

ESQUEMAS DE DERECHO DE SUCESIONES

(BLOQUE 3: LEGÍTIMAS)

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO Y DEL DOBLE GRADO DERECHO
Y A.D.E.)**

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga

JESUS MARTIN FUSTER
Abogado

ACTUALIZADO A ENERO DE 2019

LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL:

1.- CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA:

- Concepto de legítima:

- No existe un concepto legal de legítima en el Código Civil. Existe una dificultad para definirla adecuadamente, dada la diversidad de formas de recibirla.

- De forma descriptiva, podría decirse que la legítima es el derecho establecido legalmente a favor de determinados parientes del causante a recibir de éste una atribución patrimonial consistente en una parte de su haber hereditario (formado por todos los bienes relictos, una vez deducidas las deudas, más todas las donaciones hechas en vida por el causante), y susceptible de recibirse bien en vida del causante a través de donaciones, o bien a su muerte por vía testamentaria, por vía intestada, o por todas o algunas de ellas a la vez, o mediante el ejercicio de acciones protectoras de la legítima (acción de suplemento, de desheredación injusta o de preterición).

- De conformidad con dicha definición:

a) La legítima es una parte de bienes de origen legal: es la ley la que, de forma imperativa, ordena al causante o testador el otorgamiento de una serie de bienes a favor de determinados parientes, por diversas vías. Ello implica:

1.- Que no puede eludirse por disposición testamentaria ese derecho de los parientes a una serie de bienes: las normas que regulan las legítimas son normas imperativas para el causante, que no pueden ser alteradas por la autonomía de la voluntad

del testador o causante, ni en cuanto a los beneficiarios ni en cuanto al montante de lo que han de recibir éstos.

2.- Ello no impide, obviamente, la renunciabilidad de la legítima por los legitimarios beneficiados, del mismo modo que cualquier heredero voluntario puede renunciar a su herencia. Esa posible renuncia no puede ser previa al llamamiento hereditario, ni por tanto anterior a la muerte del causante (art.816 CC).

Ello no impide tampoco la posibilidad de exclusión de la legítima por decisión del causante, mediante la desheredación, pero sólo en los casos en que legalmente proceda (arts. 848 ss. C.Civil).

3.- A pesar de la indisponibilidad de la legítima y de la imperatividad de las normas que la regulan, se permite al causante o testador:

- Conceder la legítima al legitimario en cualquier forma o por cualquier título (art. 815): vía herencia, vía legado, o en vida mediante donaciones, etc.
- Disponer de una parte de la legítima (sólo de los descendientes) para mejorar a alguno de sus hijos o descendientes: es el denominado tercio de “mejora”. (No hay posibilidad de “mejorar” a alguno de los ascendientes, ni de disponer de forma alguna de la legítima correspondiente a éstos, sin perjuicio de atribuirles bienes imputables a la parte de libre disposición).
- Puede incluso ordenar que se pague la legítima con dinero extraherencial.
- Puede disponer en vida más allá de la legítima, a favor de parientes o terceros, con la carga de restitución a su muerte, por inoficiosidad.

b) La legítima sólo se concede por ley a determinados parientes, y no a otros. Si el testador o causante quisiera beneficiar a otros sujetos con los mismos derechos que la ley concede a sus parientes legitimarios, no será propiamente “legítima”, sino

un derecho hereditario establecido de forma voluntaria, cuyo cálculo se hace en los mismos términos que la legítima (técnicamente, sería un legado de parte alícuota, y se imputaría a la parte de libre disposición).

- Son parientes con derecho de legítima los siguientes (art.807 CC):

- 1.- Hijos o descendientes, respecto de sus padres o ascendientes causantes.
- 2.- En defecto de los anteriores, los padres o ascendientes, respecto de sus hijos o descendientes causantes.
- 3.- El cónyuge viudo.

- No tiene la consideración de legitimario el conviviente de hecho del causante fallecido, aunque existe una corriente doctrinal mayoritaria favorable a reconocerle ese derecho, cuando se trate de convivencia estable. Incluso existe alguna sentencia (no del Tribunal Supremo) que le ha reconocido ese derecho, aplicando la analogía.

c) El montante de la legítima se determina previo cálculo del “haber hereditario”.

- El “haber hereditario” a efectos de cálculo de legítimas no es equiparable al patrimonio o caudal relicto dejado por el causante a su muerte, sino que, según el art. 818 CC, se fija del siguiente modo (es lo que antes llamamos Reunión ficticia):

- 1.- Valoración económica de los bienes relictos o bienes que quedaren a la muerte del causante en su patrimonio.
- 2.- A dicho valor se le restan las deudas y cargas de dicho patrimonio (no se incluyen dentro de las cargas las impuestas en el testamento: mandas o legados testamentarios).
- 3.- Al saldo resultante, se le añade el valor (actualizado) de todas las donaciones hechas en vida por el causante, tanto a los legitimarios como a cualesquiera otros parientes o extraños (sin incluir los llamados regalos de costumbre: arg.ex art. 1041 CC).

Esquemáticamente es: RELICTUM – DEUDAS + DONATUM

d) La legítima se puede recibir:

1.- Por vía testamentaria:

- Mediante la designación del legitimario como heredero.
- Mediante la atribución de bienes en concepto de legado.

2.- Por vía de donación o donaciones hechas en vida al legitimario.

3.- En parte a través de testamento o donación, y en parte a través de la sucesión intestada (complementando lo recibido por las otras vías), cuando no se hubieran asignado todos los bienes por testamento.

4.- Mediante el ejercicio de acción de suplemento de la legítima (cuando se recibe *inter vivos* o por testamento o intestadamente menos de lo que por legítima le correspondería), o a través de la acción de desheredación injusta, o de la acción por preterición (intencional o no intencional), cuando el causante hizo total distribución de sus bienes, sin designar bienes para uno de sus legitimarios.

- **Teorías sobre la naturaleza jurídica de la legítima:**

- Existen diversas concepciones sobre la legítima, que se han expuesto por la doctrina, y que pueden reconducirse a las siguientes:

a) Legítima como “*pars hereditatis*”: Esta teoría parte de la concepción de que la legítima es un derecho de los beneficiarios, quienes a su vez deben tener la condición de herederos o sucesores universales. Se basa en la continua referencia de la ley a los legitimarios como “herederos forzosos”.

Tiene inconvenientes: la ley parte en general de la legítima como límite a la libertad de testar, no como delación hereditaria específica. Para el cálculo de la legítima, se han deducir las deudas. Según LEC, no están legitimados activamente para pedir judicialmente la división de la herencia (art. 782 y 792 LEC). El art.815 CC admite la recepción “*por cualquier título*” (no sólo de heredero): ¿cómo justificar entonces la posición del legitimario llamado en concepto de legatario, por ejemplo?

b) Legítima como “*pars bonorum*”: Es la teoría más aceptada. Los legitimarios no son herederos, puesto que expresamente se permite que reciban la herencia por cualquier vía, sea testamentaria, intestada o *inter vivos*: se puede perfectamente ser legitimario y recibir la legítima a través de uno o varios legados, y no asumir por tanto las funciones propias del heredero. No existe en el Derecho civil común español un tercer y específico llamamiento o delación hereditaria, distinta del testamentario y el intestado, en concepto de legitimario. Tan sólo es un sujeto que tiene derecho, por ley, a recibir una parte del caudal relicto o del haber hereditario. Como tal, mientras no haya recibido su legítima en bienes concretos, tiene derecho a participar en la situación de indivisión y en la partición de la herencia, para obtener bienes hereditarios: sólo excepcionalmente tendrá que recibirlos en bienes extraherenciales.

c) Legítima como “*pars valoris bonorum*”: La legítima entendida como afección real asimilable a un derecho de garantía. No está reconocida en el CC español, salvo algún caso muy puntual (art. 839 CC).

d) Legítima como “*par valoris*”: Implica reconocer sólo un derecho de crédito a los legitimarios. No tiene cabida en nuestro derecho.

- ***El régimen jurídico de la legítima, según su origen:***

- Según el artículo 815 CC, la legítima se puede recibir “*por cualquier título*”.

- La legítima se suele caracterizar como una limitación a la libertad de testar, lo que implica que actúa en el ámbito de la sucesión testamentaria, es decir, que exige un testamento, para poder operar como límite al mismo.

- Sin embargo, las legítimas pueden funcionar también en defecto o a falta de testamento, esto es, *en la sucesión intestada*, en los siguientes casos:

1.- Respecto de la legítima del cónyuge viudo: El derecho del mismo al usufructo de una parte de la herencia o haber hereditario se produce en todo caso, haya hecho o no testamento el causante. Por tanto, en el caso de fallecimiento sin testamento, pero con cónyuge sobreviviente, habrán de realizarse las operaciones precisas para cálculo de la legítima (lo que antes denominamos “reunión ficticia” o “computación”).

2.- Respecto de cualquier legitimario (sea descendiente, ascendiente o cónyuge), cuando el causante no hizo testamento, pero sí hizo en vida una o varias donaciones. En tal circunstancia, se hace preciso de nuevo realizar las operaciones de cálculo de legítima, para conocer si con los bienes recibidos por vía intestada se cumplen o no los límites mínimos de las legítimas.

Al margen de lo anterior, analizamos a continuación la posición del legitimario, según el “título” o vía de recepción de la legítima:

a) La legítima en concepto de heredero:

- El legitimario llamado a la vez como “heredero” a la herencia de su pariente fallecido, una vez que ha aceptado el llamamiento hereditario, presenta el problema de esa doble condición: como heredero, debe en teoría respetar y acatar la voluntad del causante de forma íntegra, como cualquier otro heredero, pero a la vez, debe tener derecho a recibir su porción de bienes mínima en concepto de legítima: ¿cómo se compagina esa doble condición?

- La respuesta es que, no por el hecho de ser heredero, se pierde la condición de legitimario. Por lo tanto, como legitimario:
- 1.- Conserva las acciones propias del legitimario, si lo recibido no alcanza para cubrir su legítima.
 - 2.- No responde como legitimario de las deudas y cargas de la herencia, con las siguientes matizaciones:
 - Como legitimario, su derecho de legítima se ve afectado por las deudas hereditarias, en cuanto el pasivo hereditario reduce el contenido de la legítima.
 - Pero, al haber aceptado su condición de heredero, si no aceptó la herencia a beneficio de inventario, responderá de las deudas de forma ilimitada, más allá de lo recibido, aplicándose la regla general de la responsabilidad “*ultra vires*” del art. 1003 CC.
 - Si las deudas son superiores al activo patrimonial, no tendrá derecho de legítima alguno.
 - Ahora bien, si hubo donaciones en vida del causante, éstas no pueden ser afectadas por los acreedores hereditarios (salvo ejercicio por los mismos de acción pauliana o revocatoria, si se dan sus presupuestos), por lo que podría haber un saldo positivo en el haber hereditario, susceptible de beneficiar al legitimario (incluso aunque fuese un heredero sin BI). Sin embargo, en este último caso, tendría a la postre que responder de forma indirecta por las deudas hereditarias con los bienes recibidos por vía de reducción de donaciones, como heredero con responsabilidad *ultra vires*.
 - No responde de los legados impuestos por el testador en su testamento, de modo que cobra su legítima antes que los legatarios.
 - Puede pedir la reducción o nulidad de los legados inoficiosos, al perjudicar su legítima.

b) La legítima en concepto de legatario:

- El legitimario legatario tiene derecho a recibir su legítima de forma preferente al resto de legatarios.
- No se aplica, por tanto, lo dispuesto en el art. 887 CC, en cuanto al orden de cobro de los legatarios, cuando haya varios.

c) La legítima recibida a través de donaciones:

- Puede ser inferior o superior a lo que por legítima finalmente le va a corresponder. En el primer caso, una vez hechos los cálculos correspondientes, podrá ejercitar la acción de suplemento del art. 815 CC.

d) La legítima mediante el ejercicio de acción judicial de complemento de legítima:

- Cuando no se hubiera recibido suficiente por algunas de las vías anteriores: el art. 815 CC le faculta para ello. Deberá demandar a todos aquellos que se hubieran vistos beneficiados por la asignación inferior.

e) Mediante el ejercicio de acción judicial en caso de desheredación injusta.

f) Mediante el ejercicio de acción judicial en caso de preterición intencional o no intencional.

g) Conjuntamente, por varias de las vías anteriores.

- La doctrina mayoritaria concibe la legítima como una limitación a la libertad de testar, más que como un derecho subjetivo identificado o asimilado al derecho de que son titulares los herederos o sucesores a título universal.

- Hoy existe cierta corriente doctrinal que defiende la consideración de la legítima y de los legitimarios como herederos o sucesores a título universal, sobre la base de determinados argumentos, y recogiendo casos de llamamiento legal a los legitimarios en concepto de “herederos legales”. Estos casos serían los siguientes:

a) En caso de complemento de legítima cuando el legitimario no reciba bienes suficientes por vía de herencia, legado o donaciones.

b) En caso de desheredación injusta.

c) En caso de preterición intencional y no intencional.

- Es cierto que en tales casos, la ley llama al legitimario a recibir su legítima mediante un derecho que proviene de la reducción de las instituciones de heredero o legados, y que por tanto parece asimilarse a la posición de un heredero legítimo o intestado, dado que supone *un llamamiento legal*, que no tiene su origen, por tanto, en el testamento. Sin embargo, su posición no es equiparable plenamente a la de cualquier sucesor universal o heredero, ya que dispone únicamente de un derecho a una porción del haber hereditario, una vez deducidas las deudas, pero no sería responsable de la herencia.

- Precisamente por tratarse, según la mayoría de la doctrina, de una limitación a la libertad de testar, la legítima exige, como

regla, la existencia de un testamento, de modo que opera como limitación a la voluntad testamentaria, cuando a la muerte del testador hubiera sobrevivido alguno de los que por ley tienen la consideración de legitimarios.

- Este principio general tiene alguna excepción, como ya se ha visto: por ej., la legítima del cónyuge viudo, que se produce en todo caso, incluso aunque el testador no hubiera hecho testamento.

LA MEJORA:

Concepto de mejora: (art. 823 CC)

- Para que haya mejora, tiene que haber varios descendientes, por naturaleza o por adopción Conforme al art. 808: la legítima de los descendientes es las 2/3 partes del haber hereditario del padre y la madre. El 1/3 restante es el de libre de disposición. De los 2/3 de legítima (legítima Larga), 1/3 es de mejora, puede mejorarse a sus hijos o descendientes.

- La mejora solo se da en la línea recta descendente.

- Pueden ser mejoratarios los hijos o descendientes, sin límite de grado en la línea recta descendente; se puede por ejemplo mejorar al nieto, aun viviendo el padre.

- La mejora requiere una concurrencia plural de descendientes. Puede haber un único legitimario (ej. un solo hijo), pero que haya más descendientes: aunque hubiera un único hijo legitimario, se podría mejorar al nieto o nietos, por ejemplo. También podría tener dos hijos legitimarios, pero uno de ellos renuncia a su legítima, la estirpe de este último, no tendría derecho de representación, por lo que acrece la legítima del único legitimario aceptante, pero eso no impide que el causante pueda hacer un legado de mejora a un nieto.

- Se puede disponer de todo o parte del 1/3 de mejora: en caso de disponerse sólo de una parte por el testador (o donante) el resto aumenta la parte de legítima estricta, y se reparte por igual entre los varios legitimarios.

- **Naturaleza de la mejora**: El tercio de mejora es la porción de bienes de que puede el causante disponer a favor de sus descendientes. (Nada impide al testador o causante beneficiar aún más a alguno de sus descendientes, disponiendo en su favor del 1/3 de libre disposición).

- Hay varias tesis doctrinales:

García Granero: el tercio de mejora es una legítima condicional, porque solo formara parte de la legítima si el causante no ha dispuesto de él, puede el testador no disponer de él, y si no dispone, los 2/3 sería de legítima estricta.

Lacruz Berdejo: cuando no se atribuya a hijo o descendiente quedara como legítima. Es parecida a la primera.

- **Sujetos de la Mejora**: ¿Quién puede mejorar?

- Art. 830 CC: La facultad de mejorar sólo es del testador.

- Excepción: Art. 831: facultades al cónyuge en testamento, para que fallecido el testador, pueda el cónyuge mejorar a los hijos o descendientes comunes.

- El testamento puede encomendar al cónyuge viudo que mejore a hijos o descendientes comunes, a voluntad del viudo, incluso con cargo al tercio de libre disposición. Puede incluso hacer particiones, y hacer liquidación del régimen de gananciales. Se permite también para el caso de que no estén casados (art. 831.6). Puede el cónyuge administrar los bienes que no han sido adjudicados.

- **Objeto de la mejora:** Los art. 829 y 832 CC se refieren a ello. Este último dice que cuando se otorgue la mejora, si no se ha especificado los bienes concretos, será en el tercio de mejora y se deberán cumplir las normas referidas a la formación de lotes, de los arts. 1061 y 1062cc.

