



FACULTAD DE DERECHO

**LIBERTAD DE TESTAR: RESTRICCIÓN DE
LA LIBERTAD DISPOSITIVA Y SISTEMAS Y
MODOS DE ASIGNACIÓN DE LA LEGÍTIMA**

Autor: Carlos Toledo Muñoz-Cobo

5ºE3D

Derecho Civil

Tutor: Rosa M^a de Couto Gálvez

Madrid

Abril 2019

RESUMEN.....	4
PALABRAS CLAVE.....	5
ABREVIATURAS.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LA LIBERTAD DE TESTAR EN NUESTRO ORDENAMIENTO.....	7
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	10
4. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA.....	11
4.1. Aspecto funcional de la legítima.....	12
4.2. Naturaleza de la legítima: contenido.....	13
4.3. Título de atribución de la legítima.....	15
5. HEREDEROS FORZOSOS.....	16
5.1. La legítima de los descendientes.....	16
5.2. La legítima de los ascendientes.....	19
5.3. La legítima del viudo.....	20
5.3.1. Origen histórico.....	20
5.3.2. Naturaleza.....	21
5.3.3. Cuantía.....	22
5.3.4. Conmutación.....	23
5.3.5. Conveniencia de este sistema de protección.....	24
6. FIJACIÓN DE LA LEGÍTIMA: COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN.....	24
6.1. Computación.....	25
6.2. Legítima individual.....	26
6.3. Imputación.....	26
6.4. Reducción de disposiciones inoficiosas.....	27
7. REGLAS DE IMPUTACIÓN: LA DONACIÓN Y EL LEGADO COMO FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA.....	27
7.1. Imputación de donaciones.....	28
7.1.1. Imputación de donaciones en favor de descendientes.....	28
7.1.2. Imputación de donaciones en favor de ascendientes y del cónyuge viudo.....	31
7.1.3. Imputación de donaciones en favor de extraños.....	31
7.2. Imputación de legados.....	31
7.2.1. Legados a favor de hijos o descendientes legitimarios.....	32
7.2.2. Legados a favor del cónyuge superviviente o a ascendientes.....	32
7.2.3. Legados a favor de extraños.....	32
8. LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA Y EXCEPCIONES.....	33
8.1. Intangibilidad cuantitativa.....	33
8.1.1. La reducción de disposiciones inoficiosas.....	34
8.1.2. Complemento de la legítima.....	35
8.1.3. Preterición y desheredación injusta.....	35
8.2. Intangibilidad cualitativa.....	36
8.2.1. La sustitución fideicomisaria del 808 y 782 CC.....	36
8.2.2. La cautela Socini.....	38
9. LA SATISFACCIÓN DE LA LEGÍTIMA Y SUPUESTOS PARA EL PAGO EN METÁLICO DE LA MISMA.....	39
9.1. Artículo 821 CC.....	40
9.2. Artículo 829 CC.....	40
9.3. Artículo 831 CC.....	41
9.4. Artículos 841 y ss. CC.....	41
9.5. Artículo 1056-2 CC.....	42
10. LA DESHEREDACIÓN.....	42

10.1.	Causas de desheredación.....	43
10.1.1.	<i>Causas de desheredación de los descendientes.....</i>	<i>44</i>
10.1.2.	<i>Causas de desheredación de los ascendientes.....</i>	<i>44</i>
10.1.3.	<i>Causas de desheredación del cónyuge supérstite.....</i>	<i>45</i>
10.2.	Los efectos de la desheredación. La desheredación sin justa causa.	45
10.3.	La reconciliación.	46
11.	LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RELACIONADOS CON LA LEGÍTIMA.....	46
12.	CONCLUSIONES: VALORACIÓN DE NUESTRO ACTUAL ORDENAMIENTO EN MATERIA DE LEGÍTIMAS Y POSIBLES ALTERNATIVAS.	48
	BIBLIOGRAFÍA.....	52

RESUMEN.

En este trabajo, con el fin de comprender las restricciones existentes en nuestro derecho a la libertad de testar, estudiaremos el sistema legitimario del derecho común y las limitaciones a la libre disposición *mortis causa*, siendo este un asunto controvertido en la actualidad con posibles reformas en el futuro. Para centrar nuestro tema, nos fijaremos en la evolución histórica de los ordenamientos hasta llegar a nuestro vigente sistema de restricción de la libertad del causante. Desarrollaremos nuestro estudio en torno a la institución de la legítima, para lo que hablaremos de la naturaleza de la misma y de quiénes son los herederos forzosos. También nos ocuparemos de las posibilidades para su asignación, y trataremos exhaustivamente asuntos de gran interés como el pago en metálico de la legítima, las excepciones de la intangibilidad de la legítima o la mediación como alternativa para solucionar conflictos en torno a la legítima. Teniendo en cuenta que la conveniencia de nuestro sistema legitimario se está poniendo en duda por numerosos autores, hasta el punto de ser examinado por la Comisión de Codificación, valoraremos los motivos detonantes de esta situación. Por último, examinaremos las posibles alternativas existentes, así como la viabilidad y ventajas del posible cambio.

ABSTRACT.

In this assignment, with the goal of understanding the existing restrictions to the freedom to test in our legal system, we will study the legitimary system of Spanish Common Law and the limitation to the operative freedom mortis causa, which is a controversial theme nowadays with possible future reformation. To focus our theme, we will take a look to historical evolution of legal systems until we get to our current one of restriction of testator's freedom to test. We will develop our study around the right to legitimate quote, so we are going to analyze it's nature, and who are the legal forced inheritor. We will also take care about possibilities of the allocation, and we will thoroughly investigate really interesting topics, as they are the payment in cash of the legitimate quote, the exceptions to the untouchability of the legitimate quote and the mediation as an alternative to disputes about the mentioned right. Bearing in mind that the convenience of our legitimary system is being called in question by various authors, and even being inquired by the "Comisión de Codificación", we are going to asses the reasons that have brought us to this situation. Finally, we will explore the different existing alternatives, and so the viability and advantages of that possible change.

PALABRAS CLAVE.

Libertad de testar, legítima, legitimario, sucesión forzosa, herederos forzosos.

KEY WORDS.

Freedom to test, right to legitimate quote, legitimary, legal and forced succession, legal forced inheritor.

ABREVIATURAS.

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ss: Siguietes.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo “Libertad de testar: restricción de la voluntad dispositiva y sistemas y modos para la asignación de la legítima”, vamos a tratar de profundizar en las limitaciones existentes para el testador a la hora de disponer de su patrimonio en la sucesión *mortis causa*, resaltando en qué medida se ve truncada esta facultad de decidir libremente y sin restricciones sobre la que será la masa hereditaria. En este sentido, nos centraremos en las legítimas, en tanto que son, tal y como las define el artículo 806 CC, “la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos”; y en la asignación de la misma.

El objetivo de la investigación será profundizar en la figura de la legítima, abordando los diferentes temas sujetos a debate doctrinal sobre la libertad de testar y el sistema legitimario de nuestro Derecho Común.

Para la realización del trabajo estudiaremos la obra de diferentes juristas en torno al sistema de sucesión forzosa y la consecuente limitación de la voluntad del causante. Del mismo modo, consultaremos la jurisprudencia asentada, así como la más novedosa, sobre los contenidos de que trata nuestro estudio.

Finalmente, a modo de conclusión, llevaremos a cabo un análisis desde una perspectiva global sobre la tendencia actual de la sucesión forzosa en nuestro Derecho, así como la conveniencia del vigente sistema legitimario y las posibles alternativas existentes para la regulación de esta materia. Para ello, volveremos a apoyarnos en la opinión de la doctrina más actualizada.

2. LA LIBERTAD DE TESTAR EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

La libertad de testar es un principio de nuestro derecho sucesorio no absoluto, es decir, que tiene ciertas barreras que han de ser respetadas. Con la finalidad de entender de qué manera versa esta limitación, que se presenta en forma de legítima, vamos en primer lugar a analizar cómo se articula nuestro sistema sucesorio desde una visual genérica. El Derecho de Sucesiones regula la sucesión *mortis causa*, que es una institución

indiscutible en nuestro derecho cuya permisión se recoge incluso en la constitución.¹ Esto implica que todas las personas físicas tienen la facultad de decidir, si bien con ciertas limitaciones que desarrollaremos más adelante, sobre el futuro de su patrimonio una vez fallezcan, continuando aquellos a quienes designen las relaciones jurídicas de las que era titular el causante e, incluso, pudiendo llegar a crear *ex novo* relaciones jurídicas.²

En relación con la disposición *post mortem* de los bienes, es conveniente aclarar que es una facultad y no una obligación, refiriéndonos con ello a que el causante puede en vida manifestar su voluntad en forma de testamento, teniendo este último, en esencia, dicha finalidad;³ o bien puede no hacer ninguna declaración a cerca del devenir de sus bienes.⁴

De esta doble posibilidad se sustrae una primera clasificación respecto a tipos de sucesión mortis causa. Debemos distinguir de este modo entre sucesión testamentaria y sucesión intestada, legal o *abintestato*. El Código Civil, en su distinción del artículo 658 CC, habla de sucesión testamentaria y sucesión legítima, pudiendo ser ésta última calificación algo confusa. Por ello, los autores utilizan una terminología distinta por cuestiones conceptuales, reservándose el término legítima para el derecho que tienen los herederos legitimarios en los términos del artículo 806 CC y ss.

Respecto a la sucesión testamentaria, Díez Picazo y otros autores prefieren incluirla dentro de la clasificación más amplia de sucesión voluntaria, apareciendo aquí, además de la ya mencionada testamentaria, aquella formalizada por medio de contrato. Esta última alternativa, llamada sucesión contractual, es un caso excepcional y cuya relevancia proviene de los derechos forales. Si bien poco o casi inexistente en derecho común, es otra forma de sucesión voluntaria mediante la cual el causante puede hacer valer su libertad dispositiva en materia sucesoria, más propia de ordenamientos germánicos que de la marcada tradición romanista del nuestro, pero aun así existente.⁵

¹ Art. 33 Constitución Española.

² Pérez Ramos, C., *Cuestiones Prácticas sobre Herencias para Especialistas en Sucesiones*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p.9.

³ Art. 668 Código Civil.

⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil IV. Tomo 2. Derecho de sucesiones*, 12ª Ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 24.

⁵ *Ibíd.*, pp. 208-209.

Realizada la clasificación, parece vislumbrarse una amplia autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento, si bien veremos que no es así. Con respecto a la sucesión legal, intestada o *abintestato*, no puede haber limitación a la voluntad en la medida que no existe, en origen, ninguna manifestación de la misma, proporcionando la ley un régimen supletorio ante tal abstención. Sí existe una gran contradicción, respecto a su nominación, en la sucesión voluntaria, ya que la libre disposición del causante y su albedrío a la hora de disponer de sus bienes no es, de ningún modo, absoluto.⁶

Es a través de la legítima, y en el seno de la sucesión testada, en la que aparece la constricción de la libertad dispositiva del causante en relación con el devenir de parte de su patrimonio, siempre que se trate de la sucesión de aquél que tuviere herederos forzosos. Esta matización se debe a que el fundamento de la restricción en la capacidad de testar libremente es la protección de los derechos que la ley otorga a los legitimarios, debiendo ser estos respetados por el testador o corregida su vulneración *post mortem* por la ley.⁷ Por todo lo anterior, en caso de no existir herederos forzosos, no existe la necesidad de respetar dicho derecho legítimo y por tanto no opera la restricción sobre la autonomía de la voluntad, a tenor del artículo 763 CC.

Existe otra institución en nuestro derecho que supone también una limitación a la libertad de testar: la reserva hereditaria. La reserva hereditaria consiste en la imposición que hace la ley a aquél que adquiere ciertos bienes por sucesión *mortis causa* (reservista), ya sea vía testamentaria o no, del gravamen de no poder disponer libremente de dichos bienes por estar destinados a otro sujeto (reservatario) tras su muerte. Debemos distinguir entre la reserva ordinaria o vidual, y la lineal o troncal.⁸ La primera impone al cónyuge superviviente que contraiga segundo matrimonio la obligación de “reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto cónyuge”, no importando el negocio jurídico por el que los hubiese obtenido.⁹ La segunda pretende evitar que los bienes poseídos por una familia acaben siendo propiedad de extraños por posibles enlaces y muertes prematuras, y se recoge en el artículo 811 CC, que dice lo siguiente:

⁶ Lasarte Álvarez, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, 10ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 236.

