



FACULTAD DE DERECHO

LA DESHEREDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Pilar García-Rosado Illana

4º E-1 BL

Derecho de Sucesiones

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid

Junio 2018

INDICE SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	4
1.- EL FENOMENO SUCESORIO	7
1.1. Significado y alcance.....	7
1.2. Sucesión voluntaria y sucesión legal.....	7
1.3. La sucesión forzosa.	8
2.- EL DERECHO A LA HERENCIA	9
2.1. El régimen constitucional de la herencia y el ámbito de su protección.	9
3.- LA LIBERTAD DE TESTAR Y LAS LEGÍTIMAS.....	11
3.1. Planteamiento general	11
3.2 Introducción	11
3.3. Síntesis de su evolución histórica. El régimen común del Código civil.....	13
3.4. Los ordenamientos territoriales españoles	15
3.5.- Los ordenamientos europeos.	16
3.6. La libertad de testar en la doctrina constitucional española.	18
4.- LA DESHEREDACIÓN.....	20
4.1.- Concepto técnico legal.....	20
4.2. Sinopsis de su régimen jurídico.	20
4.3. La desheredación como sanción	22
4.4. La desheredación como remedio. La pervivencia de relaciones de convivencia y afectividad como fundamento de la institución.....	23
4.5. Aproximaciones legales a la nueva tendencia.....	24
4.6. La nueva doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo	32
5.- LA LEGITIMIDAD DE LA LEGÍTIMA	37
5.1. Consideraciones generales	37
5.2. La protección deseable: ámbito personal y material	38

6.- CONCLUSIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA	41

INTRODUCCIÓN

Tras una somera introducción –situando la institución objeto de estudio-, aborda el presente trabajo un análisis del conflicto entre la libertad de testar y el régimen de legítimas, tema de reciente y renovada actualidad; razones que motivan el interés de su autora: la cuestión es muy antigua y, no obstante, ello, muy actual.

Decaído su fundamento histórico –la concepción de la familia como unidad de producción-, la nueva realidad social y económica no se acomoda a la estructura jurídica que de la institución mantiene nuestro Código civil.

Hoy es otra la familia y otro el patrimonio familiar que tuvieron presente nuestros codificadores, reclamando tal desajuste una urgente actuación legislativa.

Así lo han hecho, por lo general, nuestros ordenamientos jurídico-civiles particulares y, de algún modo, tímido, nuestro Derecho común, al rechazar las expectativas sucesorias como causa legitimadora de la incapacitación por prodigalidad o al privar de su legítima al cónyuge separado de hecho.

Las modificaciones operadas en los derechos civiles territoriales, así como las reformas señaladas de nuestro Código Civil, ponen de manifiesto que el fundamento de la legítima no ha de ser hoy otro que no sea el de la solidaridad familiar y su derivada obligación de asistencia.

Principio y deber que han de compatibilizarse con la libertad de disposición que corresponde al titular de un patrimonio.

Tras analizar el ámbito protector del derecho constitucional a la herencia y, eventualmente, el de la libertad de testar, emprende este trabajo un ligero recorrido por su evolución histórica, deteniéndose con algún detalle en las recientes modificaciones de nuestras legislaciones territoriales, cuyo panorama pone de manifiesto, a excepción del territorio balear, una manifiesta flexibilización de la legítima, cuando no su desaparición. Otro tanto sucede en las legislaciones británica y francesa, e incluso en la reforma intentada en el derecho sucesorio alemán, frustrada como consecuencia de importante sentencia de su Tribunal Constitucional, cuyos pronunciamientos un sector de la doctrina considera de directa aplicación al eventual caso español.

Consistiendo la desheredación en la facultad de la que dispone el testador para privar de su legítima al heredero forzoso, emprende seguidamente este trabajo un análisis pormenorizado de las circunstancias que habilitan hoy su empleo como remedio frente a la legítima ilegítima, dulcificando el rigor con que nuestro Código civil regula la institución. Tarea que, sensible a las nuevas circunstancias sociales y económicas, emprende nuestro más Alto Tribunal a partir de una reciente sentencia.

Finalmente, recapitula la autora mediante una serie de consideraciones y deducciones generales que conducen a las conclusiones con las que cierra su trabajo y que constituyen modestas ofertas de *Lege Ferenda*.

Las reflexiones de su estudio pueden configurarse de la siguiente manera:

1. La posición de partida del presente trabajo lo constituye el principio, unánimemente reconocido por nuestra doctrina y jurisprudencia, de que la voluntad del testador es la ley de su sucesión. Así lo reconoce nuestra Constitución, cuyo artículo 32 consagra el derecho a la propiedad privada y su transmisión, ya *intervivos*, ya *mortis causa*.
2. La legítima, configurada en nuestro Código civil como una porción de bienes reservada imperativamente a determinados parientes (o al cónyuge) del testador, constituye evidentemente un límite a la libre disposición que sobre sus bienes goza el titular.
3. A su vez, la desheredación, concebida como la facultad reservada al testador para privar de su legítima al heredero forzoso, no sirve como elemento equilibrador en supuestos conflictivos. Y ello porque, dado su actual régimen jurídico –que la caracteriza como sanción-, los derivados principios de libertad, presunción de inocencia, o de interpretación restrictiva hacen muy difícil la estimación práctica de justas causas de desheredación.
4. En el momento actual ha decaído el fundamento histórico de la legítima. Y, por ende, de la limitación que sobre la libre disposición de bienes entraña. La nueva realidad social y económica reclama que aquel fundamento histórico se sustituya por el de la solidaridad familiar, y sus naturales consecuencias de convivencia y afectividad.
5. Así lo han hecho la práctica totalidad de nuestros ordenamientos jurídico- particulares y los principales ordenamientos europeos, poniendo así de manifiesto una clara tendencia a la flexibilización del régimen de las legítimas (cuando no su desaparición) y, como consecuencia de ello, al restablecimiento de la libertad de testar. Tendencia a la que no es extraña la legislación común, pues en ella cabe encontrar el fundamento de

las reformas operadas en el Código civil sobre el régimen de la prodigalidad y la legítima del cónyuge viudo.

6. Otro tanto ocurre con la desheredación. Recientes pronunciamientos de nuestro más Alto Tribunal ponen de manifiesto la acogida del abandono afectivo como “nueva” causa justa de desheredación.

1.- EL FENOMENO SUCESORIO

1.1. Significado y alcance

Siendo la personalidad el soporte básico de la titularidad de derechos y deberes, extinguida aquella como consecuencia de la muerte de una persona (art. 32 Código civil), se hace preciso, cuando alguien fallece, que otro u otros sustituyan al difunto en las titularidades vacantes, por razón de su desaparición.

En los sistemas inspirados en el Derecho Romano (como es el nuestro, así como el del resto del continente europeo, a excepción de Gran Bretaña) ese otro es el heredero, que sucede al difunto a título universal y, por tanto, como sucesor del difunto en todas sus posiciones (derechos y deudas) transmisibles que deja vacantes el causante y no haya destinado especialmente (a título particular).

La sucesión por causa de muerte es, así pues, no una simple adquisición de cosas por el sobreviviente, sino un fenómeno complejo de sustitución del difunto por alguien (el heredero) que se hace cargo de sus relaciones y haberes; que gobierna los bienes y liquida la sucesión asumiendo la responsabilidad de conservar el patrimonio del difunto a favor de los terceros que tengan algún derecho sobre él.

En palabras de Ángel López López (López Lopez, 1994: pp. 30-31), *“La necesidad técnica del Derecho de sucesiones, la que le da su origen, es la que surge del problema de la destinación de los bona vacantia tras la muerte de su titular, lo que comporta y requiere soluciones en tres aspectos fundamentales: nueva intestación de los derechos en persona viva; mecanismos de responsabilidad patrimonial para la satisfacción de las deudas de que respondía el causante y ordenada adquisición o traspaso de la posesión que, como poder de hecho, ostentaba el de cuius”*.

1.2. Sucesión voluntaria y sucesión legal

Para ser heredero hay que ser llamado, bien en virtud de testamento¹ o bien por la ley.

La sucesión testamentaria (testada o voluntaria) –que es preferente- se produce cuando el causante, mediante el testamento, instituye heredero (es decir; indica qué persona o personas han de sucederle, si aceptan la herencia).

¹ También por contrato sucesorio, prohibido por el Código Civil (Art. 1271, párrafo 2º)

La sucesión legal (intestada o abintestato) subsidiaria de la anterior consiste en suplir el llamamiento testamentario (por inexistencia o ineficacia del testamento) efectuándolo a favor de los familiares del difunto.

En nuestro Código civil, que acoge el sistema de sucesión lineal (en atención exclusivamente al parentesco y no en razón de la procedencia de los bienes hereditarios) dicho llamamiento se efectúa, primeramente a favor de los descendientes; en su defecto, los ascendientes; a falta de los anteriores, al cónyuge viudo y, finalmente, en defecto de todos ellos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato (art. 954 Código civil), en cuyo caso heredará el Estado (art. 956 Código civil).

Dichos llamamientos legales, suplen al llamamiento voluntario y se fundamentan en la presunción de que los afectos del difunto primero ascienden, después descienden y, por último, se extienden (Lacruz Berdejo, 1984: pp. 804).

Siendo determinante en estos llamamientos legales (y supletorios) el parentesco, en sus grados más próximos, –al que se añade el vínculo matrimonial– resulta evidente su fundamento moral y social: la solidaridad familiar y la presunción típica de afecto.