- **Carácter expreso o tácito de la mejora:**

- El código nos dice respecto de la mejora (art. 825), el principio general de que la mejora debe ser expresa: para que la donación se impute al tercio de mejora, es necesario que se exprese en la donación.

- Pero es una norma referida a las donaciones en vida. Cabe la posibilidad de la mejora a través de legados en cuyo caso el art. 828 CC dice que cabe excepcionalmente que sea tácita.

- Por tanto, es posible la mejora tácita. El art. 828 cc permite la llamada mejora tácita, cuando se hace mediante legado: en concreto, cuando el testador en su testamento otorgo un legado a favor de alguien que a la vez ha nombrado junto con los demás hermanos heredero universal, ese legado tendrá consideración de mejora tácita.

- Otros casos posibles (no exhaustivos):

a) Una donación hecha en vida con dispensa de colación, es mejora tácita porque el testador había querido dotar de más bienes a un legitimario respecto de los otros

b) Si el testador nombra a dos legitimarios para la legítima estricta, y otros dos son herederos universales. Se está mejorando al nombrarlo heredero universal, es una mejora tácita.

- **Revocabilidad de la mejora:**

- El art. 827 CC dice que la mejora será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con tercero.

- ¿Qué significa que la mejora es revocable? Por ej, si se ha hecho en vida una donación como mejora, ¿significa eso que se puede revocar la donación? No, salvo en los casos legales de revocación de donaciones. Lo que el causante puede revocar es la cualificación de mejora, pero no la donación, porque la donaciones tienen sus causas concretas de revocabilidad (por ingratitud, por incumplimiento de un modo, por supervivencia o superveniencia de hijos). Lo que si se puede revocar es la cualidad de mejora, y se puede hacer en cualquier momento y sin sujeción a límites o condiciones.

- En cuanto a la forma para revocar la mejora, se puede hacer por testamento, o mediante Escritura pública, si la donación se hizo en esa forma. No existe un requisito de forma concreto para revocar la cualidad de mejora de una donación o legado.

- Excepciones: capitulaciones matrimoniales y contrato oneroso con tercero (art. 827 CC). En este último caso, al existir un tercero, puede ser que se hubiera entregado algo al mejorante, a cambio de que el testador mejore al legitimario: en este caso, la mejora es irrevocable como consecuencia de la bilateralidad inherente al acuerdo.

- En cuanto a las capitulaciones matrimoniales, no es un contrato oneroso, pero ese compromiso es bilateral y tiene cierto toque de onerosidad.

- Extinción de la mejora:

a) Causas de extinción de las mejoras no revocables:

Por renuncia del mejorado (art. 833).

Por nulidad del contrato en que conste. Ej: si se realizó la mejora por donación y la donación es nula, también se extingue la mejora

Por falta de cumplimiento de las condiciones o pactos estipulados. Art. 827 CC.
Por no caber la mejora en el tercio destinado a ese objeto destinado por la ley.

b) Causas de extinción de las mejoras revocables:

1. Voluntad del mejorante.
2. Renuncia del mejorado.
3. Incumplimiento de las condiciones suspensivas de las que dependían
4. Por fallecimiento del mejoratario antes que el testador, o por ministerio de la ley.
5. Por ser el pasivo mayor que el activo
6. Por nulidad del testamento

LA LEGITIMA DE LOS ASCENDIENTES:

- Solo funciona a falta de descendientes del causante. Si el causante tiene descendientes pero son indignos o han repudiado, los ascendientes no tienen derecho, se abriría la sucesión intestada.

- Según el art. 809, constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

- Hay que tener en cuenta, una norma complementaria: el art. 812 CC, que regula el derecho de reversión legal de los ascendientes.

Artículo 812.

Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.

La reversión legal significa que habiendo fallecido un hijo, antes que los ascendientes, y estos padres ascendientes hicieron una donación al descendiente, si ese hijo cuya sucesión se abre muere sin posteridad o descendencia, revierte la donación a los ascendientes, pero NO SE COMPUTA PARA LA LEGITIMA. Es como un *plus*.

- **LA LEGITIMA DEL CÓNYUGE VIUDO**

Se regula a partir del art. 834 que regula los derechos del cónyuge viudo:

El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Si concurre con ascendientes, tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (haber hereditario).

Si no concurre con descendientes ni ascendientes, su derecho será el usufructo de las 2/3 partes del haber hereditario: esto sucederá cuando el causante carezca de tales parientes (o sean desheredados) y haya hecho testamento y nombrado como herederos o legatarios a terceros no parientes próximos.

Ahora bien, el cónyuge tiene derecho a legitima, siempre que no haya separación, sea la causa que fuera por la que se hayan separado.

El art. 835 CC dispone, en caso de reconciliación de los cónyuges:

Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos

No habrá derecho de legítima a favor del cónyuge si en el momento del fallecimiento no había ya convivencia. La norma citada pone el acento, en cuanto a la reconciliación, en la exigencia de notificación al Juzgado de la reconciliación, aunque resulta dudoso que no valga si no hay tal notificación.

El ex cónyuge divorciado, también carece de derecho de legítima, así como el cónyuge cuyo matrimonio fue anulado.

- Forma de pago al cónyuge viudo: Art. 839 y 840cc

Artículo 839.

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

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

-No se dice que el cónyuge vaya a recibir en propiedad bienes de la herencia: recibirá una renta, usufructo o capital en dinero. Mientras no se concrete el derecho del cónyuge viudo, estarán afectos los bienes de la herencia al pago de su usufructo.

Artículo 840.

Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea

satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

Este art. fue modificado en 2005, porque era inconstitucional, dado que lesionaba a los hijos adulterinos. Ahora se refiere a hijos solo del causante, sea cual sea su procedencia y filiación. Es el único caso en el que se permite lotes de bienes en propiedad en favor del cónyuge, para que no se tenga que relacionar con hijos del otro cónyuge tenidos con otra persona, durante la vigencia del matrimonio, o antes. También se le puede asignar un capital de dinero.

CALCULO Y ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA. IMPUTACION DE DONACIONES Y LEGADOS:

INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGITIMA.

Tras calcularse el montante de la legítima, debe realizarse las correspondientes imputaciones a los distintos tercios o bloques de todas las donaciones y legados efectuados por el testador, siempre atendiendo al mandato legal de los art. 819, 825 y 828 CC, fundamentalmente. En la medida en que la donación o legado concreto vulnere los límites legales impuestos por el respeto de las legítimas, una vez hecha la imputación, deberá reducirse o revocarse en su integridad, por ser inoficiosa. Ello arroja el siguiente resultado:

A) DONACIONES:

1.- Donaciones hechas en vida a legitimarios: ¿a qué tercio debe cargarse o imputarse esa donación, al tercio de legítima estricta, al de mejora o al de libre disposición?

El art. 819 CC establece que las donaciones hechas a hijos (legitimarios) se imputarán al tercio de legítima. Nos referimos a las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejora: se imputarán a su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.

Si esa donación excede de la parte de legítima estricta correspondiente a ese legitimario, se considera que el exceso se imputará al tercio de libre disposición, porque no hay que tratar de peor condición a los legitimarios que a los extraños. No se puede imputar ese exceso al tercio de mejora porque ésta debe ser expresa conforme al art. 825. Los autores se plantean si en el tercio de libre disposición no hubiera suficiente, si se imputaría en última instancia al tercio de mejora. Todo depende de si el inciso final del art. 828, referido a legados a legitimarios, se puede aplicar por analogía a las donaciones a legitimarios. Si no es así, y hay todavía exceso por cubrir, se podría ver entonces reducida por inoficiosa.

Si la donación al legitimario se hizo en concepto de mejora, se imputará a ese tercio, y si excede, irá al de legítima, y finalmente al de libre disposición. Solo cuando exceda, se reducirá por inoficiosa.

2.- Donaciones a descendientes no legitimarios (ej: nieto):

Si no es en concepto de mejora, se imputa al tercio de libre disposición. Si sobrepasa, el exceso debería dar lugar a la reducción y no imputarlo al tercio de mejora.

Si es mejora, al tercio de mejora. Y el exceso, al tercio de libre disposición. Si aun así excede, hay que reducirlo por inoficioso (tiene que tener una misma solución al caso de los descendientes legitimarios)

3.- Donaciones a ascendientes:

Si no son legitimarios: se carga al tercio de libre disposición. Si excede, el exceso es inoficioso y hay que reducirlo

Si son legitimarios (porque no hay descendientes legitimarios.): se imputa a su legítima (1/2) y el exceso a la mitad de libre disposición (aquí no hay mejora)

4.- Donaciones a extraños: Se imputan siempre al tercio de libre disposición, y lo que exceda se reduce por inoficiosa

Cuando hay varias donaciones y alguna de ellas hay que reducirlas, el art. 656, dice que las donaciones se reducen por orden cronológico descendiente: las más recientes, antes que las más antiguas.

B) LEGADOS:

1.- Legados a legitimarios:

El art. 828 CC establece que si son hechos a hijos o descendientes sólo se considerarán mejoras cuando así lo haya declarado expresamente el testador, o cuando no quepan en la parte libre. Eso implica:

Si ese legado al legitimario no fue en concepto de mejora, se imputa a su legítima estricta, y si excede de la parte de legítima estricta, el exceso se imputará al tercio de libre disposición. Y si excede, aunque no sea expresamente en concepto de mejora, la ley ordena que se impute al tercio de mejora, como modo de lograr a ultranza cumplir la voluntad testamentaria de beneficiar a uno de sus hijos o descendientes por encima de los demás. La ley considera que los legados hechos a legitimarios, siempre tienen la consideración de mejora tácita. Si aun así excede, ya sí se podría ver entonces reducida por inoficiosa.

Si el legado al legitimario se hizo en concepto de mejora, se imputará a ese tercio, y si excede, irá al de legítima, y

finalmente al de libre disposición. Solo cuando exceda, se reducirá por inoficiosa.

2.- Legados a descendientes no legitimarios (ej: nieto):

Si no es en concepto de mejora, se imputa al tercio de libre disposición. Si sobrepasa, el exceso se imputará al tercio de mejora, por mandato del art. 828 CC in fine.

Si es mejora, al tercio de mejora. Y el exceso, al tercio de libre disposición. Si aun así excede, hay que reducirlo por inoficioso (tiene que tener una misma solución al caso de los descendientes legitimarios)

3.- Legados a ascendientes:

Si no son legitimarios: se carga al tercio de libre disposición. Si excede, el exceso es inoficioso y hay que reducirlo

Si son legitimarios (porque no hay descendientes legitimarios.): se imputa a su legitima (1/2) y el exceso a la mitad de libre disposición (aquí no hay mejora).

4.- Legados a extraños: Se imputan siempre al tercio de libre disposición, y lo que exceda se reduce por inoficioso.

¿Qué ocurre cuando hay pluralidad de donaciones o pluralidad de legados y hay que reducir? ¿Cómo reducimos? ¿Cuál es el orden? ¿Para reducir por dónde empezamos?

El artículo 815 no nos dice la forma, simplemente establece que se podrá pedir el complemento de la legítima. Solo existen dos artículos que regulan de alguna forma ese orden: arts. 814 y 820 CC, complementados con arts.851 y 655 CC.

1.- Las donaciones tienen prioridad a los legados. El artículo 820 establece este criterio. Esto es así, porque la donaciones es un negocio inter vivos que ya produjo su eficacia, por lo que deshacer las donaciones es más complicado. Aunque los legados sean atribución de bienes en propiedad, y aunque se adquieren de forma automática, la posesión del legado no se adquiere hasta que se haya liquidado la herencia. Por tanto, su propiedad efectiva, estará condicionada a que se liquide la herencia y finalmente sea posible cumplir el legado tal como lo ordenó el testador.

No obstante, en la regulación del art.814 CC, cuando hay preterición (omisión de un heredero o legatario que debería de haber sido nombrado y no ha sido; artículo 814), se establece que la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Por tanto, de esta norma se deduce que, primero se reduce la institución de heredero voluntaria, después los legados y finalmente, los donatarios.

Pero si los herederos son legitimarios: no se puede tocar la institución de heredero.

Si no existen herederos voluntarios, vamos a los legados, el testador puede conforme al artículo 820.2: La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna. Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

Regla general: a prorrata. Excepción: si privilegia a un legado, se reducirán los demás, antes que ese.

2.- Donaciones: Si no hay más remedio que recurrir a las donaciones para cubrir las legítimas, el artículo 656 CC ordena que primero se reducen las más recientes, y después las más antiguas.

-En materia de desheredación, sucede lo mismo: artículo 851 CC: La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima. De nuevo el mismo orden: 1. Herencia. 2. Legados. Y 3. Donaciones.

Sin embargo, en todo caso habrá que estar a la voluntad del testador, que podría alterar este orden en testamento.

INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA:

- Junto a la antes denominada intangibilidad cuantitativa de la legítima (entendida como prohibición de otorgar al legitimario una cantidad de bienes por un valor inferior al legal), se habla también de la intangibilidad cualitativa de la legítima como otro principio del Derecho sucesorio, que tendría dos ramificaciones o manifestaciones:

a) El legitimario tiene derecho a recibir su legítima en bienes hereditarios.

b) Los bienes recibidos por los legitimarios en concepto de legítima deben ser libres, y no estar gravados con cargas a favor de terceros o de otros legitimarios.

- Sin embargo, estas dos manifestaciones deben ser examinadas por separado para concretar las posibles excepciones:

1.- El derecho a percibir la legítima en bienes hereditarios, y sus excepciones:

Históricamente se ha tratado de ser restrictivo a la hora de admitir la posibilidad de que el legitimario recibiera su legítima

mediante bienes extraherenciales. Sin embargo, la realidad legal presente es la de admisión de múltiples excepciones a la regla. En concreto, se admiten las siguientes:

a) Los artículos 841 ss. CC: el posible pago en metálico de la legítima (a este asunto dedicamos un apartado especial a continuación).

b) El art. 1056.2 CC: partición hecha por el testador con asignación a uno de los herederos una explotación económica o el control de una sociedad de capital o grupo de sociedades. En este supuesto, se autoriza por la ley el pago de su derecho a los demás herederos (incluidos posibles legitimarios) con dinero extraherencial, en determinadas condiciones. No obstante, si el testador no hubiera establecido con precisión esa posible forma de pago, los legitimarios podrían exigir el pago con bienes herenciales.

c) Legado de finca que no admita cómoda división (art. 821 CC): Se permite la adjudicación total al legatario, con obligación de pago en dinero extraherencial a los demás herederos y legitimarios.

d) Mejora en cosa determinada (art.829 CC): Si su valor excede de la mejora y del valor de legítima correspondiente al mejoratario, debe éste abonar a los demás (sean legitimarios o herederos no legitimarios) su deferencia en metálico extraherencial.

e) En el caso de la legítima del cónyuge viudo, es posible el pago de su legítima en metálico extraherencial, siempre previo acuerdo entre aquél y los herederos (art.839 CC).

- Examen de los artículos 841 ss. del Código Civil:

2.- El derecho a percibir la legítima en bienes libres, y los posibles casos de gravamen de la legítima. Las denominadas cautelas socinianas o cláusulas de opción compensatoria:

- La ley establece un principio general: que los bienes recibidos en concepto de legítima por el legitimario no pueden estar gravados (art. 813.2 CC).
- En caso de establecerse en un testamento, se entiende como nula de pleno derecho la cláusula que lo imponga, y se tiene como no puesto el gravamen, sea de tipo que sea.
- Ello no impide la renuncia del legitimario a su legítima libre, de modo que pueda “a posteriori” cumplir la voluntad del testador atribuyendo a tercero una ventaja o carga sobre los bienes objeto de su legítima. Pero se trataría de un negocio ulterior sin la consideración propia de sucesión MC.
- Al margen de lo anterior, como ahora se verá, es posible y lícito por el legitimario la aceptación por el mismo de cláusulas testamentarias en las que se obtengan otras ventajas mayores a cambio del gravamen de su legítima (cláusulas o cautelas de opción compensatoria).
- Se considera que existe tal gravamen de la legítima cuando (art.813 CC):

a) Los bienes recibidos en concepto de legítima no son derechos plenos, sino que están gravados con un derecho real limitativo de dominio a favor de otro u otros sujetos (sean herederos o no): servidumbres, derechos de usufructo, hipotecas o cargas reales, etc..

- No se considera que existe tal gravamen respecto de bienes del causante que ya lo estuvieran, siempre que la valoración de los mismos se hubiera realizado adecuadamente, en cuanto a la asignación cuantitativa de la legítima.

b) Imposición al legitimario de condiciones o términos. (Aunque el art.813 CC hable sólo de “condición”, ha de entenderse la expresión en sentido amplio).

c) Imposición de sustitución de ninguna especie: se refiera la norma a las sustituciones fideicomisarias, del tipo de que sea, así como de cualquier otra limitación o prohibición de disponer de las reguladas en los artículos 785 a 788 C.Civil. No se considera “carga” a estos efectos la previsión del testador de que si el legitimario repudia o no puede heredar, se le nombre un sustituto vulgar para ese caso.

