTE, la argumentación que se hace es irreprochable y llena de buen sentido, pues en todo hay que estar a las duras y a las maduras⁴⁶⁶

Como vamos a ver seguidamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero 2015, nos encontramos ante un supuesto muy parecido al anterior, en el que se vuelve a plantear la interpretación del artículo 853, en relación al maltrato psicológico como causa de desheredación⁴⁶⁷. En este caso, se trata de una madre que deshereda a su hijo, para lo que, de un lado, solicita la revocación de una donación efectuada a favor del hijo bajo coacción y engaño y, de otro, la desheredación de ese mismo hijo, fundamentándola en “que

⁴⁶⁵ Sentencia núm. 258/2014 del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, (RJ 2014/3900).

⁴⁶⁶ *Op. cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones ...*, pág. 209.

⁴⁶⁷ Sentencia núm. 59/2015, del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015, (RJ 2015, 639).

no solo le había arrebatado en vida dolosamente todos sus bienes, sino que además le dejó desde entonces sin ingresos con los que afrontar la vida”. El juzgado de primera instancia entiende que no solo debe comprenderse en la causa de desheredación “el maltrato físico” sino también “el maltrato psicológico”.

En el supuesto que estamos examinando no hay duda de que hubo maltrato psicológico” de forma continuada a la madre, hasta el mismo momento de fallecimiento. El Tribunal Supremo, descarta la interpretación restrictiva que hace la Audiencia Provincial de Castellón, que establece: “Para determinar si concurre ese maltrato de obra tal como se afirma por la heredera instituida en su contestación deberá tenerse presente igualmente que estamos ante una materia que debe ser objeto de interpretación restrictiva por el matiz sancionador que tiene y constituir una excepción a la regla general”, pues entiende que la realidad del maltrato psicológico, ha sido reconocida en todas las instancias, y es el único modo de calificar el estado de zozobra y afectación que afecto a la causante durante sus últimos años de vida⁴⁶⁸.

El Tribunal Supremo, reitera su doctrina Jurisprudencial contenida en la Sentencia de 3 de junio de 2014⁴⁶⁹, con respecto a la interpretación del artículo 853.2 del Código civil. Nos parece importante señalar una sentencia del Tribunal Supremo, con fecha de 20 de julio de 2015, sobre la revocación de la donación, e interpretación del artículo 648.1 del Código Civil⁴⁷⁰.

En esta Sentencia se pretende una revocación de donación que realizan en agosto de 2005, a favor de su hija Rosaura; el fundamento está en el artículo 648.1 del CC, “números primero y tercero, la causa legal de ingratitud del donatario y se procediera a la correspondiente revocación de las donaciones efectuadas por escrituras de 17 de agosto y 2 de septiembre de 2005”.

La Sentencia expone a este respecto que acogiendo la doctrina mayoritaria, esta interpreta el citado artículo 648.1, no desde su mera literalidad, es decir, no es preciso para la revocación de la donación, que se trate de uno de los delitos expresamente contemplados,

⁴⁶⁸ Sentencia núm. 122/ 2013 Audiencia Provincial de Castellón de 24 de julio de 2013, (JUR 2013/336).

⁴⁶⁹ Sentencia núm. 258/2014 del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, (RJ 2014/3900).

⁴⁷⁰ Sentencia núm. 422/2015 del Tribunal Supremo, con fecha de 20 de julio de 2015, (JUR 2015/4460).

bastando un comportamiento por parte del donatario considerado reprobable o condenable, por el que el donante o en este caso donantes, resulten ofendidos, por tanto, se expone que “en el presente caso, queda acreditado que la donataria ha demostrado ingratitud hacia los donantes, esto es, sus padres.

Así lo infiere del acto del juicio, y de las pruebas documental y testifical practicadas, desprendiéndose que en los últimos años el comportamiento de la donataria no es el que debe tener un hijo con relación a sus padres. Particularmente desde finales del año 2008, en donde dicha desconsideración y maltrato se colman cuando la donataria propina una bofetada a su padre insultando gravemente tanto a éste como a su madre. Hechos, que motivaron que los padres modificaran sus respectivos testamentos, en el sentido de contemplar desheredación de la demandada.”

En consecuencia y de acuerdo con la reciente doctrina del Tribunal Supremo, la STS de 3 de junio de 2014 así como la STS de 30 de enero de 2015, referente al maltrato de obra o psicológico, se expone en esta sentencia una serie de directrices acerca de la interpretación del artículo 648.⁴⁷¹ “En primer lugar, y en orden a la caracterización de la figura, debe precisarse que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (*artículo 648* del Código Civil), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva”. En segundo lugar, y en la línea de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que la doctrina jurisprudencial de esta Sala a propósito del contenido y alcance del *artículo 648.1* del Código Civil , entre otras, *STS de 18 de diciembre de 2012* ⁴⁷², ya ha destacado la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos ("persona, honra y otros bienes"), por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesaridad que, a tales efectos, se haya producido

⁴⁷¹ Sentencia núm. 258/2014 del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, (RJ 2014/3900) y Sentencia núm. 59/2015, del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015, (RJ 2015, 639).

⁴⁷²Sentencia núm. 747/2012 del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012, (RJ 2012, 11277).

previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprochable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.”⁴⁷³

Por último, y en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil. Por tanto y aunque la interpretación en este caso sea del artículo 648.1⁴⁷⁴ y no del artículo 853 del Código Civil, se realiza una interpretación amplia en lo relativo al maltrato de obra con respecto al psicológico que no va a ser únicamente dentro del aspecto de las causas de desheredación, sino que afecta también a las causas de revocación de las donaciones. Pues es evidente que hay ciertas conductas de los hijos que atentan contra la dignidad de sus padres ⁴⁷⁵ como en esta Sentencia que acabamos de exponer donde el maltrato por parte del donante (hija) contra el donatario (padres) está calificado como causa de ingratitud.

Esta doctrina es seguida por diferentes Audiencias Provinciales, de las cuales vamos a estudiar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de julio de 2015⁴⁷⁶, porque su supuesto de hecho quizá sea el más significativo, ya que en esta Sentencia, el causante tiene una relación esporádica con la hija y, sin embargo, el distanciamiento se produce una vez el causante contrae una grave enfermedad que le llevará al fallecimiento, rompiendo con él cualquier tipo de lazo en este momento tan delicado, por lo que la Audiencia entiende que se produce un maltrato de obra por parte de la hija para con su

⁴⁷³ Ver mi anterior trabajo “El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm.92, núm.755, 2016, págs. 1609-1629.

⁴⁷⁴ El artículo 648 del código civil reza “También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes 1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante. 2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad. 3.º. Si le niega indebidamente los alimentos.

⁴⁷⁵ HIJAS CID, Eduardo, “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones”. *El notario del siglo XIX*, núm. 64, diciembre de 2015, pág. 34 y ss.

⁴⁷⁶ Sentencia núm. 176/2015 de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de julio de 2015, (JUR 2015/193926).

progenitor, estableciendo lo siguiente: “Es cierto que las causas de desheredación deben ser interpretadas de manera restrictiva ya que son de aplicación excepcional pero no puede ignorarse que en determinados supuestos nos encontramos ante situaciones que vulneran la que debe ser elementales comportamientos de los humanos en lo que se refiere a las relaciones entre padres e hijos. Un hijo no puede desconocer la gravedad de la enfermedad de un padre a lo largo de espacios de tiempo tan prolongados como el que ahora nos ocupa. Más de un año. El sufrimiento añadido que padece el padre como consecuencia del olvido al que le somete su hija rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento ha de tener sus consecuencias. Si es su hija es su hija a todos los efectos. Para lo bueno y para lo malo. No se trata solo de un distanciamiento anímico, ni de un hecho esporádico, sino de una ruptura total de un hijo con su padre gravemente enfermo, llegado incluso a hacer caso omiso de la muerte del padre no asistiendo ni a su entierro, lo que denota la total ruptura precedente”. Por tanto, vemos cómo acertadamente, en nuestra opinión, se vuelve a dar una interpretación extensiva al artículo 853.2 del Código Civil.

También parece oportuno detenerse en la Sentencia de 10 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife⁴⁷⁷, en la que por su claridad y rigor jurídico, destaca su fundamento segundo al afirmar: “Como señaló la *sentencia de esta Audiencia, Sección Cuarta de 26.4.13 (JUR 2013, 317722)*, el *art. 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27)* establece que las normas se interpretaran según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser interpretadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. En el ámbito del derecho sucesorio, hasta que el legislador aborde su adecuación a los cambios sociales operados en más de un siglo, se impone una revisión de los criterios que hasta ahora han regido la interpretación de las normas que regulan ese ámbito del derecho civil, tan vinculado a la concepción tradicional de la institución familiar. En este sentido, en cuanto a las normas que regulan la herencia, hay que dar mayor valor a la voluntad del testador, sin que ello suponga, contrariamente a lo que se ha considerado en alguna ocasión, poner en peligro el sistema de legítimas establecido a favor de los herederos forzosos, de profundo arraigo en nuestro ordenamiento, sino que solo se pretende, como dijimos, una inaplazable adecuación de las normas que regulan determinados ámbitos del

⁴⁷⁷ Sentencia núm. 66/2015 de la Audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de marzo de 2015, (AC 2015/554).

derecho civil, fuertemente influenciados por una concepción patriarcal y paternalista de la institución familiar, que objetiva y radicalmente ha cambiado.”

En el supuesto concreto de esta sentencia, el causante deshereda a su hija, al no abandonar la casa sobre la que no tenía más derecho de ocupación que el que derivara de la libre voluntad de su padre, quien le había manifestado querer disponer para sí de la vivienda, siguiéndose entre ellos una serie de denuncias ante la guardia civil.

Por el interés que presenta para este trabajo reproduciremos literalmente el fundamento 3º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, “En lo que se refiere a la desheredación regulada en los arts. 848 y siguientes del Código Civil se impone una reconsideración de la proscripción de la interpretación analógica y extensiva de las causas de desheredación contempladas en los preceptos legales. Así, en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstos como causa de desheredación en el apartado 21 del *art. 853 CC*, hay que entender los términos "maltrato" e "injuria" en sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados, aun sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimento a los progenitores (previsto especialmente como causa de desheredación en el apartado 1º del *art. citado*), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos”.

Lo contrario, supone una conducta que, en los estándares actuales, se ha de calificar como de mezquina y que, por lo tanto, puede y debe ser sancionada y, sin duda, ser considerada como motivo suficiente de desheredación con el fin de evitar que los legitimarios que incurran en ellas se vean favorecidos en detrimento de otras personas, sean o no familiares, que los han sustituido en la obligación moral y legal de subvenir a esas necesidades. Todo ello, por supuesto, siempre que los favorecidos por la desheredación de los legitimarios acrediten la existencia de razones objetivas y de suficiente entidad como para justificar una decisión tan drástica, y siempre que no se aprecie la existencia de una voluntad malévola o interesada por parte de esos mismos favorecidos.” Por tanto y cómo

podemos extraer de la sentencia, la inclusión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales.

De acuerdo con lo dicho, puede observarse que actualmente la jurisprudencia ve con buenos ojos que se amplíen las causas de desheredación en relación con los hijos, pero la cuestión es vidriosa, ya que nos cuestionamos si debe primar el deber familiar que nos obliga a no abandonar afectivamente a nuestros mayores (teniendo en cuenta que muchas veces, al que se estaría desamparando, es una persona mayor, y por ello especialmente vulnerable) o primará la libertad de mantener nuestras relaciones afectivas. Creemos, que en muchos supuestos es difícil deslindar, entre el maltrato psicológico que supone un abandono a un familiar, de la falta de relación familiar, ya que, en algunos supuestos, ambas causas vendrán estrechamente ligadas. En cual quiera de los casos que nos podamos encontrar, la causa de desheredación no debería vincularse a la culpabilidad del desheredado, de forma exclusiva. El legislador deberá, en nuestra opinión, ser muy cauteloso en el supuesto de que incluyese la falta de relación familiar como causa de desheredación. Ya que podría ser utilizado como arma de doble filo, pues podría ser aprovechado contra hijos con los que el padre no ha querido mantener relación afectiva alguna, como podría ser el caso, imaginemos, de un hijo fuera del matrimonio.

Consideramos importante incluir la sentencia de 27 de junio de 2018 del Tribunal Supremo, que matiza que exclusiva falta de relación familiar con el causante en este caso el progenitor, no implica por sí misma que pueda considerarse causa de desheredación siendo necesario acreditar un quebranto psicológico en el causante⁴⁷⁸. En el supuesto de hecho de la sentencia se discute sobre la validez de una causa de desheredación de un padre contra su hija con la que no tuvo contacto desde que se divorció e incluso se suspendieron las visitas de la hija con su progenitor por la mala relación de la hija con la nueva mujer de su padre. En este sentido la sentencia establece “Las sentencias de esta sala 258/2014, de 3 de junio , y 59/2015, de 30 de enero , mediante una inclusión interpretativa, han insertado el maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del art. 853.2.º CC , al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la

⁴⁷⁸ Sentencia núm. 401/2018 del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018, (JUR 401/2018).

víctima. Sin embargo, en el caso, en atención a las circunstancias concurrentes, ninguno de los hechos referidos por la recurrente son susceptibles de ser valorados como maltrato psicológico. En particular, por lo que se refiere a la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en las redes sociales, en las que insiste la demandada en su recurso de casación, se trata de un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredatoria queda desvirtuada por las alegaciones de la demandante relativa al posterior intercambio de mensajes familiares con su padre y por el hecho de que el causante, que se suicidó al día siguiente de otorgar testamento, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación en su testamento, sino, de forma genérica, a la ausencia de falta de comunicación”. Con esta sentencia nos planteamos ya no solo que la falta de relación no sea de una sola de las partes, sino que se va más allá pues se pone de manifiesto la necesidad de que esa falta de relación incluya en efecto psicológico en la persona que deshereda. En este mismo sentido queremos destacar la Sentencia de 24 de mayo de 2022⁴⁷⁹ pues pone de manifiesto la necesidad de dos requisitos necesarios para que se considere la ausencia de relación familiar causa de desheredación tal y como se desprende de su fundamento 3 que dispone “De esta forma, el maltrato psicológico reiterado ha quedado comprendido dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2.ª CC, al entender que es un comportamiento que puede lesionar la salud mental de la víctima.

En la sentencia 401/2018, de 27 de junio, afirmamos además que una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría configurarse como una causa de privación de la legítima.

En el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del "maltrato de obra" prevista en el artículo 853.2.ª CC.”

En el fondo, y como decíamos al principio de esta reflexión, debemos plantearnos

⁴⁷⁹ Sentencia núm. 419/2011 del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2022, (JUR 577/2019).

si actualmente tiene sentido que en derecho común se mantengan las legítimas o si se trata de una institución desfasada que no tienen razón de ser, y debería existir libertad para testar, por lo que nos cuestionamos si es necesario una reforma en profundidad del Código Civil, que permita suprimir o atenuar la sucesión forzosa o si bastaría con ampliar las causas de desheredación que afecta a las legítimas.

3.3.- La legítima y la desheredación de los ascendientes en el Código Civil.

La legítima de los ascendientes tiene carácter subsidiario. Está prevista para aquellos supuestos en los que no haya ascendientes, o premoriencia de hijos y descendientes de ulterior grado⁴⁸⁰. Así aparece recogido en el artículo 807 del Código Civil que dispone en su apartado segundo “A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes”. Es importante señalar que los padres tampoco tendrán derecho a la legítima en aquellos supuestos en los que existan descendientes y estos hayan renunciado a la aceptación de la legítima, o incurrido en causa de indignidad o sido desheredados con justa causa.

En este sentido ALGABA ROS, indica que “una interpretación estricta del artículo 807 del código Civil solo recogería aquellos supuestos en los que no hubiese hijos y descendientes, mientras que una interpretación más amplia se ajusta mejor a la naturaleza de la desheredación pues la pena para el desheredado no puede convertirse en un aumento de la restricción de libertad del testador”. En nuestra opinión, esta teoría es más acertada ya que si no se gravaría la libertad del testador⁴⁸¹.

La porción legitimaria de los padres se dividirá en partes iguales una por cada progenitor; en aquellos casos en los que uno haya muerto, recaerá toda la legítima en el superviviente. Cuando el testador no deje padres, pero deje ascendientes, si estos son de igual grado, en la línea paterna y materna se dividirá a partes iguales. Si, por el contrario, no son de mismo grado el más cercano excluirá al más remoto independientemente de la línea del progenitor así queda establecido en el artículo 810 de nuestro Código.⁴⁸² Es importante

⁴⁸⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op.cit.*, *Manual de Derecho*, pág. 210.

⁴⁸¹ ALGABA ROS, Silvia, “Título III, Capítulo I del Código Civil Comentado”, 2º Ed., Civitas, Dirigido por: CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRETAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, VAPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, pág. 991 y ss.

⁴⁸² En este sentido DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *op.cit.*, *Sistema de Derecho...*, pág. 302 y ss.

señalar que en el caso de la legítima de los ascendientes no podemos hablar del derecho de representación por tanto y como ya hemos indicado, en el caso de un único progenitor por premoriencia del otro, heredará este la totalidad del mismo modo pasara cuando el hijo solo tenga una filiación reconocida tal y como aparece recogido en el artículo 810 del CC.

Por otro lado, para aquellos casos en los que no haya progenitores, pero si existan abuelos, estos heredaran por estirpes y no por cabezas, es decir se dividirá la legítima en dos, correspondiendo la mitad a cada rama familiar, independientemente de que, por un lado, sobrevivan los dos abuelos y por el otro lado familiar únicamente uno.

La cuantía legitimaria de los ascendientes ha variado desde que apareció regulada en el Código Civil. En la redacción originaria de nuestro Código se establecía: “Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes. De la otra mitad podrán éstos disponer libremente, salvo lo que se establece en el artículo 836 del Código Civil.”

Con la Ley de 24 de abril de 1958 se modificó el citado artículo 807 con el fin de incrementar los derechos del cónyuge viudo, y como consecuencia se modificó, quedando del siguiente modo redactado: “Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia”⁴⁸³. Por tanto, vemos como en el caso de los ascendientes la cuantía es variable. Ahora bien, hay que indicar que, en el caso de concurrir los ascendientes con el cónyuge, si el cónyuge repudia la herencia o no la recibe por indignidad o desheredación, la cuantía de los ascendientes vuelve a ser la mitad de la herencia, por tanto, es necesario para que sea únicamente un tercio no solo que concorra con el cónyuge, sino que además este reciba la herencia.⁴⁸⁴

Al igual que en el caso de los descendientes existen causas por las que se pueden desheredar a los ascendientes; estas aparecen reguladas en el artículo 854, si bien del mismo modo que hicimos con los descendientes empezaremos con la redacción originaria del

⁴⁸³La Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifica determinados artículos del Código Civil, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958.

⁴⁸⁴ Vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho...*, pág. 215 y ss.

artículo, tal y como aparecía con la redacción de 1898, que sufrió varias modificaciones. Originariamente establecía que: “Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6º las siguientes

1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 169. El artículo 169 establecía como causas de pérdida de patria potestad:

1.º Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad.

2.º Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Este artículo se modificó en 1958, suprimiéndose la palabra divorcio por “separación personal” es importante señalar que este término hace referencia a lo que se conocía como separación de hecho.

2.ª Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación”

La primera modificación en torno a este artículo se produjo en 1978, con la Ley 22/1978⁴⁸⁵, de 26 de mayo con la que se introdujo en el primer párrafo, junto a los ascendientes legítimos y naturales también los adoptantes. Debemos recordar que, si el causante es adoptivo, los ascendientes legitimarios son sus padres adoptantes, por lo que quedan excluidos sus ascendientes de sangre, así queda recogido en el artículo 178 del Código Civil que dispone que: “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior...⁴⁸⁶”. Por lo que queda equiparado a todos los efectos a la filiación natural⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Ley 22/ 1978 de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento a través de su artículo 5. BOE núm. 128, de 30 de mayo de 1978.

⁴⁸⁶ Este mismo artículo establece en su párrafo segundo una serie de excepciones en su párrafo segundo que podemos o no contarlos.

⁴⁸⁷ Así el artículo 11 del Convenio Europeo en materia de adopción de 27 de noviembre de 2008 dispone que

Sin embargo, aquellas adopciones que no sean de forma plena es decir simples o aquellas anteriores a la Ley 21/1987, establecen como ascendientes legitimados los padres sanguíneos y no los adoptivos.

La siguiente modificación se realizó en 1981 con la Ley 11/1981⁴⁸⁸, del mismo modo que la ley anterior modificó el primer párrafo, en este caso se estableció de una forma más genérica pasando a hacer referencia únicamente a padres o ascendientes; también se modificó el punto primero pues paso de remitirse a “Haber perdido la patria potestad a por las causas expresadas en el artículo 169” a las causas señaladas en el artículo 170. Pues con la modificación de 1981 con, este artículo 169⁴⁸⁹ paso a regular las causas por las que se extingue la patria potestad pasando el artículo 170 a contemplar las causas de pérdida de patria potestad estableciendo

“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

Por lo que es imprescindible, tal y como señala el artículo que acabamos de exponer, que exista una sentencia que acuerde la extinción de la patria potestad, de alguno o ambos progenitores, por tanto, el supuesto de hecho que presenta este artículo es muy amplio puesto que no está limitado. En este sentido, ALGABA ROS considera que “no es factible aplicar los supuestos del artículo 111⁴⁹⁰ del código civil, pues la privación de la patria potestad

“en el momento de la adopción el menor se convierte en un miembro más de la familia del adoptante o adoptantes a todos los efectos y, con respecto al adoptante o adoptantes y su familia o familias, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los de un hijo del adoptante o adoptantes cuya filiación este legalmente reconocida”, BOE núm. 167 del 13 de julio de 2011.

⁴⁸⁸Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

⁴⁸⁹ Actualmente el artículo 169 establece que “La patria potestad se acaba 1.º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo., 2.º Por la emancipación., 3.º Por la adopción del hijo.”

⁴⁹⁰ Artículo 111 del Código Civil reza “Quedara excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentara derechos por el ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias el progenitor que

Cuando haya sido condenado a causas de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

implica que está ya se ha adquirido y la exclusión implica que esta nunca llevo a ostentarse⁴⁹¹”. Nos planteamos como cuestión la de qué ocurre en aquellos casos en los que la patria potestad se suspende como medida cautelar. Otra de las cuestiones que debemos plantearnos es si la pérdida parcial de la patria potestad es también causa de desheredación pues ello, para algunos autores implicaría reconocer una desheredación parcial⁴⁹².

Por otro lado, las causas de indignidad recogidas en el artículo 756, son las mismas causas que estudiamos en la parte general y que han sufrido modificaciones

Es importante que cuando hablemos del artículo 756, incluyamos que, en un primer momento, se incluía también la causa de indignidad señalada en su punto primero que establecía que serían indignos “los padres que abandonaren a sus hijos y prostituyeren o atentaren a su pudor.

Dentro de estas causas de desheredación a los ascendientes creemos necesario detenernos en “Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo”. Pues siguiendo los parámetros anteriores, es decir, que es suficiente con la negativa a prestarlos, nos encontramos con el siguiente planteamiento.

Creemos necesario analizar el art. 93 del CC es cual establece que “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”. Pues como vemos, en aquellos supuestos en los que puede darse, separación, divorcio y nulidad, no hay por parte

Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentara el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita el mismo o su representante legal.

Dejaran de producir efectos estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente o por la voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad

Quedaran siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

⁴⁹¹ *Op.cit.*, ALGABA ROS, Silvia, “Título III, Capítulo I...”, pág. 992.

⁴⁹² *Op.cit.*, ALGABA ROS, Silvia, “Título III, Capítulo I...”, pág. 991 y ss.

del alimentado una reclamación de los alimentos como tal y por tanto no puede haber una negativa de los mismos. Hay que tener en cuenta que únicamente hacemos referencia a los hijos mayores de edad, ya que como sabemos los alimentos a los menores se encuentran dentro de la patria potestad y ese punto sí que está previsto como causa de desheredación. Del mismo modo que tampoco hacemos referencia a los hijos mayores de edad discapacitados, DE VERDA Y BUENO BIOT, nos recuerdan que la jurisprudencia equipara a los hijos discapacitados con los menores de edad, citando a la sentencia de Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014⁴⁹³⁴⁹⁴.

Por tanto, nos encontramos ante la situación de hijos mayores de edad, donde el juez ya les ha reconocido el derecho de alimentos, considerando que se debe incluir el impago de la pensión de los mismos, como causa de desheredación.

Si bien es verdad y volvemos a recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, la cual considera que, la falta de relación entre padres e hijos, puede ser suficiente para “una interpretación flexible de causa de extinción de pensión alimenticia”. Obviamente aquí nos encontramos con una interrelación por un lado de una posible causa de desheredación de los ascendientes, con una causa de desheredación de los descendientes, siendo esta última desde el punto de vista del Tribunal supremo la que dependiendo del contexto tenga mayor fuerza.

Por último queremos hacer mención a la propuesta de Código Civil⁴⁹⁵ que une las causas de desheredación tanto de ascendientes como de descendientes bajo la rúbrica de “causas de desheredación de parientes en línea recta” y lo regula en el artículo 467-27 que establece que “serán justas causas para desheredar a los hijos y descendientes o a los progenitores y ascendientes además de las señaladas en el artículo anterior”, refiriéndose en este caso a las causas de indignidad:

“Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al causante o a su cónyuge o persona a la que este unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes

⁴⁹³ DE VERDA, José Ramón y BUENO BIOT, Álvaro, " Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial" *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 23, agosto de 2020, pág. 447 y ss.

⁴⁹⁴ Sentencia núm. 372/2014 del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014, (RJ 2014\3540).

⁴⁹⁵ Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores, Tecnos, 2018.

o ascendientes en los casos en que exista obligación legal de prestarlos

“Haber maltratado gravemente al causante o a su cónyuge o persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes”

Por tanto, vemos que al establecer únicamente el término maltratado, podemos entender que incluye tanto el punto tercero del artículo 854, anteriormente analizado, así como el punto 2 del artículo 853.

Capítulo IV: La legítima y la desheredación en los Derechos Forales

En este capítulo pretendemos analizar la legítima y la desheredación en los distintos Derechos forales. Como veremos a lo largo de este epígrafe, nos vamos a encontrar con sistemas muy dispares: en algunas comunidades la legítima de los ascendentes regulada en el derecho común no se contempla, e incluso analizaremos un sistema con absoluta libertad de testar.

1. Derecho Foral Gallego

Comenzaremos este apartado recordando que hasta la publicación de la Ley de Derecho civil, de 24 de mayo de 1995⁴⁹⁶, Galicia, se regía por el CC en materia de legítimas, salvo algunas especialidades tradicionales de la Compilación, pues históricamente no se distinguen normas escritas propiamente gallegas, sin embargo, se reconoce una legislación civil, pues si existía un derecho foral consuetudinario⁴⁹⁷.

Este derecho foral, ahora regulado en la Ley 2/2006 de 14 de junio⁴⁹⁸, prevé en el Capítulo V, al igual que se hace en el Derecho común, tanto la legítima como la desheredación, teniendo un sistema legitimario propio⁴⁹⁹, autores como QUESADA, consideran que el fin de esta ley se encuentra en *“contener la atomización de la propiedad y los antieconómicos minifundios se opta por ampliar notablemente la libertad del testador y en consecuencia reducir las legítimas”*⁵⁰⁰.

En este sentido, DÍAZ TEIJEIRO considera que la Ley 2/ 2006, establece “en sus artículos 238 a 266, un sistema legitimario propio ... estableciendo por primera vez una

⁴⁹⁶ Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia. BOE núm. 152, de 27 de junio de 1995. En especial artículos 146 y ss.

⁴⁹⁷ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág. 1852 y ss.

⁴⁹⁸ Ley 2/2006, de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia, (LDCG). DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006. BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

⁴⁹⁹ GARCIA RUBIO, M^a Paz, NIETO ALONSO, Antonia, HERRERO OVIEDO, Margarita, “Legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia” Tratado *de legítimas*, Tomo XXXII, Vol.2, coord.. TORRES GARCÍA, Teodora, pág. 205 y ss.

⁵⁰⁰*Op.cit.*, QUESADA PAÉZ, Abigail, pág., 214.

legítima gallega diversa a la del Derecho Castellano”, si bien se mantendrá el CC con carácter supletorio⁵⁰¹. Ciertamente, el artículo 1.3 de la LDCG señala que “En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego”.

De acuerdo con lo dicho, las previsiones normativas relativas al derecho de sucesiones y en concreto, las legítimas, tienen un régimen diferente al del derecho común, y a veces contrario, lo que no es obstáculo para que el derecho común siga siendo supletorio, tal y como indica la propia LDCG.

No podemos encontrar en la Ley 2/2006 una definición de legítima, pero podemos afirmar que la legítima prevista en esta Ley se aparta del Derecho Común, pues se configura como un derecho de crédito frente al heredero⁵⁰², rechazándose por tanto la idea existente de derecho a participar en los bienes hereditarios del caudal relicto⁵⁰³. Se le otorga a la legítima, por tanto, una naturaleza de *pars valoris*, tal y como se deduce del artículo 240 de la LDCG que reza que “*Los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley*”, y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 9 de mayo de 2018 al establecer que “el régimen vigente de la Ley gallega dispone que la posición del legitimario se limita a la de un mero acreedor de la herencia, carente de acción real. La consecuencia es la falta de legitimación del legitimario para el ejercicio de una acción real, como es la deducida en la litis, pues solo tiene derecho a una “*pars valoris bonorum*”, a ejercitar acción personal en demanda de la satisfacción de su crédito frente al heredero.”⁵⁰⁴

Se desprende del artículo que acabamos de plasmar que el legitimario puede ver satisfecha su legítima por una atribución patrimonial, que se puede hacer incluso con bienes de fuera del haber, pues no se le adjudica un derecho sobre los bienes de la herencia, sino una determinada partida, que se satisfará, ya sea a través de un legado, donación, o con el

⁵⁰¹ DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho de Galicia, Aranzadi, 2018, pág.1 y ss.

⁵⁰² *Op.cit.*, GARCÍA RUBIO, M^a Paz, “El apartamiento sucesorio en...”, pág. 206.

⁵⁰³ DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, *El sistema legitimario de Galicia*, Tesis dirigida por PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, Universidad de Coruña, 2017, pág. 220 y ss.

⁵⁰⁴ Sentencia núm. 8/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de mayo de 2018, (REC 33/2017).

título de heredero.⁵⁰⁵ Ahora bien, debemos atender al art 246 de la misma ley, ya que en aquellos casos en los que hubiera desacuerdo entre los herederos la legítima sí se debe pagar con bienes de la herencia.

El artículo 238 de la LDCG, establece que son legitimarios “1. ° Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. 2. ° El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho”.

Es importante destacar que, tras la modificación de esta Ley de 2006, se excluye en Galicia como sujeto legitimario a los ascendientes, que sí aparecían regulados en la Ley 4/1995 de 24 de mayo de 1995⁵⁰⁶. En este punto nos llama la atención, tal y como indica GARCIA RUBIO, que “no ha conllevado la sustitución de la legítima de los padres o ascendientes por otro tipo de derecho sobre la herencia ni si quiera en caso de necesidad de estos, como podría ser un derecho de alimentos... no deja de ser sorprendente en una Comunidad Autónoma caracterizada por un fuerte envejecimiento de la población ...”⁵⁰⁷.

En esta misma línea se encuentra DIAZ TEJERO al considerar que “... la muerte del causante puede suponer que el viudo y los descendientes queden en una situación de necesidad, pero esta situación puede afectar también a los ascendientes, lo que no sería infrecuente en una población con un alto índice de envejecimiento”⁵⁰⁸. Por tanto, si bien es verdad que se otorga mayor libertad al causante, consideramos que el legislador gallego ha desprotegido a los ascendientes.

Como sabemos en el derecho común los ascendientes sólo heredan respecto de sus hijos, en el caso de no tener descendientes. Y lo hacen en diferente cuantía según concurren o no con el cónyuge viudo del descendiente causante. En caso de concurrir con cónyuge viudo, solo lo hacen en una tercera parte de la herencia, y en caso de que el hijo no tenga cónyuge viudo, la cuantía asciende a la mitad del haber hereditario.

⁵⁰⁵ *Vid.*, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op. cit.*, pág., 1853.

⁵⁰⁶ Ley 4/1995 de 24 de mayo de 1995, de Derecho Civil de Galicia BOE núm. 152 de 27 de junio de 1995 El artículo 146.2 de la Ley 4/1995, afirma taxativamente que “Son legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código Civil y en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos, establece dicho cuerpo legal. Actualmente ya no están incluidos entre los legitimarios.”

⁵⁰⁷ GARCIA RUBIO, María Paz, *op.cit.*, “Las legítimas en ...”, pág. 216 y ss.

⁵⁰⁸ DÍAZ TEJERO, Carlos María, *La legítima de los ...*, *op.cit.*, pág. 39 y ss.

Creemos que la cuota actual de los ascendientes del derecho común quizá pueda parecer excesiva. Consideramos que hubiera sido más acertado, que el legislador gallego, hubiera optado por reducir la cuota de los ascendientes, tal y como redujo la cuota de los descendientes. En nuestra opinión, el extinguir la legítima de los ascendientes no casa con la finalidad de la solidaridad familiar y ayuda mutua que se debe prestar entre determinados miembros de esta y que sustenta la legítima. Estas mismas razones, sostenemos que deberían existir en sentido recíproco entre los diferentes legitimarios. Nos preguntamos, por qué está obligado el padre a reservar bienes a los hijos que pueden tener la vida resuelta y tener una edad considerable, e incluso no tener ninguna relación familiar con los progenitores y sin embargo no hay obligación de reservar bienes a los padres en caso de que el causante no tuviera a su vez descendientes, e incluso en el supuesto de no dejar cónyuge viudo, cuando nuestros ascendientes suelen ser más vulnerables y junto con la desgracia que supone la muerte de un hijo, se pueden encontrar en situaciones que pueden necesitar ayuda, o por qué los hijos pueden considerar que los padres pueden ser un refugio y no nos referimos solo al aspecto económico, pues como sabemos la legítima no se limita al cumplimiento de una función económica y luego sin embargo que estos no tengan en cuenta su posible situación de vulnerabilidad y la misma posibilidad de colaborar con sus ascendientes. Por supuesto que las situaciones pueden ser muy variadas, y la casuística deber ser ampliada, ya que los escenarios pueden ser dispares, y no siempre serán iguales. Pero lo que sí creemos es que la ley debe tender a asegurar el confort de las personas mayores, y lo cierto es que mantenerla legítima protege a los padres, porque con ello podrían tener unas mejores condiciones de vida, y no nos referimos a que solo tenga o deba tener la legítima una función asistencial, que siempre que las circunstancias lo permitan como mínimo debería tener y servir para atender sus necesidades de vivienda, asistencia médica, alimentación, etc., sino que tiene una función más amplia ya que la legítima no debe responder simplemente a las situaciones de necesidad, para lo que existen otras instituciones, sino a la idea del robustecimiento de la familia. Sin embargo, el legislador gallego ha optado por limitar la legítima.

En lo referente al *quantum* correspondiente a cada legitimario hay que atender al artículo 243 LDCG, que destina a los descendientes la cuarta parte “*del valor del haber hereditario líquido*”.

Por tanto y en consecuencia de lo anteriormente dicho, esta legítima dista mucho de la legítima prevista en el CC, pues no se considera al legitimario coheredero o copropietario

y además se reduce la cantidad destinada a la legítima pasando a ser únicamente de un cuarto⁵⁰⁹. Es decir, un 25% de los bienes del causante. Afirma REBOLLEDO VARELA, que será distribuida a partes iguales entre cada hijo o sus linajes⁵¹⁰.

Obsérvese que tampoco contempla la mejora ni alude a ella, a diferencia de lo que sucede en el derecho común, que permite disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla a mejorar a los hijos o descendientes. Por tanto, se elimina la mejora. Si contempla el pacto sucesorio de mejora, pero queda claro que nada tiene que ver con el concepto de mejora del derecho común pese a que mantenga (artículo 214 de la LDCG).

A diferencia de lo que ocurre en derecho común, en el derecho gallego los nietos o bisnietos, solo tienen derecho a la legítima, si ha premuerto su padre o madre, o si su padre o su madre hubieran sido justamente desheredados o declarado indigno. Es decir, en el derecho gallego, en caso de existir hijos los nietos no son legitimarios. Por lo que debe tenerse en cuenta que en el derecho gallego existe preferencia de grado entre los descendientes. Por tanto, mientras que en derecho común los nietos adquieren en relación con la legítima corta la condición de legitimarios por derecho de representación, en relación con la legítima larga o mejora, si es el caso, por hacer uso de esta facultad, pueden adquirirla, por derecho propio.

En lo que, si hay coincidencia con el derecho común, es en que los nietos o posteriores descendientes adquieren la legítima, por derecho de representación en el supuesto de que los hijos hayan sido justamente desheredados o declarados indignos, adquiriendo estos su cuota por estirpes.

Por otro lado, en el derecho gallego la legítima de los hijos se reparte siempre en partes iguales entre los hijos y estirpes, mientras que en derecho común permite distribuir la cuota de forma desigual, al poder disponer respecto de alguno o algunos de sus hijos o nietos, del tercio destinado a mejora, es decir se puede disponer de una de las dos terceras partes que forman la legítima, cuando existen varios descendientes. Por tanto, en derecho común cuando existe pluralidad de descendientes, el causante tiene la facultad de disponer, de un

⁵⁰⁹ Frente a las dos terceras partes del haber hereditario del Derecho común.