⁷ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.9.

⁸ *Ibid.*, pp. 431

⁹ Art. 968 Código Civil.

El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

Una vez comprendido el funcionamiento del sistema sucesorio de nuestro Derecho Común y cómo actúan en él las trabas a la libertad dispositiva, continuaremos con nuestro estudio en detalle de la figura de la legítima.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Nuestro actual sistema sucesorio, concretamente en lo que a la libertad de testar y a las legítimas se refiere, es fruto de una larga evolución que ha dado lugar a la regulación existente en nuestro Código Civil. En este sentido, la historia ha discurrido entre dos sistemas confrontados en materia de libertad testamentaria, a saber, el sistema romano y el germánico. A modo de síntesis podemos decir que es el primero un sistema más abierto en el que se reconoce de forma absoluta el derecho de libertad de testar, con la obligación de dejar algo a ciertos parientes próximos como freno a dicha autonomía; mientras que en el germánico opera el principio de indisponibilidad *mortis causa*.¹⁰

Podemos afirmar que la consideración de los hijos como herederos forzosos, siendo ésta el fundamento de la limitación de la libertad de testar, es tan antigua como la especie humana, en tanto que siempre se ha considerado deber de los progenitores velar por el bien estar de sus hijos; y la prolongación *post mortem* de este deber se ha materializado en prácticamente todas las etapas históricas, considerando a los hijos sucesores naturales. No obstante, los ordenamientos romanos no preveían el derecho de los hijos de suceder de forma forzosa, sino todo lo contrario: reinaba el principio de autonomía de voluntad del causante respecto de su patrimonio,¹¹ con la matización de la legítima como una parte del patrimonio hereditario que sí correspondía a los *sui*, cuya cuantía fue creciendo progresivamente.¹²

¹⁰ Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones. Común y Foral. Tomo II.*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 1410.

¹¹ Escriche, J., “Historia de la Legítima”, *Enciclopedia Jurídica Online*, 2018 (disponible en <https://espana.leyderecho.org/historia-de-la-legitima/>; última consulta 03/04/2019).

¹² Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 163.

Pero a partir de la Edad Media ningún sistema normativo pudo resolver la confrontación entre ambos ordenamientos, y siempre se optaba por una postura ecléctica con mayor o menor presencia de uno u otro, según qué caso. Esta lucha entre ambas posturas ha tenido como resultado posturas intermedias que han influido en todas las regulaciones, hasta la de los ordenamientos con vigencia en nuestros días. Los resultados han sido variados, encontrando numerosas diferencias incluso entre nuestros Derechos civiles forales, si bien nuestro estudio, por complejidad, se va a centrar en el Derecho Civil Común.¹³

A pesar de las discusiones doctrinales sobre a cuál de los dos sistemas se acerca nuestro ordenamiento, y teniendo en cuenta la presencia de manifestaciones de carácter tanto romanista como germánico, parece ser que el Código Civil, en términos generales, tiene una mayor tendencia al sistema romano. Así lo indica Roca Sastre, que respalda su argumento con distintos preceptos del código, como aquellos relacionados a la aceptación de la herencia y la consecuente importancia asignada a la misma.¹⁴ Nuestra postura es similar a la de la doctrina mayoritaria, y aunque es innegable la existencia de ciertos preceptos de origen germánico, así lo defenderemos más adelante.

4. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA.

La regulación sobre la legítima viene recogida en la sección 5ª Capítulo II del Código Civil, y es definida en él 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”.¹⁵ Son varias las interpretaciones doctrinales en materia de legítimas, pero de la definición dada por el mencionado artículo sí podemos afirmar que se trata de la indisponibilidad de una parte del patrimonio del testador para la protección de ciertos derechos que se confiere a los legitimarios.¹⁶ Es sobre este concepto genérico sobre el que se articula esta figura jurídica, que en absoluto se nos presenta con sencillez.

¹³ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 153.

¹⁴ Lledó Yagüe, F., Monje Balmaseda, O., Herrán Ortiz, A.I., Gutiérrez Barrenengoa, A. y Urrutia Badiola, A., *Derecho sucesorio. Cuaderno I. La sucesión mortis causa: Delación y la incapacidad para suceder. Aceptación y repudiación de la herencia. Las legítimas, las reservas, comunidad hereditaria y la partición*, 2ª Ed., Dykinson, Madrid, 2017, pp. 27-29.

¹⁵ Art. 806 Código Civil

¹⁶ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 162.

Podemos afirmar que nuestro Código Civil, como ya comentábamos, sigue la tradición del Derecho romano, admitiendo la coexistencia de la libertad de testar y las legítimas. Introduce eso sí algunas novedades respecto de nuestro derecho histórico, como lo son la ampliación del círculo de herederos forzosos o la reducción de las cuotas legitimarias de descendientes y ascendientes, aproximándose de esta forma la legislación común y la foral.¹⁷

De la definición dada por el artículo 806 CC surgen, respecto a la naturaleza de la legítima, varias cuestiones que debemos resolver para esclarecer el concepto de esta figura en nuestro sistema.

4.1. Aspecto funcional de la legítima

Existen varios enfoques que se pueden dar a la función de la legítima en un ordenamiento. La primera interpretación se trata de entender la legítima como un sistema de sucesión forzosa, considerando que es una parte que necesariamente corresponde a la sucesión intestada, al no poderse disponer de esta porción del patrimonio (*pars reservata*), y ser atribuido de forma automática y por ley a los legitimarios en el momento de la muerte del causante.¹⁸ Esta postura sigue la tradición germánica del sistema sucesorio.

Existe otro sistema legitimario, el de reglamentación negativa o de freno, que considera la legítima como un límite a la libertad de testar, de marcado carácter romano. Según este la legítima es una *pars debita*, es decir, una parte de la herencia de la que solo se puede disponer en favor de los legitimarios para proteger los derechos que estos tienen. El testador tiene plena libertad siempre y cuando respete la porción de bienes que necesariamente deben recibir los titulares de la legítima, ya sea por voluntad del testador o bien por imposición legal, pudiendo los legitimarios ejercer acciones para proteger su derecho en caso de no haberse respetado.¹⁹

La doctrina se ha inclinado hacia esta última tesis, afirmando Roca Sastre que el causante puede disponer de la totalidad de sus bienes, aunque respetando las limitaciones

¹⁷ Torres García, T., *Tratado de legítimas*, Atelier Libros, Barcelona, 2012, p. 24.

¹⁸ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1410.

¹⁹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1411.

impuestas en materia de legítimas por la ley.²⁰ Es relevante también la postura de García-Bernardo, que en su comentario a la RDGRN de 11 de octubre de 2002 afirma que la legítima no es en sí mismo un modo sucesorio de adquirir, puesto que las únicas formas de sucesión reconocidas en nuestro sistema son la testada y la intestada.²¹ Por tanto, la legítima es un mecanismo de coartar la libertad dispositiva del causante dentro de los tipos sucesorios reconocidos en nuestro código.²²

La jurisprudencia del tribunal supremo ha dado la razón a la doctrina al calificar nuestro sistema legitimario como de freno en distintas sentencias, considerando que el cumplimiento de las exigencias de la legítima es respetado voluntariamente por el causante. En caso de no hacerlo, los legitimarios podrían ejercer las acciones para reclamar lo que por derecho le corresponde,²³ mostrándose nuevamente la tendencia romanista de nuestro sistema.

4.2. Naturaleza de la legítima: contenido.

Otro tema conflictivo en cuanto al concepto de la legítima versa en torno a la naturaleza del contenido de la misma, esto es, cuál es el derecho atribuido a aquel a quien la ley le da la condición de legitimario. Existen distintas teorías al respecto, imperando unas y otras según de qué sistema legitimario se trate, y las analizamos a continuación:

- *Pars hereditatis*. Es esta la postura clásica, y considera que el legitimario es heredero, y por tanto la legítima es una parte alícuota de la herencia bruta, tanto del activo como del pasivo. Los principales argumentos a favor de esta postura ha sido la terminología aplicada en el Código Civil, que habla de “heredero forzoso” para referirse al legitimario, conduciendo esta nominación, como ya adelantábamos *supra*, a equívoco. No obstante, esta postura ha sido criticada y rechazada por la doctrina, ya que el causante no tiene por qué instituir al

²⁰ Roca Sastre, L., “Naturaleza jurídica de la legítima”, *Revista Derecho Privado*, XXVIII, Marzo 1944, p. 194.

²¹ García Bernardo Landeta, A., “Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia: comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 257, octubre 2002, pp. 223

²² Art. 609 Código Civil

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 28 de septiembre 695/2005.

legitimario como heredero, sino que por otro título puede cederle su parte alícuota de la herencia²⁴. Además, esta parte alícuota no corresponde a la herencia bruta, como indica la teoría de la *pars hereditatis*, sino a la herencia líquida.²⁵

- *Pars valoris*. Según esta teoría, el legitimario tiene simplemente un derecho de crédito frente a la herencia, por el valor equivalente a la cuota del valor líquido de la misma. Esta naturaleza es la existente en los ordenamientos forales de Cataluña y de Galicia tras la ley de 14 de junio de 2006²⁶, así como en el código civil alemán.²⁷
- *Pars valoris bonorum*. Esta tesis, de Roca Sastre, considera que el legitimario tiene derecho a una parte del valor de los bienes, pero con afección real de los mismos. Por ello, existe un gravamen real del valor de los bienes similar al valor de la herencia que corresponde al legitimario, asegurándose con ello la percepción de la legítima. Si bien no es la teoría que existe en nuestro derecho común, la *pars valoris bonorum* justifica, como desarrollaremos más adelante, el pago en metálico de la legítima, siendo éste un supuesto excepcional.²⁸ Esta teoría era la existente en Cataluña antes de la reforma de 2006, y aún subsiste, con algún matiz, en Ibiza y Formentera: la *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*.²⁹
- *Pars bonorum*. Parece que esta es la tesis existente en nuestro Código Civil, tal y como señala la doctrina mayoritaria moderna, habiéndose postulado también en este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado.³⁰ También en Mallorca y Menorca la legítima es *pars bonorum*.

²⁴ Art. 815 Código Civil.

²⁵ Fernández Domingo, J.I., *Derecho de Sucesiones*, Reus, Madrid, 2010, p. 114.

²⁶ Ley 2/2006, de 29 de junio, de derecho civil de Galicia (BOE 11 de agosto de 2006).

²⁷ Rodríguez de Tejada, Galo, “Tema 110 Derecho Civil: la sucesión forzosa”, *Notarios y Registradores*, (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oposiciones/temas/tema-110-derecho-civil-notarias-y-registros-la-sucesion-forzosa/>; última consulta 03/04/2019).

²⁸ Torres García, T., *op.cit.*, p. 24.

²⁹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1416.

³⁰ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2008 (BOE 17 de octubre de 2008).

La legítima como *pars bonorum* implica que el legitimario tiene una cuota sobre los bienes relictos, por lo que es partícipe de la comunidad hereditaria. De esta forma, su cuota recae sobre la herencia líquida (descontadas las deudas hereditarias al activo), si bien no responde personalmente ante las cargas. Además, le corresponde no el valor al que ascienda la legítima, sino una parte de los bienes del haber hereditario, por lo que debe ser pagada *in natura* (siendo el pago en metálico de la legítima, como ya decíamos, una excepción a este principio).³¹ Por último, el pago de la legítima puede realizarse por cualquier título, aunque esto lo desarrollaremos en el siguiente epígrafe por no referirse al contenido de la legítima sino a la atribución de la misma.

4.3. Título de atribución de la legítima.

La discusión acerca de este tema viene provocada por la literalidad del 806 CC, que habla de “herederos forzosos”. A este respecto, parece que existe unanimidad entre los autores al negar la interpretación literal del artículo, y respondiendo que el legitimario es heredero forzoso pero no es forzoso que sea heredero.³² El Código Civil así lo confirma en su artículo 815, permitiendo éste que la legítima sea cedida bajo cualquier título, ya sea instituyendo al legitimario heredero o legatario, o bien vía donación mediante un negocio jurídico *inter vivos*.³³ En caso de abrirse una sucesión intestada, o bien por decisión del testador, el heredero forzoso sí que lo será como heredero, distinguiéndose esta figura de las otras dos posibilidades en que el heredero sí responde de las deudas, recayendo su derecho sobre la herencia bruta. Bajo los distintos títulos subyacen diferentes modos de asignación de la legítima que expondremos de forma más detenida *infra*.