- La prohibición de gravar la legítima se aplica en toda su plenitud al tercio de legítima estricta de los descendientes legitimarios, y a la parte de legítima de los ascendientes. No así al tercio de mejora, que pueden estar gravado, en tanto lo sea a favor de otros hijos o descendientes del causante.

- Tampoco puede estar gravado con otro tipo de cargas, limitaciones o condiciones la legítima del cónyuge viudo (su usufructo vitalicio sobre una parte de la herencia, en función de con quién concurra).

- Son excepciones a ese principio general de prohibición de gravar los bienes objeto de legítima, las siguientes:

a) El gravamen, en forma de usufructo vitalicio, a favor del cónyuge viudo, sobre los bienes correspondientes al tercio de mejora, cuando concurre con los legitimarios descendientes (art.834CC).

- No hay gravamen de la legítima cuando el cónyuge concurre con legitimarios ascendientes, ya que en tal caso el usufructo es de la mitad de la herencia (art. 809 CC), mientras que la legítima de aquellos se reduce a una tercera parte del haber hereditario (art.837 CC), sin el gravamen del citado usufructo.

b) El tercio de mejora de los descendientes legitimarios, el cual puede ser gravado con cualquier tipo de carga, siempre que sea a favor de otros legitimarios o de descendientes ulteriores del causante, no legitimarios (arts. 823 y 824 CC). Dentro del principio general de prohibición del gravamen de la legítima no entra el tercio de mejora, que puede serlo siempre a favor de cualquier hijo o descendiente del causante.

c) La Ley 41/2003 de 18 de noviembre introdujo también (art.808.3 CC) la posibilidad del gravamen del tercio de legítima estricta de todos los descendientes legitimarios a favor de un hijo o descendiente ya incapacitado judicialmente: ese gravamen sólo puede ser en forma de una sustitución fideicomisaria, siendo heredero fiduciario el incapacitado, y a su fallecimiento, recibirán su legítima libre los restantes descendientes del causante cuya legítima ha sido gravada. Aunque no lo dice la norma, parece factible también el gravamen del tercio de mejora a favor del hijo o descendiente incapacitado, pero en aplicación de la regla prevista en los antes citados arts. 823 y 824 CC.

d) La práctica jurídica y la jurisprudencia admiten el gravamen de la legítima mediante las llamadas cautelas de opción compensatoria o cautelas socinianas.

- Las cautelas de opción compensatoria o cautelas socinianas:

- En estas cláusulas o cautelas el procedimiento siempre consiste en imponer restricciones o cargas a la libre disponibilidad

de los legitimarios de su parte de legítima, a cambio de una compensación consistente en recibir, normalmente en propiedad, una porción superior de bienes que los estrictos de la legítima (corta o larga, según los casos).

- Son múltiples las posibles modalidades susceptibles de establecerse en un testamento. Posibles cláusulas de este tipo pueden ser las siguientes:

a) La más usual es la designación de los hijos del causante como herederos universales, como la condición de soportar que el cónyuge viudo disponga del usufructo universal vitalicio sobre todos los bienes de la herencia, ofreciendo como opción la de quedarse con su legítima estricta, en caso de negarse a ello. Se trata con ello de garantizar al viudo los medios suficientes para subsistir durante el resto de su vida, de modo que se purifica a su fallecimiento el derecho hereditario de los legitimarios descendientes.

- **Justificación de la legalidad de estas cláusulas testamentarias:**

- Hoy día se acepta sin problema la legalidad de estas cláusulas con base en los siguientes argumentos:

a) No hay una infracción legal en la disposición testamentaria que las establece, ya que se trata de unas cláusulas que no vulneran propiamente el derecho de legítima, sino que permiten al legitimario elegir entre dos opciones, entre ellas la de recibir su legítima estricta, tal como ordena la ley. No ha razones de orden público suficientemente poderosas que impidan la aceptación –siempre libre- para el legitimario de una forma distinta de recibir su legítima (como **mínimo**, si no más).

b) Existe alguna disposición legal (v.gr. el art. 820.3 CC) que dan cauce a esta posibilidad en un caso concreto (legado de usufructo o renta vitalicia con valor superior a la parte disponible: la misma ley faculta a los legitimarios para elegir).

c) No hay en ellas base para un posible vicio del consentimiento en la aceptación (por presunta *amenaza o coacción* por parte del propio testador). Por mucho que éste se exprese en unos términos coactivos, el pariente con derecho de legítima

tiene siempre derecho a optar por recibir el mínimo en que consiste su legítima, sin plegarse a las posibles exigencias del testador.

d) Parece lógico suponer que quien puede lo más (como es, para el heredero, repudiar íntegramente la herencia), debe poder lo menos, como es aceptar un gravamen de su legítima, siempre con la contrapartida de un beneficio mayor, y cumpliendo así los deseos del testador.

e) La jurisprudencia ha admitido este tipo de cláusulas en diversas sentencias.

f) Por supuesto, si el valor económico de la alternativa propuesta por el testador al legitimario, una vez tasada, resulta ser inferior al valor patrimonial teórico correspondiente a su legítima, tendría la posibilidad de una acción de suplemento (aunque siempre le cabe la renuncia “a posteriori” de esa facultad). Lo contrario iría en contra de la imperatividad de las normas sobre legítimas.

- Entendemos que es lícito el gravamen del tercio de mejora, aunque sea a favor de terceros distintos de los posibles mejoratarios (hijos o descendientes del causante), incluso aunque se imponga a todos ellos, a pesar de lo dispuesto literalmente en el art. 824 CC.

Parece lógico suponer que si se puede gravar la legítima estricta, con más motivo debe poder serlo el tercio de mejora.

LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN.

LA PRETERICIÓN:

- Partiendo de la regla general de que las legítimas son una limitación a la libertad de testar, la preterición consiste en la

omisión voluntaria o involuntaria en testamento de alguno de los legitimarios o herederos forzosos. Se trata de la omisión por cualquier vía, ya sea en concepto de herederos, ya en el de legatarios, ya por vía de donaciones inter vivos. Se regula en el art. 814 CC.

- No habrá preterición u omisión del legitimario, cuando la sucesión se defiere en parte por testamento y en parte por ley (abintestato), ya que en todo caso será llamado por ley. Cuestión distinta entonces es que no reciba todo lo que le correspondería como legitimario, en cuyo caso tendrá la acción de suplemento del art. 815 CC y de reducción de la institución de heredero o de los legados.

- La ley pretende que la preterición no pueda ser un cauce de privación de la legítima a los legitimarios, y para ello ordena que *“La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima”* (art.814, parr. 1º CC).

- Es discutido en doctrina si la preterición implica o engloba o no a la antigua protección de la “legítima formal”, o sólo alcanza a la “legítima material”.

- No hay preterición aunque no se cite explícitamente el nombre del legitimario o legitimarios, si del testamento se puede deducir su identidad, aunque sea por vía indirecta.

- ¿Existe preterición si el testamento (finalmente válido y aplicable) es de fecha anterior al nacimiento de algunos hijos o descendientes con derecho de legítima? Parece lógico suponer que sí hay preterición. Es más dudoso resolver si esa preterición es no intencional (por no haberla previsto el testador) o es intencional de forma tácita (al no haber alterado el testamento con posterioridad ni haber previsto esa eventualidad en las cláusulas testamentarias). Probablemente, haya que estar a las circunstancias del caso.

- Lo mismo cabe decir en caso de ignorancia del testador del previo nacimiento del hijo o descendiente en el momento de testar.

- La discusión acerca de la legítima formal-legítimas material, lleva a plantear las siguientes cuestiones:

a) ¿Hay preterición cuando no se menciona al legitimario en el testamento, pero en vida recibió bienes del testador por vía de donación?:

- Parece claro que, dado que la legítima se puede recibir por cualquier título, no habría preterición en tal caso, si resulta que lo recibido en vida del causante por donación cubre su legítima. Si no es así, tendrá la acción de suplemento, pero no podrá servirse de la acción de preterición.

- No obstante, si la preterición fue no intencional, entonces sí que debería disponer el legitimario de acción, ya que respondería a la voluntad del causante, de haber conocido que existía o había sobrevivido ese legitimario descendiente, el haber distribuido la herencia de otro modo. La acción de suplemento se antoja en tal caso como insuficiente e inapropiada. Por tanto, podría anular todas las atribuciones patrimoniales, y remitir a las reglas de la sucesión intestada, si fuese el único descendiente, o al menos anular la institución de heredero voluntario, si había otros descendientes con derecho de legítima.

b) ¿Hay preterición cuando el testador mencione al legitimario en testamento, pero no le atribuya nada, por manifestar que ya se le dio en vida a través de donaciones (y luego resulte que no era así)?:

- No parece que sea un supuesto de preterición, ya que ni se le ha omitido formalmente (en cuanto aparece reconocido como legitimario en el testamento mismo), ni ha habido omisión de bienes a su favor, ya que, si no los recibió por vía de donación, en vida del causante, los recibirá vía sucesión intestada (respecto de aquellos bienes no distribuidos por testamento).

b) ¿Hay preterición cuando el testador mencione al legitimario en testamento, manifieste que ya se le dio en vida a través de donaciones (y luego resulte que no era así), y a la vez distribuya todos sus bienes por testamento y no le atribuya nada?:

- En tal caso, sí parece razonable concederle la acción de preterición, aun cuando se trate de un supuesto muy cercano a la desheredación injusta. De todos modos, los efectos jurídicos serían los mismos.

- La duda reside en que esa omisión de una atribución material de bienes puede ser debida a una deliberada voluntad del testador de no atribuirle nada (mayoría de los casos), de modo que estaremos, si no directamente, sí por analogía, ante una preterición intencional, con sus efectos propios. Pero también podría ser debida a un error del propio testador (v.gr. en testamento ológrafo), en cuyo caso se aproximaría más a una preterición no intencional.

- La norma distingue entre preterición de descendientes legitimarios, por un lado, y de ascendientes legitimarios y cónyuge, por otro, y dentro de la primera, según que se intencional o no intencional:

a) Preterición de ascendientes legitimarios y de cónyuge:

- Se aplica el art. 814.1º CC: se reduce la institución de heredero (voluntario), y si fuera necesario, los legados.

b) Preterición de descendientes legitimarios:

- Hay que distinguir según que sea intencional o no intencional:

b.1.- Preterición intencional:

- Se basa en una deliberada voluntad del testador de excluir a uno de sus legitimarios, no teniendo derecho a ello (por el carácter imperativo de la legítima, y no concurrir causa alguna de para desheredarlo). La ley busca su equiparación a la desheredación injusta, pues ambos supuestos responden al mismo patrón en el modo de actuar del testador: exclusión

caprichosa y sin fundamento de uno o varios legitimarios.

- La norma (art.814.1 CC) dispone la regla citada de que se reduce la institución de heredero (voluntario), y si fuera necesario, los legados.

B.2.- Preterición no intencional:

- Puesto que no se trata de una omisión deliberada de uno o varios legitimarios, sino desconocida o ignorada por el testador, su fundamento es más propio de un error testamentario, y como tal, el legislador se remite en sus efectos a lo que pretendidamente hubiera querido el testador, si hubiera conocido la realidad (que tenía uno o varios descendientes legitimarios). De ahí sus efectos:

- a) Si fueron preteridos todos, se anulan todas las disposiciones testamentarias patrimoniales.
- b) Si sólo fue preterido alguno, se anula la institución de heredero, y luego si fuere preciso, los legados. Si hubo institución a favor del cónyuge, sólo se anula en cuanto perjudique las legítimas.

LA DESHEREDACIÓN:

- La desheredación supone la privación de la legítima realizada mediante manifestación expresa de voluntad por el causante en testamento, siempre que concurra alguna de las causas concretas señaladas por la ley (en los artículos 852 a 855 C.Civil).

- En el testamento habrá de expresarse la causa concreta en que se funde la desheredación (art. 849 CC), lo cual implica su

improcedencia, a pesar de hacerse manifestación expresa en testamento, si en éste simplemente se deshereda, pero no se determina la causa.

- Nos estamos refiriendo a la desheredación denominada “justa”, que es la que cumple las exigencias legales, y que es la única que permite la privación de la legítima a los legitimarios por disposición del testador.

- No es necesario que el testamento contenga adicionalmente la forma alternativa de distribución de bienes a la muerte del testador, pudiendo bastar con que sólo se contenga cláusula de desheredación, en cuyo caso los restantes legitimarios recibirían su legítima por vía intestada (con exclusión del desheredado), siempre que éste no sea descendiente del causante y no tenga a su vez descendientes (en cuyo caso procedería el derecho de representación: art. 857 CC). .

- Por tratarse de disposición voluntaria autorizada por la ley, el testador puede disponer la desheredación total del legitimario, pero también la desheredación parcial, con atribución de algún bien que no alcance el límite mínimo de lo que le correspondería.

- También por ser disposición voluntaria, el testador, antes de morir, puede ordenar en testamento la revocación de la cláusula de desheredación, o bien producirse la reconciliación con el desheredado.

En este último caso, el art. 856 CC no especifica cómo ha de producirse dicha reconciliación. En general, puede ser bilateral, y en principio sin sujeción a una forma concreta. No obstante, puede ser también unilateral, en cuyo caso el testador debería hacerlo en testamento, no bastando con una manifestación genérica, contenida en el testamento, de perdón general de sus ofensores, sino que ha de ser concreta. Una vez hecha, la reconciliación es irrevocable, lo que no impide al testador volver a desheredarle en un ulterior testamento, por distinta causa (o incluso por la misma, pero siempre que corresponda a hechos o actos nuevos o sobrevenidos).

- La desheredación se diferencia de las causas de indignidad en que estas últimas funcionan de forma automática, y no

exigen una manifestación de voluntad del causante, y afectan a todo tipo de sucesiones (testada e intestada, y legitimaria), y a todo tipo de sucesores (herederos y legatarios). No hay además coincidencia total entre las causas de indignidad y de desheredación, sino sólo parcial (art. 852 CC). Además, las causas de desheredación han de ser siempre anteriores a la redacción del testamento que deshereda, mientras que las de indignidad pueden ser anteriores al testamento, o anteriores a la muerte del causante, o incluso posteriores a ella. Probablemente deberían haberse revisado por el legislador las causas de desheredación cuando, en el año 2015, acometió la reforma de las causas de indignidad del art. 756 CC.

- En cuanto al modo de funcionamiento de la desheredación justa:

a) Lo primero es que el causante haga testamento donde incluya la causa de desheredación de uno o varios de sus legitimarios.

b) Una vez muerto el causante y abierta la sucesión, el desheredado puede aceptar la causa alegada, por lo que no requerirá prueba.

c) Pero si no la acepta y la niega, entonces debe procederse a la prueba de la concurrencia de la causa de desheredación alegada en el testamento. Esa prueba corresponderá a los herederos del testador.

Esta prueba plantea un problema de demostración de la causa, tiempo después de haber ocurrido el evento determinante de la desheredación, siendo complicada la prueba en manos de los herederos. Por tal motivo, las causas legales de desheredación deberían ser muy precisas y concretas, y ser susceptibles de prueba. En los últimos tiempos, incluso se están llegando a adjuntar al testamento en el que se deshereda, documentos anejos para dejar constancia de la causa, a efectos de ulterior prueba por los herederos.

- El Código civil distingue entre causas generales de desheredación (art. 852 CC), que remite a las causas de indignidad 1ª, 2ª, 3ª, 5ª y 6ª del art. 756y luego causas específicas, según quien sea el concreto legitimario desheredado:

- Art. 853 CC: Causas para desheredar a hijos y descendientes del causante.

- Art. 854 CC: Causas para desheredar a padres y ascendientes del causante.
- Art.855 CC: Causas para desheredar al cónyuge.

- Cuando no se da alguna de estas causas, entonces estaremos ante una desheredación “injusta”, que dará lugar a una acción por parte del desheredado para el reconocimiento de su derecho de legítima.

- La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado y flexibilizado las causas de desheredación de los hijos y descendientes, por parte del causante ascendiente, ampliando y adaptando a la realidad social la causa del art. 853.2º CC (“Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”). Véanse al respecto las SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015. No obstante, la reciente STS de 27 de junio de 2018 parece haber reconsiderado los límites de esa nueva doctrina jurisprudencial.

Debe tenerse en cuenta que el legislador, mientras no haya una reforma legal en la línea de acoger la libertad de testar, considera que las causas de desheredación son *excepcionales*, y que se basan primordialmente en *una conducta imputable o reprochable* del desheredado.