1.3. La sucesión forzosa.

Siendo la voluntad del causante ley de su sucesión, podría éste lógicamente disponer por testamento de todos sus bienes, o de parte de ellos, en favor de cualquier persona que tuviere capacidad para adquirirlos (art. 763 Código civil).

Sin embargo, nuestro código, recogiendo una tradición secular, limita considerablemente esta libertad de testar, advirtiendo el precepto indicado que (disponer en favor de cualquier persona de todos o parte de sus bienes) podrá hacerlo “*el que no tuviere herederos forzosos*”, siendo estos, según su artículo 807, los hijos y descendientes del causante y en defecto de ellos, los padres y ascendientes, concurriendo con todos ellos el cónyuge sobreviviente.

Los indicados (herederos forzosos o legitimarios) ven reconocido su derecho a hacer propia una determinada –y variable según la proximidad de parentesco– porción de bienes del causante, de la que el testador no puede disponer libremente, ya sea por testamento, ya sea por donación *intervivos* (art. 636, Código civil) Dicha porción se calcula atendiendo al valor del caudal de la herencia, aumentado con el de las donaciones efectuadas en vida por el causante.

2.- EL DERECHO A LA HERENCIA

2.1. El régimen constitucional de la herencia y el ámbito de su protección.

Nuestra Constitución de 1978, por vez primera en nuestra historia constitucional (Falla, 1980) (Garrido Falla, 1980: pp.421), aborda el tema de la herencia, emparejándolo con el de la propiedad privada. Y lo hace del siguiente modo:

“Art. 32.

- 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”².*

Es opinión mayoritaria de la doctrina constitucional que, de la misma manera que alude a la propiedad como mera posibilidad y no como derecho subjetivo (no dice derecho de propiedad, sino derecho a la propiedad); es decir, la Constitución no sanciona el derecho constitucional de propiedad, (sino que garantiza que todo ciudadano pueda llegar a ser propietario), tampoco lo hace, al emplear igual sintaxis, con la herencia, proclamando el derecho a ella y no el de ella (Alzaga Villamil, 1978: pp. 83).

De igual modo, asociada como queda a la propiedad, los constituyentes pusieron de manifiesto que lo consagrado constitucionalmente es la facultad de disponer mortis causa, que se reconoce al causante en cuanto propietario.

Finalmente, este derecho a la propiedad y la facultad de disponer de ella post mortem, son derecho y facultad de configuración legal (expresa reserva de ley) en atención a la función social que han de cumplir.

Así pues, no existe el derecho constitucional a heredar, sino un derecho a la propiedad privada (en el sentido de posibilidad –avalada jurídicamente- de adquirir bienes) que puede transmitirse mortis causa, en las condiciones y términos que la función social de la propiedad justifique o determine.

² Tal y como afirma Rogel Vide (Rogel Vide, 2017: pp. 36 y 37), en términos muy similares se pronuncian la Constitución de la República Italiana de 1947; la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 y la Constitución portuguesa de 1976. (Vide, 2017)

Resulta, por tanto, que el derecho constitucional a la herencia se predica respecto de los poderes públicos a quienes, sin perjuicio de poderlo configurar en atención a su primordial fin social, prohíbe su confiscación.

Consideraciones, las expuestas, esta de primordial importancia por cuanto desmienten la objeción opuesta por quienes, como enseguida veremos, consideran que la supresión de las legítimas contraviene el derecho constitucional a la herencia.

3.- LA LIBERTAD DE TESTAR Y LAS LEGÍTIMAS

3.1. Planteamiento general

Parece pues evidente que el término “*herencia*” empleado en el art. 33.1. CE, es una extensión apendicular de la propiedad privada; es decir: al reconocer la propiedad privada, la Constitución reconoce subsiguientemente la posibilidad de su transmisión, ya *intervivos*, ya *mortis causa*³.

Así pues, herencia es más un “*poder transmitir*” que un “*derecho a recibir*”. Por ello, el problema de la libertad o limitación para disponer *mortis causa* de los bienes, se superpone al del fundamento de la propiedad privada y al de su transmisibilidad *post mortem*⁴.

Dicho de otro modo; si el dueño de los bienes puede, en principio y como regla general, hacer con lo suyo lo que quiera (salvo, naturalmente, los límites derivados de la solidaridad familiar), otro tanto cabría decirse cuando ese dueño se disponga a decidir que habrá de hacerse con lo suyo para cuando fallezca, lo que mal se compadece con la exigencia legal de reservar una porción de sus bienes (legítima) a favor de unos determinados beneficiarios (legitimarios), sustrayéndolos así a la libertad de disposición del testador.

3.2 Introducción

Este debate, en realidad, no ha surgido *ex novo* sino que probablemente nace con el mismo inicio del sistema hereditario. Sin embargo, en diferentes momentos de la historia vuelve a cobrar importancia. Probablemente este es uno de esos momentos y responde a los cambios existentes en la sociedad, en especial en el derecho de familia.

Como señal Miquel González (Miquel González, 2002: pp. 153), aun refiriéndose a la voluntad del testador: “*Familia y propiedad configuran la realidad social de manera tan intensa que suelen influir en la determinación de la que será considerada voluntad del testador. Así gran parte de la doctrina la utiliza hiperbólicamente como coartada para socavar la igualdad que la legítima representa. Ante esta tendencia hay que decir que una decisión a favor de la libertad de testar y en contra de la legítima no corresponde al*

³ Como advierte Castán Tobeñas, 1993: p.1141, la sucesión *mortis causa* nació, históricamente, en los pueblos que, conociendo ya la propiedad, se plantearon la necesidad de transmitirla después de la muerte.

⁴ Dicha afirmación debe quedar matizada por la tradicional vinculación del Derecho sucesorio al Derecho de familia, como veremos a continuación.

interprete, porque es una elección de política legislativa que en un estado de Derecho corresponde al poder legislativo”.

En el momento actual y desde hace ya algún tiempo uno de los debates importantes en el marco del derecho de sucesiones se encuentra en el reconocimiento de una mayor libertad de testar de una parte y como consecuencia de lo anterior la reforma del sistema de las legítimas, tanto desde el punto de vista de su cuantía como desde el punto de vista de los sujetos legitimarios, entre otros aspectos.

La legítima se puede analizar desde la perspectiva de la limitación a la facultad de disponer o desde la perspectiva del derecho que determinados parientes tienen a percibir una determinada porción de la herencia de su causante. Desde la perspectiva de la libertad de disponer del causante no se puede ver más que desde el punto de vista de una limitación a la facultad de disponer que, además, como sabemos, no se trate sólo de un límite a la facultad de disponer *mortis causa* sino *inter vivos* también. Como límite a la facultad de disponer sobre los propios bienes no solo *mortis causa* sino también *inter vivos*, limita la libertad de testar y la libertad de donar, aunque sea en la medida de su inoficiosidad.

Es indudable que el derecho de sucesiones, puede ser un apéndice del Derecho de bienes o del Derecho de propiedad que regula la transmisión y conservación de la propiedad, que es la continuidad de la vida jurídica. En esa línea es indudable, por tanto, que lo decisivo es nombrar sucesor y en el derecho común por medio del testamento y en principio desde la libertad de testar. Está presente un equilibrio entre lo que son normas de Derecho imperativo, que se identifican en los derechos de los hijos en la sucesión del padre/madre, o sea, las legítimas, y normas de derecho dispositivo, identificadas en la proclamada libertad de testar.

No existe independencia ni separación entre el Derecho de sucesiones y el Derecho de familia sino todo lo contrario muchas de sus instituciones muestran una especial unidad y esto sucede cuando se plantea la cuestión objeto de este trabajo. El dilema que se plantea entre la autonomía de la voluntad representada por el ejercicio de la libertad para testar y las legítimas que representan el derecho imperativo en beneficio de determinados herederos va a estar marcado precisamente por la solidaridad familiar.

Desde hace ya algunos años ha vuelto a adquirir importancia la controversia entre la posibilidad de reformar las legítimas e incluso la posibilidad de suprimir la institución frente a

la libertad de disponer del testador, libertad incluso sin ninguna limitación. Ha vuelto a adquirir importancia porque en realidad la controversia siempre ha estado latente.

En distintos periodos de nuestra Historia se ha planteado el debate en torno a la elección entre ambos sistemas, si la libertad de testar debe o no ceder a los derechos sobre la herencia a favor de determinados parientes. No se puede observar el triunfo de uno u otro sistema y, naturalmente, la elección a favor de un sistema u otro en términos de modernidad por si en algún momento pudiera pensar que la evolución de los tiempos debe conducir a la mayor libertad de testar sin vinculación de ningún tipo. En definitiva, que la libertad de testar no se puede plantear en términos de la evolución de un sistema. La libertad de testar regía en el Derecho romano, por tanto, si algún sistema es antiguo es precisamente el de la más absoluta libertad de testar. El sistema legitimario es más tardío debido a distintas influencias.

3.3. Síntesis de su evolución histórica. El régimen común del Código civil

El enfrentamiento entre la libertad de testar y el sistema de legítimas es tan antiguo como el derecho sucesorio, habiendo cobrado primordial importancia en los últimos años como consecuencia de los profundos cambios sociales en general y, en especial, en el Derecho de familia.