Tal es la permisón que existe respecto a la posibilidad de atribuir la legítima por título distinto al de heredero, que la DGRN consideró que la legítima dejada con palabras comunes instituye al legitimario como legatario de parte alícuota, ya que esta figura no

³¹ Torres García, T., *op.cit.*, p. 25.

³² Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.169.

³³ Torres García, T., *op.cit.*, p. 28.

responde de las deudas hereditarias, sino que es titular de una cuota de la herencia líquida.³⁴

5. HEREDEROS FORZOSOS

La determinación de quiénes son los herederos forzosos (denominados en el Código Civil así, pero que tal y como acabamos de ver no implica que hayan de serlo a título de herederos), viene detallada de forma exhaustiva en el Código Civil, en su artículo 807.

Debido a la preferencia de los hijos y descendientes respecto a los ascendientes, y al régimen especial de la legítima del viudo, consideramos conveniente estudiarlos de forma individualizada.

5.1. La legítima de los descendientes.

El Código Civil dice en el punto primero de su artículo 807 que son herederos forzosos “los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes”. Para analizar la legítima de estos sujetos, y siguiendo la línea de exposición de Pérez Ramos, vamos a distinguir entre sujetos, cuantía y distribución.³⁵

En primer lugar, resaltar que comprende tanto a hijos como descendientes más lejanos en grado, y ya sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos.³⁶ Cabe destacar en este punto la evolución que ha existido en cuanto a la equiparación de hijos, dejando vacío de contenido la denominación de hijos legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio, o por concesión, naturales o ilegítimos no naturales.³⁷ La distinción entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales dejó de ser relevante con la entrada en vigor de la Ley 14/1981,³⁸ que los convertía a ambos en legitimarios de igual forma. No obstante, el Tribunal Supremo parece inclinarse, en diferentes sentencias, a que para que no sea

³⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 2018 (BOE 31 de enero de 2018).

³⁵ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.183.

³⁶ Id.

³⁷ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1408.

³⁸ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE 19 de mayo de 1981).

relevante la distinción debe la muerte del causante haberse producido de forma posterior a la entrada en vigor de la Constitución Española, en tanto que es el principio de no discriminación por razón del nacimiento introducido por nuestro texto fundamental el que inspira esta igualdad.³⁹ De haber fallecido con anterioridad, ya habría transmitido los derechos (los derechos se transmiten siempre en el momento del fallecimiento) a los que entonces serían sus sucesores forzosos, excluidos pues los hijos extramatrimoniales. A efectos prácticos, este supuesto es bastante improbable.

Con respecto a la cuantía de la legítima, esto es, sobre qué parte del patrimonio del causante se extiende su derecho legitimario, en el caso de los descendientes es de dos tercios.⁴⁰ El primero de los tercios es lo que se denomina legítima estricta, que debe repartirse alícuotamente entre los distintos descendientes legitimarios.⁴¹ El segundo tercio o legítima larga, se trata de la mejora, y consiste en la permisión que hace la ley para disponer libremente de esta parte de los bienes, pero necesariamente entre los descendientes legitimarios.⁴² Este tercio se puede asignar a cualquiera de los descendientes, permitiendo desequilibrios entre ellos, e incluso pudiendo asignar la mejora a descendientes no legitimarios (por ser siguientes generaciones).

Debemos hablar de la reforma introducida al artículo 808 CC por la Ley de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad, que contempla la realidad de la supervivencia de hijos con alguna discapacidad a sus progenitores, y su consecuente situación de vulnerabilidad. Por ello trata de establecer un mecanismo de protección de estos sujetos a través de la posibilidad de gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, siempre y cuando esto se haga en favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.⁴³ Nos encontramos aquí con una flexibilización de la restricción a la libertad dispositiva, aunque con las exigencias comentadas, que expondremos más a fondo al hablar de la intangibilidad de la legítima.

³⁹ Art. 14 Constitución Española.

⁴⁰ Art. 808 Código Civil.

⁴¹ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 160.

⁴² Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 179.

⁴³ 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 (BOE 19 de noviembre de 2003).

En lo que a la distribución de la legítima entre los descendientes atañe, si bien no existen normas en el Código que así lo establezcan expresamente, hay dos principios que rigen la atribución de la legítima entre los descendientes: el principio de proximidad de grado y el principio de distribución por cabezas y por estirpes.⁴⁴ Veamos las posibles controversias que puedan surgir en la aplicación de estos principios:

- El principio de proximidad de grado. Implica que son legitimarios únicamente aquellos descendientes más próximos al causante, siendo los demás, de haberlos, potenciales legitimarios pero sin ningún derecho directo sobre la legítima. La existencia de descendientes de primer grado excluye al de segundo grado como legitimario; del mismo modo que a falta de aquellos, estos excluyen a los de tercer grado etc.⁴⁵ No obstante, el principio de proximidad de grado encuentra su excepción con el derecho de representación, que da lugar a la posibilidad de que los hijos, o en su caso posteriores descendientes, se conviertan en legitimarios cuando el originario fuera indigno, hubiera premuerto o bien hubiese sido desheredado⁴⁶ por justa causa (que veremos más adelante).

Cabe preguntarse qué sucede en caso de repudiación de la herencia por parte del legitimario. A diferencia de lo que ocurre en caso de indignidad, premoriencia o desheredación, no cabe sustitución por los descendientes del legitimario si éste renuncia a su derecho: en caso de haber más legitimarios, su cuota sobre la legítima global aumentará por partes iguales con respecto a la cuota sobre la que se ha renunciado, aumentando por ende su legítima individual. Así lo ha considerado la doctrina mayoritaria⁴⁷ y lo ha ratificado el TS, que en su sentencia de 10 de julio de 2003 considera que de renunciar un legitimario lo hace éste por él y por toda su descendencia, no siendo posible la sustitución.⁴⁸

Por otro lado, no hay unanimidad sobre lo que sucede en caso de no haber más legitimarios o renunciar todos ellos. Algunos autores se inclinan a que este hecho dé lugar a que se llame como legitimarios a los ascendientes, por derecho propio,

⁴⁴ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.185.

⁴⁵ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 156.

⁴⁶ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.183.

⁴⁷ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1465.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 10 de julio 715/2003.

argumentando una aplicación analógica del 923 CC. Otros, sin embargo, consideran que en este caso se ha cumplido con el deber legitimario impuesto por ley, quedando libre la legítima,⁴⁹ y pasando ésta en consecuencia a atender la voluntad del causante.

- Principio de distribución por cabezas o estirpes. Este principio implica que la legítima se reparte a partes iguales entre todos los hijos, y en caso de no haber hijos legitimarios, a partes iguales entre las distintas estirpes a partir de los hijos.⁵⁰ Por ello, en caso de ser los nietos los legitimarios (por haber fallecido todos o alguno de los hijos), les corresponderá a los nietos hermanos entre sí la cuota de su progenitor, independientemente del número de hijos que este tuviese.

5.2. La legítima de los ascendientes.

El segundo párrafo del 808 CC dice: “A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes”. Serán estos legitimarios únicamente en caso de no existir hijos o descendientes, por lo que actúan como legitimarios de forma subsidiaria. Pero debemos interpretar, para entender quiénes son los sujetos legitimarios, qué se entiende por “a falta de”. Aunque existe debate doctrinal, la mayoría opina, siguiendo la tesis de Vallet y tal y como comentábamos antes, que implica inexistencia de descendientes de manera estricta; es decir, que hubieran muerto en caso de haberlos habido o que el causante no hubiese dejado descendencia.⁵¹ Así, en caso de haber repudiado, resultado indignos o haber sido desheredados los descendientes, se considera que el testador recupera la libertad testamentaria.

La legítima de los padres o ascendientes, que como sabemos es condicionada a la inexistencia de hijos o descendientes legitimarios, alcanza tan solo un tercio de la legítima, por lo que en este caso no existe la legítima larga.⁵² El tercio que si corresponde a la legítima deberá ser dividido entre los padres (por el principio de proximidad de grado) a partes iguales, y de no tener padres el causante, pero sí ascendientes más lejanos, entre

⁴⁹ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.187.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1496.

⁵² Art. 808 Código Civil.

las dos líneas a partes iguales. No opera, además, el derecho de representación con respecto a la legítima de los ascendientes.⁵³

5.3. La legítima del viudo.

El último punto del 807 CC habla de la legítima “del viudo o viuda en la forma y medida que establece este código”. La figura de este legitimario tiene unas características distintas a las de los que hemos visto anteriormente, adelantando como principales que la legítima es una cuota usufructuaria, y no una cuota de propiedad de los bienes. La cuantía de esta cuota, como más adelante expondremos, dependerá de la concurrencia o no con otros legitimarios, pero siempre el cónyuge superviviente será legitimario. De esto último deducimos otra característica esencial de la legítima del cónyuge superviviente, y es que éste puede concurrir con los legitimarios de los que ya hemos hablado.⁵⁴

Tales son las diferencias en la regulación que no viene recogida en la Sección 5ª, Capítulo II, del Título III, “De las legítimas”, sino que su regulación se encuentra en una sección independiente del mismo Capítulo: la Sección 7ª “Derechos del cónyuge viudo”. Vemos todo ello a continuación.

5.3.1. Origen histórico.

Respecto a la aparición de esta institución, resaltar en primer lugar que es de carácter mucho más reciente que la legítima de los descendientes, cuyo origen ya veíamos al principio de nuestro estudio. En Derecho Romano apenas encontramos derechos sucesorios en favor del cónyuge⁵⁵, y únicamente en las Novelas de Justiniano se prevé protección para la viuda (que no para el viudo) en caso de no tener ésta forma posible para subsistir tras la muerte de su marido. También se reconoció, con carácter extraordinario, la posibilidad de suceder abintestato en caso de no existir pariente del causante.⁵⁶ Encontramos aquí las primeras medidas de protección de la posible situación de precariedad a que el cónyuge supérstite podría enfrentarse tras la viudedad.

⁵³ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 188.

⁵⁴ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 193.

⁵⁵ Carcaba Fernández, M., *Los Derechos Sucesorios del Cónyuge Viudo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, p. 13.

⁵⁶ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1622.

Los ordenamientos posteriores, por influencia romanista, también introdujeron en ocasiones mecanismos de protección de la viuda, pero solo en casos concretos como la no contracción de posterior matrimonio (“Fuero Juzgo”) o la pobreza (Las Partidas).⁵⁷ Esta necesidad de protección se proyectó hasta la redacción del Código Civil, que ya lo reconocía, si bien la redacción actual es fruto de la modificación de 1958⁵⁸ y posteriormente la de 1981,⁵⁹ debiéndose esta última a exigencias constitucionalistas.

En cualquier caso, la protección vía sucesión que se da al viudo o viuda, a lo largo de los tiempos y en los ordenamientos actuales, se ha basado siempre en la protección de la posible situación de vulnerabilidad de este legitimario, como una proyección *post mortem* del deber de alimentos y de garantía del sustento,⁶⁰ obligaciones que rigen la relaciones entre los cónyuges durante la vida de estos.

5.3.2. *Naturaleza.*

En torno a la naturaleza de la figura del cónyuge viudo como legitimario surge, principalmente, una cuestión, y ésta es si el cónyuge viudo es o no heredero. La doctrina tradicional⁶¹ considera que el cónyuge viudo efectivamente es heredero, utilizando como argumentos para ello, entre otros, la literalidad del 807 CC y la regulación en el 855 CC de las causas de desheredación, que incluye al cónyuge viudo, afirmando que es heredero en la medida en la que no se puede desheredar a alguien que previamente no ha alcanzado esta condición. Según esta postura doctrinal, existe además una atribución legal forzosa de la legítima.⁶²

Sin embargo, la doctrina mayoritaria actual disiente, considerando que es heredero forzoso pero no siendo, nuevamente, forzoso que sea heredero. El título de atribución de

⁵⁷ Fernández Domingo, J.I., *op.cit.*, p. 125.

⁵⁸ Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil (BOE 25 de abril de 1958).

⁵⁹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁶⁰ Fernández Echegaray, L., “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, Murga Fernández, J.P.; Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 504.

⁶¹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1628.