- Efectos de la desheredación (justa):

Los recoge el art. 851 CC, y son los mismos que la preterición intencional: anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, valiendo los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a la legítima.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011 (Herederero voluntario y legitimario/ cónyuge como legitimario):

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º Dª Adela se casó en segundas nupcias con D. Ángel Daniel y no tuvieron hijos. D. Ángel Daniel tenía hijos de su primer matrimonio. El 20 mayo 2002 Dª Adela otorgó testamento, en el que instituía heredero universal a su esposo. Figuraba la siguiente cláusula: "SEGUNDA.- Manifiesta que con las donaciones efectuadas a sus sobrinos ha quedado sin contenido el testamento que tenía efectuado con anterioridad. TERCERA.- Revoca cualquier disposición anterior."

2º Dª Adela había otorgado a favor de sus sobrinos el 3 agosto 2008, diversas donaciones de fincas de su propiedad. En el momento del fallecimiento de la causante, los únicos bienes relictos en su herencia consistían en un saldo de 675,95€ en su cuenta corriente.

3º D. Juan Ramón en calidad de tutor y en representación de su padre D. Ángel Daniel , esposo de la fallecida y su heredero, demandó a Dª Amalia , D. Eduardo ; D. Luciano ; D. Gonzalo ; Manufacturas Defair-Clima, S.L. y Dª Elvira , como beneficiarios directos o por adquisición posterior, de las donaciones. En la demanda pidió que se declarara la nulidad de las donaciones, y subsidiariamente, su inoficiosidad por lesionar la legítima de su representado.

4º La sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 3 de Salamanca, de 26 junio 2007 , desestimó la demanda. Dijo que: a) las donaciones son válidas, "sin que, a tales efectos, pueda ser identificada la ilicitud de la causa con el hecho de que en el testamento se instituya al esposo heredero universal de los bienes" ; b) las donaciones anteriores al testamento, no se hacen bajo la simulación de otro contrato, ni en fraude de los derechos de los herederos forzosos; c) la institución de heredero no "otorga un derecho incondicionado a suceder al mismo en la totalidad de los bienes de los que el causante haya sido propietario cuando parte de ellos han sido donados a lo largo de su vida" por lo que, "si los bienes donados han salido legalmente del patrimonio del causante, el heredero universal por el mero hecho de ser instituido como tal, no tiene un derecho incondicionado a traer al caudal relicto los bienes donados" , por lo que el actor carece de acción "para instar la nulidad en su

condición de heredero universal" . Respecto a la pretensión de inoficiosidad, después de aclarar los derechos del demandante, la sentencia añade que a) no se prueba en que parte ha sido perjudicado el heredero; b) se la atribuye un usufructo y no la nuda propiedad.

5° El demandante apeló la sentencia. La SAP, sección 1ª, de Guadalajara, de 21 noviembre 2009 , desestimó el recurso. Ante la alegación de la infracción del Art. 636 CC (LEG 1889, 27) , la sentencia recurrida señaló que: a) "la infracción de dicha norma no implica la nulidad de la donación, sino su consideración como inoficiosa" , lo que implica que, en su caso, podría ser reducida en cuanto al exceso; b) no existe "la desheredación fáctica" ; c) el negocio jurídico donación es válido; d) el cónyuge no tiene la condición de heredero forzoso en sentido estricto, por lo que no es de aplicación el Art. 1036 CC ; e) la inoficiosidad debe determinarse en función de los bienes y para apreciarla hay que partir de la previa determinación del relictum y el donatum , el valor del usufructo y el de los bienes relictos, "sin que unos y otros consten en el presente procedimiento y no siendo posible dejar la determinación a la ejecución de la sentencia, no se pueden señalar bases ante la completa falta de prueba ".

6° Fallecido el heredero, le sucedieron procesalmente sus hijos, D. Juan Ramón , Dª Rafaela y Dª Marí Luz , quienes presentan recurso de casación. El recurso fue admitido por el auto de esta Sala de 16 marzo 2010 . Figuran las alegaciones de la parte recurrida, oponiéndose al recurso.

SEGUNDO.- Se van a examinar en conjunto los motivos primero, segundo y tercero, porque denuncian el mismo tipo de infracciones, referidas a que las donaciones han sido efectuadas en fraude del heredero forzoso.

Al amparo del ordinal 2º del art. 477.2, el recurso se articula en cinco motivos. En el primero se alega la infracción de los arts. 807.3 y 943 CC (LEG 1889, 27) . Los recurrentes consideran que las donaciones realizadas en fraude de herederos son nulas y que los herederos están legitimados para interponer las acciones que, como parte interesada, sean necesarias para la defensa de sus intereses, y en el caso que nos ocupa el fraude de herederos se desprende del hecho objetivo de que todo el patrimonio de la difunta, en vez de ir a su esposo, ha ido a parar a manos de terceros que no son herederos ni legatarios ni legitimarios de la causante. El segundo motivo , se basa en la infracción del art. 636 en relación con arts. 3.1 , 1.6 y 1.7 CC . Los recurrentes consideran que procede decretar la nulidad de las donaciones al haberse producido en fraude de herederos. El tercer motivo, se basa en la infracción de los arts. 818 , 819 y 1045 CC . Los recurrentes consideran que las donaciones han de considerarse parte del caudal relicto del causante y deben computarse con el resto de la herencia.

Los motivos primero, segundo y tercero se desestiman.

Estos tres motivos parten de dos ideas básicas, que hacen que los recurrentes se planteen dos problemas: el primero, que el heredero voluntario debe recibir algún caudal en la herencia de su causante y el segundo, que habiendo enajenado el causante buena parte de su patrimonio, ello debe considerarse efectuado en fraude de los derechos hereditarios de dicho heredero voluntario. La respuesta a estas dos líneas de defensa del recurso debe ser forzosamente negativa, porque estas proposiciones no se ajustan al sistema de la herencia y confunde herencia voluntaria con legítima o herencia forzosa, según la terminología usada en el Código civil.

El Art. 659 CC establece que "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte". Este es el contenido que recibe el heredero voluntario en razón de su título; sin embargo, cuando existen legitimarios, pues a estos se refiere el Art.807 CC cuando define quiénes son "herederos forzosos", el testador no es libre de atribuir toda la herencia a quien desee, sino que estos legitimarios tienen el derecho que les atribuye la ley y que no puede ser burlado por el testador por tratarse la legítima de un derecho de naturaleza legal. Es por ello, que el causante está, entonces limitado por lo que dispone el Art. 636 CC .

Por tanto, una persona que no tiene herederos forzosos, no está limitada por la regla del Art. 636 CC , puesto que cuando dice que "ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por vía de testamento", a lo que se está refiriendo es a la legítima de los mal denominados "herederos forzosos". El heredero voluntario recibe solo el caudal relicto del causante, sin que pueda reclamar nada más de lo que se encuentra en la herencia en el momento de la apertura de la sucesión.

TERCERO.- En aplicación de esta doctrina, totalmente ajustada al sistema sucesorio del Código, deben rechazarse, como ya se ha dicho, los motivos que ahora se están examinando y ello, por las siguientes razones:

1º La causante, Dª Paula , falleció sin herederos forzosos. Hay que salvar la legítima de su esposo, a la que nos referiremos en el FJ 4.

2º En consecuencia, Dª Paula pudo atribuir todos sus bienes inmuebles como mejor considerara, ya fuera a través del propio testamento, ya fuera por medio de donaciones válidas, como en realidad efectuó.

3º Las donaciones válidas no forman parte del caudal relicto. Solo si debe calcularse el valor del caudal relicto al haber legitimarios, se aplicará el Art. 818 CC (LEG 1889, 27) , cuyo párrafo segundo establece que una vez determinado el valor de dicho caudal, se agregará el de las donaciones colacionables. Esta operación es meramente contable y no requiere la aportación de los mismos bienes donados, sino únicamente la de su valor a los efectos de la determinación del quantum sobre el que se van a calcular las legítimas y las mejoras y va a servir de base para la reducción de las donaciones que haya que declarar inoficiosas, de acuerdo con lo que dispone el Art. 654 CC , de

modo que solo han de computarse a los efectos del cálculo de la legítima y de la colación, si a ello hubiera lugar, lo que no ocurre en el presente litigio.

4º De acuerdo con lo anterior, ni es posible declarar la nulidad de las donaciones por haber sido efectuadas en fraude del heredero universal, porque éste no tiene más derecho que a recibir los bienes que forman el caudal relicto, ni deben ser aportadas a la herencia.

CUARTO.-Los motivos cuarto y quinto se refieren a la cuestión la legítima del cónyuge viudo. En el cuarto motivo se alega la infracción del art. 661 y 636 CC (LEG 1889, 27) , en relación con los arts. 1275 y 1276 del citado Cuerpo Legal . Los recurrentes consideran que el viudo del que traen causa no solo es el heredero único y universal de los bienes de su esposa porque así se contiene en el testamento, sino que también lo es por su condición de viudo, por lo que también es legitimario, así si las donaciones realizadas por la esposa, le dejan a este sin herencia estamos ante un negocio jurídico nulo, que puede ser anulado al haberse realizado en fraude de herederos. El motivo quinto se basa en la infracción de los arts. 654 , 806 , 807.3 , 636 y 838 CC . Los recurrentes consideran que en las actuaciones se encuentran las bases necesarias para determinar la petición subsidiaria de reducción de las donaciones, al haberse establecido su cuantía y estar determinados legalmente los derechos legitimarios del viudo.

Se desestiman los motivos cuarto y quinto.

Los recurrentes parten de una base falsa, en el sentido expresado en el anterior fundamento, es decir, pretenden aplicar todas las reglas reguladoras de los derechos de los herederos forzosos/legitimarios, al heredero voluntario.

Es cierto, como ya se ha dicho antes, que el viudo tiene la condición de heredero forzoso, según establece el Art. 807,3 CC . El Art. 838 CC le atribuye el derecho de usufructo de los dos tercios de la herencia en el caso en que no existan descendientes ni ascendientes, que es el actual. Este derecho no ha sido negado en ningún momento al cónyuge viudo: la sentencia recurrida, así como la de la 1ª instancia han dicho que no habiéndose determinado la cuantía de la legítima, de acuerdo con las reglas establecidas al efecto, ni tan solo las bases para su cálculo, no puede procederse a la declaración de la inoficiosidad de las donaciones y su reducción, si a ello hubiese lugar. Además, la ley no permite la declaración de nulidad de donaciones válidas, sino que solo autoriza su ajuste a las cuantías de la legítima. Por ello no es cierto que se hayan vulnerado, ya que la sentencia recurrida solo ha puesto de relieve la falta de prueba sobre la pretendida vulneración de la legítima correspondiente al viudo, lo que impide declarar la inoficiosidad de las donaciones efectuadas por la causante y su posterior reducción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (Mejora/ Imputación):

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR

Doña Marta demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a su hermana Doña Amparo, solicitando que se declarase el valor efectivo de los bienes, que componen la herencia de sus padres; la validez de la cesión de bienes (hecha por la madre de ambas partes a la actora), la participación de cada una de las hermanas y herederas en la herencia de su padre por iguales partes en cuanto a su mitad de gananciales, y el derecho de la actora a la otra mitad de bienes gananciales.

La causa petendi de la demanda radicaba en la escritura pública de cesión de bienes otorgada por la madre de la actora y Doña Amelia el 3 de enero de 1986, por la que la misma donaba a su hija Marta cuantos derechos pudieran corresponder en la sociedad legal disuelta por el fallecimiento de su esposo Don Gabriel, y también le cedía cuanto pudiera corresponderle en la herencia del mismo. El precio de la cesión fue de 75.000 ptas., que la donante confesó haber recibido con anterioridad.

Con anterioridad a la donación antedicha, Don Gabriel otorgó testamento notarial abierto el 25 de mayo de 1971, en el que legaba a su esposa el tercio de libre disposición, y en pago del mismo le adjudicaba el usufructo vitalicio de su herencia con relevación de fianza. Si la manda fuere declarada inoficiosa, legaba a su esposa el tercio de libre disposición, en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota viudal. Instituyó a sus hijas Marta y Amparo por herederas en partes iguales, sustituyéndolas en caso de premoriencia sus descendientes legítimos.

La esposa de Don Gabriel, Doña Amelia otorgó el mismo día testamento notarial abierto en favor de aquél, con el mismo contenido.

Fallecido Don Gabriel no se realizó la partición de su herencia. Es al fallecimiento posterior de su viuda cuando se han planteado los problemas que se abordan en este litigio. La misma no ha dejado mas bienes, según los autos, que les que le correspondía en la sociedad de

gananciales constituida con su esposo premuerto, pues no se ha demostrado que alguna hija no se conformó con el usufructo vitalicio dispuesto en favor de su madre.

La demandada Doña Amparo solicitó la desestimación de la demanda, y reconvino solicitando que se declarara la nulidad e inexistencia de la donación, y con carácter subsidiario, que encubría una donación inoficiosa que debe ser reducida al tercio de libre disposición.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró la validez de la donación de Doña Amelia a su hija Doña Marta, disimulada en forma de venta; y que la participación de ésta en los bienes de sus difuntos padres es la de la mitad de los gananciales que corresponden al padre y las dos terceras partes de los de la madre; y que la demandada Doña Amparo tiene una participación de la mitad en los gananciales del padre y una tercera parte en los de la madre con arreglo al valor que los bienes posean, a determinar en ejecución de sentencia por mutuo acuerdo y en su defecto pericialmente.

La sentencia fue apelada por la actora y reconvvenida, siendo revocada parcialmente, declarando la Audiencia que a la demandada le corresponde solamente 1/6 de los bienes de su madre.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto recurso de casación la demandada y reconviniente Doña Amparo.

El recurso ha quedado reducido sólo a la determinación de la parte de herencia que corresponde a la recurrente, no impugnándose el carácter de donación de la atribución formalmente onerosa de Doña Amelia a su hija Marta.

PRIMERO

El motivo único del recurso, al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEG 1881, 1) , acusa infracción de los artículos 636, 654, 806, 819, 820.1º y 825, todos del Código Civil (LEG 1889, 27) , y jurisprudencia interpretativa. Su fundamentación reside en combatir el modo de reducción de la donación de Doña Amelia a su hija, partiendo de que no constituye una mejora por faltarle el carácter de expresa como ordena el artículo 825 del Código Civil, ni porque, en ese sentido, haya nada en la escritura de donación que traduzca la voluntad inequívoca de mejorar, citando en su apoyo la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1982 (RJ 1982, 3432) . En consecuencia, concluye el motivo, estamos ante una donación colacionable que supera la legítima estricta del donatario, por lo cual y conforme al artículo 825 el exceso deberá imputarse al tercio de libre disposición de la donante.

Para la debida resolución de este motivo hay que distinguir varios problemas en él involucrados; (a) el de la calificación como mejora de la donación hecha a Doña Marta; (b) el de la imputación de la donación; y (c) el de su reducción en su caso.

Por lo que respecta al primer punto, la sentencia recurrida admite con la de primera instancia que la donante quiso mejorar a su hija. Estamos ante un problema de interpretación del negocio inter vivos de donación, y es reiteradísima la doctrina de esta Sala de que la interpretación de los contratos hecha en la instancia ha de prevalecer en casación mientras no se demuestre que es absurda, ilógica o vulneradora de algún precepto legal. La recurrente cita como infringido el artículo 825 del Código Civil, lo que esta Sala admite, pues en la escritura de donación no hay rastro alguno de que Doña Amelia quisiera desigualar a sus hijas, favoreciendo a la donataria con una mejora.

Por ello, considerar que la donante mejoró a su hija por el hecho exclusivo de la donación no es admisible de acuerdo con el citado precepto, que exige no sólo voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora. En este caso falta por completo cualquier manifestación de esa última voluntad.

En consecuencia, la donante no pudo disponer por vía de donación más de lo que podía disponer por testamento, que era un tercio de sus bienes (art. 654 CC). Sus hijas tienen derecho a la legítima larga, o dos tercios de la herencia (art. 808 CC).

Antes de proceder a la reducción de la donación, por imperativo del artículo 820 del Código Civil ha de procederse a la imputación a los tercios en que idealmente se divide la herencia. Dice el mismo: «Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1º. Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas». El artículo 819, precepto inmediatamente anterior al 820, preceptúa que las donaciones hechas a legitimarios, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima, y las hechas en favor de extraños, a la parte libre de la que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. Termina el 819 con la siguiente regla: «En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes». Esta regla ha de aplicarse tanto a la donación en favor de legitimarios como de extraños, por lo que si la efectuada a los primeros excede de su cuota legitimaria, en el exceso deben ser tratados como extraños, en otras palabras, que el mismo ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre ésta el que será objeto de reducción.

Por todo ello el motivo se estima.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2018 (Intangibilidad cualitativa de legítima: cautelas socini):

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Doña Estela formuló demanda contra su hermano don Jose Manuel y el contador partidor don Luis Pablo en ejercicio de acción de impugnación de determinadas disposiciones contenidas en el testamento que su madre, doña Estela, había otorgado en fecha 31 de mayo de 2012, habiendo fallecido el 16 de julio de 2013. Solicita que se declare su nulidad, así como el derecho de la actora a recibir la parte que como legitimaria le corresponde y a intervenir en la partición, e igualmente que se declare la obligación del albacea contador-partidor de formalizar las operaciones particionales conforme al resto de disposiciones vigentes, sin aplicar la penalización prevista en el propio testamento.