En el Derecho romano de la época republicana rigió la libertad de testar, surgiendo después límites formales (designación de los herederos sin atribución) y, ya a partir del siglo II, límites materiales basados en el argumento del *officium pietatis* en virtud del cual el testador estaba obligado moralmente a dejar a los sui una porción de sus bienes (*portio debita*) (Lacruz Berdejo, 2009: p. 421). La legítima romana fue concebida, por tanto, como un instrumento para beneficiar a la familia.

La concepción de la propiedad colectiva propia de los derechos germánicos hace innecesaria tal previsión por cuanto no siendo los bienes propiedad del jefe de la familia, al fallecer seguían perteneciendo a la comunidad.

De esta doble influencia se nutre el derecho patrio. Planteándose el debate de uno u otro sistema en el periodo codificador, resuelto finalmente, y como consecuencia fundamentalmente de la supresión de los mayorazgos, por el sistema de legítimas del Código civil.

Este sistema queda configurado, resumidamente, del siguiente modo:

1. Reconoce el Código el derecho a disponer libremente por testamento, siempre que no se tengan herederos forzosos (art. 763), siendo estos, los hijos y descendientes, o en su defecto, los padres y ascendientes. El cónyuge sobreviviente concurre con todos ellos (art. 807).
2. Denomina “legítima” a esa porción de bienes de la que el testador no puede disponer libremente sino a favor de sus herederos forzosos (art. 806), cuya cuantía será la que corresponda de añadir al valor neto del caudal relicto el de las donaciones colacionables (haber hereditario) (art. 818).
3. La legítima de los hijos y descendientes se fija en las dos terceras partes del haber hereditario (legítima amplia), pero podrá quedar reducida a un tercio (legítima estricta), si el testador dispone del otro a favor de cualquier otro hijo o descendiente (art. 808).
4. La legítima de los padres o ascendientes será la mitad del haber hereditario, reducida a la tercera parte si concurre con el viudo o viuda (art. 809).
5. La legítima del cónyuge viudo consistirá en el usufructo de una cuota: de un tercio si concurre con descendientes; la mitad si lo hace con ascendientes, y, a falta de todos ellos, de los dos tercios. (arts. 834, 837 y 838).
6. Finalmente, se prohíbe la renuncia o transacción sobre la legítima futura y el heredero forzoso a quien el testador haya dejado de menos, podrá pedir el complemento de su legítima (arts. 816 y 815).

Puede pues concluirse que el Código civil, y las restantes leyes que disciplinan el fenómeno sucesorio, lo efectúan con arreglo a los siguientes principios:

- a) Se desestima una parte de los bienes del difunto a la comunidad, que se detraen mediante el impuesto de sucesiones
- b) Se reconoce el derecho de los parientes en línea recta y del cónyuge a recibir una parte del patrimonio del causante, como expresión del deber que le incumbe de compartir sus bienes con los miembros más próximos de su familia, a los que acaso estaba obligado, actual o eventualmente, a prestar alimentos.
- c) Se reconoce la libertad de disponer a causa de muerte, salvo los “cupos” débitos a parientes y cónyuge.
- d) A falta de disposición testamentaria, es la ley la que destina el patrimonio del causante, llamando sucesivamente a los parientes más próximos en línea recta, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y, en último lugar, al Estado (la comunidad).

3.4. Los ordenamientos territoriales españoles

Este régimen común convive en la actualidad con otros seis sistemas diferentes vigentes en nuestro territorio y que recogen distintas soluciones que van, desde la más libre de la legislación navarra, pasando por la aragonesa de amplia libertad a las últimas reformadas de Cataluña y Galicia, que introducen importantes novedades.

3.4.1 Derecho civil foral Navarro

Así, la Ley 1/1973 (reformada por la Ley 5/1987) por la que no se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero de Navarra (B.O.E. 7/3/1973) establece que la legítima no tiene contenido patrimonial exigible, consistiendo en la atribución formal, a cada uno de los herederos forzosos, de cinco sueldos “febles” o “carlines” por bienes muebles y de un robada de tierra en los montes comunes por los inmuebles.

3.4.2 Derecho civil foral vasco

La Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco (B.O.E. Nº176 de 24/7/2015) autoriza a los que ostenten la vecindad civil ayalesa para disponer libremente de sus bienes.

3.4.3 Derecho civil foral aragonés

El art. 486 del Código del Derecho Foral Aragonés, aprobado Decreto legislativo 1/2011 (B.O.A Nº63 de 29/3/2011), determina que son los descendientes los únicos legitimarios, siendo la legítima –la mitad del caudal neto- colectiva, pudiéndose distribuir igual o desigualmente entre los hijos o atribuirse a uno solo.

Parecido sistema recoge la ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco ya citada, aunque reduce la legítima a un tercio del caudal, e incluye entre los legitimarios al cónyuge viudo (o miembro sobreviviente de la pareja de hecho) a quien atribuye el usufructo de la mitad de los bienes si concurre con descendientes, aumentado a dos tercios en defecto de estos.

3.4.4 Derecho civil foral balear

El texto Refundido del Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre (B.O.I.B. Nº 120, de 2/10/1990) recoge un sistema similar al del Código Civil. Y así, en Mallorca, son legitimarios los hijos y descendientes, los padres y cónyuge viudo, si bien reduce la legítima de los primeros a un tercio de la herencia si fueren cuatro o menos y de la mitad si exceden de cuatro. De un cuarto es la legítima de los padres (no más ascendientes), que dividirán por mitad si concurren ambos. La legítima viudal

consiste en el usufructo de la mitad de la herencia si concurre con descendientes; de dos tercios si concurre con padres y universal en los demás supuestos.

En Ibiza y Formentera el sistema es idéntico, salvo que se excluye al cónyuge viudo de la lista de legitimarios y aumenta la legítima de los padres a la mitad del haber hereditario.

Constituye así el Derecho Civil Balear una excepción⁵ al tradicional principio de libertad de testar de nuestro Derecho foral, cuya tendencia se pone de manifiesto tras las modificaciones operadas en los Derechos civiles de Galicia y Cataluña.

3.4.5 Derecho civil foral gallego

La ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia (B.O.E. N°191, de 11/8/2006) suprime la legítima de los ascendientes y reduce parte del haber líquido hereditario, (configurándolo como un derecho de crédito pagadero en metálico) y suprime la mejora.

3.4.6 Derecho civil foral catalán

La ley 10/2008, del libro IV del Código civil de Cataluña (D.O.G.C. N°5175, de 17 de junio), si bien mantiene como legitimarios a los ascendientes, reduce la legítima de los descendientes (una cuarta parte) por considerarla ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial para cuando falten sus progenitores. Por lo que respecta al cónyuge viudo (o conviviente) se prevé una legítima asistencial, por cuanto solo si carece de recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tendrá derecho a obtener la cantidad precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte de haber líquido hereditario.

Incorpora además el Código Catalán una nueva causa de desheredación, cuya importancia será analizada más adelante.

3.5.- Los ordenamientos europeos.

Tal y como advierte Cañizares Laso (Cañizares Laso, 2014: pp. 256) *“En el momento actual no existe en Europa ningún sistema en el que se admita la libertad de testar sin limitaciones, adquiriendo especial relevancia en el ámbito del derecho europeo comparado, los regímenes británicos, francés y alemán”*.

⁵ Explicable teniendo en cuenta la fecha de su aprobación (6 de septiembre de 1990)

En Inglaterra y Gales, aun existiendo la libertad de testar y no habiendo una clase concreta de parientes que tengan derecho a recibir una porción de los bienes hereditarios, mediante la *Inheritange Acta* (Kerrige, 2011: pp. 20) el juez puede, discrecionalmente y a favor de los dependientes del causante, disponer la provisión de bienes necesaria para sobrevivir o para llevar un nivel de vida semejante al que llevaban con anterioridad al fallecimiento del causante (family provisión).

En Francia, la ley 728/2006 operó una de las más amplias e importantes reformas de su derecho civil, especialmente el sucesorio. Por lo que a este respecta, la reforma tuvo como base los estudios sociológicos previos (que ponían de manifiesto el aumento de la esperanza de vida⁶ (Laso Cañizares, 2014: pp. 247) la multiplicación de las familias reconstituidas y los profundos cambios económicos operados en su seno), destacándose una encuesta dirigida a los notarios y que tenía por finalidad conocer su experiencia en la práctica de sus despachos⁷.

La referida reforma suprime la legítima de los ascendientes e instaura el pacto sucesorio, en virtud del cual los demás legitimarios tienen la posibilidad de renunciar por anticipado al ejercicio de la acción de reducción de las donaciones que pudieran afectar a su reserva hereditaria.

Especial mención merece el caso de Alemania cuya Ley de Modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción (que entró en vigor el 1 de enero de 2010), hubo de reducir considerablemente el ámbito de su reforma (que contenía cambios sustanciales en la regulación de la legítima y de las causas de desheredación), como consecuencia de la Sentencia de su Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005, por lo que se declaró protegida constitucionalmente la legítima. Al proclamar el artículo 14.1 de la Constitución Alemana el derecho de la herencia entendió esta sentencia que la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente de que estos no pueden verse privados y cuya percepción no puede hacerse depender de una previa situación de necesidad (ibídem).

⁶ Debido al aumento de la esperanza de vida, los hijos heredan muy tarde y, cuando lo hacen, no se les proporciona un nivel de vida, sino que se mejora el que ya traían antes de heredar.

⁷ Por razón de sus específicas funciones, los notarios conocen de propia mano los problemas que se originan cuando advierten, a quienes visitan sus despachos para otorgar testamento, las limitaciones existentes en su libertad de disposición.

Ello puede explicar como señala Parra Lucán (Parra Lucán, 2009: p. 481) en sus que sean fundamentalmente notarios quienes en nuestra doctrina se muestren más contrarios al rígido sistema de legítimas (Calatayud, De la Esperanza, Bermejo, Magariños...).

No obstante, ello, la reforma modifica sustancialmente las causas de desheredación, dulcificando su régimen histórico.

La referida sentencia, ha hecho opinar a más de un autor en nuestra doctrina que la legítima de los descendientes está garantizada constitucionalmente⁸, toda vez que los preceptos de la Constitución alemana relativos a la herencia y a la protección de la familia son, sino idénticos muy parecidos a los de la Constitución española.

Parecer contrario sostiene Delgado Echevarría (Delgado Echevarría, 2014: p. 230) señalando que los argumentos principales de la sentencia alemana carecen de fuerza en nuestro ordenamiento y que ni la protección a la familia tiene el mismo rango y fuerza constitucionales, ni nuestras tradiciones jurídicas son las mismas.

Obsérvese, finalmente, que la supresión de la legítima material está vigente, sin tacha de inconstitucionalidad, en los ordenamientos territoriales navarro y vasco (tierra de Ayala).

3.6. La libertad de testar en la doctrina constitucional española.

A pesar de que bien pudiera pensarse que el artículo 33 C.E, al sancionar el derecho a la herencia incluye el de la libertad de testar, no hay en la jurisprudencia constitucional rastro alguno que disipe las dudas sobre tan trascendental cuestión.

Tan solo en una sentencia (9/2010, de 27 de abril), se trata tangencialmente el tema de la libertad de testar. Se discutió en el proceso la legalidad de un testamento en el que el testador manifestaba su voluntad de que no entraran en posesión de su herencia quienes no tuvieran la condición de legítimos. Impugnado por sus nietas adoptivas, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante sentencia de 22 de enero de 2004, desestimó su recurso de casación al entender que “*en materia de sucesión testamentaria, la voluntad del testador es la Ley que debe regir la sucesión y la misma abarca a la disposición testamentaria en su totalidad*”.

Recurrieron las demandantes en amparo al considerar discriminatoria su exclusión de los llamamientos a la herencia. El Tribunal Constitucional en la sentencia citada, estima que la

⁸ En las muy escasas ocasiones en que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, toca tangencialmente el tema de la libertad de testar. Y así, en su sentencia 9/2010 dictada con ocasión de la exclusión de hijos adoptivos en una sustitución hereditaria, aun estimando el amparo cuenta con un voto particular del Excmo. Sr. Rodríguez Zapata quien advierte que en las relaciones jurídico-privadas no opera el principio constitucional de igualdad y, por tanto, el testador puede constitucionalmente discriminar.

vulneración del art. 14 CE la ha producido la resolución judicial impugnada y no la cláusula testamentaria, al haber obviado la eficacia directa y vinculante para todos los poderes públicos, incluido el judicial, de las normas que proclaman los derechos fundamentales y, con ocasión de la aplicación de la legalidad ordinaria que los reconoce o desarrolla, sea necesario seguir en todos los casos la interpretación que otorgue la máxima irradiación a los derechos fundamentales so pena de convertir al Tribunal Constitucional en una instancia judicial más.

Pues bien. como afirma la Letrada del Tribunal Constitucional, Gema Díez-Picazo (Díez-Picazo Jiménez, 2014: p. 359): en este caso, la cuestión no radica en enjuiciar la constitucionalidad de una norma jurídica, sino de interpretar una cláusula testamentaria dispuesta por el causante en uso de su libertad de testar. Por ello, la pregunta que debió haberse formulado es la de si, cualquiera que hubiera sido el momento de apertura de la sucesión, las nietas del testador podían haber invocado la lesión del art. 14 CE frente al contenido de la cláusula en la que disponía la sustitución. Dicho de otro modo, ¿puede un testador actualmente, en ejercicio de su libertad de testar y respetando la intangibilidad de la legítima, disponer de sus bienes vulnerando los derechos fundamentales, especialmente el contenido en el art.14 CE? O más genéricamente, ¿cabe que un particular (nieta adoptiva) invoque frente a otro (testador) la vulneración de un derecho fundamental? ¿Se le puede obligar al testador a disponer de sus bienes con arreglo a los derechos y valores constitucionales?, ¿no es la libertad de testar un máximo exponente del derecho de libertad? Y la respuesta parece, en línea de principio que sólo puede ser una: extender al ámbito de las relaciones jurídico-privadas el principio constitucional de igualdad, una regla ajena a este mundo, puede acarrear consecuencias absurdas e insostenibles. La vinculación al principio de igualdad sólo puede imponerse de forma mediata o indirecta, por vía legislativa.

El verdadero problema constitucional abordado en esta sentencia, sin embargo, fue correctamente resuelto en el voto particular del Excmo. Magistrado Don J. Rodríguez Zapata. Así, se advierte que *“nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art.14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad inter vivos o mortis causa. En nuestro derecho civil sucesorio, tanto común como foral, se confiere a la persona un amplio ámbito de libertad de disposición mortis causa sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos para después de su muerte del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión, ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas por el art.14 CE”*.

En una palabra: para nuestro Tribunal Constitucional, la libertad de testar no queda condicionada por las exigencias derivadas del Art. 14 C.E.

4.- LA DESHEREDACIÓN

4.1.- Concepto técnico legal

La desheredación supone la facultad del causante de privar de la legítima a sus legitimarios por alguna de las causas señaladas por la ley (art. 848 Código civil), lo cual solo puede realizarse en testamento, expresando en él la causa en que se funde (art. 849 Código civil).

4.2. Sinopsis de su régimen jurídico.

El art. 806 Código civil establece que legítima es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados forzosos. En nuestro ordenamiento rige la regla general de la intangibilidad de la legítima, pero el testador al otorgar testamento puede privar de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos, solo en los casos previstos y contemplados en la ley, por lo que solo son causas de desheredación las expresamente señaladas en el Código civil, existiendo por tanto *numerus clausus* de causas de desheredación, lo que elimina la incertidumbre y la arbitrariedad. Por tanto, el testador no puede ampliar las causas que privan al legitimario de un derecho que le corresponde por ley, cual es la legítima.

Por ello, la desheredación es el acto mediante el cual el causante priva al legitimario de su derecho a legítima en virtud de alguna de las causas que establece la ley. Así, la desheredación se configura como un acto solemne que requiere que se manifieste en testamento. Se concibe como una sanción al legitimario que solo puede imponer el causante en atención a la conducta de legitimario que atente contra el buen orden y disciplina en el interior de la familia. Al tener un carácter sancionador debe interpretarse restrictivamente, ni cabe la analogía ni la argumentación de *minoris ad maiorem*, no pudiendo extenderse su aplicación a casos no previstos en ley.

En efecto el Tribunal Supremo ha señalado en la Sentencia de 20 de febrero de 1981 que la desheredación en un sentido escrito ha de estimarse como “*la privación a un heredero legitimario de la porción de la herencia que por derecho le corresponde*”, y ésta tiene lugar, en términos generales, “*cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso*

del derecho a la legítima que el art. 806 Código civil le reconoce por alguna de las causas que taxativamente señala” (F.D. PRIMERO).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en el sistema del Código civil el testador tiene limitada su facultad de disponer por la institución de la legítima, pero la desheredación es el instrumento que le permite vencer esa limitación cuando exista causa justificada para ello. Con la desheredación el testador manifiesta una voluntad inequívoca de apartar a un legitimario de los derechos que como mínimo le concede la ley, requiriéndose para poder desheredar tener capacidad para testar, es decir que quien puede instituir heredero puede también desheredar.

La desheredación, de acuerdo con el art.849 Código civil debe hacerse en testamento (ya sea común o especial), es decir, no puede hacerse en acto *inter vivos* ni en codicilo o memorias testamentarias, tiene que hacerse de manera expresa y especificando la causa por la que se deshereda, debiendo estar señalada por la ley, concretamente en los art. 852 a 855 Código civil, que se refiere a algunas de las causas de indignidad del art. 756 Código civil y a determinadas circunstancias o causas en función de que el desheredado sea un descendiente, un ascendiente o el cónyuge. Además, la causa de desheredación debe ser cierta, correspondiendo la prueba a los herederos del testador si el desheredado la niega, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Solo puede ejercitarse la facultad de desheredar en relación con los legitimarios, y depende exclusivamente de la voluntad del testador, por lo que si se produce la causa de desheredación el testador puede no tenerla en cuenta y por ello no desheredar.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 856 Código civil, *‘la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha’*, es decir, la desheredación puede convalidarse por la reconciliación, que podrá realizarse de cualquier forma. Por ello, aunque exista causa legal de desheredación, si se produce la reconciliación entre el causante y el ofensor no se llevará a efecto la desheredación. Ahora bien, hay que distinguir el mero perdón de la reconciliación, pues el perdón, para extinguir la desheredación, debe ser determinado y específico, orientado hacia el acto ofensivo concreto y con intención de rehabilitar al ofensor, por lo que no basta el simple perdón general del causante hacia todos aquellos que le ofendieron, sino que para revocar la desheredación el perdón deberá materializarse realizando un testamento posterior en el que se incluya el desheredado o se remita expresamente al desheredado a través de documento público. En este sentido, la reconciliación es un acto, ya sea expreso o tácito, por el que el testador y el

desheredado acuerdan dejar sin efecto la desheredación hecha previamente por lo que finalmente no se le priva de la legítima, mientras que el perdón es un acto unilateral del causante sin mayores consecuencias jurídicas.

Ahora bien, en los casos en los que nos encontremos ante una desheredación injusta (aquella que se haga sin expresión de causa de desheredación, o por causa cuya certeza no se probase por los herederos cuando la niegue el desheredado, o que no sea debida a una de las causas establecidas en los art. 852 a 855 Código civil) se rescindirán por inoficiosas todas las disposiciones *mortis causa*, primero las realizadas a título de herencia y las realizadas como legado para que el injustamente desheredado reciba lo que por legítima le corresponde (art.851 Código civil).

4.3. La desheredación como sanción

Bajo la denominación de “*justas causas de desheredación*” tipifica el Código, a través de sus artículos 853, 854, 855 y 756, 1º, 2º, 3º, 5º y 6º, comportamientos y conductas de una gravedad extrema, en la mayoría de los casos.

Dado su carácter sancionador, nuestros Tribunales de justicia tienden a aplicar, en el enjuiciamiento de los supuestos litigiosos, criterios propios del derecho sancionador penal tales como la tipicidad, la presunción de inocencia o el de la interpretación restrictiva.

Resulta pues una institución legalmente regulada dentro de unos perfiles y con unos requisitos muy concretos que no solo hacen muy difícil su estimación en la práctica, sino también muy limitados sus efectos dado que, aun cuando se estimara como justa la desheredación ello no conduciría a la plena libertad del testador en la disposición de sus bienes dado que, si el desheredado tiene hijos o descendientes, ocuparán estos su lugar por vía de representación (arts. 857 y 929 Código civil)

Resulta pues evidente, el actual régimen normativo de la desheredación cumple de modo manifiesto el objetivo de proteger la legítima. Así se deduce de la enumeración de las causas que la habilitan, de carácter exhaustivo o números clausus: (“*solo podrá tener lugar en los casos expresamente determinados en la ley*” (arts. 813. Párrafo 1º y 848 Código civil)) que impiden el recuso a la analogía, la interpretación extensiva y la argumentación *minoris ad maiorem* (“*son justas causas de desheredación, en los términos que específicamente determinan...*” (art. 852 Código civil), así como la atribución de la carga procesal de la

prueba, soba la existencia y suficiencia de la causa invocada, a los herederos (art. 850 Código civil).

Tal configuración ha dado lugar a abundante jurisprudencia, cuya doctrina reitera la necesidad de someter las causas legales a un régimen de interpretación restrictiva.

Tal doctrina, recaída fundamentalmente con ocasión del enjuiciamiento de causas de desheredación por maltrato psicológico⁹ o ausencia de relación afectiva, viene expresada, básicamente, en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, dictadas el 28 de junio de 1993 y 4 de noviembre de 1997, recaídas en supuestos muy similares. Según sus términos literales:

“... la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés en relación con los problemas del padre, etc..., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al Tribunal de la conciencia”.

4.4. La desheredación como remedio. La pervivencia de relaciones de convivencia y afectividad como fundamento de la institución.

Como vengo sosteniendo en el presente trabajo, el fundamento de la legítima –con independencia de cual fuere su origen histórico- ha de encontrarse hoy en el principio de solidaridad familiar, conforme al concepto de familia imperante en la sociedad actual, que no solo se ha configurado como familia nuclear frente a la familia extensa, asentándose prioritariamente sobre la existencia de vínculos afectivos entre sus miembros frente a los vínculos de consanguinidad (o el vínculo conyugal), subordinados pues a la pervivencia de relaciones de convivencia y afectividad.

Desde esta perspectiva, resulta hoy evidente que el sistema de causas de desheredación establecido en el Código civil no obedece a las funciones a las que está llamado a cumplir un sistema legitimario moderno.

⁹ La causa segunda del art. 853 Código civil recoge el “maltrato de obra”.

4.5. Aproximaciones legales a la nueva tendencia

La modificación sociológica del concepto de familia (y de matrimonio) se va convirtiendo así en determinante legal y jurisprudencial, siendo diversas, aunque lentas, sus manifestaciones. Destacaré, de entre las legales, las siguientes:

- a) **Modificación del régimen de la prodigalidad en el Código civil** operada mediante ley 13/1983, de 24 de octubre, puede considerarse la pionera en esta nueva tendencia que analizo.

Como es sabido, antes de la reforma el Código autorizaba a solicitar la declaración judicial de prodigalidad al cónyuge y a los herederos forzosos del prodigo, poniéndose así de manifiesto que la institución (limitación de la capacidad dispositiva del prodigo) se ponía al servicio de las expectativas sucesorias de los legitimarios. Tras la reforma (y hoy la nueva ley de Enjuiciamiento civil –art. 757.5-), la declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes (no en su condición de herederos forzosos) sino en tanto en cuanto “*perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos*”, evidenciándose así que la institución se fundamenta ahora en el principio de solidaridad familiar, de la que puedan derivar eventuales obligaciones alimenticias (y no, como antes, expectativas sucesorias).

- b) **Supresión en el Código civil, de la culpa en el cese de la convivencia matrimonial como circunstancias extintivas de la legítima del cónyuge viudo.** Como es sabido el cónyuge viudo es legitimario (art. 807.3º Código civil), consistiendo su participación en el usufructo de los bienes del premuerto en proporción variable en atención a los demás legitimarios con quienes concurra. Así mismo, el cónyuge viudo será heredero abintestato en defecto de descendientes y ascendientes del causante.

Dichas atribución y llamamiento quedaban condicionadas a la efectiva convivencia de los esposos de tal modo que, si la separación legal fuera imputable a la culpa del sobreviviente o este hubiere roto unilateralmente la relación, perdería sus derechos legitimarios y/o la cualidad de heredero abintestato.

Pues bien. La reforma (Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio) modifica los artículos 834 y 945 del Código Civil, suprimiendo la culpa y la necesidad de que la separación de hecho lo fuese de mutuo acuerdo. De este modo, la pérdida de

los derechos sucesorios del cónyuge viudo solo se hace depender de que los cónyuges no se hallaren separados, legalmente o, de hecho.

Siendo hoy inoperante la culpa en la separación legal o la iniciativa de la ruptura, en la de hecho, se hace más visible que antes el fundamento de esta modalidad de “desheredación”, que no es otra hoy que la falta de afectividad y las relaciones subsiguientes.

Los derechos del cónyuge supérstite se asientan, por tanto, sobre un presupuesto con vivencial que da por hecho la existencia de vínculos afectivos (*affectio maritalis*) entre los cónyuges en el momento del fallecimiento de uno de ellos.

c) Las relaciones familiares o de afectividad como circunstancia determinante de la legítima en los ordenamientos autonómicos.

En esta misma línea –de hacer depender de la relación de afectividad de la legítima- se desenvuelven recientes reformas de algunos ordenamientos autonómicos (es el caso de las leyes del Parlamento Balear 18/2001 y del Parlamento Vasco 2/2003, reguladoras de las parejas de hecho) y la del Parlamento de Cataluña 22/2000, que, en la sucesión testada e intestada, reconoce derechos sucesorios a las personas que tengan en acogida a personas mayores cuando la convivencia entre ellos haya tenido una duración mínima de cuatro años.

Especialmente significativa es en este sentido la ley 10/2008, de 10 de julio, por la que se aprueba el libro IV del Código civil catalán, que recoge como causa de desheredación “*la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario*”.

De este modo, el Código Catalán acomoda el régimen jurídico de la desheredación al fundamento de la legítima: la solidaridad familiar, atendiendo a la realidad sociológica de las estructuras familiares actuales. Así pues, la simple existencia de desafección manifiesta y continuada, por causas “exclusivamente” (sic) imputables al legitimario, es causa suficiente para su desheredación.

Es consciente el legislador catalán de los riesgos que genera esta importante novedad; pero los asume conscientemente expresándolo en el Preámbulo de la ley del siguiente modo:

“A pesar de que, ciertamente, el precepto pueda ser fuente de litigios por la dificultad probatoria¹⁰ de su supuesto 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”.

La puesta en práctica de esta novedosa reforma resulta cautelosa y vacilante, siendo buen exponente de ello las dos sentencias que analizo a continuación, dictadas ambas por la Audiencia Provincial de Barcelona.

La primera, de fecha 13 de febrero de 2014, revoca la de instancia y declara la inexistencia de la causa de desheredación invocada por la causante en su testamento respecto de su única hija.

Fundamenta su decisión la Sala de apelación del siguiente modo:

- No es aplicable en el ordenamiento jurídico catalán la consolidada¹¹ doctrina del Tribunal Supremo de que *“la falta de relación afectiva o de comunicación afecta sólo al campo de la moral, que no corresponde a los Tribunales valorar”*. Y ello porque –dice la Sala- la nueva causa, introducida por ley 10/2008, abroga aquella doctrina *“en acogimiento a los cambios sociales que se han producido estos últimos años, por los graves abandonos de personas mayores en manos de terceros o en soledad”*
- Ahora bien, *“... no por ello significa que esta causa, si bien progresista y respetuosa con la libertad del testador de excluir de sus últimas voluntades a los hijos que han incurrido en una total ausencia de relación y atención al*

¹⁰ Dificultad probatoria, entiendo yo, considerablemente aliviada al exigir la ley que la ausencia de relación familiar sea por causa “exclusiva” del legitimario, rechazando pues los supuestos más frecuentes de culpas compartidas.

¹¹ Faltaban unas semanas para que la Sala Primera del Tribunal Supremo, con su sentencia de 3/6/2014, modificara el rumbo.

causante, sus progenitores, puede ser interpretada laxamente o sesgadamente en perjuicio de los derechos legitimarios”.

- Indica a continuación la sentencia analizada –con afán doctrinal- que el nuevo precepto (art. 457-17 párrafo e)) ofrece los aspectos esenciales para su aplicación que se contraen a:

“1º que la ausencia de relación familiar sea manifiesta y continuada; es decir que sea “conocida” y “no esporádica”, lo que es igual a la práctica inexistencia de vínculos no solo afectivos sino de contacto físico, y que estos sean “notorios” para todos los de su entorno”.

“2º que esta ausencia sea “exclusivamente imputable al legitimario”; en otras palabras, que el causante no haya sido la causa de este alejamiento...”

Y concluye:

“3º solo en impuestos excepcionales y probados fehacientemente, podrá surtir efecto las privaciones a la heredera forzosa de sus derechos legitimarios”.

Finaliza la sentencia con una recomendación dirigida a todos los notarios; en los siguientes términos:

“Sería conveniente o aconsejable que los fedatarios públicos, al otorgar (sic)¹² testamento, invocando esta causa de desheredamiento, no se limitarán a citar literalmente la causa, sino que solicitarán al testador una mayor explicación o razonamiento, a fin de evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario”.

Menos tajante resultó ser la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona el 19 de mayo de 2016 que, confirmando la de instancia consideró justa la causa de desheredación del hijo único que negó a su padre la posibilidad de que tuviera una relación sentimental después de enviudar.

¹² Los notarios no “otorgan” testamento, “protocolizan” el que otorga el testador.

Tras invocar una anterior sentencia de la misma Sala, de fecha 30 de abril de 2014, analiza el nuevo precepto señalando que:

“El fundamento de esta causa obedece a la realidad social en la que muchos hijos carecen de relación con sus padres durante mucho tiempo y en la correlativa voluntad, observada en la práctica real al otorgar testamentos, de padres que deseaban privar de su legítima a los hijos porque no había relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares”.

Matiza finalmente la sentencia el arraigo de la ruptura, advirtiendo que *“La ley no exige un tiempo mínimo de ausencia contacto, pero deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias”* y, por último, considera compatible esta ausencia de contacto con la existencia de una relación mercantil o profesional, como era el caso enjuiciado.

Finalmente, debe advertirse que, para, el Código catalán, la ausencia de relación familiar también es relevante para extinguir o impedir el nacimiento de otros derechos (sucesión abintestato del adoptado hijo del cónyuge y obligación alimenticia).

Por último, es preciso destacar una reciente sentencia, dictada por la sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 14 de febrero de 2018 (nº167/2018, JUR/2018/90789). Su interés radica en que, con cita de una Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 2017, contiene una larga y precisa fundamentación sobre el sentido jurídico de la legítima, su evolución histórica, el contraste entre la ordenación común y la autonómica y el nuevo régimen de la desheredación. Finalmente incluye un interesante problema de derecho Inter temporal por cuanto el testamento que contiene la desheredación que, otorgado bajo la urgencia del Código de Sucesiones de 1991 y el fallecimiento del causante (y la apertura de su sucesión) se produjo ya urgente el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña.

Los apartados más destacados de su fundamentación son los siguientes:

“La legítima es una atribución de contenido patrimonial que la ley reserva en una sucesión a determinadas personas por su relación familiar con el causante. La participación, sobre todo de los hijos, en la riqueza creada por los padres ha sido una constante en el derecho civil catalán como en otros de nuestro entorno. En Cataluña, no sin ciertas oscilaciones, vino a consagrarse el sistema de cuarta del derecho justiniano, pudiendo pagarla el heredero en dinero o en bienes de la herencia”.

La Compilación del derecho civil de Catalunya de 2/7/1960 regulaba ya la institución reiterando la exposición de motivos del Código de Sucesiones de 1991 el carácter de la legítima como aquella institución que atribuye a determinadas personas el derecho a exigir de los herederos unas atribuciones concretas.

También ha sido una constante en nuestro derecho el progresivo debilitamiento de la institución pues recogida en la Compilación del derecho civil de Cataluña como un derecho casi real, evolucionó con la modificación sufrida por Ley 8/1990 a derecho personal del legitimario contra el heredero, al desaparecer la mención legitimaria, manteniéndose en esta misma forma en el Código de Sucesiones de 1991, aplicable a nuestro caso, en el que también se reguló la desheredación. Con la promulgación del Libro IV del Código Civil de Catalunya (LCAT 2010, 534), aun conservando la institución –pese a la polémica doctrinal surgida pues parte de esta abogaba por su supresión- se producen algunas importantes variaciones en la línea de restricción de estos derechos iniciada con la modificación del año 1990.

La legítima se configura en definitiva como un derecho sucesorio de carácter personal y necesario que causa una obligación en el causante de atribuirla a determinadas personas en su sucesión, pero permitiéndole también privar a los legitimarios de ese derecho por las causas previstas en la norma, considerablemente ampliadas ahora en el Libro IV del Código Civil de Catalunya.

La desheredación requiere de la necesaria capacidad y del cumplimiento de determinadas formalidades pues debe expresarse la causa de desheredación que, como se ha dicho, ha de coincidir con alguna de la previstas legalmente.

Una de ellas, contenida en el artículo 370, 3 del Código de Sucesiones, es la de haber maltratado de obra o injuriado, en ambos casos gravemente, al testador o a su cónyuge.

La causa de desheredación recogida en el número 3 del artículo 370 del Código de Sucesiones, antes citada, fue la invocada por la testadora en sus últimas voluntades: *“Deshereda a su nieto Andrés por la causa establecida en el número 3 del art. 370 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Catalunya de 30 de diciembre de 1991”*.

La causa resulta idéntica a la contemplada en el artículo 853.2 del Código Civil, razón por la cual en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6/9/2010 consideramos que no existía obstáculo para aplicar la doctrina del Tribunal Supremo en relación con esta

última norma, lo que resultará factible siempre que no pudiese considerarse contraria a los principios del derecho sucesorio catalán.

Para apreciara la concurrencia de la causa indicada han de ponderarse las circunstancias existentes en cada caso, si bien según consolidada jurisprudencia, que procede de la ya antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 4/11/1904, ya puede avanzarse que no es preciso que la conducta del legitimario sea constitutiva de delito o haya dado lugar a una condena penal.

Además, conforme a la más moderna doctrina del Tribunal Supremo, el maltrato psicológico se halla también incluido en la causa de desheredación referida al maltrato de obra.

El maltrato emocional o psicólogo se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos siendo ejemplos de ese tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personas del entorno familiar, laboral, etc. del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece.

En efecto, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de mayo de 2015 ya nos mostramos de acuerdo con la reciente doctrina del Tribunal Supremo en relación con la causa de desheredación que conforma el “maltrato de obra”, doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala primera 3/6/2014 y en la más moderna de 30/1/2015, expresivas de que la enumeración taxativa de las causas de desheredación, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser realizada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. De modo que en la actualidad, 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 como causa de desheredación, tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitución, basado en “la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE (RCL 1978,

2836)”, como porque así viene requerido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004 (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735), de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala, *“no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 827/2012 de 15 de enero) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de favor testamenti (STS 624/2012 de 30 de octubre (RJ 2013, 2274))”*.

Pues bien, tal doctrina puede ser aplicada en Cataluña sin dificultad no solo porque la redacción del precepto es, en ambos casos (Código de Sucesiones y Código Civil), idéntica, sino porque la legítima es un institución más frágil y endeble en la legislación que en la del Código Civil como antes se ha expuesto y porque la voluntad del testador resulta del todo primordial en el derecho sucesorio catalán.

Ello viene reforzado por las modificaciones introducidas en el libro IV del Código Civil de Catalunya en esta materia.

En el preámbulo ya se recuerda que se 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.

De este modo no solo se modifica la redacción de alguna de las causas de desheredación recogidas antes en el Código de sucesiones (así la causa 451-17.2c), en la cual se suprime que el maltrato deba ser de obra y se amplía el ámbito subjetivo de los afectados (el maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador) sino que se añade otra, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. El legislador, en el Preámbulo del libro IV, ya constata la posibilidad de que la norma sea una fuente de litigios, pero destaca frente a ese riesgo, el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente.

Y es que, efectivamente, no puede olvidarse que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad. La legítima supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las

familias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomenten desavenencias y pleitos entre los familiares. Sin embargo, cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo que estas comportan, puede verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales.

4.6. La nueva doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo

En el ámbito de aplicación del Código civil, se ha empezado a plantear la posibilidad de privar de derechos hereditarios en caso de “abandono afectivo” del testador por parte de sus hijos u otros descendientes, en una línea de interpretación menos restrictiva de las causas de desheredación.

Como ya hemos visto la tendencia jurisprudencial era, hasta ahora, la de considerar irrelevantes las situaciones familiares patológicas, ya que *“es el campo de la moral –extraño a toda valoración jurídica- el reservado para valorar las actitudes de aislamiento entre padres e hijos, la falta de afecto entre ellos o la ausencia de interés mostrado entre unos y otros”*. (SST.S.28/6/1993 y 4/11/1997).

Recientemente, consciente de los profundos cambios sociológicos ya analizados e indudablemente influida por las comentadas iniciativas legislativas, la Sala Primera del Tribunal Supremo, mediante sentencia de 3 de junio de 2014, ha iniciado una línea aperturista muy a tener en cuenta.

Se trataba de un testamento en el que, el testador, padre de dos hijos, les desheredaba e instituía única universal heredera de sus bienes a una hermana suya, tía de los desheredados.

Se alzaron los hijos contra la voluntad de su padre por considerar injusta la causa de su desheredación, siendo desestimada tal pretensión por sendas sentencias de un Juzgado de Primera Instancia de Ronda (dictada el 30 de junio de 2009) y, en grado de apelación de, la Audiencia Provincial de Málaga (el 30 de marzo de 2011).

Fundamentaron su decisión estas resoluciones en que, pese a no haber mediado la previa solicitud de alimentos por parte del causante, resultaba probado que, en cuanto a su trato, aquél fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un mal trato psíquico voluntariamente causado por los actores, lo que supuso un auténtico abandono familiar.

Interpusieron los hijos recurso de casación articulando, como principal motivo, infracción de artículo 853 del Código civil, al entender que los hechos imputados, y declarados probados, no eran subsumibles en los casos previstos en el referido precepto y que –con cita de la doctrina contenida en la S.T.S. de 28 de junio de 1993-, *“la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica”*.

La Sala, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. Orduña Moreno, declaró no haber lugar al recurso, estimando justa la causa de desheredación invocada por el testador, al entender que las expresadas por éste en su testamento.

“...deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”.

Añadiendo a continuación 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 un conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana (instituida heredera universal), sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió tras su muerte, a los lo solos efectos de demandar derechos hereditarios”.

Finaliza la sentencia afirmando que la solución dada el caso litigioso (es decir, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad de maltrato de obra, entre las causas de justa desheredación).

“...viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de “favor testamenti” (STS, entre otras, de 30 de octubre de 2012).

La doctrina apuntada por esta Sentencia ha sido después confirmada por otras dos resoluciones de la Sala.

La Sentencia de 30 de enero de 2015, bajo la misma ponencia que la anterior, reproduce la doctrina de ésta, subrayando que:

“... la inclusión del maltrato psicológico 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 (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante...”

Es de destacar, finalmente, la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictad el 15 de marzo de 2018, bajo Ponencia de la Excma. Sra. Parra Luján.

Se trataba en el presente caso de un testamento por el que se instituía única heredera de la testadora a una prima hermana, en detrimento de sus sobrinos, dos hijos del único hermano de la causante (que son parientes más próximos que la instituida).

Aun cuando la cuestión principal planteada en el litigio consistió, en el debate sobre la capacidad de la testadora, afectada de un retraso mental, (por ello, incapacitada parcialmente para disponer libremente de sus bienes mediante testamento), la Audiencia Provincial de Gijón (8 de mayo de 2015), respondió afirmativamente, rectificando el criterio de la sentencia de instancia, que revoca.

La sentencia de apelación incluye entre sus fundamentos –siendo muy probablemente su ratio decidendi- el siguiente:

“Lo que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente, expresada en su testamento, de dejar sus bienes... a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba... y es claro su deseo en todo momento exteriorizado de excluir de su sucesión a sus sobrinos con quienes no tenía ninguna relación afectiva positiva...”

La referida sentencia del Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, haciendo propios sus argumentos y, por tanto, que los derechos sucesorios encuentran su fundamento, no en el parentesco, sino en las relaciones familiares y de afectividad.

Inmediatamente después, mediante Sentencia 235/2018, de abril, nuestro más Alto Tribunal vuelve a pronunciarse, tratándose en este caso de las causas de indignidad para suceder previstas en el artículo 756.1. (vigente en el momento del fallecimiento del causante) y 7º: es decir, abandono de los hijos y no prestar alimentos a los discapaces.

Fueron hechos relevantes de aquél proceso, los siguientes: nacido un hijo de la relación entre los litigantes, a los pocos meses de vida quedó el menor afectado por una grave parálisis cerebral, sin que el padre se preocupara por su estado y evolución de su enfermedad. Fallecido a los seis años de edad, plantea su madre demanda solicitando la declaración de incapacidad para sucederle respecto de su padre.

El Juzgado de Primera Instancia, invocando la doctrina clásica, se dictó sentencia desestimando la demanda al entender que:

“... la actora, a quien incumbe probar los hechos, no ha conseguido acreditar la concurrencia de la causa de indignidad, ya que, al margen de valoraciones subjetivas o éticas no se aprecia, ni se ha objetado, el grado de abandono para que entre en juego o pueda apreciarse, la causa de indignidad alegada, conforme constante jurisprudencia...”

Interpuesto recurso de apelación corresponderá entender de el a la sección sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que, tras un nuevo examen de las condiciones, dictó sentencia revocando la de la sentencia. Constituyó el fundamento principal de su decisión revocativa el siguiente: *“El concepto legal de abandono va más allá de la simple exposición, incluyendo también el cumplimiento absoluto por toda la vida, de la relación paterno filial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle, acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas, sin que por el contrario requiera que el menor haya quedado desamparado si ello ocurrió”*.

El padre interpuso, contra la sentencia de alzada, recursos por infracción procesal y casación, que la Sala, mediante la sentencia señalada, desestima.

Por lo que respecta al recurso de casación, invocada por el recurrente la infracción por la Sala de apelación de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, citando como sentencias de contraste las de 26 de marzo y 28 de junio de 1993, la Sala Primera responde, resumidamente, del remitente modo:

“La doctrina de la sala, que trae a colación la sentencia 484/2017, de 20 de julio (RJ 2017, 3385), por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015 (RJ 2015,338), contiene 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. 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 menos dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.”

“Coincide en ello autorizada 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 154.2. 1º CC).

Así lo viene reafirmando las resoluciones dictadas al respecto por Audiencias Provinciales, y es que una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva, exigiéndose que se constate casos claros y graves de abandono, y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa (sentencia 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015,639), 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”.

5.- LA LEGITIMIDAD DE LA LEGÍTIMA

5.1. Consideraciones generales

Los profundos cambios sociológicos y económicos experimentados en los últimos años han desterrado el fundamento histórico tradicional de la legítima, derivado de la concepción de la familia nuclear como unidad productiva y, por tanto, en el derecho de sus miembros a participar en las ganancias a cuya obtención habrían participado.

El valor y significado del patrimonio en relación con la familia ha variado sustancialmente, desapareciendo los vínculos socio familiares. Al propio tiempo que se altera la estructura de la familia, las relaciones personales y afectivas se modifican y, frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, hoy predomina el distanciamiento físico y afectivo entre sus miembros.

Paralelamente, el aumento de la esperanza de vida¹³ y de la movilidad geográfica, el desarrollo por ambos miembros de la pareja de actividades remuneradas, así como la mayor tasa de separaciones y divorcios –que a menudo se traduce en el distanciamiento de los hijos respecto de uno o ambos progenitores- explican que muchas personas pasen solas los últimos años de su vida.

Ante estas realidades, carece de sentido seguir limitando la libertad de testar mediante un rígido sistema de legítimas, fortalecido por el actual régimen restrictivo de la desheredación que sanciona el Código civil.

Si la legítima obedece hoy al principio de solidaridad familiar, la puesta al día de los mecanismos necesarios para su eficacia aconsejan que, restablecida la libertad de testar¹⁴, aquella se sustituya por un derecho de alimentos por vía legal sucesoria y/o que la desheredación se justifique por la ausencia de relación familiares o de afectividad con el causante por culpa exclusiva del legitimario, por cuanto la legítima no puede entenderse hoy

¹³ Como advierte Álvarez, 2007, p. 363, este aumento, unido al descenso de la tasa de nacimientos, invierte la pirámide de la población que, para 2020, alcanzará el 20% de personas mayores de 65 años. Ello explica que en España la edad media de los hijos a la muerte de su progenitor se sitúa entre los 40 y los 55 años, por lo que la legítima la perciben cuando ya han alcanzado su plena independencia personal y económica. De este modo, el patrimonio heredado no les ofrece un nivel de vida, sino que mejora el ya consolidado.

¹⁴ Y así, una cosa será nombrar herederos a los hijos –o padres- de forma voluntaria y otra verse por ley forzado a ello.

como un deber del causante sin obligaciones correspectivas del legitimario (quien según el régimen actual, solo si incurre en actos altamente censurables, corre el riesgo de ser privado de ella).

5.2. La protección deseable: ámbito personal y material

Evidentemente, que no exista un derecho a suceder a falta de designación expresa del futuro causante, no significa que la ley no pueda crear, a favor de determinadas personas, un derecho a participar por vía sucesoria en la riqueza creada por el difunto: singularmente, el cónyuge sobreviviente y los parientes más próximos en estado de necesidad.

Por lo que respecta al cónyuge sobreviviente, deberá tenerse en cuenta que la masiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo y de los negocios ha hecho perder gran parte del sentido protector de la “legítima viudal” y, que, además, la participación en la riqueza creada constante matrimonio habrá tenido lugar –o la tendrá después del fallecimiento de uno de los cónyuges- de acuerdo y como consecuencia de su régimen económico matrimonial, inspirado en la libertad de pactos.

Por ello, a salvo, un régimen especial protector para el uso de la vivienda familiar sólo sería admisible la participación sucesoria del sobreviviente cuando los cónyuges se hubieren regido por un sistema de absoluta separación de bienes, mediante el cual el generador de la riqueza haya excluido al otro de cualquier participación que no sea la del simple mantenimiento.

Piénsese, por último, que el bien más apreciable en una sucesión es frecuentemente, la pensión de viudedad de la seguridad social, sobre la que el cónyuge sobreviviente ostenta derecho propio, en atención a la legislación especial que la regula.

En cuanto a los parientes más próximos sería legítimo mantener (dado el fundamento de la legítima en la solidaridad familiar) la participación en la herencia de los descendientes o ascendientes que dependieran económicamente del causante al momento de su fallecimiento, con un mecanismo similar al de las family provisions del derecho inglés.

6.- CONCLUSIONES

Puede inferirse de lo expuesto:

1. Que el sistema rígido de legítimas, vigente en nuestro Derecho común, constituye una evidente alteración del principio de autonomía que ha de regir la regulación de la institución, puesto que una cosa es instruir herederos a los hijos (o a los padres o al cónyuge) y otra, bien distinta, verse forzado a ello por ministerio de la ley.

Dicha rigidez se ve robustecida por el régimen normativo actual de las causas de justa desheredación.

2. Que el fundamento histórico de las legítimas, consistentes en la consideración de la familia como una unidad de producción, ha quedado claramente abrogado, siendo general la ausencia de vínculos socio-familiares en relación con el Patrimonio. A su vez, y debido al aumento de la esperanza de vida, desaparecen los ascendientes y los hijos heredan muy tarde. Por ello, la herencia ya no proporciona un nivel de vida, sino que, como máximo, mejora el que ya se tenía en el momento de heredar, lo que ocurre cuando muchas veces ya no es necesario.
3. Que sobrevive, no obstante, el principio de solidaridad familiar, en el que han de encontrar la legítima su razón de ser y en el que ha de fundamentarse su regulación normativa. En este sentido, es de apreciar en nuestro sistema una clara tendencia –ya arraigada, ya novedosa- a acoger la solidaridad familiar (y sus naturales consecuencias de convivencia o afectividad) como fundamento de la regulación de instituciones sucesorias o para sucesorias. Tal es el caso, en el ámbito del Derecho común, de la regulación de la prodigalidad y el de la legítima del cónyuge viudo y, en el ámbito de los derechos territoriales, la práctica generalización –excepto el caso de Baleares- de un sistema flexible de legítimas, cuando no el de su desaparición.
4. Que el sistema de causas de desheredación de nuestro Código civil no obedece a las funciones que está llamado a cumplir un sistema legitimario moderno, viéndose precisado su actual régimen jurídico de una inaplazable simplificación y actualización. Las causas de desheredación han de unificarse para el conjunto de legitimarios (al modo en que lo hacen los derechos gallego y catalán) y su contenido ha de adecuarse a

la nueva realidad social, mediante su formulación a través de cláusulas más generales que permitan ubicar en ellas la diversidad de situaciones que presenta la vida real, en la que el fundamento de la legítima (convivencia-afectividad) se halla ausente.

5. En su consecuencia, el abordaje de una moderna regulación de la legítima deberá efectuarse reponiendo, en lo sustancial, la libertad de testar, sin perjuicio de que se reconozca, respecto de determinadas personas, y en aplicación del principio de solidaridad familiar, un eventual derecho a participar en el patrimonio del difunto, en los siguientes términos:
 - a) Por lo que respecta al cónyuge sobreviviente, toda vez que la participación en la riqueza creada constante matrimonio habrá ya tenido lugar conforme a las reglas de su régimen económico-matrimonial, la participación del viudo/a se fijará en concepto de legítima asistencia y solo en aquellos casos en que los cónyuges se hayan regidos por un sistema puro de separación de bienes, en el que el generador de la riqueza haya excluido al otro de cualquier participación que no sea la de su simple mantenimiento.
 - b) Por lo que respecta a los parientes más próximos (ascendientes y descendientes) se reconocerá su derecho a participar en la herencia del causante siempre que acrediten que su fallecimiento les ha producido un estado de necesidad irreversible, al modo de las family provisions del sistema inglés.
6. Los supuestos de desheredación deberán ceñirse, en su ámbito personal, al cónyuge sobreviviente y parientes próximos necesitados (en los términos vistos en la conclusión anterior), mediante un enunciado de causas generales que recojan aquellos casos en los que el fundamento de su participación (convivencia-afectividad) esté ausente.
7. Mientras tales modificaciones no se conviertan en derecho positivo vigente, nuestro Tribunales de justicia deberán resolver los supuestos conflictivos conforme a la nueva doctrina correctora que, de la causa de desheredación por maltrato de obra o injurias graves, inaugura la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, confirmada por otras posteriores, de 30 de enero de 2015 y 15 de marzo de 2018, ya analizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, D. C. (2013). Abandono asistencial de la tercera edad y deshederacion de los descendientes en la España contemporanea. Madrid: Tecnos.
- Berdejo, D. J. (1984). Manual de Derecho Civil. Bosch.
- Berdejo, D. J. (1984). Nociones de Derecho Civil. J.M. Bosch.
- Berdejo, D. J. (2009). Elementos de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones. Boch.
- Cañizares, D. A. (2014). Estudios de Derecho de Sucesiones. La Ley.
- Diez-Picazo, D. G. (2014). Estudios de Derecho de Sucesiones. La Ley.
- Echeverría, D. J. (s.f.). El fundamento Constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte. La Ley.
- Falla, D. F. (1980). Comentarios a la Constitución. Madrid: Civitas.
- Gonzalez, D. J. (2002). Notas sobre la voluntad de testar. RJUAM.
- Guilon, D. L. (2009). Sistema de Derecho Civil. Tecnos.
- Kerridge, J. R. (2011). Freedom of Testation in England and Wales.
- Lopez, D. Á. (1994). La garantia institucional de la herencia.
- Parra, D. M. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio.
- Tobeñas, D. J. (1989). Derecho Civil Español, Común Y Foral. Reus.
- Tobeñas, D. J. (1993). El Derecho de sucesiones y las normas constitucionales. Barcelona.
- Vide, C. R. (2017). El Derecho a la Herencia en la Constitución. Reus.
- Villaamil, D. O. (1978). Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978. Madrid: Ediciones del Foro.

Legislación

Constitución de la República Italiana . (1947).

Constitución Española. (1978).

Constitución Portuguesa . (1976).

Código civil. (1898).

Ley 10/2008, del Libro IV del Código Civil de Cataluña. (D.O.G.C. N°5175, de 17 de junio).

Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia (B.O.E. N°191, de 11/8/2006).

Texto Refundido del Derecho Civil de las Islas Baleares 79/1990, de 6 de septiembre.
(B.O.I.B. N°120, de 2/10/1990).

Ley 1/1973 de la Compilación de Derecho civil de Navarra. (B.O.E. 7/3/1973).

Ley de Modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción alemana. (1 de Enero de 2010).

Ley Fundamental de la Republica Federal Alemana. (1949).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010 de 27 de abril [versión electrónica - B.O.E. Ref. 129, de 27/5/2010]. Fecha de la última consulta: 3 de mayo de 2018.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 2484/2014, de 3 de junio de 2014. Recurso de casación 1212/2012. Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Javier Orduña Moreno (Consejo General del Poder Judicial). [versión electrónica – Consejo General del Poder judicial]. Fecha de la última consulta: 6 de junio de 2018.

Sentencia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 59/2015, de 30 de enero de 2015. Recurso de casación 2199/2013. Ponente. Excmo. Sr. Don Francisco Javier Orduña Moreno. [versión electrónica – Consejo General del Poder judicial]. Fecha de la última consulta: 9 de junio de 2018.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 146/2018 de 15 de marzo de 2018. Recursos de casación e infracción procesal 2093/2015. Ponente: Excmo. Sra. Doña María de los Ángeles Parra Lucan. [versión electrónica – Consejo General del Poder judicial]. Fecha de la última consulta: 19 de junio de 2018.

Sentencia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 235/2018, de 23 de abril. Recursos de Casación e infracción procesal 2056/2016. Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Baena Ruiz [versión electrónica – Aranzadi Instituciones]. Fecha de la última consulta: 29 de mayo de 2018.

Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona 37/2014, de 13 de febrero. Recurso de apelación 646/2012. Ponente: Ilma. Sra. Doña Marta Font Marquina [versión electrónica – Consejo General del Poder judicial]. Fecha de la última consulta: 5 de junio de 2018.

Sentencia de la sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona 192/2016, de 19 de mayo. Recurso de apelación 114/2015. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Regadera Sáenz. [versión electrónica – Consejo General del Poder judicial]. Fecha de la última consulta: 20 de junio de 2018.

Sentencia de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona 167/2018, de 14 de febrero. Recurso de apelación 491/2017. Ponente: Ilma. Sra. Doña Ana M^a Ninot Martínez [versión electrónica – Aranzadi Instituciones]. Fecha de la última consulta: 16 de mayo de 2018.