⁶² Carcaba Fernández, M., *op.cit.*, pp. 15-16.

la legítima es el de legatario de parte alícuota.⁶³ Por otro lado, no hay delación legal en la atribución de la legítima, sino que es legitimario en las mismas condiciones que los descendientes y que los ascendientes en su defecto, pudiéndose haberle asignado la legítima por otro medio.⁶⁴

5.3.3. *Cuantía.*

La cuantía del derecho de usufructo dependerá, como ya decíamos, de la concurrencia o no con otros legitimarios, siendo pues la cuota del usufructo variable, debido a la condición de no exclusión con respecto al resto de legitimarios.⁶⁵

- Tal y como establece el artículo 834 CC, en caso de concurrencia con hijos o descendientes, ya sean adoptivos, comunes o no comunes, el usufructo recaerá sobre un tercio del patrimonio hereditario. La antigua redacción de este artículo condicionaba la cuantía al número de hijos, dando lugar a complicaciones en la fijación de la cuota;⁶⁶ si bien este problema se solventó y la cuantía se mantuvo fija.
- Si no existen descendientes, pero sí concurre con padres o ascendientes, dice el 837 CC que el usufructo del cónyuge superviviente recaerá sobre la mitad de la herencia. Nuevamente, también se incluyen los padres adoptivos.
- En caso de no concurrir con otros herederos forzosos, recaerá el usufructo del cónyuge superviviente sobre dos tercios de la herencia, a tenor del 838 CC.

Debemos hablar necesariamente de la frase “si al morir su consorte no se hallase separado éste legalmente o de hecho.”⁶⁷ De este precepto extraemos una conclusión, y esta es la ausencia de derechos legitimarios del ex cónyuge divorciado o separado de hecho. Si bien únicamente se excluía la legítima en caso de separación o de divorcio antes de la reforma de 2005 de los anteriores preceptos, la nueva regulación incluye también la separación de

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 29 de junio 661/2006.

⁶⁴ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.230.

⁶⁵ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 161.

⁶⁶ Carcaba Fernández, M., *op.cit.* p. 34.

⁶⁷ Art. 834 Código Civil.

hecho, puesto que considera que extingue el vínculo.⁶⁸ Para que la separación de hecho no deslegitime, debe existir reconciliación y ésta haber sido notificada “al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación”.⁶⁹ Por tanto, de la notificación de dicha reconciliación depende la existencia de la legítima para el cónyuge superviviente, no existiendo tal para el ex cónyuge divorciado.⁷⁰

5.3.4. Conmutación.

La conmutación es una de las características singulares de la legítima viudal, prevista en los artículos 839 y 840, que implica la posibilidad de que la legítima del cónyuge viudo sea satisfecha por otra vía por parte de los herederos, evitando así las complicaciones que implican el usufructo vitalicio del cónyuge sobre parte de la herencia, a la vez que respeta el derecho del cónyuge sobre la herencia.⁷¹ Podrá ser conmutada por los herederos mediante una renta vitalicia, por los productos de determinados bienes, o por un capital en efectivo.⁷²

Existe controversia sobre la titularidad de la facultad de conmutar, no siendo permitido al cónyuge viudo salvo ciertas excepciones (como el supuesto introducido por la Ley 15/2005⁷³ de concurrencia únicamente con hijos del causante, pero no del cónyuge superviviente)⁷⁴, y recayendo por tanto en aquellos con derechos sucesorios sobre los bienes gravados por el usufructo viudal,⁷⁵ como así indica el TS.⁷⁶

En cualquier caso, independientemente de la titularidad sobre la facultad de ejercicio de la conmutación, y dejando de lado cualquier debate acerca del tema, podemos afirmar que la conmutación es una alternativa a la asignación de la legítima del cónyuge viudo, destinada a favorecer la no desmembración del patrimonio.⁷⁷ Tal es la puerta abierta

⁶⁸ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.230.

⁶⁹ Art. 835 Código Civil.

⁷⁰ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 161.

⁷¹ Fernández Campos, J.A., “¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?”, Murga Fernández, J.P.; Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 442.

⁷² Art. 839 Código Civil.

⁷³ Ley 15/2015, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE 9 de julio 2005).

⁷⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 173.

⁷⁵ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.231.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 25 de octubre 7705/2000.

⁷⁷ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, pp. 171-172.

resultante de esta alternativa, que muchos autores consideran que la conmutación es la solución protagonista a los problemas prácticos existentes en torno a la situación resultante de separación de la nuda propiedad y del usufructo de parte del haber hereditario.⁷⁸

5.3.5. Conveniencia de este sistema de protección.

El resultado del sistema legitimario a favor del cónyuge viudo deja vislumbrar una protección desproporcionada de los descendientes (y ascendientes en su defecto) en comparación con el cónyuge. Sorprende que este último no tenga un papel prioritario con respecto a la masa hereditaria, en tanto que muy probablemente haya contribuido en parte a la formación de dicho patrimonio, y debido a que en la actual sociedad, con una tasa de mortalidad mayor que la de los tiempos donde surgió la legítima, los descendientes no están, por lo general, en una situación de mayor desvalimiento de la que esté el cónyuge superviviente.⁷⁹ Por ello, en el apartado de nuestro estudio en el que valoraremos el actual sistema legitimario, proponiendo alternativas, recalcaremos cómo a nuestro juicio el sistema legitimario, en lo que a la legítima viudal respecta, necesitaría una reforma para proporcionar una protección mayor de la existente.

6. FIJACIÓN DE LA LEGÍTIMA: COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN.

Para poder fijar la legítima de los sucesores forzosos es necesario la realización de una serie de operaciones de cálculo que nos permitan obtener, en primer lugar, la legítima global a través de la computación, para posteriormente hallar la legítima individual, que es la que corresponde a cada uno de los llamados a la herencia a título de legitimarios. Una vez hecho esto, se debe proceder a la imputación, para determinar lo que se ha de satisfacer a cada uno de ellos, en función de lo que ya han recibido por otro título; finalmente, en su caso, se deberán reducir las disposiciones inoficiosas, es decir, los legados y donaciones hechos en vida siempre y cuando estos perjudiquen a la legítima.⁸⁰

⁷⁸ Rubio Garrido, T., “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima”, Murga Fernández, J.P.; Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 147.

⁷⁹ Fernández Echegaray, L., *op.cit.*, p. 515.

⁸⁰ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.171.

6.1. Computación.

Art.818 CC

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.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.⁸¹

De este artículo se deduce que la primera operación que se debe realizar para la fijación de la legítima es la computación, que se trata de una operación contable por la que se halla el *quantum* de la misma, si bien esta operación no es calificada como tal en el código. Este *quantum*, según doctrina y jurisprudencia⁸², se calcula sobre una masa patrimonial ficticia, mediante dos operaciones. En primer lugar, se debe calcular el *relictum* por la deducción al activo hereditario de las deudas y cargas de la misma, obteniendo así la herencia neta. A continuación, se añade el *donatum*, que se trata de las donaciones que el causante hubiese realizado en vida, ya fuere a los legitimarios o a terceros no legitimarios.⁸³ Con esta operación sumatoria obtendríamos la legítima global.

Surge en la computación una controversia en torno a la valoración de la legítima global, ya que se discute cuál es el valor del *relictum* y del *donatum* que se debe incorporar al cálculo. Respecto al primero, a pesar de que algunos autores disienten, la doctrina mayoritaria considera que se deberá estar al valor de los bienes en el momento de la partición, y así lo confirma el Tribunal Supremo.⁸⁴ En cuanto a la valoración de las donaciones, no existe en absoluto unanimidad, defendiendo algunos autores que se debe considerar el valor del bien en el momento de la computación, mientras que otros siguen un criterio mixto.⁸⁵ Consideramos que se debe atender a cada caso de forma individualizada.

Debemos hablar, muy conflictivo en este aspecto, del término “colacionables” del artículo 818 CC, y estipular si se refiere a la colación del 1035 CC y ss. La colación propiamente dicha es un acto relativo a la partición hereditaria consistente en aportar a la masa

⁸¹ Art. 818 Código Civil.

⁸² Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 21 de abril 2760/1997 y 28 de septiembre 5646/2005

⁸³ Fernández Domingo, J.I., *op.cit.*, p. 115.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 15 de junio 5013/2007.

⁸⁵ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.172.

hereditaria lo que se hubiera recibido sin derecho sobre ello,⁸⁶ y que por tanto no compete a nuestro estudio. No existe casi hoy día debate doctrinal acerca la distinción del término estricto de colación (el del 1035 CC), del que se recoge en el 818, habiendo coincidido los distintos autores en que se trata de un uso incorrecto por parte de nuestro Código del término colación en este último precepto.⁸⁷ Así pues, y como ya señalábamos *supra*, las donaciones que se han de computar son todas, independientemente de su naturaleza o destinatario (ya sean colacionables, propiamente dicho, o no).⁸⁸

La regla de computación de la totalidad de las donaciones encuentra su excepción en el artículo 822 CC, que excluye “la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, [...] si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella”. Como forma de protección a estos sujetos especialmente vulnerables, no se incluirá en el cálculo del *relictum*.⁸⁹

6.2. Legítima individual.

El segundo paso del que hablamos se trata de hallar la legítima individual, que no es más que dividir la legítima global entre los legitimarios que han de ser llamados para suceder, según cuál sea su cuota sobre la herencia y en función de los criterios que ya hemos abordado con anterioridad.

6.3. Imputación.

La imputación consiste, según el Tribunal Supremo, en “colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario”⁹⁰. Podemos afirmar pues que se trata de una operación inversa a la computación por la que se atribuye contablemente las donaciones y los legados que el

⁸⁶ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 336.

⁸⁷ Vallet de Goytisolo, J.B., *Estudios de derecho sucesorio*, Volumen IV, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 359.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 358.

⁸⁹ Torres García, T., *op.cit.*, p. 44.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 28 septiembre 695/2005.

causante estableciere en testamento al tercio de la legítima, de la mejora, o al tercio de libre disposición.⁹¹ Aquí podemos apreciar nuevamente la restricción de la voluntad dispositiva inherente al sistema de legítimas, puesto que la imputación tiene como objetivo evitar que existan disposiciones que perjudiquen el derecho del legitimario mediante la privación de una parte de la misma.

Una vez imputadas las donaciones y legados a los tercios correspondientes, según las reglas que veremos *supra*, se puede establecer cuáles son aquellas consideradas inoficiosas por haberse excedido el causante de los límites impuesto por ley, o bien quedará esclarecido la diferencia hasta cubrir la cuota de la que son titulares los legitimarios.⁹²

6.4. Reducción de disposiciones inoficiosas.

Se trata de comprobar si las donaciones hechas en vida por el causante vulneran el derecho de las legítimas individuales por excederse de la parte de la herencia sobre la que se podía disponer sin restricción. Es una violación del principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima, que más adelante analizaremos. Se pone de manifiesto el carácter de freno que tiene nuestro sistema legitimario, al ser este último paso un momento para ejercer lo que se considera como una acción rescisoria.⁹³

7. REGLAS DE IMPUTACIÓN: LA DONACIÓN Y EL LEGADO COMO FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA.

Podemos observar una flexibilización en la restricción a la libertad de testar, ya que el análisis de imputación de donaciones y legados es una muestra de cómo la sucesión a título de heredero no es el único modo de asignación de la legítima, sino que incluso en vida se puede disponer de ésta dentro de los límites legales (o incluso disponer más allá, sin perjuicio de que deban ser corregidas dichas disposiciones a través de la declaración de inoficiosidad). Siguiendo el procedimiento para calcular la cuantía de la legítima, en

⁹¹ Vela Sánchez, A.J., “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm 4, p. 334.

⁹² Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 170.

⁹³ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.175.

la imputación se tienen en cuenta aquellos que suponen una posibilidad de atribuir la legítima por parte del causante.

Respecto a las normas para la imputación de donaciones y legados, y aunque pueda parecer contradictorio, existen apenas algunos preceptos legales que faciliten la mecánica de tan trascendente proceso, de modo que ha sido la doctrina la que ha tratado de clasificar las donaciones y los legados y la forma en la que estos deben ser imputados, teniendo unas consecuencias muy distintas.⁹⁴

7.1. Imputación de donaciones.

Para abordar este tema debemos remitirnos en primer lugar al artículo 819 CC, que nos facilita algunas reglas esenciales en cuanto a la imputación de donaciones. Nosotros pasamos a analizar estas pautas, siendo el criterio clasificatorio el donatario.