La demandante consideraba que se habían vulnerado los artículos 794 y 669 CC en las cláusulas octava y novena del testamento otorgado por su madre, porque se impone recíprocamente como condición que afecta a ambos herederos la obligación de realizar actos de disposición a favor del otro. La estipulación octava obliga a la demandante a transmitir a su hermano la cuota indivisa que le corresponde en una determinada finca y que el precio, para cuya fijación se establecen determinados parámetros, debe satisfacerlo don Jose Manuel con dinero suyo. En la estipulación novena se impone a don Jose Manuel la transmisión a favor de la demandante de la cuota indivisa que le pertenece en una vivienda, debiendo también esta última satisfacer con dinero propio el precio de adquisición, igualmente determinable, de la referida cuota.

Habiéndose opuesto los demandados, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

La demandante recurrió en apelación y, a su vez, los demandados formularon impugnación a efectos de que se declarara en la sentencia la cuantía que debía atribuirse al proceso. El recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial, siendo estimada la impugnación para considerar que la cuantía alcanzaba la cantidad de 1.263.979,04 euros. Consideró la Audiencia que las disposiciones testamentarias son válidas, por tratarse de una institución de heredero bajo condición con cautela socini y que el albacea contador-partidor ha cumplido correctamente su encargo.

Frente a dicha resolución recurre en casación la parte demandante, doña Estela.

SEGUNDO

El único motivo del recurso de casación que ha sido admitido denuncia infracción de los artículos 792 y 794 CC (LEG 1889, 27) en relación con la nulidad de las disposiciones testamentarias captatorias, imposibles, ilegales o contrarias a las buenas costumbres.

Las disposiciones testamentarias son en este caso del siguiente tenor:

"OCTAVA.- Impone a su hija, D^a Estela, la carga de transmitir a favor de su hijo D. Jose Manuel, la cuota indivisa que le corresponde en la finca sita en la AVENIDA000, número NUM000 (antes número NUM001) de Riaza, finca registral NUM002 del Registro de la Propiedad de Riaza.

"La adquisición por D. Jose Manuel de la cuota de su hermana, se realizará con dinero propio de éste.

"El valor de la cuota indivisa legada será fijado por el Contador-partidor, previa valoración técnica por persona o sociedad de tasación que libremente elija el contador- partidor.

"El importe así fijado deberá ser satisfecho al contado por D. Jose Manuel a su hermana D^a Estela, o en su caso, a sus causahabientes, en el momento mismo de la transmisión, que deberá realizarse dentro del plazo de veinte días naturales contados desde el requerimiento notarial que al efecto le haga el contador partidor. Todos los gastos e impuestos que conlleve esta transmisión serán satisfechos por D. Jose Manuel, a excepción del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

"El incumplimiento por parte de D^a Estela, o en su caso de sus herederos y causahabientes, de la obligación de transmitir la participación a su hermano D. Jose Manuel, llevará consigo la reducción de su derecho hereditario a la legítima estricta, quedando sin efecto, en- lo pertinente, los legados hechos a su favor y su cuota en la institución de heredero.

"NOVENA.- Impone a su hijo, D. Jose Manuel, la carga de transmitir a favor de su hija D^a Estela, la cuota indivisa que le corresponde del piso NUM001 NUM003, en la planta NUM004", que en orden de construcción es la NUM005, de la casa sita en la CALLE000 n^o NUM006 de Madrid, con una superficie de 139,14 metros cuadrados (finca registral NUM007 del Registro de la Propiedad n^o 7 de Madrid).

"La adquisición por D^a Estela de la cuota de su hermano, se realizará con dinero propio de ésta,

"El valor de la cuota indivisa legada será fijado por el Contador-partidor, previa valoración técnica por persona o sociedad de tasación que

libremente elija el contador- partidador.

"El importe así fijado deberá ser satisfecho al contado por D^a Estela a su hermano D. Jose Manuel, o en su caso, a sus causahabientes, en el momento mismo de la transmisión, que deberá realizarse dentro del plazo de veinte días naturales contados desde el requerimiento notarial que al efecto le haga el contador partidador. Todos los gastos e impuestos que conlleve esta transmisión serán satisfechos por D^a Estela, a excepción del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

"El incumplimiento por parte de D. Jose Manuel, o en su caso de sus herederos y causahabientes, de la obligación de transmitir la participación a su hermana D^a Estela, llevará consigo la reducción de su derecho hereditario a la legítima estricta, quedando sin efecto, en lo pertinente, los legados hechos a su furor y su cuota en la institución de heredero".

En primer lugar examinamos resumidamente las alegaciones que se contienen en el motivo.

Afirma la parte recurrente que las cláusulas octava y novena del testamento otorgado por doña Ángeles, de fecha 31 de mayo de 2012, son nulas de pleno derecho conforme al artículo 794 CC, por cuanto se impone a los herederos como condición la obligación de realizar actos de disposición a favor de otra persona. Trae el motivo el texto de dicho artículo, según el cual "será nula la disposición hecha bajo la condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o de otra persona", del que extrae como consecuencia que el testamento es un acto gratuito que se contradice y no resulta compatible con ningún tipo de contraprestación.

Pues bien, el motivo así planteado ha de ser desestimado.

La sentencia (PROV 2016, 93142) recurrida (fundamento de derecho cuarto) dice:

"Del tenor literal de las cláusulas 8^a y 9^a impugnadas, y del contenido íntegro del testamento otorgado por D^a Ángeles, no cabe deducir la nulidad pretendida en la demanda, por cuanto en dichas cláusulas no se impone por la testadora hacer una disposición a su favor ni a favor de tercera persona. Siendo válidas las disposiciones testamentarias hechas bajo condición, con base a lo establecido en el artículo 790 del código civil, las cargas que a cada uno de los herederos les impone su madre, de transmitir a favor del otro hermano y heredero la cuota indivisa que le corresponde a cada uno de ellos, de una finca sita en Riaza y de un piso en Madrid, en idénticos términos para ambos, no puede considerarse incluida en la prohibición del artículo 794 del cc, que anula la disposición hecha bajo condición de realizar en su testamento acto de disposición en favor de la testadora, ni de tercera persona. Como señala la sentencia de primera instancia, ni existe disposición de un bien ajeno, ni con ello se desvirtúa el carácter personalísimo y gratuito del testamento. La literalidad de las cláusulas, que hace inaplicable al caso el artículo 794

citado, no se desvirtúa por la finalidad e intención con la que se establecieron las mismas. El origen y atribución de la propiedad de los bienes, cuya cuota deben transmitirse uno a otro hermano, la situación de enfrentamiento entre los herederos y el contenido íntegro de las disposiciones testamentarias e incluso el nombramiento de la persona concreta a quien designó Albacea contador partidor y las funciones expresamente asignadas a éste, ponen claramente de manifiesto que la finalidad con la que se establecieron dichas cláusulas, nada tiene que ver con la previsión que establece el artículo 794 del cc, sino que tiene como única finalidad la de evitar controversias judiciales entre ellos y por tanto, están establecidas en beneficio de ambos herederos".

Las cláusulas incorporadas al testamento por las cuales la testadora impone a sus herederos determinada actuación no pueden ser consideradas en este caso como de imposible cumplimiento y tampoco contrarias a las leyes o las buenas costumbres, supuestos en que se tendrían por no puestas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 792 CC, que se considera infringido, ya que la testadora se limitó a complementar la regulación de su sucesión en la forma que estimó más adecuada para el cumplimiento de su voluntad, sancionando -a aquél de los herederos que no cumpla- con la reducción de la institución a la legítima estricta.

Por otro lado no cabe asimilar el caso presente al previsto en el artículo 794 CC, cuya infracción también se denuncia, según el cual "será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o de otra persona", que también se dice infringida, pues el supuesto de hecho es distinto del ahora contemplado. Aquí no nos encontramos ante un caso -como el previsto en la norma- en que el testador interfiere en la libertad de testar del instituido para exigirle que haga -gratuitamente- en su propio testamento alguna disposición a favor del propio testador o de un tercero, sino ante un supuesto en que impone para la plenitud de efectos de la institución efectuada la carga de consentir en la celebración de un determinado negocio jurídico oneroso con el otro coheredero, lo que se exige recíprocamente de ambos.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014 (Intangibilidad cualitativa de legítima: cautelas socini):

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como principales cuestiones, la aplicación testamentaria de la denominada "cautela socini" en relación a un legado de cantidad y, por extensión, las facultades que asisten al albacea contador partidor al respecto.

2. A los efectos que aquí interesan debe señalarse que don Juan , sin descendientes, falleció habiendo otorgado testamento abierto el 3 de abril de 2006, con ordenación de diversos legados e institución y nombramiento de herederos universales de todos sus bienes, por mitad, a don Calixto y al Convento de Madres Clarisas de Lerma.

*Las cláusulas quinta y sexta del testamento contemplan la configuración de la cautela socini y el nombramiento de albacea contador partidor en los siguientes términos: " **QUINTA .- Prohíbe la intervención judicial en su herencia y si alguno la reclamara, quedara, privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte el caudal hereditario citado como remanente.***

SEXTA.-Nombra Albacea Contador Partidor con carácter solidario y con las mas amplias facultades, incluso la de entregar legados, a cuyo fin podrá enajenar bienes, y prorrogándole el plazo por un año más, a don Abelardo , con Documento Nacional de Identidad número NUM000 ".

3. El procedimiento se inicia por demanda de juicio ordinario interpuesta por D. Darío en nombre de su hija, Dña. Marta , en reclamación de la entrega del legado económico de 30.000 euros establecido en la cláusula segunda del testamento de D. Juan , quien falleció sin dejar descendencia, estableciendo una serie de legados y declarando herederos del remanente al Convento de madres Clarisas de Lerma (Burgos) y D. Calixto , que figuran como demandados. El testador designó en el testamento albacea contador partidor para el cumplimiento de su voluntad a D. Abelardo . Se alega en la demanda que el albacea junto con los herederos han realizado ciertas maniobras con el fin de obstaculizar los legados, comunicando a la demandante que su legado ha devenido ineficaz ante el ejercicio de algunas actuaciones judiciales por los legatarios adjudicándose el mismo a los herederos.

En la contestación se niega la existencia de maquinaciones contra los legatarios. Se dice que los bienes de la herencia son insuficientes para hacer frente a los legados, que el albacea ha hecho una adjudicación parcial de la herencia por la insuficiencia de bienes, que los legados de los legatarios que han promovido la intervención judicial de la herencia son ineficaces con base en la cláusula quinta del testamento que prohibía la intervención judicial de la herencia y si alguno la reclamaba quedaría privado de cualquier derecho que el testador le hubiera legado, acrecentando su parte el caudal remanente, siendo el albacea el único intérprete de la voluntad del testador. La demandante interpuso demanda judicial para la remoción del albacea por lo que su legado ha devenido ineficaz, siendo esta decisión tomada por el albacea, en el ejercicio de sus facultades, correcta y comunicada a la demandante vía notarial en enero de 2010.

La sentencia de Primera Instancia estima la demanda al considerar, tras examinar el alcance de la prohibición de intervención judicial en la herencia, que la cláusula es inoperante cuando, como sucede en este caso, la intervención judicial ha sido promovida para que se cumpla la voluntad del testador, habiéndose dirigido la demanda contra el albacea porque, según se alega, no respeta la voluntad del testador. De esta manera, no comparte el criterio expresado por los demandados sobre la ineficacia del legado, cuestionando la validez de la declaración realizada por el albacea en su carta de 25-1-2010 al no hallarse autorizado para crear o extinguir derechos testamentarios o determinar nuevas voluntades del testador mediante la declaración jurídica inatacable de declarar la validez o no de las propias declaraciones testamentarias alterando así la voluntad del testador. Concluye que es plenamente eficaz el legado a favor de la demandante e improcedente y nula la declaración de ineficacia del legado a favor de la demandante recogida en la escritura de 29 de enero de 2010, la cual no surte efecto jurídico alguno.

La sentencia de Segunda Instancia desestima el recurso y confirma la dictada en Primera Instancia. En lo que afecta al recurso de casación interpuesto, declara que se han producido una serie de problemas derivados de la ejecución de la voluntad testamentaria del fallecido D. Juan que han tenido su reflejo en los numerosos procedimientos judiciales habidos en las diferentes jurisdicciones, que dejan clara la disparidad existente en cuanto al cumplimiento de la voluntad del testador. Respecto al alcance de la cuestionada cláusula quinta "se prohíbe la intervención judicial en su herencia y si alguno la reclamara quedará privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte el caudal hereditario citado como remanente" aboga por una interpretación restrictiva de la misma que no coarte el derecho de acceso a la justicia en defensa de cualquier derecho que se tenga, sin perjuicio de declarar la validez de la misma. Estima que la demandante es legataria conforme a una disposición testamentaria y que la impugnación judicial que hace se dirige no contra el testamento, ni contra los herederos o sus bienes, sino contra el albacea en defensa de lo que constituye la voluntad del testador, máxime cuando el albacea declara la ineficacia del legado. Por tanto entiende que la citada cláusula no puede prohibir la reclamación que realiza la demandante frente a quien cree está actuando de manera contraria a su derecho y no cumple correctamente con la misión encomendada. En cuanto a las funciones del albacea, estima que tenía obligación de entregar los legados ordenados en el testamento, en los términos de este, sin que este pueda crear o extinguir derechos testamentarios o determinar nuevas voluntades del testador mediante la declaración jurídica inatacable de declarar la validez o no de las propias declaraciones testamentarias alterando así la voluntad del testador, confirmando así lo dispuesto en primera instancia. De ahí que entre las funciones o facultades del albacea no se encuentre la de declarar la nulidad del legado, careciendo de validez tal declaración.

Recurso de casación.

Legado de cantidad. Cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable. Facultades del albacea contador partidor (artículo 902 del Código Civil (LEG 1889, 27)). Naturaleza de la ineficacia derivada.

SEGUNDO.- 1. Contra la anterior resolución los demandados, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , interponen recurso de casación con base a tres motivos, de los que resulta inadmitido el primero de ellos. En el segundo motivo , se aduce la infracción del art. 675 párrafo 2.º CC (LEG 1889, 27) y de la jurisprudencia que lo interpreta. En este motivo alega la parte recurrente que la sentencia recurrida incurre en tal infracción al considerar que la cláusula quinta del testamento que prohíbe la intervención judicial de la herencia se opone al derecho tutela judicial efectiva y contradice la doctrina jurisprudencia! contenida en las SSTS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999, 4103) y 15 de febrero de 1911 en relación con las de 1 de junio de 1946 , 29 de enero de 1955 y 25 de abril de 1963 que establecen que como la voluntad del causante constituye la regla principal en la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los ámbitos de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador partidor, se admite en general, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o anulabilidad o afectase a derechos reconocidos en una norma imperativa puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio. De esta forma se pretende que se declare que la aplicación de la cláusula testamentaria de prohibición de intervención judicial de la herencia, so pena de pérdida de lo legado en el testamento no es una cláusula que de por sí sea contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva, sino que es plenamente válida y eficaz salvo que se oponga a alguna norma de carácter imperativo o impida la acción de nulidad o anulabilidad del testamento.

En el motivo tercero, se invoca la infracción de los artículos 901 y 902.3º CC y la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS de 13 de abril de 1992 (RJ 1992, 2103) y 20 de febrero de 1993 respecto de las facultades del albacea contador partidor, toda vez que la sentencia recurrida insiste en que el albacea carece de facultades para declarar nulas disposiciones testamentarias, como sucede con la institución del legado previsto para la demandante. Alega la parte recurrente que el albaceazgo es un cargo especial testamentario tendente a la ejecución de la voluntad del testador estando facultado para realizar cualquier actividad en ejecución del testamento que considere que da cumplimiento a la voluntad testamentaria del causante y, en el caso que nos ocupa, para aplicar la cláusula sexta del testamento, prohibitiva de la intervención judicial de la herencia con las consecuencias previstas en la misma.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

2. En relación al primer motivo planteado, y dada la complejidad y el carácter controvertido de la cuestión en la propia alegación de la doctrina jurisprudencial al respecto, debe señalarse que esta Sala, sentencia de 10 de junio de 2014 (núm. 838/2013) , se ha ocupado recientemente de la

caracterización y alcance de la validez testamentaria de la denominada cautela socini, por lo que resulta pertinente reseñar la doctrina jurisprudencial allí expuesta a los efectos de su correcta aplicación al caso ahora enjuiciado, particularmente de lo declarado en los apartados 6 a 11 del Fundamento de Derecho Segundo de la citada sentencia: "... 6. En el contexto doctrinal debe señalarse que aunque la figura de la cautela socini goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma, conforme también a la estela mas reciente de las denominadas cautelas de opción compensatoria; no obstante, tampoco puede desconocerse la polémica que en el ámbito de la doctrina científica ha acompañado (prácticamente desde la época de su valedor, el jurista Mario Socino, autor a mediados del XVI de un dictamen a su favor) la aplicación de esta cautela ante su posible ilicitud por comprometer o gravar, indebidamente, la legítima de los herederos.