⁵¹⁰ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, Derecho Civil de Galicia: presente y futuro, en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, pág. 39 y ss.

tercio a favor de los descendientes sin tener en cuenta el grado, pudiendo disponer incluso en favor de sus bisnetos, es decir no rige el principio de que el grado más próximo excluye al más cercano y, por otro lado, puede disponer de ese tercio en la forma que quiera, incluso dejando la totalidad a uno solo de los descendientes.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es si el Derecho civil gallego se aparta del derecho común, en cuanto a la excepción de gravar la legítima de los descendientes en caso de que estén incapacitados judicialmente, ya que no pueden imponerse cargas en las legítimas, ni fideicomisos o gravámenes de ninguna clase. Y en caso de ponerse se tienen por no puesto (conforme establece el artículo 242 de LDCG). Es decir, cabe plantearse si en este extremo mantiene el derecho gallego la intangibilidad de la legítima. En derecho común como sabemos y hemos señalado en el capítulo anterior, tampoco se puede en principio, gravar la legítima, salvo excepciones y dejando aparte la del usufructo del cónyuge viudo el Código Civil, se exceptúa a también lo dispuesto en el artículo 808 del CC, respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados⁵¹¹, permitiendo gravar con sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta. Permitiendo con ello beneficiar y proteger a los incapacitados. Conviene preguntarse por ello si esta excepción rige en derecho gallego o no. Ha de entenderse que al tener un régimen propio no se aplica la excepción apartándose del derecho común o por el contrario ha de entenderse que rige el derecho común por tener carácter supletorio. La solución ha de ser una de dos.

Autores como DIAZ TEIJEIRO distinguen entre lo que llaman legítima global, que se corresponde con la cuarta del valor líquido del haber hereditario en su totalidad y la legítima individual que se corresponde con la parte proporcional que queda una vez se haya dividido está entre los hijos legitimarios o sus linajes⁵¹².

BOSCH CAPDEVILA nos hace una interesante observación acerca de la legítima gallega, pues al establecerse la legítima de un cuarto a los descendientes a partes iguales, la legítima individual dependerá del número de descendientes, “*si se trata de un único hijo este*

⁵¹¹ Art. 808 del CC, en su párrafo tercero que prescribe que “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

⁵¹² DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, *La legítima de los...*, *op.cit.*, pág. 75 y ss.

recibirá 1/4 de la herencia, mientras que si este tiene cuatro hermanos solo recibirá la vigésima parte”. Por tanto, se trata de una legítima que depende del número de legitimarios, en este sentido considera que se trata “de una legítima incierta”⁵¹³.

Con respecto al cálculo de esta porción hereditaria “legítima global”, tal y como señala RIVAS MARTÍNEZ, ha de hacerse una vez deducidas las deudas. En efecto, el artículo 244-1 señala que: *“para fijar la legítima el haber hereditario del causante se determina conforme a las siguientes reglas ...”*⁵¹⁴. Que a continuación se detallan

En primer lugar, es necesario computar los bienes y derechos por el valor que tuviesen los bienes en el momento de la muerte del causante. A esto es necesario deducir, como ya hemos indicado, las deudas. Además, este artículo nos señala que deberá actualizarse el valor monetario en el momento en el que se vaya a hacer el pago de la legítima.

En segundo lugar, y del mismo modo que se hace en el CC, es necesario sumar al caudal relicto las donaciones, tal y como se plasma en el artículo 244-2 de la LDCG: *“Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso”*.

No podemos olvidar que hay que añadir lo dispuesto en el artículo 245 de la LDCG que afirma que, salvo que el causante así lo exprese, se deben imputar al pago de la legítima de los descendientes, los legados o atribuciones de la herencia incluso en aquellos supuestos en los que los legitimarios renuncien a ellas, las donaciones hechas a los legitimarios y las mejoras pactadas, y por último las donaciones hechas a hijos premuertos que fueran hijos de un legitimario.

Una vez fijado, por tanto, el valor global, este se divide en cuatro y les corresponde una cuarta parte a partes iguales entre los hijos correspondiéndole a cada uno la legítima

⁵¹³ BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos Civiles Españoles”, *Libertad de testar y sus límites*, Collegi de notaris de Catalunya, Marcial Pons, 2018, pág. 150 y ss.

⁵¹⁴RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág. 1857.

individual que, como ya habíamos adelantado, al igual que en el CC, en la LDCG, si uno de los hijos fallece su parte les corresponderá a sus descendientes, del mismo modo que pasa en aquellos supuestos en los que hay indignidad o desheredación.

El pago de la legítima aparece regulado en los artículos 256 y siguientes. En este punto es importante tener en cuenta que, en primer lugar, es el testador el encargado de asignar la legítima y para aquellos supuestos en los que no sea así, los herederos, de común acuerdo, deben decidir la manera de realización del pago que, como hemos dicho al inicio de este epígrafe, puede hacerse con bienes hereditarios o extrahereditarios. No obstante, el artículo 256 de la LDCG prevé que a falta de acuerdo deberá hacerse el pago con bienes hereditarios; además se especifica que, salvo disposición del testador, no podrá hacerse el pago parte en bienes y parte en dinero⁵¹⁵. Se establece, por otro lado; un plazo para el pago de la legítima, que será de un año, para que el heredero pague al heredero legitimario, pasado ese plazo se crean intereses legales.⁵¹⁶

1.1. La desheredación en el Derecho Foral Gallego

Como ya indicamos al principio de este apartado, y siguiendo la línea tradicional, del mismo modo que aparece regulada la figura de la legítima esta viene acompañada de la desheredación, a la que la LDCG le dedica la sección cuarta: *Del apartamiento y la desheredación*.

Antes de nada, hay que hacer hincapié en que las causas de desheredación en esta Ley son las mismas para cualquier legitimario, es decir, tanto para el cónyuge como para los descendientes. Por lo que, en el derecho gallego, se unifican las causas de desheredación, a diferencia de lo que ocurre en el derecho común, que señala diferentes causas según el tipo de legitimario. No obstante, es conveniente hacer una serie de presiones a la afirmación que acabamos de hacer.

⁵¹⁵RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág. 1861 y ss.

⁵¹⁶ZAPATA LÓPEZ, Jorge, *Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea*, Tesis doctoral dirigida por Dr. D. Adolfo Antonio DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Universidad Católica de San Antonio, mayo, 2017, pág. 168.

El artículo 263 de la LDCG establece como justas causas para desheredar⁵¹⁷

1.^a Haberle negado alimentos a la persona testadora. Si lo comparamos con el derecho común, debe resaltarse que es la misma causa que encontramos en el CC en el art. 853.1, para poder desheredar a los hijos y descendientes. Teniendo en cuenta que la regulación de los alimentos es la establecida en el art. 142 del CC, nos encontramos con una causa de morfología idéntica a la que contiene el CC. En relación con los cónyuges, coincide también con la causa contemplada en el art. 855.3, que permite desheredar al otro cónyuge por negarle alimentos, si bien en el derecho común también se permite desheredar al cónyuge niega alimentos a los hijos mientras que en el gallego no se contempla.

Esta causa es común a todos los legitimarios, tanto en el derecho gallego como en derecho común.

2.^a Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente. Es otra de las causas que nos encontramos en el art. 853CC para poder desheredar a los hijos o descendientes⁵¹⁸.

Con respecto a la interpretación de las causas de desheredación por parte de la jurisprudencia menor nos parece relevante destacar la Sentencia 143/ 2016 de la Audiencia Provincial de la Coruña de 15 de abril de 2016, pues si bien en esta sentencia no existe causa real de desheredación se asume como bien dice la Sentencia la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto estableciendo que se pronunció ya esta Sección de la Audiencia Provincial, en su sentencia de 24 de noviembre de 2014, la cual reza "*Ha de asumirse como postura interpretativa adecuada la expresada por la reciente y difundida STS núm. 258/2014 de 3/6/2014 (RJ 2014, 3900) pues, aunque no nos hallamos en el ámbito normativo del derecho común como luego se desarrollará, la identidad de la regulación legal del supuesto de la desheredación en la norma gallega hace que tal pauta interpretativa, en ausencia de jurisprudencia propia y distinta del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre la cuestión, deba guiar la interpretación de la norma autonómica,*

⁵¹⁷ A tenor de los artículos 262.1 de la LDCG “el desheredamiento justo de un legitimario priva a este de su legítima”. Y, conforme al 265 del mismo cuerpo legal “la persona desheredada injustamente conserva su derecho a la legítima”.

⁵¹⁸ En el derecho común los hijos no pueden desheredar a los padres por esta causa, al no estar contemplada expresamente, salvo que puede encuadrarse en alguna de las causas del art. 756 que dan lugar a la indignidad. En derecho gallego como no tienen derecho los padres a la legítima, con lo cual no se le puede aplicar ninguna causa de desheredación.

en especial dada la primacía de la voluntad del causante y la restricción de la extensión de la legítima introducidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006).Dicha resolución considera que la imposibilidad de analogía o de interpretación extensiva de las causas de desheredación no equivale a un criterio valorativo rígido o sumamente restrictivo, sino que ha de permitir una "interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen", para considerar que "el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra", para concluir, que "fuera de un pretendido "abandono emocional", como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante.⁵¹⁹ donde , ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios", y ello en un supuesto fáctico del que se dice que las sentencias de las instancias inferiores "consideraron probado que en cuanto a su trato fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar".

Cabe pues considerar una de las especies del maltrato el constituido por actuaciones que supongan una grave falta de respeto o consideración, o el grave desentendimiento y abandono respecto del causante, que ha de traducirse en actos externos que puedan así considerados y que no deben confundirse con que en los ámbitos afectivos o subjetivos las relaciones entre el legitimario y el causante puedan ser frías, conflictivas o muy tenues... .La sentencia de instancia ni desconoce ni obvia tal doctrina jurisprudencial, antes bien, la sentencia del Tribunal Supremo invocada por los apelantes, de 3/06/2014 , figura transcrita en el fundamento de derecho segundo. Por lo que se enlaza racionalmente el primer motivo de recurso, con el segundo, de error en la valoración de la prueba, que es

⁵¹⁹ Sentencia núm. 143/2016 de la Audiencia Provincial de la Coruña de 15 de abril de 2016, (REC 258/2015).

verdaderamente el núcleo de la cuestión litigiosa⁵²⁰.”

Otra de las sentencias que queremos destacar es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de febrero de 2019, relativa a la falta de relación familiar pues siguiendo igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que para que esta sea causa de desheredación es necesaria que sea imputable al progenitor alegando que *“De dichas declaraciones solo cabe concluir que existía una escasa relación entre el padre y sus hijos, pero que la misma debe imputarse al progenitor, ya desde la infancia de los ahora demandantes, por lo que, como se afirma en la STS de 27 de junio de 2018 en relación con el supuesto allí examinado, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a los hijos, dado que se trataba de niños cuando el padre decidió alejarse de forma afectiva de ellos. Hay que concluir entonces que no consta probado que los demandantes en momento alguno hayan faltado al respeto o consideración o maltratado de forma alguna a su progenitor, por lo que no se aprecia que concurra la causa de desheredación del artículo 262.2º LDCG invocada, lo que lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar la sentencia de instancia.”*

En relación al cónyuge viudo en nuestra opinión, se encontraría subsumida en la causa primera del artículo 855, haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. Obsérvese, que esta causa en derecho común no se aplica para poder desheredar a los padres, salvo que conllevara la privación de la patria potestad.

3.^a El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, que no entraremos a valorar pues se refiere al cónyuge como usufructuario⁵²¹.

Es claro que esta causa solo se puede aplicar para desheredar al cónyuge como ocurre en derecho común, por lo que no es una causa común a todos los legitimarios, al ser

⁵²⁰ En el caso que nos ocupa, dice la Audiencia “si avanzamos en punto a analizar las declaraciones testificales, observamos lo contradictorio de su sentido y la dificultad intrínseca de deslindar sentimientos opuestos y malas relaciones de lo que propiamente es un maltrato físico o psíquico o una grave injuria. Lo primero queda sobradamente acreditado, pues parece claro que las relaciones familiares fueron frías y distantes, por ambas partes. La concurrencia de lo segundo, no. En tal sentido, la conclusión de la Juez "a quo", sobre inexistencia de prueba suficiente para considerar concurrente la causa de desheredación del artículo 236.3ª de la Ley de Derecho Civil de Galicia, es la única plausible y que esta Sala comparte. Por lo que la Audiencia considera que en este supuesto no se prueba que haya causa para la desheredación.

⁵²¹ No siendo objeto de análisis en nuestro trabajo los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

imposible aplicar como resulta obvio a otro legitimario y en este extremo el derecho gallego mantiene una causa que solo se puede aplicar entre cónyuges.

4.^a Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del CC.

En derecho común las causas de indignidad también se aplican a todos los legitimarios. Es decir, pueden ser invocadas frente a todos los legitimarios, en relación con la causa del art. 756.7 nos remitimos a lo dicho al analizar las causas de indignidad.

Existe un número mayor de causas de desheredación en el derecho común que en el derecho gallego.

Por último, de este artículo se desprende que, si bien existen causas propias de desheredación en la Ley Gallega, se remiten para las causas de indignidad al CC. La doctrina considera que debemos tener en cuenta que no todas esas causas podrán ser reprobables al legitimario gallego, ya que quedan excluidas aquellas que se refieren a los ascendientes, si bien, no podemos olvidar que las causas de indignidad no se aplican únicamente a los herederos forzosos sino a cualquier heredero, aun no siendo legitimario, por tanto, no podemos compartir esa idea⁵²².

Como sabemos la desheredación solo se aplica en la sucesión testada, mientras que las causas de indignidad se aplican a cualquier tipo de sucesión. Las causas de indignidad, si llegan a ser conocidas por el testador puede hacer valer como causas de desheredación, mientras que las causas de indignidad como ya hemos analizado pueden alegarse en todo caso por cualquier interesado, pese a no ser conocidas e inhabilitan para suceder por cualquier título. Si el testador existiendo una causa de indignidad no la incluye en el testamento para desheredarle, seguirá el régimen de la indignidad.

Los efectos de la desheredación son los mismos que en el derecho común, el desheredado se ve privado de su derecho a la legítima, sin embargo, los hijos o descendientes de los desheredados y de los indignos, ocupan su posición, y en consecuencia adquieren su porción legitimaria representándoles en la legítima.

Si la desheredación ha sido injusta el legitimario tiene un plazo de cinco años para

⁵²²*Op.cit.*, DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, *La legítima de los ...*, pág. 49 y ss.

ejercitar la acción, desde la muerte del causante, de acuerdo con el artículo 266 de la LDCG, calificándolo la ley como plazo de caducidad⁵²³.

1.2. Los pactos sucesorios en el Derecho Foral Gallego

Es importante incluir una diferencia con respecto al Derecho Común y que afecta a la legítima, pues se permite en el Derecho Foral Gallego (y en otros que analizaremos más adelante), realizar pactos sucesorios. La LDCG los regula en los artículos comprendidos entre el 209 y el artículo 227, inclusive, y como caracteres generales establece que los otorgantes sean mayores de edad, y con plena capacidad de obrar, así como que sean otorgados en escritura pública.⁵²⁴

El primero de ellos es la apartación, a través del cual se puede renunciar a ser heredero forzoso, es decir a la legítima futura, lo que sería nulo en el Derecho Común, que prohíbe este tipo de pactos, a favor de una cuantía que se recibe en vida del causante.⁵²⁵ RODRIGUEZ-URÍA SUÁREZ lo define como *“el pacto otorgado por el apartante y el legitimario a través del cual el apartado queda excluido de modo irrevocable de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de unos bienes concretos que le son adjudicados”*.⁵²⁶

Aparece regulado en los artículos 224 y siguientes de la LDCG, de los que podemos

⁵²³ La Sentencia núm. 55/2019, de 1 febrero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2019, Sección 1,(AC 2019/200). Señala que el art. 266 LDCG dispone que "las acciones a causa de preterición o desheredamiento injusto se extinguen por caducidad a los cinco años de la muerte del causante ", de manera que, de haberse ejercitado exclusivamente una acción de preterición, es indudable que la misma habría caducado, puesto que, fallecido D. Celso en fecha 21/08/2006, la demanda no se interpuso hasta el 15/01/2018 (no el 29/01/2018 que se dice en la sentencia), esto es, transcurridos más de once años.

Ahora bien, junto a la acción de preterición, se ejercitó una segunda acción de petición de herencia, cuyo ejercicio está sometido al plazo de prescripción de treinta años a contar desde que el poseedor aparente de los bienes se atribuyó su propiedad, lo que en el supuesto enjuiciado no se ha acreditado que ocurriera antes del fallecimiento del testador, por lo que el plazo de prescripción no podría considerarse culminado hasta el 21/08/2036.”

⁵²⁴ Artículos 210 y 211 LDCG.

⁵²⁵ Destacar la Sentencia núm. 407/2016 del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016, (REC 325/2015), donde se señala que la diferencia entre la apartación y la donación es la intencionalidad misma de la apartación ya que en esta última no hay liberalidad.

⁵²⁶ RODRIGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pág. 88 y ss.

extraer, por un lado, que el apartante podrá dar cualquier bien o derecho en pago independientemente del valor. Ante ello, nos surge la duda de qué es lo que pasaría si se dañase la legítima de los demás herederos forzosos. Además, se puede pactar que el apartado quede excluido de la sucesión intestada, por lo que no podremos compararlo, por esta característica, a *la deffinitio* contemplada en el derecho balear, que estudiaremos en el epígrafe correspondiente. No obstante BERMEJO PUMAR, considera “*que la apartación no es una renuncia a la legítima ni un pacto sobre la desheredación*”, basando su tesis en que el apartado, queda excluido de heredero forzoso mediante al apartamiento pero no pierde su condición de legitimario, por último y en lo referente a este pacto queremos destacar la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Galicia de 24 de septiembre de 2012 pues nos da una clara explicación de este pacto sucesorio “Así entendemos que el apartamiento es un pago anticipado de la legítima: un pacto sucesorio por el que el apartante entrega al apartado, de presente, unos determinados bienes, a cambio de que éste quede excluido, desde tal momento, de su eventual condición de legitimario.” Añade además la citada sentencia puntualiza como características propias de este pacto que se trata de un acuerdo de voluntades y que se trata de una atribución de la legítima.⁵²⁷

Otro de los pactos que se contempla en el Derecho Gallego es el pacto de mejora, que aparece recogida en el artículo 214 el cual reza son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos. Se trata por tanto de una delación hereditaria como se desprende en el artículo 181 de la LDCG, cuyo origen está en un negocio celebrado entre un ascendiente y un descendiente que tiene como fin otorgar a título gratuito una serie de bienes (puesto que no podrá ser una cantidad de la herencia) de los que se dispondrá *mortis causa*.

Dentro de estos pactos se encuentra el de mejora de labrar y poseer. Se trata de una institución típica del Derecho Gallego⁵²⁸. La intención y el origen de este pacto radican en evitar la desintegración que ocasionan las particiones hereditarias, transmitiendo la

⁵²⁷ Sentencia núm. 549/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de septiembre de 2012, (REC 15545/2011).

⁵²⁸FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, nos explica que “El paisano, amante de su familia, de su tierra y su lugar, conocedor... de su derecho, guarda fiel observancia, casi culto, a sus costumbres jurídicas, formadas justamente por sus mayores, en defensa de la familia, de la campiña y por ende del lugar ...”. “La mejora de labrar y poseer”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 1, núm. 3, 1948, pág. 879.

denominada *casa petrucial* a un único heredero⁵²⁹. La propia Ley hace referencia además a la era, los corrales y los huertos⁵³⁰ en el artículo 219 de la LDCG cuyo tenor es el siguiente “1. *El ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasariado, aunque las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra.*

2. Si en el pacto no se dispusiera otra cosa, la adjudicación supondrá la institución de heredero en favor del así mejorado”.

Como pacto, deberá realizarse durante la vida del causante, asignando unos bienes concretos a un adjudicatario que deberá ser un descendiente, “se trata por tanto de un negocio jurídico bilateral, familiar”⁵³¹. Además, tal y como señala ESTEVEZ ABELEIRA⁵³², “constituye un negocio mortis causa porque sus efectos patrimoniales se retrasan normalmente al momento del fallecimiento del de cuius, salvo en el caso del pacto de mejora con entrega de bienes de presente” ya que existen las dos modalidades de presente y futuro; por otro lado, el pacto devendrá ineficaz en caso de que el mejorado no sobreviva al causante, salvo que expresamente se haya pactado una sustitución, pues es la propia Ley la que no permite la premoriencia.⁵³³

El último de los pactos que se contempla es el usufructo a favor del cónyuge viudo. Si bien el cónyuge queda fuera de nuestro estudio, debemos mencionarlo ya que afecta a la legítima, pues permite gravarla, en su totalidad, o de forma parcial, tal y como se desprende

⁵²⁹FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *op.cit.*, pág. 880.

⁵³⁰ Artículo 220 de la LDCG, “En los casos a que se refiere el artículo anterior, la casa petrucial y su era, corrales y huertos, tratándose de lugar acasariado, y la explotación agrícola, comercial o fabril se reputarán indivisibles a efectos de la partición”.

⁵³¹ ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa, *El pacto de mejora en el Derecho Civil de Galicia*, tesis doctoral, dirigida por Helena, MARTÍNEZ HENS, Universidad de Vigo, 2015, pág. 5.

⁵³²ESTÉVEZ ABELEIRA Teresa, “El pacto de mejora como negocio jurídico *mortis causa*”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, noviembre de 2016, pág. 3113-3142.

⁵³³Artículo 218 LDCG “Además de por las causas que se convinieran, los pactos de mejora quedarán sin efecto
1.º Si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas.
2.º Por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se realizara con entrega de bienes.
3.º Por incurrir el mejorado en causa de desheredamiento o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud.”

del art. 228⁵³⁴.

Creemos necesario poner de relieve que, en el derecho gallego, la legítima y la desheredación han cambiado, por un lado se reduce la cuantía de la legítima en relación a los hijos o descendientes, desaparece la mejora, y los nietos solo heredan si los padres han premuerto o cuando el padre o la madre hayan sido declarados indignos o desheredados justamente, y se suprime la obligación de reservar a los padres o ascendientes cualquier cantidad por legítima, dejando de ser legitimarios.

Se debilita o reduce, por tanto, la legítima en el derecho gallego respecto a la legítima del derecho común.

2. La legítima en el Código Civil Catalán

Iniciaremos este epígrafe parafraseando a RIVAS MARTÍNEZ pues, al igual que en el Derecho Común, la legítima en Cataluña “*es producto de una larga evolución histórica*”⁵³⁵.

Durante muchos años, se mantuvo en Cataluña un sistema de legítimas variable, que

⁵³⁴ “Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia”.

⁵³⁵*Op.cit.*, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, pág. 1798 y ss.

venía dando desde el sistema Justiniano⁵³⁶ (varía según el número de descendientes)⁵³⁷, y que hemos analizado al principio de esta investigación, en el capítulo correspondiente a los Antecedentes, pasando a fijarse la legítima de un cuarto. Así parece contemplada en el libro cuarto del Código Civil Catalán, relativo a las sucesiones, si bien es necesario remarcar que, tal y como se establece en su Preámbulo, “mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación”.⁵³⁸

4.2.1 La legítima en el Código Civil Catalán relativo a sucesiones

El Código Civil Catalán regula la legítima en su Libro IV, y la define en su artículo 451-1539 como la concesión “a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión

⁵³⁶*Ibidem*, establece que desde la Constitución de Alfonso III de 1333, hasta la constitución de las Cortes de Monzón, rigió el modelo de la Novela 18..., pág. 1798 y ss.

La institución de la legítima regulada en el art. 122 y ss., sufre diferentes modificaciones desde la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que recoge la regulación tradicional del derecho de Cataluña. BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960. Se modifica por Ley 13/1984, de 20 de marzo. BOE núm. 107, de 4 de mayo de 1984. Y, posteriormente es derogada por el Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. DOGC núm. 456, de 27 de julio de 1984. La Compilación conforma el derecho del legitimario como un derecho real, así lo preceptuaba el art. 140.

Posteriormente con la Ley 8/1990, de 9 de abril, de Modificación de la legítima, tal como puede leerse en la Exposición de Motivos”..., se configura como un derecho personal del legitimario contra la herencia y, por lo tanto, se prescinde del concepto de afección real que contemplaba el artículo 140 de la Compilación ... (además)... Se reduce a los padres el alcance personal de la legítima en la línea ascendente, con lo cual se evita en muchos casos la fragmentación de los patrimonios y se abandona el criterio de una troncalidad extensa que no se adecua a la realidad social de nuestros días ...”. BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1990.

Más tarde en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña. BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1992. Regula la legítima en el título V, que recoge íntegramente el texto de la Compilación en la redacción que le dio la Ley 8/1990, de 9 de abril. Es de destacar que, por un lado, se introduce, además, la institución del desheredamiento, inexistente con anterioridad, estableciendo su concepto, sus causas y sus efectos. Y, por otro lado, se establece una nueva regulación de la cuarta viudal. En el Preámbulo de la Ley 40/1991, al explicar su finalidad afirmaba: “la presente Ley contiene una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán. Se regulan en ella, de manera sistemática y ordenada, todas las instituciones sucesorias vigentes en Cataluña, por lo cual, por aplicación del artículo primero de la Compilación se excluye la aplicación directa o supletoria del Código Civil en Cataluña”. Todas estas leyes se encuentran actualmente derogadas.

⁵³⁷*Ibidem*, pág. 1799 y ss.

⁵³⁸ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones BOE núm. 190, de siete de agosto de 2008.

⁵³⁹ Aparece regulada en el Título V, bajo el título, otras atribuciones sucesorias determinadas por ley.

del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación o de cualquier otra forma”.

La definición que nos da este Código, léxicamente nada tiene que ver con la definición del Código Civil. Dando derecho a obtener del causante una atribución patrimonial, Derecho que consiste en una atribución sucesoria determinada por ley. En nuestra opinión, se trata de una definición más clarificadora que la establecida en el CC, ya que, desde un primer momento, establece la atribución de la misma, de diferentes maneras.

Si bien es cierto que en el CC la atribución de la legítima también puede hacerse de diferentes formas, es una deducción que tenemos que establecer tal y como hemos visto, de diferentes artículos del CC.

Por otro lado, GÓMEZ TABOADA hace una distinción clara entre la legítima catalana y la establecida en el derecho común al señalar que “*la diferencia fundamental en ambas radica en que la sometida al derecho común, no se puede partir la herencia sino es con la concurrencia del legitimario, que es cotitular del activo hereditario; mientras que en el Derecho catalán el heredero puede aceptar y adquirir los bienes hereditarios, debiendo el legitimario reclamarle a él. Pudiendo satisfacer la legítima incluso con bienes que no forman parte de la herencia*”⁵⁴⁰. Otros autores también observan la debilidad de la legítima catalana, frente a la contemplada en el CC⁵⁴¹.

En primer lugar, parece oportuno analizar el artículo 451-1, que le da a la legítima, directamente, la naturaleza de *pars valoris*, es decir, le concede un derecho de crédito, tal y como señala LARRONDO LIZARRAGA, “*de carácter puramente personal o bien con afectación real sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia*”. Esta configuración de la legítima fue una de las modificaciones que se estableció la Ley de 9 de abril de 1990⁵⁴².

El CCcat de sucesiones establece como sujetos legitimarios a los hijos y

⁵⁴⁰ GÓMEZ TABOADA, Jesús, *Derecho de sucesiones de Cataluña, teoría y práctica*, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2012, pág. 385 y ss.

⁵⁴¹ QUESADA PAÉZ, Abigail, Esta debilidad viene marcada no solo en la reducción de la cuantía, sino también le otorga un carácter crediticio. *op.cit.*, pág. 212 y ss.

⁵⁴² LARRONDO LIZARRAGA, Javier, “El nuevo Derecho Sucesorio catalán”, *Análisis del libro IV del Código Civil de Cataluña*”, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 163 y ss.

descendientes y, a falta de estos, a los padres⁵⁴³.

En relación a la legítima de los descendientes, se establece que los hijos son legitimarios a partes iguales, mientras que en el derecho común de las dos terceras partes de la legítima de los descendientes, una la legítima corta o estricta queda reservado a los hijos en partes iguales, pero la otra, la legítima larga o mejora puede ser destinada como se quiera a favor de alguno o algunos de los hijos o descendientes, es decir puede distribuirse de forma desigual a voluntad del causante y por tanto, en consecuencia puede ser la cuota variable entre los descendientes si el testador así lo desea.

Se dispone del mismo modo la premoriencia, en el derecho común, es decir que si alguno de los hijos, fallece, sus descendientes tendrán derecho a la parte que recibiría su padre de estar en vida; del mismo modo se fija con respecto de los desheredados e indignos y ausentes. Y, son representados por sus respectivos descendientes por estirpes. Es decir, en la línea descendiente, opera en los supuestos citados el derecho de representación. Debe destacarse también que los nietos en el derecho catalán no son legitimarios existiendo los padres, salvo que lo sean por derecho de representación.

Es necesario hacer una serie de aclaraciones respecto a la legítima de los ascendientes, pues tal y como se establece en el artículo 451-4 del CCcat, únicamente tendrán derecho a la legítima, en primer lugar, los padres y no los demás ascendientes y solo si no existen descendientes, pues de haberlos, aunque estos estuviesen desheredados o declarados indignos, no disfrutarían de este derecho. Sin embargo, nos llama la atención que no se diga nada en caso de que el descendiente repudie la herencia, y nos preguntamos, por tanto, si en ese supuesto, los progenitores tendrían derecho a la legítima.

Los progenitores son legitimarios por mitad, si solo existe un progenitor le corresponde el derecho a la legítima íntegramente. Se trata de un derecho intrasmisible que se extingue si no es reclamado en vida del legitimario.

Por tanto, igual que sucede en el derecho común, no existe derecho de representación en la línea recta ascendiente. Ni tienen derecho a la legítima en caso de desheredación o indignidad de los descendientes sin estirpes. La legítima de los ascendientes tiene también

⁵⁴³ Artículo 451-3 del CCcat.

un carácter subsidiario respecto de la legítima de los hijos. Si bien en el derecho catalán solo son legitimarios los padres, se excluye cualquier otro ascendiente.

LARRANDO LIZARRAGA considera que a los progenitores les corresponde la mitad de la herencia y en aquellos casos en los que solo haya un ascendiente, ya sea este desheredado o indigno o solo sobreviviese un progenitor, le corresponde la parte íntegra, si bien quedan excluidos los otros ascendientes de ulterior grado, puesto que no están considerados legitimarios⁵⁴⁴.

El *quantum* de la legítima aparece recogido en el código catalán, que establece que será la cuarta parte de la cantidad base que resulte de una serie de normas, enmarcadas dentro del artículo 451-5.

En primer lugar, a los bienes que hubiese en la herencia al momento de la muerte, ha de deducirse las deudas; además se descontarán del mismo modo los gastos del entierro y de última enfermedad. Por tanto, *el relictum* está formado, tal y como establece RIVAS MARTÍNEZ, por “*todos los bienes y derechos que una persona deje a su fallecimiento y que no se extingan con su muerte*” y sobre esto se deducen las deudas que hubiere así como, ya hemos indicado, los gastos de entierro o incineración y de última enfermedad si los hubiere⁵⁴⁵.

En segundo lugar, a esa cantidad debe añadirse el valor de los bienes donados. Si bien es verdad, y como hacíamos referencia al inicio, el CCcat establece, entre las medidas para debilitar la legítima, la de no poder traer a colación aquellas donaciones no hechas a legitimarios realizadas diez años antes de la muerte del testador, sin embargo, sí serán imputables, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos del texto catalán, en aquellos supuestos “*que se trate de donaciones otorgadas a legitimarios e imputables a su legítima, en cuyo caso son computables sin límite temporal*”⁵⁴⁶.

Por último, y en relación con las donaciones o actos dispositivos computables, el

⁵⁴⁴LARRONDO LIZARRAGA, Javier, *op.cit.*, pág. 166 y ss.

⁵⁴⁵RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág. 1806 y ss.

⁵⁴⁶ Tal y como se indica en el artículo 451-5, en su letra b “Al valor líquido que resulta de aplicar esta regla, 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 donación”.

artículo que venimos analizando añade que deberán sumarse los deterioros que se hayan podido originar en estos bienes por parte del que recibió la donación, y en el caso de pérdida del mismo o enajenación por parte del donatario se sumara el valor que tenía el bien en el momento que se perdió o enajenó.

Sin embargo, y en opinión de BERMEJO PUMAR, es necesario distinguir en la colación “*entre donaciones y atribución de anticipo de la legítima*”, puesto que en la cantidad base, no tiene porqué sumarse las donaciones. En el Derecho Común, el propio CC hace referencia a los “*regalos de boda*” como liberalidades no colacionables, salvo que estas excedan de “*un décimo o más de la cantidad disponible por testamento tal y como dispone el art. 1044*”⁵⁴⁷. Por el contrario, en el Derecho Catalán, se puede en pacto expreso, considerar que será imputable, siguiendo a la autora, establece que “*lo que reciben del causante a título gratuito no todo puede tenerse por imputable ni computable.*”

La cuantía de la legítima de los descendientes y ascendientes en el derecho catalán es siempre de una cuarta parte, cuantía más reducida que la del derecho común, que además es una cuantía de cuota variable, ya que de las dos terceras partes de la cuantía que corresponde a los descendientes, solo un tercio es una cuantía fija, siendo el tercio de mejora de cuantía variable si así lo dispone el testador, y también lo es de cuota variable para los ascendientes, la mitad, del haber hereditario de los hijos y descendientes, y si concurre con el cónyuge viudo será de un tercio.

Al cónyuge viudo, se le atribuye como máximo la cuarta viudal del caudal relicto, pero debe aclararse que no es legitimario. La cuarta viudal se puede reclamar siempre que sea para cubrir sus necesidades vitales, que se perfilan entre otros con los siguientes criterios como, por ejemplo, el nivel de vida, edad, estado de salud, salarios y rentas percibidas o perspectivas económicas previsibles, artículo 452 del CCcat. Es de destacar que la unión estable de hecho se equipará al cónyuge viudo, es también según la ley una atribución patrimonial, que se extingue si el viudo o el conviviente muere sin haberla reclamado. Se considera de una acción personal contra los herederos del causante.

Como ya hemos sostenido la legítima en el derecho común no tiene una naturaleza

⁵⁴⁷BERMEJO PUMAR, María Mercedes, “Los derechos legitimarios ...”, *op.cit.*, pág.1256 y ss.

asistencial, y es independiente de la posición económica.

2.2. La desheredación en el Código Civil de Cataluña

Del mismo modo que se contempla en el CC, el CCcat. Regula expresamente la desheredación y así aparece recogida en su artículo 451-17, estableciéndose, por un lado, como causas de desheredación las causas de indignidad que aparecen recogidas en el artículo 412-3y, por otro lado, las causas de desheredación propiamente dichas⁵⁴⁸⁵⁴⁹.

Es importante destacar que se establecen las mismas causas de desheredación para todos los legitimarios sin hacer ningún tipo de distinción, a diferencia del Derecho Común.

Para que sea efectiva la desheredación, se debe recoger en testamento codicilo o pacto sucesorio, como se desprende del art.451-18. Al igual que en el derecho común, no se

⁵⁴⁸Como hemos señalado las causas de desheredamiento se introducen por primera vez en el art 370 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña que señalaba que “Son causas de desheredamiento1.º Las de indignidad contenidas en el artículo 11.2.º Haber negado alimentos al testador o a su cónyuge, o a los ascendientes o descendientes de aquél, cuando existe obligación de dárselos.3.º Haber maltratado de obra o injuriado, en ambos casos gravemente, al testador o a su cónyuge.4.º Haber sido privado de la patria potestad que correspondía al padre o la madre legitimarios sobre el hijo testador, o la que correspondía al hijo legitimario sobre sus hijos nietos del testador, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes que conlleva.”

⁵⁴⁹Se consideran causas de indignidad según lo establecido en el artículo 412-3

“a) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber matado o haber intentado matar dolosamente al causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante.

b) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido dolosamente delitos de lesiones graves, contra la libertad, de torturas, contra la integridad moral o contra la libertad e indemnidad sexuales, si la persona agravada es el causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante.

c) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber calumniado al causante, si lo ha acusado de un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años.

d) El que ha sido condenado por sentencia firme en juicio penal por haber prestado falso testimonio contra el causante, si le ha imputado un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años.

e) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares, en la sucesión de la persona agravada o de un representante legal de esta.

f) Los padres que han sido suspendidos o privados de la potestad respecto al hijo causante de la sucesión, por una causa que les sea imputable.

g) El que ha inducido al causante de forma maliciosa a otorgar, revocar o modificar un testamento, un pacto sucesorio o cualquier otra disposición por causa de muerte del causante o le ha impedido hacerlo, así como el que, conociendo estos hechos, se ha aprovechado de los mismos.

h) El que ha destruido, escondido o alterado el testamento u otra disposición por causa de muerte del causante.”

permite que la desheredación sea parcial o condicional; Debe constar la causa legal por la que se deshereda, y además una designación nominal del legitimario al que se vaya a desheredar.

Son causas de desheredación, según lo establecido en el artículo 451-17

“a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3.

b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos.

c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador.

d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.

e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”.

En lo referente a las causas de indignidad, podemos ver similitudes con el Derecho común, si bien existen algunos matices diferenciales de especial relevancia. Por ejemplo, nos llama la atención la primera de las causas “*El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber matado o haber intentado matar dolosamente al causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante*”.

Esta causa, aunque parecida al derecho común, debe observarse que no exactamente igual, para que esta causa lo sea de indignidad tiene que calificarse el delito como doloso, lo que no ocurre en el derecho común, por otro lado, nos parece bastante incompleta si lo comparamos con la equivalente a nuestro CC, que recordemos que incluye no solo matar o intentar matar, sino también haber “*ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante*”. Si bien el maltrato grave si está recogido como causa de desheredación, y en él se puede incluir tanto el maltrato de obra, como la violencia psíquica.

No se recoge en el CCcat. la causa para la protección de las personas con discapacidad⁵⁵⁰. Nos sorprende que no haya habido una ampliación de las causas de indignidad por parte del legislador catalán, pues, como es por todos sabido, esta causa tiene como finalidad que no queden las personas con discapacidad en situación de desamparo.

Otra consideración que debemos hacer es que, aunque el derecho catalán unifica en un solo artículo las causas de desheredación, es conveniente incidir en que algunas de ellas no se pueden aplicar a todos los legitimarios, por ejemplo pensemos en la causa 412-3 de indignidad que se refiere a los padres que hayan sido suspendidos o privados de la potestad respecto al hijo causante, de la sucesión, por una causa que le sea imputable, solo se puede aplicar para desheredar a los ascendientes. Igual ocurre con la causa de desheredación con la causa de desheredación 451-17, CCcat *“La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legítimo sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legítimo sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.”*. Exclusivamente aplicable a los ascendientes.

Con respecto al resto de causas de desheredación, también existen claras diferencias con el CC y no solo residen en que un único artículo regule las causas de desheredación para todos los legitimarios sino que hay diferencias de fondo, pues se considera causa de desheredación *“ la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el causante y el legítimo”* que si bien se ha admitido en el derecho común incluyéndose dentro del maltrato, *al menos indirectamente, pues se ha considerado que el abandono emocional supone un maltrato psíquico y reiterado, incompatible con los deberes de los hijos, como hemos analizado en la jurisprudencia del TS, a partir de la Sentencia anteriormente analizada de 3 de junio de 2014, y más recientemente la Sentencia del T. S 104/2019, 19 febrero. Con lo que parece abierta esta posibilidad, pese a que esta causa no esté regulada como tal, haciendo el TS, verdaderos esfuerzos, por adaptar las causas de desheredación a la realidad social.*

Pero en el derecho catalán hay que subrayar que no cualquier ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y legítimo es causa desheredación solo

⁵⁵⁰ Artículo 756. 7 del CC *“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”*.

cuando es imputable exclusivamente al legitimario. No basta con que sea una ausencia de relación temporal, sino que tiene que ser continuada en el tiempo, y manifiesta es decir que sea conocida por el propio ámbito familiar o por terceras personas.

Este precepto fue introducido como novedad con la Ley 10/2008, de 10 de julio, y será la única causa de desheredación en la que nos detendremos, puesto que el resto de ellas, son equivalentes a las del Derecho Común y ya han sido analizadas en el capítulo correspondiente⁵⁵¹. Ya en el preámbulo de la Ley, se advierte que se ha adicionado esta nueva causa “A pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente”.

Efectivamente, la desheredación en general es difícil de probar cuando el legitimario impugna la misma por considerar que es injusta, pero en este caso en concreto, será más difícil para los restantes herederos probar la certeza de la causa a los que corresponde la carga de la prueba de que concurre la causa de desheredación, por la complejidad que estas situaciones tendrá en muchos casos probar que la falta de relación se debe exclusivamente al legitimario y es ajena al causante.

En sentido, RIVAS MARTÍNEZ, considera que “*el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria*” que entraña, pues se requiere una prueba de hecho negativa y además que se le pueda imputar al legitimario⁵⁵². En esta línea, ARROYO y FARNÓS afirman que la voluntad del testador sería más sencilla de cumplir si el legislador catalán “*hubiere presumido la validez de la causa de privación y hubiera evitado al heredero tener que probar su veracidad cuando el legitimario la considera injusta*”⁵⁵³. Además, el legislador no describe qué se entiende por falta de relación “*manifiesta y continuada*”,

⁵⁵¹ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, BOE núm.190 de 7 de agosto de 2008.

⁵⁵²RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op. cit.*, pág. 1939.

⁵⁵³ ARROYO AMAYUELAS, Esther, FARNÓS AMOROS, Esther, “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *InDret*, abril 2015, pág. 7 y ss.

La Sentencia 49/2018, de 31 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, señala en su fundamento tercero que para que se de esta causa de desheredación, la falta de relación *“debe referirse al periodo inmediatamente anterior a declararse por el testador en su acto de última voluntad su decisión en desheredar y que esa circunstancia se mantenga hasta la muerte”*⁵⁵⁴. Considera el Tribunal que *“(…) Este razonamiento debemos completar ahora diciendo que si la causa de la desheredación hecha valer por el testador consiste en una ausencia ininterrumpida de relación familiar, como es el caso, habrá que examinar su naturaleza de continuada y manifiesta y valorar su imputabilidad al legitimario o al propio testador teniendo en cuenta toda la duración de la falta de relación, sin que tenga ningún sentido restringirla -sin más precisión temporal- en la época inmediatamente anterior a la formalización de la desheredación ”(…).* *“Pero en nuestro caso no se dan estas circunstancias fácticas, toda vez que, como ha quedado expuesto en el primer fundamento jurídico, la falta de relación familiar entre el testador y sus hijos matrimoniales comenzó con el abandono repentino del domicilio familiar por padre cuando aquellos eran menores, sin que conste que más tarde el padre hiciera ningún intento serio encaminado a retomar la relación afectiva con los hijos aquí demandantes”*⁵⁵⁵. Con esta argumentación considera el TSJ que no es procedente esta causa para desheredar a los hijos. Por tanto, no se puede demostrar que la falta de relación este fundada en exclusiva en una causa imputable exclusiva e individualmente al legitimario.

Es importante destacar, aunque fuera del ámbito sucesorio, que la introducción de esta causa de desheredación ha supuesto un cambio también con respecto al derecho de

⁵⁵⁴Sentencia núm. 49/2018 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 31 mayo de 2018, (RJ 2018\3912).

⁵⁵⁵ Anteriormente, en la Sentencia núm. 2/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª, de 8 de enero de 2018, (RJ 2018\150). Se analizó, que momento temporal había que considerar para valorar si concurría la causa de desheredación, por falta de relación manifiesta entre el causante y el legitimario, llegándose a la conclusión, de que se debe tener en cuenta el comportamiento posterior del causante y del legitimario desheredado, no solo para probar una eventual reconciliación o perdón, sino desde la perspectiva específica del artículo 451-17-E del CCcat., es decir a los efectos de probar la existencia o no de la relación familiar en el momento de la desheredación, o para averiguar la imputabilidad de la falta continuada de relación familiar al causante, al legitimario o ambos. ... *“No concurrirá por tanto la causa de desheredación si, aplicando criterios de causalidad adecuada vinculados a las circunstancias del caso, la desaparición del vínculo afectivo es sólo imputable al causante ni tampoco si lo es en partes significativas al propio causante y al desheredado”*.

2 .En definitiva, la falta de verdadera relación familiar entre el testador y sus hijas no puede calificarse de "exclusivamente imputable" a ellas, por lo que su desheredación debe ser calificado de injusta.

alimentos, y se introduce en sus causas de extinción, tal y como se recoge en el artículo 237-13 del CCcat. en su apartado E pues dispone que 1. La obligación de prestar alimentos se extingue por las siguientes causas

- a) El fallecimiento del alimentado o de la persona o personas obligadas a prestarlos.
- b) El divorcio y la declaración de nulidad del matrimonio.
- c) La reducción de las rentas y del patrimonio de las personas obligadas, de modo que haga imposible el cumplimiento de la obligación sin desatender a las necesidades propias y las de las personas con derecho preferente de alimentos.
- d) La mejora de las condiciones de vida del alimentado, de modo que haga innecesaria la prestación.
- e) El hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17.
- f) La privación de la potestad sobre la persona obligada, si el alimentado es uno de los progenitores.

2. Las causas a que se refiere el apartado 1.e) no tienen efecto si consta el perdón de la persona obligada o la reconciliación de las partes.”.

Por tanto, al ampliar como causa de desheredación la falta de relación, influye como causa de extinción del Derecho de alimentos, tema que hemos tratado anteriormente en el capítulo del Derecho Común.

Nos resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 14 de enero de 2019⁵⁵⁶, cuyos hechos son los siguientes, se solicitaba que su ex mujer y madre de sus hijos, pagase 400 euros mensuales en concepto de alimentos a su hijo mayor de edad que convive con su padre y cursa los estudios Universitarios. Por otro lado, la demandada, se opuso a la modificación y declara la extinción de prestar alimentos a su hijo mayor de edad por la concurrencia del supuesto previsto en el art. 237-13 en relación con el artículo 451-17.2 del Código Civil Catalán, mencionado artículo, *prevé la desheredación*

⁵⁵⁶ Sentencia núm. 40/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de 2019 (JUR 1/2019).

por falta continuada y manifiesta de relación entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario". La sentencia de primera instancia, considera justificada la falta de relación entre la madre y su hijo, siendo causa imputable exclusivamente al descendiente desde el año 2012, por lo que declara la extinción de la prestación alimenticia del hijo, esta sentencia fue ratificada en segunda instancia con el siguiente razonamiento del examen de la prueba practicada existe base suficiente para imputar al hijo exclusivamente la ruptura unilateral del contacto con su madre surgida tras la ruptura matrimonial, y se acredita que existe una ausencia continuada y notoria del contacto del hijo con la madre " resultando infructuosas las gestiones intentadas por la madre por teléfono para mantener un mínimo contacto, lo que hace pensar que la ausencia de la relación es imputable exclusivamente al hijo".

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia Catalán considera en su fundamento tercero, que "El motivo único del recurso denuncia la vulneración del artículo 237-13.1, y / CCCat en relación con el artículo 451-17.2, y / CCCat, y se articula al amparo del supuesto letra b / del artículo 3 de la Ley 4/2012 (LCAT 2012, 152), es decir, por falta de doctrina de este tribunal"

Según lo expuesto anteriormente, el recurrente ha restringido el interés casacional en los siguientes términos: ante un incumplimiento grave y reiterado de una obligación legal o judicial -en este caso, la obligación de la madre de contribuir a los alimentos de su hijo mayor establecida en la sentencia de divorcio-, debe considerarse justificada la falta de relación familiar materno-filial y, en consecuencia, "no procede la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo porque es prioritario el cumplimiento del deber legal y judicial de prestar alimentos "

"La sentencia de este tribunal 11/2017, de 2 de marzo , ya se ha pronunciado sobre el sentido y alcance de las normas indicadas, y lo ha hecho en el sentido de rechazar la pretensión de un progenitor de quedar eximido de seguir contribuyendo a los alimentos de una hija mayor de edad en plena etapa formativa al considerar que, aunque "episódica y conflictiva", había una cierta relación familiar entre padre e hija; sin embargo, añade que en caso de concurrir una hipotética falta de relación tampoco procedería la extinción de la obligación de alimentos, dado que no sería imputable en exclusiva a la hija, ya que no se

había probado un rechazo absoluto por su parte a relacionarse con el padre⁵⁵⁷.

Por lo que aquí interesa, la afirmación más relevante de la STSJ 11/2017 es aquella donde subraya que, "a pesar de que la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar por causa exclusivamente imputable al legitimario, o en su caso al alimentista sea en un caso causa de extinción de la legítima, y en otro causa de extinción del derecho de alimentos, esta Sala considera que el derecho a la legítima y el derecho de alimentos tienen una naturaleza distinta y que esta naturaleza influye en la hora de determinar el grado de rigor con que se ha de analizar la conducta de una parte de un legitimario que niega ningún tipo de relación con su causante y del otro la del alimentista que se opone a relacionarse con el obligado a darle alimentos ". Y aquella otra según la cual "las afirmaciones del legislador en el contexto de la legítima no son miméticamente trasladables a los alimentos menos en supuestos de la obligación de los padres hacia sus hijos que a pesar de ser mayor de edad no hayan terminado su formación , ya que no se trata sólo de un derecho-obligación de reflejo familiar y de un sentido de justicia, sino de un derecho básico contemplado expresamente en el artículo 236-17.1 del CCCat, en decir los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben tener cuidado de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir, educarlos y proporcionarles una formación integral ". "Después de todo, la legítima constituye una atribución gratuita, bien diferente de la finalidad de cobertura de necesidades básicas a las que responden los alimentos derivados de la potestad parental".

El propio tribunal trae a colación dos sentencias de su mismo tribunal una de 2/2018, de 8 de enero, y 49/2018, de 31 de mayo (RJ 2018, 3912), ambas de privación de la legítima amparadas en el artículo 451- 17.2, y / CCCat, "tras hacerse eco del sentido elemental de justicia que justifica la privación de la legítima a quien se desentiende de los vínculos de solidaridad familiar a que responde la institución, subrayan la exigencia legal de que la privación del derecho derive de una causa "exclusivamente imputable" al legitimario y la conveniencia de emplear criterios de causalidad adecuada para valorar la imputabilidad de la ausencia de relación."

En este caso ambas sentencias, consideran que la falta de relación de los padres y los

⁵⁵⁷ Sentencia núm. 11/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de marzo de 2017, (RJ 2354/2017).

hijos surgidas tras la ruptura matrimonial, cuando los hijos son menores de edad, hace que no se les pueda imputar a estos últimos la culpa de la falta de relación y sin embargo recordemos que la sentencia impugnada y que es el antecedente de la que ahora se está analizando si consideran que la falta de relación es imputable al hijo, sin embargo el Tribunal Superior de Justicia considera que esta falta de relación no es imputable exclusivamente a este, “ya que se da una circunstancia que se escapa totalmente de su ámbito de actuación... pues esta deja de cumplir la obligación de prestar alimentos al hijo desde que era un adolescente, hasta que en 2014 se le reclama la deuda”. En base a esto el Tribunal considera que el comportamiento de la madre, ha debido de condicionar la actitud del hijo, así como la ausencia de relación y por ello no se puede decir que la causa es imputable únicamente al hijo, por lo que no se estima la extinción de la pensión.

Nos sorprende que si bien es el propio Código Civil Catalán, el que exige que la falta de relación sea imputable en este caso exclusivamente el hijo, es el propio Tribunal el que además exige que está no deba darse, si la falta de relación comenzó por un proceso de ruptura de los progenitores cuando los hijos sean menores de edad, ya que el Código nada dice de eso y si ya resulta difícil probar que la falta de relación es exclusiva de una de las partes, será más complicado aún que la falta de relación de los hijos con los padres se dé desde que hay una falta de convivencia.

En el supuesto de la TSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y de Penal, Sección 1), en su Sentencia núm. 20/2019, de 11 de marzo 558, en el que una abuela e deshereda a sus nietos por falta de relación afectiva y comunicación entre los nietos y la abuela, el abandono sentimental sufrido por ella y la ausencia de interés con sus problemas diarios, podrían ser socialmente reprochables y está regulado como nueva causa de desheredación en el art. 451-17. 2 e) CCCat., pero en el caso inaplicación al caso al no regir al momento de otorgamiento del testamento y alegarse en el mismo exclusivamente el art. 370. 2 CS que regula la desheredación fundada en la denegación de alimentos, que no resulta probado. La abuela en ningún momento les reclama alimentos, por lo que nunca se negaron.

⁵⁵⁸Sentencia núm. 20/2019 Tribunal Superior Justicia de Cataluña de 11 de marzo de 2019, Sala de lo Civil y de Penal, (RJ 2019/2022).

3. Derecho Foral Balear

No podemos referirnos a un Derecho Foral Balear de un modo general, pues como nos señalan LLODRÁ GRIMALT Y FERRER VANREL aunque es verdad que algunas de las normas de la compilación Balear rigen para todo el territorio, cada isla tiene su propio Derecho Civil⁵⁵⁹.

Por tanto, hay que distinguir entre las islas de Mallorca y Menorca, por un lado, e Ibiza y Formentera, por otro. La Compilación de derecho Balear fue modificada por la Ley de 6 de septiembre de 1990,⁵⁶⁰ dando lugar al Texto refundido de la compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (de ahora en adelante CDCIB), y posteriormente la Ley 7/2017 de 3 de agosto por la que se modifica la compilación de Derecho Civil Balear⁵⁶¹.

3.1. Mallorca y Menorca

Al igual que en el CC, se contempla como legitimarios en las Islas de Mallorca y Menorca a los descendientes, ascendientes y al cónyuge, y así aparece regulado en el artículo 41 de la Compilación.

Comenzaremos nuestro análisis a partir del artículo 48 pues vamos a ver cómo este precepto considera la legítima como un derecho a una porción de bienes que deberán ser abonados con bienes pertenecientes a la herencia; por otro lado, el propio testador o el heredero distribuidor en aquellos casos en los que no se haya dicho lo contrario, pueden realizar el pago con dinero, incluso tal y como dice el artículo “*aunque no lo haya en la herencia*”, por tanto consideramos que por regla general se establece una legítima *pars bonorum*⁵⁶², pudiendo llegar a ser *pars valoris* pues así se reconoce en la Resolución de 13

⁵⁵⁹ LLODRÁ GRIMALT, Francesca y FERRER VANRELL, María del Pilar, “Legítima en las Islas Baleares” en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, (coord.) Thomson Reuters, Civitas, 2^a ed., 2016, Pamplona, pág. 602 y ss.

⁵⁶⁰ Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación de Derecho Civil Balear. BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

⁵⁶¹ Ley 7/2017 de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, BOE 223 de 15 de septiembre de 2017, en su exposición de motivos III.

⁵⁶² QUESADA PAÉZ, Abigail, *op.cit.*, pág., 215.

de junio de 2013, de la dirección General de los Registros y del Notariado ⁵⁶³.

Se especifica, además, que han de cumplirse los legados “así como la asignación o distribución de bienes determinados, ordenados a favor de los legitimarios por el testador o heredero distribuidor”.

Para el pago de la legítima, se atenderá al valor que tuvieren los bienes de la herencia al tiempo de la liquidación; a esto habrá que sumarle los frutos y rentas producidos desde la muerte del causante y tener en cuenta que desde la liquidación el crédito metálico devengará el interés legal. Así, el art. 48 dispone que

“La decisión de pago en metálico sólo producirá efectos si se comunica fehacientemente a los legitimarios en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago se efectuará dentro del año siguiente a la comunicación, si la legítima no supera la tercera parte de la herencia, y en el término de dos años, en caso contrario.,

Transcurridos los plazos expresados sin que se haya efectuado el pago en metálico de la legítima, podrá el legitimario reclamar su pago o complemento judicialmente, pudiéndose anotar la demanda en el Registro de la Propiedad. Todos los bienes de la herencia están afectos al pago en metálico de la legítima, pero, respecto a terceros hipotecarios y en garantía de los legitimarios, será aplicable, en lo pertinente, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. La institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor de quien resulte legitimario implicarán atribución de legítima, aunque no se exprese así, y se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante, el donante o el heredero distribuidor. Esta imputación surtirá efecto, aunque el legitimario repudie la herencia, la asignación o distribución, o el legado.

Los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 del Código civil, y el cónyuge viudo podrá hacer uso de la del artículo 840 del Código civil.”

El propio comienzo del artículo nos muestra ya una legítima con una naturaleza de

⁵⁶³ Tal y como se reconoce en la Resolución de 13 de junio de 2013, de la dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Felantix núm. 2 a la inscripción de una adquisición por sucesión hereditaria. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2013.

pars bonorum, pues indica claramente que se deben pagar las legítimas con bienes de la herencia. Tal y como expone LASARTE ÁLVAREZ, “se configura un derecho a una parte o cuota de los bienes relictos”⁵⁶⁴, si bien afirma RIVAS MARTÍNEZ que el mismo artículo flexibiliza esa condición pues si el testador lo permite el heredero distribuidor puede autorizar una legítima en dinero extrahereditario⁵⁶⁵.

Con respecto a la cuantía de la legítima, esta será respecto de los hijos y descendientes tal y como dispone el art. 42 CDCIB, la tercera parte del haber hereditario si fuesen cuatro o menos, y la mitad si fuesen más, por lo que se establece una legítima de cuantía variable. A esto hay que añadir que el mismo artículo nos da las pautas que establecen que se consideraran hijos no solo los naturales sino también los adoptivos, y los descendientes de los premuertos.

Tanto en Mallorca como en Menorca se consideran legitimarios en defecto de los descendientes los padres del fallecido, entendiéndose por ellos, según lo dispuesto en el art. 43 CDCIB, en la sucesión de un hijo matrimonial, sus padres; en la sucesión de un hijo adoptado, aquellos que lo adoptaron; y en la sucesión de un hijo matrimonial, los que lo hayan reconocido o los que se indiquen reconocidos en una resolución judicial. Con respecto a la cuota que les corresponde, es de un cuarto que se distribuirá de la siguiente manera, en el caso de la supervivencia de ambos progenitores, se repartirá a partes iguales, mientras que existiendo solo uno, este recibirá la totalidad de la cuarta parte.

Al igual que en el Derecho Común, la legítima en Menorca y Mallorca podrá satisfacerse de diferentes formas, como heredero, legado o por donación. La Ley 7/2007 modifica la compilación a este respecto quedando establecido lo siguiente “*Las legítimas se defieren, también en estos supuestos, desde la muerte del testador, y se podrán pagar, sin otras formalidades especiales, en metálico, si aquel no lo ha prohibido y el distribuidor así lo dispone. Sin embargo, si el día en que quede efectuada definitivamente la expresada elección o distribución aún no se han exigido las legítimas ni hecho efectivas las que deban satisfacerse en metálico, se contarán precisamente desde dicho día los plazos a los que se refiere el párrafo cuarto del artículo 48 para comunicar la decisión de pago de las legítimas*

⁵⁶⁴ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op.cit.*, pág. 170 y ss.

⁵⁶⁵ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág. 1777.

en dinero y para efectuar su entrega por el heredero o herederos”.

3.1.1. La desheredación en Menorca y Mallorca

En la Compilación de 1990 se remitía la regulación de las causas de desheredación a lo establecido en el CC, si bien y tras la modificación de la compilación con la ley 3/ 2009 se añade el artículo 7 bis, conteniendo una serie de causas de indignidad “*Son indignos para suceder*

a) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.

b) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.

c) Los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela, guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor o discapacitado causante de la sucesión.

d) Los condenados por sentencia firme a pena grave contra los deberes familiares en la sucesión de la persona agraviada.

e) Los que hayan acusado al causante de delito para el que la ley señale pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

f) Los que hayan inducido u obligado al causante a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias, o le hayan impedido otorgarlas, modificarlas o revocarlas.

g) Los que destruyan, alteren u oculten cualquier disposición mortis causa otorgada por el causante.”

Este artículo ha sido modificado a su vez por la ley 7/ 2017, y a raíz de esta modificación, el apartado 3 del artículo 7 bis del Texto refundido de la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, aprobado por el Real Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, pasa a tener la siguiente redacción

«3. Las causas de indignidad del apartado 1 son también justas causas de desheredación.»».

3.2. Ibiza y Formentera

Si bien se establece un Derecho Foral diferente al de las otras islas, sí podemos afirmar que coincide con ellas con respecto a la legítima de los descendientes, pues se establece, del mismo modo, una legítima variable *justiniana*, que dependerá del número de hijos siendo la tercera parte en aquellos casos que haya hasta cuatro hijos, mientras que si son más se establece una legítima de la cuarta parte. Los hijos aparecen recogidos en el art. 79 CDCIB. y junto a los descendientes, se contemplan como legitimarios a los ascendientes. En este punto concreto, la CDCIB remite a los artículos 809 y 810 del CC, siempre que no sea contrario a lo dispuesto en ese mismo capítulo que se corresponde con el Libro III, Título II, Capítulo VI. Recordemos que la cuantía que destina el CC a los ascendientes en la legítima es la mitad del haber hereditario pero no podemos olvidar que no se habla en el art. 79 del CDCIB de ascendientes en general sino que únicamente se contemplan a los padres, y no a los ulteriores.

Siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ, la legítima en las Islas Pitiusas se constituye como *pars valoris bonorum quia in specia heres solvere debet*, apareciendo así calificada en la propia Exposición de Motivos de la Ley Balear que venimos analizando⁵⁶⁶. Este calificativo otorga al legitimario un derecho real, de realización, que afecta a modo de carga o gravamen sobre todo el patrimonio. Es, por tanto, una parte concreta de los bienes o del dinero en líquido.⁵⁶⁷

3.2.1. La desheredación en Ibiza y Formentera

Al igual que en el caso de las Islas de Mallorca y Menorca, las causas de desheredación serán las contempladas en el CC; además son de aplicación en estas islas las dos reformas que hemos mencionado para las otras islas, la de 3/ 2009 y la de 7/ 2007, de la Compilación de Islas Baleares, estando las causas de indignidad reguladas en el art. 69 bis

⁵⁶⁶ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág.1792.

⁵⁶⁷ MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, *op.cit.*, pág. 386 y ss.

CDCIB.

3.3. Pactos sucesorios en las Islas Baleares

Es importante analizar dentro del Derecho Balear la figura de *la deffinitio*, o definición, característica de este derecho foral, y que afecta a la legítima, fue regulada en 1274 por los privilegios del Rey Jaime I, la edad para otorgar la *deffinitio*, varia, pues era de doce años para las mujeres, siendo para los varones de catorce, BARRAN ARNICHEs, establece que “*el objeto de la renuncia podía abarcar a todos los derechos sucesorios legalmente debidos*”⁵⁶⁸.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 28 de mayo de 1992, nos proporciona el origen de esta figura en su fundamento 5 “*históricamente, que, en consideración a la constitución de la dote u otra donación, podían hacer las hijas al contraer matrimonio, primero, los hijos e hijas que profesaban órdenes religiosas, después, y, posteriormente, los hijos varones que salían de la familia*”.⁵⁶⁹

Se trata de una figura aplicable a todas las Islas⁵⁷⁰, tal y como se desprende de CDCIB⁵⁷¹, y consiste en un pacto sucesorio, a través del cual los legitimarios pueden

⁵⁶⁸ BARRAN ARNICHEs, Paloma, “La definición y el finiquito de legítima en el Derecho Civil de Baleares”, *La notaría*, núm.5, mayo, 1999, pág. 79.

⁵⁶⁹ Sentencia núm. 1/1992 Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 28 de mayo de 1992, (RJ 1993\430).

⁵⁷⁰ Antes de la reforma de 2017, su aplicación era exclusiva de Isla de Mallorca, mientras que en Ibiza y Formentera se conocía con el nombre de finiquito de la legítima. Texto refundido de 6 de septiembre de 1990.

⁵⁷¹ Artículo 50 CDCIB “Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad.

La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima.

El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición.

La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública.

Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima.”

Artículo 77 CDCIB “Por el «finiquito» de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquél. La cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia.

renunciar tanto a todos sus derechos sucesorios, como a la legítima a cambio de una atribución patrimonial, ya sea mediante donación o compensación, tal y como se desprende del art. 50, para las Islas de Mallorca y Menorca y del art. 77 para las Islas de Ibiza y Formentera⁵⁷².

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1995, en su fundamento undécimo delimita esta figura como “un negocio jurídico complejo (no unilateral) que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos; acto mutuamente condicionado que requiere la intervención de ambas partes, enmarcado en el ámbito propio de los pactos sucesorios como negocio jurídico bilateral, un contrato sobre herencia futura «que se produce en vida de los padres» cuando el patrimonio de éstos no es todavía herencia. Características todas que distancian esta institución de la donación mortis causa,”⁵⁷³ En este mismo sentido, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 21 de marzo de 2002 que remarca que “la definición se inserta normalmente en un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados - el acto de liberalidad y la renuncia - y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona”⁵⁷⁴

Por lo tanto, la definición se caracteriza por tener dos actos clave y consecuencia uno del otro, el primero de ellos sería que el legitimario reciba de algún modo compensación del patrimonio del causante, y por otro lado, contempla una renuncia anticipada de la legítima⁵⁷⁵. Dicho en palabras de FAUS, “*se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, lo que hace que tal negocio complejo devenga oneroso, aún siendo gratuita la*

En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera.”

⁵⁷² BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, pág. 1268.

⁵⁷³Sentencia núm. 1/1992 del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 28 de mayo de 1992, que establece en su fundamento 6 que “si se atiende a que la definición se inserta normalmente en un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados -el acto de liberalidad y la renuncia- y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, habrá que inclinarse por el punto de vista de la onerosidad, dado que con el perfeccionamiento de la definición ambas partes obtienen ventajas a costa de la otra: el ascendiente, porque elimina las limitaciones a la facultad de disponer de sus bienes que surgen de la necesidad de proteger la intangibilidad de las legítimas; y el descendiente, porque recibe una atribución patrimonial que normalmente no se habría entregado hasta la muerte del causante”.

⁵⁷⁴Sentencia núm. 158/2002 del Tribunal Superior de Justicia de islas baleares de 21 de marzo de 2002.

⁵⁷⁵*Op. cit.*, BERMEJO PUMAR, María Mercedes, pág. 1270.

causa de, por una parte, la donación y por otra la renuncia”. Se trata por tanto, de un pacto sucesorio con una serie de características propias⁵⁷⁶. No obstante parte de la doctrina considera que se tratan de dos negocios diferenciados, por un lado, estaría la donación como negocio en si, y por el otro el de renuncia a futuros derechos legitimarios, sería siguiendo esta tesis dos pactos unilaterales⁵⁷⁷.

CARBONELL CRESPI, se decanta en esta línea, al establecer que “No se trata de poner de acuerdo dos voluntades en una unidad de acto, sino que se contemplan dos negocios jurídicos distintos, incluso en momentos diversos. Uno de ellos, la donación, atribución o compensación hace referencia a un negocio ya celebrado o que puede celebrarse antes de la “diffinitio”; y se otorgue o no ésta última, el anterior negocio es válido y eficaz. En cambio, la “diffinitio” no puede existir sin el presupuesto negocial que es la atribución patrimonial (donación, atribución o compensación)”, añadiendo que se trata no solo de un negocio unilateral, sino que además este es abstracto y dispositivo⁵⁷⁸. Siguiendo esta misma tesis BARDENAS CARPIO plantea estos dos negocios de la siguiente manera, el primero serían los antecedentes de la deffinitio, donde el ascendiente atribuye una cantidad a título lucrativo al descendiente legitimario, siendo el segundo negocio, una renuncia por parte del descendiente de manera unilateral a todos o parte de los derechos a la herencia del ascendiente siendo un negocio causal, por tanto, este autor lo califica de pacto sucesorio “peculiar” “porque los intervinientes en el pacto no lo hacen en un solo acto, sino en dos sucesivos y separados (aunque vinculados causalmente el uno con el otro)”⁵⁷⁹.

No obstante, nosotros preferimos pensar que se trata de un solo negocio jurídico complejo con tres elementos clave, por el lado de los ascendientes un acto de liberalidad, que es a su vez aceptado por el descendiente en cuestión, y una voluntad de este último de

⁵⁷⁶FAUS Manuel, “La definición y la donación universal en Mallorca y Menorca, así como el finiquito en Ibiza y Formentera son donaciones especialmente reguladas por la legislación balear propia” *Practico de Derecho de sucesiones*, Vlex, <https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#sources/14777>, 11 de marzo 2020.

⁵⁷⁷ FERRER VANRELL, María del Pilar, *La Deffinitio* en el Derecho civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina, Ed. UIB, Palma 1992, págs. 102 y ss.

⁵⁷⁸ CARBONELL CRESPI, José Antonio, “La institución de “la definición” en la Compilación de derecho civil de las Islas Baleares”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Ills Balears*, núm. 8, 2006, pág. 69 y ss.

⁵⁷⁹ BARDENAS CARPIO, Juan Manuel, *Las Donaciones Colacionables en el Derecho Civil Balear*, Tirant lo Blanch, 2007, epígrafe 6, versión on-line.

renunciar a sus derechos legitimarios futuros.

Los sujetos que forman parte de la *deffinitio*, son por un lado un “*descendiente, legitimario y emancipado*”, y del lado del causante que se trate de un ascendiente Balear⁵⁸⁰. A través de esta figura, se hace un pago adelantado de la legítima, con el objetivo de que, una vez fallecido el causante, el descendiente, se compromete a no reclamar ningún derecho legitimario, no obstante, este podrá recibir como heredero o legatario la parte de libre disposición.

Con respecto a su ámbito territorial, hay que añadir que se podrá otorgar en aquellos casos en los que el causante tenga vecindad civil balear, a esto hay que añadir que el art. 50 del CDCIB, que el cambio de vecindad civil, posterior al otorgamiento de la *deffinitio*, no afecta a la figura, en este sentido nos gustaría traer a colación el art. 9 del CC, en su punto 8 que reza “La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

Nos planteamos si esa compensación patrimonial debe ser al menos de la cantidad que recibiría el legitimario en cuestión, ya que este pacto deja sin efecto cualquier disposición posterior relativa a la legítima. El art. 50 establece que si no se dice nada, el alcance de la *deffinitio* será el de la legítima.

Para las islas de Ibiza y Formentera, este pacto de renuncia se conoce como finiquito, y aparece regulado en el art. 77 el cual dispone que “*Por el «finiquito» de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquél. La cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia. En lo no*

⁵⁸⁰*Op.cit.*, FAUS Manuel, <https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#sources/14777>, 11 de marzo 2020.

convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera". Del propio artículo se desprende que la cantidad establecida en el pacto sucesorio, puede ser menor a la porción legitimaria, no obstante nos planteamos el supuesto contrario, que la cantidad pactada sea mayor que la porción legitimaria y que pasaría si lesiona la legítima del resto de descendientes.

Tanto para la *deffinitio* como para el *Finiquito* se establece que si no se ha fijado su alcance, este se corresponderá con la legítima, así CARBONELL CRESPI, dispone que "*Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3o del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima.*"⁵⁸¹

Estas dos figuras, son similares al apartamiento gallego, si bien, desde el origen del apartamiento gallego, esta figura no se prevé solo para los descendientes sino también para el ascendiente o cónyuge tal y como señala GARCIA RUBIO, esta es por tanto la gran diferencia entre ellas, ya que como ha quedado establecido para la *deffinitio*, así como para el finiquito, es necesario que los sujetos sean por un lado causante (ascendiente) y un hijo o descendiente.⁵⁸²

4. El Derecho Foral de Navarra.

4.1 Antecedentes Históricos

Como se sabe, de todas las comunidades que hemos ido estudiando, seguramente esta sea la que más dista del CC, pues esta Ley consagra la libertad de testar, si bien, y como veremos más adelante, existe alguna particularidad al respecto. Algunos autores afirman que esta diferencia tiene su origen en la herencia germánica, por su tradición jurídica⁵⁸³.

Para poder hacer un estudio de la legítima y la desheredación en el Derecho Navarro,

⁵⁸¹*Op.cit.*, CARBONELL CRESPI, José Antonio, pág. 71 y ss.

⁵⁸² GARCIA RUBIO, María de la Paz, "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *Anuario de derecho Civil*, Vol. 53, núm. 4, 2000, págs. 1398 y ss.

⁵⁸³MONDRAGÓN MARTIN, Hilario, *op.cit.*, pág. 293.

debemos acudir a la Ley 1/1973⁵⁸⁴, de 1 de marzo de 1973, pues regula la Compilación de Derecho Foral de Navarra⁵⁸⁵, La Ley 5/1987, la cual introduce notables modificaciones a la Compilación y por último, queremos dar una especial relevancia por su novedad a la Ley 21/ 2019 de 4 de marzo, que establece modificaciones referentes al Derecho de sucesiones que deberemos analizar⁵⁸⁶.

4.2 La legítima en el Derecho Foral de Navarra

Consideramos esencial señalar que la Ley 1/1973 se caracteriza por consagrar la libertad de testar, concretamente vamos a analizar el artículo 267, cuyo tenor es el siguiente

“La legítima Navarra en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero”.

De su lectura, podemos deducir que se trata de una legítima formal, pues hace referencia a una legítima simbólica, que carece de contenido económico. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 9 de septiembre de 2014, en su fundamento 7, reconoce que “(l)a legítima foral navarra es de carácter formal o simbólico y no tiene contenido patrimonial exigible”⁵⁸⁷.

Tras la reforma instaurada con la Ley 5/1987, se consideran legitimarios los hijos y la Ley 268 establece a este respecto que “*en defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes de grado más próximo*”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Ley 1/ 1973 de 1 de marzo por la que se aprueba la compilación de Derecho Foral de Navarra. BOE 7 de marzo de 1973.

⁵⁸⁶Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019.

⁵⁸⁷ Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 9 de septiembre de 2014, Sentencia núm. 11/2014 de 9 septiembre, (RJ 2014\5741).

⁵⁸⁸ Con la reforma, se suprime la prohibición de que pudiesen heredar los hijos adulterinos para el caso de que existiesen hijos o descendientes legítimos.

BOSCH CAPDEVILA considera que al establecerse una legítima formal a favor de los descendientes “*el único derecho de los legitimarios consiste en ser tenidos en cuenta de alguna manera por el causante...*”, es decir se establece una legítima de carácter colectivo⁵⁸⁹.

El artículo 269, recoge una serie de excepciones, supuestos por los que el testador no tendrá la necesidad de instituir a sus hijos “*No será necesaria la institución en la legítima foral cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les hubiese atribuido cualquier liberalidad a título “mortis causa”, o los hubiere desheredado por justa causa, o ellos hubieran renunciado a la herencia de aquel o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima*”.

4.3 Derecho de alimentos con carácter sucesorio en el Derecho Foral de Navarra y la Reserva de la Ley 273

No podemos dejar de mencionar, que la Reforma del año 2019, introduce un nuevo capítulo que tiene como fin proteger a los hijos y descendientes, con necesidades básicas y expone que “*se reconoce legalmente un derecho de alimentos para aquellos que se encuentren en situación legal de reclamarlos tras la muerte del progenitor obligado a su prestación y que comprende a todos ellos, es decir, tanto matrimoniales como no matrimoniales, así como de cualquiera de las sucesivas uniones e, incluso, cuando todos ellos tengan su origen en una única unión, aplicándose así con independencia de nuevas uniones y evitando cualquier discriminación*”⁵⁹⁰. Por lo que se transmite la obligación legal de alimentos a los sucesores en aquellos casos donde no existan otros obligados preferentes, en consecuencia serán estos últimos los que asuman la obligación dentro de los límites y a cargo de la atribución patrimonial, aparece recogido en la ley 272, al establecer que “*...los alimentos que los hijos o descendientes de aquel tendrían derecho a exigirle por tal concepto y situación, al hacerse efectiva su sucesión, podrán ser reclamados por ellos, a falta de otros obligados legales preferentes, a sus sucesores voluntarios a título universal o particular, en los límites de la atribución patrimonial recibida y con cargo a la misma.*

⁵⁸⁹ BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *op.cit.*, pág. 149 y ss.

⁵⁹⁰Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019, preámbulo, libro IV, punto 5.

La cuantía de los alimentos debidos se fijará en función de las necesidades del alimentista y del valor de los bienes recibidos del causante por los sucesores obligados, debiendo también tomarse en consideración los bienes que de forma efectiva hubiera adquirido en la sucesión el propio alimentista.

Cuando la obligación legal de alimentos a cargo del causante recaiga también sobre otro ascendiente del mismo grado, la cuantía de los alimentos debidos por cada uno será proporcional al valor de los bienes recibidos por sucesión del causante y a los recursos económicos del otro ascendiente asimismo obligado a su prestación.

Si los sucesores en virtud de tal atribución patrimonial son también hijos o descendientes del causante, en la determinación de la deuda de alimentos se tendrán asimismo en consideración sus propias necesidades y, en particular, las derivadas de su minoría de edad, de la persistencia de la dependencia económica de los que ya hubieran alcanzado la mayoría o de su discapacidad o dependencia. En ningún caso, la cuantía de los alimentos debidos en tal concepto por dichos sucesores podrá exceder de la cuota que idealmente correspondería a cada uno de los hijos del causante en una división igualitaria entre sí de su patrimonio.

La percepción de los alimentos debidos en virtud de lo establecido por esta ley no impide o excluye la ulterior exigencia de los generales legalmente debidos en caso de concurrir o persistir las condiciones que legitiman su reclamación”.

Pero hemos de reconocer, que no es la primera vez que el derecho foral de navarra prevé un derecho de alimentos para los hijos tras la muerte ya que en la Compilación Original, de 1973, se recogía en la Ley 302, un derecho de alimentos para aquellos hijos ilegítimos, DIEZ PICAZO expone que para poder reclamarlos debían encontrarse en situación legal de poderlos exigir, sin embargo y al reformarse la Compilación con la Ley 5/1987, y equiparar a los hijos ilegítimos con los legítimos para la sucesión, se suprime esta Ley⁵⁹¹.

⁵⁹¹ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “Notas sobre la sucesión *mortis causa* en la Ley Foral 5/ 1987, de 1 de abril, *Revista Jurídica de Navarra* (epígrafe XX), pág. 83 y ss.

También queremos destacar la especial protección que da la Compilación a los hijos de anteriores matrimonios, pues regula una obligación de reservar en la Ley 273, que consiste en que *“El progenitor que contrajera matrimonio o constituyera pareja estable con otra persona está obligado a reservar y dejar a los hijos de la unión anterior, o a los descendientes de los mismos, la propiedad de todos los bienes que por cualquier título lucrativo, hubiera recibido de su anterior cónyuge o pareja estable, de los hijos que con ellos hubiera tenido o de los descendientes de estos.*

Esta obligación subsistirá mientras existan descendientes reservatarios, aunque en el momento de su muerte el reservista hubiera dejado de estar casado o de convivir en pareja estable.

Será nula la dispensa de la obligación de reservar hecha por un progenitor en favor del otro para el caso de que este contrajera nuevo matrimonio o constituyera pareja estable con otra persona.

Será también nula toda disposición del progenitor que contraiga nuevo matrimonio o constituya nueva pareja estable que contravenga de cualquier otro modo lo establecido en esta ley”.

Así la propia ley contempla que está excluido del usufructo del cónyuge los bienes que deben reservarse a favor de los hijos y descendientes anteriores, sin embargo tal y como se recoge en la Ley 274, el progenitor que deba hacer esta reserva, puede disponer de estos bienes reservados entre cualquiera de los hijos o descendientes, añadir por último que se extinguirá cuando los reservatarios, renuncien a este derecho, fuesen incapaces de suceder, fuesen desheredados o no sobrevivieren al reservista tal y como se prevé en la Ley 276.

.4.4 La desheredación en el Derecho Foral de Navarra

Con respecto a la desheredación, y siguiendo a DIEZ PICAZO esta ha de ser “válida y eficaz”⁵⁹²; Esta figura, aparece recogida en la Ley 270, que dispone que *“Serán justas causas de desheredación las comprendidas en los números 1, 2, 3, 5 y 8 de la ley 154, así como las siguientes:*

⁵⁹²*Op.cit.*, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “Notas sobre la ...”, pág. 79 y ss.

1. La comisión de cualquier delito, la causación de un daño o la realización voluntaria de una conducta socialmente reprobable contra la persona o bienes del causante o contra personas integrantes de su grupo o comunidad familiar o de sus bienes.

2. La denegación indebida de alimentos al causante o a su cónyuge o pareja estable o a alguno de sus descendientes en los casos en que exista obligación legal de prestárselos”.

5. Derecho Foral de Aragón

5.1 Antecedentes Históricos

Resulta complicado saber cómo se regulaba la legítima en el territorio de Aragón antes del siglo XII. Sin embargo, diversos autores afirman que antes de ese siglo no existía ningún tipo de ley que limitase la libertad de testar⁵⁹³. VÁZQUEZ LEMOS señaló que Alfonso II autorizó a los habitantes de Jaca a que repartieran sus bienes, tuvieran o no hijos, con absoluta libertad de testar, aunque se trata de una localidad, otro de los fueros de la época, el de Daroca, que establecía, sin embargo, un reparto igualitario de los bienes entre los descendientes del difunto⁵⁹⁴. De lo expuesto, podemos deducir que en el territorio de Aragón no existía un sistema sucesorio unitario, y sería así, hasta la compilación de Huesca que data de 1247.

LALINDE ABADÍA nos explica que no podemos encontrar en la Compilación de Huesca la institución de heredero, por lo que nos recuerda a un tipo de “heredamiento”, con esta expresión, se podría estar haciendo referencia en el texto a las donaciones en vida por parte del causante. El autor incide en que en esa época, aunque se podía dejar libremente la herencia a través de las donaciones, sí se establece una legítima simbólica, así como un deber de alimentos⁵⁹⁵. A pesar de que no era de aplicación a todo el territorio de Aragón, lo que sí sabemos es que con el Fuero de 1311, se suprime la libertad de testar para el territorio de Teruel y Albarracín.

⁵⁹³BARRIO GALLARDO, Aurelio, op.cit., Estudio histórico comparado..., pág.50.

⁵⁹⁴ VÁZQUEZ LEMOS, Ana, *Fundamentos y históricos y jurídicos de la libertad de testar*, 2009, José María Bosch Editor, Barcelona, pág. 239.

⁵⁹⁵ LALINDE ABADÍA, Jesús, “Algunas precisiones conceptuales, sobre la legítima aragonesa”, *Anuario de historia del Derecho Español*, núm. 55, 1985, pág. 334 y ss.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que en el año 1311 se establece la posibilidad de instituir heredero a un único hijo, pudiendo apartar a los demás con una cantidad simbólica, siendo esta distribución la que se mantendría⁵⁹⁶.

La sucesión aparece regulada en el Decreto Legislativo de 1/ 2011 de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón⁵⁹⁷(CDFA). Es importante añadir que este Código refundía una serie de Leyes ya establecidas en materia de sucesión.

Debemos mencionar la Ley Aragonesa 1/1999, de 24 de febrero⁵⁹⁸, pues se considera la clave del inicio de la renovación del Derecho Aragonés⁵⁹⁹. Su preámbulo establece lo siguiente: “*La Compilación vigente, originada hace ya más de treinta años en circunstancias muy distintas de las actuales, a pesar de su notable altura técnica y de su acierto en la conservación de las instituciones del Derecho civil aragonés para las generaciones futuras, resulta hoy insuficiente y parcialmente inadecuada para las necesidades y expectativas de los aragoneses*”. Por ello, su intención era renovar, actualizar, así como completar las normas conforme a las circunstancias de los aragoneses de hoy. Mantenía la legítima colectiva un rasgo característico del Derecho de Aragón, si bien transforma la cuantía pasando a ser esta de dos tercios a la mitad del caudal, tal y como aparece fijado en su art. 486. En consecuencia, podemos afirmar que esta Ley otorga una mayor libertad de testar, aunque no vamos a entrar en el estudio de la misma pues nos centraremos en CDFFA.

5.2 La legítima en el Derecho Aragonés

La regulación de la legítima y la desheredación se encuentran ubicadas dentro del libro III CDFFA, en su Título VI, bajo la denominación “De la legítima”, pese a que no vamos a encontrar una definición de legítima en su texto.

SERRANO GARCÍA nos advierte que, ya en el preámbulo, se establece “*como*

⁵⁹⁶ VAZQUEZ LEMOS, Ana, *op.cit.*, pág. 478 y ss.

⁵⁹⁷ Decreto Legislativo de 1/ 2011 de 22 de marzo, BOE núm. 67 de 29 del marzo de 2011, VAZQUEZ LEMOS, Ana, *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*, 2019, pág., 328.

⁵⁹⁸ Ley Aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, BOE núm. 26 de 04 de marzo de 1999.

⁵⁹⁹ SERRANO GARCÍA, José Antonio, “Legítima en Aragón”, Validez y eficacia de normas y actos jurídicos, Proyecto de investigación DER2008-01669/JURI, *Revista de Derecho Aragonés*, núm. 16, 2010, pág., 67.

límite de la libertad de disponer de los aragoneses una legítima colectiva a favor de los descendientes...”, como ya hacía la Ley de 1999, esta se podrá distribuir solo a uno de los descendientes o a partes iguales, dejándose a elección del testador la forma de distribución⁶⁰⁰.

BERMEJO PUMAR denomina este sistema de legítima como “legítima materia electiva”, ya que no existe entre los descendientes orden de preferencia, este último término resulta a nuestro parecer equívoco⁶⁰¹, ya que el propio art.488 establece que “*son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus stirpes de descendientes*”, volviendo a hacer referencia al orden establecido en el artículo 512. En este mismo sentido QUESADA, considera que “el derecho de Aragón distingue dentro de los legitimarios a los de grado preferente a quienes reconoce legitimación para el ejercicio de las acciones de lesión cuantitativa de la legítima, de la exclusión o desheredación por error y para pedir alimentos”⁶⁰².

Al fijarse como legitimarios únicamente a los descendientes y, al “suprimirse la legítima formal”, se establece una legítima material de contenido económico, que tienen como únicos legitimarios a los descendientes. Así aparece regulado en el artículo 486,⁶⁰³ quizá, tal y como establece SERRANO GARCÍA, esta sea una de las novedades más importantes del CDFFA⁶⁰⁴, pues se suprime la legítima formal, la cual establecía una especial protección a aquellos “*que tienen derecho a una legítima formal ..sí son preteridos o injustamente desheredados serán llamados a una porción en el caudal igual al menos favorecido por el testador*”⁶⁰⁵.

Siguiendo con el análisis del art. 486 CDFFA, la legítima está formada por la mitad del caudal relicto, siendo la otra mitad de libre disposición. Además, como ya hemos

⁶⁰⁰ SERRANO GARCÍA, José Antonio, Legítima en Aragón, Tratado de Derecho de sucesiones, Tomo II, GETE ALONSO Y CALERA, M^o del Carmen, 2^a ed., Thomson Reuters, Civitas, pág. 487.

⁶⁰¹BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, Instituciones de Derecho Privado..., pág.1213.

⁶⁰²QUESADA PAÉZ, Abigail, *op.cit.*, pág., 212 y ss.

⁶⁰³ Artículo 486 del Código de derecho Foral Aragonés “los descendientes de cualquier grado, del causante son los únicos legitimarios”.

⁶⁰⁴*Op. Cit.*, SERRANO GARCÍA, José Antonio, “Legítima en Aragón ...”, pág. 480 y ss.

⁶⁰⁵ Exposición de motivos de la Ley 1/ 1999 de 24 de febrero, BOE núm. 26 de 04 de Marzo de 1999.

adelantado, la legítima tiene un carácter colectivo, por lo que podemos ver que en el Derecho foral Aragonés no se contempla una legítima de manera individual, como en el Derecho Común. Así, PALÁ BARAGÁN considera que al tratarse de una legítima colectiva “no puede haber ninguna expectativa entre los legitimarios porque ninguno de ellos sabe en qué proporción lo será”⁶⁰⁶. Inclusive puede, aun siendo legitimario, no llegar a recibir nada, siendo cualquiera de los otros el que reciba la totalidad. Todo esto no sería así, si el descendiente fuese único, ya que desde un primer momento sí existirá tal expectativa a recibir la parte alícuota que le corresponde, es decir, la mitad del caudal relicto. Es justo este supuesto el que hace que tenga sentido que se establezcan una serie de causas de desheredación, ya que como hemos reiterado anteriormente no es necesaria causa ni razón alguna para excluir a uno de los legitimarios cuando sean varios, o que se quiera desheredar a todos los legitimarios, si bien este supuesto nos parece más improbable.

Desde nuestro punto de vista, consideramos este sistema desigualitario, ya que permite la exclusión de descendientes sin ninguna causa o motivo pues, como ya hemos mencionado, ninguno de ellos tiene derecho a recibir un mínimo del caudal hereditario, y podemos por tanto llegar a compararlo con la mejora dentro del CC⁶⁰⁷.

En lo relativo al cómputo de la legítima, BERMEJO PUMAR, lo describe como “una legítima de bienes relictos” basándose en el artículo 497 de la CDFR, que dispone “1. La legítima debe atribuirse en bienes relictos. 2. El incumplimiento del deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando en favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos. 3. La reducción de liberalidades de bienes relictos hechas en favor de no descendientes no podrá afectar al cónyuge viudo y para su práctica será de aplicación el artículo 496”.

Es necesario apuntar en la legítima, dos peculiaridades, por un lado, no son

⁶⁰⁶ PALÁ BARAGÁN, Patricia, *La legítima colectiva en el Derecho Foral Aragonés*, Dir. M^a Reyes Corripio Gil- Delgado, Universidad de Comillas, Madrid, 2014. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/2178/retrieve>, última visita el 12 marzo 2021.

⁶⁰⁷ MONDRAGÓN MARTIN, Hilario, *op.cit.*, pág. 243.

imputables las liberalidades que el causante hubiere excluido, así el art 362 CDFA, que establece lo siguiente “1. La colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, más puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento. 2. La obligación de colacionar impuesta podrá ser dispensada posteriormente por el disponente en testamento o en escritura pública.” De este artículo se desprende que no hay obligación de colacionar cuando los bienes hayan sido donados a los descendientes⁶⁰⁸, junto este artículo el 363, regula “Cuando el causante hubiera dispuesto la colación de las liberalidades hechas por él, no se entenderán comprendidos, salvo que expresamente así lo declare, las liberalidades y gastos a que se refiere el apartado 2 del artículo 489”.

Por otro lado, se establece que la legítima pueda gravarse, pero con una serie de condiciones. Se reconoce también la renuncia a la legítima a través del pacto sucesorio, tal y como se ha visto en otros derechos forales. Aparece regulado en el art. 492.1 y además se permite gravar la legítima, tal y como se dispone en el art. 501 CDFA cuyo texto es el siguiente “No se incluyen en la prohibición del artículo 498 los siguientes gravámenes

1.º Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes, presentes o futuros, dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias.

2.º Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y solo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto.

3.º Los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo previsto en el artículo siguiente.

4.º Los demás previstos por la ley”.

Se concede al causante la facultad de gravar, siempre y cuando no haya lesión de la legítima colectiva

5.3 La desheredación y la exclusión en el Derecho Foral de Aragón.

Al igual que en el Derecho Común, para desheredar se necesita justa causa, cierta y legal, tal y como aparece regulado en el art. 509 del CDFA, no pudiendo olvidar que esta se

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pág. 243 y ss.

debe hacer por testamento, pacto o pacto de ejecución de fiducia. Seguidamente, el art. 510 establece como causas de desheredación

“a) Las de indignidad para suceder.

b) Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

c) Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado.

d) Haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación”.

Como figura propia del sistema aragonés debemos analizar la “exclusión” que aparece también recogida en el CDFa, en el Capítulo V junto con la desheredación. El propio Código distingue entre la exclusión absoluta y la exclusión voluntaria de descendientes. Podríamos decir que la diferencia entre la desheredación y la exclusión reside en que la primera se vincula a hechos reprochables, es decir, tiene una función sancionadora⁶⁰⁹, y debe cumplir los requisitos anteriormente expuestos, mientras que la exclusión voluntaria de descendientes no exige, tal y como regula el art. 512 CDFa, causa alguna, teniendo además como único derecho el de reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando haya lesión de la misma, y no necesita ponerse de manifiesto, es decir, expresarse. Es importante destacar, además, que el excluido mantiene el derecho de alimentos.

Por otro lado, podríamos afirmar que la exclusión absoluta tiene la misma función que la desheredación, pues el art 513 CDFa expone que

“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

⁶⁰⁹ BERMEJO PUMAR, María Mercedes, “Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas)” *op.cit.*, pág.1234.

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.”

Sí necesita expresarse, a diferencia de la exclusión voluntaria, pero tampoco necesita causa, ni justificación. Es importante diferenciar, siguiendo a BERMEJO PUMAR, que la exclusión no priva al legitimario de tal condición. Además, equipara la exclusión absoluta con la desheredación injusta⁶¹⁰. En este punto debemos tener en cuenta el artículo 514 que nos habla de error en el motivo o en la causa, y establece que: *“Si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos, pero no han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional”*.

5.4 Derecho de alimentos sucesorio y mención a la Troncalidad Aragonesa.

Consideramos imprescindible hacer mención al derecho de alimentos regulado en el CDFA, como complemento de la legítima colectiva, que aparece regulado en el art. 515, donde se establece que los legitimarios de grado preferente que en el momento de hacerse efectiva la herencia estén en situación de reclamar alimentos, podrán reclamar a los sucesores los alimentos que les correspondería. El mismo artículo contiene, a su vez, una limitación a este derecho, consistiendo está en que no haya otra persona obligada a darlos, es decir, el viudo usufructuario o parientes del alimentista.

SERRANO GARCÍA concreta que, también, se podrán reclamar alimentos a los sucesores (aunque no sean estos legitimarios) y además en la medida correspondiente a los bienes recibidos⁶¹¹. Hablamos, en todo caso, de unos alimentos amplios, puesto que se trata

⁶¹⁰BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, pág. 1236 y ss.

⁶¹¹ SERRANO GARCÍA, José Antonio, *op.cit.*, “La legítima en Aragón...”, págs. 67 y ss.

de descendientes.

Por último, dentro de este punto debemos mencionar la troncalidad aragonesa, por su originalidad, si bien no vamos a entrar en su estudio ya que no es un derecho de legítima. Esta figura ya venía regulada en la Compilación de 1967⁶¹² y se ha mantenido en el actual Código⁶¹³. Se trata de una figura que afecta a los ascendientes, pues si bien no están contemplados, como sabemos, como legitimarios sí les afecta la troncalidad, la cual se aplicará en el caso de no haber descendientes para ciertos bienes cuyo origen esté en la familia, y de aplicación en la sucesión *abintestato*. Su fin radica en devolver los bienes troncales a su origen, es decir, a su tronco de procedencia.

6.- Derecho Foral del País Vasco

6.1 Antecedentes históricos

Comenzaremos este epígrafe con una aproximación histórica a los derechos forales concurrentes en los territorios del País Vasco, en los que debemos distinguir el Fuero de Ayala y el Fuero de Vizcaya.

La primera compilación escrita del Fuero de Ayala, que data de 1373, se caracteriza por la libertad de testar absoluta que aparece regulada en el Capítulo XXVIII⁶¹⁴, sin embargo. en 1487a través de la denominada “*Carta de privilegio y confirmación de la escritura inserta de iguala y avenencia entre la Tierra de Ayala y Don Pedro de Ayala*” se renuncia al fuero antiguo, es decir, a la libertad de testar absoluta, quedando sometidos los habitantes del territorio a las Leyes de Castilla, no obstante, autores como MONASTERIO

⁶¹²*Op.cit.*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, considera que “el llamamiento sucesorio troncal, se ha fundamentado en la última proposición del Fuero único de 1247, en los Fueros 1º y 2º de 1311 y 1461 respectivamente en el 5º de 1436”.

⁶¹³MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, establece que, si bien la troncalidad tiene un gran arraigo histórico, en 1999 se limitó su aplicación en la Ley de sucesiones por causa de muerte, y se ha ido reduciendo también por sentencias del Tribunal Superior de justicia aragonés. “Sucesión troncal Aragonesa y comparación con la del Derecho Vasco ante una eventual reforma”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 23, 2012, pág. 25 y ss.

⁶¹⁴ “Otrosí, todo hombre o mujer estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte de ello a quien quisiere, por Dios, é por su alma o por servicio que le hizo”.

ASPIRI, nos muestra como esta renuncia contenía la excepción, ya que mantenía el principio de libertad de testar, quedando establecido de la siguiente manera “*en cuanto a las herencias e sucesiones de los bienes de cualesquier vecinos de dicha tierra, que puedan testar o mandar por testamento o manda o donación todos sus bienes o parte de ellos a quien quisieran, apartando a sus fijos e parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren*”⁶¹⁵.

En lo referente al territorio de Guipúzcoa, lo que primaba era la costumbre, absolutamente respetada por el poder público, y aunque no fueron integradas en el Fuero, siguieron vigentes pese a la integración con Castilla. En la materia objeto de nuestro estudio conviene destacar la costumbre del Caserío Guipuzcoano, donde el caserío debía dejarse a un único heredero⁶¹⁶. En el siglo XVI se establecieron una serie de ordenanzas donde se plasmaba la costumbre, si bien no fue hasta 1704 cuando se instauró “la nueva recopilación de los Fueros de Guipúzcoa”. Sobre sale dentro de su derecho consuetudinario la libertad de testar, así como la transmisión del patrimonio familiar de manera indivisa.

En este breve repaso histórico, debemos mencionar el Fuero Viejo de Bizkaia, datado en 1452, que mantenía la libertad “*para distribuir el patrimonio familiar a favor de varios hijos*” y “*la vinculación de bienes troncales a la familia de origen*”⁶¹⁷. Por último, en 1526 se estableció el Fuero Nuevo de Bizkaia, que cristalizaba una libertad de testar de mayor espectro más amplia que en el anterior.

Con posterioridad al Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526⁶¹⁸, se publicó la Ley de 1 de julio de 1992⁶¹⁹, tras el reconocimiento por el art. 149.1.8 de la Constitución, que reconocía el desarrollo y modificación de los derechos forales allí donde los hubiese.

En base a este precepto, la Ley hacía una distinción entre las vecindades aforadas y

⁶¹⁵ MONASTERIO ASPIRI, Itziar, “La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos. Derecho Civil foral (ss. XVII-XIX), *el Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Victoria – Gasteiz, 2016, pág. 63 y ss.

⁶¹⁶ MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *op.cit.*, pág. 65 y ss.

⁶¹⁷ *Ibidem*, pág. 67 y ss.

⁶¹⁸ MONDRAGÓN MARTIN, Hilario, considera que el fuero nuevo de Bizkaia, introdujo por primera vez la legítima, *op.cit.*, pág., 279.

⁶¹⁹ Ley de 1 de julio de 1992, BOPV núm. 153 de 07 de agosto de 1992 y BOE núm. 39 de 15 de Febrero de 2012 Vigencia desde 07 de Noviembre de 1992.

no aforadas, estableciendo su artículo 12 que “A los efectos de este Fuero Civil, son vizcaínos quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia. Aforado o Infanzón es quien tenga su vecindad civil en territorio aforado”. En palabras de BERMEJO PUMAR, esta Ley se aplicaba “al territorio Histórico de Bizkaia, Infanzonado o Tierra Llana... Y el Derecho Común al resto del territorio”.⁶²⁰

En el año 1999 fue modificada la Ley 3/ 1999, de 26 de noviembre de Derecho civil del País Vasco, extendiendo sea los territorios de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa⁶²¹.

Posteriormente, la Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, (de ahora en adelante LDCV) establece un cambio respecto a la vecindad civil aforada, extendiendo así el ámbito de la Ley a todo el territorio vasco, pero sigue haciendo una distinción con las instituciones locales, que solo se aplicarán a aquellas personas que tengan esa vecindad local⁶²². Conviene explicar el panorama que deja la LDCV, pues establece un sistema aplicable en Vizcaya, aunque no podemos decir que se trate de un sistema uniforme, pues veremos dos especialidades: la libertad de testar de Ayala, y la troncalidad de Vizcaya⁶²³

Podemos afirmar que una de las novedades de esta Ley es el cambio del sistema legitimario para aquellas personas con vecindad vasca, pues sustituye, como ya sabemos, a la Ley de Derecho Foral Vasco de 1992, pero también el CC⁶²⁴, pues no podemos olvidar que el CC se aplicaba a gran parte del territorio vasco, e imponiendo una legítima más reducida pues se establecen como legitimarios los hijos y descendientes, y se reconoce una cuota usufructuaria al cónyuge o pareja de hecho⁶²⁵. La nueva Ley omite a los ascendientes que, sin embargo, quedarán como tronqueros en ciertas localidades.⁶²⁶

BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *Instituciones de Derecho Privado...*, pág. 1430.

⁶²¹ Publicado en BOPV núm. 249 de 30 de diciembre de 1999.

⁶²² La Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

⁶²³ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op.cit.*, “La sucesión forzosa...”, pág. 389 y ss.

⁶²⁴ Manteniendo el CC un carácter supletorio, en defecto de ley o costumbre.

⁶²⁵ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op.cit.*, “La sucesión forzosa ...”, pág. 389 ss.

⁶²⁶ El artículo 17 de la Ley 1 de julio de 1992 establece que “a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio. 2.En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros.3. Los actos de disposición que vulneren los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero Civil.”

6.2 La legítima en el País Vasco

El art. 48 establece para el Derecho Foral Vasco una legítima colectiva, por la que el fallecido está obligado a dejar una tercera parte a su elección entre cualquiera de sus descendientes. Si bien no es la única peculiaridad que reviste esta norma, ya que seguidamente el mismo art. 48, establece lo siguiente

“El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.;

3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.;

4. La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.

5. La legítima puede ser objeto de renuncia, aun antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre el causante y el legitimario. Salvo renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquéllos que no la hayan renunciado.”

De este artículo podemos deducir varias ideas. En primer lugar, no existe, como en el derecho común, una preferencia de hijos frente al resto de descendientes, por lo que no hay preferencia de grado, de modo que los nietos pueden heredar con preferencia a sus progenitores si el finado así lo dispone. Nos encontramos, por tanto, frente a un legitimario que “no ostenta derecho efectivo hasta que no es llamado”⁶²⁷, del mismo modo que hemos visto en el Derecho Aragonés. Sin embargo, autores como GALICIA AIZPURUA, ven en el artículo 506²⁸ la intención del legislador vasco de dar una posición prioritaria a los descendientes de grado más próximo, si bien no parece ser este, en nuestra opinión, el resultado final de la norma, de la que se desprende que todos los descendientes son iguales⁶²⁹, esta idea se respalda con el artículo 51 que dispone que “1. El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos”. A modo de conclusión y parafraseando a BERMEJO

⁶²⁷BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, pág. 1439.

⁶²⁸ Los hijos premuertos al causante o desheredados serán sustituidos o representados por sus descendientes.

⁶²⁹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op.cit.*, “La sucesión forzosa...”, pág. 428 y ss.

PUMAR, se legítima Vasca, es “una legítima colectiva y electiva sin preferencia de grado donde le heredero forzoso es elegido sucesor”⁶³⁰

Con respecto a la naturaleza de la legítima colectiva, y siguiendo a GALÍCIA AIZPURUA, se pueden llegar a plantear varias nociones diferentes como *pars hereditatis*, si tenemos en cuenta que se usa como equivalente el término heredero forzoso con el de legitimario, y parece que ha de dejarse la parte de la legítima a título de heredero alguno de los descendientes, sin embargo, descartamos esta idea ya que la legítima puede dejarse por donación o legado⁶³¹. Como otras alternativas, nos plantea dicho autor una legítima de crédito o *pars valoris*, que es para nosotros adecuada, pues se podrá dar no solo por cualquier título, sino que además no tiene por qué ser necesariamente con cargo a bienes de la herencia⁶³²

Siguiendo con las características de la legítima prevista en la LDCV, se establece una intangibilidad cualitativa y cuantitativa, con esto hacemos referencia por tanto a que no pueden imponerse gravámenes a la legítima, tal y como se recoge en los art. 56 que reza

“No podrá imponerse a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos.

2. No afectarán a la intangibilidad de la legítima, los derechos reconocidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, ni el legado de usufructo universal a favor del mismo.”

Como veremos llama la atención que, si se permiten los gravámenes, si este se hace a favor de otro heredero forzoso, si bien BERMEJO PUMAR considera, que se debe a la naturaleza colectiva de la legítima. Otro de los gravámenes es el usufructo del cónyuge, que no entraremos a valorar por estar fuera del estudio⁶³³.

Como porción legitimaria se establece, en el art. 49, un tercio del caudal hereditario, y es otro de los grandes cambios de esta Ley de 2015, pues se reduce en aquellos territorios

⁶³⁰BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, pág. 1441.

⁶³¹GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op.cit.*, “La sucesión forzosa ...”, pág. 420.

⁶³² FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, *op.cit.*, pág. 427.

⁶³³BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, pág. 1450.

en los que regía el Derecho Común, y cambia también con respecto a los cuatro quintos que se contemplaban en el Fuero de Bizkaia en su art. 55. Con respecto al cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de todos los bienes antes de la delación sucesoria al que se le habrá sumado las donaciones si bien no se tienen en cuenta aquellas en las que haya apartamiento, (pues se establece que el apartamiento expreso no se ha de computar, figura que explicaremos a continuación⁶³⁴), ni tampoco las que se hayan realizado a herederos no forzosos y sobre ellos se deducen las deudas y las cargas⁶³⁵.

6.3 Derecho de alimentos con carácter sucesorio, el apartamiento y la desheredación.

Es necesario añadir que esta Ley contempla en su art 21.1 un derecho de alimentos con carácter sucesorio, figura no contemplada en el CC pero sí en el Derecho Aragonés, a favor de los hijos y descendientes, que corre a cargo del caudal hereditario, si bien solo será exigible siempre y cuando exista ausencia de las personas obligadas a darlos conforme al CC⁶³⁶⁶³⁷. Tal y como aparece regulado en el art. 38 de esta Ley, podrán solicitarlos “quienes hayan sido designados sucesores cuando incurran en situación de necesidad por motivo de exclusión de la herencia”. Esta obligación cesaría cuando los bienes de la herencia se agoten, es importante, destacar que nada se dice en la ley, de si el descendiente en cuestión debe estar recibiendo los alimentos de manera previa al fallecimiento, o si como señala FRANCISCO DE BORJA IRIARTE, *“si basta para reclamarlos al heredero que en aquel momento se encontrase en situación de solicitarlos, cuestión a la que no es fácil responder en este momento; en todo caso, sí es claro que no podrán pedirse alimentos con cargo a la*

⁶³⁴ “Artículo 51. Apartamiento y preterición de legitimarios. 1. El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquéllos. 2. La preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial. 3. El heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva”.

⁶³⁵BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, pág. 1450 y ss.

⁶³⁶Artículo 143. Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente

1.º Los cónyuges.

2.º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

⁶³⁷GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op. cit.*, “La sucesión forzosa...”, pág. 394 y ss.

*herencia si la situación de necesidad se ha producido con posterioridad al óbito; sin perjuicio, obviamente, de que el alimentista deba serlo por otro título derivado de las reglas establecidas en el Código civil.”*⁶³⁸.

Consideramos que efectivamente, debe de estar en situación de reclamarlos en el momento del fallecimiento, pero no es necesario que los recibiese, esta obligación continua como una “carga de la herencia”, por el contrario, FERNANDEZ DE BILBAO, cree que no podemos hablar de carga pues “*la obligación de alimentos proviene del antiguo art. 41 Ley 3/1992 (ahora el art. 38 LDCV) que los cargaba contra los frutos de la herencia, no contra el principal de la misma y; b) argumento literal: La herencia responde supletoriamente. De hecho, la LDCV actúa como “red de seguridad” familiar a la inversa que en el régimen del Código civil cuyo art. 150 establece que la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme*”⁶³⁹. Siguiendo con el análisis de este artículo 21.1 de la LDCV, GALÍCIA AIZPURUA, considera que “*se trata de un crédito nacido ex novo a raíz del reparto de la herencia. Así, este derecho vendría a configurarse como una suerte de la legítima materia eventual, de carácter necesario y exigible con cargo al patrimonio relicto, siquiera con carácter subsidiario y a falta de cualesquiera otros obligados*”⁶⁴⁰; Otros autores sin embargo consideran que esta figura que también se da en el Derecho Foral Aragonés, trata de “*mitigar las consecuencias..., de una libertad de distribución hereditaria*”⁶⁴¹; esta misma tesis es la que sigue TORRES GARCÍA pues considera que compensa la situación de desequilibrio “*que puede ocasionar la sustitución de la legítima por la libertad de testar*”⁶⁴². BARRIO GALLARDO, ve de manera acertada una piedad parental, dentro de esta figura, que “*impide excluir de la herencia a un pariente próximo, si con ello se le priva de lo mínimo imprescindible*”⁶⁴³.

⁶³⁸ FRANCISCO DE BORJA IRIARTE, Ángel, *op.cit.*, pág. 331.

⁶³⁹FERNANDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, “Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho Bizkaia*,

⁶⁴⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)”, *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal*, núm. 5, 2016, págs. 77 y ss.

⁶⁴¹BARRIO GALLARDO, Aurelio, “El largo camino...”, *op.cit.*, pág. 535 y ss.

⁶⁴² TORRES GARCÍA, Teodora, “Legítima, legitimarios y libertad de testar”, *Derecho de sucesiones: presente y futuro : XI [i.e. XII] Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006*, ISBN 84-8371-634-8, pág. 173 y ss.

⁶⁴³BARRIO GALLARDO, Aurelio, “El largo camino...”, *op.cit.*, pág. 563 y ss.

Por otro lado, no podemos seguir avanzando en nuestro estudio sin hacer una pausa en el apartamiento, ya que se trata de una figura desconocida dentro del Derecho Común, que sin embargo aparece regulada en el art. 48 y 51 de la LDCV, y que tiene un gran contenido histórico, muy parecida a la figura de la exclusión que hemos analizado en el Derecho Aragonés. Para dar una definición de apartamiento parafrasearemos a FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ que lo describe como “*el negocio jurídico puramente potestativo de disposición sucesoria inter vivos o mortis causa generalmente a título gratuito, por el que el causante rompe el llamamiento legitimario previsto por la ley, de modo que matiza el grado y reparto de la sucesión forzosa entre sus descendientes o legitimarios*”⁶⁴⁴.

VALLET DE GOYTISOLO nos recuerda el origen romano de la figura, y nos explica que “*algunos de nuestros derechos forales, mantiene la posibilidad de exheredar a herederos forzosos sin más requisitos que instituirles en una legítima simbólica o apartarlos*”⁶⁴⁵.

No podemos encontrar en este derecho foral causa alguna de desheredación, lo que a nuestro parecer tiene lógica, ya que se permite un apartamiento, no solo tácito sino también injustificado, no obstante, se atenderá al Derecho Común de manera supletoria por lo que debemos tener en cuenta el art. 848 y siguientes del CC, que hemos analizado en el epígrafe correspondiente.

Dicho esto, no podemos olvidar que el art. 50 LDCV, se refiere a la desheredación de manera expresa al disponer que “*Los hijos premuertos al causante o desheredados serán sustituidos o representados por sus descendientes*”.

El apartamiento de la LDCV, que se aplica a todo el territorio vasco y que se contemplaba tanto en el fuero de Ayala como en el de Vizcaya se ha considerado que guarda una relación con la desheredación, pero se diferencia de ella en que no se necesita justa causa.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴*Op.cit.*, FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, pág. 661 y ss.

⁶⁴⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “El apartamiento y ...”, pág. 4 y ss.

⁶⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op.cit.*, pág.5, ASTORQUI, Antonio, *Introducción al derecho de Vizcaya y Alava, Bilbao*, 1964, pág.112 y ss.

Algunos autores, como FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, observan grandes diferencias pues el apartamiento “no es una sanción, sino una libre elección del causante”⁶⁴⁷. Además, el “apartado” sigue siendo legitimario mientras que el desheredado no. Por otro lado, el legitimario apartado puede reclamar frente a terceros, si un extraño recibiese parte de la legítima colectiva⁶⁴⁸. Sin embargo, sí encontramos gran similitud con la figura de la “exclusión” de Derecho Aragonés.

Queremos mencionar una reflexión de BERMEJO PUMAR, nos explica que esta nueva ley, permite la representación en caso de desheredación como se desprende el artículo que acabamos de plasmar sin embargo no se hace mención, a los casos de indignidad⁶⁴⁹. Si bien hemos hablado de la legítima colectiva, no podemos dejar de mencionar que, en los casos de solo existir un legitimario, este ostentará una legítima individual.

6.4 La Troncalidad Vizcaína y “El Derecho Civil propio del valle de Ayala rige en los términos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa coloma, y Sojoguti, del municipio de Artziniega”.

Un vez analizado el régimen general no podemos olvidar las dos especialidades que contempla esta Ley, empezando por la troncalidad Vizcaína⁶⁵⁰, que supone, como veremos a continuación, para aquellas personas con la vecindad local, un límite añadido a la libertad de testar, pues como establece GALICIA AIZPURUA “viene a superponerse a la legítima colectiva de un tercio a favor de descendientes y a la legítima usufructuaria prevista en beneficio....además el límite se extiende a la línea ascendiente e incluso colateral hasta el cuarto grado”.

En palabras de GOROSTIZA VICENTE, obtenemos una definición de la

⁶⁴⁷Op.cit., FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, pág.429 y ss.

⁶⁴⁸Op.cit., GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa: planteamiento general...”, pág. 413 y ss.

⁶⁴⁹Vid., BERMEJO PUMAR, María Mercedes, Instituciones de Derecho Privado..., op. cit., pág. 1439.

⁶⁵⁰ Se trata de una figura con gran tradición histórica que aparecía regulada en el fuero 1452, y establecía en su capítulo 112 que “todos los bienes inmuebles, y también los comprados a extraños por el causante, son raíces o troncales y en consecuencia deben transmitirse a los hijos que como descendientes del tronco, son los únicos tronqueros”. Vid., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, op.cit., pág. 27 y ss.

troncalidad Vizcaína como “la cualidad que tienen los bienes raíces en Bizkaia, a través de la cual se protege el carácter familiar de la propiedad, respetando los derechos de los parientes tronqueros⁶⁵¹.” Es importante esta figura en cuanto reviste especial trascendencia en nuestro estudio de la legítima, pues el art. 47 de la Ley establece que “...Las normas sobre la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputarán a su legítima”, por tanto, es un límite a la legítima⁶⁵².

Teniendo en cuenta que esta figura de la troncalidad no se contempla en el CC, no solo es necesario dar una definición, sino que necesitamos comprender qué abarca y cuál es su espíritu. La propia Ley vasca, en su art. 60, establece como bienes troncales aquellos bienes raíces, situados en “*el infanzonado o tierra llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio*”⁶⁵³.

Se caracteriza por proteger el carácter familiar del patrimonio y, por ello, el propietario de un bien troncal debe respetar a la hora de transmitir el bien, los derechos de los parientes tronqueros. Y, posteriormente, el art. 64, concreta lo siguiente

“A efectos de troncalidad son bienes raíces la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra.

2. Los bienes muebles destinados o unidos a los expresados en el párrafo anterior

⁶⁵¹ GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, “La troncalidad en Bizkaia: una concepción original de propiedad colectiva familiar”, *Iura vasconiae Revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 2, 2005, págs. 333 y ss.

⁶⁵² MARTIN OSTANTE, Luis Carlos y SEISDEDOS MUIÑO, Ana, nos dan una idea general de la troncalidad, como se entiende en el Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, “*se aplica a la sucesión mortis causa pero no solo en la sucesión intestada sino también como una modalidad de sucesión forzosa..., que se considera como un instituto de Derecho económico-familiar, que genera una limitación de los poderes dispositivos del titular de un bien inmueble ..., donde dos o más sujetos se vinculan por relación con un bien...*”, se trata pues de un derecho de preferencia con respecto de los bienes denominados troncales, *Derechos Civiles de España*, Dir. BERCOVITZ, Rodrigo, MARTINEZ-SIMANCAS, Julián, Aranzadi, Marzo, 2000, pág. 240 y ss.

⁶⁵³ Prosigue el artículo 60 en su punto segundo “Se entiende por infanzonado o tierra llana todo el territorio histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada del territorio de las villas de Balmaseda, Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete, Plentzia y la ciudad de Orduña”.

tendrán la consideración de raíces, salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia...”.

Por otro lado, y siguiendo el análisis, debemos señalar quiénes son los parientes tronqueros, estos serán, en línea recta los hijos y descendientes, y en defecto de los mismos, los ascendientes por la línea a la que pertenezca el bien raíz.

La relación de la troncalidad y la legítima la encontramos en el art. 70 de la ley que venimos analizando, pues no solo prevalecen como ya hemos indicado los bienes troncales sobre la legítima, sino que además “*cuando concurra en una persona la doble condición de legitimario, los bienes que le correspondan como tronquero, se le imputarán a la legítima*”.

La otra especialidad en la que queremos detenernos es en la derivada del art. 88.1 de la Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco que reza “*El Derecho Civil propio del valle de Ayala rige en los términos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa coloma, y Sojoguti, del municipio de Artziniega*”. Pues aunque afecta a una pequeña parte de la población, de aproximadamente 15.144 habitantes,⁶⁵⁴ es interesante destacar que mantiene la libertad de testar en los términos expresados en su art. 89.1 “*los que ostenten la vecindad civil Ayalesa, pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento donación o pacto sucesorio a título universal o singular apartando a sus legitimarios con poco o mucho*”, añadiendo en su punto segundo que se entenderán por legitimarios los que lo fueren con arreglo al art. 47 de esta ley, es decir los descendientes.

El único límite que nos impone el art. 88 de la libertad de testar es el apartamiento, regulado en el art. 90 que establece que “*el apartamiento puede ser expreso o tácito, individualizado o conjunto*”, “*la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito*”⁶⁵⁵. Siguiendo a BERMEJO PUMAR podemos afirmar que se trata de un régimen legitimario donde el contenido económico no tiene relevancia, pues el apartamiento como acabamos de ver en el art. 90, puede ser tácito y en conjunto, por lo que el legitimario Ayalés “*no tiene derecho a la legítima formal además de no tenerlo a la material al interpretarse*

⁶⁵⁴ TAPIA PARREÑO, José Jaime, “El fenómeno sucesorio en Araba”, *el Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Victoria – Gasteiz, 2016, pág.348 y ss.

⁶⁵⁵ Artículo 48.3 de la Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

poco o mucho como nada".

Sin embargo, autores como TAPIA PARREÑO, no lo ven igual ya que “ese apartamiento constituye una manifestación de la voluntad del causante, aunque sea tácita, de exclusión de tales legitimarios o de alguno de ellos de esos bienes de la herencia” deducimos que el testador debe mencionar a los legitimarios, aunque sea para excluirlos, pues este autor considera que se trata de una legítima formal simbólica.⁶⁵⁶

⁶⁵⁶TAPIA PARREÑO, José Jaime, *op.cit.*, pág. 354.

Capítulo V: La legítima y la desheredación en el Derecho Comparado

1.-Legítima y desheredación en el ordenamiento italiano

1.1. Legítima en Derecho italiano

El Código Civil Italiano, que toma como referencia el Código de Napoleón⁶⁵⁷, se aprueba por primera vez en 1865, si bien el código actual es de marzo de 1942 (de ahora en adelante CCI). Los preceptos que vamos a analizar se encuentran regulados en el Libro II. Es importante señalar que, en Italia, de la misma forma que pasa en nuestro Derecho Común, se limita la libertad de testar, estableciéndose un sistema de legítimas, y aparece regulado en los art. 536 y ss.

Del mismo modo que en el CC, el CCI plantea la legítima como un valor económico, que a nuestro modo de ver calificaremos como *pars valoris*, y que podrá satisfacerse mediante donación, herencia o legado. Además, nos vamos a encontrar como sujetos legitimarios a los descendientes, a los ascendientes en defecto de los primeros y al cónyuge viudo. El artículo 536.1 dispone que “el cónyuge, los hijos, los ascendientes...”, serán las personas, “a favor de las cuales la ley reserva una cuota de la herencia y otros derechos de sucesión”. Destacar que DELLE MONACHE considera “la expresión cuota de la herencia responde a un significado técnico..., y tiene por objeto una cuota indivisa del *relictum*”⁶⁵⁸. Siguiendo al citado autor, podríamos afirmar que se considera a la “cuota hereditaria un vehículo para la legítima”, pues una vez reclamada la cuota por el legitimario se concreta en bienes de la herencia.

Vamos a plasmar una breve referencia al cónyuge (art.540 CCI), cuya legítima depende de si el cónyuge concurre solo, en tal caso le corresponderá el 50% del haber

⁶⁵⁷MONDRAGÓN MARTIN, Hilario, *op.cit.*, pág. 416.

⁶⁵⁸ DELLE MONACHE, Stefano, “La sucesión de los legitimarios en Italia”, *Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, Dir. CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, Francisco, Aranzadi, 2019, pág. 223 y ss.

hereditario, si concurre con un hijo, le corresponderá al cónyuge $1/3$, pues otro $1/3$ será para el hijo y el $1/3$ restante de libre disposición.

Si el cónyuge, por el contrario, concurre con más de un hijo, los hijos recibirán $2/4$ del haber hereditario, y $1/4$ le corresponderá al cónyuge. Por último, se regula la posibilidad de que el cónyuge concorra con ascendientes; para este supuesto le corresponderá al cónyuge el 50% y a los ascendientes $1/4$ del 50% restante.

Existe con respecto al cónyuge separado una reserva que en nuestro ordenamiento no aparece contemplada, pues la ley preceptúa para el mismo una reserva cuya cantidad dependerá de cuál de los cónyuges haya tenido la culpa en la separación. Si no hay culpa del cónyuge separado superviviente reconocida en la sentencia de separación le corresponderá lo mismo que al cónyuge no separado, y si por el contrario existe culpa en la sentencia de separación le corresponderá una prestación vitalicia, si en el momento del fallecimiento este estaba recibiendo pensión alimenticia.

Centrando nuestro estudio en los descendientes, vamos a ver que la cuantía de la legítima es variable, aparece en el artículo 537 del CCI y queda establecida de la siguiente manera: en aquellos supuestos en los que haya un único hijo, a este le corresponderá el 50% del haber hereditario, si por el contrario son dos o más le corresponderá $2/3$ del mismo. Con respecto a los ascendientes, que serán legitimarios en defecto de los descendientes, les corresponde $1/3$ de la herencia siendo los $2/3$ restantes de libre disposición.

Se establece una legítima que no puede ser gravada ni condicionada, pero a diferencia de nuestro derecho común, se permiten ciertas excepciones como la *cautela socini* o cautela sociana, el derecho de habitación a favor del cónyuge viudo, y el legado de sustitución legítima, que consiste, tal y como nos explica BERMEJO PUMAR⁶⁵⁹, en una elección del legitimario “que supone la pérdida de la acción de suplemento sin adquirir la cualidad de heredero y grava la parte indisponible y en el exceso disponible”.

Al igual que en el Derecho común, para el cálculo de la legítima se debe traer a colación las donaciones, que se tendrán en cuenta a la hora del reparto. Es importante destacar que con la reforma de 2006 de 14 de febrero se introduce el *patto di famiglia*, a

⁶⁵⁹ BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, *Instituciones de Derecho Privado...*, pág. 236.

través del cual se permite la reserva de bienes, de la siguiente forma: el causante ascendiente, que tiene una empresa, se le permite adjudicar, ya sea de manera completa, derechos o una parte, de la misma, a uno solo de los descendientes, el cual deberá satisfacer la legítima del resto en dinero⁶⁶⁰.

1.2. La desheredación y las causas de indignidad en el Derecho italiano

El Código Civil Italiano de 1942 hizo suprimir las causas de desheredación por innecesarias, al considerar que los efectos legales de la indignidad son suficientes para privar de la herencia a aquellos que lo merecen. Por ello, las causas de exclusión de la herencia las encontramos únicamente en las causas de indignidad recogidas en el artículo 463 CCI, y son las siguientes⁶⁶¹

El que voluntariamente mate, o intente matar, al testador, a la persona de cuya sucesión se trata; o al cónyuge, descendiente o ascendiente del mismo, siempre que no se dé alguna de las causas que excluyen de la responsabilidad penal (art. 45 y ss. Código Penal Italiano)

Aquellos que han cometido, en detrimento de una de esas personas, algún hecho que la ley penal establece como asesinato.

Si ha denunciado a alguna de estas personas por un delito punible, o ha sido

⁶⁶⁰BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, *Instituciones de Derecho Privado...*, pág. 237 y ss.

⁶⁶¹ E' escluso dalla successione come indegno (Cod. Civ. 463 e seguenti)

1) chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale; 2) chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge penale dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio; 3) chi ha denunciato una di tali persone per reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denuncia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale; ovvero ha testimoniato contro le persone medesime imputate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale;

3-bis) Chi, essendo decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'articolo 330, non è stato reintegrato nella potestà alla data di apertura della successione della medesima.

4) chi ha indotto con dolo o violenza la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o nel'ha impedita; 5) chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata; 6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto sciemmente uso.

condenado a prisión por un mínimo de tres años, si la denuncia ha sido declarada calumniosa, en un proceso penal, o testificó en contra de los acusados en estos crímenes, o si el testimonio ha sido declarado falso en un proceso penal.

3bis. Quien, habiendo perdido la patria potestad en relación con la persona de cuya sucesión se trata conforme al art. 330, no ha sido reintegrado a la potestad a la fecha de apertura de la sucesión de la misma.

Quien causó dolo o violencia a la persona de cuya sucesión se trata, para que hiciese, revocase o cambiase el testamento.

Si ha suprimido, ocultado o alterado el testamento sucesorio.

El que haya hecho un testamento falso o haya hecho uso del mismo conscientemente.

Recordemos que en el ordenamiento jurídico español se contempla tanto la desheredación como la indignidad, pues no se considera equiparable una a la otra. Por un lado, la indignidad para suceder se considera una incapacidad para suceder, ya sea de un legitimario o un legatario, y afecta tanto a la sucesión intestada como a la sucesión testada.

En lo referente a las causas del CCI, que acabamos de plasmar, se trata de actos de particular gravedad que incluso pueden darse una vez fallecido el causante (véase la causa 4º de indignidad)⁶⁶², y además las causas de indignidad pueden ser alegadas por cualquier

⁶⁶² Se establece en el artículo 756 del Código Civil español: Son incapaces de suceder por causa de indignidad: **1.º** El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. **2.º** El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo. **3.º** El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa. **4.º** El heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta de testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que según la ley, no hay obligación de acusar. **5.º** El que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo. **6.º** El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho o suplantare, ocultare o alterare otro posterior. **7.º** Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la

persona que tenga interés en la sucesión. Por otro lado, la desheredación no se trata de una incapacidad, sino que permite privar de la legítima a aquellas personas que la ley denomina herederos forzosos. Esta circunstancia opera únicamente en aquellos supuestos de sucesión testada, y así aparece regulado en el artículo 849 CC, que establece que *la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde*.

Por tanto, la desheredación únicamente la podrá hacer el testador siempre y cuando se cumpla alguna de las causas expresadas por la ley. Sobra decir que esta únicamente opera contra un heredero legitimario (que no legítimo).

Si bien es verdad que coinciden algunas de las causas de desheredación con las de indignidad, estas tienen un tratamiento diferente, pues recordemos que, en nuestro ordenamiento, las causas de indignidad han de ser probadas, y son objeto de declaración judicial, mientras que las causas de desheredación no han de probarse salvo en aquellos supuestos en los que son contradictorios⁶⁶³

En el Derecho sucesorio italiano se discute⁶⁶⁴ sobre si la indignidad supone o no una incapacidad para suceder, pues si bien el artículo 725, del Código de 1865 establecía que *sono incapaci*, como *indegni...*, sin embargo, su Código actual de 1942, en su artículo 463, establece una exclusión a la sucesión, por tanto podríamos decir que se contempla como una sanción o castigo. Así, la doctrina mayoritaria considera que *“l’indegnità costituisce una sanzione civile”*⁶⁶⁵. En este sentido, nos gustaría destacar la Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, de 29 de abril de 2006, pues establece lo siguiente: *Aisensi dell’art. 463 c.c. l’indegnità a succedere non integra un’ipotesi di incapacità all’acquisto dell’eredità, ma è causa di esclusione dalla successione; infatti, l’indegnità, come configurata nell’ unica disposizione del codice che ne prevede le varie ipotesi, non è uno “status” connotato al soggetto che si assume essere indegno a succedere, ma una qualificazione di*

herencia que no le hubieren prestado las atenciones decididas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

⁶⁶³VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “El apartamiento y la desheredación”. *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídico, 1968, pág. 3-108.

⁶⁶⁴BIGLIAZZI GERI, Lina, *Successioni testamentarie*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Roma, Bologna, 1993, pág. 95. PALAZZO, Antonio, *Le successioni*, Milano, 2000, pág. 640.

⁶⁶⁵D’ISA, Renato, *L’Indegnità a succedere*. <https://renatodisa.com/2011/01/13/lindegnita-a-succedere> última visita, 10 mayo de 2021.

*un comportamento del soggetto medesimo, che deve essere data dal giudice a seguito dell'accertamento del fatto che integra quella determinata ipotesi di indegnità del testatore in giudizio, e che si sostanzia in una vera e propria sanzione civile di carattere patrimoniale avente un fondamento pubblicistico*⁶⁶⁶.

Si bien es verdad que hasta el Código de 1865 existían ambas figuras, la indignidad para suceder así como las desheredación, recogida en el artículo 759 del Código de 1859, en nuestra opinión, podemos considerar que la institución de la indignidad en Italia es un híbrido de ambas figuras, puesto que no podríamos equiparar la indignidad para suceder en el Derecho Italiano a la indignidad en el derecho español. Y, ello, entre otras razones, se basa en que la indignidad en el derecho italiano no es una incapacidad, ya que no actúa *ipso facto*, pues depende de que así sea declarado en la sentencia dictada por el juez. Se considera por tanto una consecuencia de una actitud reprochable, en contra del fallecido, por lo que el Código Civil italiano la considera una sanción de exclusión de la sucesión. Así aparece reflejado en la Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, de 9 de abril de 2008, establece a este respecto, “*L’indegnità a succedere di cui all’art. 463 cod. civ. pure essendo operativa “ipso iure”, deve essere dichiarata con sentenza costitutiva su domanda del soggetto interessato, atteso che essa non costituisce un’ipotesi di incapacità all’acquisto dell’eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione. (Rigetta, App. Torino, 29/09/2003)*”⁶⁶⁷.

Por otro lado, existen sentencias de la *Corte di Cassazione Italiana* donde se contempla la desheredación y sin embargo no podemos confundirla con nuestra figura, ya que sería más bien una rescisión del testamento. En este sentido nos ha parecido acertado recoger dos sentencias de la *Corte di Cassazione Italiana* que nos sirven para ilustrar este tema, la primera, de 20 de junio de 1967, nos explica el concepto de desheredación y que nada tiene que ver con el nuestro, ya que se trataría de supuestos de desheredación de aquellas personas legítimas no legitimarias, (*più eredi legittimi non legittimari*). Reconociendo la posibilidad de nombrar otro heredero diferente del designado con anterioridad en el testamento, es decir, haciendo posible la rescisión del testamento. Si bien es verdad que en ningún caso se alude al término heredero forzoso, pues hace referencia a

⁶⁶⁶ La Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, sez. II, de 29 de abril de 2006, núm. 7266.

⁶⁶⁷ La Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, sez. II de 9 de abril de 2008, núm. 9274.

cualquier persona no legitimaria que pueda suceder, nombrando posteriormente a otro sujeto⁶⁶⁸.

Por otro lado, en la sentencia la *Corte di Cassazione Italiana*, de 25 de mayo de 2012, da un giro a la corriente existente hasta ahora⁶⁶⁹, pues abrir la posibilidad de “desheredar” a un legitimario, nombrando a otro legitimario, a través de una cláusula por la que se puede excluir a “uno” de los llamados legitimarios. Para este supuesto, es necesario comprender el significado de la palabra utilizada para la descripción de este fenómeno que los italianos denominan desheredación, pues la sentencia nos dice que para que sea válido, el legitimario tiene que aceptar la desheredación, de lo contrario podrá pedir que el reintegro de su parte obligatoria de legítima, Con lo que nada de lo contado anteriormente tendría validez, si el legitimario excluido no aceptase esa condición⁶⁷⁰.

No podemos, por tanto, hablar de una desheredación real, ya que no tendría ningún efecto, estableciendo la Sentencia lo siguiente *Il successore necessario, potendo liberamente - decidere se impugnare o meno le disposizioni, potrà rinunciare proprio a quelle norme; inoltre il legislatore ha voluto sanzionare la violazione di tali presidi non con la nullità, ma con la possibilità di esperire l'azione di riduzione. Per di più l'accoglimento di questa tesi terminerebbe una inspiegabile disparità di trattamento tra la diseredazione di un legittimario (nullità) e pretermissione di un legittimario (mera riducibilità).*

Creemos necesario explicar, de manera breve, las distintas afecciones que toma la palabra *diseredazione* en el derecho italiano. Por un lado, sirve para referirse a la desheredación de los legitimarios, entendiendo por tales a los herederos forzosos, que se podría equiparar a nuestra desheredación, pero que está prohibida en Italia y que carece de todo apoyo legal; por otro lado, esta misma palabra “*diseredazione*”, tiene un significado, como ya adelantamos, de preterición⁶⁷¹, y por último la podemos entender como una exclusión indirecta, de un heredero “legal” no legitimario⁶⁷², es decir, que no esté incluido

⁶⁶⁸ La Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, de 20 de junio de 1967, núm.1458.

⁶⁶⁹ DE STEFANO, Lodovica, “I nuovi profili della clausula di diseredazione”. *Il caso*, 2015, págs. 1 y ss.

⁶⁷⁰ La Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, de 25 de mayo de 2012, núm. 8352.

⁶⁷¹ DI BARI, Mateo, “Successioni testamentarie: della diseredazione”, *Diritto&diritti*, Número de Diciembre, 2003, pág. 1.

⁶⁷² En este sentido queremos destacar lo establecido a este respecto por PACCIA, Romana, “Validità del Testamento di contenuto meramente diseredativo”, *Rivista di Diritto Civile*, 2/2014, pues establece que se ha

dentro de los herederos forzosos, con la que por tanto se podría excluir a algunos parientes que podrían suceder dentro de los llamamientos de la sucesión intestada.

STEFFANO explica que en el Derecho Italiano tampoco podría equipararse la indignidad a la desheredación, pues se entiende la indignidad como una sanción establecida por el derecho civil, como consecuencia de haber acaecido un acto desaprobado socialmente, mientras que la desheredación se entendería como una sanción que aplica el testador en función de su voluntad. Sin embargo, creemos que no es acertado trasladar esta definición de desheredación, si tenemos en cuenta la legislación española; pues la desheredación si bien es verdad que es potestad del testador establecerla o no, también es verdad que ha de concurrir con causas establecidas por la ley, y en todo caso se trata igualmente de hechos reprobables socialmente⁶⁷³.

2. Libertad de testar en el Derecho Inglés: Inglaterra y Gales

Antiguamente, para la sucesión, había que distinguir entre la propiedad privada correspondiente a las tierras, y la propiedad que correspondía a los bienes muebles. KERRIDGE distingue entre la *real property*, la primera a la que hemos hecho referencia y *personal property*: en el Siglo XIII, se establece que la propiedad correspondiente a los bienes inmuebles no podía “ser legada o dejada por testamento”⁶⁷⁴. Es difícil determinar cuál era la regulación vigente anterior y si existía una plena libertad de testar. BARRIO GALLARDO nos habla de las partes razonables durante el S.XIII, conocidas como *writ de rationabili parte*, según la cual la herencia de una persona quedaba dividida de la siguiente manera, un tercio correspondiente a la viuda, otro a los hijos y por último, uno correspondiente al causante⁶⁷⁵; en aquellos supuestos en los que no existiese descendientes, la viuda tenía derecho a la mitad de la herencia⁶⁷⁶.

reconocido por parte de la Corte de Casazione, la cláusula de desheredación en el caso del sujeto no legitimario, pág. 308.

⁶⁷³ JORDANO FRAGA, Francisco, Indignidad sucesoria y desheredación: (algunos aspectos conflictivos de la desheredación), Comares, 2004, pág. 1 y ss.

⁶⁷⁴ KERRIDGE, Roger, “Libertad de testar en Inglaterra y Gales”, *Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados...*, *op.cit.*, pág. 239 y ss.

⁶⁷⁵ BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón”, *RDCA-2011-XVII*, pág. 53.

⁶⁷⁶ MONDRAGÓN MARTIN, Hilario, *op.cit.*, pág. 384 y ss.

Podemos afirmar que estas ideas de partición de la herencia tenían cierta influencia continental (Derecho Romano), por lo que nos explica BARRIO GALLARDO. “Durante la era Tudor y Estuardo, mostraron una ferviente oposición a las ideas jurídicas extranjeras, por lo que el *civil law*, se vio amenazado”, y en esta época, desapareció la legítima.⁶⁷⁷

En 1540, por *statute of wills*, se permite a aquellas personas que fueran propietarias de tierras, legarlas mediante testamento, es decir, la *real property*, produciéndose, a su vez, un fenómeno de unificación legislativa para el reino, cuyo principio esencial era la libertad de testar, si bien KERRIDGE considera que esta libertad de testar “no se extendió a la Provincia de York y Gales hasta el siglo XVII, y en Londres hasta el XVIII”. Sin embargo, sí podemos afirmar que en 1891 con *mourtmain and echaritable uses acts*, se establece una absoluta libertad de testar, salvo en el Derecho escocés, donde sí existe una legítima⁶⁷⁸.

Posteriormente, durante el S. XX, aparece lo que se denomina *family provision*, ya existentes en territorios de la *common whealth*, como Nueva Zelanda⁶⁷⁹; se trataba de un límite a la libertad de testar. KERRIDGE encuentra sus bases en el Derecho escocés, y fue introducido en Inglaterra en 1938, si bien guarda diferencias con el establecido actualmente que es el *Act* de 1975 (*Inheritance Family Provision & Dependants acts*)⁶⁸⁰. Esta figura, otorga a ciertos familiares del testador (o incluso no familiares como veremos más adelante), la facultad de solicitar judicialmente una parte del patrimonio económico del causante, si en su testamento no constan “la provisión”, para el mantenimiento y soporte. Podríamos decir que se trata de una especie de derecho de alimentos como los estudiados en el Derecho de Aragón, si bien no coincide en su totalidad, y es necesario para su exigencia que se haya sido excluido de la herencia.

Su aplicación se hará a aquellas personas fallecidas cuyo domicilio se encuentre en Inglaterra y Gales. Podrán solicitarlo, seis tipos de personas, entre ella, el cónyuge, es importante mencionar, que además tiene esta condición aquellas personas que contrajeron matrimonio de buena fe, aunque el matrimonio haya sido anulado, si no ha vuelto a casarse,

⁶⁷⁷ BARRIO GALLARDO, Aurelio, *op.cit.*, “Estudio histórico-comparado...”, pág. 54 y ss.

⁶⁷⁸ BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, *Instituciones de Derecho Privado...*, pág. 246 y ss.

⁶⁷⁹ BARRIO GALLARDO, Aurelio, *op.cit.*, “Estudio histórico-comparado...”, pág. 66.

⁶⁸⁰ KERRIDGE, Roger, *op.cit.*, pág. 242 y ss.

se aplica también a la pareja de hecho desde el año 2004⁶⁸¹.

Podrá solicitarlo el ex cónyuge siempre y cuando no se hubiese vuelto a casar, así como el cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, si bien en consideración de ANDERSON, estas provisiones no suelen prosperar, pues “el juez que conoce de la causa matrimonial tiene amplios poderes para establecer las medidas que estime oportunas y, además, se tiende a buscar el *clean break*, siempre que ello sea posible”⁶⁸². Se contempla también al “conviviente”, las personas que hubiesen convivido con el fallecido al menos dos años en calidad de cónyuge o pareja de hecho, pueden tener derecho a esta provisión de alimentos. (se contempla para antiguo cónyuge así como pareja de hecho pues se entiende recibe una pensión por desequilibrio económico)⁶⁸³ este reconocimiento de parejas de hecho se introdujo en el 2004 con el *Civil Partner ship Act*.

Los hijos debiendo de distinguir entre aquellos menores de edad en este caso la cantidad atenderá la calidad de vida, así como el tipo de educación que le estén dando o debiesen dar, mientras que los mayores de edad dependerán de si han finalizado los estudios,...Se tendrá en cuenta también si los hijos han trabajado para el causante, sin que haya sido su trabajo remunerado, o con un sueldo insuficiente. Por último, con respecto a los hijos también se debe tener en cuenta si tienen algún tipo de discapacidad.

Se contempla como persona con derecho a solicitarlo, aquella con la que el fallecido hubiese ejercido la figura del padre, ya fuese menor o mayor de edad, porque fuesen hijos del otro cónyuge, pareja de hecho o conviviente y personas a las que este mantenía de forma total o parcial antes del fallecimiento⁶⁸⁴.

Se incluyen aquellas personas que dependen del fallecido, de manera total o en parte, que son mantenidas por él. ANDERSON nos explica que “debe acreditar que, inmediatamente antes del fallecimiento del causante, esté realizaba aportaciones sustanciales en aras de satisfacer las necesidades del solicitante. Debe tenerse en cuenta por qué el

⁶⁸¹ ANDERSON, Miriam, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *Anuario de derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, pág. 1277, En este mismo sentido RENTERÍA ARROCENA, Alfonso, “La libertad de testar en el derecho comparado” *Revista critica de Derecho Inmobiliario*, Julio agosto, 2011, pág. 2100.

⁶⁸² *Ibidem*, pág. 1277.

⁶⁸³ BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit. Instituciones de Derecho Privado*...pág. 24.

⁶⁸⁴ KERRIDGE, Roger, *op.cit.*, pág. 243 y ss.

causante asumió esta carga, con qué extensión y durante cuánto tiempo. Esta categoría incluye a personas que no conviviesen con el causante”.

BERMEJO PUMAR explica que tal provisión se ha de fijar por los tribunales, y su cuantía dependerá de las circunstancias que tenía el fallecido, existiendo una serie de criterios “más o menos fijos: recursos, responsabilidades del fallecido, situación de su patrimonio, falta de capacidad o inhabilitación del solicitante”⁶⁸⁵.

Por último, cabría mencionar que existen varias formas de recibir la *family provisions* como cantidad periódica, como cantidad fija, o la transmisión de una propiedad.

No podemos hablar en el derecho sucesorio inglés de la existencia por tanto de un legitimario, pues no se contempla en su ley, una parte destinada a sus parientes allegados o cónyuge⁶⁸⁶. Podemos afirmar que se consagra una amplia libertad de testar en Inglaterra y Gales.

3.- Sistema legitimario escocés, Islas Anglonormandas e Irlanda.

Consideramos esencial dedicar un apartado diferente al derecho de sucesiones escocés, Irlandés e Islas Anglonormandas, pues nos llama la atención la gran diferencia que hay con Gales e Inglaterra. Formando todos parte de la *Common wealth*, se contempla el sistema de legítimas en el ordenamiento escocés, se denominan “*legal rights*” y aparecen reguladas en el *Succession (Scotland) Act 1964* y *Act 1969*, junto a los derechos preferentes que se le otorgan al cónyuge, tal y como aparece en *family Law (Scotland) Act 2006*⁶⁸⁷⁶⁸⁸.

La legítima, aparece una vez satisfechos los derechos preferentes otorgados al cónyuge y se establecen unos derechos sobre los bienes muebles; con respecto de los hijos

⁶⁸⁵BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit*, *Instituciones de Derecho Privado...*, pág. 24.

⁶⁸⁶ ANDERSON, Miriam, *op.cit*, pág. 1245.

⁶⁸⁷https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-sc-es.do?member=1, se establecen como derechos preferentes del cónyuge, la vivienda siempre que tenga un valor inferior a 473 000 £, el mobiliario hasta los 29 000 £; y con respecto al dinero se establece que le corresponderá al cónyuge las primeras 50 000 £ en aquellos supuestos en los que existan o descendientes, ascendiendo a 89 000 £, en los supuestos en los que no hay descendencia. Última visita, el 22 de marzo 2021.

⁶⁸⁸[Inheritance law in Scotland | Scottish Parliament. Table of legitimes and shares from the free portion of the estate | Atty. Alvin Claridades \(wordpress.com\)](#) última visita , el 23 de marzo 2021.

y descendientes, se reserva a los mismos un tercio, que asciende a la mitad de los bienes muebles en el caso de no existir cónyuge o miembro de la pareja de hecho.

Al igual que ocurre en el Derecho Común Español con la legítima corta, esta se dividirá en partes iguales entre los hijos, existiendo del mismo modo un derecho de representación en aquellos casos de fallecimiento de uno de los hijos, con respecto de sus descendientes⁶⁸⁹

Por otro lado, en Irlanda del norte se establece una legítima cuya naturaleza es *pars valoris*, por lo que se otorga un derecho de crédito frente al heredero, para aquellos sujetos legitimarios. Su sistema sucesorio se encuentra regulado en el *Wills act 1837*⁶⁹⁰, si bien ha sufrido numerosas modificaciones, y en *Succesion Act* de 1965, a partir de la cual se protege al cónyuge.

Se consideran legitimarios a los hijos (se prevé el derecho de representación por los demás descendientes), y al cónyuge.

Nos sorprende que se prevea una cuantía variable para los descendientes, pero no como en otros ordenamientos que varía según el número de hijos. En el caso de Irlanda del norte es el juez el que decide cuál es la cuantía según el caso concreto, mientras que sí se establece una cuantía pero fija pero variable para el cónyuge, que dependerá de con quién concurra, estableciéndose de la siguiente manera, le corresponde un tercio si concurre con descendientes y de la mitad de la herencia si no hay descendientes.⁶⁹¹

MARTÍNEZ-PROVENCIO, considera que el Derecho Irlandés se ha visto a lo largo del tiempo influenciado por el Derecho Inglés y Galés, hasta el punto de que algunas de las figuras tradicionales irlandesas han cambiado, heredando de Inglaterra un principio de libertad de testar. El citado autor considera que “el testador puede disponer de su propiedad como quiera, lo que supone que cuando este quiera ser arbitrario y caprichoso en sus

⁶⁸⁹ZAPATA LOPEZ, Jorge, “Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea”. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. Adolfo Antonio Díaz-Bautista Cremades, Universidad Católica de San Antonio, mayo, 2017, pág. 298 y ss.

⁶⁹⁰[Wills Act 1837 \(legislation.gov.uk\)](https://www.legislation.gov.uk), última visita, el 23 de marzo de 2021.

⁶⁹¹ RENTERÍA ARROCENA, Alfonso, “La libertad de testar en el derecho comparado” *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Julio-agosto, 2011, págs. 2100 y ss.

disposiciones, y siempre que se encuentre dentro de sus capacidades mentales el Tribunal puede aceptar la legalización de su testamento”. Esto es así porque realmente salvo el cónyuge que tiene un derecho de legítima como tal, los descendientes, en realidad, tienen una especie de derecho de alimentos, pues como hemos mencionado antes, el derecho irlandés ha ido perdiendo su “*Irish Statute of Distributions*”, la cual dejaba únicamente de libre disposición un tercio de la herencia, para convertirse en un derecho de manutención y asistencia que tienen los descendientes, estableciéndose tal y como señala MARTINEZ-PROVENCIO, un “sistema de discreción judicial” regulada en el apartado IX del *Sucession Act* de 1965 que dice exactamente: “Cuando a solicitud del hijo del testador o en su nombre el tribunal considere que el testador no ha cumplido su obligación moral de atender debidamente las atenciones de su hijo, de acuerdo con sus medios, ya sea por testamento o de otra forma, el Tribunal podrá ordenar que se atiendan esas necesidades como el tribunal considere justo”.⁶⁹² Por tanto, en puridad solo podemos hablar de la legítima del cónyuge.

4.- Sistema legitimario Francés

El sistema sucesorio Francés, en lo que a legítima se refiere, se configura como un punto intermedio entre la legítima romana y la reserva germánica⁶⁹³ y esto se debe a su evolución histórica, por lo que creemos conveniente volver la vista atrás, y realizar, aunque sea a modo de resumen, un análisis de las distintas etapas históricas en el Derecho Francés.

Con el tiempo, el testamento romano tiende a desaparecer, pues resulta desconocido para los germanos. Sin embargo, el Derecho canónico, durante la Edad Media⁶⁹⁴, vuelve a introducir la figura del testamento y por ende aparece otra vez la institución de heredero, quedando establecido, tal y como señala BERNAD, de la siguiente manera: “los herederos naturales eran los hijos y, en su defecto, los ascendientes; la única disposición patrimonial

⁶⁹² MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, Isidoro Tratado de Derecho de sucesiones: Común, foral, internacional y fiscal (*ab ovo us que ad mala*), Tomo II, La Ley, 2020, pág. 989.

⁶⁹³BERNAD MAINAR, Rafael, “La porción legítima en la familia del Derecho romano”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 750, Julio 2015, pág., 1768.

⁶⁹⁴BERNAD MAINAR, Rafael, “tratamiento distinto al romano, pues, más que utilizarse para disponer la institución de herederos, tendió a favorecer a la propia Iglesia o a alguna de sus corporaciones por medio de legados o fideicomisos”. *Op.cit.*, “La porción legítima...”, pág. 1768 y ss.

admisible era la cuota a favor del alma, por influjo canónico”⁶⁹⁵.

Con este fundamento, podemos afirmar que se establece un sistema legitimario en el que la legítima, tal y como FUGARDO señala, “entra en el ámbito del orden público sucesorio, donde se pretende la protección de ciertos herederos, denominados legitimarios, asegurando la devolución de una parte incomprensible de la sucesión... cuya finalidad es garantizar a los parientes más próximos del *cuius*, una participación de la herencia que les corresponde de acuerdo con el sentimiento moral”⁶⁹⁶

El Código Civil Francés, en sus más de 200 años, ha sufrido numerosas modificaciones⁶⁹⁷: la legítima se regula en el Libro III, “*des diferentes manieres dont on acquiert la propriete*”, por lo que se corresponde con el mismo libro y con el mismo título que nuestro CC, si bien existen de fondo diferencias sustanciales, pues se establece una legítima limitada a los descendientes y, en caso de no haberlos, al cónyuge; por tanto, a diferencia de nuestro Derecho Común, quedan excluidos los ascendientes desde el año 2006⁶⁹⁸, por lo que se ve ampliada la libertad de testar del causante, si bien se establece un sistema de alimentos que analizaremos más adelante⁶⁹⁹.

MIQUEL GONZÁLEZ concibe la legítima francesa como un derecho de crédito y considera que la reforma de 2006⁷⁰⁰ “termina con la legítima de los ascendientes por considerarla contraproducente ..., la reserva de los descendientes se mantiene, pero sufre modificaciones, especialmente por el pacto sucesorio a imagen del Derecho alemán,

⁶⁹⁵ *Ibidem*, pág. 1768.

⁶⁹⁶ FUGARDO ESTIVILL, Josep M^a, Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, Normativa interna y Derecho Internacional privado, BOSCH, Barcelona, 2011, pág. 367.

⁶⁹⁷ De las modificaciones sufridas por el Código Civil Francés, destacaremos únicamente la ley de 3 de diciembre de 2001, por la que se adapta el Derecho de sucesiones a la Convención Europea de los Derechos del hombre, por la que se suprime la discriminación existente para los hijos adulterinos.

⁶⁹⁸ Con anterioridad a La ley 728/2006 de 23 junio, se establecía en su artículo 914: “Las liberalidades, por actos inter vivos o por testamento, no podrán exceder de la mitad de los bienes (1/2) si, en defecto de descendiente, el difunto deja uno o varios ascendientes en cada una de las líneas, paterna y materna, y los tres cuartos (3/4) si no deja sino ascendientes en una línea”.

⁶⁹⁹ PARRA LUCAN, M^a Ángeles, considera que la reforma del año 2006 da más libertad al testador al flexibilizar las legítimas, siendo el fin del legislador francés, el adecuar esta figura a la realidad social existente mientras a su vez se sigue posicionando a favor de las legítimas. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” *Anuario de la de la facultad de Derecho de la Coruña*, 2009, núm. 13, pág. 495 y ss.

⁷⁰⁰Loi núm. 2006-728 du 23 de juin de 2006 portant réformation des successions et des libéralités.

mediante el cual se permite la renuncia a la acción de reducción de las liberalidades que perjudiquen a la reserva”⁷⁰¹.

Por otro lado, ZAPATA considera que la reforma de 2006 “actualiza a la realidad social e introduce flexibilidad a la hora de que el causante pueda repartir sus bienes fundamentándolo en la necesidad de protección especial o existencia del negocio familiar”⁷⁰²

La legítima aparece definida en el artículo 912 del *Code Civil* que establece que la Ley reserva una serie de derechos y deberes sucesorios a determinados “reservatarios”, si son llamados a la sucesión y estos lo aceptan. Este mismo artículo continúa diciendo que la cuota disponible por el testador es aquella que no está reservada y de la que puede disponer. Queremos resaltar una serie de caracteres que FUGARDO le da a la legítima francesa y que podemos emplear para comparar con la legítima existente en el Derecho común.

Por un lado, el *Code Civil* establece una asignación de pleno dominio, es decir, se recoge una legítima libre de cargas y gravámenes, una característica que también contempla el CC, pero en ambos casos nos encontramos con excepciones. Las del CC ya las hemos estudiado pero recordemos que de una parte, se puede gravar la legítima: por un lado, el artículo 813, establece varias excepciones, usufructo del cónyuge viudo⁷⁰³ y por otro lado, y tras la reforma de la Ley 41/2003 y la Ley 8/2021, se permite gravar, cuando hay hijos o descendientes discapacitados. Las excepciones que establece el Code Civil se refieren, de una parte, a un gravamen a favor del cónyuge a modo de usufructo, y, de otro, “donaciones efectuadas a un legitimario donde el donatario puede aceptar en el acto de la donación o posteriormente una sustitución fideicomisaria sobre todo o parte de la legítima”⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ MIQUEL GONZÁLEZ, José, “Legítima material y legítima formal” *Notario del siglo XXI*, núm. 26, Julio-Agosto, 2009, pág. 495 y ss.

⁷⁰² ZAPATA LOPEZ Jorge, *Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea*. Tesis dirigida por Dr. D. Adolfo Antonio DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Universidad de Murcia, mayo 2017, pág. 175 y ss.

⁷⁰³ La cuantía de la cuota usufructuaria varía según con que legitimario concurra: en caso de que lo haga con hijos o descendientes, conforme establece el artículo 834 del Código Civil, “el cónyuge tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

⁷⁰⁴ FUGARDO ESTIVILL, Josep M^a, *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, Normativa interna y Derecho Internacional privado*, BOSCH, Barcelona, 2011, pág. 380.

La intangibilidad de la legítima se contempla en ambas legislaciones como un límite que tiene el causante a la hora de disponer de sus bienes. Sin embargo mientras que en el CC se contempla la desheredación y la indignidad, en el *Code Civil*, solo se regula la la indignidad. No obstante debemos añadir que se permite al reservatario francés, la posibilidad de renunciar a la legítima futura, ya que la reserva del *Code* se contempla como un derecho global, con una cuota variable dependiendo del número de legitimarios tal y como veremos más adelante.

Y, por último, refiriéndonos a la naturaleza de la legítima francesa, afirmar que se trata de un derecho de crédito.

Siguiendo el esquema del *Code Civil*, debemos analizar la cuantía de la legítima ya que el *quantum* se corresponde con una legítima variable en función del número de hijos quedando distribuido de la siguiente manera: si hay un único hijo, le corresponderá la mitad del caudal hereditario, si son dos, las dos terceras partes; y a partir de los 3 hijos, tres cuartas partes tal y como se señala en el art. 913 del *Code Civil*, el cual establece que “las donaciones o dádivas hechas por contrato entre vivos o por testamento no pueden exceder de la mitad de los bienes del donante si a su fallecimiento dejare un solo hijo legítimo; de la tercera parte si deja dos hijos, y de la cuarta parte si estos fuesen tres o más”⁷⁰⁵ ⁷⁰⁶. Añade, además, el art 913-1 que “bajo denominación de hijos se incluye en el art 913 los descendientes de cualquier grado aunque solo serán computados en sustitución del hijo cuya posición ocupe”, es decir se tienen en cuenta las estirpes⁷⁰⁷.

Resulta interesante resaltar que si uno de los hijos del causante renuncia a la herencia, no se cuenta dentro del número de hijos, mientras que si premuere teniendo a su vez hijos, estos si heredan como rama, es decir, no existe en Francia un derecho de acrecer como el nuestro, pero si derecho de representación. Sin embargo, tenemos que matizar lo anteriormente dicho, puesto que si nos fijamos en el artículo 913, si bien expone que el hijo

⁷⁰⁵ Artículo 912 “la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges á certains héritiersdits reservataires, s’ils son appelés a la succession et s’ilsl’acceptent...”.

⁷⁰⁶https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-fr-maximizeMS_EJN-es.do?member=1, última visita, el 16 de marzo de 2020.

⁷⁰⁷Hay que recordar que antes de la reforma de la Ley de 23 de junio de 2006 se contemplaba, en defecto de descendientes, la legítima de los ascendientes. La cuantía de los ascendientes era de la mitad de la herencia en aquellos supuestos en los que hubiera ascendientes de las dos ramas, y una cuarta parte si solo eran de una.

que renuncia a la herencia no cuenta como hijo, añade que sí se incluirá si está representado o ha recibido una donación y cumple con los requisitos del art. 845 del *Code Civil* sobre el que nos detenemos a continuación.

El artículo 845 señala que el heredero que renuncia a la sucesión puede retener las liberalidades o reclamar el legado que se le hiciese por el total de la parte de libre disposición *de (la portion disponible)* a menos que el disponente hubiera exigido de forma expresa la colación en caso de repudiación (*á moins que le disposaint ait expressément exigé le rapport en cas de renonciation*).

Como ya adelantamos, no hemos encontrado en el derecho francés la figura de la desheredación pero sí la de la indignidad. FUGARDO considera que “el heredero es indigno cuando queda excluido de la sucesión del causante por razón de haber cometido contra el causante actos graves.”⁷⁰⁸ Las causas aparecen reguladas en los artículos 726 y 727 que sostienen son incapaces de suceder por causa de indignidad las siguientes personas:

Cualquiera que sea condenado como autor o cómplice, a una pena de prisión por haber tratado de matar o haber matado al causante de manera voluntaria.

Cualquiera que sea condenado como autor o cómplice con una pena de prisión por haber golpeado, ejercido violencia o coaccionado de forma voluntaria que hubiesen provocado la muerte del causante sin que esa fuera la voluntad, es decir, sin intención de causarle la muerte.⁷⁰⁹

En ambos supuestos estaríamos ante una pena criminal impuesta por “*la Cour de Assises*”.

Junto a estas causas de indignidad nos encontramos las reflejadas en el artículo 727 que recoge que “podrán ser declaradas incapaces de suceder por causa de indignidad las siguientes personas:

⁷⁰⁸ FUGARDO ESTIVILL, Josep M^a, Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, Normativa interna y Derecho Internacional privado, BOSCH, Barcelona, 2011, págs. 342 y ss.

⁷⁰⁹ Código Civil en su redacción vigente a 1 de julio de 2013, traducción: VALDÉS BLANQUED, Jesús y FELDMAN, Fernando.

[Code civil 20130701 ES \(wordpress.com\)](https://www.wordpress.com) última visita 8 de marzo de 2021.

1. Cualquiera que sea condenado, como autor o cómplice, a una pena correccional (pena de faltas) por haber dado o tratado de dar muerte al causante de forma voluntaria

2. Cualquiera que sea condenado, como autor o cómplice, a una pena correccional por haber ejercido violencia de forma voluntaria que provocase la muerte del causante sin intención de hacerlo.

3. Cualquiera que sea condenado por falso testimonio contra el causante en un procedimiento criminal.

4. Cualquiera que sea condenado por omisión voluntaria de impedir un crimen o delito contra la integridad corporal de causante del que se derivase la muerte, a pesar de haber podido hacerlo sin riesgo para él ni para terceros.

5. Cualquiera que sea condenado por denuncia calumniosa contra el causante cuando se hubiese impuesto una pena criminal por los hechos denunciados.

6. Podrá asimismo ser incapaz de suceder por causa de indignidad cualquier persona que hubiese cometido los actos indicados en el punto 1 y 2 y en relación a la cual, con motivo del respectivo fallecimiento, no hubiese podido ejercerse o se hubiese extinguido la acción pública”⁷¹⁰

Podríamos pensar que las dos primeras causas son iguales que las del artículo 726 del *Code Civil*, pero debemos señalar que la pena estará dictada por otro tribunal, denominado “Tribunal de corrección” el cual establece penas menores de 10 años de prisión.

PEREÑA VICENTE establece que las diferencias entre el art. 726 y el 727 consisten en que en el caso del primer artículo nos encontramos ante unas causas de indignidad obligatorias que se impondrá de pleno derecho, mientras que en el supuesto del art. 727, se trata de una indignidad facultativa, donde el juez puede apreciar la causa⁷¹¹. En este mismo

⁷¹⁰ Código Civil en su redacción vigente a 1 de julio de 2013, traducción: VALDÉS BLANQUED, Jesús y FELDMAN, Fernando.

[Code civil 20130701 ES \(wordpress.com\)](https://www.wordpress.com) última visita 8 de marzo de 2021.

⁷¹¹ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 679, septiembre octubre 2003, págs. 2857 y ss.

sentido, FUGARDO ESTIVILL describe la indignidad prevista en el artículo 726, como “automática que se desprende de la propia Ley, sin que sea precisa una condena” mientras que las causas del 727 son causas que “se pronuncian después de la apertura de la sucesión”⁷¹². Es importante destacar que el propio Ministerio Público puede poner de manifiesto las causas de indignidad a falta de herederos, y que se podrá declarar la causa de indignidad después de la muerte⁷¹³.

Esta diferencia de ambas indignidades se pone de manifiesto con una reforma del *Code* francés del 3 de diciembre de 2001, añadiendo esta ley además la palabra “cómplice” a los artículos referidos⁷¹⁴.

Al igual que en nuestro Código Civil, ser declarado indigno no excluye de la sucesión a los descendientes de este.

5.-Sistema sucesorio Alemán

El derecho de sucesiones Alemán está regulado en el Libro V del BGB, y abarca los artículos 1922 al 2385⁷¹⁵. Es importante destacar que su constitución (GG)⁷¹⁶ recoge la libertad de testar, y hace del derecho de sucesión, un derecho fundamental, tal y como se desprende del art. 14 que reza “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.”⁷¹⁷

En 2009, con la Ley de modificación del derecho de sucesiones y prescripción, se realizaron una serie de cambios en el BGB⁷¹⁸- Esta reforma entró en vigor el 1 de enero de 2010, y los cambios afectan principalmente a la figura de la legítima, si bien el término

⁷¹² FUGARDO ESTIVILL, Josep M^a, *op.cit.*, 2011, pág. 343 y ss.

⁷¹³ PEREÑA VICENTE, Montserrat, *op.cit.*, pág. 2857 y ss.

⁷¹⁴ Ley núm. 2001-1135, de 3 de diciembre de 2001, sobre los Derechos del cónyuge superviviente y los hijos nacidos fuera del matrimonio y la modernización de varias disposiciones de la Ley de herencia . Texto original, <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/12763>. Última visita el 8 de marzo de 2021.

⁷¹⁵ ROTHEL, Anne, El Derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho Alemán, Bosch, 2008, pág. 13.

⁷¹⁶ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. De 23 de mayo de 1949, cuya última modificación data de 28 de marzo de 2019.

⁷¹⁷ Traducción GARCÍA MACHO, Ricardo, SOMMERMANN, Karl.

⁷¹⁸ Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, de 1 de enero de 2010.

alemán es *Pflichtteil*, que en una traducción literal significa “parte forzosa”⁷¹⁹. Tales cambios de debieron, en parte, a la Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005⁷²⁰. ARROYO I AMAYUELAS extrae de dicha sentencia una serie de principios que conviene destacar: “la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente de aquellos que no pueden verse privados y cuya percepción no puede hacerse depender de una previa situación de necesidad”, y así se garantiza en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, (Grundgesetz)⁷²¹⁷²². Otro de los principios es destacado por CHRISTANDL, que de la misma sentencia anteriormente mencionada, extrae que “en Alemania los hijos legitimarios tienen un derecho constitucional a participar en la herencia de sus padres sin que los padres puedan libremente privarlos de este derecho y sin que los hijos tengan que encontrarse en una situación de necesidad.”⁷²³

La legítima en el derecho alemán se encuentra recogida en el libro V, en los artículos 2303-2338 del BGB, se configura como un derecho de crédito, donde a determinados parientes les corresponde una porción del patrimonio del causante, incluso en aquellos supuestos en los que se les excluye del testamento. ROTHEL concibe la sucesión alemana, como una sucesión universal donde no existe la necesidad de aceptación de la herencia ya que esta se transmite de manera automática, por tanto si el heredero quisiera repudiar la herencia, deberá hacerlo de forma expresa y dentro de los seis meses siguientes a la muerte del causante.⁷²⁴

En este sentido, ARROYO I AMAYUELAS encuadra la legítima alemana como un derecho de crédito⁷²⁵. ROTHEL nos explica que la legítima alemana solo otorga el derecho

⁷¹⁹ LAMARCA MARQUES, Alberto, (Dir.) “*Código Civil Alemán y Ley de introducción al Código Civil*”, Marcial Pons, 2013, pág. 22.

⁷²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005, BvR 1644/00, 188/03. **Me falta AÑADIR A LA BIBLIOGRAFÍA**

⁷²¹ Tal y como aparece en el artículo 14.1 en relación con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

⁷²² ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “La reforma del Derecho de sucesiones y la prescripción en Alemania”, *Indret*, 2010, pág., 5. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225322/306633> última visita el 12 de marzo de 2021.

⁷²³ CHRISTANDL, Gregor, “La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales”, CAPILLA RONCERO Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, Francisco José (Dir.). *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, 2019, pág. 214.

⁷²⁴ ROTHEL, Anne, *op.cit.*, pág. 16.

⁷²⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “La reforma del derecho de sucesiones y la prescripción en Alemania”,

a reclamar una cantidad de dinero al heredero, que nace en el momento de la muerte del causante. Siendo por tanto una deuda de la herencia, este derecho tiene una duración de tres años, pasados los cuales no se podrá reclamar (artículo 2303, 2317, 1967 del BGB).⁷²⁶

A diferencia del Derecho Común español, nos encontramos con un panorama donde el heredero se convierte en deudor de la herencia (de la legítima), y los coherederos son a su vez deudores solidarios. Conviene destacar que si uno de los herederos es, a su vez, un legitimario, puede para salvar su legítima, rehusar a pagar, tal y como establece ROTHER⁷²⁷.

Se establecen como legitimarios, en el artículo 2303 del BGB, a los descendientes⁷²⁸, ascendientes (pero únicamente los padres), al cónyuge o pareja de hecho, y al igual que en nuestro Derecho Común, los descendientes excluyen a los ascendientes⁷²⁹ tal y como se recoge en el artículo 2309 del BGB.

Siguiendo a BURCKHARDT, podemos afirmar que “la legítima en Derecho alemán (Pflichtteil) se calcula en función a lo que le correspondería al heredero abintestato (gesetzliche Erbfolge) y consiste en la mitad del valor de la parte hereditaria legal o porción hereditaria legítima” por tanto la cuantía contemplada para los descendientes es la mitad del valor de la cuota hereditaria legal⁷³⁰⁷³¹.

Se trata por tanto de una cuota fija. Los descendientes excluyen a los ascendientes, si bien es verdad, y como acabamos de ver, la reforma protege de mayor manera a los descendientes sobre todo a los extramatrimoniales o de matrimonios anteriores impidiendo que estos no reciban su legítima por falta de relación. Hay que destacar que en la redacción originaria del BGB se excluía a los hijos extramatrimoniales, pues tal y como señala

InDret, 1/2010, Barcelona, pág., 5.

⁷²⁶ ROTHEL, Anne, *op.cit.*, pág. 54.

⁷²⁷ *Ibidem*, pág., 56 y ss.

⁷²⁸ ROTHEL, Anne, *op.cit.*, “El Derecho de sucesiones..., igual que en la sucesión legal, rige en la legítima la representación sucesoria los descendientes más próximos cierran a los más lejanos”, pág., 54.

⁷²⁹ Artículos 2303, apartado 1, 2301 del BGB.

⁷³⁰ BURCKHARDT Lóber, “La legítima (Pflichtteil) en el Derecho Sucesorio Alemán, *La notaria*, núm. 6/1998, junio 1998, págs., 111 y ss.

⁷³¹ Ley de sucesiones en Alemania, que se encuentra contenida en el BGB, en su libro V, y se encuentra fundamentalmente comprendida entre el artículo 1922 al 2386, si bien existen artículos sueltos en el libro IV, referentes al cónyuge superviviente. www.bgi-law.com última visita el 20 de enero de 2021.

MONDRAGÓN, “los hijos habidos fuera del matrimonio se les consideraba exentos de parentesco con el causante y por lo tanto carecían de todo derecho a la legítima, sin embargo, se les concedía un derecho de alimentos” y no fue hasta 1960 cuando se les concedió un derecho de crédito “del doble de la cuota legitimaria si concurrían con parientes o el cónyuge vivo del causante”. En 2009 fue cuando se les equiparó con los hijos matrimoniales.

El siguiente punto que nos interesa tratar es cómo se determina el valor de la herencia, en el que habrá, al igual que en el derecho común, que calcular el activo y el pasivo del causante en el momento del fallecimiento. ROTHER señala una gran diferencia respecto a nuestro derecho común, puesto que al pasivo no solo hay que añadir los gastos derivados del entierro y la administración de la herencia sino también “la pretensión a la participación en las ganancias del cónyuge superviviente”.

También es importante destacar que se han de llevar a colación como parte de la legítima las donaciones hechas por el causante, pero solo en aquellos casos en los que se haya dicho expresamente en el momento de la donación.

Nos planteamos qué pasa si no se computan esas donaciones y, sin embargo, se lesiona la legítima de alguno de los legitimarios. Pues bien, el art. 2325 BGB establece que en estos supuestos se deberán traer a colación las donaciones hechas en los últimos diez años por el causante; ahora bien, el art. 2330 excluye determinados tipos de donaciones. “Se excepción a las liberalidades de uso y las donaciones mediante las que se cumple algún deber moral, las donaciones usuales con motivo de cumpleaños, si el beneficiario se trata del cónyuge o el conviviente de hecho, solo se computan si hay disolución del matrimonio y dentro de un plazo de diez años⁷³² ARROYO I AMAYUELAS, nos advierte de la problemática que suscitaba este artículo con respecto a las donaciones realizadas a asociaciones y fundaciones benéficas puesto que hasta los 10 años no sabían el apoyo económico con el que contaban. Sin embargo con la reforma de 1 de enero del año 2010 que venimos analizando “El nuevo § 2325.3 BGB prevé una computación que se reduce progresivamente, a razón del 10% del valor de la donación por cada año que haya pasado desde el otorgamiento (“Abschmelzungsregelung”). Así, si la donación tuvo lugar el año antes de morir el causante, se tiene en cuenta la totalidad de su valor; si tuvo lugar dos años

⁷³² ROTHEL, Anne, *op.cit.*, “El Derecho de sucesiones...”, pág. 64.

antes, sólo el 90%; si tuvo lugar tres años antes, el 80%; y así sucesivamente, hasta llegar a los diez años, en cuyo caso, ahora igual que antes, la donación no se toma en consideración. La regla se aplica, sea cual fuere el momento en el que haya tenido lugar la donación, si el causante muere después de que la reforma haya entrado en vigor”⁷³³

Es importante saber que a diferencia de nuestro Derecho Común, en el que salvo pocas excepciones, (analizadas en el apartado correspondiente), no puede gravarse la legítima, en el derecho Alemán sí se contempla la posibilidad de gravarla. Ahora bien, la reforma de 2010 de la que venimos hablando⁷³⁴, modifica el 2306.1, estableciendo que “Cualquier heredero legitimario, limitado o gravado en su cuota, puede aceptarla o repudiarla y exigir la legítima”. Del artículo deducimos varias cosas: en primer lugar, que antes de la reforma se podía gravar la parte que se dejaba a los descendientes, y si estos renunciaban perdían su derecho de herederos, si bien ahora tienen la posibilidad de renunciar y pedir su parte correspondiente de legítima⁷³⁵.

En principio, no se puede privar a ningún legitimario de su derecho a la legítima, sin embargo el BGB recoge una serie de causas por las que se priva de la legítima o causas de desheredación. Aparecen recogidas en los artículos 2333-2335 del BGB.

Queremos destacar tal y como, ARROYO I AMAYUELAS nos explica, que a excepción de una causa que se reformó con el divorcio (se puede privar de la legítima al cónyuge divorciado), se mantiene en estos artículos la redacción originaria hasta la reforma que venimos analizando de 1 de enero de 2010, por la cual se volvió a redactar el 2333 y se derogaron los 2334 y 2335 del BGB⁷³⁶. Se contempla como cambio la unificación de las causas de desheredación para todos los legitimarios sin diferenciar en ascendientes, descendientes o cónyuge.

⁷³³ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *op. cit.*, “La reforma del derecho...”, pág., 9.

⁷³⁴ Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, de 1 de enero de 2010.

⁷³⁵ *Ibidem*, Destacar que antes de la reforma solo se tenía la posibilidad de reclamar la legítima si estaba gravada en los siguientes supuestos, si se ha gravado mediante sustitución fidecomisaria, tal y como señala art. 2306, albaceazgo regulado en el art. 2100, reglas de partición así como legado y modo, según lo dispuesto en los art. 2147 y 2192, en aquellos supuestos en los que el legitimario es instituido heredero fidecomisario regulado en el art. 2306. pág. 53.

⁷³⁶ Antes de la reforma del año 2010 por la Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y prescripción, (Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts) se establecían, tal y como hemos mencionado, causas diferenciadas de desheredación según el legitimario ya fuese descendiente, ascendiente o cónyuge.

Si bien el Código Civil Alemán no habla, como tal, de causas de desheredación sí establece que “permite privar de la legítima a los descendientes en los siguientes casos: Si el descendiente atenta contra la vida del causante, del cónyuge o de otro descendiente del causante o pareja de hecho. Si cometen un delito o falta grave contra algunas de las personas anteriormente mencionadas. Si no cumplieran con el deber legal de alimentos de manera intencionada. Por condena en sentencia firme con pena privativa de libertad al menos de un año, por cometer un delito doloso”⁷³⁷.

Al igual que en el Derecho Común, se exige que la desheredación esté establecida en testamento, y del mismo modo que en nuestro caso se contempla el perdón, el cual hace que se pierda la facultad de desheredar. El BGB establece un perdón válido para cualquier causa de desheredación. Así, ROTHEL refleja que “con el perdón, la desheredación ordenada en la disposición de última voluntad deviene ineficaz *ex lege*, no es necesario revocar la disposición”.⁷³⁸

CHRISTANDL nos recuerda que en Alemania el causante podrá reducir la legítima en aquellos supuestos en los que uno de los legitimarios fuera pródigo o hubiera peligro de endeudamiento excesivo⁷³⁹. PERIS RIVERA lo refleja de la siguiente manera “La limitación que establece el Código Civil alemán consiste en que el causante (sujeto A) puede ordenar a un descendiente heredero legítimo suyo (sujeto B), el cual tenga muchas deudas o haya sido declarado pródigo, que tras fallecer (el sujeto B), sean sus correspondientes herederos forzosos (sujetos C) quienes perciban la herencia legítima dejada por el causante (sujeto A). Incluso, (el sujeto A) puede transmitir a un ejecutor testamentario la administración de esos bienes, aunque, si al tiempo de la muerte del causante (sujeto A), el descendiente heredero legítimo (sujeto B) ya no tuviera dichas deudas, la ordenación sería ineficaz”⁷⁴⁰. Por otro lado, MONDRAGÓN, considera que “esta limitación se reduce a que los herederos legales se conviertan en fideicomisarios de los legitimarios, con el fin de privar a los legitimarios del poder de disposición de los bienes”⁷⁴¹. Se denomina “limitación de la

⁷³⁷ROTHEL, Anne *op.cit.*, pág. 65.

⁷³⁸ Ibidem, *op.cit.*, pág. 66.

⁷³⁹ CHRISTANDL, Gregor, *op.cit.*, “La legítima y la libertad de testar en Alemania...”, pág. 218 y ss.

⁷⁴⁰ PERIS RIVERA, Alba, “Desheredación: Una visión comparada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.4, febrero 2016, pág., 329 y ss.

⁷⁴¹ MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, *op.cit.*, pág. 412 y ss.

legítima con buena intención” y aparece regulado en el artículo 2338 del BGB.

El BGB, al igual que el CC, contempla una serie de causas de indignidad. Se trata de causas señaladas en el art. 2339⁷⁴², así como el art. 2345. 2 del BGB a través de las cuales cualquier heredero forzoso podrá ser privado de la legítima si cumpliera esas causas. PERIS considera que la causa 2345.2 correspondiente a él indigno de legado “es a su vez también causa de desheredación⁷⁴³”, pues el mismo establece que si un legatario es culpable de una de las malas conductas a que se refiere el artículo 2339 la reclamación derivada del legado es impugnabile. Se aplican las disposiciones de las secs. 2082, 2083, 2339 párrafo 2 y las secs. 2341, 2343. Del mismo modo se aplicara en aquellos supuestos en los que la reclamación del legado sea parte de la legítima y el heredero forzoso sea culpable de tal mala conducta.

6.- Reglamento Europeo de Sucesiones

Tras analizar algunos de los sistemas sucesorios europeos, nos damos cuenta de las diferencias sustanciales que hay entre ellos. Por tanto, nos parece esencial analizar el Reglamento (UE) núm. 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.⁷⁴⁴⁷⁴⁵ Resulta, a estos efectos, de gran utilidad la Guía que posteriormente publicó la Comisión europea en 2017, destinada a servir de ayuda a las personas implicadas en las sucesiones

⁷⁴² Indigno de herencia es: 1. Quien intencionalmente e ilícitamente mató o intentó matar al difunto o lo puso en una condición como resultado de la cual el difunto no pudo hasta su muerte establecer o revocar una disposición *mortis causa*, 2. Quien intencional e ilegalmente impidió al testador hacer o dejar sin efecto una disposición *mortis causa*. 3. Que haya determinado al testador mediante engaño doloso o ilegítimamente mediante amenazas de establecer o revocar una disposición *mortis causa*, 4. Que sea culpable de un delito previsto en los artículos 267, 271 a 274 del Código Penal en relación con una disposición del testador después de la muerte.

⁷⁴³ PERIS RIBERA, Alba, *op.cit.*, pág. 329-348.

⁷⁴⁴ Recordemos que quedan excluidos del convenio Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, pues no se adhirieron al mismo.

⁷⁴⁵ http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1.0005.04/DOC_1
última visita 6 de abril de 2021.

transfronterizas⁷⁴⁶.

Este Reglamento rige en España para todas las sucesiones *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, posteriores a 17 de agosto de 2015, y, tal y como se indica en su art. 20, es de aplicación universal⁷⁴⁷. Con ello queremos decir que se aplicará tanto a los españoles residentes en el extranjero, como a los extranjeros residentes en España nacionales o no de Estados firmantes del Convenio, siempre que la apertura de la sucesión o el fallecimiento se produzca dentro del territorio de la Unión Europea.

Como consecuencia del derecho que nos otorga la Unión Europea de libre circulación, se dan numerosos supuestos en los que en las sucesiones *mortis causa* intervienen elementos de distintos países: por ejemplo, una persona puede tener bienes en diferentes territorios, por lo que este Reglamento intenta facilitar la sucesión *mortis causa* en los diferentes Estados, pero aun vamos más allá e intentaremos analizar qué pasa cuando se remite a un Estado que es plurilegislativo como el nuestro. En estos supuestos debemos acudir a la norma, en primer lugar, del artículo 36 del reglamento, “Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes.

1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.”

En consecuencia, es el propio Reglamento el que nos deriva en este caso al CC, que en su artículo 16.1, dispone lo siguiente “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.”

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, considera por tanto que si aplicamos el art. 36 del

⁷⁴⁶ DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

⁷⁴⁷ La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro

Reglamento, y la remisión a la Ley española, debemos tener en cuenta la vecindad civil, y por tanto solo se aplicará a los causantes españoles, ya que “solo estos poseen vecindad civil y es el criterio para resolver las normas sobre conflictos internos.”⁷⁴⁸ Sin embargo, y como veremos más adelante, debe hacerse una interpretación a la luz de la voluntad del causante, plasmada en el testamento. Así lo avala la jurisprudencia menor a través de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020⁷⁴⁹.

El Reglamento Europeo de sucesiones, tal y como se expresa en su Exposición de Motivos, se encuadra dentro de la tarea de la Unión Europea de facilitar el libre movimiento de personas y, para ello, se deben adoptar medidas que sirvan para “garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de competencia”⁷⁵⁰. Efectivamente, las diferentes leyes nacionales de los países miembros regulaban, de diversas formas, las sucesiones y las soluciones que ofrecía el derecho privado no eran suficientes para lograr soluciones homologas en los Estados miembros para atender todas las eventualidades. El Reglamento es el instrumento que armoniza las normas y garantiza de forma eficaz los derechos de los herederos.

En palabras de GALICIA AIZPURA, “su objetivo primordial consiste en remover las dificultades que los ciudadanos europeos encuentran en la actualidad al momento de ejercer sus derechos en relación con las sucesiones *mortis causa* con elementos transfronterizos. A tal fin, introduce nuevos criterios reguladores en tres campos propios del Derecho internacional privado: ley aplicable, competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y de otros documentos públicos en materia de sucesiones por causa de muerte (amén de la creación de un certificado sucesorio

⁷⁴⁸ÁLVAREZ GONZALEZ, Santiago, “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente llamativo”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm.4, Octubre-Diciembre 2015, pág. 17.

⁷⁴⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020, (JUR 529/2020).

⁷⁵⁰“El Reglamento establece normas para determinar las autoridades del Estado miembro de la UE que se encargarán de una sucesión transfronteriza y el Derecho nacional que se aplicará a esa sucesión. De este modo, cualquier ciudadano o testador (la persona que otorga testamento) puede planificar su sucesión y los herederos ya no tienen que verse frente a múltiples autoridades y Derechos nacionales”. Guía de ayuda para las sucesiones transfronterizas, pág.,4. http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1.0005.04/DOC_1, última visita 6 de abril de 2021.

europeo)”⁷⁵¹.

MAGALLÓN ELEONSEGUI considera que “el Reglamento parte de una premisa: la pluralidad de sistemas sucesorios a nivel europeo origina una diversidad material en la regulación sustantiva del Derecho de sucesiones que puede ocasionar problemas a la hora de determinar bajo qué sistema va a resolverse una situación conectada con más de un ordenamiento”⁷⁵².

Hay que destacar que su ámbito de aplicación comprende todo lo relativo al conjunto de reglas Derecho civil sucesorio por causa de muerte y por tanto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que se producen tras el fallecimiento de una persona. El artículo 3 del Reglamento establece qué se debe entender por sucesión al señalar “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por a) "sucesión" : la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión *abintestato*.”⁷⁵³

⁷⁵¹GALICIA AIZPURA, Gorka, “El Reglamento Europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del Ordenamiento Civil Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pág. 527.

⁷⁵²MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea, “El reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 12, núm. 25, 2013, págs. 343-355.

⁷⁵³Este mismo art. 3 contiene una serie de definiciones que resultan de interés y que sirven para la armonización legislativa transfronteriza. Así dispone que “pacto sucesorio” es todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo b) "pacto sucesorio" : todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo; c) "testamento mancomunado" : el testamento otorgado en un acto por dos o más personas; d) "disposición mortis causa" : un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio; e) "Estado miembro de origen" : el Estado miembro en el cual se haya dictado la resolución, se haya aprobado o celebrado la transacción judicial, se haya constituido el documento público o se haya expedido el certificado sucesorio europeo, según el caso; f) "Estado miembro de ejecución" : el Estado miembro en el que se solicite la declaración de fuerza ejecutiva o la ejecución de la resolución, de la transacción judicial o del documento público; g) "resolución" : cualquier decisión en materia de sucesiones dictada por un tribunal de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba e incluidas aquellas decisiones en materia de costas u otros gastos emitidas por los funcionarios judiciales; h) "transacción judicial" : una transacción en materia de sucesiones aprobada por un tribunal o celebrada en el curso de un proceso judicial ante un tribunal; i) "documento público" : un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen.

El punto principal del que debemos partir es el de averiguar cuál es la ley que ha de aplicarse. Recordemos que hasta ahora el CC consagra como criterio el de la nacionalidad del fallecido, el Reglamento, sin embargo, establece que se aplicará, como regla general, la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de fallecimiento, tal y como se expresa en su artículo 21, si bien el Reglamento no establece qué ha de entenderse por residencia habitual. Lo que hace que sea un concepto jurídico indeterminado y crea incertidumbre. Nos puede servir de faro las recomendaciones que nos hace el Reglamento en su Considerando 23: “Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento”.

La Guía de sucesiones transfronterizas a la que venimos haciendo referencia, a nuestro parecer, nos ofrece una definición incompleta, pues considera que “El país de residencia habitual es aquel con el que el fallecido mantenía un vínculo estrecho y estable. La autoridad que ejecute la herencia decidirá cuál es este país en cada caso”, si bien es verdad que da una serie de pautas para que la autoridad que ejecute la herencia tenga en cuenta ciertas circunstancias: “la duración y la regularidad de la estancia del fallecido en un país determinado; las condiciones y los motivos de la estancia del fallecido en un país determinado; el país en el que se encuentra su familia y su vida social; el país en el que el fallecido tuviera la mayoría de sus bienes; la nacionalidad del fallecido”⁷⁵⁴⁷⁵⁵

⁷⁵⁴Guía de ayuda para las sucesiones transfronterizas, pág. 9 http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1.0005.04/DOC_1 última visita, 6 de abril de 2021.

⁷⁵⁵ Junto a esta afirmación debemos destacar que el propio Reglamento en su exposición de motivos hace ciertas aclaraciones, que debemos poner en relación “Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el presente Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. No obstante, se ha de excluir el reenvío en aquellos casos en que el causante haya hecho la elección de la ley en favor de la ley de un tercer

No obstante, respecto a esa regla general, el artículo 22 del Reglamento establece lo siguiente

“1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

2. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

3. La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.

4. Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*.”

Por lo tanto, vemos que el Reglamento permite al ciudadano comunitario elegir la ley por la que quiere regirse. De tal forma que el Reglamento permite, en primer lugar, la elección de la norma que va a regir la sucesión del causante, y lo puede hacer moviéndose dentro de los márgenes que le permite el artículo 22 del Reglamento, entre la ley nacional en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento.

Con acertado criterio, JIMENEZ GALLEGO hace a este respecto una puntualización al establecer que “no se concede por el reglamento la posibilidad de elegir una ley distinta a estas”, es decir, a la nacionalidad del causante, y apunta “ni siquiera puede elegir la Ley del estado de su residencia habitual”⁷⁵⁶.

Y, por último, el Reglamento prevé una fórmula de escape con carácter subsidiario en su artículo 21.2 que “Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un

Estado”.

⁷⁵⁶ JIMENEZ GALLEGO, Carlos, *El Reglamento sucesorio Europeo. Un comentario Notarial*, Consejo General del Notariado, 2016, pág. 32 y ss.

vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado”.

En definitiva, la regla de la residencia habitual es subsidiaria y debe ser matizada, pues permite que si “resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado”.

Es preciso aclarar que estas reglas solo rigen si el testador no ha elegido antes, como hemos indicado, cuál es la norma con la que quiere regir su sucesión *mortis causa*: si la ley nacional del causante o la que posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, y en el caso de tener varias nacionalidades, al tiempo de testar o del fallecimiento, puede elegir cualquiera de ellas.

Resumiendo, el orden sería el inverso, primero puede elegir qué ley nacional le será aplicable, “declaración conocida como *professio iuris*, quedando la elección a su voluntad; en su defecto, la de la residencia habitual, salvo que excepcionalmente tenga el causante un vínculo o unión más estrecho con la ley nacional de otro país distinto cuya ley fuese aplicable.”

Partiendo de esto, la Ley española se podrá aplicar en aquellos supuestos en los que se designe por parte de un ciudadano con nacionalidad española, y cuando un ciudadano extranjero tenga su residencia en España, y por testamento no haya hecho elección de su ley nacional.

Una vez sepamos cuál es la ley que se ha de seguir, debemos saber qué órgano tiene la competencia. Así, si se aplica el criterio de la residencia habitual, el art. 4 del Reglamento establece que serán los tribunales del estado miembro en donde se tenga la residencia habitual quienes tengan la competencia para resolver la totalidad de la sucesión. Hay que recalcar que se atribuye la competencia a los órganos que tengan la consideración de tribunales. El Propio Reglamento, en su considerando (21) establece que “El presente Reglamento no afecta a las competencias que los Estados miembros atribuyan a los notarios en materia de sucesiones. La vinculación de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento depende de si están incluidos en la

definición de "tribunal" contenida en el mismo. Y el (22) señala que: “Los actos expedidos por notarios en materia de sucesiones en los Estados miembros deben circular de acuerdo con el presente Reglamento. Cuando los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, están vinculados por las normas de competencia, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones.

Cuando los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, no están vinculados por las normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre estos”.

La cuestión en nuestro país no es pacífica, en la Guía Notarial del Reglamento Europeo Sucesorio⁷⁵⁷, puede leerse lo siguiente: “Los notarios españoles no actuamos por delegación de poderes de un órgano judicial ni bajo su control, según la LJV, que atribuye a los notarios esta función. En cambio, parece que sí ejercemos en este ámbito una función jurisdiccional, pese a las dudas de CARRASCOSA GONZÁLEZ, que se inclina por la no aplicación del RES⁷⁵⁸. En el listado 1 del RES consta que España notificó a la Comisión de la UE que los notarios son autoridades no judiciales pero que desarrollan funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio, la más clara de las cuales es obviamente la declaración de herederos abintestato⁷⁵⁹”

⁷⁵⁷<http://www.notar-ius.com/2019/01/guia-notarial-del-reglamento-europeo-de.html>, última visita 12 de abril de 2021.

⁷⁵⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Colección Derecho y Letras, Murcia, 2019, pág. 1489 y ss.

⁷⁵⁹ Niega la competencia de los notarios polacos, la Sentencia de 23 mayo 2019 del tribunal de Justicia de la Unión Europea Sala Primera, Caso WB contra Przemysława Bac, TJCE 2019\98. Asunto C-658/17, que trata de la competencia de los notarios polacos, para emitir certificados sucesorios, y considera que los notarios no tienen la consideración de tribunal. El artículo 3, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento núm. 650/2012, debe interpretarse en el sentido de que un notario que redacta un documento a solicitud de todas las partes del procedimiento notarial, como el del litigio principal, no constituye un «tribunal» en el sentido de esa disposición y, por consiguiente, el artículo 3, apartado 1, letra g), de ese Reglamento debe interpretarse en el sentido de que tal documento no constituye una «resolución» en el sentido de esta disposición. Y que el artículo 3, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (UE) núm. 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, debe interpretarse en el sentido de que la circunstancia de que un Estado miembro no haya realizado la notificación relativa al ejercicio por parte de los notarios de funciones jurisdiccionales, prevista en esa disposición, no resulta determinante a efectos de la calificación de esos notarios

Si, por el contrario, ha habido una elección del foro, contemplada en el artículo 22 antes mencionado, el artículo 5 otorga la posibilidad de que sean las partes interesadas las que hayan acordado el tribunal del estado miembro que tendrá la exclusividad para resolver la sucesión⁷⁶⁰. Consideramos importante aclarar que hablamos de elección de tribunal; no obstante, autores como URREA SALAZAR consideran que las partes con fundamento en este artículo pueden elegir el foro, estableciendo que “Si por el contrario realizó (el finado) una elección en la forma establecida por el Reglamento en favor de la ley de la nacionalidad, y esta no coincide con la de su última residencia habitual, aún cabe la elección de ese foro por las partes. Elección que habrá de constar por escrito, con expresión de su fecha y firmado por las partes interesadas, conforme exige el art. 5.2”⁷⁶¹

Siguiendo con el análisis del artículo 5, se debe concretar quiénes son las partes interesadas, a este respecto, y siguiendo a JIMÉNEZ GALLEGO, serán los sucesores del causante.

Queremos resaltar el objeto del Reglamento que venimos analizando, y la respuesta la encontramos en el artículo 23 que comprende, causa, momento y apertura de la sucesión. No obstante, hay que matizar que queda excluido del ámbito del Reglamento la determinación del fallecimiento, así como la extinción de la personalidad⁷⁶². Además, queda también excluido, la determinación de los beneficiarios, así como las partes que les corresponden, en su caso las posibles obligaciones que haya determinado el testador, la determinación de derechos sucesorios del cónyuge o pareja superviviente. La capacidad necesaria para suceder, así como la desheredación o incapacidad por indignidad, las cuales variarán dependiendo de la ley que rija la sucesión. La posible transmisión de bienes y derechos y obligaciones a herederos o legatarios; aceptación y renuncia de la herencia o el legado.

como «tribunales».

⁷⁶⁰ Art. 5.2 “El acuerdo relativo a la elección del foro constará por escrito, con expresión de su fecha, y será firmado por las partes interesadas. Se considerará hecha por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

⁷⁶¹ URREA SALAZAR, Martín Jesús, El Reglamento Europeo de sucesiones y el Derecho uniforme en la Unión Europea, *Economist&iuris*, junio 2016, [El reglamento europeo de sucesiones | E&J \(economistjurist.es\)](https://www.economistjurist.es/), última visita 16 de abril de 2021.

⁷⁶² RENTERIA AROCENA, Alfonso, “Aplicación de la Ley 5/2015 como norma rectora de la sucesión”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/las-sucesiones-mortis-causa-transfronterizas-en-derecho-espanol-los-convenios-internacionales-el-reglamento-6502012-y-las-reformas-legislativas-de-2015/>, pág. 200 y ss, última visita 3 de mayo de 2021.

RENTERÍA AROCENA considera a este respecto que “La ley sucesoria determinará si la adquisición de los derechos hereditarios se produce automáticamente por la apertura o delación de la sucesión o si es preciso un acto especial de aceptación, así como la posibilidad de que la aceptación se produzca a beneficio de inventario. La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal como establece esa ley, afirma el Considerando 42 del Reglamento 650/2012. La existencia o inexistencia de la herencia yacente (con sus caracteres y régimen jurídico), la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes de la herencia, la acción de petición de herencia o la transmisión del “ius delationis”, por poner algunos ejemplos, son aspectos que se rigen por la “lex successionis” (del primer causante, en el supuesto del derecho de transmisión)⁷⁶³.

Las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29, apartados 2 y 3;

Responsabilidad de deudas y cargas de la herencia; las legítimas, y la libre disposición y cualesquiera reclamaciones que las personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos de la misma

La obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios.

Y por último la partición de la herencia.

Resulta de gran interés traer a colación la sentencia del TSJE de 16 de julio de 2020⁷⁶⁴, cuyo supuesto de hecho versa sobre una mujer lituana, casada con un alemán y que se traslada a vivir a Alemania. En el año 2013 hace testamento en Lituania, nombrando como único heredero a su único hijo de nacionalidad Lituania nacido de un matrimonio

⁷⁶³ RENTERIA AROCENA, Alfonso, *op.cit.*, pág. 200 y ss.

⁷⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, Sala Primera, (petición de decisión prejudicial planteada por el LietuvosAukščiausiasisTeismas — Lituania) — procedimiento instado por E. E. (Asunto C-80/19).

anterior. El problema surge cuando el hijo solicita en Lituania un certificado de Derechos sucesorios, que le es denegado por la falta de competencia, que expide un notario lituano, pues la finada tiene su residencia habitual en Alemania. Sin embargo, el Tribunal lituano considera que una persona pueda tener dos residencias habituales, pero esta alegación es descartada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este respecto el Tribunal establece lo siguiente “... El Reglamento ..., debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «sucesión con repercusión transfronteriza» una situación en la que el causante, nacional de un Estado miembro, residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento pero no había cortado sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, en el cual se encuentran los bienes que integran el caudal relicto, mientras que los llamados a la sucesión tienen su residencia en ambos Estados miembros. La autoridad que sustancia la sucesión debe fijar en uno solo de dichos Estados miembros la última residencia habitual del causante”.

Por otro lado, queremos analizar, por su importancia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020⁷⁶⁵. Plantea el supuesto en el que una mujer de nacionalidad francesa y residente en Mallorca realiza un pacto de *definitio* con sus hijos nacionales franceses que residen en Mallorca, pacto que en el momento del fallecimiento de la madre no se quiere hacer valer por los hijos, frente a la Dirección General de Registros y Notariado.

Los hijos basan la petición en que su madre no tiene la vecindad civil mallorquina, y por ello se debe aplicar el CC, de lo que resultaría la invalidez del pacto, no siendo contrario a lo establecido en el Reglamento de Sucesiones Europeo; no obstante, es desestimado por parte del Tribunal.

Si hacemos un inciso, en el análisis de la sentencia, podría surgirnos la siguiente duda. Ciertamente es que el Reglamento de Sucesiones Europeo habla de la remisión a la ley nacional de la residencia habitual, y que la residencia habitual no tiene por qué conllevar la vecindad civil, por lo que, ¿cuál es la ley que debe aplicarse a una persona que con residencia

⁷⁶⁵ La Sentencia 529/2020 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020, (JUR 2021\76520).

habitual, pero sin vecindad civil ni nacional de España, se le debe aplicar?, ¿La de Derecho común o, en este supuesto en concreto, la ley Balear?

El Tribunal hace una referencia previa a los antecedentes del caso que resultan de gran interés, y hace constar, en primer lugar, que la madre realiza el pacto de la *definitio* en base al artículo 50 de la Compilación Balear, y manifiesta más tarde que no hace elección de su ley sucesoria, es decir, de la francesa.

Recordemos que el pacto de definitio es un pacto sucesorio conocido por definición, en el que los descendientes, legitimarios y emancipados pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad. El Tribunal añade que la definición “sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima. El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición. La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública. Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima”.

Hay que encuadrar este pacto sucesorio dentro del Reglamento europeo, ya que nos encontramos ante una situación transfronteriza y, por tanto, nos debemos guiar por él, ya que prima sobre nuestra ley nacional.

Aplicando el Reglamento, podemos afirmar que la residencia habitual de la madre está en España, y por ello debemos remitirnos al art. 36 del Reglamento que, como ya hemos mencionado, hace referencia a estados plurilegislativos, como el nuestro, y por ello el siguiente paso sería acudir al artículo 16, que establece como punto de conexión la vecindad civil y, al tratarse de una persona con nacionalidad francesa, no tendría esa vecindad civil que le permitiera regirse por el derecho Balear.

El Tribunal, al respecto, expone lo siguiente “La Sala, sin embargo, no comparte la conclusión enunciada. Sin negar que el art. 16.1 C.C. contiene efectivamente una norma de conflicto interno que determina que la ley personal será la correspondiente a la vecindad civil (a través del art. 14 CC), tal norma de conflicto no resuelve sin embargo cuál de los distintos ordenamientos civiles deberá aplicarse cuando, siendo de aplicación la legislación española (ex art. 21 del Reglamento, según hemos indicado), el/la ciudadano/a sea, como en

el caso planteado, de nacionalidad extranjera, ya que carecerá de vecindad civil, tanto de vecindad civil común, como de cualquier vecindad civil foral o especial. Dicho de otro modo: la norma interna - artículo 16.1 CC- emplea una categoría o punto de conexión - vecindad civil- que no puede predicarse del ciudadano extranjero (salvo que adquiriera la nacionalidad española, artículo 15 CC, lo que no es el caso), por lo que no puede acudirse a ella por la vía del art. 36.1 del Reglamento para resolver la cuestión planteada.”⁷⁶⁶

En este sentido, la sentencia fundamenta lo siguiente “Tal imposibilidad nos sitúa ante el numeral 2 del propio art. 36, cuyo enunciado comienza precisamente con la dicción " A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes " pues el Reglamento, como reconoce la propia Resolución DGRN de 24.05.19, equipara las situaciones en las que no hay Derecho interregional -normas internas sobre conflicto de leyes- con aquellas en que las que sí hay tales normas pero el causante no sea nacional (así se desprende de su FJ 6 y de su FJ 17, del que transcribimos su primer inciso: "En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión"). La sentencia apelada se planteó esta cuestión y, tras señalar que el art. 14.1 del CC dispone que la sujeción al derecho foral se determina por la vecindad civil y que el art. 15 establece que los extranjeros sólo pueden acceder a la vecindad civil al adquirir la nacionalidad, excluyó la aplicabilidad al caso del art. 36.2 del Reglamento con el siguiente razonamiento (en el FJ 3º): "El hecho de que la actora sea extranjera y no haya accedido a la vecindad civil no significa que no haya normas de conflicto internas en el derecho español (el art. 16 del Código Civil), y debamos acudir a los criterios del art. 36.2 del Reglamento. La norma existe ". Sin embargo, y siguiendo la equiparación indicada, vemos que el art. 36.2, y concretamente en su apartado a), en el marco siempre de estados plurilegislativos, establece lo siguiente: "(a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento"; ley (esa "ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento") que, en el caso de autos, es la Compilación de Derecho Civil de Baleares

⁷⁶⁶La Sentencia 529/2020 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020, (JUR 2021\76520), Fundamento VI.

(concretamente su art. 50), dado que la actora, al tiempo de otorgar el pacto sucesorio (art. 25.1 y 21.1 del Reglamento, según hemos dicho más arriba), tenía su residencia habitual en Mallorca⁷⁶⁷

La Dirección General de Registros y Notariado admite esta solución, usando como vía el apartado número 3 del artículo 36 del Reglamento *“a falta de norma de conflicto, toma como referencia la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido un vínculo más estrecho. Vínculo que, referido al momento del otorgamiento del pacto queda reflejado en la residencia habitual en la unidad territorial”*. Tal criterio del *“vínculo más estrecho”* conduce en el caso a la misma solución.” Se trata a la *definitio* como un negocio jurídico, pero no podemos olvidar que la madre no cumple con una de las exigencias del artículo 50 de la Compilación, que exige que el donante tenga vecindad civil mallorquina.

El Tribunal alega que "Sea como fuere, la aplicación de la Compilación Balear al supuesto que se nos plantea exige, dado que nos hallamos ante una situación jurídico privada internacional, una interpretación de la exigencia "de vecindad mallorquina" del ascendiente a que se refiere el art. 50 que resulte conforme con el Reglamento (UE) nº 650/2012, considerando los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo y la finalidad de la norma. Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50. Entendemos que esta interpretación de la norma (reducción teleológica, en realidad, que no sería necesaria si, de lege ferend , quedara suprimido el inciso referido) favorece la coherencia sistemática de la regulación de la figura en su aplicación para Ibiza y Formentera y para Menorca, donde no existe una exigencia de subvecindad ibicenca o menorquina al modo previsto en el art. 50 CB. Pero, sobre todo, resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión " se rija por una ley previsible" para éste), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la

⁷⁶⁷ La Sentencia 529/2020 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020, (JUR 2021\76520), Fundamento 3.

normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés. En este sentido, cabe citar la S TJUE (Sala Segunda) de 15.07.10, resolviendo una petición de decisión prejudicial de Bundesgerichtshof- Alemania, y en cuya fundamentación jurídica se hace el siguiente llamamiento a los tribunales nacionales: . Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate..". En definitiva, las normas internas de los Estados no pueden "...frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas..." (en tal sentido, SS TJU 119/1984, 388/1992 y 185/2007).⁷⁶⁸

Creemos que esta sentencia da un paso significativo, pues fundamenta que debe interpretarse nuestra normativa en base al Reglamento y de alguna manera equipara la residencia habitual a la vecindad civil a los efectos de señalar qué Ley ha de aplicarse a las sucesiones de extranjeros que no tienen vecindad civil. Pues se declara aplicable la *definitio* en base al artículo 50 de la Compilación, pues se considera válida por parte de este Tribunal “la vecindad mallorquina de la madre”. Se trata de una deducción más que válida, en nuestra opinión, ya que al no poseer los extranjeros vecindad civil, pero a su vez primar el Reglamento sobre nuestra legislación, debemos dar prioridad a la residencia habitual, y a la norma que en ella se dé, con la intención siempre de seguir los principios del Reglamento.

Pretendemos analizar también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de marzo de 2018, que arroja claridad sobre la posibilidad de que una norma interna pueda obstaculizar el propósito del Reglamento, así como centrar el ámbito de aplicación del mismo⁷⁶⁹. Si bien la sentencia está enfocada hacia el cónyuge supérstite,

⁷⁶⁸ La Sentencia 529/2020 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020, (JUR 2021\76520), Fundamento 3.

⁷⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE (Sala Primera) Caso Doris Margret Lisette Mahnkopf contra Sven Mahnkopf. Sentencia de 1 marzo 2018 (TJCE\2018\44). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199805&doclang=ES>, última visita 12 de

cuyos derechos no analizamos en este trabajo, nos aclara ciertas dudas del Reglamento.

En el supuesto de hecho nos encontramos a una viuda que solicita un certificado sucesorio europeo tras el fallecimiento del esposo. Ambos cónyuges tienen nacionalidad alemana y en el mismo país su residencia habitual, sin embargo los cónyuges, que están casados en régimen matrimonial de gananciales, tienen un inmueble en Suecia, cuya propiedad corresponde a ambos a partes iguales.

En un primer momento, y tal y como se explica en el litigio principal de la sentencia, se trata de una sucesión con ley nacional, lo cual no debería conllevar ningún problema, aplicándose el BGB (que recordemos que tiene legítima) y quedando la herencia de la siguiente manera: le corresponde la mitad de los bienes al único hijo común del matrimonio, y la otra mitad al cónyuge supérstite en base a los artículos 1931, que otorga la cuarta parte de la herencia al cónyuge viudo, mientras que el artículo 1371 del BGB, al estar casados en gananciales, le otorga otro cuarto del haber hereditario.

La mujer solicita un certificado sucesorio con el fin de hacer valer que tanto ella como el hijo son coherederos y utilizar tal certificado para inscribir su derecho de propiedad sobre el inmueble en Suecia.

El problema surge cuando al pedir dicho certificado se lo deniegan, ya que si bien una cuarta parte de lo que le corresponde es por sucesión, la otra es por el régimen matrimonial, materia que queda fuera de la aplicación del Reglamento. La mujer interpone un recurso de apelación ante el Tribunal Alemán.

El Tribunal considera que “El tribunal remitente expone que la doctrina se encuentra dividida respecto a la cuestión de si la norma que establece el artículo 1371, apartado 1, del BGB es una norma de Derecho de sucesiones o del régimen económico matrimonial. Dicho tribunal considera que, atendiendo a su finalidad —esto es, el reparto de las ganancias al extinguirse el régimen de participación por el fallecimiento de uno de los cónyuges—, el artículo 1371, apartado 1, del BGB no es una norma de sucesión «por causa de muerte», a efectos del artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012. En su opinión, la regla establecida en este precepto debe aplicarse siempre que los efectos del matrimonio, incluido

lo tocante al régimen económico matrimonial, se rijan por el Derecho alemán. Esta aplicación, a su entender, no estaría garantizada si dicha regla tuviera la consideración de norma de Derecho de sucesiones, ya que, en tal supuesto, su ámbito de aplicación se limitaría a las situaciones en que la sucesión se rige por el Derecho alemán, de conformidad con los artículos 21 y 22 del Reglamento núm. 650/2012⁷⁷⁰.

Sin embargo, el tribunal sí concibe que este incremento pueda plasmarse en el certificado sucesorio europeo “cuando tanto la ley sucesoria aplicable de conformidad con el artículo 21 o el artículo 22 del Reglamento núm. 650/2012 como la ley sobre el régimen económico matrimonial de los cónyuges se determinen con arreglo al ordenamiento jurídico de un mismo Estado miembro, cualquiera que sea la norma de conflicto de leyes aplicable. En este caso concreto, prosigue el tribunal remitente, la ley aplicable a la sucesión y la ley aplicable al régimen económico matrimonial se determinan exclusivamente de conformidad con el Derecho alemán”.

Debido a tales circunstancias el propio Tribunal alemán plantea ante el Tribunal de Justicia Europeo las siguientes dudas:

En primer lugar, si ha de interpretarse el artículo 1 en su punto 1 del Reglamento. Que el ámbito de aplicación del mismo comprende a su vez las disposiciones de derecho nacional, en este supuesto en concreto el artículo 1371 del BGB, que regula tras el fallecimiento en base régimen económico matrimonial que corresponde al cónyuge.

En segundo lugar, se plantean que si la anterior cuestión tuviere una respuesta negativa, “¿deben interpretarse, no obstante, los artículos 68, letra l), y 67, apartado 1, del Reglamento [núm. 650/2012] en el sentido de que en el certificado sucesorio europeo puede constar plenamente la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en la herencia, aunque consista en una fracción de un incremento derivado de una disposición relativa al régimen económico matrimonial como el artículo 1371, apartado 1, del BGB?”

Si esta respuesta fuese negativa se plantea, por último, si puede responderse de

⁷⁷⁰ Cuestión prejudicial primera
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199805&doclang=ES> , última visita 12 de junio 2021.

manera afirmativa con carácter excepcional en aquellas situaciones donde el certificado sucesorio tiene la finalidad de ejercer los derechos de un heredero en otro estado miembro sobre los bienes que allí se encuentren y añaden “b) la cuestión sucesoria [artículos 4 y 21 del Reglamento (núm. 650/2012)] y (con independencia de las normas de conflicto de leyes que se apliquen) las cuestiones del régimen económico matrimonial se han de resolver con arreglo al mismo ordenamiento jurídico nacional? 3) En caso de respuesta negativa a las dos cuestiones anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 68, letra 1), del Reglamento [núm. 650/2012] en el sentido de que en el certificado sucesorio europeo puede constar plenamente (si bien a título meramente informativo a causa del incremento) la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en la herencia, incrementada en virtud de la norma relativa al régimen económico matrimonial?»⁷⁷¹

El Tribunal Superior de Justicia, responde que “debe recordarse que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme (sentencia de 18 de octubre de 2016 , Nikiforidis, C-135/15, EU:C:2016:774, apartado 28 y jurisprudencia citada), interpretación que debe buscarse teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (véase, en particular, la sentencia de 18 de mayo de 2017,, Hummel Holding, C-617/15, EU:C:2017:390, apartado 22 y jurisprudencia citada).”

El artículo 1 del Reglamento establece que se aplicará a las sucesiones por causa de muerte, y deja excluidas en ese mismo artículo, como ya hemos indicado, las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Sin embargo, el art. 3 del mismo Reglamento dispone “que el concepto de sucesión abarca cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derivé de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión *abintestato*.” A esto hay que añadir el

771

considerando 9 del Reglamento que añade que se debe abarcar todos los aspectos civiles de la sucesión por causa de muerte. Y, por supuesto, añade que el fin del Reglamento y sus objetivos son “facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que desean ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas. En particular, en el espacio europeo de justicia es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia.”

Pero no podemos pasar por alto los considerandos 11 y 12 del Reglamento, al señalar que no debe aplicarse a ámbitos diferentes del derecho sucesorio, y en particular a cuestiones del régimen matrimonial.

El gobierno alemán alega que “el mencionado precepto de Derecho nacional sobre la liquidación de una sociedad conyugal se aplica únicamente en caso de disolución del matrimonio por causa de muerte. A su entender, la finalidad de tal precepto es repartir a tanto alzado los bienes adquiridos constante matrimonio, compensando la situación de desventaja producida por la extinción del régimen legal de participación en las ganancias por el fallecimiento de un cónyuge, y evitando así la necesidad de determinar con precisión la composición y el valor del patrimonio al principio y al final del matrimonio⁷⁷²”.

Tenemos que entender, entonces, que no se trata de un reparto de bienes entre cónyuges, sino de derechos del cónyuge superviviente, pues el objeto del artículo es calcular *el quantum* que le corresponde y “en consecuencia, un precepto como este se refiere principalmente a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial. Por lo tanto, una norma de Derecho nacional como la controvertida en el litigio principal corresponde a la materia sucesoria a efectos del Reglamento n.º 650/2012. El Tribunal Superior de Justicia considera “responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de

772

fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge superviviente⁷⁷³.”

773

Conclusiones

1. Nos parece necesario, comenzar recalcando cual es el sentido de la legítima actualmente, pues vivimos en un momento en el que cada vez hay más corrientes doctrinales que abogan por la libertad de testar, considerando que la figura de la legítima ha perdido su sentido original. Sin embargo, tal y como hemos plasmado en nuestra investigación y debido a los cambios de la familia tradicional, ahora más que nunca, la función de la legítima está en asegurar a ciertos familiares del causante, que son legitimarios, el acceso a su herencia. Por tanto, su sentido se halla en la solidaridad familiar.
2. Pese a la afirmación anterior, debemos remarcar que sería necesario ampliar las causas de desheredación ajustándolas a la realidad actual, idea que ha calado en el Tribunal Supremo al hacer una interpretación flexible de estas causas, o dicho de otra manera, ha abierto la posibilidad de aplicar las causas de desheredación de forma extensiva, permitiendo nuevos supuestos como son la falta de relación familiar o el abandono que podemos encuadrar, gracias a numerosas Sentencias, dentro del maltrato de obra. En nuestra opinión, una revisión de las causas de desheredación por parte el legislador, sería más apropiado, pues no supondría dejar en manos de los tribunales la interpretación de causas no tipificadas, ya que puede suponer cierta inseguridad jurídica, al reescribir un apartado al derecho de alimentos a raíz de una novedosa sentencia.
3. Las causas de desheredación así como las de indignidad, tal y como hemos visto en estas páginas, han sido objeto de ligeras reformas, sin embargo abogamos por una modificación en su conjunto, con el fin de que existe una concordancia entre ambas instituciones, a modo de ejemplo recordemos que con la Ley 43/ 2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se modifico el apartado 7 del artículo 753, y sin embargo no

forma parte del artículo 853, puesto que fue en 1990 cuando se modificaron por última vez las causas de desheredación. Recientemente, las causas de indignidad han sido modificadas por la Ley 8/ 2021 de apoyo a las personas con discapacidad, sin ser igualmente reflejado en las causas de desheredación.

4. No podemos negar que nosotros defendemos la necesidad de mantener el sistema legitimario, pero a su vez, nos planteamos la posibilidad de flexibilizar la desheredación, así en nuestro estudio reflejamos la discusión doctrinal respecto a la desheredación parcial. Es de destacar que el Código Civil no dice nada al respecto y, por ello, la desheredación parcial podría tener apoyo en nuestro sistema jurídico, si bien es verdad que la legítima no permite la parcialidad, no tiene por qué ser así con respecto a la desheredación, pues del mismo modo que un juez puede graduar una pena, el testador también debería según las circunstancias que concurran en el caso concreto.

5. Siguiendo esta línea de flexibilización de la desheredación, queremos resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019. Su objeto es la existencia de una pensión de unos hijos mayores de edad y la solicitud de su extinción. Es el propio Tribunal Supremo el que acepta como causa de extinción de dicha pensión la nula relación que existe entre los hijos con su progenitor, causa que no aparece recogida como tal en el CC. Nuestro interés en esta sentenciase encuentra en extrapolar los hechos, pues se abre la posibilidad de que la conducta de los hijos mayores hacia sus progenitores puede ser causa de la extinción de la pensión de alimentos, y por tanto, nos planteamos si en este caso cabría una interpretación flexible de las causas de desheredación. No podemos olvidar que la Sentencia que venimos analizando no lo acepta en este supuesto en concreto ya que no se puede demostrar que la culpa sea exclusiva de los hijos, pero sí es cierto que el Tribunal Supremo admite que pueda ser causa de extinción de la pensión alimenticia.

6. El legislador foral ha conseguido ver la necesidad que existe de adaptar las causas de desheredación; en concreto el legislador Catalán ha llevado a cabo una reforma de las mismas con el fin de adaptarlas a la realidad social. Con la Ley 10/ 2008 de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se incorpora una nueva causa de desheredación al añadir al artículo 451-17, el apartado E, por el que será causa de desheredación *la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario si es por una causa imputable únicamente al legitimario*. Sin embargo y centrándonos en la literalidad del artículo no creemos que sea una buena idea tomarla de ejemplo, pues aquellas causas cuya base es la exclusiva culpabilidad de una de las partes, resulta de difícil aplicación, pues en muchos casos la culpabilidad exclusiva no resultara fácil acreditar.

7. Para una reforma de las causas de indignidad y desheredación, sería necesario concretar los supuestos de hecho con el fin de evitar la generalidad, así como la indeterminación de conceptos jurídicos, pues si la intención es dar una mayor libertad al testador, la figura de la desheredación no deja de ser, como ya hemos señalado un medio con el que se priva al legitimario de un derecho que tiene por ley, por tanto una imprecisión en la redacción, generaría grandes conflictos. Un ejemplo de ello sería, desde nuestro punto de vista, la ausencia de relación familiar como causa de desheredación pero sin hacer referencia a un periodo de tiempo determinado, pues no sería lo mismo la falta de relación durante seis meses que cinco años.

8. De esta corriente centrada en dar mayor libertad al testador dentro de los derechos forales, queremos destacar otras reformas del legislador, como la del Parlamento Vasco con la Ley 5/ 2005 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Pues no solo se reduce la cuantía, sino que se excluye a los ascendientes como legitimarios, del mismo modo el legislador gallego, con la Ley 2/2006, de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia. En ambos casos, consideramos más

acertado, que del mismo modo que se redujo la cuota de los descendientes, se hubiera optado por reducir la cuota de los ascendientes ya que en nuestra opinión, extinguir la legítima de los ascendientes, no está en la línea de la solidaridad familiar y ayuda mutua que se debe prestar entre determinados miembros. Añadiendo, además, que vivimos en una sociedad muy envejecida que tiende a proteger a las personas mayores por su vulnerabilidad, no vemos el sentido de quitarles la legítima. Nos preguntamos, por qué está obligado el padre a reservar bienes a los hijos y sin embargo no hay obligación de reservar bienes a los padres en caso de que el causante no tuviera a su vez descendientes, e incluso en el supuesto de no dejar cónyuge viudo, cuando nuestros ascendientes suelen ser más vulnerables.

9. Abogamos por un sistema que asegure el confort de las personas mayores, y lo cierto es que mantenerla legítima protege a los padres, ya que podrían tener unas mejores condiciones de vida. La legítima tiene una función asistencial que, siempre que las circunstancias lo permitan, como mínimo debería servir para atender sus necesidades de vivienda, asistencia médica, alimentación, etc... Aunque la legítima tiene una función más amplia y no responde solamente a las situaciones de necesidad. No obstante, consideremos la posibilidad de establecer un derecho de alimentos con carácter sucesorio destinado, en este caso, a los ascendientes, pues ya se contempla en distintos derechos forales como Aragón o el País Vasco, si bien no se aplica más que a los descendientes.

10. Dentro de los derechos forales, como hemos visto en nuestro estudio, existe una gran variedad de sistemas sucesorios, y casi todos ellos restringen en menor o mayor medida la libertad de testar del causante, ya sea mediante la legítima, o con un derecho de alimentos de carácter sucesorio. No podemos entonces hablar, en España, de una verdadera libertad de testar en ninguno de sus territorios forales, pues recordemos que fue en el año 2019, cuando en Navarra se introdujo ese derecho de alimentos con carácter sucesorio para los descendientes.

11. Tras los cambios producidos por la Ley 41/ 2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se altera el principio de intangibilidad de la legítima, con el fin de proteger a los hijos con discapacidad. Sin embargo, y desde nuestro punto de vista, ya existían medios necesarios para protegerlos sin la necesidad de desproteger al resto de hijos. Pues cabía la posibilidad no solo de dejarle el tercio de mejora y libre disposición, sino además se podía dejar un legado en usufructo, quedando los demás hermanos como nudo propietarios.

12. Otra de las reformas que debemos resaltar de la Ley 41/ 2003, con respecto a la protección de los hijos con discapacidad, es que no se podrá computar la donación o legado a la legítima, hecha a favor de un descendiente discapacitado, sobre un derecho de habitación de la vivienda habitual, si al momento del fallecimiento el discapacitado vivía en ella junto con el fallecido. Este artículo 822 del CC, sufre otra modificación con la Ley 8/ 2021 si bien consideramos que no resulta sustancial. Realmente no se habla de hijos con discapacidad sino que va más allá en su protección, pues habla de legitimarios, con lo que creemos que podría abarcar a cualquier descendiente, e incluso al cónyuge, y nos planteamos si también entrarían los ascendientes y si se debe respetar, en este caso, el orden de prelación establecido en el Código Civil.

13. En el panorama de Derecho Comparado es reseñable el caso de Italia, con su eliminación de las causas de desheredación al considerar que las causas de indignidad son suficientes. Sin embargo, no consideramos que sea un buen modelo a seguir, pues va en contra de nuestra idea de flexibilizar la desheredación: en primer lugar, porque en nuestro derecho las causas no son equiparables, sino que además, las causas de indignidad siempre han de ser probadas, mientras que las de desheredación solo en aquellos casos que sean contradichos; y lo más importante: que con las causas de desheredación es el propio testador el que decide si quiere hacer uso de ellas, a través del testamento o si por el contrario quiere conceder el perdón tácitamente a sus herederos forzosos.

14. Con respecto al Derecho Inglés, se tiende a pensar que es un ejemplo para la libertad de testar. Sin embargo se regula las *family provisions* que, si bien constituye un derecho de alimentos de carácter sucesorio como el que hemos estudiado en nuestros derechos forales, podemos afirmar que se trata de una figura más amplia, puesto que no solo contempla a los descendientes del causante sino también a su cónyuge, pareja de hecho, personas a las que el causante hubiera cuidado en calidad de hijo como pueden ser los hijos del cónyuge o pareja de hecho así como cualquier persona que mantuviera el fallecido o dependieran de el total o parcialmente. Y debemos recordar que nada dice la ley de que estas categorías sean excluyentes, con lo que nos podríamos encontrar con numerosas personas que coincidiesen en su solicitud.
15. En el Derecho Francés, al igual que en el gallego, se ha optado por eliminar la legítima de los ascendientes, pues el legislador francés, considera que esta acción se ajusta más con la realidad social. No obstante, como ya hemos dejado constancia, nos parece que se debe tender a proteger a los mayores y no a dejarlos cada vez más desamparados.

Bibliografía

AHRENS, Enrique, *Enciclopedia Jurídica, Libro II: Historia del Derecho, Libro III, Sistema de Derecho privado: Fundamentos filosófico Jurídicos del Derecho Positivo para armonizar el derecho Romano y el Germánico Actual*. Reimpresión de la EDCN de Madrid, Victoriano Suárez, 1878-1880, Analectas, 2006.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1991-1994.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1996.

--: *Curso de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo V, 10ª ed., Edisofer,

Madrid, 2013.

--: *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo IV, Edisofer, Madrid, 2013.

--:(Director) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XI, Artículos 806 a 857 del Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, editoriales de Derecho reunidas, 2ª ed., Comentada por Juan VALLET DE GOITISOLO, Madrid, 1982.

ALGABA ROS, Silvia, *Efectos de la desheredación*, 1ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

--: (Artículo 855, 856, 857 en Código Civil comentado), VALPUESTA FERNANDEZ, Rosario, (coord.), Thomson Reuters, 2011.

--: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", núm.2, *Indret*, 2015, págs. 1-26.

ALMANSA MORENO-BARRERA, Luis Javier, "¿Debe introducirse en el

Derecho Civil Común la falta de relación familiar como causa para desheredar a los hijos y otros descendientes?", *Alethia, Cuadernos Críticos*

del Derecho, núm. 1, 2012, pág.27-37.

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Tomo II, edición con Prólogo Castán, Plus Ultra, Madrid, 1947.

ALVARADO PLANAS, Javier, PEREZ MARCOS, Regina María, MONTES SALGUERO Jorge, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María del Mar, *Lecciones de Historia del Derecho y las Instituciones*, Bercal S.A, 3º ed., Madrid, 2003.

--:*Lecciones de Historia del Derecho y las Instituciones*, Vol. I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2010.

ALVAREZ GONZALEZ, Santiago, “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente llamativo,” *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm.4, Octubre-Diciembre, 2015, pág. 7-28.

ANDERSON, Miriam, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *Anuario de derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, págs. 239-254.

ANTEQUERA, José María, *Historia de la legislación española, desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, Reimpresión facsímil de: Antequera, Madrid, Imprenta de S. Francisco de Sales, 1895, Analecta, Pamplona, 2000.

ARANGIO RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, traducción de la 2ª ed. Italiana por PELSMAEKER E IVANÉZ, 1943.

ARIAS RAMOS, José, ARIAS BONET, Juan Antonio, *Derecho Romano*, Tomo II, 16ª ed., Edersa, Madrid, 1988.

ARU, Luigi, ORESTANO Riccardo, *Sinopsis di diritto Romano*, traducido al castellano, CAMPOS, 2ª ed., Epesa, Madrid, 1964.

ARROYO AMUELAS, Esther, “La reforma del derecho de sucesiones y la prescripción en Alemania”, *InDret* 1/2010, Barcelona, págs. 1-53.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, FARNOS AMORÓS, Esther, “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”

- Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, págs. 1-32.
- ASTORQUI ZABALA, Antonio, *Introducción al derecho de Vizcaya y Alava*, Bilbao, 1964.
- AZZARITI, Guissepe, *Le successioni e le donazioni*, Libro secondo del Codice Civile, Padova, 1982.
- BACHE, Louis, *Droit Civil*, tomo II, Regimes matrimoniaux, successions liberalotes. Droit prive notarial, 2ª ed., Sirey, Paris, 1978.
- BALLESTER AZPITARTE, Leticia, “La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?”, *Diario la Ley*, núm. 8534, 2015, pág. 1-7.
- BARASSI, Lodovico, *Instituzioni di Diritto Civile*, 4ª ed., Giuffré, Milano, 1948.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “La desheredación de los hijos y los descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”, *Revista Critica de Derecho inmobiliario*, Año 2004, marzo-abril, núm. 80, págs. 473-520.
- BARDENAS CARPIO, Juan Manuel, *Las Donaciones Colacionables en el Derecho Civil Balear*, Tirant lo Blanch, 2007.
- BARÓ PAZOS, Juan, *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, 1993.
- BARRAN ARNICHEs, Paloma, “La definición y el finiquito de legítima en el Derecho Civil de Baleares”, *La notaria*, núm.5, mayo, 1999, págs. 79- 106.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Estudio Histórico-Comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón”. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 17, 2011, págs.54-92.
- : *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.
- BATLLE VAZQUEZ, Manuel, *Invalidez de la desheredación parcial en nuestro derecho*, Universidad de Murcia, 1952.
- : “Observaciones sobre la reforma del Código Civil”, *Revista General de*

Legislación y Jurisprudencia, núm. 205, 1958, págs. 1-27.

BEATO DE PALACIO, Elisa, “La indignidad para suceder: causas de desheredación” págs., 63-110. *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, coord., HOYO SIERRA, Isabel, Dykinson, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*, 3ª ed., BERCAL, Madrid, 2012.

--: *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

--: *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV y Tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 748, 2015, págs. 928-952.

BERMEJO CASTRILLO, María Ángeles, *Parentesco, Matrimonio, Propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*, Colección monografías, UCM, 1996.

BERMEJO PUMAR, María Mercedes, “Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas),” *Instituciones de Derecho Privado*, Vol. V, Tomo. III, y Tomo V, Sucesiones, Coord., GARRIDO MELERO, Martín, Thomson Civitas, 2000.

BERNARD MAINAR, Rafael, “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” *Revista internacional de Derecho Romano*, abril, 2015, págs. 1-63.

--: “La porción legítima en la familia del Derecho romano”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 750, Julio 2015, págs. 1765-1805.

BETANCOURT SERNA, Fernando, *Derecho Romano clásico*, Universidad de Sevilla, 3º ed., 2007.

BEVILACQUA, Clovis, “*Comentario al Código Civil de Brasil, Código Civil dos Estados unidos do Brasil*”, Livraria, Francisco Alves, 1960.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto Civile*, Tomo II, La famiglia e le successioni. Giuffré, Milano, 1971.

- BIGLIAZZI GERI, Lina, *Sucesioni testamentarie in Comm*, Scialoja & Branca, Roma & Bologna, 2013.
- BINDER, Julius, *Derecho de sucesiones*, traducido y anotado por LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953.
- BIONDI, Biondo, *Diritto Romano Cristiano*, Giuffré, Milano, 1954.
- : *Sucesión testamentaria y donación* 2ª ed., traducción al Castellano por Fairén, Bosch, Barcelona, 1960.
- : *Istituzioni di Diritto Romano*, 4ª ed., Giuffré, Milano, 1965.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos Civiles Españoles”, *Libertad de testar y sus límites, Col·legi de notaris de Catalunya*, Marcial Pons, 2018, págs. 147-192.
- BONET CORREA, José, *Código Civil con concordancias, Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo III y Tomo IV, Civitas, Madrid, 1991.
- BONET RAMÓN, Francisco, “Compendio de Derecho Civil” Tomo V. “Derecho de Sucesiones”. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1972.
- : *Ley de Bases del Código Civil*, Separata de los anales de la Real Academia de la Jurisprudencia y la legislación, del número especial dedicado al centenario del Código Civil Español, 1988.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, traducido por Luis BACCI Y Andrés LARROSA, 6ª ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 2002.
- : *Istituzioni di Diritto Romano*, 10ª ed., Giuffré. Milano, 1987.
- BORRELL Y SOLER, Antoni, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, Bosch Barcelona, 1994.
- BROCA I DE MONTAGUT, Guillermo, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente civil y exposición de las instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, 1985.
- BRUGGI, Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por SIMO BOFARULL, Unión topográfica, editorial Hispanoamericana, México, 1946.

- BURCKHARDT Lóber, “La legítima (Pflichtteil) en el Derecho Sucesorio Alemán, *La notaria*, núm. 6/1998, junio 1998, págs. 111-118.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación” *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.1, Pamplona, 2015, pág. 123-138.
- CASTAN TOBEÑAS José, *Derecho civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Derecho de sucesiones. Vol. I y II, Reus, Madrid, 1985.
- : *Derecho civil Español Común y Foral*, Tomo V, Derecho de familia, Vol. II, 9ª ed., Reus, Madrid, 1985.
- : *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Derecho de Sucesiones Vol. II: Los particulares regímenes sucesorios, la sucesión testamentaria y la sucesión forzosa. Revisada y puesta al día por BATISTA MONTERO-RÍOS, José y CASTÁN VÁZQUEZ, José Mª, con la colaboración en la parte de sucesión forzosa de VALLET DE GOYTISOLO, Juan, 8ªed., Reus S.A, Madrid, 1979.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El testamentum calatis comitiis y su relación con la sucesión intestada, *Revista internacional de Derecho Romano*, núm. 11-octubre 2013, pág. 205- 287.
- CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Tomo I, Parte General, Tomo II, Casa Martin, Valladolid, 1942.
- CARBONELL CRESPI, José Antonio, La institución de “la definición” en la Compilación de derecho civil de las Islas Baleares, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Ills Balears*, núm. 8, 2006, págs. 69-113.
- CÁRDENAS ESPEJO, Francisco, *Orígenes del Derecho Español*, Tomo I, Estudios jurídicos, Madrid, 1884.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Colección Derecho y Letras, Murcia, 2019.
- CAPILLA RONCERO, Francisco, *Código Civil comentado*, Vol. II, COORD. CAÑIZARES LASO, Ana, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, SÁNCHEZ

- HERNÁNDEZ, Carmen, Thomson Reuters, 2011.
- CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRESRAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Francisco J., VALPUESTA FERNANDEZ, Rosario (Directores), *Código Civil comentado*, Vol. II, Libro III (Arts., 609-1087), Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2011.
- CHRISTANDL, Gregor, La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales”, CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, J. (Dir.). *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, 2019.
- CHIRONI, Gian Petro, *Institución del Diritto Civile*, Vol. II, Torino, 1903.
- D’ISA, Renato. *L’Indegnità a succedere*.
<http://renatodisa.com/2011/01/13/lindegnita-a-succedere/>.
- DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, 1ª ed., Madrid, 2011.
- DE STEFANO, Lodovica, “I nuoviprofili della clausula di diseredazione”. *Il caso*, 2015, págs.1-63.
- DELLE MONACHE, Stefano, “la sucesión de los legitimarios en Italia”, *Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, Dir. CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, Francisco, Aranzadi, 2019.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y BUENO BIOT, Álvaro; “Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial” *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 23, agosto de 2020, pág. 444-484.
- DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, ¿Qué reformas cabe esperar en el derecho de sucesiones del código civil? (Un ejercicio de prospectiva), *Estudios sobre validez y eficacia*, núm.1, 2009, págs. 33-48.
- DI BARI, Mateo, “Successioni testamentarie: della diseredazione”, *Diritto & diritti*. Número de Diciembre, 2003.
- DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, El sistema legitimario de Galicia, Tesis dirigida por PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, Universidad de Coruña, 2017.

- : *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho de Galicia*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “Notas sobre la sucesión mortis causa en la Ley Foral 5/ 1987, de 1 de abril, *Revista Jurídica de Navarra* (epígrafe XX), pág. 63-88.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN Antonio, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones, Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tecnos, 1992.
- : *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 10ª ed., Tecnos, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORRES GARCÍA, Teodora F., “La legítima en el Código Civil”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, GETE-ALONSO Mª del Carmen (Dir) 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, 2016, Navarra.
- DOMINGO MONFOTE, José, “Revocación de la donación por incumplimiento del ius gratitudinis. Maltrato psicológico”. *El notario del siglo XIX*, núm. 64, diciembre 2015.
- DOUGLAS, Gilian, Family Provision and Family Practices - The Discretionary Regime of the Inheritance Act of England and Wales, *Revista Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 4, núm. 2, 2014, págs. 222- 242.
- D’ORS, Javier, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., EUNSA, 2004.
- ECHEVARRIA DE PRADA, María Teresa, “Desheredación de los hijos y descendientes. Especial consideración del abandono emocional y de la ausencia de la relación familiar”, *Revista de Derecho privado*, núm. 6, Noviembre- Diciembre 2017, págs. 43-76.
- ESPEJO LERDO DE TEJEADA, Manuel, *La Legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Marcial Pons, 1996.
- : *Código Civil comentado* Vol. II, coordinado por: CAÑIZARES LASO, Ana, CAMARA LAPUENTE, Sergio, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, Thomson Reuters, 2011.

- ESPINOSA INFANTE, José Miguel, *Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Dykinson, 2005, Madrid.
- ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa, El pacto de mejora en el Derecho Civil de Galicia, tesis doctoral, dirigida por Helena Martínez Hens, Universidad de Vigo, 2015.
- :“El pacto de mejora como negocio jurídico mortis causa”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, Noviembre de 2016, pág. 3113-3142.
- FALCÓN OZCOIDI, Modesto, *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español: común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los juriconsultos*, Tomo III, Imprenta de Francisco Núñez Izquierdo, 1882.
- : *Exposición doctrinal del Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo III, Tipografía. La Publicidad, Tobella, Costa y Piñol, Barcelona, 1897.
- FAUS Manuel, “Naturaleza y fijación de la legítima. La computación e imputación”, <https://vlex.es/vid/naturaleza-fijacion-legitima-comun-226989>.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO, Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la ley de Derecho Civil Vasco”, EL Derecho Civil Vasco del siglo XXI De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros”, Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015, pág. 423-451.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *Derecho de sucesiones*, Colección Jurídica general. Reus, 2010.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *Las fuentes del Derecho histórico Español, Esquemas y resúmenes*, 2ª ed., Ceura, Madrid, 1986.
- FERRER VANRELL, María del Pilar, *La Definitio en el Derecho civil de Mallorca, Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*, Ed. UIB, Palma, 1992.
- FRANCISCO DE BORJA IRIARTE, Ángel, “La actualización del Derecho Civil Vasco en el año 2015”, *Iura Vasconiae, Revista de Derecho Histórico y*

autonómico de Vasconia, núm. 13, 2016.

FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, “La mejora de labrar y poseer”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 1, núm. 3, 1948, págs. 877-919.

FUGARDO ESTIVILL, Josep M^a, *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, Normativa interna y Derecho Internacional privado*, BOSCH, Barcelona, 2011.

GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa: planteamiento general” el *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI*, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Victoria– Gasteiz, 2016, pág. 387-421.

--:La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm., 5, 2016, págs. 77-124.

--:“El Reglamento Europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del Ordenamiento Civil Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, págs. 523-542.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 15^a ed., EDIASA, 2007.

--: *Derecho Privado Romano I Instituciones*, Dykinson, Madrid, 1982.

--: *Derecho Privado Romano*, “Instituciones”, Ediciones Académicas S.L, Madrid 2010.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil Español*, facsímil, Base, Barcelona, 1973, también en la reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1974.

GARCÍA HERREROS, Enrique, “La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada” *Revista de legislación*, Vol.51, núm. 102, 1993 Madrid, pág. 97.

GARCIA RUBIO, M^a Paz, *Código Civil Comentado*, Vol.II, Libro III, Coord., VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, Civitas, Thomson Reuters, 2011.

--: “Legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia”, *Tratado de legítimas*, Tomo XXXII, Vol.2, coord., TORRES GARCÍA, Teodora, 2012.

--:“El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *Anuario de derecho Civil*, Vol. 53, núm. 4, 2000, págs. 1397-1482.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen (dir.) SOLÉ RESINA, Judith (Coord.) *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, (Código Civil y normativa Civil Autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco), 2^a ed., Thomson Reuters, Civitas, 2016, Navarra.

GIBER Y SANCHEZ DE LA VEGA, Rafael, *Elementos formativos del derecho en Europa. Germano, Románico y Canónico*, Granada, 1975, Imprenta de Francisco Román.

GINOT LLOBATERAS, Francisco, “La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, Boletín Oficial del Estado, 1950, págs., 1057-1099.

GÓMEZ, Antonio, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Don Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 1785, Madrid, reimpresión facsímil, Analecta, Pamplona, 2002.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, 4^a ed., Imprenta de la compañía de impresos y libreros del Reino, Tomo IV, Madrid, 1854.

GÓMEZ TABOADA, Jesús, *Derecho de sucesiones de Cataluña, teoría y práctica*, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2012.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Rodrigo, “El pulso entre heredero y legatario, propiciado por la voluntas testatoris: la victoria de la Quarta falcidia”, *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm., 6, 2013, págs., 1057-1099.

GÓNZALEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo, “Las conferencias del Doctor Ferrara. El sistema de la legítima y la mejora en el derecho español,” *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 47, noviembre, 1928.

GONZALEZ POVEDA, Pedro, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *Derecho de Sucesiones*, O`CALLAGHAN, Xavier (coord.) La Ley, Wolters Kluwer,

2006.

GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, “La troncalidad en Bizkaia: una concepción original de propiedad colectiva familiar”, *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 2, 2005, págs. 333-358.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, Madrid, edición facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1863.

GUTIERREZ LIMA, Beatriz, “Causas de desheredación de los descendientes”, centro asociado de la UNED, ciudad de la cerámica, núm. 18, 2018, págs. 269-306.

HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, Libro II, Título X, Imprenta de Don Pedro Sanz, 1841. Traducido por COLLANTES Y BUSTAMANTE, Luis.

HERNÁNDEZ GIL, Félix, “La indignidad sucesoria: Naturaleza jurídica declaración judicial y efectos”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLV, 1961, pág., 468-492.

HIJAS CID, Eduardo, Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones. *El notario del siglo XIX*, núm. 64, diciembre, 2015, págs. 34-37.

HINOJOSA MENJOLULET, José, *Derecho Civil, Común y Foral de España*, Precedido de una introducción historia e ilustrado con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tomo I, Imprenta y librería de José López Guevara, Granada, 1888.

--: *Tratado científico sobre el Derecho Civil, Común y foral de España*, precedido de una introducción histórica e ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Tomo I, imprenta y librería de Don José López Guevara, Granada, 1883.

HOYO SIERRA, Isabel, SANCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Raíces de lo ilícito y razones de licitud: Fundamentos de conocimiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2005.

JIMENEZ GALLEGOS, Carlos, *El Reglamento sucesorio Europeo. Un comentario*

Notarial, Marcial Pons, 2016.

JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio, DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel, *El Fuero Viejo de Castilla*, sacado, y comprobado con el exemplar de la misma obra, que existe en la Real Biblioteca de esta corte, y con otros, MSS, Madrid, 1847, Facsímil, 1983, editorial Lex Nova, Valladolid.

JORDANO FRAGA, Francisco, *Indignidad sucesoria y desheredación, (algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Colección estudios de Derecho Privado, Comares, 2004.

--: *La sucesión en el ius delationis, una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, Civitas, Madrid, 1990.

KAESER, Max, *Storia del Diritto Romano*, traducido al castellano en su segunda edición por REMO, Martini, Milano, 1981.

KERRIDGE, Roger, “libertad de testar en Inglaterra y gales”, *Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, Coord., 2019.

HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1973.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, El derecho hereditario y la herencia. Heredero y legatario. Fases en la adquisición de la herencia. La herencia yacente”, *Manual práctico de la economía del matrimonio y del derecho de sucesiones*” (Dir) DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, 2014.

--: “El Reglamento (UE) nº 650/2012 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, o la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo y la legítima”, *Libro homenaje al profesor Ubaldo Nieto de Alba*, vol.3, Estudios Jurídicos, 2020

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO, *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, 4ªed., Dykinson, Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luis Y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 1976.

- LALINDE ABADÍA, Jesús, “Algunas precisiones conceptuales, sobre la legítima aragonesa”, *Anuario de historia del Derecho Español*, núm. 55, 1985 pág.333- 388.
- LAMBERT, Eduart, “La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada”, *Revista de Legislación*, Vol.49, núm. 99, Madrid,1903. Traducido al castellano por GARCIA HERREROS, Enrique.
- LARRONDO LIZARRAFA, Javier, “El nuevo Derecho Sucesorio catalán”, *Análisis del libro IV del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008.
- LAMARCA MARQUES, Alberto, (Dir.) *Código Civil Alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Marcial Pons, 2013.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Derecho de familia: Principios del Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- : *Derecho de sucesiones: Principios de Derecho Civil VI*, 16ªed., Marcial Pons, Madrid, 2022.
- : *Abandono asistencial de la tercera edad, y desheredación de los descendientes, en la España contemporánea. La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.
- : *Parte General y Derecho de la persona, Principios de Derecho Civil I*, 22ª ed., Madrid, 2019.
- LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española*, Tomo IV, Codificación Civil, Vol. I y II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.
- LETINIER, Rosine, “Abrogata legis illius sententia: A propósito del enigma contenido en la Ley dum inlicita de Chindasvinto” *Anuario de historia del Derecho Español* núm. 69, ISSN 0304-4319, 1999, pág. 367-388.
- LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ, Carmen, Fundamento de la regla “sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi; en el *Ius civile*, 1991, Oviedo.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, FERRER VANRELL, Mª Pilar, TORRES LANA José Ángel, (dir.) MONJE BALSAMEDA, Óscar, (Coord), *El patrimonio*

- sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Consejo general del notariado, Dykinson, Madrid, 2014.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “Restricciones a la libertad de disposición mortiscausa: las legítimas”, MONJE BALSAMEDA, Óscar, (Coord.,) *Compendio de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo V, Dykinson, Madrid, 2004.
- LLODRÁ GRIMALT, Francesca y FERRER VANRELL, María del Pilar, “Legítima en las Islas Baleares” en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, (coord.) Thomson Reuters, Civitas, 2^a ed., 2016, Pamplona.
- MADRIÑAN VAZQUEZ, Marta, La representación sucesoria en el Derecho Común. Especial atención a su aplicación testamentaria, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, Dirigida por Dra. María Paz GARCÍA RUBIO, Dr. Javier LETE ACHIRICA, 2008.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea, “El reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, ISSN 1888-0525, Año 12, núm., 25, 2013, págs. 343-355.
- MARTÍN OSTANTE, Luis Carlos y SEISDEDOS MUIÑO, Ana, *Derechos Civiles de España* Dir. BERCOVITZ, Rodrigo, MARTINEZ-SIMANCAS Julián, Aranzadi, Marzo, 2000.
- MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima recopilación*, Imprenta de F. Villalpando, Madrid, 1820.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “Sucesión troncal Aragonesa y comparación con la del Derecho Vasco ante una eventual reforma”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, núm. 23, 2012, págs., 21- 65.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de Sucesiones, Ab ovo usque ad mala*, La Ley, Tratados, 2013, Madrid.
- MARTÍNEZ-PROVIDENCIO MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, La Ley Tratados, Madrid, 2020.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Derecho Civil de sucesiones*, Tomo V, Dixel, 2005.

- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *El legado de la legítima estricta en el Derecho Común Español*, Dykinson, Madrid, 2012.
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale* 9ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- MIQUEL GONZALEZ, José María, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, 1984.
- : “legítima material y legítima formal”, *Notario del siglo XXI*, núm. 26, Julio-Agosto 2009.
- MONASTERIO ASPIRI, Itziar, “La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos”. Derecho Civil foral (ss. XVII-XIX), *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Victoria – Gasteiz, 2016, pág. 57- 88.
- MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, La legítima en el Derecho Español, tesis dirigida por ARNAU MOYA, Federico, Universidad Jaume I, enero 2019.
- MONTESQUIEU, Chales Louis, *El espíritu de las leyes*, libro XXVI, traducido por BLÁZQUEZ, Mercedes y VEGA, Pedro, 6ª ed., Tecnos, 2007.
- MOLINA PORCEL, Marta, *Derecho de sucesiones*, Grupo difusión, Madrid, 2007.
- MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del derecho Privado, Penal y Procesal* Tomo I, Ed. Universitas, S.A., 2002.
- MORENO QUESADA, Bernardo, “El parentesco y la relación de alimentos” *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones*, 6ª ed. coord. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda, “El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional "si sine liberis decceserit": igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 87, núm.723, 2011, págs. 550-568.
- : “El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia "ope legis" de disposiciones testamentarias hechas en favor de la ex pareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido

- disolución del vínculo o la separación sea fáctica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm.95, núm. 776, 2019, págs. 3061-3092
- : “El artículo 1035 del Código civil y la colación como norma de reparto y anticipo de la herencia si concurren herederos forzosos” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm.96, núm. 780, 2020, págs. 2371-2390.
- : “Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm.96, núm. 777, 2020, págs.. 544-563
- NAVARRO AMANDI, Mario, *Cuestionario del Código Civil reformado, en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889, por Real Decreto de 24 de julio del mismo año*, Tomo III, Imprenta de infantería de marina, MADRID, 1890.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Capítulo II, de la herencia” en *Comentario del Código Civil*, Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Bosch, Barcelona. 2000.
- : *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, Derecho de sucesiones, Edersa, Madrid,1999.
- : *Código Civil, Comentado y con Jurisprudencia*, 8ª ed., La Ley, Madrid, 2016.
- OLIVER SOLA, María Cruz, “Recepción Histórica del derecho romano”, *Revista Internacional de derecho Romano*, núm., 11, 2013
- OTERO VARELA, Alfonso, “La mejora”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXXIII, 1963 año, 2013.
- PACCIA, Romana, “Validità del Testamento di contenuto meramente diseredativo”, *Rivista di Diritto Civile*, 2/2014, págs., 307- 328.
- PACHECO CABALLERO, José Luis, “Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio”, *Anuario de Historia del Derecho*, AHDE, tomo LXXXII, 2012, pág. 116.
- PALÁ BARAGÁN, Patricia, *La legítima colectiva en el Derecho Foral Aragonés*, Dir. Mª Reyes CORRIPIO GIL-DELGADO, Universidad de Comillas, Madrid, 2014.

<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/2178/retrieve> Visto web
12/04/ 2021.

PALAZZO, Antonio, *Le Successioni*, Giuffrè, Milano, 2000.

PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”. *Revista Nul, Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm.13, 2009, págs. 481-554.

PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, “La desheredación en el código civil español”, *Revista de Derecho Español y Americano*, marzo-abril, 1958.

--: “La desheredación en el Derecho histórico Español”, *Universidad de Oviedo*, Oviedo, 1955.

--: “La desheredación en el Derecho español: Su desenvolvimiento histórico”, *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Oviedo*, núm.73, II trimestre de 1955, Facultad de Derecho.

--: La desheredación en el Código civil español”, RDEA, marzo-abril 1958.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001” *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 679, septiembre octubre 2003, págs. 2855-2878.

PÉREZ BENAVIDES, Manuel María, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, 1975, Instituto de Historia del Derecho, Universidad de Granada.

PEREZ ESCOLAR, Marta, “El cónyuge supérstite en la sucesión intestada”, Tesis dirigida por TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, Universidad de Valladolid, 2001.

--: “Causas de desheredación y flexibilidad de la legítima”. En: M. Herrero Oviedo, *Estudios de derecho de sucesiones. “liber amicorum”* Teodora. F. Torres García, La ley, 2014.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel, “Se puede considerar a Eurico como el primer legislador visigodo”. *Curso de Historia del Derecho Español*, Vol. I, sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1983.

--: *Historia del Derecho Español*, I Madrid, 2004.

PERIS RIVERA, Alba, “Desheredación: Una visión comparada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.4, febrero 2016, pág. 329-348.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *El anteproyecto del Código Civil español*. Centenario de la ley del notariado, Sección IV, Fuentes y bibliografía. Vol. I Madrid: Junta de decanos de los colegios notariales de España, 1965.

PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho privado germánico*, Barcelona, 1954.

POLO ARÉVALO, Eva María, “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en el derecho sucesorio Español”, *Revista internacional de Derecho Romano*, núm.10, 2013, Issin 1989-1970.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, *El derecho de sucesiones en Roma*, Lener, editores asociados, Buenos Aires, 1969.

--: *Manual de historia de Derecho Romano*, Lerner 1979.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol., III, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo V y Tomo VI, Familia y Sucesiones, 3ª ed., Pirámide, Madrid, 1976.

QUESADA PÁEZ, Abigail, “Legítimas y desheredación”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 3, Pamplona, 2015, págs. 209-229.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Comentarios al Código Civil*, Tomo III, COORD. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RAMS ALBESA, Joaquín, MORENO FLOREZ, Rosa María, RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, *Apuntes de derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2012.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Derecho de sucesiones, Donación*. Director SEONANE SPIEGELBER.J.L. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

--: Derecho Civil de Galicia: presente y futuro, en *Revista Jurídica de*

Navarra, julio-diciembre 2008, núm. 46, pág. 39, páginas 11-43.

REGUERA VALDELOMAR, Juan, *Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandada formar por el Señor Don Carlos IV*, Facsímil 1992, imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado.

REPRESA POLO, M^a Patricia, *La desheredación en el Código Civil, Derecho Español Contemporáneo*, Reus, Madrid, 2019.

RESCIGNO, Pietro, *Trattato di Diritto Privato*, 2^a ed., UTET, Torino, 1992.

RENTERÍA ARROCENA, Alfonso, “La libertad de testar en el derecho comparado”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Julio agosto, 2011, págs.. 2095 - 2128.

RICCI, Francisco, *Derecho Civil, teórico y práctico*, Tomo V, sucesiones, de la sucesión legítima, de las sucesiones testamentarias, traducido por OVEJERO, Eduardo, Madrid, la España moderna, 1930.

RIBAS-ALBA, José María, *La desheredación injustificada en el derecho romano Querella inofficiosi testamente: fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo I, II, III, 4 ed., Dykinson, Madrid, 2009.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La desheredación: ¿Puede el testador privar sus parientes más próximos de su parte en la herencia?*, Tecnos, Madrid, 1990.

ROCA SASTRE, Ramón, Naturaleza jurídica de la legítima, en *Revista de Derecho Privado*, 1994.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana María, “El patrimonio de las mujeres y su participación en la economía”, 5^a Unidad didáctica, La mujer en la actividad económica y financiera, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ, Silvia, “Lección XXXII”, La possessio hereditas y la bonorum”, 2015, Profesora de la Autónoma de Madrid.

<https://es.slideshare.net/SilviaProfesora/grupo-tres-segundo-trabajo> última visita 13 de octubre de 2022, 10:36

RODRIGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, La Ley aplicable a los pactos sucesorios,

- Universidad de Santiago de Compostela, 2014.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, El maltrato de obra como causa de desheredación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.3. Pamplona, 2014, págs. 205-217.
- ROTHEL, Anne, *El Derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho Alemán*, BOSCH, 2008.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, Edecel, 1951.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, *Cursos de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, 6º ed., Coord. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho Civil. Derecho de sucesiones I, la sucesión en general y el testamento y la legítima*. Raligraf, Madrid, 1987.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, Alberto, Elogio a la desheredación, *Anuario de la Universidad de Extremadura*. Servicio de Publicaciones, núm.29, 2011, págs. 539-558.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén, “La voluntad del testador sobre las deudas hereditarias en el Código Civil” Estudios de derecho de sucesiones: *Liber amicorum*, TORRES GARCÍA, Teodora, La ley, 2014.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén, MARTOS CALABRÚS María Angustias, *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria*, Comares, 2017.
- SALAS CARCELLER, Antonio, “Sobre la desheredación”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 7, Pamplona, 2014.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, “El proyecto de Código Civil de 1851 y el Derecho Civil Catalán”, *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 79, núm.1, 1980.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Versión de Las Siete Partidas, Libro Fuero de las Leyes, Alfonso X El Sabio*, editorial Reus, Madrid, 2004.
- SANCHEZ DE MOLINA BLANCO, José, *El Derecho Civil Español, (en forma de código) leyes no derogadas desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas*

de 1870. *Imprenta de J.L Vizcaíno*, 1871.

SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de ampliación del Derecho Civil y Códigos Españoles*, Tomo I, Imprenta Paulino Ventura Sabatel, Granada, 1879.

--: "Estudios de ampliación de Derecho Civil y Códigos Españoles", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 28, núm., 57, 1880, pág. 429-429.

--: *Estudios de Derecho Civil. Según los principios, preceptos y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades forales, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e Historia general de la legislación española*, Tomo VI, Vol. I, 2ªed., Impresores de la casa Real, 1910.

--: *La Codificación civil en España, en sus dos periodos de preparación y consumación*, 1890, Analecta, Editorial, Facsímil, 2002.

SANTOS BRIZ, Jaime, (dir.), SIERRA GIL DE LA CUESTA Ignacio (coord.) *Tratado de derecho Civil*, Tomo VI, Teoría y práctica, Derecho de sucesiones, Bosch, 2003.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, Vol.2 SOLE RESINA, Judith, Coord., 2011.

--: "Legítima en Aragón", Validez y eficacia de normas y actos jurídicos, Proyecto de investigación DER2008-01669/JURI, *Revista de Derecho Aragonés*, núm. 16, 2010, pág. 67-134.

SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código Civil*, Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día, por Francisco ORTEGA LORCA, Tomo XIV, de la herencia, artículos 806 a 857, 4ª ed., Instituto editorial Reus, Madrid,1944.

SUÁREZ BLÁQUEZ, Guillermo, "Derecho de legítimas en las Partidas" *Anuario de la Universidad de Ourense*, núm.1, 2002, ISSN 1695-3452, págs. 501-526.

SUMNER MAINE, Sir Henry, *Early history of institutions*, Biblioteca de Jurisprudencia Filosofía e Historia Oxford, 1895, Las instituciones Primitivas, Madrid, la España moderna.

--: *El derecho antiguo*, Cívitas ediciones AHRENS.E, Enciclopedia Jurídica, Libro II, 1994.

TAPIA PARREÑO, José Jaime, “El fenómeno sucesorio en Araba”, el *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Victoria – Gasteiz, 2016, pág.348 y ss.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, Revocación de donaciones por razón de matrimonio, Tesis doctoral, 1996, Director DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Derecho Romano Privado*, librería central Zaragoza, 1987.

TORRES GARCIA, Teodora, *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012.

--: La legítima en el Código civil español: un panorama general” CAPILLA

RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARAGUREN URRIZA, Francisco José. (dir) *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi.

--: “Legítima, legitimarios y libertad de testar”, Derecho de sucesiones: presente y futuro: XI [i.e. XII] Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, págs.173-230.

URREA SALAZAR, Martín Jesús, El Reglamento europeo de sucesiones y el Derecho uniforme en la Unión Europea, *Economist & iuris*, junio, 2016.

https://www.economistjurist.es/export.php?post_id=45554&force

VAQUER ALOY, Antoni, Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Revista para el análisis del derecho*. núm. 3, Barcelona, 2007, págs. 1-28.

--:“La libertad de testar y sus límites”, Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar. Actas del congreso internacional límites a la autonomía de la voluntad, celebrado en la facultad de derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016, Directora M^a Ángeles PARRA LUCÁN.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Apuntes de Derecho sucesorio”, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, 1955, págs. 269-460.

--:“El apartamiento y la desheredación”, *Anuario de Derecho Civil*, Instituto

Nacional de estudios Jurídicos, 1968, págs. 3-108.

--: “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil”, Instituto Nacional de estudios jurídicos, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1970.

--: “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24, núm. 1, 1971, pág. 3-148.

--: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Vol. I, Fundamentos, Civitas, Madrid, 1982.

--: “Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales”, Tomo XI, Coord., ALBALADEJO, Manuel, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982.

VALVERDE MARTÍNEZ, Silvia, La unificación del Derecho Europeo, *Revista La notaria*, núm. 3, 2012, págs. 96-100.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español, Tomo V, Parte especial, Derecho de sucesiones mortis causa*, 4ª ed., Talleres topográficos Cuesta, Valladolid, 1936.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Civil, comentarios, notas y jurisprudencia*, Dijusa, Madrid, 2007.

VAZQUEZ LEMOS, Ana, *Fundamentos y históricos y jurídicos de la libertad de testar*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2009.

VILADRICH, Juan Pedro, *El hogar y el ajuar familiar en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1986.

ZAPATA LOPEZ, Jorge, Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. Adolfo Antonio Díaz-Bautista Cremades, Universidad Católica de San Antonio, mayo, 2017.

ZEUMER Karl, *Desucessionibus*, que los reúne, a pesar de que todos ellos llevan una numeración sucesiva de capítulos. *Historia de la Legislación Visigoda*, traducido al castellano por CLAVERÍA, Carlos, Universidad de Barcelona, 1944.

ZURILLA CARIÑANA, M^a de los Ángeles, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Rodrigo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

--: Documentos de trabajo. Seminario permanente de Ciencias Sociales, Núm.9, Universidad de Castilla la mancha, enero de 2014.

ÍNDICE de Sentencias

Sentencias Tribunal Supremo Sala 1

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1946, (RJ 1946\121).

Sentencia del Tribunal Supremo 19 de abril de 1963, (RJ 1963\2562).

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970, (RJ 1970\1854).

Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989, (RJ 1989/2161).

Sentencia núm. 687/1989 del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989, (RJ 1989/3673).

Sentencia núm. 712/1990 del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1990, (RJ 1990/2762).

Sentencia núm.370/1990 del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1990, (RJ 1990/4760).

Sentencia núm. 847/1991 del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1991, (RJ 1991\8477).

Sentencia núm. 950/ 1992 del Tribunal Supremo 23 de octubre de 1992, (RJ 1992/8280).

Sentencia núm. 278/1993 del Tribunal Supremo de 26 marzo, (RJ 1993\2394).

Sentencia núm. 675/1993 del Tribunal Supremo 28 de junio de 1993, (RJ 1993/4792).

Sentencia núm. 15067/1994 del Tribunal Supremo del 14 de marzo 1994, (JUR 1994/1777).

Sentencia núm. 632/1995 del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1995, (RJ

1995/5117).

Sentencia núm. 323/1996 del Tribunal Supremo 21 de abril de 1997, (RJ 1997/3248).

Sentencia núm. 954/1997 del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997, (RJ 1997/7930).

Sentencia núm. 881/2003 del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003, (RJ 2003/6442).

Sentencia núm. 695/2005 del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2005, (RJ 2005/7154).

Sentencia núm. 29/2008 del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008, (RJ 2008/306).

Sentencia núm. 863/2011 del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011, (RJ 2012/1635).

Sentencia núm. 258/2014 del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, (RJ 2014/3900).

Sentencia núm. 372/2014 del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014, (RJ 2014\3540).

Sentencia núm. 59/2015, del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015, (RJ 2015, 639).

Sentencia núm. 55/2015 del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015, (RJ 2015, 338).

Sentencia núm. 263/2015 del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015, (RJ 2015\1880).

Sentencia núm. 422/2015 del Tribunal Supremo, con fecha de 20 de julio de 2015, (JUR 2015/4460).

Sentencia núm. 484/2017 del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017, (RJ 2017, 3385).

Sentencia núm.235/2018 del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018, (JUR

1394/2018).

Sentencia núm. 235/2018 del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2018, (JUR 205672016).

Sentencia núm. 401/2018 del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018, (JUR 401/2018).

Sentencia núm. 104/2019 del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, (JUR 1434/2018).

Sentencia núm. 468/2019, del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019, (JUR 3575/2016).

Sentencias Tribunal Supremo Sala 3

Sentencia núm. 407/2016 del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016, (REC 325/2015).

Sentencia núm. 1877/2016 del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, (RC 790/2015).

Sentencia núm. 499/2020 19 mayo de 2020 del Tribunal Supremo, (JUR. 2020\15337).

Sentencia núm. 490/2020 de 19 mayo del Supremo de 2020, (JUR 2020\15776).

Sentencias Tribunal Superior de Justicia

Sentencia núm. 1/1992 Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 28 de mayo de 1992, (RJ 1993\430).

Sentencia núm. 10/2003, de 24 de abril, del Tribunal Superior de Justicia Catalán Sala de lo Civil y penal. Sección única, (RJ 2003, 539).

Sentencia núm. 549/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de septiembre de 2012, (REC 15545/2011).

Sentencia núm. 957/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 28 septiembre, (JUN2015\27614).

Sentencia núm. 131/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo de 23 de febrero de 2017 (recurso 741/2015), (JUR 2017/118903).

Sentencia núm. 2/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª), de 8 de enero de 2018, (RJ 2018\150)

Sentencia núm. 8/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de mayo de 2018, (REC 33/2017)

Sentencia núm. 49/2018 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 31 mayo de 2018, (RJ 2018\3912)

Sentencia núm. 40/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de 2019, (JUR 1/2019).

Sentencia núm. 20/2019 Tribunal Superior Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y de Penal, Sección 1), en su, de 11 de marzo de 2019, (RJ 2019/2022).

Sentencias Audiencia Provincial

Sentencia núm. 498/ 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de julio de 2005,(JUR 2005/201772).

Sentencia núm. 385/2005 de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 diciembre de 2005, (AC 2005\209).

Sentencia núm. 442/2012 de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 octubre de 2012, (JUR 2013\1377).

Sentencia núm. 200/2012, de la Audiencia Provincial de Jaén de 2 julio de 2012, (AC 2012\2092).

Sentencia núm. 471/2013 de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 diciembre de 2013, Sección 3,(JUR 2014\146818).

Sentencia núm. 410/2013 de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de diciembre 2013, (AC 2013/2219).

Sentencia núm. 122/ 2013 Audiencia Provincial de Castellón de 24 de julio de 2013,
(JUR 2013/336).

Sentencia núm. 11/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de
2014, (JUR 875/2012).

Sentencia núm. 226/2014 de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 28 marzo de
2014, Sección 4ª ,(JUR 2014\189463)

Sentencia núm. 66/2015 de la Audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 10
de marzo de 2015, (AC 2015/554).

Sentencia núm. 386/2015, de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 noviembre
de 2015, (JUR 2016\59263).

Sentencia núm. 176/2015 de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de julio de
2015, (JUR 2015/193926).

Sentencia núm. 73/2016 de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 febrero de
2016, Sección octava, (JUR 2016,150383).

Sentencia núm. 143/2016 de la Audiencia Provincial de la Coruña de 15 de abril de
2016, (REC 258/2015).

Sentencia núm. 23/2017 de la Audiencia Provincial de Albacete de 1 febrero de 2017,
Sección 1ª, (JUR 2017\67928).

Sentencia núm. 417/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 octubre de 2017,
Sección 10, (JUR 2017,298013).

Sentencia núm. 770/2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 noviembre
de 2017, Sección17ª, (AC 2017\1726).

Sentencia núm. 55/2019, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 febrero de
2019, Sección 1, (AC 2019\200).

Sentencia núm. 54/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 febrero de
2019, Sección 14, (JUR 2019\56907).

Sentencia núm. 264/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 mayo de
2019, Sección 19ª, (JUR 2019\17211).

Sentencia núm. 95/2020 de la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de enero de

2020, (JUR 7458/2018).

La Sentencia 529/2020 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020, (JUR 2021\76520).

Sentencia núm. 38/2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 febrero de 2020, (JUR 2020\80647).

Sentencia núm. 199/2020 de la Audiencia Provincial de Castellón de 18 mayo de 2020, Sección 3ª, (JUR 2020\286901).

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Sentencia de 23 mayo 2019 del tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), Caso WB contra Przemysława Bac, TJCE 2019\98. (Asunto C-658/17).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas — Lituania), procedimiento instado por E. E. (Asunto C-80/19).

Sentencias de la Corte di Cassazione Italiana

La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, de 20 de junio de 1967, núm. 1458.

La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, sez. II, de 29 de abril de 2006, núm. 7266.

La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, sez. II de 9 de abril de 2008, núm. 9274.

La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, de 25 de mayo de 2012, núm. 8352

Resoluciones

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 2012, BOE 27 de junio de 2012.

Resolución de 13 de junio de 2013, de la dirección General de los Registros y del
Notariado. BOE 12 de junio de 2013.

Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 6 de marzo de
2019, BOE de 28 de marzo de 2019.