7.1.1. Imputación de donaciones en favor de descendientes.

a) Donaciones a favor de los hijos.

Para ver la casuística de la materia, centramos la atención artículos 819 y 825 CC. En cuanto al primero de los mencionados artículos, establece éste que “las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán en su legítima”.⁹⁵ El precepto deja sentado pues la influencia de la voluntad del donante para determinar a qué tercio deben imputarse las donaciones, presuponándose la atribución al tercio de la legítima.⁹⁶

El 825 CC establece que las donaciones en favor de descendientes que sean herederos forzosos únicamente serán imputadas a la mejora si así se ha manifestado expresamente. Esto se debe a que en caso de existir manifestación expresa, así ha querido el causante que se produzca la imputación; pero de lo contrario, se considerará que era su voluntad realizar un adelanto de la legítima en virtud de su libertad de disposición.⁹⁷ Respecto a la

⁹⁴ Vela Sánchez, A.J., *op.cit.*, p. 335.

⁹⁵ Art. 819 Código Civil.

⁹⁶ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1431.

⁹⁷ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 170.

posibilidad de mejora tácita, el TS ha optado por una interpretación finalista del 825, y en lugar de exigir una referencia expresa a “mejorar” o término semejante, se considera que lo relevante es que exista voluntad incuestionable de mejorar, que en la práctica se manifiesta con la realización de donaciones no colacionables, puesto que muestra la voluntad del donante de que dicha donación se considere aparte de lo que por legítima le corresponde.⁹⁸ Ni siquiera exige el TS que la manifestación de voluntad de que la donación sea no colacionable fuera en el momento de la donación, sino que también podría ser hecha dicha declaración en el testamento.⁹⁹

Además, en caso de que las donaciones superaran la cuantía del tercio de mejora, se imputará al tercio de libre disposición, al no considerarse los distintos tercios compartimentos independientes.¹⁰⁰

b) Donaciones a favor de descendientes que no ostenten la condición de herederos forzosos.

Se trata de donaciones realizadas a descendientes en vida de sus padres (que sí sean herederos forzosos), por lo que no son, en el caso concreto, legitimarios. Las donaciones hechas a estos sujetos se reputarán al tercio de libre disposición. No obstante, solo cuando la voluntad del causante sea expresamente expresa o clara en este sentido, podrán ser imputadas las donaciones a descendientes no legitimarios al tercio de mejora, en virtud del artículo 825 CC. En caso de no existir dicha manifestación y excederse del tercio de libre disposición, deberán reducirse las donaciones por inoficiosas.¹⁰¹

Sin embargo, algunos autores como Rivas Martínez sostienen que deben imputarse estas donaciones al tercio de libre disposición, y en caso de sobrepasarlo, al tercio de mejora, argumentando para ello¹⁰² los preceptos del 823 (que habilita al descendiente no legitimario a recibir vía testamento hasta dos tercios de la herencia, el tercio de libre disposición y el de mejora),¹⁰³ no existiendo pues óbice a que pueda recibirlo por

⁹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 29 de mayo 2245/2006 y de 29 de julio 4809/2013.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 19 de mayo 3274/2011.

¹⁰⁰ Torres García, T., *op.cit.*, p. 44.

¹⁰¹ Vela Sánchez A.J., *op.cit.*, pp. 346-347.

¹⁰² Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1432.

¹⁰³ Art. 823 Código Civil

donación; y el 828 CC, alegando la aplicación analógica de la preferencia de no imputación de los legados al tercio de mejora.¹⁰⁴

c) Donaciones a favor del legitimario que repudia la herencia.

Parte de la doctrina considera que las donaciones hechas a aquél que fue instituido heredero o legatario, pero repudia la herencia, deban ser imputadas al tercio de libre disposición, considerándose el exceso inoficioso, por interpretar que la donación fue un adelanto de la legítima y que con la repudiación, renuncia también a ella.¹⁰⁵

No obstante, otros como Vallet, también asumiendo que la donación en cuestión era un adelanto de la legítima, ven oportuno imputar esta al tercio de la legítima por considerar que la repudiación es hecha al resto de la legítima, mientras que la parte correspondiente a la donación recibida ya se venía disfrutando anteriormente. Alega además lo injusto de perjudicar a aquellos con derechos sobre el tercio de libre disposición a costa del acrecimiento de los colegitimarios.¹⁰⁶ El Tribunal Supremo ha contemplado, en alguna sentencia, la compatibilidad de la repudiación y de mantener la donación.

d) Donaciones a favor del legitimario desheredado o indigno.

Para hablar sobre la imputación de las donaciones realizadas a favor de hijo indigno debemos tener en cuenta la destinación de la legítima a sus hijos por derecho de representación,¹⁰⁷ que se convierten por la indignidad o desheredación de su ascendiente en legitimarios de su cuota. Así, en caso de haber hecho el causante una donación en favor de su hijo indigno o desheredado, esta se imputará al tercio de la legítima, sin importar que no sea él el titular directo de este derecho, sino sus hijos por representación. Por la misma regla, en caso de no tener el hijo desheredado descendencia, pasa a ser imputada al tercio de libre disposición por considerarse a efectos de imputación un extraño.¹⁰⁸

e) Donaciones a favor del hijo que premuere.

¹⁰⁴ Art. 828 Código Civil.

¹⁰⁵ Vela Sánchez, A.J., *op.cit.*, p. 342.

¹⁰⁶ Vallet de Goytisolo, *op.cit.*, p. 400.

¹⁰⁷ Art. 761 y 857 Código Civil.

¹⁰⁸ Vela Sánchez, A.J., *op.cit.*, p. 344.

La solución para este caso es muy similar a la anterior, dependiendo la imputación de la existencia de descendencia o no del hijo premuerto. En caso de tener descendencia, se imputará según las reglas comunes de la imputación de donaciones hechas a descendientes; en caso contrario, se imputará al tercio de libre disposición.¹⁰⁹

7.1.2. Imputación de donaciones en favor de ascendientes y del cónyuge viudo.

Si bien no existe regulación legal expresa, se puede aplicar por analogía el 819 CC, imputándose las donaciones hechas a su favor en su parte de la legítima¹¹⁰ (en caso de no corresponderle legítima, se incluirían en la clasificación siguiente, acorde con la definición que vamos a dar).

No obstante, debemos atender a la voluntad del causante, ya que la anterior regla opera en caso de ser su voluntad la de hacer la donación como modo de asignarle la legítima. De lo contrario, correspondería su imputación a la parte de libre disposición, sin sobrepasarla.¹¹¹

7.1.3. Imputación de donaciones en favor de extraños.

Se ha discutido el concepto de extraño, entendiéndose como aquél que no es legitimario en el caso concreto, es decir, aquél que ha recibido una donación por un causante a cuya herencia no concurre como heredero forzoso. Aquél que aparece como heredero forzoso en el Código, pero que no tiene derecho legitimario, es un extraño a estos efectos. Estas donaciones se imputarán al tercio de libre disposición, y en caso de excederlo, se deberán reducir conforme al código.¹¹²

7.2. Imputación de legados.

El Código Civil, en contra de lo que sucede con las donaciones, no contiene artículos destinados a las normas de imputación de los mismos, por lo que en cierta medida habrá

¹⁰⁹ Id.

¹¹⁰ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1434.

¹¹¹ Vela Sánchez, A.J., *op.cit.*, p. 345.

¹¹² Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.174.

que realizar un esfuerzo encaminado a reconocer la voluntad del testador en la institución de dichos legados.¹¹³

7.2.1. Legados a favor de hijos o descendientes legitimarios.

Debemos partir del artículo 828 CC que establece lo siguiente:

La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputa mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre.

La interpretación literal podría conducir a una necesaria imputación del legado, en todo caso, en el tercio de libre disposición y, en cuanto lo sobrepase, en la mejora. La doctrina moderna considera que la aplicación del mencionado precepto se reserva únicamente a los casos en los que no hay margen de interpretación más allá de la imputación a la legítima,¹¹⁴ como Rivas Martínez expone al hablar del legado en favor de algún legitimario cuando todos ellos han sido instituidos herederos, que siempre se imputa como exponíamos.¹¹⁵ En caso contrario, se deberá imputar en el tercio de la legítima, al considerarse la voluntad del testador que esto fuese así, siendo una forma de atribución de la legítima por parte del causante al legatario legitimario.¹¹⁶

7.2.2. Legados a favor del cónyuge supérstite o a ascendientes.

Estos legados deberán ser imputados con cargo a la cuota de la legítima del viudo o de del ascendiente. No obstante, vuelve a aparecer la importancia de la intención del testador, de forma que si este buscase que fuese un legado más allá de lo que por legítima le corresponde, se deberá estar a la voluntad del causante.

7.2.3. Legados a favor de extraños.

Este último punto no contiene ninguna controversia en la medida que aquél legado que se hubiese constituido en favor de aquél que no tuviese condición de heredero forzoso, únicamente puede ser imputado en el tercio de libre disposición, por estar los otros dos

¹¹³ Vallet de Goytisolo, *op.cit.*, p. 27.

¹¹⁴ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.175.

¹¹⁵ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1435.

¹¹⁶ Vela Sánchez, A.J., *op.cit.*, pp. 351-352.

destinados a satisfacer derechos legitimarios.¹¹⁷ En caso de excederse, deberá ser reducido por inoficioso conforme a las reglas del Código Civil.¹¹⁸

8. LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA Y EXCEPCIONES.

La intangibilidad de la legítima es una cualidad propia de esta figura que impide cualquier menoscabo del derecho del legitimario, en virtud del carácter de normas imperativas que tienen los preceptos que lo regulan.¹¹⁹ La intangibilidad incluye la cuantitativa y cualitativa.

Dejando de lado esta distinción, se habla de intangibilidad de la legítima, en términos generales, como aquella cualidad que, en caso de ser vulnerada, facilita al legitimario A recurrir a los distintos procedimientos previstos por el ordenamiento para proteger su derecho, siempre que haya sido privado o no otorgado en la cualidad o cantidad correspondiente.¹²⁰

8.1. Intangibilidad cuantitativa.

Esta manifestación de la intangibilidad de la legítima implica que la cuota que por ley corresponda al legitimario no puede alterarse ni resultar en una cuantía menor por motivo de disposiciones del causante en vida o por vía testamentaria. Se trata de la protección del *quantum* de la legítima,¹²¹ al prohibir el código

Debido al carácter imperativo de las normas sobre legítima, y a la restricción de la voluntad testamentaria, se prevén mecanismos para evitar esta alteración del derecho sobre la legítima.¹²² Estos últimos corresponden a respuestas ante las distintas formas en las que puede privarse de la cuantía de la cuota legitimaria, que son las donaciones inoficiosas y las disposiciones por vía testamentaria que impiden la plena atribución de la legítima por parte de su titular.

¹¹⁷ Vela Sánchez, A.J., *op.cit.*, p. 355.

¹¹⁸ Art. 817 Código Civil.

¹¹⁹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1435.

¹²⁰ Torres García, T., *op.cit.*, p. 46.

¹²¹ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 215.

¹²² Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.170.

8.1.1. *La reducción de disposiciones inoficiosas.*

La reducción de disposiciones inoficiosas consiste en un mecanismo para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la legítima que se activa cuando por alguna donación *inter vivos* o mediante ciertas disposiciones testamentarias, se ve afectada la cuota de la legítima a la que tiene derecho el perjudicado.¹²³ La previsión legal de esta acción reside los artículos 636 CC, para las donaciones que no respete los derechos de los legitimarios, y 817 CC, diciendo este que “las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán a petición de estos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”.

La legitimación para solicitar esta acción corresponde únicamente a los legitimarios y sus herederos (y en su caso a los acreedores hereditarios). Se excluye la posibilidad de que el legatario de parte alícuota pueda solicitar la reducción,¹²⁴ a pesar de alguna que otra contraposición doctrinal, si bien muy minoritaria. No obstante, es importante resaltar que solo una vez fallecido el causante se podrá solicitar la acción de reducción.¹²⁵ El TS ha rechazado expresamente la posibilidad de reclamar la reducción para proteger lo que por legítima le corresponde antes de la muerte del causante, asentando que ningún hijo “está facultado para poder impugnar, en vida de sus padres, los actos dispositivos que éstos, en uso de sus plenos e indiscutibles derechos, hayan realizado...”.¹²⁶ Se requiere por tanto, para ejercer la acción, ser efectivamente legitimario.¹²⁷ Dice el TS que incluso habiendo ya fallecido, para solicitar la reducción de disposiciones inoficiosas, será necesario que se conozca todo lo que el causante hubiera dejado.¹²⁸

Una vez demostrada la inoficiosidad de un legado o donación por el aquél que solicita la reducción¹²⁹, se debe proceder a la misma, debiendo ahora determinar cuáles son las disposiciones que se deben reducir. Como premisa, se deben reducir en primer lugar la posible institución de heredero por voluntad del testador, a continuación, los legados y,

¹²³ Torres García, T., *op.cit.*, p. 52.