Esta polémica tampoco ha sido cerrada o resuelta, con carácter general, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, enfocada, primordialmente, desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial; con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación; SSTS 6 de mayo de 1953 , 12 de diciembre de 1958 , 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999 , entre otras.

7. Para abordar correctamente la cuestión planteada en el marco de la inter relación señalada, debe partirse de las perspectivas metodológicas que aporta el sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar, esto es, tanto de su función o papel de límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, como su función de derecho subjetivo del legitimario con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima.

Una vez indicado este punto de partida, el siguiente paso metodológico consiste, precisamente, en diferenciar la proyección de estas perspectivas en atención al plano de análisis que tenemos por referencia . En efecto, en esta línea debe señalarse que la proyección de la función de la legítima, como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, queda residenciada o resulta mas adecuada al plano valorativo de la posible validez conceptual de esta cautela en el contenido dispositivo del testamento; mientras que, por su parte, la proyección de la función de la legítima, como derecho subjetivo propiamente dicho, entronca directamente con el marco de ejercicio o actuación del legitimario en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de su derecho: La delimitación de estos planos y funciones resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión planteada .

8. Esta interpretación sistemática se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido dispositivo del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela socini.

*En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013 , núm. 280/2013 (RJ 2013, 8072)) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese, que en el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (artículo 1056 y 1075 del Código Civil).*

9. En la línea de argumentación expuesta, y conforme a la relevancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos , no sólo como mero criterio hermeneútico, sino como auténtico principio general (STS 25 de enero de 2013 , núm. 827/2013), debe señalarse que esta Sala también ha resaltado recientemente su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones particularmente en la aplicación del principio de "favor testamenti" (conservación de la validez del testamento), SSTS 30 de octubre de 2012 , (núm. 624/2012 (RJ 2013, 2274)), 20 de marzo de 2013 (núm. 140/2013) y 28 de junio de 2013 (núm. 423/2013).

10. Llegados a este punto, y siguiendo con la interpretación sistemática que venimos realizando, se comprende mejor que el segundo plano de análisis tomado como referencia o perspectiva metodológica, esto es, la aplicación de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, particularmente en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, no pueda valorarse desde un contexto dialéctico con el plano conceptual anteriormente expuesto.

En efecto, desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura, se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la

correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay, por tanto, contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta.

11. De la delimitación señalada se desprende que la correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración o alcance de su elemento condicionante como clave de la sanción impuesta. Extremo que, por lo demás, concilia la posible disparidad de criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se denuncian en el debate planteado.

En este sentido, desde la razón de complementariedad señalada, lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la cautela socini es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la cautela socini. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquéllos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción".

Aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso enjuiciado.

3. Con carácter previo debe señalarse las siguientes precisiones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la condición de legataria de la demandante en la sucesión testada que se analiza en el presente caso no constituye, en sí misma considerada, obstáculo alguno para la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta pues la cautela socini, como declaración testamentaria, puede alcanzar a cualquier beneficiario de la herencia, ya sea este heredero o, como el caso que nos ocupa, legatario de la misma. En este sentido la interpretación de la cláusula testamentaria (cuarta del testamento) no ofrece lugar a dudas "al prohibir la intervención judicial en la herencia", esto es, con independencia de que dicha intervención sea operada por los herederos o por los legatarios.

En segundo lugar, sentada esta precisión, y ya en el ámbito de la delimitación de la cuestión jurídica que plantea el presente caso en el motivo formulado, también interesa puntualizar que el objeto de la aplicación de la cautela socini, esto es, el recurso a la intervención judicial en el presente caso, no queda referenciado en la propia acción de petición o entrega del legado de cantidad que dio curso a la demanda ejercitada, pues en su correcto entendimiento la petición del legado y su ejercicio justificado constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede abrogar o limitar ya que, en su caso, articula el derecho del legatario a obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado. Como tampoco lo sería, por extensión, respecto del derecho del legatario de cantidad de anotar preventivamente su legado en el Registro de la Propiedad (artículo 48 LH (RCL 1946, 886)). Por el contrario, tal y como alega la parte recurrente, la aplicación de la cautela socini en el presente caso no guarda relación con el carácter justificado o no del ejercicio de la acción de petición del legado, sino que trae causa de la previa intervención judicial provocada por la legataria en su demanda de remoción o separación del cargo del albacea, de 8 de mayo de 2009, contrariando de esta forma lo dispuesto por el testador (cláusula sexta del testamento).

4. Una vez centrado el contexto interpretativo, y a tenor de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, debe analizarse, como criterio determinante, si en el presente caso el fundamento del contenido impugnatorio que determinó el recurso a la intervención judicial, esto es, la acción de remoción, se dirigió realmente a combatir el ámbito dispositivo ordenado por el testador, incurriendo en la prohibición establecida y en la consecuente extinción del legado, o por el contrario se dirigió a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de la ejecución testamentaria que por ser contrarias a la norma quedaban fuera del alcance sancionador de la cautela socini.

En el presente caso, la demanda de remoción del cargo de albacea, interpuesta tan solo dos meses después del fallecimiento del causante, fue desestimada en ambas Instancias manifestándose una carencia de causa concreta y de prueba en orden a la remoción del albacea por su ejecución testamentaria en relación al legado de cantidad objeto de la presente litis, de forma que en el desarrollo fáctico y jurídico de la demanda no se constata la imputación concreta del albacea respecto ya de conductas dolosas, civiles o penales, o bien, de una actividad inoperante e ineficaz derivada de la negligencia grosera o de omisión o desatención constatada como, en su caso, de una colisión clara y precisa con los propios intereses del albacea, que pudieran afectar al legado en cuestión, tal y como exige la interpretación extensiva que esta Sala realiza del artículo 910 del Código Civil ; por lo que debe valorarse como injustificado el recurso a la intervención judicial, con la consiguiente contravención de lo dispuesto por el testador en aras a forzar injustificadamente la remoción del albacea contador partididor y, con ella, alterar la ejecución testamentaria ordenada y querida por el mismo.

5. En relación al segundo motivo planteado, como se ha hecho respecto del primero, cabe señalar, al menos, una precisión conceptual de partida que afecta a la delimitación de la cuestión debatida pues, contrariamente a lo considerado por la sentencia recurrida, la ejecución testamentaria llevada a cabo por el albacea en el presente caso, esto es, el no proceder al pago o entrega del legado de cantidad, no puede

reconducirse conceptualmente a un supuesto declarativo de la nulidad del legado efectuado; entre otras razones, porque su competencia carece de función jurisdiccional alguna y porque, además, dicha actuación resultaría frontalmente opuesta a la función esencial que tiene el albacea que, precisamente, no es otra que dirigir su actuación en orden a proveer la propia ejecución del testamento y, con ella, la defensa y validez del testamento y de sus respectivas cláusulas. De ahí, que en el presente caso la actuación del albacea al respecto debe de ser valorada, necesariamente, en el marco de la ineficacia del legado que trae causa de la propia voluntad declarada por el testador.

6. Centrado el contexto interpretativo, y una vez considerada tanto la validez de la cautela socini dispuesta, como el carácter injustificado de la intervención judicial a raíz de la acción de remoción ejercitada, cabe plantearse si el albacea contador partidario actuó en el presente caso conforme a las facultades de su cargo, bien respecto de las previstas legalmente, o bien con relación a las conferidas testamentariamente. La respuesta en el presente caso debe ser afirmativa en ambos sentidos pues tanto de la disposición testamentaria aplicable (cláusula sexta), en donde se le nombra albacea "con las más amplias facultades, incluso para entregar legados", como de lo dispuesto por el artículo 902 del Código Civil, regla 3ª: "vigilar la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él", se observa que el albacea contador partidario al no proceder al pago o entrega del legado de cantidad lo hizo conforme a lo dispuesto en el testamento ante el incumplimiento de la prohibición ordenada, lícitamente, por el testador (cláusula quinta), de forma que el presente caso se encuadra, técnicamente, en los supuestos de ineficacia derivada de la extinción de un legado, válido ab initio, pero ineficaz por no darse las circunstancias o condiciones prevista a tal efecto.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010 (Preterición no intencional):

PRIMERO.-.- Tres son los conceptos jurídicos de los que se debe partir para fundamentar el fallo, en el presente caso: la interpretación del testamento, el concepto de preterición distinguiendo la intencional y la errónea y la partición y su nulidad.

La interpretación del testamento. La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4459) , 21 de enero de 2003, 19 diciembre de 2006 (RJ 2006, 9243)). Lo importante y, esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cual es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el

momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9490) , 23 de enero de 2001 (RJ 2001, 997) y 19 de diciembre de 2006 .

*La preterición intencional y errónea. Viene regulada por el artículo 814 del Código civil (LEG 1889, 27) , redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981, 1151) que produjo un cambio sustancial en su regulación. **En todo caso exige la omisión de todos o alguno legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan.** La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995 (RJ 1995, 388) , 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006 (RJ 2006, 3082)). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, proclamada artículo 814 del Código civil la preterición de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813 .*

La partición: Implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1080 del Código civil contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que la lugar a la nulidad si se prueba mala fe en la que los que la han practicado. La mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado.

***La omisión de un coheredero comprende también la de un legatario de parte alícuota (como dice la sentencia de 12 de junio de 2006).** Igualmente, el 1081 sanciona con la nulidad de partición hecha con un heredero aparente, lo que debe comprender, como en el caso anterior, al legitimario de parte alícuota, no ya por analogía, sino por interpretación extensiva, ya que en uno y otro caso lo decisivo no es su carácter, sino su cualidad de sujeto de la partición.*

SEGUNDO.- - Las cuestiones fácticas son indiscutidas y, como tales no plantean más problemas que el de aplicar a las mismas las precisiones hechas en el fundamento anterior.

El testador, causante de la herencia que ahora se discute, don Severiano , otorgó testamento el 9 de abril de 1990, cuyo contenido patrimonial es bien sencillo, en estos términos:

PRIMERO.- Lega a su citada esposa la cuota viudal que por ley le corresponda. SEGUNDA.- Instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y por premoriencia nombra sustitutos a sus respectivos descendientes.

De la mencionada "citada esposa" se divorció antes de su muerte; es una de las codemandadas. Las otras dos codemandadas son "sus dos citadas hijas". La demandante, doña Delfina nació el 31 de enero de 1981; el 9 de abril de 1996 se practicó la prueba biológica de paternidad y resultó ser aquel causante su padre extramatrimonial. Lo cual fue declarado por sentencia firme después de su muerte, que acaeció el 19 de febrero de 1999 .

Tras su muerte, producida la apertura de sucesión, sus dos hijas y su madre -todas demandadas- conociendo la existencia de aquella hija extramatrimonial, practican la partición en la que se adjudican la herencia y la que fue esposa, que ya no lo es por razón de la disolución del matrimonio por divorcio, se adjudica la cuota viudal usufructuaria, como legítima del cónyuge viudo - que no lo es- verdadero legado de parte alicuota.

Formulada demanda por la hija extramatrimonial, el Juzgado de Primera Instancia número seis de Valencia en sentencia de 4 de noviembre de 2004 , confirmada por la Audiencia Provincial en la de 2 de junio de 2006 (JUR 2007, 42204) , objeto del presente recurso de casación, estimó la demanda y declaró que la actora había sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero, volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, padre de demandante y demandadas, con otros pronunciamientos, declarando asimismo la nulidad de la partición.

*TERCERO.-.- El motivo primero del recurso de casación se formula por infracción del artículo 675 del Código civil , norma única sobre la interpretación del testamento. El motivo se desestima porque no se trata de un tema de interpretación, sino de preterición. **Al tiempo de otorgar el testamento (año 1990) no constaba jurídicamente la existencia ni materialmente el conocimiento de la hija del causante y tan sólo años después (1996) el causante tuvo conocimiento cierto de su presencia, que se declaró en posterior sentencia firme (después del fallecimiento).** Tal como dice la sentencia de 22 de junio de 2006 (si bien en el caso, el hijo extramatrimonial nació después de otorgado el testamento y en el presente, fue conocido igualmente después):*

En definitiva, al tiempo de otorgarse el testamento, momento al que debe referirse la interpretación del testamento, el testador no tenía ni podía tener conocimiento de la existencia de su hija extramatrimonial, pues la prueba biológica y la sentencia de filiación fueron posteriores. En consecuencia, la preterición no pudo ser intencional.

Lo mismo se desprende de la sentencia de 23 de enero de 2001 en un caso en que el hijo extramatrimonial nació años después de otorgado el testamento en el que había instituido herederos a sus cinco hijos matrimoniales. Dice así:

" Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada ex re ipsa. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento".

Y para evitar toda duda, añada más adelante:

"Como esta Sala tuvo ocasión de declarar en la ya lejana sentencia de 1 de Julio de 1969 (RJ 1969, 3824) , la preterición ha de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne de quien dispone de sus bienes para después de su muerte evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento".

*Lo cual hace que sea rechazado también el motivo segundo, que insiste en la infracción del artículo 675 del Código civil , citando en su apoyo precisamente la sentencia de 23 de enero de 2001 y otras varias, que no hacen sino **abonar la idea de que el testamento debe ser interpretado conforme al momento en que fue otorgado y si en este tiempo se omitió a un legitimario que nació o fue conocido posteriormente, se da preterición errónea.***

El motivo tercero también se desestima. El recurso de casación fue admitido en aplicación del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , por auto de 26 de febrero de 2008 . Lo fue, por tanto, por razón de la cuantía, no por interés casacional fundado en el número 3º del mismo artículo. Y los criterios de recurribilidad son excluyentes entre sí. Por tanto, admitiéndose el recurso por razón de la cuantía, no cabe plantear un motivo por interés casacional. Además, en el motivo no se alega la norma infringida, como exige el artículo 477 .1 de la misma ley , sino simplemente acumula una serie de sentencias, con lo que confunde la alegación de la recurribilidad que afecta a la admisión, con la motivación del recurso, que afecta a la resolución. Además, la serie de sentencias no aporta novedad alguna a la reiterada doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta, ya que no se plantea la preterición errónea, sin alegarse ni

discutirse ésta (sentencia de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237)), ni tan siquiera la preterición (sentencia de 6 de julio de 2004 (RJ 2004, 5100)), o se plantea desde el principio tan sólo la intencional (sentencia de 7 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6230)), o no consta el testamento del causante (sentencia de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7214)).

CUARTO.- - El motivo que se expresa como quinto, aunque no hay el cuarto, se opone a la nulidad de la partición y también se rechaza porque ésta es efectivamente nula. Son dos los extremos a que se refiere el motivo: el primero, a la intervención de la que fue esposa del causante, el segundo, a la omisión de la actora.

En cuanto a lo primero, al testador atribuyó como legado de parte alícuota, a su esposa, de aquel tiempo, la cuota viudal que por ley le corresponda y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota. Que los coherederos quisieran hacerle alguna atribución, podrían hacerlo por cualquier título válido, pero no como legítima. Por tanto, su intervención en la partición, no como heredero sin serlo, como dice el artículo 1081, sino como sujeto de la partición, legatario de parte alícuota, hace nula la misma, pues, como se ha dicho anteriormente, el coheredero al que se refiere esta norma alcanza también al legatario.

En cuanto a lo segundo, las demandadas, al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, coheredera, como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad, que establece el artículo 1080 del Código civil al concurrir mala fe en los sujetos de partición.

QUINTO.- - En consecuencia, se desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, como dice el artículo 487 .2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual, a su vez, había confirmado la de primera instancia. Sin embargo, procede hacer una precisión ante la aparente contradicción del fallo, motivado por la propia redacción del suplico de la demanda. En el fallo de la sentencia de primera instancia, ya firme, tras la declaración de haberse producido preterición errónea, anula la institución de heredero, lo que no significa otra cosa, a la vista del testamento, que se anula todo el contenido patrimonial de la disposición testamentaria y se procede a abrir la sucesión intestada, conforme al artículo 915 .2º del Código civil: el testamento no contiene institución de heredero porque ha sido anulada. Por ello, las tres hermanas, demandante y demandadas, recibirán la herencia por tres partes iguales. Y así lo dice la sentencia, al añadir: "volviéndose a abrir la sucesión del fallecido". Lo que se contradice con la mención a la legítima y la declaración del derecho a percibir la legítima larga que se hace en el propio fallo: si sólo percibiera ésta, quedaría vacante el tercio de libre disposición y sobre éste se abriría, a su vez, la sucesión intestada (ya que la institución de heredero hecha en el testamento, ha sido anulada), lo que llevaría al absurdo y a la misma conclusión. En definitiva, la herencia del causante se divide en tres partes, correspondiendo cada una a cada una de las tres hermanas.