¹²⁴ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1444.

¹²⁵ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 179.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 24 de enero de 152/1998.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 30 de marzo 19240/1993.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 15 de febrero de 971/1999.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 13 de febrero de 1951

de seguir afectando a la legítima, las donaciones.¹³⁰ La casuística del orden que deben seguir las reducciones hasta que deje de vulnerarse la legítima es compleja. Sin embargo, con carácter general, podemos señalar que se reducen en primer lugar los legados, a prorrata.¹³¹ En caso de haberse reducido todos los legados y otras disposiciones testamentarias inoficiosas y no haber quedado cubierta la legítima, se reducirán las donaciones por orden cronológico inverso y, en caso de misma fecha, a prorrata.¹³² La reducción de donaciones viene recogida en los artículos 644 y ss., mientras que la reducción de legados aparece en los artículos 820 y 821 CC.

8.1.2. Complemento de la legítima.

Recogido en el 815 CC, consiste en que “el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, puede pedir el complemento de la misma”.¹³³

El complemento puede ser considerado como otra manifestación de la reducción de disposiciones inoficiosas. Aquél cuyo derecho no ha sido respetado exige la atribución en su favor de parte del patrimonio hereditario hasta completar su cuota legitimaria. Por ello, para suplementar la legítima con la parte ausente, se reducirán otras disposiciones inoficiosas, en virtud de las reglas antes expuestas.¹³⁴ Es el perjudicado el que tiene la legitimidad para solicitar el complemento de la legítima.

8.1.3. Preterición y desheredación injusta.

El caso de la preterición¹³⁵ desheredación sin justa causa¹³⁶ también supone una alteración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, en la medida en que se está privando de la totalidad de la cuota correspondiente, sin haber motivo justificado, y por tanto vulnerándose los preceptos imperativos de la legítima, que no contemplan la posibilidad

¹³⁰ Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, p. 216.

¹³¹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1445.

¹³² Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.175.

¹³³ Art. 815 Código Civil.

¹³⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 181.

¹³⁵ Art. 814 Código Civil.

¹³⁶ Art. 851 Código Civil.

de desheredar más que por los motivos previstos legalmente.¹³⁷ Este tema lo abordaremos en profundidad en epígrafes posteriores.

8.2. Intangibilidad cualitativa.

Mientras que la intangibilidad cuantitativa protegía el *quantum* de la legítima, la intangibilidad cualitativa se trata de la protección del *quale*¹³⁸. Se expresa en el artículo 813.2 CC, que dice que “tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”.

En consonancia con la naturaleza *pars bonorum* de la legítima, el legitimario tiene derecho a recibir aquella en bienes de la herencia, sin que puedan estos bienes estar sujetos a gravámenes de ningún tipo. Por ello, no se podrán imponer otros derechos reales sobre dichos bienes, ni sujetarlos a cargas o sustituciones. Según la jurisprudencia, todas estas cláusulas, en caso de existir, deben considerarse por no puestas,¹³⁹ protegiendo de esta forma las “cualidades” de la legítima.

La intangibilidad cualitativa de la legítima es una manifestación de la restricción a la libertad de testar que caracteriza nuestro ordenamiento en materia de sucesiones, ya que ignora las disposiciones originadas por la voluntad del causante. No obstante, y considerando éste el principio general, encontramos algunas excepciones que hacen que la intangibilidad no sea absoluta, flexibilizándose de alguna manera la libertad testamentaria.

8.2.1. La sustitución fideicomisaria del 808 y 782 CC.

Existe una excepción al principio de intangibilidad cualitativa que consiste en la posibilidad gravar la legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria, convirtiéndose en fideicomisarios los coherederos forzosos y en fiduciarios los hijos o descendientes siempre y cuando hayan sido incapacitados por sentencia judicial.¹⁴⁰ Es

¹³⁷ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.170.

¹³⁸ Torres García, T., *op.cit.*, p. 46.

¹³⁹ Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.169.

¹⁴⁰ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, pp. 182

importante distinguir que se trata de una facultad que tiene el causante, pero no tiene por qué recurrir a ella.

Esta figura fue introducida por la Ley 41/2003, que reformó el Código Civil al incluir la sustitución fideicomisaria de la que hablamos en el artículo 808, párrafo tercero, y recalcando en el 782 CC que es ésta la única manera de gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria.¹⁴¹

El fundamento de esta excepción es la protección que se quiere conceder al hijo o descendiente judicialmente discapacitado por considerarse un interés especialmente sensible. Con esta figura se posibilita el disfrute, por parte del discapacitado, de ciertos bienes, como pueda ser la vivienda habitual, que contribuyan a tal protección y palien la posible situación de excesivo desvalimiento tras la muerte de su padre o ascendiente.¹⁴²

Con la figura de la sustitución fideicomisaria del segundo párrafo del 808, el legislador consiguió flexibilizar el principio de intangibilidad cualitativa, suponiendo un paso a favor de la libertad testamentaria. Aparece la posibilidad de gravar la legítima, aunque ciñéndose a los requisitos mencionados.¹⁴³

A pesar de parecer esta solución un absoluto acierto por parte del legislador, gran parte de la doctrina disiente, considerando que pueden desatenderse los intereses de otros sujetos que puedan también estar en situación de necesidad¹⁴⁴ e incluso empeorar la situación del incapacitado judicialmente por debilitar la relación con sus hermanos u otros herederos forzosos.¹⁴⁵

¹⁴¹ Ley 41/2003

¹⁴² Garrido de Palma, V.M., “Soluciones prácticas en materia de legítimas”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 128.

¹⁴³ Escribano Tortajada P., “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del descendiente incapacitado judicialmente: algunos problemas que plantea”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 397.

¹⁴⁴ *Íbid.*, p. 398

¹⁴⁵ Núñez Núñez, M. “Algunas reflexiones –negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, Vargas Muñoz, J.P. (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 678-679.

8.2.2. *La cautela Socini.*

Existe otra excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, que consiste en la posibilidad de imposición sobre la legítima de un gravamen, al mismo tiempo que se ofrece al legitimario la opción por aceptar la legítima con dicha carga, compensándole con cesión de una cuota mayor a lo que por legítima le corresponde; o por el contrario no admitir el gravamen y que se le adjudique la legítima estricta.¹⁴⁶ Este cláusula, que en la práctica se suele establecer en forma de usufructo universal en favor del cónyuge viudo, se denomina cautela galdense, angélica o Socini, debiendo este último nombre al jurista italiano del siglo XVI Mariano Socini.

Aunque supone una cierta flexibilización de la restricción a la facultad de testar libremente, no depende en última instancia de la decisión del causante, ya que dice el TS que “no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta”¹⁴⁷ Por ello estaremos, incluso habiendo puesto la cláusula el testador, ante la decisión del legitimario, que siempre podrá solicitar la legítima estricta, no existiendo en la cautela galdense contravención de la ley.¹⁴⁸

A pesar de que es comúnmente utilizada en la práctica, no existe previsión legal de la cautela Socini. Hoy en día es aceptada ampliamente tanto por la jurisprudencia¹⁴⁹ como por la doctrina, amparándose dicha aceptación en el 820.3 CC, y justificando que no supone un gravamen ilegal a la legítima, sino una alternativa que se le presenta al legitimario gravado y sobre la que deberá decidir libremente.¹⁵⁰

Pero a pesar de que la mayoría de la doctrina acepta la validez, otros consideran que podría limitar el 813 CC, conformándose como una sanción privada sin sustento legal. Por suerte, la sentada y repetida jurisprudencia aleja este tema de un potencial debate,¹⁵¹

¹⁴⁶ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, pp. 196-197.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 27 de mayo 339/2010.

¹⁴⁸ Casado Casado, B., “La cautela socini y su posible consideración como sanción de derecho privado. La relevancia de esta consideración desde el punto de vista práctico”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 316.

¹⁴⁹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 12 de diciembre 1958, 6 de mayo 1953 y 27 de mayo 339/2010.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 10 julio 715/2003.

¹⁵¹ Casado Casado, B., *op. cit.*, p. 326.

estando admitida por TS desde hace casi 80 años,¹⁵² y todavía en la actualidad confirmando la aceptación de la cautela angélica en recientes sentencias.¹⁵³

Sin perjuicio de la mencionada extendida aceptación, es innegable la interpretación, en la práctica, de esta cláusula testamentaria como una pena impuesta por el testador a aquél que no actúa conforme la voluntad del testador, presionando a los herederos forzosos.¹⁵⁴ Podemos encontrar aquí, por otro lado, una solución a la menor protección concedida por legítima al cónyuge supérstite.

9. LA SATISFACCIÓN DE LA LEGÍTIMA Y SUPUESTOS PARA EL PAGO EN METÁLICO DE LA MISMA.

El pago de la legítima, de acuerdo a la intangibilidad cualitativa de la misma y a la naturaleza *pars bonorum* de la misma en nuestro Derecho Civil Común, debe hacerse, con carácter general, por entrega de ciertos bienes del patrimonio, al ser el legitimario un cotitular de los bienes de la herencia líquida.¹⁵⁵ Tradicionalmente, el Código Civil preveía ciertos supuesto excepcionales en los que se vulneraba esta regla general para permitir que la legítima fuese satisfecha mediante un pago en metálico.¹⁵⁶

En el contexto anterior, aparece la Ley de 13 de mayo de 1981, que reforma algunos preceptos del Código Civil e instaura un nuevo planteamiento sobre el pago de la legítima, flexibilizando enormemente las posibilidades para el pago en metálico de la legítima, y perdiendo así su carácter excepcionalísimo.¹⁵⁷ Es sobre esta nueva regulación sobre la que se orquesta la actual posibilidad de satisfacer la legítima en metálico en lugar de en bienes, adquiriendo además la legítima la naturaleza de una *pars valoris*.¹⁵⁸

¹⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 29 de diciembre 1939.

¹⁵³ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 21 de abril 717/2014 y de 3 de septiembre 254/2014.

¹⁵⁴ Casado Casado, B., *op. cit.*, p. 332.

¹⁵⁵ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1504.

¹⁵⁶ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 171.

¹⁵⁷ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 214.

¹⁵⁸ Garrido de Palma, V.M., *op.cit.*, p. 124.

En este escenario no restrictivo sobre posibilidad de pago de la cuota legitimaria por la entrega de dinero, aparecen los siguientes supuestos en que se materializa esta alternativa en la satisfacción de la legítima.

9.1. Artículo 821 CC.

Este artículo fue reformado por la Ley de “Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, y contiene su nueva redacción la posibilidad de realizar el pago en metálico “cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división”.¹⁵⁹ En función de a quién se adjudique la finca, deberá pagar el legatario (si la reducción no alcance más de la mitad del valor de la finca) o los herederos forzosos (en caso contrario) en dinero la parte correspondiente a los derechos que otros tengan sobre dicha finca por la sucesión.¹⁶⁰

La finalidad de esta norma es evitar el ejercicio de la *actio communi dividendo*, por no ser posible la división de la finca. No obstante, esta norma se aplica a toda legítima y a todo legatario, extendiéndose a cualquier bien que no permita división.¹⁶¹

9.2. Artículo 829 CC.

El precepto contiene el pago en metálico hecha por aquel que ha sido mejorado por cosa determinada, pero excede el valor de dicho bien el tercio de la mejora más la parte correspondiente de la legítima estricta. La diferencia se abonará a aquél con derechos sobre la parte excedida.¹⁶²

¹⁵⁹ Art. 821 Código Civil.

¹⁶⁰ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1505.

¹⁶¹ *Íbid*, p. 1506.

¹⁶² Pérez Ramos, C., *op.cit.*, p.189.

9.3. Artículo 831 CC.

Supone este caso particular en el que la legítima adquiere la naturaleza de *pars valoris bonorum*, al dar la posibilidad al cónyuge superviviente, o incluso a la pareja de hecho, de satisfacer la legítima de los descendientes que tuviese en común con el causante mediante el pago en dinero del valor de su legítima.¹⁶³

9.4. Artículos 841 y ss. CC.

Estos preceptos prevén la satisfacción de la legítima de todos los hijos o descendientes mediante el pago en metálico de su porción hereditaria, siéndoles asignados a uno solo de los legitimarios hijo o descendiente todos los bienes del patrimonio hereditario. La particularidad es que se hace por voluntad del testador.¹⁶⁴ Su contenido se encuentra en los artículos 841 a 847 CC, que pasamos a analizar.

No obstante, debemos destacar que la voluntad del testador se traduce en otorgar la facultad de elegir al adjudicatario o adjudicatarios entre aceptar la asignación de los bienes del caudal relicto y su consecuente obligación de satisfacer en metálico la parte de los demás; o por el contrario desestimar esta opción y recibir su derecho legitimario conforme a las normas habituales.¹⁶⁵ Se trata de una facultad, como así se desprende del 842 CC, y por tanto la voluntad del testador no tiene tanto alcance.

La adjudicación de todos o parte de los bienes a alguno o varios hijos o descendientes, debe ser hecha por el testador, por el contador-partidor en caso de que el primero lo hubiese autorizado o el contador-partidor dativo a tenor del 1057 CC.¹⁶⁶ Respecto a la forma, volvemos a ver una nueva matización de libre voluntad del causante, al ser necesario el asentimiento unánime de todos los legitimarios o en su defecto aprobación

¹⁶³ Íd.

¹⁶⁴ Garrido de Palma, V.M., *op.cit.*, p. 125.

¹⁶⁵ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1521.

¹⁶⁶ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 214.

judicial.¹⁶⁷ También, con carácter previo a la intervención del juez, puede aprobarlo el Secretario judicial o el notario.¹⁶⁸

Es reseñable la consecuencia de la satisfacción de la cuota de alguno de los legitimarios, por voluntad del testador, mediante un pago en metálico. Se trata, tal y como indica la DGRN, del quebranto de la regla general de que la legítima tiene naturaleza de *pars bonorum*.¹⁶⁹ Por el contrario, nos encontraríamos ante una *pars valoris*, pudiendo incluso satisfacerse la legítima mediante el pago de metálico extra hereditario.¹⁷⁰

9.5. Artículo 1056-2 CC.

La regla contenida en este artículo, reformado con la entrada en vigor de la Ley 7/2003¹⁷¹, contempla “el pago en metálico de las legítimas para conservar indivisa una explotación o el mantenimiento del control de sociedades de capital”.¹⁷²

Esta posibilidad para el pago en metálico atiende a una finalidad concreta, que es proteger el interés de la familia y, por encima de éste, el de la empresa. La explotación en concreto se asignará a uno o varios de los legitimarios, compensando estos al resto de legitimarios su cuota sobre el patrimonio hereditario.¹⁷³

10. LA DESHEREDACIÓN.

Tal y como venimos exponiendo a lo largo de nuestro estudio, la voluntad dispositiva del causante está limitada por el sistema de legítima de nuestro derecho sucesorio. No obstante, la protección de los herederos forzosos sobre los legitimarios tiene su límite en la figura de la desheredación, que permite al testador recuperar parte de su libertad para

¹⁶⁷ Art 843 CC.

¹⁶⁸ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).

¹⁶⁹ Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2017 (BOE 16 de octubre de 2017).

¹⁷⁰ Garrido de Palma, V.M., *op.cit.*, p. 124.

¹⁷¹ Ley 7/2003 de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 2 de abril de 2003). Disposición Final 1ª.

¹⁷² Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 173.

¹⁷³ Garrido de Palma, V.M., *op.cit.*, p. 125.

determinar la privación de la legítima a uno de los legitimarios, aunque siempre con una causa prevista legalmente.¹⁷⁴

La desheredación viene regulada en los artículos 848 y siguientes del Código Civil, si bien en estos preceptos no viene una definición como tal, por lo que para definirla nos remitiremos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que habla de ella como la disposición testamentaria por la que se arrebató al heredero forzoso de su derecho de legítima por las causas previstas legalmente.¹⁷⁵

Debe señalarse, antes de exponer las causas de desheredación, algunas exigencias para poder desheredar. En primer lugar, no cabe la desheredación parcial ni la desheredación condicional. Respecto a la primera, esta posibilidad es desestimada por prácticamente todos los autores (Vallet si contempla esta posibilidad), considerando que la regulación legal quiere darle a la desheredación un carácter punitivo que no encaja en la posibilidad de desheredar parcialmente.¹⁷⁶ En lo que a la desheredación condicional respecta, la necesidad de reflejar la causa de desheredación ex artículo 849 CC impide la posibilidad de condicionar la desheredación a un motivo que todavía no ha tenido lugar; lo anterior sin perjuicio de que se pueda introducir una cláusula de perdón condicional que ponga final a la desheredación.¹⁷⁷

Además, la desheredación “sólo podrá hacerse en testamento”,¹⁷⁸ por lo que no hay posibilidad de hacerla por negocio jurídico *inter vivos*; además debe designarse claramente en testamento quién es el desheredado, sin margen de error y conforme a las reglas del 772 CC y el primer párrafo del 773.¹⁷⁹

10.1. Causas de desheredación.

Las causas de desheredación vienen recogidas en los artículos 852 a 855 del Código Civil, y debemos señalar que hay una estrecha relación de estas con las causas de indignidad, hasta el punto el 852 CC se remite al 756, conteniendo este último las causas de

¹⁷⁴ Art. 813 Código Civil.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 20 de febrero 74/1981.

¹⁷⁶ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 187.

¹⁷⁷ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1876.

¹⁷⁸ Art. 849 Código Civil.

¹⁷⁹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1877.

incapacidad para suceder por indignidad.¹⁸⁰ Estas causas recogidos en los anteriormente mencionados preceptos son las únicas por las que se puede desheredar, ya que no se puede más que por causas previstas expresamente por la ley. La interpretación de las causas debe hacerse con carácter restrictivo, y además opina la doctrina y confirma la jurisprudencia que debe respetarse la literalidad del artículo, no procediendo la inclusión de otras causas ni la interpretación analógica.

Las causas de justa desheredación, que deben ser argumentada en testamento de forma expresa, se clasifican en función del legitimario a desheredar,¹⁸¹ siendo causas comunes a todos ellos aquellas que incapacitan para suceder por indignidad.¹⁸²

10.1.1. Causas de desheredación de los descendientes.¹⁸³

- “Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda”. La simple negativa es suficiente para desheredar, independientemente de que por sentencia judicial el desheredado se hubiese visto obligado a prestar esta obligación.¹⁸⁴
- “Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”. En este sentido cabe destacar que existe una tendencia actual por parte de la jurisprudencia, incluido el Tribunal Supremo, de flexibilización de este precepto, ya que se ha considerado en numerosas sentencias que el maltrato psicológico es causa justa para desheredar, no desvirtuándose el *numerus clausus* de motivos al incluirlo como una clase de maltrato de obra.¹⁸⁵

10.1.2. Causas de desheredación de los ascendientes.¹⁸⁶

- “Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170”. Debe haber un incumplimiento grave para que se pueda alegar esta causa.
- “Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo”.

¹⁸⁰ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 207.

¹⁸¹ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 187.

¹⁸² Art. 756 Código Civil.

¹⁸³ Art. 852 y 853 Código Civil.

¹⁸⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 188.

¹⁸⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 3 de junio 258/2014 y 30 de enero 59/2015.

¹⁸⁶ Art. 854 Código Civil.

- “Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro si no hubiere habido entre ellos reconciliación”.

***10.1.3. Causas de desheredación del cónyuge supérstite.*¹⁸⁷**

- “Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”.
- “Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170.”
- “Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge”.
- “Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación”.

10.2. Los efectos de la desheredación. La desheredación sin justa causa.

Los efectos de la desheredación, siempre que esta sea por justa causa (expuestas en el apartado anterior), son la privación de la legítima al desheredado. La cuota que correspondía al legitimario pasará, en caso de tenerlos, a sus hijos o descendientes por derecho de representación a tenor de los artículos 929 y 857 CC.¹⁸⁸

No obstante, en caso de no existir justa causa, o no haberse probado, nos encontraremos ante un caso de desheredación injusta, cuyas consecuencias, previstas en el artículo 851 CC, serán la no privación de su cuota sobre el tercio de la legítima para proteger así la intangibilidad de la legítima. En consecuencia, habrá que anular la institución de heredero y subsidiariamente otras disposiciones testamentarias para respetar la legítima estricta.¹⁸⁹ Y hablamos de legítima estricta en la medida que el Tribunal Supremo ha considerado en repetidas sentencias¹⁹⁰ que solo se deben anular las disposiciones testamentarias que permitan respetar la legítima estricta, no teniendo derechos el legitimario sobre la mejora ya que existe una inconfundible voluntad del testador, mostrada a través de la desheredación (aunque fuese injusta), de mejorar al resto de descendientes en detrimento de aquél al que intentó no dejar nada.

¹⁸⁷ Art. 855 Código Civil.

¹⁸⁸ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op.cit.*, p. 188.

¹⁸⁹ Lasarte Álvarez, C., *op.cit.*, p. 211.

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 6 abril 310/1998.

10.3. La reconciliación.

La reconciliación, recogida en el artículo 856 CC, es la posibilidad de dejar sin contenido la causa de desheredación por haberse solucionado entre ambas partes. No obstante, reconciliación no es igual que perdón, ya que implica una relación bilateral, sin perjuicio de que por el perdón manifestado expresamente y en documento público pueda también extinguirse la desheredación.¹⁹¹

11. LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RELACIONADOS CON LA LEGÍTIMA.

El nuestro, como venimos diciendo, es un restrictivo sistema de libertad de disposición *mortis causa*, basado en la limitación impuesta por la intangibilidad legitimaria en los casos de sucesión testada. Tanto en este tipo de sucesión, como en la sucesión intestada, son muchos los conflictos que aparecen en la partición hereditaria, que se trata del proceso de reparto de los bienes, entre aquellos que tienen derechos sobre el haber hereditario, en función del título y cuota que les corresponde.¹⁹²

Pues bien, con razón de estas confrontaciones, que se originan por el fuerte componente emocional que acompaña a las herencias, por el sistema de imputación de donaciones y legados y la valoración de activos relictos, y la atribución de los derechos sucesorios en forma de cuota y no con afectación a bienes concretos; aparece la necesidad de dotar de medidas e instrumentos nuevos que mitiguen el alto grado de conflicto y contenciosos judiciales inherentes a la partición y adjudicación de las herencias.

Es por ello que consideramos sería recomendable, ante la posible falta de concordia entre los sucesores a la hora del reparto de bienes, el establecimiento de una mediación obligatoria en caso de no existir concordia en la partición, que podría operar tanto en aquellos casos de sucesión testamentaria en la que no hay acuerdo entre los herederos sobre la redacción detallada de la voluntad testamentaria, como en la sucesión *abintestato*.

¹⁹¹ Rivas Martínez, J.J., *op.cit.*, p. 1894.

¹⁹² Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, p. 316.

Aquí aparecen, como conflictos típicos y especialmente controvertidos, aquellos que versan sobre la imputación de donaciones y legados para el cálculo de la legítima, así como la definitiva determinación de la misma.

La mediación podría servir como instrumento para evitar, o al menos disminuir, la confrontación judicial y los gastos inherentes a la misma, además de favorecer la temprana solución de una discordancia. En la mediación no se requiere abogado ni procurador y el coste económico de recurrir a un mediador se estima muy inferior al que incurrirían las partes si optaran por la vía judicial,¹⁹³ pudiendo además actuar como mediador el propio Albacea o el Contador Partidor Testamentario, conforme establece el art. 1057 del Código Civil.

Además, esta obligación no afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se configura como un trámite de carácter previo.¹⁹⁴ Quedaría en todo caso garantizado el acceso a la vía judicial, de modo que, si no se llegara a un acuerdo entre los llamados a la herencia vía mediación, habría que recurrir a los tribunales, ocupándose estos de aquellos conflictos que no hayan podido ser solucionados de otra forma.¹⁹⁵

En tal sentido de modelo de mediación obligatoria parece dirigirse el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el día 11 de enero de 2019, la cual modificaría y desarrollaría la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.¹⁹⁶ Sobre el citado anteproyecto seguimos, a continuación, desarrollando la idoneidad de esta posible ley.

¹⁹³ Del Águila Barbero, P. (2019, 4 de febrero). La mediación, el antídoto contra el atasco judicial. *CincoDías*. (Obtenido el 6/4/2019 de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/02/01/legal/1549024995_856398.html)

¹⁹⁴ Marques Cebola, C., *La Mediación*, Marcial Pons, 2013, p. 30.

¹⁹⁵ Del Águila Barbero, P. *op.cit.*

¹⁹⁶ Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el día 11 de enero de 2019.

El Proyecto de Ley pretende articular formulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia, pasando de un modelo de mediación de carácter exclusivamente voluntario, a otro modelo de mediación conocido como de “obligatoriedad mitigada”.¹⁹⁷ Conforme a este modelo, sería obligatorio el intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas.

Según el Proyecto de Ley, esta obligación se constituye como un presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial, pero no supone una obligación de someterse a todo un proceso de mediación o de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio, sino únicamente de haber sido informado de la existencia y ventajas de esta importante figura, así como una primera sesión exploratoria del conflicto. Sin ninguna duda, agilizaría todos los conflictos en torno a la asignación de la legítima.

12. CONCLUSIONES: VALORACIÓN DE NUESTRO ACTUAL ORDENAMIENTO EN MATERIA DE LEGÍTIMAS Y POSIBLES ALTERNATIVAS.

Nuestro actual sistema sucesorio y, en concreto, de legítimas, es fruto de la evolución de los sistemas romanos, en el que la legítima no es más que un cierto límite a las cuasi ilimitadas facultades testamentarias del causante, y de los germánicos, en el que impera la sucesión forzosa con ninguna posibilidad de libre decisión sobre el devenir del patrimonio hereditario. Como ya sabemos, el resultado fue una postura ecléctica entre ambos sistemas,¹⁹⁸ pero que sin ninguna duda llevó al legislador a establecer un sistema de legítimas muy amplio tanto en cuantía de la misma como en nombramiento de herederos forzosos, con la consecuente limitación de la libertad de testar.

Parece necesario hablar del fundamento de la institución de la legítima, y cuestionarnos su validez hoy día, en tanto que, tal y como pone de manifiesto la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, “la evolución de la sociedad desde la

¹⁹⁷ *Íbid.*, p. 3.

¹⁹⁸ Gomá Lanzón, I., “¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 68

reforma del Código Civil, promulgado hace ya 130 años, hace necesario revisar determinados principios sobre los que se asienta”.¹⁹⁹

Pues bien, el sistema legitimario actual corresponde a una determinada estructura social y familiar concreta del momento histórico en el que surge, mucho antes incluso que el Código Civil. Son estas razones históricas las que explican la necesaria vinculación de los hijos y otros parientes al patrimonio familiar a través de la cuota legitimaria. Sin embargo, en nuestro tiempo no existe la limitación de la posibilidad de subsistencia únicamente con trabajo de la tierra en la que todos los miembros de la familia participaban,²⁰⁰ ni por motivos socio-demográficos ven los hijos en la herencia la única vía de independencia económica (entre otras cosas por la esperanza de vida, que provoca que en el momento de la muerte de los progenitores, por lo general, los hijos tengan edad suficiente para poder garantizarse su propio bienestar).²⁰¹

A lo anterior se le une el quebranto de la concepción de la familia existente a lo largo de los siglos, debilitándose los vínculos entre parientes. La histórica unidad y cohesión familiar era uno de los fundamentos del deber de manutención y alimentos *post mortem* con los integrantes de su familia, consagrándose esta obligación en la figura de la legítima.²⁰² Al desvirtuarse esta concepción, es inevitable el cuestionamiento de una institución focalizada en su protección.

En este contexto, se ha dejado de entender como oportuna la obligación de dejar una parte muy considerable del patrimonio, en contra de la voluntad del causante, a aquél que no ha hecho méritos para optar a este derecho.²⁰³ Es una realidad la pérdida de justificación social del sistema legitimario, no asentándose éste, en absoluto, en la *opinio iuris*. Esto

¹⁹⁹ Comisión General de Codificación, “Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar”, *Ministerio de Justicia*, 4 de febrero de 2019 (disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429170060?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DOrden+de+4+de+febrero+de+2019+por+la+que+se+encomienda+a+la+seccion+de+derecho+civil+de+la+comisio.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas; última consulta 09/04/19), p. 1.

²⁰⁰ Barrio Gallardo, A., “El ocaso de las legítimas largas”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 305.

²⁰¹ Gomá Lanzón, I., *op. cit.*, p. 69

²⁰² Barrio Gallardo, A., *op. cit.*, p. 308.

²⁰³ Gomá Lanzón, I., *op. cit.*, p. 70.

se pone de manifiesto en los numerosos negocios tendentes a evitar el cumplimiento estricto de las imposiciones del sistema de sucesión forzosa,²⁰⁴ en la que los sujetos que ven restringida su capacidad dispositiva intenta esquivarlas, mostrando, de nuevo, la inadecuación del sistema actual.

Además, y como contra argumento para aquellos que se posicionan a favor del actual sistema de legítimas (cada vez menos), encontramos la realidad de que ni muchísimo menos la supresión de la sucesión forzosa supondría la no recepción de bienes del patrimonio hereditario por los actuales legitimarios. En sistemas de gran libertad testamentaria como el catalán, los testadores suelen tratar de proteger lo máximo posible a su cónyuge (nombrándolo heredero universal), del mismo modo que son muchos los casos en los que los hijos son nombrados herederos universales pero con usufructo a favor de la pareja.²⁰⁵

Por todo ello, y en línea con la opinión de la mayoría de autores, consideramos recomendable la reforma de las legítimas en nuestro ordenamiento, por no tener arraigo en nuestra actual sociedad. Siendo quizás excesivo el cambio a la supresión total de la legítima, sí es necesario, al menos, una modificación profunda en torno a esta temática. Las reformas de las que han sido objetos los ordenamientos de otros países europeos e incluso de los derechos civiles forales, secundan la necesidad de cambio en el nuestro para moldearlo en función de las exigencias sociales.²⁰⁶

Superadas las posibles contradicciones constitucionales a la hipotética reforma y supresión de la legítima, por no considerarse el derecho a la herencia un derecho a un patrimonio hereditario concreto,²⁰⁷ el estudio de un nuevo sistema sucesorio aparece como necesario y, a pesar de la complejidad en torno al debate, inminente. Así lo ha mostrado el encargo realizado a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación de estudiar el régimen sucesorio en nuestro derecho, así como en otros ordenamientos, para argumentar la conveniencia de las posibles alternativas.²⁰⁸

²⁰⁴ Rubio Garrido, T., *op.cit.*, p. 152.

²⁰⁵ Gomá Lanzón, I., *op. cit.*, p. 74.

²⁰⁶ Comisión General de Codificación, *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁷ Barrio Gallardo, A., *op. cit.*, p. 288.

²⁰⁸ Comisión General de Codificación, *op. cit.*, p. 4.

Podemos afirmar, a la luz de lo expuesto en este epígrafe y en vista al planteamiento de modificación de la regulación de la legítima en el Código Civil, que el estudio sobre “La libertad de testar: restricción de la libertad dispositiva y sistemas y modos para la asignación de la legítima” posiblemente sufra sustanciales cambios en el futuro próximo, y así consideramos que debe ser.

BIBLIOGRAFÍA.

Legislación.

- Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el día 11 de enero de 2019.
- Código Civil.
- Constitución Española.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE 19 de mayo de 1981).
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE 9 de julio 2005).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).
- Ley 2/2006, de 29 de junio, de derecho civil de Galicia (BOE 11 de agosto de 2006).
- 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 (BOE 19 de noviembre de 2003).
- Ley 7/2003 de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 2 de abril de 2003).
- Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil (BOE 25 de abril de 1958).

Jurisprudencia.

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2008 (BOE 17 de octubre de 2008).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 2018 (BOE 31 de enero de 2018).

- Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2017 (BOE 16 de octubre de 2017).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 21 de abril 2760/1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 27 de mayo 339/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 28 de septiembre 5646/2005
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 3 de septiembre 254/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 30 de enero 59/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 6 de mayo de 1953.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de y de 29 de julio 4809/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 10 de julio 715/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 10 julio 715/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 13 de febrero de 1951.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 15 de febrero de 971/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 15 de junio 5013/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 19 de mayo 3274/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 20 de febrero 74/1981.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 21 de abril 717/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 24 de enero de 152/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 25 de octubre 7705/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 27 de mayo 339/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 28 de septiembre 695/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 28 septiembre 695/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 29 de diciembre 1939.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 29 de junio 661/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 29 de mayo 2245/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 3 de junio 258/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 30 de marzo 19240/1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 6 abril 310/1998.
- Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 12 de diciembre 1958.

Obras Doctrinales.

- Barrio Gallardo, A., “El ocaso de las legítimas largas”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 287-309.
- Carcaba Fernández, M., *Los Derechos Sucesorios del Cónyuge Viudo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.
- Casado Casado, B., “La cautela Socini y su posible consideración como sanción de derecho privado. La relevancia de esta consideración desde el punto de vista práctico”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 315-333.
- Comisión General de Codificación, “Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar”, *Ministerio de Justicia*, 4 de febrero de 2019 (disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429170060?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DOrden+de+febrero+de+2019+por+la+que+se+encomienda+a+la+seccion+de+derecho+civil+de+la+comisio.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas; última consulta 09/04/19).
- Del Águila Barbero, P. (2019, 4 de febrero). La mediación, el antídoto contra el atasco judicial. *CincoDías*. (Obtenido el 6/4/2019 de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/02/01/legal/1549024995_856398.html).
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil IV. Tomo 2. Derecho de sucesiones*, 12ª Ed., Tecnos, Madrid, 2017.

- Escribano Tortajada P., La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del descendiente incapacitado judicialmente: algunos problemas que plantea”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 395-409.
- Escriche, J., “Historia de la Legítima”, *Enciclopedia Jurídica Online*, 2018 (disponible en <https://espana.leyderecho.org/historia-de-la-legitima/>; última consulta 03/04/2019).
- Fernández Campos, J.A., “¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?”, Murga Fernández, J.P.; Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 437-460.
- Fernández Domingo, J.I., *Derecho de Sucesiones*, Reus, Madrid, 2010.
- Fernández Echegaray, L., “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 491-517.
- García Bernardo Landeta, A., “Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia: comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 257, octubre 2002, pp. 223-231.
- Garrido de Palma, V.M., “Soluciones prácticas en materia de legítimas”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 123-138.
- Gomá Lanzón, I., “¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C. (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 61-73.

- Lasarte Álvarez, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, 10ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Lledó Yagüe, F., Monje Balmaseda, O., Herrán Ortiz, A.I., Gutiérrez Barrenango, A. y Urrutia Badiola, A., *Derecho sucesorio. Cuaderno I. La sucesión mortis causa: Delación y la incapacidad para suceder. Aceptación y repudiación de la herencia. Las legítimas, las reservas, comunidad hereditaria y la partición*, 2ª Ed., Dykinson, Madrid, 2017.
- Marques Cebola, C., *La Mediación*, Marcial Pons, 2013.
- Núñez Núñez, M. “Algunas reflexiones –negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, Vargas Muñoz, J.P. (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 673 y ss.
- Pérez Ramos, C., *Cuestiones Prácticas sobre Herencias para Especialistas en Sucesiones*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones. Común y Foral. Tomo II.*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- Roca Sastre, L., “Naturaleza jurídica de la legítima”, *Revista Derecho Privado*, XXVIII, Marzo 1944, pp. 184-209.
- Rodríguez de Tejada, Galo, “Tema 110 Derecho Civil: la sucesión forzosa”, *Notarios y Registradores*, (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oposiciones/temas/tema-110-derecho-civil-notarias-y-registros-la-sucesion-forzosa/>; última consulta 03/04/2019).
- Rubio Garrido, T., “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima”, Murga Fernández, J.P. y Hornero Méndez, C.

(coord.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 141-160.

- Torres García, T., *Tratado de legítimas*, Atelier Libros, Barcelona, 2012.
- Vallet de Goytisolo, J.B., *Estudios de derecho sucesorio*, Volumen IV, Montecorvo, Madrid, 1982.
- Vela Sánchez, A.J., “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, pp. 336-360.