En lo demás, derecho a percibir los frutos y la nulidad de la partición, se mantiene lo declarado en la instancia

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001 (Preterición):

PRIMERO

Son datos de especial relevancia en orden al presente recurso, los siguientes:

- A) Don Fernando Javier S. Ch. otorgó testamento notarial el 2 de diciembre de 1988, instituyendo herederos de todos sus bienes , por partes iguales, a los 5 hijos habidos de su matrimonio con doña María Concepción V. A.*
- B) El 13 de marzo de 1991, doña María Eddy P. N. dio a luz un hijo, que fue reconocido por don Fernando Javier, constando con el nombre de Josué Fernando S. P. en el Libro de Familia visado por el Registro Civil de Madrid el 4 de abril del mismo año.*
- C) El 2 de abril de 1992 don Fernando Javier y doña María Eddy suscribieron un convenio para proceder a la regulación de la guardia y custodia, régimen de visitas, alimentos y contribución a los gastos médicos, del hijo común, protocolizándolo notarialmente.*
- D) El 5 de febrero de 1994 falleció don Fernando Javier sin haber llegado a otorgar testamento posterior al de 2 de diciembre de 1998, antes mencionado.*
- E) Doña María Eddy, en nombre y representación de su hijo menor Josué Fernando, formuló demanda contra los 5 hijos matrimoniales de don Fernando Javier interesando se anulase la institución de los mismos como herederos testamentarios y se abriese la sucesión abintestato del causante. El Juzgado de Primera Instancia acogió sólo de modo parcial la demanda y entendiendo que se trataba de un supuesto de preterición intencional, se limitó a reconocer a Josué Fernando el derecho a una sexta parte del tercio de legítima de la herencia del causante, al concurrir con otros cinco hermanos.*
- F) Recurrída dicha sentencia por doña María Eddy, fue revocada por la Audiencia Provincial que calificó la preterición de no intencional, declarando la nulidad de la institución testamentaria y la apertura de la sucesión abintestato del causante.*

SEGUNDO

Por la representación de los 5 hermanos S. V. se ha interpuesto el presente recurso de casación, articulado a través de tres motivos, el primero de los cuales se formula al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando «la infracción de las normas jurídicas y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate».

Tan genérico enunciado se aclara posteriormente en el sentido de que existe litisconsorcio pasivo necesario respecto al cónyuge viudo del causante, contra quien no ha sido dirigida la demanda.

Los mismos recurrentes admiten que no siempre se atribuye al viudo o viuda la condición de heredero, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, pero señalan que en cambio se concede al viudo legitimación para el ejercicio de determinados derechos y es, en definitiva, sucesor «ex lege» del cónyuge premuerto, por lo que ostenta un interés lo bastante poderoso como para que se le deba tener en cuenta en todas las vicisitudes que pueda sufrir el proceso sucesorio.

El motivo ha de ser rechazado pues, como ya señaló el Juez de instancia la viuda del causante en modo alguno puede resultar afectada por la sentencia que se dicte, ya que dicha señora tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, según dispone el art. 834 del Código Civil, en todo caso, es decir, tanto si se anula como si no se anula la institución de herederos, y cualquiera que sea el número de éstos.

En consecuencia, no puede hablarse de infracción por la sentencia recurrida del artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) en cuanto garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, pues los que ostenta doña María de la Concepción V. en ningún caso son objeto de debate en el presente litigio ni, por tanto, pueden resultar afectados por la resolución que ponga fin al mismo, razones que determinan que sea realmente innecesaria la llamada a autos de dicha señora.

TERCERO

El segundo de los motivos del recurso, al amparo, como el anterior, del artículo 1692.4º de la Ley Procesal denuncia la infracción del art. 675 del Código Civil.

Se argumenta que ha de ser buscada la verdadera y exacta intención del testador, atendiendo sobre todo a la literalidad del testamento y sólo cuando ésta fuere insuficiente, acudiendo a otros medios de prueba.

En el caso presente, el testador en un primer momento instituye herederos por iguales partes a sus 5 hijos matrimoniales, asignándoles la totalidad de su herencia.

Posteriormente, tras el nacimiento del hijo extramatrimonial, el testador atiende a todos los deberes derivados de la relación paternofamiliar, suscribiendo convenio relativo a la manutención y asistencia de aquél, pero se abstiene de otorgar nuevo testamento, lo que, a juicio de los recurrentes revela la intención de no conferir al hijo extramatrimonial el mismo trato que a los matrimoniales.

Sin embargo este planteamiento ha de ser desechado por incorrecto.

Desde la promulgación de la Constitución en 1978, todos los hijos ostentan los mismos derechos, sin posible discriminación en atención a que tengan o no la condición de matrimoniales, según se desprende de lo prevenido en los artículos 14 y 39 de dicha norma.

En desarrollo de dichos preceptos se ha modificado en 1981 el Código Civil y particularmente, en lo que aquí interesa, el artículo 108, segundo párrafo, con carácter general, y el 931 respecto a la sucesión hereditaria de los padres, dan cumplida aplicación al principio fundamental de que se trata.

En consecuencia y de acuerdo con la normativa vigente si cualquier progenitor omite hacer uso de la facultad que le concede el artículo 662 del Código Civil respecto a la regulación del curso y destino de sus bienes, después de su fallecimiento, una vez acaecido éste, la herencia se repartirá a partes iguales entre sus hijos, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

Por ello, quien realmente desee establecer alguna diferencia, debe otorgar testamento haciendo uso, en él, de las facultades de disposición que respecto a dos de los tercios de su haber hereditario le atribuyen los párrafos segundo y tercero del art. 808 del Código Civil.

Desde otro punto de vista y prosiguiendo con el análisis del razonamiento de los recurrentes, ha de afirmarse que resulta difícil interpretar un testamento teniendo en cuenta hechos que ocurren o actitudes que se adoptan o se omiten varios años después de su otorgamiento. Así, se presenta como inadmisibles valorar la inactividad testamentaria de don Fernando Javier entre el 13 de febrero de 1991 y el 5 de febrero de 1994 como producto de su deliberada voluntad de reducir a su hijo extramatrimonial a la legítima estricta que pudiera corresponderle, lo que convertiría en intencional su pretensión.

Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada «ex re ipsa». Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento.

En definitiva, ha de entenderse:

a) Que el causante no se hallaba animado de especiales intenciones en cuanto a su hijo extramatrimonial, en el momento de expresar su última voluntad ante el Notario autorizante de su único testamento. Simplemente, no podía presumir que llegase a producirse su nacimiento, por lo que la no referencia al mismo es lógica y su preterición debe ser calificada de no intencional.

b) Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988.

Por lo tanto, únicamente puede afirmarse que don Fernando Javier –fuera o no conocedor de las consecuencias jurídicas de su conducta– se limitó a dejar las cosas como estaban y, pudiendo hacerlo, no volvió a testar al objeto de establecer diferencias en cuanto a las porciones hereditarias correspondientes a uno y otros hijos. Este silencio ha de interpretarse como conformidad de que se produjera el efecto que las leyes establecen para tales casos, que no es otro que el prevenido en el segundo párrafo, supuesto segundo del artículo 814 del Código Civil, como acertadamente ha entendido el Tribunal de instancia.

CUARTO

El último motivo, también con invocación del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en la infracción del art. 814 del Código Civil en relación con los arts. 1249, 1250 y 1257 del mismo Cuerpo legal.

Se afirma por los recurrentes que el primero de los preceptos mencionados sólo exige el respeto a la legítima de los herederos forzosos preteridos, debiendo respetarse también el resto de las disposiciones testamentarias, lo que la sentencia impugnada no ha acatado, al declarar la nulidad íntegra del testamento.

De la observación de las fechas en que se produjeron los hechos enumerados en el primero de los Fundamentos Jurídicos de esta resolución resulta que el causante acudió al Notario para protocolizar el convenio en que se comprometía a cubrir determinadas necesidades de su hijo

extramatrimonial, por lo que si hubiese querido igualarlo a efectos hereditarios con los matrimoniales, podría haberlo hecho. Por tanto, concluyen, si no lo hizo es que no tenía tal voluntad y esta voluntad que es ley del testamento debe ser respetada.

Se alega que al llegar a otra solución, la sentencia recurrida utiliza erróneamente el juego de las presunciones, ignorando el dato incontrovertible de que el causante, pudiendo otorgar testamento notarial, se limitó a interesar la protocolización del convenio en que asumía determinados compromisos respecto a su hijo extramatrimonial.

Ha de admitirse la alusión a la innecesidad de acudir a presunciones y al peligro de conceder excesiva relevancia a determinadas declaraciones testificales, sin embargo tales argumentos en que parcialmente se basa la sentencia impugnada bien pueden ser calificados como «obiter dicta», ya que dicha resolución maneja otros, como son el amplio contenido del convenio protocolizado en 1992; el dato derivado de la cronología de los hechos –a que ya se ha hecho referencia– que traslada a la parte demandada la carga de la prueba sobre la intencionalidad de la pretensión, que se dice no es presumible cuando al otorgarse el testamento no existía el hijo actualmente preterido; y, fundamentalmente, la consecuencia de que al entenderse que el testador no quiso excluir conscientemente a uno de sus hijos en su disposición testamentaria se evita incidir en el trato discriminatorio que estuvo vigente en nuestro Derecho hasta 1978.

En consecuencia, la argumentación de los recurrentes ha de ser rechazada por las mismas razones ya expuestas en el anterior Fundamento Jurídico, que se dan aquí por reproducidas, lo que impone la desestimación del motivo que es objeto de estudio.

En definitiva, es cierto que la voluntad del testador ha de considerarse como realmente relevante –así lo dispone el art. 675 del Código Civil– pero precisamente la concreta voluntad que el testador ha formado en atención a la realidad o a la situación que puede contemplar y valorar en el momento en que lleva a cabo el otorgamiento.

Si esa realidad se altera después de forma significativa y el testador omite otorgar nuevo testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, su voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante.

Como esta Sala tuvo ocasión de declarar en la ya lejana sentencia de 1 de julio de 1969, la preterición ha de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne de quien dispone de sus bienes para después de su muerte evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento.

Por consiguiente, ha de estarse al hecho de la omisión del hijo extramatrimonial, en el testamento del causante, cuyo otorgamiento anterior incluso a la concepción de Josué Fernando, convierte a su preterición en no intencional, con la consecuencia práctica de que todos los hijos del señor S. Ch. van a obtener la igualdad de trato que la Constitución propugna.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018 (Desheredación):

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

*1.- La principal cuestión jurídica que se plantea en este recurso es la validez de una desheredación cuando el testador, que no menciona de manera expresa la causa por la que deshereda a su hija, **incorpora al testamento abierto que otorga dos documentos de los que podría inferirse la causa legal de desheredación que pretende hacer valer: la copia de una carta que dirigió a su hija manifestando su deseo de iniciar un contacto que no había existido desde que ella era una niña y la copia de una denuncia por agresión interpuesta años antes contra la hija y que fue archivada. Se plantea también la eficacia de la reconciliación y del perdón.***

El testamento abierto otorgado por el causante contiene una cláusula primera del siguiente tenor:

«Deshereda a su hija Matilde , de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 848 y siguientes del Código Civil.

»En el caso de que no pudiera llevarse a cabo la desheredación, lega a su citada hija Matilde lo que por legítima estricta le corresponda, disponiendo que dicha legítima le sea pagada en efectivo metálico.

»Es voluntad del testador que se deje incorporado a este testamento burofax dirigido por el testador a su hija Matilde , junto con el justificante del recibo del mismo por parte de su mencionada hija, lo que yo, Notario, realizo incorporando dichos burofax y justificante de este testamento del que formarán parte integrante.

»Es también su voluntad incorporar al testamento denuncia contra doña Matilde , que se realizó en Camargo Cantabria el jueves día 23 de julio del 2009».

En el primer documento que se incorpora al testamento se dice:

«Santander, a 31 de diciembre de 2008.

»Querida hija:

»Por la presente, me pongo en contacto contigo (y lo hago por medio de Burofax para tener constancia de que lo recibes), a fin de recordarte, ahora que ya eres mayor de edad, que puedes venir a verme todas las veces que lo creas oportuno, pues las puertas de esta casa siempre estarán abiertas para ti. Por mi parte, he cumplido siempre con todas mis obligaciones como padre y bien sabe tu madre que he intentado por todos los medios a mi alcance no perder contacto contigo, lo que podría aclararte e incluso demostrarte si te dignases a visitarme. Creo que es justo que tú también te preocupes por tu padre, más aún en la situación en la que sabes que me encuentro, en la que cualquier ayuda siempre es necesaria. En fin, entiendo que ha llegado el momento de decirte estas cosas, ahora que, como persona mayor de edad, eres lo suficientemente madura para comprenderlas y para juzgar si definitivamente podemos recuperar una relación normal de padre e hija o, por el contrario, debo dar por perdida, con gran dolor de corazón esa posibilidad. Por último, no olvides que tienes un hermano a quien hoy aún no conoces.

»Sin nada más que decirte, se despide tu padre».

2.- La sentencia del juzgado contiene una declaración expresa de hechos probados que es asumida por la sentencia de segunda instancia:

«No ha sido un hecho controvertido las malas relaciones existentes entre el causante y su primera mujer, madre de la demandante (de la que consta estaba divorciado), y por extensión de su hija por aquel entonces, menor de edad, quien a su vez consta que no mantenía buenas relaciones con la pareja de su padre, lo que motivó que, por auto de fecha 24 de marzo del 2000, se acordase la suspensión de las visitas fijado en la sentencia de separación (documento 3, auto dictado por el juzgado de primera instancia n.º 6 de Santander).

»Consta probado que en fecha 23 de julio del año 2009 la esposa de Eloy se persona en las dependencias de la Guardia Civil de Camargo y entrega una denuncia escrita de su marido en el que se relata que estando acompañado de su hijo de su esposa, su hermano y la esposa de este

último apareció su hija que no veía desde que ella tenía 7 años, se acercó y pegó un empujón a su esposa, cuando el padre se lo recriminó afirmando que era tan mala como su madre, su hija le pegó un bofetón en la cara.

»Respecto a dichos hechos se acordó el sobreseimiento por parte del juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Santander (documento n.º 7). Dicho auto fue objeto de recurso y posterior de apelación.

»La Audiencia Provincial de Santander confirma el auto recurrido sosteniendo que no aparece debidamente justificada la perpetración del delito, ni indicios racionales de comisión (documento n.º 8).

»Importa destacar a los efectos aquí pretendidos que el denunciante se limitó a ratificarse en la denuncia presentada renunciando al derecho de ser reconocido por médico forense, y dada la enemistad existente entre las partes, las versiones contradictorias y la ausencia de corroboraciones periféricas como podían ser el parte de lesiones, es por lo se acuerda el sobreseimiento.

»No obstante lo anterior, dando un salto temporal, y atendiendo al contenido de la carta de últimas voluntades escrita por el testador en fecha 16 de agosto del 2012, entre otras, el padre de la demandante manifiesta y reconoce haber pasado participado en la bonita infancia de su hija Matilde , sintiendo pesar por las circunstancias que les llevaron a no estar juntos, pero en todo caso felicidad por la reconciliación.

»Es unos días más tarde, cuando el causante, Eloy , escribe un testamento de últimas voluntades, exactamente en fecha 22 de agosto del año 2012, en el que refleja nuevamente la intención del suicidio y entre otras disposiciones, decide (punto tercero) desheredar a su hija de todos sus bienes, según afirma "...ya que a partir de los 9 años no ha querido saber nada de mí en todos los sentidos y desconozco los motivos que le han podido llevar a ello ya que no he tenido ninguna conversación con ella porque así ella lo ha decidido; ya que yo sí que le enviado cartas a su domicilio por burofax indicándola (sic) la situación en la que me encontraba en mis peores momentos de salud para que viniese a verme y hablar con ella y jamás he tenido respuesta por su parte, por lo tanto entiendo que si nunca ha querido saber nada de mí tampoco debería tener derecho a nada de la herencia..."

»Un año más tarde, exactamente el día 28 de noviembre del año 2013, en testamento abierto Eloy , en su cláusula cuarta (documento n.º 6) deshereda a su hija Matilde (sin especificar causa) apelando a lo dispuesto en el artículo 848 y siguientes del Código Civil , especificando que, en caso de que no pudiera llevarse a cabo la desheredación, lega a su hija lo que por legítima estricta le corresponda disponiendo que dicha legítima le sea pagada en efectivo en metálico. Deja el testador incorporado al testamento la carta a la que hemos hecho referencia de fecha 22

de agosto de 2012 y la denuncia escrita que entregó la esposa de Eloy en el cuartel de la Guardia Civil de Camargo el jueves día 23 de julio del año 2009.

»El día 29 de noviembre de 2013 Eloy falleció».

3.- El 19 de marzo de 2014, Matilde interpone demanda contra Covadonga (viuda de su padre y legitimaria), su hijo menor (instituido heredero) y contra Leonardo , hermano de su padre, al que este había nombrado albacea y administrador de los bienes que correspondieran al hijo en la herencia.

La demandante solicita la declaración de nulidad de la cláusula de desheredación y la nulidad de las atribuciones a la esposa e hijo en cuanto perjudiquen su legítima. Razona, en síntesis: i) que tras el divorcio de sus padres, la relación y los contactos con su padre se fueron distanciando, hasta el punto de que se acordó la suspensión de las visitas de su padre por considerar que no eran beneficiosas para la demandante cuando era menor, pero que en los últimos años se reconciliaron, manteniendo contacto personal y telefónico, y que el padre dejó constancia de tal reconciliación en la carta escrita de 16 de agosto de 2012, de la que entregó copia a dos de sus hermanos, a su exmujer (madre de la demandante) y a su mujer; ii) que mantuvieron contacto hasta el fallecimiento de su padre, lo que justifica mediante el intercambio de whatsapp de contenido familiar e intercambio de fotos; iii) que el testador no ha concretado la causa de la desheredación en el testamento y se ha limitado a remitirse lacónicamente a los arts. 848 y ss. CC (LEG 1889, 27) ; iv) que ella no recibió el burofax a que se hace referencia en el testamento y que, a la vista de lo que se refiere que contenía, no puede estimarse suficiente para apreciar causa de desheredación; v) y que la denuncia de agresión del año 2009 que se adjunta al testamento fue archivada.

En su contestación, los demandados alegan: i) que no hubo reconciliación; aluden a estos efectos a la referencia de facebook de 17 de septiembre de 2012 en la que, aunque no lo menciona expresamente, es evidente que la demandante se refiere a su progenitor en términos de gran dureza; también que la demandada mantuvo siempre una absoluta distancia afectiva respecto de su padre, como muestra el que usara en las redes sociales el apellido de su madre o que dijera estar orgullosa de su padre, refiriéndose al marido de su madre; ii) que en una carta de 22 de agosto de 2012 que apareció entre las cosas del testador, ya anunciaba su deseo de desheredar a la hija por no haber querido saber nada de él desde los nueve años; iii) que, de los términos del testamento y de la denuncia protocolizada junto con el testamento, se deduce de manera inequívoca que la causa en la que se funda el testador es el maltrato de obra, sin que sea necesaria una condena por tales hechos.

4.- La sentencia de primera instancia estima sustancialmente la demanda, declara la nulidad de la disposición del testamento del padre por la que desheredaba a su hija, declara que esta es heredera forzosa de su padre y que, en consecuencia, tiene derecho a percibir la legítima estricta que le corresponda en su herencia.

El juzgado considera que la desheredación es nula por injusta. Tras sentar como primera apreciación el comportamiento contradictorio y vulnerable del causante, tanto en las relaciones afectivas con su hija como en las causas en las que se apoya la voluntad de desheredarla, el juzgado razona: i) la desheredación requiere que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada (arts. 848 y 849 CC) y, en el caso, en su testamento abierto el testador no especificó la causa de desheredación y se limitó a adjuntar una carta dirigida a su hija en 2008 y una denuncia sobre malos tratos de fecha anterior (2009) a la reconciliación habida entre padre e hija; ii) a la vista de la carta de 16 de agosto de 2012 aportada por la hija, ha quedado acreditada la reconciliación con el padre, de modo que el maltrato de obra y las injurias imputadas a la hija tendrían que haberse producido a partir de ese día, puesto que la reconciliación priva al ofendido del derecho a desheredar (art. 856 CC); iii) a pesar de que resulta evidente que el padre y la hija habían normalizado sus relaciones, el padre se retrotrae de lo dicho y procede a desheredar a la hija, pero no por los motivos de la denuncia de 2009 que le imputaban a la hija maltrato de obra, sino por razones genéricas que más tenían que ver con la falta de comunicación y entendimiento, razones que no son causa de desheredación sino que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1993 , corresponden al campo de la moral, máxime cuando en el presente caso, de haberse producido, no pueden achacarse a la hija, ya que habrían tenido lugar durante su minoría de edad.

Por lo que se refiere a los efectos de la desheredación injusta, por aplicación del art. 851 CC , el juzgado declara que procede mantener la validez del testamento y reconocer a la actora el derecho a la legítima que le corresponda en la herencia de su padre.

5.- La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma la sentencia recurrida en su integridad.

La Audiencia basa su decisión en las siguientes razones: i) el fundamento de la estimación de la demanda por la sentencia de primera instancia es la voluntad de reconciliarse con su hija que el causante expresó en la carta de 16 de agosto de 2012; ii) puesto que la única causa de desheredación sería el posible maltrato de obra sufrido por el causante el 21 de julio de 2009, tal hecho, que ni siquiera está probado, debería considerarse perdonado por el causante, pues en otro caso no se entiende la voluntad de reconciliación expresada en carta de 16 de agosto de 2012, ni que el causante hubiera omitido cualquier alusión a ese hecho en la carta de 22 de agosto de 2012; iii) porque si «la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar» (art. 856 CC), del precepto se deduce que el perdón del hecho que constituye la causa de desheredación impide posteriormente desheredar sobre la base de ese mismo hecho; iv) porque siendo normal y muy

conveniente desde el punto de vista familiar y social el perdón entre parientes próximos, no se admite que su eficacia se haga depender de elementos formales (como sería la concreta enumeración de todos los agravios sufridos anteriormente); v) no está acreditado el maltrato de obra denunciado el día 21 de julio de 2009, con base en la declaración que en juicio prestó una testigo presencial, cuñada del causante; la ofensa, de haberse producido, estaría perdonada; vi) la alegación en el recurso de apelación de que el causante sufrió daño psicológico por los mensajes colgados por la actora en las redes sociales en las que se refiere a su padre con expresiones que reflejan dureza no se hizo valer en la contestación a la demanda, en la que los documentos en los que se aportaban esos mensajes se unieron para demostrar que existía una separación afectiva entre padre e hija incompatible con cualquier clase de reconciliación; vii) que, en cualquier caso, tampoco serían relevantes para constituir causa de desheredación, pues la demandante se limitaba a emitir opiniones sobre su padre, aunque fueran duras.

6.- Covadonga , en su propio nombre y en el de su hijo, recurre en casación.

SEGUNDO

Recurso de casación

1.- Formulación del motivo primero .

El motivo primero denuncia infracción, en concepto de inaplicación, del art. 853.2.ª CC (LEG 1889, 27) y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, conforme a la cual, debe integrarse dentro del citado precepto el maltrato psíquico como causa de desheredación. Cita las sentencias de esta sala 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014, 3900) , y 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015, 639) .

En el desarrollo del motivo se argumenta que la reconciliación invocada por la Audiencia Provincial no puede amparar la actuación posterior de la demandante, que no cesó en mostrar el desprecio a su padre a través de las redes sociales.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2.- Desestimación del motivo primero .

En el diseño legal actualmente vigente la legítima es configurada como un derecho del que solo puede privarse al legitimario de manera excepcional cuando concurra causa de desheredación: el testador debe expresar la causa, y al legitimario le basta negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al heredero (art. 851 CC).

*La sentencia recurrida rechazó la invocación del **maltrato psicológico como causa de desheredación**, en primer lugar, porque en el escrito de contestación a la demanda no se afirmó que los documentos aportados, y consistentes en las manifestaciones y publicaciones de la hija en las redes sociales, fueran expresión de maltrato o injuria, sino que simplemente se unieron para demostrar que existía una absoluta separación afectiva entre padre e hija, incompatible con cualquier reconciliación.*

Bastaría este razonamiento de la sentencia recurrida para desestimar este motivo, porque no sería posible revisar en el recurso de casación la falta de apreciación del maltrato psicológico como causa de desheredación si no fue invocada como tal en la contestación a la demanda, puesto que son los escritos rectores de las partes, demanda y contestación a la demanda, los que establecen los términos en los que queda fijado el debate.

La propia sentencia recurrida, sin embargo, en aras de agotar la respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, rechaza la invocación del maltrato psicológico como causa de desheredación con un segundo argumento. En particular, dice la sentencia que los documentos aportados en la contestación a la demanda (y de los que resultaría que la demandante utilizaba en las redes sociales el apellido materno, que se refirió al actual marido de la madre como su padre y, sobre todo, que expresó con dureza opiniones sobre el causante) no serían, ni siquiera el ahora mencionado en último lugar, relevantes para constituir causa de desheredación.

Aunque entendiéramos que la invocación del maltrato psicológico no es una cuestión nueva y que existió debate entre las partes, si atendemos a los hechos declarados probados en la instancia, el razonamiento de la sentencia recurrida no infringe el art. 853.2.ª CC ni la doctrina de esta sala sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación.

Las sentencias de esta sala 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014, 3900) , y 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015, 639) , mediante una inclusión interpretativa, han insertado el maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del art. 853.2.º CC , al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima. Sin embargo, en el caso, en atención a las circunstancias concurrentes, ninguno de los hechos referidos por la recurrente son susceptibles de ser valorados como maltrato psicológico. En particular, por lo que se refiere a la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en las redes sociales, en las que insiste la demandada en su recurso de casación, se trata de un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredatoria queda desvirtuada

por las alegaciones de la demandante relativa al posterior intercambio de mensajes familiares con su padre y por el hecho de que el causante, que se suicidó al día siguiente de otorgar testamento, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación en su testamento, sino, de forma genérica, a la ausencia de falta de comunicación.

Por ello, y con la finalidad de agotar la respuesta a las cuestiones planteadas por la demandada recurrente, si atendemos a la falta de relación familiar afectiva, con independencia de que la sentencia considera acreditada la reconciliación, lo cierto es que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos. Tal circunstancia no puede apreciarse en el caso si se tiene en cuenta que esa falta de relación se inició cuando la demandante tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva ente la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Evidentemente, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña.

3.- Formulación del segundo motivo .

El motivo denuncia infracción, en concepto de aplicación indebida, del art. 856 en relación con el art. 757 CC , por cuanto la sentencia recurrida justifica la nulidad de la cláusula de desheredación en el perdón otorgado por el causante.

En el desarrollo del motivo la recurrente razona que la carta de fecha 16 de agosto de 2012 remitida por el padre a la hija y en la que el padre le ofrece el perdón no implica reconciliación, que no se produjo por la contumacia de la hija, lo que explicaría que en el testamento abierto otorgado por el padre el 28 de noviembre de 2013 se incorporaran dos documentos que han de entenderse justificativos de la decisión de desheredar. Añade que el art. 856 CC no menciona el perdón, que es unilateral, sino solo la reconciliación, que es bilateral.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4.- Desestimación del segundo motivo .

La sentencia recurrida afirma expresamente en los fundamentos de derecho segundo y cuarto que no considera acreditado el maltrato de obra, causa a la que podría reconducirse la desheredación testamentaria a la vista de la incorporación al testamento de la denuncia por agresión del año 2009 y que fue archivada. Bastaría con ello para desestimar el recurso de casación.

Pero como es verdad que la sentencia se refiere también de forma reiterada al perdón (fundamentos de derecho segundo y tercero) y a la voluntad de reconciliación del causante con su hija (fundamentos de derecho primero y segundo) procede dar respuesta a la cuestión planteada por la parte recurrente.

En primer lugar, hay que hacer notar que la sentencia recurrida habla del perdón por el padre de las ofensas que hubiera podido hacerle la hija, pero lo hace sin modificar los hechos probados por la sentencia de primera instancia, que considera acreditado que hubo reconciliación. segundo lugar, cabe añadir que, a pesar de que el art. 856 CC solo menciona la reconciliación como causa que impide desheredar o que priva de eficacia a la desheredación ya hecha, ello no podría impedir la eficacia del perdón de la ofensa concreta que, de haber quedado acreditada, lo que no ha sucedido en el caso, fuera causa de desheredación, pues quien puede hacer valer la causa de desheredación también puede remitirla eficazmente.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 (Desheredación):

Recurso de casación.

Desheredación: [artículo 853.2](#) del Código Civil . El maltrato psicológico como justa causa de desheredación; doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , interpone recurso de casación que articula en un único motivo . En dicho motivo se denuncia la infracción del artículo 853.2 del Código Civil (LEG 1889, 27) , y de la jurisprudencia de esta Sala contemplada en las sentencias de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5117) , 9 de julio de 1934 , de 20 de mayo de 1931 y de 4 de noviembre de 1904 , en relación con la interpretación y significado que las mismas en conjunto confieren a la expresión "haberle maltratado de obra" del mencionado artículo, como causa de desheredación de un padre respecto a alguno de sus hijos. Considera la recurrente que el maltrato psicológico que las sentencias de ambas instancias ha considerado probado es de tal entidad que debe entenderse incluido en el concepto de maltrato de obra reseñado en el Código Civil, ya que de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala no es necesario el empleo de violencia física para configurar la situación de maltrato de obra que da pie a entender aplicable la aludida causa de desheredación. Ha quedado probado que la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna

consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación que, engañada, le obligó a hacerle a él y a sus hijos, ante notario, con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social en la que resulta altamente reprochable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre. Se citan en el desarrollo del motivo las sentencias de 5 marzo 2010 (RJ 2010, 2390) , 11 diciembre 2006 , 5 mayo 2009 (RJ 2009, 2907) y 28 septiembre 2011 (RJ 2011, 6586) , en relación con la concurrencia de dolo a la hora de contratar.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser estimado.

2. En relación a la cuestión que plantea el presente recurso de casación, esto es, la interpretación del concepto de maltrato de obra que contempla el artículo 853.2 del Código Civil , debe señalarse que la reciente jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de esta figura en su sentencia de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014 (RJ 2014, 3900)).

En este sentido, interesa destacar el proceso interpretativo que desarrolla la citada sentencia, al hilo de su fundamento de derecho segundo, en los siguientes términos: " 3. En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

4. En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5117) y 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792) , esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE (RCL 1978, 2836)) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de

los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004 (RCL 2004, 2661).

5. Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013, núm. 827/2012 (RJ 2013, 2276)) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de 'favor testamenti", entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012 (RJ 2013, 2274) ".

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

3. Resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices.

En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 6586) al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 (Desheredación):

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación.

2. El testamento del causante, con fecha de 20 de septiembre de 2001, contempla la cláusula deshereditaria con el siguiente tenor: " PRIMERA.- Deshereda expresamente a sus hijos antes nombrados por las siguientes causas.

- A su hija Sonsoles por la causa la del artículo 853 del Código Civil , al haber negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados y además por la causa 2ª del citado artículo al haberle injuriado gravemente de palabra.

- Y a su hijo Roberto por la causa 2ª del mismo artículo antes citado, al haber injuriado gravemente de palabra al testador y además maltratado gravemente de obra".

3. En síntesis, el presente recurso de casación tiene por objeto una sentencia dictada en un juicio ordinario, en el que los demandantes DON Roberto y DOÑA Sonsoles , y frente a su tía DOÑA Ángela , interesan el dictado de sentencia por la que se declare que han sido desheredados injustamente por su padre, el testador Don Jesús Manuel , y nula y sin efecto alguno la cláusula testamentaria en virtud de la cual fueron desheredados injustamente, anulándose la institución de heredero en cuanto les perjudique y reconociéndoseles su derecho a percibir la legítima con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario, o lo que es lo mismo, la propiedad de las 2/3 partes de los bienes que lo conforman, con condena de la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a realizar cuantas acciones sean necesarias para el reconocimiento y/o constitución del derecho de propiedad a favor de los demandantes.

La sentencia de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Por su parte, la sentencia de la Audiencia confirmó la resolución apelada. Ambas instancias, pese a no haber mediado la previa solicitud de alimentos por parte del causante, consideraron probado que en cuanto a su trato fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar.

Recurso de casación.

Derecho de sucesiones. Desheredación: artículo 853.2 del Código Civil . El maltrato psicológico como justa causa de desheredación; doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. Al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , la parte demandante y apelante interpone recurso de casación que articula en un único motivo . En este motivo se alega la infracción de los artículos 850 , 851 y 853 del Código Civil (LEG 1889, 27) , dado que los hechos imputados no son subsumibles en el último artículo citado, pues las referidas

injurias o insultos, dada la interpretación restrictiva de la institución, no tienen entidad suficiente para provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica, con cita de la STS de 28 de junio de 1993 (núm. 675/1993 (RJ 1993, 4792)).

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

3. En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

4. En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5117) y 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792) , esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE (RCL 1978, 2836)) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004.

5. Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 (RJ 2013, 2276)) con una clara

proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de "favor testamenti", entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012 (RJ 2013, 2274) .

6. En el presente caso, y conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido "abandono emocional", como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios.