

de sucesiones en España

Alejandro Valiño

Abstract. – The author shows us the particular features of the Spanish law of Inheritance, namely the reforms that provide special protection to disabled persons, and the great differences between the common civil law system (represented by the Spanish Civil Code) and the various regional civil laws, which have been able to adapt better to the demands of modern society. This is particularly evident in the granting of greater freedom of disposition by will and offering more flexible and diverse instruments of *causa mortis* disposition.

Key Words: Spanish Civil Code, Spanish regional law, freedom of disposition by will, protection to disabled persons, forced estate, joint will, inheritance agreement.

Sommario: 1. *Derecho común y derecho foral*. – 2. *Derecho sucesorio común y foral*. – 3. *La especial protección de los discapacitados en el derecho sucesorio*. – 4. *Legítimas en el Código Civil*. – 5. *Legítimas en los derechos forales*. – 6. *La cuestión de las formas testamentarias en el Código Civil*. – 7. *Formas testamentarias en los derechos forales: el testamento mancomunado*. – 8. *Los pactos sucesorios*. – 9. *La posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada*.

33

1. *Derecho común y derecho foral*. – La peculiaridad del derecho civil español radica en la coexistencia en un mismo espacio político de un derecho civil común, encarnado principalmente por un Código civil más que centenario¹, y varios derechos civiles forales o especiales, que no sólo son el reflejo de una diversa tradición histórica, sino que contienen un derecho más moderno merced a un notable desarrollo normativo, especialmente visible en los últimos decenios.

Esta peculiaridad del derecho civil en España viene avalada por la

¹ La promulgación del Código Civil tuvo lugar por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (accesible en <http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/CC/RD25071889.htm>) tras un tortuoso camino, que arranca del malogrado Proyecto de 8 de mayo de 1851, obra de García Goyena. Vid. sintéticamente la línea evolutiva de esta divergencia de nuestro derecho civil en C. LAHOZ POMAR, *El Derecho civil foral: nuevas perspectivas*, en *Estudios Jurídicos sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007*, Zaragoza-Arpi Relieve 2008, 13 ss. y Y. BLASCO GIL, *Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral*, en *Derecho Privado y Constitución* 23, 2009, 66 ss.

Constitución Española en su art. 149.1, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de derecho civil, pero las Comunidades Autónomas donde exista un derecho foral o especial propio tienen también competencia legislativa para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, no sin ciertas limitaciones². La mayoría de estas Comunidades Autónomas han hecho uso de esta competencia, conjugando tradición y respeto a la identidad propia con modernización de la materia civilística, acomodándose más rápidamente que nuestro Código Civil a los nuevos tiempos³.

Este estado de cosas trae como consecuencia que el Título Preliminar de nuestro Código Civil haya tenido que dedicar unas cuantas reglas a lo que se conoce como 'derecho interregional'⁴, reglas que guardan una cierta semejanza con las de 'derecho internacional privado', de las que no dejan de ser un trasunto y que entran en juego cuando se produce el contacto entre los

² En efecto, nuestra Constitución Española no permite a las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial propio legislar sobre "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

³ Los instrumentos técnicos concretos seguidos para hacer efectiva esta competencia han venido variando, según el momento y la región foral considerada, valiéndose, bien de Compilaciones (entre 1959 y 1973), bien de leyes especiales sobre materias iusprivatistas concretas, bien de codificaciones parciales sectoriales, bien, por último, de regulaciones completas que pretenden reducir a la nada en ciertos territorios la presencia y aplicación del Código Civil.

⁴ Reivindicando el papel determinante de España dentro de la historia jurídica de Europa, también se ha de poner el acento en su condición particular, algo ya destacado por A. D'ORS PÉREZ-PEIX, *La singularidad de España en la historia jurídica de Europa*, en *REHJ.* 13, 1989-1990, 156 ss., no sólo por la cuestión foral, sino por el alejamiento de la tradición jurídica española de las corrientes imperantes en Europa. En cuanto a los efectos de esta diversidad interna en relación con la aplicación del Tratado de Amsterdam, vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *La incidencia del Tratado de Amsterdam en el sistema español de derecho interregional*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna* 18.1, 2001, 67 y 76, e *Id.*, *Los Tratados de Amsterdam y Niza: su incidencia en la codificación del derecho interregional desde la perspectiva del derecho civil vasco*, en F.J. QUEL LÓPEZ, I. AGUIRRE ZABALA, J.J. ÁLVAREZ RUBIO (Coord.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2002*, Vitoria-Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones 2002, 305 ss. En todo caso, los criterios de determinación de la legislación interregional aplicable caen dentro del exclusivo ámbito competencial del Estado, que la hace depender del concepto de vecindad civil. Vid. ampliamente sobre la cuestión S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y derecho interregional (o, ¿para quién legisla el legislador autonómico de derecho civil?)*, en *Dereito* 15.1, 2006, 263 ss. y J.L. IRIARTE ÁNGEL, *Conflictos de leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual*, en *Boletín JADO.* 18, 2009, 55 ss.

derechos de distintos Estados⁵. Ello introduce, en consecuencia, una complejidad adicional al derecho sucesorio español, que, si bien ha sido alabada por ser respetuosa con la idiosincrasia de cada pueblo, ha sido también denostada⁶, precisamente en un momento en el que dominan las voces en pro de la armonización del derecho privado europeo⁷ en la que el derecho

⁵ E. PECOURT GARCÍA, *El nuevo sistema español de Derecho interregional*, en *Primeras Jornadas del Instituto Español de Derecho Foral*, Pamplona 1975, 15 s.; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *La necesaria reforma del sistema español de derecho interregional*, en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Vitoria-Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones 1997, 279 ss.; y A. CALATAYUD SIERRA, *Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles*, en *Revista de Derecho Civil Aragonés* 5.2, 1999, 169 ss. Sobre la demanda de una solución para el derecho interregional autónoma y diferenciada de la que se prodiga respecto del derecho internacional privado, vid. entre otros J. DELGADO ECHEVARRÍA, s.v. *Art. 16*, en *Comentario del Código Civil I*, Madrid-Ministerio de Justicia 1991, 167 s. y A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Santiago de Compostela-Universidade de Santiago de Compostela 2007, 153 ss.

⁶ Este enfoque dicotómico se hace patente en las palabras de uno de los acérrimos defensores del derecho foral vasco, A. CELAYA IBARRA, *Conflictos de leyes civiles*, en *Boletín JADO.*, 18, 2009, 9 ss., quien en pág. 12 señala que “personalmente nunca he creído que el Derecho vasco debiera extinguirse. Ningún pueblo es nada si no posee una vida social gobernada por sus propias leyes”, pero al mismo tiempo, al describir el escenario postconstitucional en el País Vasco por lo que se refiere al ejercicio de la competencia legislativa en materia de derecho civil estatutariamente asumida, denunciaba la inacción normativa a propósito al decir que “tengo la impresión de que nuestros profesionales del Derecho, que siguen estando fundamentalmente orientados a la aplicación del Código Civil, no tienen mucho interés en este tema y quizá en el fondo, les resultaría más cómodo aplicar el Código Civil”.

⁷ Las manifestaciones normativas de esta tendencia no sólo alcanzan al ámbito del derecho civil y mercantil de los negocios o del derecho de daños no contractuales, sino también al ámbito del derecho de familia y sucesorio. Vid. entre otros M. MARTÍN CASALS, *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, en *2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Granada 14, 15 y 16 de noviembre de 2002, Granada-GEU, 1 ss.; C. PARRA RODRÍGUEZ, *Los sistemas de uniformización del derecho europeo en materia de obligaciones y contratos*, en *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002*, Girona-Documenta Universitaria 2003, 381 ss.; los trabajos de M. D. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *El derecho civil comunitario: su posible codificación*, 1223 ss. e I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La unificación del derecho civil patrimonial europeo*, 1787 ss., ambos en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García I*, Murcia-Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico 2004; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la Unión Europea*, en *Homenaje al Profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo-Fundación de Cultura Universitaria 2005, 157 ss.; *Id.*, *El lento camino hacia la europeización del derecho de los contratos*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 45-46, 2004-2006, 257 ss.; S. LEIBLE, *Vías para la unificación del derecho privado europeo*, en *Anuario de Derecho Civil* 59.4, 2006, 1589 ss.; M.P. PÉREZ ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre la unificación del derecho privado*

sucesorio ofrece una problemática especial por la tradicional consideración de su estrecho ligamen a las concepciones e idiosincrasia particular de cada comunidad política⁸.

europeo y el método histórico-comparativo, en *RGDR*. 6, 2006, www.iustel.com; C. RUIZ-TAGLE VIAL, *Lecciones del proceso de unificación del derecho privado en la Unión europea*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 27, 2006, 185 ss.; D. CORREA SABAT, *La armonización del derecho contractual europeo a la luz de las comunicaciones de la Comisión sobre Derecho contractual europeo y sobre un derecho contractual europeo más coherente – Plan de acción*, en *Ars boni et aequi. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins* 6.2, 2010, 41 ss.; E. GÓMEZ CALLE, *Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, en C.E. GUZMÁN MENDOZA, S. INSIGNARES CERA (Eds.), *Política y Derecho, retos para el siglo XXI*, Barranquilla-Ediciones Uninorte 2010, 69 ss.; F. GÓMEZ POMAR, J.J. GANUZA FERNÁNDEZ, *Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo*, en *InDret* 2, 2011, 5 ss.; G. OROZCO PARDO, M.A. MORENO NAVARRETE, *El contrato en el contexto de la unificación del Derecho privado*, en *Anales de Derecho* 29, 2011, 115 ss.; S. DÍAZ ALABART, *La armonización del derecho de contratos en la Unión Europea y en el continente sudamericano*, en *Revista de Derecho Privado* 4, 2012, 115 s.; y P. VALÉS DUQUE, *La responsabilidad precontractual*, Madrid-Editorial Reus 2012, 260 ss. Por lo que atañe al Derecho de familia, vid. sendas ponencias de W. PINTENS, *Family law, a Challenge for Europe?*, 21 ss. y K. BOELE-WOELKI, *La comisión de Derecho de Familia europeo: la redacción de los principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges*, 39 ss., en *Nous reptes del Dret de Família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 de setembre de 2004*, Girona-Documenta Universitaria 2005. Vid. también algunas consideraciones de carácter histórico hacia un nuevo derecho común europeo en P. GROSSI, *Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo*, en *AHDE* 67, 1997, 62 ss.; L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *I fondamenti storici di un diritto commune europeo*, en *Index* 30, 2002, 163 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Un derecho sin espacios: derecho romano, ius commune y derecho común europeo*, en *AFDUDC*. 8, 2004, 311 ss.; F. GALLO, *Rifondazione della scienza giuridica premessa primaria per la formazione di un diritto europeo*, en P.P. ZAMORANI, A. MANFREDINI, P. FERRETTI (Eds.), *Fondamenti del diritto europeo, Atti convegno ferrarese 27/2/2004*, Torino-Giappichelli 2005, 1 ss.; F.P. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, en *Diritto @ Storia* 5, 2006, www.dirittoestoria.it; D. MANTOVANI, *El derecho romano después de Europa. La historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo*, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* 9, 2006, 353 ss.; A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del derecho europeo (derecho romano – ciencia del derecho – derecho europeo)*, en *AFDUDC*. 11, 2007, 941 ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: ius romanum, ius commune, common law, civil law*, en *RGDR*. 10, 2008, www.iustel.com; M.J. GARCÍA GARRIDO, *La globalización del derecho de contratos*, en *RGDR*. 10, 2008, www.iustel.com; R. HERRERA BRAVO, M. SALAZAR REVUELTA, A. SALAZAR REVUELTA, *Ius commune versus derecho común europeo*, en *RGDR*. 10, 2008, www.iustel.com; T.J. ALISTE SANTOS, *Un código procesal civil para Europa: el Derecho romano como elemento para la construcción de un proceso europeo común*, en *Diario La Ley* 6966, 2008; X. PÉREZ LÓPEZ, *Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico*, en *AFDUDC*. 13, 2009, 557 ss.; G. HAMZA, *Bemerkungen zum Verhältnis der Privatrechtsangleichung in Europa zur römischrechtlichen Tradition*, en *AFDUDC*. 14, 2010, 41 ss.; y J.A. BUENO DELGADO, *La importancia de un derecho histórico, el Derecho romano, como base de un derecho europeo común*, en *RGDR*. 21, 2013, www.iustel.com.

⁸ W. PINTENS, *Die Europäisierung des Erbrechts*, en *ZEUP*. 9, 2001, 618 s.; I. KOPPENBERG,

En España la sucesión se rige por la vecindad civil del causante al tiempo de su fallecimiento⁹. Resulta posible cambiar de vecindad civil por residencia, concretamente diez años sin declaración en contrario o dos años, manifestando expresamente la voluntad de cambiar de vecindad¹⁰. Asimismo, rige el principio de eficacia de los actos de disposición *mortis causa* que fueron válidos al tiempo de su otorgamiento, ello aun cuando tales manifestaciones de voluntad *mortis causa* no sean admisibles conforme a la legislación aplicable al tiempo del fallecimiento, como sucede, por ejemplo, con los pactos sucesorios¹¹, admitidos en las regiones forales y prohibidos, en cambio, con carácter general por el derecho común, tal como veremos más adelante. Hace excepción, por contra, la cuestión relativa a los límites a la libertad de testar, de modo que el régimen

Succession Law, en J. BASEDOW, K.J. HOPT, A. STIER, R. ZIMMERMANN (Eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, II, Oxford-University Press 2012, 1619; y R. ZIMMERMANN, *Einführung*, en R. ZIMMERMANN (Ed.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, Tübingen-Mohr Siebeck 2012, 3.

⁹ Art. 14.1 del Código civil en relación con el art. 16.1.1º.

¹⁰ Art. 14.5 del Código civil.

¹¹ Art. 9.8 del Código Civil. Vid. al respecto J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*⁷, Madrid-Civitas 2013, 521. Se trata de un ejemplo más de la proyección sobre el ámbito interregional de las soluciones previstas por el derecho internacional privado en su artículo 11 y que tiene su razón de ser en la admisibilidad en las regiones forales de ciertos actos o negocios dispositivos *mortis causa* que se hallan prohibidos en el Código civil. Este *favor validitatis* tuvo posteriormente anclaje normativo en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, vigente en España desde 1988. Y el colofón que viene a materializar el imperio de la autonomía de la voluntad en el campo sucesorio lo representa el Reglamento nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, norma que será de aplicación a las sucesiones de personas que fallezcan desde agosto de 2015. Vid. sobre el particular A. FONT I SEGURA, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, en *InDret* 2, 2009, 5 s. y 9 ss.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 11, 2011, 369 ss.; Id. (con I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ), *La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones*, en *Diario La Ley* 7726, 2011, 1 ss.; Id., *Legítimas y Derecho interregional*, en M.T. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas*, Barcelona-Atelier 2012, 160 ss.; Id., *La determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ¿Hasta dónde el favor validitatis?*, en *Dereito* 22, 2013, 46; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La propuesta de Reglamento sobre sucesiones y testamentos y su posible aplicación al derecho interregional: especial consideración de los pactos sucesorios*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 10, 2010, 640 ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado* cit. 523 s.; y P. QUINZÁ REDONDO, G. CHRISTANDL, *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, en *InDret* 3, 2013, 4 ss.

legitimario aplicable al causante será el que sea conforme con la legislación que rija la sucesión, esto es, la que corresponda a su vecindad civil al tiempo de su fallecimiento, que puede ser distinta de la que ostentaba al ordenar por acto dispositivo la transmisión *mortis causa* de su patrimonio¹².

Donde más se pone de manifiesto este dualismo del derecho civil español es en materia de régimen económico matrimonial y derecho de sucesiones. Voy a ocuparme seguidamente únicamente de este último, sin pretender ofrecer un cuadro completo del derecho sucesorio, común y foral, sino más bien limitar el estudio a ciertos aspectos. Por una parte, creo interesante referirme a las últimas reformas del Código Civil en esta sede, presididas por la incorporación a su regulación de concepciones sociales novedosas que brindan una especial protección en el terreno patrimonial a determinados colectivos, como el que forman las personas con discapacidad. Por otro lado, es obligado prestar atención a ciertos ámbitos del derecho sucesorio en los que es previsible que haya reformas próximamente por ser algo que vienen reivindicando ciertos operadores jurídicos¹³. Por ejemplo, la cuestión de los derechos sucesorios del cónyuge viudo tanto en la sucesión intestada como en el sistema de legítimas, así como su extensión a situaciones estables de vida afectiva en común análogas a la institución matrimonial; la admisión de actos

¹² Art. 9.8 del Código civil, conforme al cual las legítimas se ajustarán a la ley que rija la sucesión, esto es, las que resulten de la legislación aplicable, determinada por la vecindad civil que ostente el causante al tiempo de su muerte. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado* cit. 521.

¹³ Un buen exponente de este sentir es el contenido de muchas de las ponencias y comunicaciones de las XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil bajo el título "Derecho de Sucesiones. Presente y futuro" celebradas en Santander entre el 9 y 11 de febrero de 2006 y publicadas en Murcia-Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones en el mismo año. Se han de destacar al objeto de nuestro tema las de T.F. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)*, 173-227; J.R. GARCÍA VICENTE, *El testamento mancomunado. Razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil*, 289-298; M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Jurisprudencia de la DGRN ante testamentos unipersonales de cónyuges de vecindad civil común que pretenden los efectos de la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado*, 299-303; M. C. GETE-ALONSO y CALERA, M. YSÀS SOLANES, S. NAVAS NAVARRO, J. SOLÉ RESINA, *Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia*, 305-397; M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil*, 425-462; y R. SÁNCHEZ ARISTI, *Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios*, 477-541. Vid. asimismo las certeras propuestas de J. DELGADO ECHEVARRÍA, *¿Qué reformas cabe esperar en el derecho de sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* 3, 2009, 26 ss.; y, en relación con las legítimas, las de A. VAQUER ALOY, *Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima*, en *InDret* 3, 2007, 3 ss. y M.A. PARRA LUCÁN, *Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio*, en *AFDUDC*. 13, 2009, 483 ss.

de disposición *mortis causa* prohibidos en el derecho común, siguiendo el ejemplo de su admisión generalizada en los territorios de derecho foral, como, por ejemplo, el testamento mancomunado y los pactos sucesorios; y la revisión del sistema legitimario en su conjunto, en particular por lo que se refiere al elenco de legitimarios, al título de atribución de las legítimas y a la cuantía de las mismas.

2. *Derecho sucesorio común y foral.* – En derecho común, el fenómeno sucesorio se regula en el Título III del Libro III (arts. 657 a 1087) del Código Civil, configurándose como un modo de adquirir la propiedad. Se reconocen básicamente dos formas de delación: la sucesión testamentaria, regulándose en ella la institución¹⁴ y las sustituciones hereditarias¹⁵; las legítimas, concebidas históricamente¹⁶ como límite a la libertad de testar¹⁷; la deshere-

¹⁴ Arts. 763 a 773 del Código civil, sin que se configure como un requisito de validez del testamento.

¹⁵ Con admisión de las clásicas formas de sustitución (vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria), si bien con ciertas limitaciones (bien a favor de personas que vivan o estén concebidas al tiempo del fallecimiento del fideicomitente, sin límite de transmisiones, bien a favor de dos adquirentes sucesivos que todavía no vivan al producirse el fenómeno sucesorio) para prevenir las vinculaciones patrimoniales y las limitaciones a la libre circulación de bienes, que en esencia combatía el liberalismo dieciochesco en el que se sitúa la génesis y promulgación de nuestro Código Civil. Vid. al respecto M. ALBALADEJO GARCÍA, s.v. art. 781, en *Comentario del Código Civil* cit. 1920; M.T. MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid-Dykinson 2010, 69 ss.; y M.R. MARTÍN BRICEÑO, *Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna* 28, 2011, 18 ss.

¹⁶ Paul Sent. 4.5.6: *Quartae portionis portio liberis deducto aere alieno et funeris impensa praestanda est, ut ab inofficiosi querella excludantur*; D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 ad ed.): *quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam...*; e l. 2.18.6: *igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit...* Todos estos fragmentos evidencian cómo la génesis de la legítima aparece estrechamente ligada a la consideración social de inoficioso de aquel testamento en el que los parientes más próximos del testador se veían relegados de la sucesión del *pater familias*, sin que ello representase todavía la instauración de un derecho a una parte alícuota de la herencia fundada en el parentesco, sino todo lo más a la valoración comparativa en el trámite de la *querella inofficiosi testamenti* de los méritos del instituido y el impugnante del testamento. Vid. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*, en *AFDUDC.* 9, 2005, 248 e *Id.*, *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*, en *AFDUDC.* 10, 2006, 293.

¹⁷ Concebida como una *pars bonorum* en el art. 806 del Código Civil, que no significa, como señala J.B. VALLET DE GOYTISOLO, s.v. art. 806, en *Comentario del Código Civil* cit. 1968, que no pueda por razones de ajuste aritmético recurrirse a mecanismos de compensación puramente dineraria ex art. 841. Vid. sobre la cuestión de su naturaleza jurídica la clásica polémica

dación¹⁸, la ordenación de legados¹⁹ y el albaceazgo²⁰; y la sucesión intestada, en la que destaca la anteposición de los ascendientes al cónyuge supérstite²¹ no separado legalmente o de hecho²², el derecho de representa-

mantenida entre M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La naturaleza jurídica de la legítima*, en *Anuario de Derecho Civil* 38.4, 1985, 849 ss. y el propio J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima. A propósito de un trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós*, en *Anuario de Derecho Civil* 39.1, 1986, 3 ss.; ID., *La naturaleza de la legítima. Nota final. Manuel Peña Bernaldo de Quirós*, en *Anuario de Derecho Civil* 39.2, 1986, 570 ss.; e ID., *Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima y «aclaramientos» acerca de la naturaleza de la legítima*, en *Anuario de Derecho Civil* 39.3, 1986, 833 ss. Asimismo, vid. la consideración de J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Atribución, frustración y extinción de las legítimas*, en *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I, *Las legítimas*, Madrid-Instituto Nacional de Estudios Jurídicos 1974, 735 ss.; ID., *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, en *Estudios de derecho sucesorio*, IV, *Computación, imputación, colación*, Madrid-Montecorvo 1982, 31 ss.; e ID., *Legítimas materiales individuales*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Madrid-Civitas 1982, 540 ss. También sobre la cuestión, vid. últimamente T.F. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios* cit. 191 ss.; A. CELAYA IBARRA, *La legítima en las legislaciones forales*, en *Selección de Estudios Jurídicos. En especial sobre el País Vasco*, Bilbao-Universidad de Deusto 2009, 336; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Perspective*, Warszawa-Wolters Kluwer 2011, 53 ss.; T.F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La legítima en el Código Civil (I)*, en M.T. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas* cit. 21 ss.; y E.M. POLO ARÉVALO, *Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad*, en *RIDROM*. 10, 2013, 346 ss. Para un examen generalista del tratamiento de las legítimas en el derecho comparado, vid. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *El tratamiento de las legítimas en el derecho comparado. Su protección material y de derecho internacional privado*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 43, 2007, 50 ss.

¹⁸ Arts. 848 a 857 del Código civil, que contemplan un *numerus clausus* de causas de desheredación, que, en último término, más que privar de la condición de heredero, supone, tal como encierra el art. 813 del Código Civil, dejar sin legítima a quien tiene derecho a ella, siendo que su satisfacción no tiene porqué ser a título de heredero. Vid. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, s.v. art. 813 y 848, en *Comentario del Código Civil* cit. 2002 s. y 2078 s.

¹⁹ Arts. 858 a 891 del Código Civil, con un detallado análisis casuístico que nos recuerda el modelo del Código civil francés, a su vez influido por la tradición jurisprudencial romana.

²⁰ Arts. 892 a 911 del Código Civil.

²¹ Prevista en los arts. 935 en relación con el 944 del Código Civil.

²² Así se contempla en el art. 945 del Código Civil tras la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio. Vid. algunos aspectos sobre la cuestión en M.A. EGUISQUIZA BALMASEDA, *El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión*, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García I* cit. 1457 s.; M. MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *Ley 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: modificaciones en derecho sucesorio*, en *Dereito* 14.2, 2005, 29 ss.; M. C. GETE-ALONSO y CALERA, M. YSÁS SOLANES, S. NAVAS NAVARRO, J. SOLÉ RESINA, *Sucesión por causa de muerte* cit. 392; A. DONADO VARA, *La reserva viudal*, Madrid-Editorial Reus 2009, 107 s.; y M. P. GARCÍA RUBIO, A. NIETO ALONSO, M.

ción de los premuertos²³ y la vigencia de la legítima usufructuaria del cónyuge viudo²⁴.

También se recogen en el Código civil disposiciones comunes a ambas formas de delación, como son las causas de incapacidad e indignidad para suceder²⁵; el régimen de la aceptación y repudiación de la herencia²⁶, aceptación que puede ser pura y simple, en sus modalidades de expresa o tácita como manifestación de la *pro herede gestio*²⁷, comportando la responsabilidad *ultra vires hereditatis* de los herederos²⁸; o, tras el *spatium deliberandi*²⁹ instado por el llamado, a beneficio de inventario³⁰. También se

HERRERO OVIEDO, *Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia*, en M.T. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas* cit. 241 ss.

²³ Arts. 924 a 929 del Código Civil.

²⁴ Aun cuando se concibe la legítima como un límite a la libertad de testar, que habría, por tanto, de operar exclusivamente en el campo de la sucesión testamentaria, se reconoce también al cónyuge viudo en la sucesión intestada de los descendientes. Vid. sobre la cuestión F. P. BLASCO GASCÓ, *Los legitimarios y la cuantía de su legítima*, en F. CAPILLA RONCERO (Dir.), *Derecho de sucesiones*, Valencia-Tirant lo Blanch 1992, 332 ss. y M. PÉREZ ESCOLAR, *Sucesión intestada y legítima del cónyuge superviviente en el Código Civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro*, en *Anuario de Derecho Civil* 60.4, 2007, 1641 ss.

²⁵ Estas últimas encarnan la quiebra del *officium pietatis*, que se ejemplifica en el art. 756 del Código Civil. Vid. al respecto A.I. CLEMENTE FERNÁNDEZ, *Dilucidando conceptos: pietas y caritas*, en *RIDROM*. 9, 2012, 244 s.

²⁶ Arts. 988 a 1034 del Código Civil.

²⁷ Gai. 2.167: *is, qui... ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri...*

²⁸ Así viene formulado en el art. 1003 del Código civil: “por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios”. En todo caso, el alcance de una responsabilidad tan acusada venía mitigado en Derecho romano por vía pretoria para los *heredes sui et necessarii* por cuanto a ellos no era dable la facultad de repudiar la herencia, que adquirirían automáticamente con la muerte del causante. Tales expedientes pretorios eran el *beneficium abstinendi* de los *sui* (Gai. 2.158: *sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant*) o la *separatio bonorum* del esclavo manumitido e instituido (Gai. 2.155: *pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur...*).

²⁹ Gai. 2.167: *... sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere* y D. 28.8.1.1 (Ulp. 60 *ad ed.*): *ait Praetor: ‘si tempus ad deliberandum petet, dabo’* (§ 208 O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig-Scientia Verlag Aalen 1927, 417 ss.).

³⁰ C. 6.30.22 (*Constitutio Scimus*) e l. 2.19.6: *sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc praestavit beneficium et constitutionem tam aequissimam quam nobilem scripsit, cuius tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis*

regula el orden de prelación para la satisfacción de las cargas de la herencia (en primer lugar los acreedores, en segundo lugar los legados, cuya reducción en caso de inoficiosidad se hará a prorrata)³¹; la obligación de colacionar que pesa sobre los legitimarios respecto de las donaciones ya recibidas cuando concurren con otros legitimarios³²; y las disposiciones previstas por el testador en orden a la partición³³.

En el derecho foral podemos diferenciar unos territorios que ofrecen una regulación completa o integral del derecho de sucesiones (y diría que también de todo el derecho civil), lo cual trae consigo la práctica inaplicabilidad a la disciplina sucesoria del Título III del Libro III del Código Civil. Los ejemplos más novedosos de ello, por haber puesto al día o sistematizado trabajos compilatorios previos, son Cataluña, que regula la materia sucesoria en el Libro

auxilium eis fiat necessarium, nisi omisa observatione nostrae constitutionis et deliberandum existimaverint et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

³¹ Arts. 1026 a 1034 del Código Civil. También cabe la reducción de otros actos de disposición a título lucrativo *inter vivos* en cuanto puedan lesionar las legítimas y siempre con posterioridad a la reducción de las mandas ordenadas en testamento (arts. 819 y sigs. del Código Civil). Vid. al respecto de la subsidiariedad de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad T. F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La legítima en el Código Civil (I)* cit. 57 ss.

³² Arts. 1035 a 1050 del Código Civil. La finalidad de la institución viene remarcada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de marzo de 1989: “la reducción de las disposiciones a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el art. 813 del CC, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria (...) el art. 1035 se refiere a que el heredero, para que tenga obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación u otro título gratuito”. Discrepa, sin embargo, J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Computación, imputación, colación y reducción de donaciones*, en *Estudios de derecho sucesorio*, IV, *Computación, imputación, colación*, Madrid 1982, 488, para quien el fundamento se halla en la presunta voluntad del causante de que lo donado se impute a la legítima del donatario, salvo que otra cosa disponga el donante.

³³ Arts. 1051 a 1087 del Código Civil. El art. 1058 se refiere a la partición contractual, esto es, convenida por los herederos con capacidad suficiente a su arbitrio, exigiéndose en todo caso unanimidad. A falta de acuerdo, cualquiera puede instar, de conformidad con el art. 1059, la partición judicial. También puede hacerse por árbitro compromisario nombrado por los coherederos o por el propio testador a fin de resolver extrajudicialmente los conflictos que puedan surgir en las operaciones particionales. Todas estas modalidades han de tenerse por subsidiarias de la partición efectuada por un contador-partidor designado por el causante o incluso la dispuesta por el propio testador en evitación de conflictos entre los herederos. Vid. con carácter general J.L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA e.a., *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*⁴, Madrid-Dyckinson 2009, 112 ss. y L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*¹⁰, Madrid-Tecnos 2006, 529 ss.

IV del Código Civil de Cataluña aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, comprendiendo los arts. 411-1 a 465-2; y Aragón, que regula la materia sucesoria en el libro III del Código del Derecho Foral de Aragón de 29.3.2011, dedicando a la materia 220 arts. (316 al 536)³⁴. Otro ejemplo de regulación completa más tradicional por cuanto ha conservado la conformación originaria de su derecho propio (que incluso denomina a sus artículos ‘leyes’, siguiendo el lenguaje del *Codex Iustinianus*) es Navarra, que, como peculiaridad sistemática, regula conjuntamente donaciones y sucesiones en el Libro II del Fuero Nuevo de Navarra de 1973, puesto que las donaciones son una manifestación, con trascendencia sucesoria, del afán de liberalidad del disponente³⁵.

En otros territorios forales sólo se regulan instituciones sucesorias específicas, lo que hace más frecuente el reenvío al Código Civil como derecho supletorio³⁶. Ejemplos de ello son Baleares, que contiene disposiciones sucesorias distintas para la Isla de Mallorca y para las islas de Ibiza y Formentera, regulando la materia en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares de 1990³⁷; el País Vasco, que regula la disciplina sucesoria en la

³⁴ Así, por lo que concierne a Cataluña, se ha de aludir a la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se promulgaba el Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, que estuvo vigente hasta el 1 de enero de 2009. Para una síntesis de las principales novedades que incorpora, vid. J.M. MURILLAS ESCUDERO, *La práctica legislativa de las Comunidades Autónomas sobre su Derecho Civil propio*, en *Anuario Jurídico de La Rioja* 15, 2010, 167 ss. En cuanto a Aragón, el Código del Derecho Foral de Aragón es un Texto Refundido de distintas leyes, entre ellas la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

³⁵ No puede pasarse por alto que esta orientación sistemática, si bien anclada en las raíces navarras, se ha mantenido en buena medida por el influjo del Prof. Álvaro d’Ors, uno de los redactores del Fuero Nuevo de Navarra. En las sucesivas ediciones de su *Derecho privado romano* puede verse este planteamiento, que sitúa la categoría de las donaciones dentro de la más amplia de las ‘liberalidades’, aunando así actos de adquisición a título lucrativo, con independencia de que lo sean *inter vivos* o *mortis causa*. Vid. al respecto A. y X. d’ORS, *Derecho privado romano*⁸, Pamplona-EUNSA 1991, 361.

³⁶ La cláusula de supletoriedad del derecho estatal, encarnado en materia civil por el Código Civil y otras leyes especiales frente al promulgado por las Comunidades Autónomas viene consagrada en el art. 149.3 de la Constitución Española y es equivalente a la que contempla el art. 13 del Código Civil en el ámbito más restringido de las relaciones jurídico-civiles cuando en los territorios de derecho foral o especial no se ofrece una específica regulación. Vid. sobre el particular M.C. BAYOD LÓPEZ, *El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el derecho civil aragonés)*, en *Revista de Derecho Civil Aragonés* 5.2, 1999, 76 ss., y Á. QUEREDA TAPIA, *La supletoriedad del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 45, 2008, 40 ss.

³⁷ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

Ley del Derecho Civil del País Vasco de 1992, conteniendo normas diferentes en esta materia para Bizkaia, Álava y Guipúzcoa³⁸.

Mención aparte merece el caso de la Comunidad Valenciana, cuyos Fueros se derogaron por Felipe V en 1707³⁹, sin, pese al empeño puesto en su

³⁸ Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

³⁹ Mediante el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio (N. Rec., Autos Acordados, Tomo III, Libro III, Título II, Auto III): *Considerando aver perdido los Reinos de Aragon, i de Valencia, i todos sus habitadores por el rebelion, que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad, que me hicieron, como à su legitimo Rei, i Señor, todos los fueros, privilegios, essenciones, i libertades, que gozaban, i que con tan liberal mano se les avian concedido, assi por mi, como por los Señores Reyes mis predecesores, particularizandolos en esto de los demàs Reinos de esta Corona; i tocandome el dominio absoluto de los referidos Reinos de Aragon, i Valencia, pues à la circunstancia de ser comprehendido en los demàs que tan legitimamente poseo en esta Monarquia, se añade aora la del justo derecho de la conquista, que de ellos han hecho ultimamente mis armas con el motivo de su rebelion; i considerando tambien que uno de los principales atributos de la soberania es la imposicion, i derogacion de leyes, las quales con la variedad de los tiempos, i mudanzas de costumbres, podria yo alterar, aun sin los graves, i fundados motivos, i circunstancias, que oi concurren para ello en lo tocante à los de Aragón, i Valencia; he juzgado por conveniente (assi por esto, como por mi deseo de reducir todos mis Reinos de España à la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres, i Tribunales, governandose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables, i plausibles en todo el universo), abolir, i derogar enteramente, como desde luego doi por abolidos, i derogados todos los referidos fueros, privilegios, práctica, i costumbre hasta aqui observadas en los referidos Reinos de Aragon, i Valencia, siendo mi voluntad que estos se reduzcan à las Leyes de Castilla, i al uso, practica, i forma de gobierno, que se tiene, i ha tenido en ella, i en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada, pudiendo obtener por la misma razon mis fidelissimos Vasallos los castellanos officios, i empleos en Aragon, i Valencia de la misma manera que los Aragoneses, i Valencianos han de poder en adelante gozarlos en Castilla sin ninguna distincion, facilitando yo por este medio a los Castellanos motivos para que acrediten de nuevo los efectos de mi gratitud, dispensando en ellos los mayores premios, i gracias tan merecidas de su experimentada, i acrisolada fidelidad, i dando à los Aragoneses, i Valencianos reciproca, è igualmente mayores pruebas de mi benignidad, habilitandolos para lo que no lo estaban, enmedio de la gran libertad de los fueros, que gozaban antes, i aora quedan abolidos (...) Buen Retiro, a 29 de Junio de 1707. Su confirmación tuvo lugar mediante Decreto de 29 de julio de 1707 (N. Rec., Autos Acordados, Tomo III, Libro III, Título II, Auto IV): *por mi Real Decreto de 29. de Julio proximo fui servido derogar todos los fueros, leyes, usos, i costumbres de los Reinos de Aragon, i Valencia, mandando se gobiernen por las Leyes de Castilla; (...) no entendiendose esto en quanto al modo de gobierno, leyes, i fueros de dichos Reinos, assi porque los que gozaban, i la diferencia de gobierno fue en gran parte ocasion de las turbaciones passadas, como porque en el modo de governarse los Reinos, i Pueblos no deve aver diferencia de leyes, i estilos, que han de ser comunes à todos para la conservacion de la paz, i humana sociedad; i porque mi Real intencion es que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes, en que son mas interessados Aragoneses, i Valencianos por la comunicacion que mi benignidad les franquea con los Castellanos en los puestos, honores, i otras conveniencias, que vãn experimentando en los Reinos de Castilla algunos de los leales Vassallos de Aragon, i Valencia.**

momento⁴⁰, haberlos recuperado jamás⁴¹. Sin embargo, se mantuvieron algunas instituciones por vía consuetudinaria, como los arrendamientos históricos valencianos⁴², que han dado ocasión a que el Tribunal Constitucional limitase

⁴⁰ El atávico relieve a la desidia de los valencianos en orden al restablecimiento de su derecho propio, sostenido por V.L. MONTÉS PENADÉS, *El derecho foral valenciano (un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil)*, en J.M. BAÑO LEÓN (Coord.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Tomo VII, Madrid-Civitas 2007, 266 ss., viene confutado por F.J. PALAO GIL, *Abolición y reintegración del derecho foral valenciano en la perspectiva del Antiguo Régimen*, en F. RAMÓN FERNÁNDEZ (Coord.), *El Derecho civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Valencia-Tirant lo Blanch 2010, 30 ss.

⁴¹ A diferencia de lo que aconteció con los aragoneses, a los que fueron devueltos sus Fueros por Decreto de 3 de abril de 1707 (N. Rec., Autos Acordados, Tomo III, Libro III, Título II, Auto X): "(...) la Sala Civil ha de juzgar los pleitos civiles, que ocurrieren segun las leyes municipales de este Reino de Aragon, pues para todo lo que sea entre particular, i particular, es mi voluntad que se mantengan, queden, i observen las referidas leyes municipales, (...)". Vid. F.J. PALAO GIL, *La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del derecho civil valenciano*, en *Homenaje a Vicente Montés*, Valencia-Tirant lo Blanch 2011, 1838. Un estudio obligado en clave histórica lo representa la obra de J. MORALES ARRIZABÁLAGA, *La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)*, Huesca-Colección de Estudios Altoaragoneses 1986, 21 ss., quien precisamente pone de relieve el escaso impacto del Decreto inicial con vistas a la imposición de un derecho castellano que no se precisaba ni se determinaba en la disposición.

⁴² Se trata de la primera institución de derecho civil valenciano sobre la que el legislador autonómico se aventuró a regular en el ejercicio de la competencia que el primitivo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana proclamaba en su art. 31.2 en conexión con la excepción a la competencia exclusiva del Estado central para legislar en materia de derecho civil que el art. 149.1.8 de la Constitución Española reconocía a aquellas Comunidades Autónomas para la conservación, modificación o desarrollo del derecho foral o civil propio, allá donde pudiera tenerse por existente. El producto legislativo de las Cortes Valencianas fue la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos, que fue inmediatamente recurrida por el Estado ante el Tribunal Constitucional por entender que el Parlamento valenciano se había extralimitado, yendo más allá de un mero conservar, modificar o desarrollar el derecho civil propio, que se reconocía de corte meramente consuetudinario y respecto de un limitadísimo número de instituciones. La Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre, reconoció que el ejercicio de la competencia correspondía, no sólo a aquellas Comunidades Autónomas cuyo derecho civil especial o foral propio hubiera sido objeto de compilación antes de la promulgación de la Constitución, sino también a aquellas otras en las que pudiera reconocerse la subsistencia de ciertas normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria, también de vigencia anterior al texto constitucional, de modo que, tal como establece el Tribunal Constitucional, la nueva forma de expresión del derecho civil valenciano, antes meramente consuetudinario, ahora plasmado en una ley escrita, lleva aparejado una sustancial variación dentro del esquema de fuentes del derecho: "el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, atribuida por la Constitución y el Estatuto supone una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la regla que, como costumbre, venía rigiendo sólo en defecto de ley aplicable, esto es, como fuente de

a los valencianos la facultad de legislar sobre derecho civil en relación con materias conexas a ese derecho consuetudinario, aunque el nuevo Estatuto de

carácter secundario e inoponible a los dictados del Derecho común (art. 1-3 Código Civil), al ser incorporada a la Ley autonómica se torna en Ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado, que deviene así, y en ese momento, Derecho supletorio (art. 13-2 CC), aplicación preferente reconocida, en general, por el Derecho del Estado (Disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, como de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos). Mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de Derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del Derecho civil común (art. 149-3 de la Constitución y 13 a 16 del Código Civil), y ésa es precisamente la finalidad de la Ley impugnada: dar rango de Ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia, sino como costumbres de mera aplicación supletoria". En todo caso, la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos ha quedado recientemente derogada por la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, que disciplina en su Título II la institución de una forma más dinámica y abierta al futuro, ofreciendo para ello una regulación más exhaustiva de su régimen jurídico. Vid. sobre esta modalidad contractual R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*, en *Derecho Privado y Constitución* 1, 1993, 35 ss.; M. CLEMENTE MEORO, *Los arrendamientos históricos valencianos*, en C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado Valenciano*, Valencia-Tirant lo Blanch 1996, 221 ss., accesible en www.derehocivilvalenciano.com; C. CLIMENT DURÁN, *Los arrendamientos históricos valencianos: posibilidad de constituirlos en la actualidad*, en *Revista General del Derecho* 621, 1996, 6579 ss.; M.D. LLOMBART BOSCH, *Los arrendamientos históricos valenciano, su pasado, su presente y su futuro*, en J.M. RUIZ-RICO RUIZ (Coord.), *Estudios de Derecho Agrario: Ponencias y Comunicaciones del VI Congreso Nacional de Derecho Agrario*, Málaga-Caja Rural de Málaga 1997, 393 ss.; R. VERDERA SERVER, *La incidencia de la costumbre en el derecho civil valenciano*, en C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (Coord.), *Curso de Derecho Civil Valenciano*, Valencia-Editorial Revista General de Derecho 2000, 305 ss., accesible en www.derecho civilvalenciano.com; M. ORTELLS RAMOS, *Sobre la competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia procesal (cuestiones procesales del Derecho privado valenciano)*, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 13, 2002, 109 ss.; J.L. DE LA RÚA MORENO, *Arrendamientos históricos valencianos. Doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*, Valencia-Tirant lo Blanch 2002; R. ARGULLÓ MATEO, *Arrendamientos históricos valencianos. Intervención administrativa*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 2, 2006, 279 ss.; F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *El derecho civil valenciano ante la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la costumbre*, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 19, 2007, 225 ss.; ID., *La influencia de la costumbre en el ámbito de la contratación agraria valenciana*, en *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano* 4, 2008, www.derehocivilvalenciano.com; ID., *Prospección del Derecho civil foral valenciano*, Valencia-Editorial Universidad Politécnica de Valencia 2011, 92 ss.; V. L. MONTÉS PENADÉS, *El derecho foral valenciano* cit. 266 ss.; ID., *La inesperada resurrección del derecho foral valenciano*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 3 (2009) 6 ss.; S. CARRIÓN OLMOS, *Consideraciones en torno al derecho civil valenciano*, en *Homenaje a Vicente Montés* cit. 467 ss.; y F.J. PALAO

Autonomía de 2006, por imitación de lo acaecido en otras regiones forales, se ha arrogado una potestad legislativa de primer nivel en materia de derecho civil⁴³. Por lo que se refiere a la materia sucesoria, contamos con un texto que se encuentra en una fase embrionaria. Circula, de dudosa autoría, un Borrador de Proyecto de Ley Valenciana de Sucesiones de 26 de abril de 2010. Más atendible es el Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones⁴⁴, que es realmente el texto que ha concitado la atención de estudiosos y operadores jurídicos, algunos de los cuales han vertido hacia él fuertes críticas⁴⁵. En todo

GIL, *Leyes y costumbres en la recuperación del Derecho Foral Valenciano*, en M.A. CHAMOCHO CANTUDO (Dir.), *Droit e moeurs: implication et influence des moeurs dans la configuration du droit, Société d'Histoire du Droit, Actes des Journées internationales, Jaén, les 3-5 juin 2010*, Jaén-Universidad de Jaén, Servicio de Publicaciones 2011, 134 ss.

⁴³ Sobre la cuestión del derecho civil foral valenciano, el nuevo Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana) se detiene con especial ahínco. Nos dice en su Preámbulo que uno de sus objetivos es “el impulso y desarrollo del Derecho civil valenciano”, procurando “la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707 en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana”. Y concluye en la Disposición Transitoria Tercera, estableciendo que “la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española”. Vid. la acerada crítica a este romántico propósito de recuperación del pasado foral valenciano como instrumento de legitimación para el ejercicio de la competencia legislativa de derecho civil en V. L. MONTÉS PENADÉS, *La inesperada resurrección del derecho foral valenciano* cit. 4 ss. En idéntica línea se muestra L. Díez-PICAZO, *A vueltas con el derecho civil valenciano: ¿una milagrosa resurrección?*, en *Homenaje a Vicente Montés* cit. 859 ss. Por contra, se invoca implícitamente la necesidad de reparar el ultraje de la derogación de los Fueros de Valencia por Felipe V entre otros en R. MOLINER NAVARRO, *Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2ª del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 18, 2007, 345 ss.; en V. GARCÍA EDO, *Derecho foral e identidad valenciana (Comentarios al Título I del Estatuto de Autonomía)*, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 18, 2007, 309 ss.; en V. DOMÍNGUEZ CALATAYUD, *La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral valenciano*, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 18, 2007, 323 ss.; en *Id.*, *La competencia legislativa civil de la Generalitat*, en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos* 51, 2008, 39 ss.; y en F.J. PALAO GIL, *Del derecho foral al derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular*, en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos* 51, 2008, 165 ss.

⁴⁴ Accesible en <http://www.notariosyregistradores.com/PROYECTOS/proyectos%20concretos/Valencia-sucesiones.pdf>.

⁴⁵ Cabe mencionar el documento elaborado por el Colegio Notarial de Valencia con fecha 25 de septiembre de 2009 bajo el título *Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Sucesiones Valenciana* así como también el Dictamen 748/2009 emitido por el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana tras reunión del Pleno los días 14 y 15 de octubre de 2009.

caso, la amplitud con la que viene regulada la materia sucesoria en 285 artículos, ofreciendo una disciplina integral de la materia sucesoria, lo sitúa en la línea maximalista de Aragón y Cataluña⁴⁶.

3. *La especial protección de los discapacitados en el derecho sucesorio.* – Una de las últimas reformas del Código Civil es la operada por Ley 41/2003, de 18 de noviembre⁴⁷. Es una ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En general, la protección de las personas con discapacidad es una realidad pujante en nuestra sociedad, habiéndose promulgado disposiciones de distinta naturaleza en esta línea⁴⁸. No es exagerado afirmar

⁴⁶ Entre los trabajos que se han venido publicando y que, en mayor o menor medida, se ocupan del contenido del Anteproyecto, vid. V. DOMÍNGUEZ CALATAYUD, *Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones. Alcance y modo de ejercicio de la competencia legislativa de la Generalitat sobre el Derecho Foral Civil Valenciano, una reflexión sobre el trabajo del Profesor Vicente Montés en la obra colectiva "Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana"*, en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos* 53, 2009, 133 ss.; V. GIMÉNEZ CHORNET, F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *El testamento nuncupativo: del derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana*, en *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano* 5, 2009, www.derehocivilvalenciano.com; M. FERNÁNDEZ-HIERRO, M. FERNÁNDEZ-HIERRO, *Panorama legislativo actual de la libertad de testar*, en *Boletín JADO*. 19, 2010, 71 ss.; B. SIFRE AVIÑÓ, *La legítima en el Anteproyecto de Ley de Sucesiones de la Generalitat Valenciana*, en *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano* 8, 2010, www.derehocivilvalenciano.com; F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Prospección del Derecho civil foral valenciano* cit. 331 ss.; y E.M. POLO ARÉVALO, *Concepto y naturaleza jurídica de la legítima* cit. 367 ss.

⁴⁷ Su denominación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad) da una idea de la amplitud de la medida legislativa emprendida, que alcanza, no sólo a cuestiones de derecho material, con modificación de diversos preceptos del Código Civil, sino también procesal y tributario. En los aspectos que conciernen a la constitución del patrimonio protegido del discapacitado ha sido modificada por Ley 1/2009, de 25 de marzo.

⁴⁸ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006, es un paso más en el reconocimiento, salvaguarda y protección de las libertades y derechos de las personas con discapacidad y marca un cambio en la percepción social de la discapacidad, pasando de un modelo médico-asistencial a otro más proactivo en el que se persigue que las personas con discapacidad puedan vivir de la forma más autónoma posible. Vid. sobre tal norma I. VIVAS TESÓN, *La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad*, en *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales* 1, 2011, 120 ss. De alguna manera, la reforma del Código Civil de 2003 viene a ser, anticipándose a este Convenio internacional, una medida más de componente económico y patrimonial que contribuye a que ello sea factible. Fruto de la Convención es la promulgación en España de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

que hoy día no hay norma que acceda al Boletín Oficial del Estado con incidencia en los derechos de las personas privadas que no dispense una especial protección a las personas con discapacidad⁴⁹.

La Ley 41/2003 introduce en su art. 10 algunas modificaciones en materia sucesoria: son incapaces para suceder a una persona con discapacidad por causa de indignidad quienes no le hubieren prestado la atención debida⁵⁰. Ello supone un reenvío a los arts. 142 y 146 del Código Civil en materia de alimentos, de modo que se ha de prestar al discapacitado por sus parientes más próximos lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como para la educación e instrucción del discapacitado en proporción al caudal o medios de quien los presta y a las necesidades del alimentista⁵¹.

que busca la consecución de una sociedad abierta e inclusiva que acoja de forma efectiva a las personas con discapacidad. Esta norma cuenta como antecedente con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. No podía ser de otra forma para un país como el nuestro, que se integra en la Unión Europea, si consideramos el art. 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”), obligándose, tal como establecen los arts. 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a combatir cualquier manifestación de discriminación hacia las personas con discapacidad. Un paso más en este camino lo representa la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, que identifica como medida principal de alcance europeo para lograr hacer realidad tales propósitos la eliminación de barreras en las áreas de la accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. Con todo, la sucesión de normas exigía un esfuerzo de refundición con propósito de aclaración y armonización, que ha sido llevada a cabo por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁴⁹ Entre otras podemos mencionar ejemplificativamente para el año 2010 la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, con referencia a las condiciones de accesibilidad que han de tener los establecimientos comerciales; y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que impone obligaciones de accesibilidad a personas con discapacidad a aquellas televisiones que tengan la consideración de servicio público.

⁵⁰ Ello se concreta en la adición al art. 756 del Código Civil de un nuevo ordinal (el 7º): “tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

⁵¹ Llama la atención que la no prestación de alimentos únicamente opera como causa de indignidad sucesoria (*ex lege*) cuando ello ha tenido lugar respecto de una persona con

Otro de los aspectos de la reforma es que los arts. 782 y 808 del Código Civil permiten al testador que tiene un legitimario discapacitado gravar la legítima estricta de sus hermanos con una sustitución fideicomisaria⁵². El discapacitado ha de estar judicialmente incapacitado, gozando del carácter de fiduciario, mientras que sus hermanos tendrán la condición de fideicomisarios. De esta novedad podemos destacar dos presupuestos subjetivos relevantes: su carácter facultativo, por lo que sólo puede darse en la sucesión testamentaria; y no basta con ser discapacitado, que según la propia Ley 41/2003 son los que tengan reconocida judicial o administrativamente una minusvalía psíquica igual o mayor al 33%; y los que tengan reconocida judicial o administrativamente una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%⁵³: se requiere además

discapacidad, de modo que en relación con cualquier otra persona sería imprescindible que ésta exteriorizase su malestar a través de la expresa desheredación testamentaria, tal como se infiere de los arts. 852 y sigs. Vid. sobre la cuestión B. GONZÁLEZ ACEBES, *Una nueva causa de indignidad sucesoria*, en T.F. TORRES GARCÍA (Coord.), *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid-Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones 2004, 391 ss.; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003*, en JADO. *Boletín de la Academia Vasca de Derecho* 1 Extra, 2004, 38 ss.; C. FUENTESECA DEGENEFTE, *Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* I cit. 1744; E. BEATO DEL PALACIO, *La indignidad para suceder: causas de desheredación*, en A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, I.A. HOYO SIERRA (Eds.), *Fundamentos de conocimiento jurídico. Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, Madrid-Dyckinson 2005, 106 ss.; M. NÚÑEZ NÚÑEZ, *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Madrid-Dyckinson 2007, 174 s.; P. GONZÁLEZ GRANDA, *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Zaragoza-Editorial Reus 2009, 189; M.D. CERVILLA GARZÓN, *Obligación de los hijos con los padres según el Código Civil español*, en *Ámbito Jurídico* 75, 2010, accesible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_articulos_leitura&artigo_id=7298; y M. T. ÁLVAREZ MORENO, *La protección de los discapacitados en el derecho español*, en S. DÍAZ ALABART (Coord.), *Familia y discapacidad*, Zaragoza-Editorial Reus 2010, 35 ss.

⁵² La redacción del art. 808 tras la referida reforma, excepcionando el principio de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, incorpora como párrafo tercero lo siguiente: “cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”. El art. 782 también ha tenido a estos efectos que experimentar un ajuste en su redacción, que queda como sigue: “las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808 (...)”.

⁵³ Art. 2.2 a) y b) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, antes mencionada.

la incapacitación, que habrá de ser declarada mediante sentencia judicial, tal como exige el art. 199 del Código Civil.

De esta forma, confluyen en el art. 808 dos conceptos que suelen operar en el mundo del derecho en dos planos distintos: en primer lugar, el concepto de discapacidad, más propio del derecho público y que se reconoce administrativamente una vez acreditadas ciertas afecciones, carencias o deficiencias físicas o psíquicas, no comportando necesariamente la incapacitación, que es cuestión que incide en la capacidad de obrar. Es más, desde un punto de vista estadístico, son pocos los discapacitados incapacitados judicialmente⁵⁴. Precisamente la Ley 41/2003 se dirige a proteger el patrimonio de personas afectadas por grados elevados de discapacidad⁵⁵, con

⁵⁴ La última encuesta del INE (Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia [EDAD2008]) es de 2008 y reconoce en España una población con discapacidad de 3.850.000 personas. Sin embargo, el fenómeno va en ascenso, puesto que la Encuesta de Integración Social y Salud del Año 2012 del INE sitúa la prevalencia de la discapacidad en personas de 15 o más años en el 16,7% de la población, entendida la discapacidad como una limitación en la participación social derivada de la salud. Ello queda corroborado con el Informe Mundial sobre la Discapacidad, Malta 2011, de la Organización Mundial de la Salud, que cifra en torno al 15% de la población mundial (unos 1.000 millones de personas) aquella que padece algún tipo de discapacidad.

⁵⁵ Sobre la cuestión del patrimonio protegido del discapacitado vid. entre las numerosísimas contribuciones M.A. MARTOS CALABRÚS, *El patrimonio protegido de la persona discapacitada (Ley 41/2003 de 18 de noviembre)*, en R. LÓPEZ SAN LUIS, A.M. PÉREZ VALLEJO (Eds.), *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, Almería-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería 2004, 145 ss.; I. HERBOSA MARTÍNEZ, *El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, en *Actualidad Civil* 16, 2005, 1925 ss.; A. I. BERROCAL LANZAROT, *El Patrimonio protegido del Discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* 22, 2005, 285 ss.; J. M. RIVERA ÁLVAREZ, *La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, en *Revista de Derecho privado* 90.1, 2006, 83 ss.; I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid 2007-Editorial La Ley, 113 ss.; A. LUNA SERRANO, *El patrimonio protegido del discapacitado*, en I. SERRANO GARCÍA (Coord.), *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*, Valencia-Tirant lo Blanch 2007, 97 ss.; M.A. SEDA HERMOSÍN, *El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad*, en *Academia Sevillana del Notariado* 16.2, 2008, 1 ss.; I. VIVAS TESÓN, *Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad*, en *Revista de Derecho* 22.1, 2009, 55 ss.; A. MACÍAS DÍAZ, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, en S. DE SALAS MURILLO (Coord.), *Hacia una visión de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza-El Justicia de Aragón 2010, 701 ss.; M.F. MORETÓN SANZ, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento español*, en *RDUNED*. 6, 2010, 337 ss.; M.T. PÉREZ JIMÉNEZ, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ,

independencia de que en ellas concurren o no las causas de incapacitación del art. 200 del Código Civil, reconociéndoseles en ella expresamente facultades de administración y gestión del patrimonio protegido, si su discapacidad no afecta a su grado de discernimiento⁵⁶. Y, en segundo término, está el concepto de incapacitación, más propio del derecho privado, que ha de reconocerse judicialmente, puede tener lugar respecto de personas no discapacitadas y va destinada a proteger el patrimonio del que carece de capacidad de obrar.

Es dudoso, sin embargo, el alcance de las facultades dispositivas del incapacitado fiduciario. Si atendemos al art. 783 del Código civil (el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario) estaríamos ante un fideicomiso de una parte alícuota de la herencia (la legítima estricta) y no parece razonable pensar que el gravamen sobre la legítima estricta pueda concretarse en un auténtico fideicomiso de residuo, con el riesgo de que los fideicomisarios nada reciban al morir el fiduciario. Lo que tiene el fiduciario es un derecho de goce exclusivo y excluyente que por fuerza ha de imponer limitaciones en cuanto a las facultades dispositivas. Esta quiebra real del principio de intangibilidad de la legítima ha de tenerse por excepcional, lo que justifica que no se otorgue a cualquier discapacitado (que son un número creciente en una sociedad en la que ha aumentado considerablemente la esperanza de vida), sino sólo a aquellos que, adicionalmente, estén judicialmente incapacitados (que son los menos)⁵⁷.

M. PEREÑA VICENTE (Coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, 2, Madrid-La Ley Actualidad 2011, 327 ss.; F.M. CORVO LÓPEZ, *La constitución del patrimonio protegido: estudio comparado de la Ley 41/2003 y del Libro II del Código Civil de Catalunya*, en C.E. FLORENSA i TOMÀS, J. M. FONTANELLAS i MORELL (Coord.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid-Marcial Pons 2011, 237 ss.; M.T. ÁLVAREZ MORENO, *Diferencias en la constitución y extinción del patrimonio protegido entre la legislación estatal y la regulación contenida en el Segundo Libro del CC catalán*, en R. BARRADA ORELLANA, M. GARRIDO MELERO, S. NASARRE AZNAR (Coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona-Editorial Bosch 2011, 119 ss.; J.A. NAVARRO GARMENDIA, *Aproximación a la naturaleza jurídica del patrimonio protegido*, en RGDR. 19, 2012, www.iustel.com; y M.C. GARCÍA CARNICA, M.C. GETE-ALONSO y CALERA, *Discapacidad y dependencia (III): el patrimonio protegido*, en M.C. GETE ALONSO y CALERA, J. SOLÉ RESINA (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona física*, 2, Cizur Menor-Civitas 2013, 275 ss.

⁵⁶ Vid. I. VIVAS TESÓN, *Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad*, en RDUNED. 7, 2010, 572 s.

⁵⁷ Vid. más ampliamente sobre los aspectos comentados en relación con el gravamen de la legítima de los descendientes S. DÍAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc., reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)*, en *Revista de Derecho Privado* 88.3, 2004, 259 ss.; Id., *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación*

A pesar de esta doble exigencia (discapacidad e incapacitación), el art. 822 del Código Civil en su nueva redacción dada por Ley 41/2003 establece una consecuencia en el plano civil de la discapacidad, concepto propiamente del derecho administrativo, para la que no se exige incapacitación judicial: la atribución *ex lege* al discapacitado de un derecho de habitación en el hogar familiar. Los requisitos para ello son que el testador no haya excluido tal posibilidad; que el discapacitado tenga necesidad de tal derecho; y su compatibilidad con el uso de la vivienda por parte del resto de legitimarios que lo precisen así como del cónyuge supérstite. No se trata, por tanto, de un uso exclusivo o excluyente, siendo que las relaciones de uso son indivisibles, por lo que cabe un uso solidario. Precisamente al no tratarse de un uso exclusivo y excluyente, el legislador ha aliviado los requisitos, bastando la condición administrativa de discapacitado, sin necesidad de incapacitación judicial⁵⁸.

y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), en Aranzadi Civil 1, 2006, 2099 ss.; I. SERRANO GARCÍA, *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*, en T.F. TORRES GARCÍA (Coord.), *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García* cit. 93 ss.; C. FUENTESECA DEGENEFFE, *Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003* cit. 1746 ss.; J.M. RIVERA ÁLVAREZ, *La reforma de la sustitución fideicomisaria en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes*, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García I* cit. 4185 ss.; M.T. PÉREZ JIMÉNEZ, *Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, en *Actualidad Civil* 21, 2004, 2540 ss.; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *El gravamen de la legítima en el Código civil: situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, en *Revista Jurídica del Notariado* 53, 2005, 113 ss.; J.J. LÓPEZ BURNIOL, *La protección patrimonial de las personas con discapacidad*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 43, 2005, 431 ss.; M. NÚÑEZ NÚÑEZ, *Algunas reflexiones – negativas – al gravamen sobre la legítima corta y después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* cit., 673 ss.; C.C. CASTILLO MARTÍNEZ, *La protección patrimonial de las personas con discapacidad en el orden civil (Ley 41/2003, de 18 de noviembre)*, en R. BENEYTO BERENGUER, M. TORRERO MUÑOZ, J.M. LLOPIS GINER (Coord.), *Retos del siglo XXI para la familia*, Madrid-Editorial Práctica de Derecho 2008, 77 ss.; M.T. MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta* cit. 22 ss.; M. A. DEL POZO ESPADA, *Instituciones civiles de utilidad para las personas con discapacidad*, en R. DE LORENZO GARCÍA (Dir.), *Derecho y discapacidad. In memoriam José Soto García-Camacho*, Madrid-Editorial Cinca 2012, 150 s.; y T. F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La legítima en el Código Civil (II)*, en M.T. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas* cit. 87 ss.

⁵⁸ Vid. J.M. RIVERA ÁLVAREZ, *Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 50, 2004, 108 ss.; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La reforma del Derecho de Sucesiones por la Ley 41/2003*, en *JADO. Boletín de la Academia Vasca de Derecho* 1 Extra, 2004, 36 ss.; J. FLORES RODRÍGUEZ, *El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela*

¿Qué valoración podemos hacer de esta reforma? Ignoro el uso que en la práctica se está haciendo de estas concretas innovaciones normativas a las que acabo de referirme. Con independencia de su mayor o menor éxito, se trata de una norma dotada de un gran simbolismo, fruto de la lucha denodada por la integración y protección de las personas discapacitadas. Pero me parece interesante, porque viene a marcar una línea aperturista en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en detrimento de los límites legales al ejercicio de la facultad de testar, en este caso para salvaguardar un interés merecedor de una especial protección (la atención del discapacitado a costa de los demás legitimarios). Viene además a conceder al testador un ámbito concreto de libertad, quizá antesala de la fijación de otros ámbitos más generalizantes y abstractos, que rebajen el nivel de restricción dispositiva que actualmente se tiene *mortis causa*.

Cuestión espinosa es el ámbito territorial de aplicación de la Ley 41/2003. Es claro que se aplicará en los territorios de derecho común. Más dudoso si también en los territorios forales que tienen competencia en materia de derecho civil. Cierto es que en las legislaciones forales no hay disposición alguna que contradiga semejante gravamen sobre la legítima. Además la función tuitiva que encierra la Ley 41/2003, que se dicta en cumplimiento del art. 49 de la Constitución, imponiendo a los poderes públicos la adopción de medidas de protección para las personas con discapacidad, creo que se coloca por encima del régimen foral de las legítimas. No hay que olvidar, además, el carácter supletorio que las legislaciones forales atribuyen al Código Civil, de modo que entiendo que su aplicación no tendrá lugar cuando en dichos territorios forales sean dictadas normas que mejoren la protección de las personas con discapacidad. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2012, de 13 de diciembre: «ya en la EdM la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad subraya la aplicación preferente de los derechos civiles forales o especiales de acuerdo con el art. 149.1.8». Pero como ninguna legislación foral ha regulado el gravamen introducido por la Ley 41/2003 ni ha establecido ningún otro incompatible con él, se ha de sostener la aplicación por vía supletoria del Código Civil a los territorios forales en relación a las

sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado, en *Revista Jurídica del Notariado* 54, 2005, 37 ss.; T. NOGUERA NEBOT, *El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil*, en *RDUNED*. 1, 2006, 475 ss.; M.T. MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta* cit. 72; y A. MUÑOZ CALVO, *Una proyección concreta de los derechos personalísimos del discapacitado: reflexión crítica sobre el derecho de habitación del art. 822 del Código civil desde la perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Propuestas de mejora*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España* 187, 2012, 381 ss.

limitaciones y gravámenes que ha introducido la reforma en la posición de los legitimarios⁵⁹.

4. *Legítimas en el Código Civil.* – La cuestión de las legítimas es uno de los temas que más voces viene levantando últimamente y en los que mayor es la distancia entre el régimen del Código Civil y el de las legislaciones forales, no sólo por razones de distinta tradición histórica, sino también por haberse acercado los derechos forales a las concepciones imperantes hoy día.

Nuestro Código Civil contempla como legitimarios, a los que llama herederos forzosos⁶⁰, a los hijos y descendientes⁶¹, a quienes les corresponden dos tercios de la herencia⁶², concretamente un tercio como legítima estricta distribuble equitativamente; y un tercio como mejora atribuible a cualquiera de los legitimarios, incluso de grado ulterior⁶³. Pese a la desafortunada denominación de ‘herederos’, esta legítima puede atribuirse también a título de legatario o como donación anticipada en vida del causante, que habrá de traerse a colación, salvo dispensa del donante, en cuyo caso se imputará al tercio de mejora⁶⁴. Cabe tras la Ley 41/2003 delegar en el cónyuge o pareja de hecho

⁵⁹ Sobre esta espinosa cuestión se han pronunciado en relación con el derecho gallego M.P. GARCÍA RUBIO, A. NIETO ALONSO, M. HERRERO OVIEDO, *Las legítimas en la Ley 2/2006* cit. 211 y por lo que concierne al balear M.P. FERRER VANRELL, *La legítima en el Derecho Civil de las Islas Baleares*, en M.T. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas* cit. 318. Vid. también S. DÍAZ ALABART (Dir.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de personas con discapacidad)*, 2004, Capítulo III.2, *Ámbito territorial de la Ley 41/2003*, http://www.ibertalleres.com/web_juridica/inicial.htm; C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas*, en *RDUNED*. 1, 2006, 180 ss.; A. FONT i SEGURA, *Actualización y desarrollo* cit. 57 n. 107; e I. VIVAS TESÓN, *Una aproximación al patrimonio protegido* cit. 57 s. n. 9.

⁶⁰ Art. 806 del Código Civil.

⁶¹ Art. 807.1º del Código Civil.

⁶² Art. 808, párrafo 1º, del Código Civil.

⁶³ Art. 808, párrafo 2º.

⁶⁴ Arts. 819, 823 y 825 del Código Civil. A diferencia del primitivo derecho romano, donde la *heredis institutio* se erigía en *caput et fundamentum totius testamenti* (Gai. 2.229 y Gai. 2.248; D. 28.6.1.3 (Mod. 2 *pand.*) y D. 29.7.10 (Pap. 15 *quaest.*); Tit. Ulp. 24.15; e I. 2.20.34), el art. 764 del Código Civil establece que “el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar”, penetrando así en nuestro derecho civil la concepción novedosa del derecho castellano presente en el Ordenamiento de Alcalá (Ley Única, Título XIX [de los testamentos]) frente al Derecho de Partidas (Proemio del Título III [de como deven ser establecidos los herederos en los testamentos] de la Sexta Partida). Vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *¿Es necesaria la institución de heredero para que exista testamento?*, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, I, *El fenómeno sucesorio. Principios. Instituciones controvertidas*, Madrid-Montecorvo

la facultad de mejorar, salvo que contraiga nuevo matrimonio o mantenga análoga relación de afectividad con un tercero⁶⁵. El tercio restante queda como de libre disposición. En todo caso, su intangibilidad cuantitativa queda protegida con la acción de nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura⁶⁶, la *actio ad supplendam legitimam*⁶⁷ y con la acción para pedir la

1980, 58 ss.; G. VISMARA, *Appunti intorno alla heredis institutio*, en *Scritti di Storia Giuridica*, 6, *le Successioni ereditarie*, Milano-Giuffrè 1988, 39 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Relaciones familiares* cit. 244 ss.; e Id., *Libertad testamentaria y sistema de legítimas* cit. 286 ss.

⁶⁵ Art. 831 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Vid. sobre el particular M. ALBALADEJO GARCÍA, *El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona*, en *Revista de Derecho Privado* 89.1, 2005, 3 ss.; A. RODRÍGUEZ YNYESTO, *La reforma del artículo 831 del Código Civil por Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar*, en *Revista Jurídica del Notariado* 55, 2005, 169 ss.; A.I. BERROCAL LANZAROT, *La protección del patrimonio familiar empresarial en el derecho sucesorio: la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* 24, 2006, 101 ss.; F. MILLÁN SALAS, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 3, 2006, 403 ss.; J.J. RIVAS MARTÍNEZ, *La delegación de la facultad de mejorar*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España* 136, 2007, 1629 ss.; M. J. LÓPEZ FRÍAS, *La delegación de la facultad de mejora del artículo 831 del Código Civil*, en F.J. SÁNCHEZ CALERO, R. GARCÍA PÉREZ (Coord.), *Protección del patrimonio familiar*, Valencia-Tirant lo Blanch 2007, 39 ss.; M.P. GARCÍA RUBIO, *La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar*, en *Anuario de Derecho Civil* 61.1, 2008, 57 ss.; I. GARCÍA PRESAS, *Disposiciones generales sobre discapacidad y dependencia. La delegación de la mejora en el Código Civil*, en *AFDUDC*. 13, 2009, 233 ss.; C.E. FLORENSA i TOMÁS, *Sobre la delegación de la facultad de mejorar y su función protectora de la discapacidad*, en C. J. MALUQUER DE MOTES i BERNET (Coord.), *Instrumentos jurídicos para la protección sostenible de la dependencia*, Madrid-Dyckinson 2010, 47 ss.; y T.F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La legítima en el Código Civil (II)* cit. 105 ss.

⁶⁶ Art. 816 del Código Civil. Vid. entre otros sobre la cuestión, que se enmarca en la general prohibición de nuestro Código Civil de los pactos sucesorios, X. O'CALLAGHAN, *La renuncia a la legítima*, en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, III, Madrid-Mallorca Consejo Insular 1977, 344 ss.; P. DE BARRÓN ARNICHES, *La legítima y el pacto de non succedendo en el derecho foral de Navarra*, en *Revista Jurídica de Navarra* 22, 1996, 224 s.; Id., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Barcelona-Cedecs Editorial 2001; e I. SÁNCHEZ CID, *La repudiación de la herencia en el Código Civil*, Salamanca-Ediciones Universidad de Salamanca 2012, 229 ss.

⁶⁷ Arts. 815 y 817 del Código Civil. Para la génesis de esta acción en el derecho justinianeo, vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *La acción de suplemento de la legítima*, en *Limitaciones de derecho sucesorio* cit. 998 ss.; Id., *Notas críticas de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Computación, imputación, colación y reducción de donaciones*, en *Estudios de derecho sucesorio*, III, *Estudios dispersos sobre las legítimas*, Madrid 1981, 131 ss.; Id., *Legítimas materiales individuales*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 616 ss.; y L. GUTIÉRREZ-MASSON, *Actio ad implendam legitimam firmitatem testamenti conservandi causa. La preterición testamentaria parcial en derecho romano*, en *BIDR*. 103-104, 2000-2001, 185 ss.

reducción o anulación de otros actos de disposición tenidos por inoficiosos (en primer término los legados a prorrata y, seguidamente, las donaciones de fecha más reciente)⁶⁸.

En segundo lugar el Código Civil contempla como legitimarios a los padres y ascendientes⁶⁹. El importe de la legítima varía si concurre o no el cónyuge viudo. Sin él, la mitad de la herencia; con él, un tercio de la herencia, correspondiendo al viudo en tal caso el usufructo de la mitad de la herencia⁷⁰.

El Código Civil prevé también una cuota legitimaria particular para el cónyuge viudo: a título de usufructo para asegurar la conservación del tenor de vida del que venía gozando cuando vivía su cónyuge; y en cuantía variable según si hay o no colegitimarios concurrentes. Así, como hemos visto, con los descendientes le corresponde el usufructo sobre el tercio de mejora; con los ascendientes, el usufructo sobre la mitad de la herencia; y sin descendientes ni ascendientes, el usufructo sobre dos tercios de la herencia⁷¹. En todo caso, tras la reforma del Código Civil por Ley 15/2005 en materia de separación y divorcio, para gozar de esta cuota legitimaria, el cónyuge no ha de estar separado judicialmente o de hecho, salvo que, estándolo, haya mediado reconciliación notificada al Juzgado que la declaró⁷², lo que ha supuesto una equiparación del tratamiento del cónyuge separado al que ya ostentaba ex art. 945 del Código Civil en la sucesión intestada antes de la reforma⁷³.

Pese a la previsión legal, es frecuente otorgarle en testamento abierto el usufructo universal a través de la cautela Socini. Ello se da sobre todo cuando

⁶⁸ Arts. 654, 656 y 817 del Código Civil. Vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Reducción de legados inoficiosos*, en *Limitaciones de derecho sucesorio* cit. 1098 ss.; Id., *Reducción de donaciones inoficiosas*, en *Limitaciones de derecho sucesorio* cit. 1160 ss.; Id., *Legítimas materiales individuales*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 630 ss. y 661 ss.; C. J. MALUQUER DE MOTES i BERNET, *Donaciones inoficiosas y donaciones colacionables. Determinación del valor de los bienes. Reducción de legado o reducción de donaciones*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 20, 1989, 441 ss.; F.J. GARCÍA GARCÍA, *Ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas*, en *Diario La Ley* 7604, 2011; y T.F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La legítima en el Código Civil (I)* cit. 52 ss.

⁶⁹ Art. 807.2º del Código Civil.

⁷⁰ Arts. 809 y 837 del Código Civil.

⁷¹ Arts. 807.3º, 834, 837 y 838 del Código Civil.

⁷² Arts. 834 y 835 del Código Civil. Vid. a propósito M. MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *Ley 5/2005, de 8 de julio* cit. 29 ss.; y A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil*, en *Revista Jurídica de Castilla y León* 13, 2007, 90 ss.

⁷³ M.C. GETE-ALONSO y CALERA, M. YSÀS SOLANES, S. NAVAS NAVARRO, J. SOLÉ RESINA, *Sucesión por causa de muerte* cit. 394; M. NÚÑEZ NÚÑEZ, *La sucesión intestada de los parientes colaterales* cit. 127 ss.; y A. DONADO VARA, *La reserva vidual* cit. 107 s.

el contenido principal de la herencia es la vivienda familiar, de modo que se instituye a los descendientes como herederos universales por partes iguales, si bien se grava su cuota hereditaria con el usufructo universal a favor del cónyuge bajo la condición de la aceptación del gravamen, pues, en caso contrario, decae la institución de heredero y se sustituye por un legado hasta el límite de la legítima estricta. El fundamento legal de la cautela Socini está en el párrafo 2º art. 813, que prevé excepciones a la intangibilidad de la legítima, tales como el gravamen a favor del discapacitado ya comentado; pero también el usufructo del cónyuge viudo. En todo caso, no puede considerarse como una medida fraudulenta, pues se concede al legitimario la facultad de aceptar el gravamen a cambio de una ventaja patrimonial. Si no acepta tal gravamen, no se le sanciona, porque sigue recibiendo lo que la Ley le reserva, esto es, su legítima estricta⁷⁴.

⁷⁴ Vid. cómo la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil nº 838/2013, de 17 de enero de 2014 (Ponente Prof. Francisco Javier Orduña Moreno) se hace eco de este sentir: “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 más 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. Para abordar correctamente la cuestión planteada en el marco de la interrelación 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 más 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

El cálculo de la legítima tendrá en cuenta como activo el valor de los bienes subsistentes y las donaciones computables⁷⁵. Las hechas a los legitimarios y, salvo dispensa de colación por parte del donante, se imputarán a la legítima estricta, si no consta que se ordenaron en concepto de mejora⁷⁶. Resulta

resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión planteada. 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) 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). 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 hermenéutico, 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), 20 de marzo de 2013 (núm. 140/2013) y 28 de junio de 2013 (núm. 423/2013)".

⁷⁵ Art. 818 del Código Civil. Vid. el finísimo análisis de la interpretación del precepto de J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Computación, imputación, colación* cit. 340 ss. Vid. también recientemente T.F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La legítima en el Código Civil (I)* cit. 43 s.

⁷⁶ Arts. 819 y 1035 del Código Civil. Vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Computación, imputación, colación* cit. 422 ss.; Á. GALVÁN GALLEGOS, *Donaciones imputables a la legítima y donaciones colacionables: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2001 (AC 562/2001)*, en *Actualidad Civil* 4, 2001, 1511 ss.; Id., *Las donaciones colacionables en el Código Civil*, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García I* cit. 1824 s.; G.H. GALICIA AIZPURÚA, *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de*

complejo saber si se han de incluir los gastos ordenados a dar a los hijos una carrera profesional, tales como los que se encuadran en la formación universitaria o postgradual⁷⁷. Y como pasivo se tendrán en cuenta las deudas de la herencia y las cargas que pesan sobre el heredero, sujetas a reducción o anulación⁷⁸.

Por lo que respecta a la partición, el testador o un contador-partidor por él designado puede atribuir todos o parte de los bienes a algunos hijos, ordenando que a los demás se les pague su legítima en metálico⁷⁹. Esta partición es válida si todos los hijos están conformes con ella, pues en caso contrario se requerirá aprobación judicial⁸⁰. En este orden de cosas, también

octubre de 2007: Significado de la colación de donaciones. Distinción conceptual respecto del principio de intangibilidad de las legítimas y la reducción por inoficiosidad, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 76, 2008, 459 ss.; y A.I. BERROCAL LANZAROT, La donación inter vivos con dispensa de colación como mejora, en Actualidad Civil 5, 2014, 568 ss.

⁷⁷ El art. 1042 del Código Civil dice que habrán de traerse a colación los gastos hechos por cualquiera de los progenitores para dar a cualquiera de sus hijos una carrera profesional o artística, si el disponente así lo considera conveniente o si resultan perjudicadas las legítimas. Este precepto se ha de interpretar en relación al art. 142 del Código Civil, que impone a los padres un deber de prestar alimentos, que incluye la educación e instrucción del alimentista, no sólo cuando sea menor de edad, sino más adelante, lo que haría decaer la consideración de liberalidades de aquellos gastos que, atendidas las circunstancias concurrentes hoy día y las concretas existentes en la familia, no han de tenerse por extraordinarios. Quizá sufragar una formación extraordinaria de elevado coste, en detrimento de la que se brinda al resto de legitimarios, con el consiguiente desequilibrio interfamiliar, propende por la consideración de estar más ante una liberalidad que ante la observancia del deber de alimentos para con los allegados más cercanos, lo que traería consigo su imputación a la legítima del interesado, al menos en cuanto al exceso de lo que pueda estimarse como gasto ordinario. Vid. a propósito J.L. DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid-Editorial Revista de Derecho Privado 1965, 252 ss.; M.C. PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de contribución a las cargas familiares constante el matrimonio*, Murcia-Editum 1998, 207 ss.; Y.B. BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Madrid-Dyckinson 2003, 195 ss.; y Á. GALVÁN GALLEGOS, *Las donaciones colacionables en el Código Civil*, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García I* cit. 1817 s.

⁷⁸ Arts. 817 y 818 del Código Civil.

⁷⁹ Arts. 841 y sigs. del Código Civil. Vid. M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca-Ediciones Universidad de Salamanca 1984, 739 ss.; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudio especial de los artículos 841 y siguientes del Código Civil*, León-Ediciones Universidad de León 1988, 75 ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudio de los artículos 841 y 844 del Código Civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 1983, 453 ss.; *Id.*, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Madrid-Editorial Reus 2012; y T.F. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios* cit. 212 s.

⁸⁰ Art. 843 del Código Civil. La nueva redacción que al precepto da el Proyecto de Ley de

ha preocupado la licitud de la prohibición que el testador puede imponer a los legitimarios de solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de la legítima, no sin excepciones, que le reconoce el ordenamiento jurídico, prohibición que es lícita si queda circunscrita a la facultad impugnatoria de las operaciones particionales anticipadamente previstas por el testador o por el contador-partidor⁸¹.

Jurisdicción Voluntaria, remitido a las Cortes Generales el 1 de agosto de 2014, confiere tal función al Secretario Judicial.

⁸¹ A este respecto, se ha de reproducir el razonamiento jurídico vertido por la sentencia arriba indicada: “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. 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”.

Por lo que concierne al usufructo viudal, puede conmutarse por mutuo acuerdo de los legitimarios, por el que habrá de pasar el viudo o viuda, a salvo cuestiones de valoración del usufructo; o bien por mandato judicial. La conmutación podrá hacerse por una renta vitalicia, el producto de determinados bienes o una cantidad en metálico⁸².

5. *Legítimas en los derechos forales.* – La línea general en los territorios forales es reducir cuantitativamente las legítimas, frente al tradicional derecho castellano, que es el que acabó, no sin retoques⁸³, siendo recibido por el Código Civil⁸⁴, incluso consagrándose en algunos territorios la plena libertad de testar,

⁸² Art. 839 y 840 del Código Civil. Vid. M. CARCABA FERNÁNDEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Oviedo-Ediciones Universidad de Oviedo 1993, 71 ss.; J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil*, en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* 16, 1998, 53 ss.; Id., *Intervención del cónyuge viudo en la conmutación del usufructo legitimario viudal*, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* I cit. 1619 ss.; Id., *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal*, Valencia-Tirant lo Blanch 2005; T.F. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios* cit. 210 ss.; y T.F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La legítima en el Código Civil (I)*, en M.T. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas* cit. 119 ss.

⁸³ El Fuero Real III.V.9 (“ningun ome que oviere fijos o nietos, o dent ayuso que hayan derecho de heredar, non pueda mandar nin dar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes”); III.VI.1 (“... mas del quinto de su aver mueble e raiz puedalos dar lo que quisiere” a “los otros fijos que aya de barragana”); y III.XII.7 (“si alguno ficier donacion de todo lo que oviere... et si fijos oviere o nieto o dent ayuso, non pueda dar mas de su quinto; et si por aventura mas diere, la donacion no vala en aquello que es demas, e vala en aquello que pudo dar”) confiere al causante que tenga hijos o nietos legítimos la libertad para disponer sólo de una quinta parte de sus bienes. En cambio, las Partidas VI.I.17 recogía la legítima variable justiniana en función del número de hijos, esto es, un tercio si dejaba menos de cinco hijos y la mitad de la herencia si dejaba cinco o más hijos, lo que confería al causante un mayor ámbito cuantitativo de libertad dispositiva: “E la legitima parte que deuen aver los fijos, es esta: que si fueren quatro, o den de ayuso deuen aver de las tres partes la una, de todos los bienes de aquel a quien heredan. E si fueren cinco, o mas, deuen aver la meytad; e por esso es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley a los fijos; e deuenla aver libre, e quita; sin embargo, e sin agravamiento, e sin ninguna condicion”. La Ley 28 de Toro impondría como definitivo el criterio del Fuero Real: “la ley del Fuero, que permite que el que tuviere hijo ó descendiente legítimo pueda hacer donación fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas; y la otra ley del Fuero, que asimismo permite que puedan mandar, teniendo hijos ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes; se entienda y platique que por virtud de la una ley y de la otra no pueda mandar el padre ni la madre á ninguno de sus hijos ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida y muerte”. Vid. a propósito E. GACTO FERNÁNDEZ, *El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna*, en *Historia. Instituciones. Documentos* 11, 1984, 56.

⁸⁴ Es ilustrativo el título de la contribución de C.J. MALUQUER DE MOTES i BENET, *El Código Civil*

al menos desde un punto de vista material. Ello obedece, no sólo a razones de distinta tradición, en oposición al derecho castellano, sino a la mayor modernización del derecho foral en materia sucesoria en las últimas décadas⁸⁵.

La libertad de testar se reconoce a los vecinos de algunos municipios vascos en los que rige el antiguo Fuero de Ayala⁸⁶, no sin ciertos límites⁸⁷; y también a los navarros por cuanto el Fuero Nuevo de Navarra contempla sólo una legítima formal, esto es, el deber del testador de no preterir a sus descendientes⁸⁸, aunque no pueden obviarse ciertas limitaciones dispositivas,

*o la codificación del derecho castellano, en Centenario del Código Civil (1889-1989), 2, Madrid-CEURA 1990, 1205 ss. En todo caso, el punto de arranque de esa uniformización en torno al derecho castellano, no sólo en España, sino extensible a Iberoamérica (que en esencia parte de la legislación de Alfonso X el Sabio y sus dos grandes obras, el Fuero Real y las Partidas y que tiene por colofón un Proyecto de Código Civil de 1851 malogrado por no conceder espacio a los particularismos forales) ha de situarse, como ya hemos significado, en la Nueva Planta de Felipe V. Vid. sobre el particular B. BRAVO LIRA, *Derecho patrio o nacional en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del XIX*, en *Revista chilena de Historia del Derecho* 10, 1984, 121 ss.; J. BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander-Ediciones Universidad de Cantabria 1993, 50 ss.; M. RODRÍGUEZ GIL, *Consideraciones sobre la codificación civil española y su influencia en las codificaciones iberoamericanas*, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED.* 6, 1994, 211 ss.; J.E. CASTAÑEDA, *La codificación en España y su influjo en Hispanoamérica*, en *Cuadernos de Estudios Empresariales* 7, 1997, 359 ss.; E. ROCA TRÍAS, *La imposible unificación: el Código Civil y los derechos «forales»*, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED.* 14, 1999, 45 ss.; R.J. FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES, *Alfonso X el Sabio, candidato al Sacro Imperio Romano Germánico, y la proyección europea de las Siete Partidas*, en *RGDR.* 11, 2008, www.iustel.com; y A. TORRENT RUIZ, *El Código civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo*, en *RIDROM.* 12, 2014, 150.*

⁸⁵ Una visión general del panorama de las legítimas en el derecho español, común y foral, puede encontrarse en E.M. POLO ARÉVALO, *Concepto y naturaleza jurídica de la legítima* cit. 346 ss.

⁸⁶ El Fuero de Ayala se recoge como tal en el Título I del Libro II (Del Fuero Civil de Álava) de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Conforme al art. 131 de dicha ley, “el Fuero de Ayala se aplica en todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega” y la libre disposición de los bienes de aquellos que son vecinos civiles de tales localidades viene formulada en el art. 134.1: “los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos (que conforme al art. 134.2 son los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil) con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren”.

⁸⁷ En los casos de preterición no intencional de uno o todos los herederos forzosos, éstos podrán reclamar su legítima ex arts. 137 a 139.

⁸⁸ Ley 267 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo establece que “la legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos “febles” o “carlines” por bienes muebles y una

tanto cuando el causante tiene hijos de un matrimonio anterior⁸⁹, como cuando deja a su muerte cónyuge supérstite o conviviente estable, a quien el Fuero Nuevo de Navarra concede el usufructo legal y universal de fidelidad⁹⁰.

Fuera de estos casos, las legislaciones forales mayoritariamente reconocen a los descendientes una legítima material, aunque, desde un punto de vista cuantitativo, algo más atenuada que la contemplada en el Código Civil. Hacen excepción a esta minoración de las legítimas de los descendientes los municipios vascos no sujetos al Fuero de Ayala, sino al Fuero Civil de Vizcaya⁹¹, también preservado por la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, que reproducen la

robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero". La enunciación de ésta como de otras leyes de las que componen el Fuero Nuevo de Navarra evidencian una técnica de redacción que refleja más el esfuerzo intelectual de la doctrina, con respeto a la tradición del derecho navarro, que la formulación de órdenes de potestad imperativas o prohibitivas, incorporando así a la propia redacción un cierto componente de comentario interpretativo que adquiere, al quedar incorporado al texto, rango de ley. Un efecto equivalente lo produce la desheredación de un heredero forzoso, con independencia de que sea justa o injusta, puesto que ello rompe con la preterición, aunque no se le haya dejado la legítima formal. En este sentido, J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Aspectos formales de las legítimas*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 501, señalaba que "la intranscendencia de esta omisión (no dejar la legítima foral al desheredado) resulta de la inmaterialidad de ésta y de la liberrísima disponibilidad de la parte de libre disposición, que abarca toda la herencia menos esa legítima foral simbólica".

⁸⁹ La Ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra establece en su inciso inicial que "los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio".

⁹⁰ La Ley 253 del Fuero Nuevo de Navarra dispone que "el cónyuge viudo (o el miembro sobreviviente de una pareja estable reconocida por la Ley, tras la reforma operada por Ley Foral de la Comunidad Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables) tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento", todo ello sin perjuicio de la renuncia o de las causas de exclusión, privación o extinción que contempla la Compilación. Vid. M.A. PARRA LUCÁN, *Legítimas, libertad de testar* cit. 500; M. FERNÁNDEZ-HIERRO, M. FERNÁNDEZ-HIERRO, *Panorama legislativo actual* cit. 55 s.; y J. GIL RODRÍGUEZ, *La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad*, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, M. PEREÑA VICENTE (Coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, 2 cit. 10 ss.

⁹¹ Como establece el art. 5 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco, este Fuero rige en el Infanzonado o Tierra Llana, que viene precisado en el art. 6: "con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio Histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika, Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao", que se regirán por el derecho común.

antigua legítima castellana del Fuero Real y las Leyes de Toro (cuatro quintas partes del haber)⁹², si bien distribuibles libremente por el testador, incluso a favor de los de grado más remoto⁹³. Al cónyuge viudo, en concurrencia con descendientes o ascendientes, le corresponde el usufructo de la mitad de la herencia y, de no haber legitimarios, el de dos terceras partes de la herencia⁹⁴.

El derecho aragonés ha siempre limitado de forma extremada la libertad de testar, si bien las últimas reformas han traído consigo una notable minoración de la extensión de la legítima de los descendientes, que ha pasado de las dos terceras partes del haber hereditario a la mitad, gozando el testador también de libertad de distribución entre ellos, pudiendo incluso atribuirle en plenitud a los de grado más lejano⁹⁵. De especial importancia es el usufructo de viudedad universal que se concede al cónyuge que primero fallezca⁹⁶.

⁹² El art. 55 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco señala que “la legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador”.

⁹³ El art. 54 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco dispone que “el testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo”.

⁹⁴ Art. 58 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

⁹⁵ Vid. sobre esta modalidad de legítimas J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Legítimas colectivas y mejoras*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 693 ss. El Preámbulo del llamado ‘Código del Derecho Foral de Aragón’ (por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas) apunta ya al sentido de estas reformas: “se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer y una pormenorizada regulación que evite la injerencia de normas del Código civil que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto. Por tanto, la legítima, como límite de la libertad de disponer de que gozan los aragoneses, sigue siendo legítima colectiva a favor de los descendientes, no hay más legitimarios que ellos, y el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno solo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio. La innovación más visible operada en la nueva regulación consiste en la reducción de la porción legitimaria a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios en que consistía con anterioridad. Se atiende así a las voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron”. En estos términos se ha plasmado en el art. 486 del referido Código del Derecho Foral de Aragón.

⁹⁶ Art. 271 del Código del Derecho Foral de Aragón, concibiéndose como un efecto de la

Baleares recoge la legítima variable justiniana en función del número de hijos del testador: un tercio de la herencia si deja cuatro o menos hijos; la mitad si deja más de cuatro hijos⁹⁷. En Mallorca y Menorca, al cónyuge viudo le corresponde el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes⁹⁸, mientras que en Ibiza y Formentera la especialidad radica en que el viudo o viuda no tiene la condición de legitimario⁹⁹.

Cataluña y Galicia, que cuentan con dos de las regulaciones más modernas y completas por lo que concierne a la disciplina sucesoria, fijando ambas la cuantía de la legítima de los descendientes en una cuarta parte del haber líquido. El derecho gallego sólo contempla como legitimarios a los descendientes y al cónyuge viudo, correspondiéndole a éste el usufructo de una cuarta parte del haber hereditario o de la mitad si no concurren descendientes¹⁰⁰. En cambio, el derecho catalán tiene por legitimarios, en

celebración del matrimonio, con independencia del régimen económico que rija los efectos del matrimonio, de modo que durante su subsistencia se mantiene como un derecho expectante que limita la facultad dispositiva del titular de los bienes y que presenta al viudo como un continuador de la familia. Vid. para la regulación anterior J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Derechos viduales*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 775 s.

66

⁹⁷ Art. 42 primer párrafo de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, que es un Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre. La Nov. XVIII.1 del año 536, en efecto, señalaba: *haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despiciere semper erubescens, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quattuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae, hoc est uncias quattuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo...* De este modo, continúa la Novela, al causante le será lícito disponer de las ocho o seis onzas restantes *sicut voluerit filiis ipsis aut cuilibet extraneorum*.

⁹⁸ El último párrafo del art. 45 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares dispone que “concurriendo con descendientes, la legítima vidual será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y, en los demás supuestos, el usufructo universal”.

⁹⁹ Sin embargo, se prevé en el art. 68 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares la facultad de convenir en *espolits* (capítulos matrimoniales) el usufructo universal, de modo que esta institución se enmarca, al igual que el usufructo vidual aragonés y catalán, en el ámbito del derecho de familia, por más que sus efectos, para el caso de haberse convenido, se proyecten desde la muerte del disponente en acto *inter vivos*. Vid. para el derecho catalán el trabajo de P. DEL POZO CARRASCOSA, *El título de usufructuario universal capitular en el derecho civil de Cataluña*, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* I cit. 3975 ss.; J. CERDÁ GIMENO, *Costumbres jurídicas en las Pithiusas*, Madrid-Dyckinson 2011, 209 ss.; y P.A. MUNAR BERNAT, *La legítima en las Islas de Ibiza y Formentera*, en M.T. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas* cit. 331 ss.

¹⁰⁰ Arts. 243, 253 y 254 a de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

defecto de descendientes, a los progenitores (no, en cambio, a otros ascendientes de grado más remoto)¹⁰¹. Asimismo el Código Civil de Cataluña confiere legítima usufructuaria de como máximo un cuarto del activo de la herencia al cónyuge o pareja estable, siempre que carezca de recursos económicos suficientes para proveer a sus necesidades¹⁰².

En todo caso, ha de celebrarse esta línea tendente a la minoración de las legítimas, que puede apoyarse en que el sostén económico de las familias no depende hoy día tanto del patrimonio heredado de los antepasados como sobre todo de las rentas del trabajo y de la actividad económica de los cónyuges. El considerable incremento de la esperanza de vida en relación a la existente al tiempo de la codificación trae consigo que heredar sea un fenómeno que suele aparecer a edades avanzadas cuando, en buena medida, los causahabientes han alcanzado una cierta estabilidad profesional y económica tal como para sacar adelante su propio proyecto de vida, por lo que esa finalidad de protección de la familia¹⁰³, eventualmente desamparada ante la temprana pérdida del cabeza de familia, que de alguna manera justificaba este límite a la libertad de testar, ha perdido, a mi juicio, buena parte de su razón de ser, máxime cuando es notorio el mayor peso que tienen actualmente los poderes públicos a través de sus políticas de previsión asistencial. No es extraño por ello que para no hacer tan dilatada la espera se suela planificar y anticipar la herencia mediante actos de atribución *inter vivos* y hasta en ocasiones se llega a apreciar un salto generacional en la condición de causahabiente, de modo que los nietos heredan a sus abuelos. Se ha de fomentar, por tanto, una concepción más nuclear y menos gentilicia de la familia, en la que lo relevante no es sólo la evidencia de un indeleble vínculo de consanguinidad, sino que también se han de considerar otros aspectos de índole afectiva, que pueden traer consigo un decaimiento de los principios

¹⁰¹ Arts. 451-3.1 y 451-4 del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio.

¹⁰² El art. 452-1.1 se expresa así: “el cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3”.

¹⁰³ No es, naturalmente, la única motivación de la institución de la legítima, a propósito de lo cual se ha escrito tantísimo. Vid. un resumen reciente del fundamento histórico de la legítima en el ilustrativo trabajo (a juzgar por el título) A. F. RONCHETTI, *Calidad de vida en la ancianidad: más libertad de testar es más justicia*, en *Oñati Social Legal Series* 1.8, 2011, 3 ss.

sucesorios tradicionales. No sorprende en este orden de cosas que pueda cuestionarse el modo en el que los derechos legitimarios del cónyuge o conviviente análogo vienen considerados en la mayoría de las legislaciones civiles coexistentes en España, no sólo por lo que respecta a su cuantía, sino también en relación con el título de su atribución. De ahí el frecuente recurso a la práctica notarial de la cautela Socini para estirar al máximo sus derechos sucesorios como forma de sortear el rigor que, de forma especial en el Código Civil, aún se mantiene.

Todo lo apuntado parece sugerir, en consecuencia, una reforma de las legítimas en el Código Civil, que se viene pidiendo, pero que todavía no se adivina¹⁰⁴. ¿Tiene sentido mantener un cuadro tan extenso de legitimarios? ¿Tiene sentido mantener el llamamiento a los ascendientes, al menos a los de grado más remoto? También sí, como hemos dicho, el fenómeno sucesorio se desencadena hoy día cuando la mayoría de los causahabientes han alcanzado una cierta edad y, en buena medida, autonomía vital, puede plantearse si tiene sentido mantener en pie de igualdad el llamamiento a todos los legitimarios del mismo grado o si, estimulando la libertad de testar y dando un mayor relieve a los vínculos de carácter afectivo, podría llamarse sólo a aquellos en quienes concurren necesidades o carencias especiales (no sólo discapacitados o menores de edad, sino también estudiantes universitarios, opositores o personas en situación de desempleo o afectadas por las consecuencias económicas de su fracaso matrimonial) o a aquellos otros que, cualesquiera sean las razones, se han mostrado más cercanos al causante. Ciertamente es que en el ámbito del derecho común, tal función llamémosle compensatoria, puede predicarse respecto de la institución de la mejora, pero invirtiéndose la perspectiva, a mi juicio se ha de procurar al causante un mayor ámbito de libertad dispositiva, consistente en dejar sin efecto las expectativas legitimarias de aquellos parientes próximos que se han significado por su desafección, por más que su conducta no tenga encaje en el restringidísimo ámbito de las causas de desheredación que recoge nuestro Código Civil¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A. VAQUER ALOY, *Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima* cit. 3 ss.; J. DELGADO ECHEVARRÍA, *¿Qué reformas cabe esperar* cit. 26 ss.; T.F. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios* cit. 173 ss.; y M.A. PARRA LUCÁN, *Legítimas, libertad de testar* cit. 483 ss.

¹⁰⁵ En los arts. 756 y 852 y siguientes del Código Civil. Vid. a propósito de la altísima protección que se dispensa al desheredado el trabajo de M. ORTEGA BALANZA, L. RAMÍREZ ROMERO, *Desheredar hoy: criterios jurisprudenciales sobre las causas de desheredación*, en *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho* 176, 2012, 36 ss. Vid. asimismo las observaciones sobre lo que acontece habitualmente en la práctica notarial de A. SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, *Elogio de la desheredación*, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 29, 2011, 544 ss. En general

Incluso, de forma más sencilla, ¿no bastaría con restringir cuantitativamente las legítimas, ampliando el haber libremente disponible por el causante, como sucede en la mayor parte de las legislaciones forales? Sería una solución de compromiso, si se considera que eliminar las legítimas es demasiado revolucionario o imprudente, máxime ahora que, como hemos apuntado, ha aumentado tanto la esperanza de vida¹⁰⁶, pero, quizá como consecuencia de ello, también son patentes las afecciones seniles, que colocan a nuestros mayores en situación de especial vulnerabilidad. El peligro de captación de su voluntad no es nuevo¹⁰⁷ (recuérdese el *color insaniae* que retóricamente aducían los romanos desheredados ante el tribunal de los *centumviri* para lograr la declaración de inoficiosidad del testamento por quebranto del *officium pietatis*¹⁰⁸) y, por tal razón, nuestro Código civil prevé algunos casos de falta de *testamentifactio* pasiva¹⁰⁹.

Otra cuestión debatida es si tiene sentido mantener el llamamiento como legitimario del viudo en calidad de usufructuario. El fundamento del usufructo viudal, frecuentemente constituido en el derecho romano clásico como legado vindicatorio, era evitar que la muerte intestada de la viuda *sine manu*, heredera de todo o parte de los bienes de su marido, privara a los hijos comunes de los bienes de su padre al ir a parar a sus parientes agnados, al menos hasta

sobre la desheredación, es inexcusable consultar las reflexiones de J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Aspectos formales de las legítimas*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 489 ss.

¹⁰⁶ Y la tendencia ha de tenerse por creciente. Los últimos informes del Instituto Nacional de Estadística (25 de abril de 2014, <http://www.ine.es>) señalan que “en España entre 1992 y 2012, la esperanza de vida al nacimiento de los hombres ha pasado de 73,9 a 79,4 años y la de las mujeres de 81,2 a 85,1 años”.

¹⁰⁷ Ya DON MATEO ORFINA, *Tratado de medicina legal*, I, Madrid-Editor D. José María Alonso 1847, 382 ponía de relieve los peligros que acompañan a la vejez, significando que las personas mayores se hacen crédulas y quedan más expuestas al influjo de los que les rodean, con la consecuencia de que sus actos de voluntad podían ser fácilmente objeto de captación.

¹⁰⁸ D. 5.2.5 (Marc. 3 dig.): *huius autem verbi 'de inofficioso' vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, eum testamentum inique ordinaret*. Vid. M. WURM, *Apokeryxis, abdicatio und exheredatio*, München-C.H. Beck 1972, 74 ss.; J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *La desheredación injusta*, en *Limitaciones de derecho sucesorio* cit. 963 ss.; E. CHAMPLIN, *Final Judgments: Duty and Emotion in Roman Wills (200 b. C. – a. D. 250)*, Oxford-University of California Press 1991, 14 s.; K. DEGGERT, *Die Rechtstellung des Schlu,erben im gemeinschaftlichen Testament*, München-Herbert Utz Verlag 2000, 24 s.; A.I. CLEMENTE FERNÁNDEZ, *Dilucidando conceptos* cit. 245; y S. KURSA, *La diseredazione nel diritto giustiniano*, Bari-Libreria Universitaria.it 2012, 176 ss.

¹⁰⁹ Los arts. 752 y 754 del Código Civil proclaman la incapacidad sucesoria del sacerdote (y de sus parientes más próximos) que hubiese confesado al testador en su última enfermedad así como del Notario autorizante del testamento.

el Senadoconsulto Orficiano del 178 d.C.¹¹⁰. Este peligro no existe hoy día, pues los hijos serían los primeros llamados a heredar *ab intestato* a su madre. Y, además, fallecido el cónyuge, la primera operación particional que ha de practicarse es la liquidación del régimen económico matrimonial. Y aun cuando éste no fuera de comunidad, el viudo (o más frecuentemente la viuda) es acreedora de la masa hereditaria por su dedicación pasada, presente y futura a la familia¹¹¹. En todo caso, a la espera de que esa reforma termine por llegar, es habitual, como hemos subrayado, que el testador favorezca a su cónyuge más allá de lo que la Ley prevé a través de la cautela *Socini*¹¹².

6. *La cuestión de las formas testamentarias en el Código Civil.* – El Código Civil consagra dos formas de delación de la herencia: la testamentaria, que tiene carácter preferente por ser expresión de la autonomía de la voluntad de

¹¹⁰ l. 3.4 pr.: *per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittatur, senatus consulto Orfitiano effectum est, quod latum est Orfito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. Et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris.*

¹¹¹ El art. 1438 del Código civil prevé en relación con el régimen de separación de bienes que “los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. Vid. M.A. NOVALES ALQUÉZAR, *La valoración del trabajo doméstico en el régimen económico matrimonial del Código Civil*, en *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* 9, 2002, 26 ss.; J. RAMS ALBESA, J.A. MORENO MARTÍNEZ (Coord.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid-Dyckinson 2005, 898 ss.; E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid-Editorial Reus 2008, 85 s.; y C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes*, en M. CUENA CASAS, L.A. ANGUITA VILLANUEVA, J. ORTEGA DOMÉNECH (Eds.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid-Dyckinson 2013, 1097 ss.

¹¹² Además de la importante sentencia del Pleno del Tribunal Supremo anteriormente reproducida, vid. sobre el particular J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, III, Madrid-Montecorvo 1981, 266 ss.; M. CARCABA FERNÁNDEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo* cit. 87 ss.; A.L. CABEZUELO ARENAS, *Diversas formas de canalización de la Cautela Socini*, Valencia-Tirant lo Blanch 2002; Id., *Reflexiones sobre la cautela Socini*, en A. CABANILLAS SÁNCHEZ (Coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, 4, *Derecho Civil, derecho de sucesiones, otras materias*, Madrid-Civitas 2002, 5141 ss.; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *La cautela galdense o Socini y el artículo 820.3º del Código Civil*, Madrid-Dyckinson 2004; y J. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Cautela Socini y conflicto de intereses*, en J.C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. GARDEAZÁBAL DEL RÍO, P. GARRIDO CHAMORRO (Coord.), *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma*, Madrid-Thomson Reuters-Civitas 2010, 1001 ss.

los particulares en materia sucesoria; y la intestada, cuyo carácter subordinado resulta del hecho de entrar en juego 'a falta de' testamento, presuponiendo la Ley en quién hubiera pensado el causante como sucesores¹¹³.

La sociedad española responde a esta preferencia de la delación testamentaria, haciendo un uso más frecuente del testamento que el que se advierte en otros países como Italia y Bélgica¹¹⁴. Tenemos datos en relación con el otorgamiento de testamentos abiertos, que reflejan una tendencia creciente en el uso del testamento, al margen de los no notariales, que previsiblemente serán pocos, como es el caso del testamento ológrafo¹¹⁵.

En territorio de derecho común, en contraste con las regiones forales, son pocas las formas testamentarias admisibles¹¹⁶: el testamento común en su triple modalidad (abierto, cerrado y ológrafo), con intervención notarial en los dos primeros. Y los testamentos especiales, que son poco habituales (el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero). Realmente el testamento cerrado sólo tiene de común el nombre, pues apenas se usa.

En el Código Civil están expresamente prohibidos el testamento mancomunado¹¹⁷, el testamento por comisario o mandatario¹¹⁸ y los pactos sucesorios, que comporten un convenio entre el disponente y su o sus sucesores¹¹⁹. La incompatibilidad entre la irrevocabilidad unilateral de todo

¹¹³ Art. 658 del Código Civil: "la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley".

¹¹⁴ Vid. el trabajo de J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte*, en *XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil bajo el título "Derecho de Sucesiones. Presente y futuro"* cit. 103 ss.

¹¹⁵ En enero de 2014 se otorgaron más de cincuenta mil testamentos notariales abiertos, frente a poco más de setecientos mancomunados (en aquellos territorios forales donde se admite) y tan solo algo más de una veintena de testamentos cerrados o protocolizaciones de testamentos ológrafos. Para mayores detalles, vid. el Centro de Información Estadística del Notariado, accesible en www.notariado.org.

¹¹⁶ Arts. 676 a 680 del Código Civil.

¹¹⁷ Art. 669 del Código Civil.

¹¹⁸ Art. 670 del Código Civil.

¹¹⁹ Art. 1271, párrafo segundo: "sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056". Aun cuando se hiciere con intervención de los propios interesados, tales operaciones no participan de la característica de la irrevocabilidad por ser estrechamente dependientes del testamento al que se ligan. Vid. al respecto, J. EGEA FERNÁNDEZ, *Protocolo familiar y pactos sucesorios*, en *InDret 3*, 2007, 19 ss. Más ampliamente sobre esta modalidad de partición *parentem inter liberos*, vid.

contrato y la revocabilidad natural del testamento¹²⁰ en cuanto negocio jurídico unilateral de disposición justifican aparentemente la prohibición¹²¹.

Sin duda, el testamento notarial abierto es el más ventajoso, no sólo por su ínfimo coste¹²², sino sobre todo por la inmediata ejecutividad de todo lo en él dispuesto, sin necesidad de recurrir a protocolizaciones judiciales, que incrementarían los costes notablemente¹²³. Pero, además, es el que ofrece mayores garantías por ser autorizado por un Notario, al cual corresponde identificar al testador y constatar su capacidad dispositiva, requiriendo incluso en la práctica un informe extendido por el médico de cabecera en el caso de personas que evidencien afecciones seniles¹²⁴. En definitiva, el Notario presta su pericia para asegurar la eficacia del testamento, conciliando los deseos del testador con las restricciones dispositivas en favor de los legitimarios¹²⁵, lo que afecta también a las donaciones, pues no se puede dar por donación más de lo que se puede dar por testamento¹²⁶.

Además es un motivo adicional que explica el uso frecuente del testamento la imperfección del orden sucesorio *ab intestato*, sobre todo por lo que se refiere a la posición que en él tiene el cónyuge viudo¹²⁷. Parece evidente que

J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Concreción del contenido de las legítimas*, en *Limitaciones de derecho sucesorio* cit. 827 ss.

¹²⁰ Art. 737 del Código Civil.

¹²¹ Sobre el fundamento de la prohibición en territorios de derecho común, vid. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla-Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1999, 76 ss.

¹²² El art. 1 nº 1 del Arancel de los Notarios (Instrucción de 22 de mayo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se convierten a euros los Aranceles de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, BOE nº 150, de 24 de junio de 2002) establece un coste por otorgante de treinta euros.

¹²³ Es ésta precisamente la suerte que espera a los llamados a suceder por fuerza de un testamento ológrafo, de conformidad con los arts. 689 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, remitido a las Cortes Generales el 1 de agosto de 2014, 'notarializa' el procedimiento, que deja de ser propiamente 'jurisdiccional' (o la función notarial se reviste de tintes de 'jurisdiccionalidad', no sin riesgo de inconstitucionalidad, a la luz del art. 117.3 de la Constitución Española). Lo mismo se prevé para los testamentos otorgados en peligro de muerte o en caso de epidemia en la nueva redacción del art. 703 del Código Civil. Vid. en todo caso J.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de sucesiones y jurisdicción voluntaria (sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria)*, en *XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil bajo el título "Derecho de Sucesiones. Presente y futuro"* cit. 399 ss.

¹²⁴ Arts. 685 y 696 del Código Civil.

¹²⁵ Art. 763 del Código Civil.

¹²⁶ Art. 636 del Código Civil.

¹²⁷ Vid. ampliamente sobre la cuestión M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La reforma de la sucesión intestada* cit. 425 ss.

en la concepción actual de la familia, es voluntad generalizada del testador dejar al viudo más de lo que la Ley le atribuye, que actualmente lo coloca tras descendientes y ascendientes. Y eso que desde 1981 el cónyuge viudo ha logrado situarse por delante de los colaterales¹²⁸, como también acontece en algunos ordenamientos europeos, como Austria¹²⁹ o Alemania¹³⁰. No así en Italia, donde la concurrencia de hermanos o hermanas del causante impiden al cónyuge haber para sí la totalidad de la herencia¹³¹. En todo caso, como ya se ha puesto de relieve, los instrumentos más adecuados para lograr ese mejor tratamiento del cónyuge viudo en relación con lo que la Ley actualmente le concede son el juego combinado del testamento abierto y la cautela Socini.

7. Formas testamentarias en los derechos forales: el testamento mancomunado. – Las regiones forales ofrecen mayor riqueza en cuanto a formas testamentarias y otros modos de atribución patrimonial *mortis causa*, pues están generalizados el testamento mancomunado, el testamento por comisario y los pactos sucesorios¹³². Vamos a ocuparnos del primero y los últimos.

El testamento mancomunado es el más utilizado en Aragón¹³³ y Navar-

¹²⁸ M. NÚÑEZ NÚÑEZ, *La sucesión intestada de los parientes colaterales* cit. 125 ss.

¹²⁹ El § 757 del ABGB tiene al cónyuge supérstite como heredero legal (gesetzlicher Erbe), concediéndole una cuota en pleno dominio en cuantía variable: un tercio, si concurre con hijos o descendientes de grado más remoto; y dos tercios si concurre con los padres y hermanos del causante, o con sus abuelos.

¹³⁰ El § 1936 del BGB califica también al cónyuge supérstite de heredero legal (gesetzlicher Erbe) y le atribuye una cuota variable en pleno dominio en función de los parientes del causante con los que concurre: un cuarto de la herencia, si lo hace con los descendientes; la mitad de la herencia, si lo hace con ascendientes (padres o abuelos); y la totalidad de la herencia, si concurre en solitario.

¹³¹ El art. 581 del Codice civile italiano atribuye al cónyuge la mitad de la herencia si concurre con un hijo del causante; y un tercio si concurre con más de un hijo del finado. Su cuota legítima será de dos tercios, según el art. 582, si concurre con ascendientes o con hermanos del causante. Finalmente, el art. 583 le atribuye la plenitud de la herencia si no concurre con hijos, ascendientes, hermanos o hermanas.

¹³² Para una breve exposición general de las formas testamentarias admitidas tradicionalmente en los territorios de derecho foral en época precompilatoria, vid. L. MOUTÓN y OCAMPO, *La sucesión testada en el derecho foral*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 112, 1908, 261 ss. y M. ALONSO y LAMBÁN, *Las formas testamentarias en las llamadas regiones forales* (esquema para una exposición), en *Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas* 5, 1959, 13 ss. y en *Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas* 6, 1959, 23 ss.

¹³³ El Preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón ya toma distancia del régimen del Código Civil en materia sucesoria, significando que en Aragón “el testamento mancomunado y la fiducia sucesoria tienen un papel central en nuestra vida jurídica”, siendo el mancomunado

ra¹³⁴, pero también se halla presente en Galicia¹³⁵, País Vasco¹³⁶ y en Cataluña a través de los heredamientos mutuales¹³⁷. Creo que hay razones suficientes para eliminar la prohibición de su otorgamiento en territorios de derecho común¹³⁸. Como hemos significado, prima hoy día la familia nuclear sobre la gentilicia, lo que supone que el centro de la familia está en el cónyuge o en el conviviente y sus descendientes comunes. Su proyecto de vida depende más de las rentas del trabajo que del producto de un patrimonio heredado de los antepasados. Así las cosas, no es extraño que los cónyuges deseen instituirse recíprocamente con carácter universal y el testamento mancomunado permite hacerlo con las cartas boca arriba. Ciertamente es que la prohibición del derecho común puede sortearse, pues cabe otorgar testamentos unipersonales el mismo día y con números de protocolo sucesivos, instituyéndose ambos

la modalidad testamentaria “en la práctica con mucho la más común”. En este mismo orden de cosas, ya señalaba U. VITORIA, *El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 150, 1927, 463 que “es tal la costumbre de testar los esposos conjuntamente, que hay muchas gentes incapaces de testar por sí solos. El testamento en esta tierra, en cuanto a disposición de bienes, es disposición detallada, clara y ultimada de estos, es disposición que quiere evitar toda clase de conflictos y muy especialmente los que pueden derivarse de liquidaciones de sociedad conyugal y particiones. Y todo esto no puede cumplirse sino es con el testamento mancomunado. Y es tal la costumbre y la idea grandiosa que en este país se tiene del testamento mancomunado, que en una porción de casos se ve cómo se introduce en el cerebro de los testadores el vacío y el caos, cuando por consejo, necesidad o conveniencia se ha lanzado ante ellos la idea del testamento separado”. Vid. también A. SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *El testamento mancomunado aragonés*, en *Revista de Derecho Aragonés* 18, 2012, 128 ss.

¹³⁴ La Exposición de Motivos del Fuero Nuevo de Navarra subraya precisamente lo muy frecuentemente que se utiliza esta modalidad, denominada específicamente ‘testamento de hermandad’ (Ley 199).

¹³⁵ Arts. 187 a 195 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

¹³⁶ Regulado con carácter novedoso, frente al contenido de la Compilación de 1959, tanto en el Fuero Civil de Vizcaya (arts. 49 a 52 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco) como en el Fuero Civil de Guipúzcoa (arts. 172 a 178 del mismo texto legal). Vid. J. GIL RODRÍGUEZ, *El testamento mancomunado vasco, en perspectiva de unificación*, en *Homenaje a Vicente Montés* cit. 1209 ss.

¹³⁷ Aun cuando la tradición foral catalana en materia sucesoria muestra un indudable influjo del Derecho romano, en este aspecto se aleja de él. Vid. con detalle J. CASTILLEJO y DUARTE, *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, Madrid 1902, 79 ss.; A. SERRANO DE NICOLÁS, *Pactos sucesorios de atribución particular: su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código Civil de Cataluña*, en *RGDR*. 16, 2011, www.iustel.com; y C. TORT MARTORELL, *Los principios sucesorios de Derecho romano y la sucesión contractual en el vigente Código Civil de Cataluña: el heredamiento*, en *RGDR*. 21, 2013, www.iustel.com.

¹³⁸ Hacemos nuestras las consideraciones de J.R. GARCÍA VICENTE, *El testamento mancomunado* cit. 289 ss.

cónyuges recíprocamente. Cabe también, si no tienen descendencia común, prever una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de quienes deseen cada uno de los otorgantes, evitando así la apertura de la sucesión intestada.

Se argumenta para sostener la prohibición del testamento mancomunado la problemática revocabilidad unilateral de las disposiciones llamadas correspectivas¹³⁹, especialmente cuando de ello no tiene conocimiento el otro cónyuge o éste ya ha fallecido¹⁴⁰. También se invoca la sugestión que el testador

¹³⁹ Se definen en el art. 420 del Código del Derecho Foral de Aragón: “son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero”. Más sintéticamente el art. 187.2 de la Ley del Derecho Civil de Galicia señala “son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes”. El Fuero Nuevo de Navarra, en su regulación del testamento de hermandad, apenas se refiere a ellas en la Ley 204.3⁹ al señalar que “ninguno de los testadores podrá disponer por título lucrativo de sus propios bienes, salvo que se trate de bienes cuya disposición en el testamento no tuviera su causa en lo establecido por otro de los testadores”. Y un tratamiento amplio nos ofrece también la regulación del testamento mancomunado para ordenar la sucesión del caserío en Guipúzcoa (art. 172 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco), definiéndolas implícitamente en el art. 174 como aquellas disposiciones hechas por cualquiera de los cónyuges sobre su propia herencia que tuvieren su causa en las disposiciones del otro. Vid. A. S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, *La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa*, en *Iura Vasconiae* 6, 2009, 882 ss.

¹⁴⁰ El Código del Derecho Foral de Aragón subraya en su Preámbulo a propósito de la revocación unilateral del testamento mancomunado que “se ha buscado compaginar la mayor libertad de la misma – salvo en el caso de las disposiciones correspectivas – con la lealtad debida al otro otorgante, a quien hay que dar a conocer la revocación para que obre, si quiere, en consecuencia. Por ello se exige que en todo caso – haya o no cláusulas correspectivas – la revocación o modificación unilateral se haga en testamento abierto y que el notario la comunique al otro testador, sirviéndose de los datos que necesariamente ha de proporcionarle el revocante”. Sin duda, todo este régimen tiene dilatada raigambre en el derecho aragonés. Vid. a propósito U. VITORIA, *El Apéndice aragonés* cit. 464 ss.; J. PINTOS, *De la revocabilidad del testamento mancomunado*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 311, 1954, 271 ss.; A. TEIXEIRA GRACIANETA, *El testamento mancomunado aragonés*, en *Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas* 3, 1958, 137 ss.; M. ALONSO y LAMBÁN, *Las formas testamentarias en las llamadas regiones forales* cit. 13 ss.; J.J. CASTIELLA RODRÍGUEZ, *El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil*, en *Revista Jurídica de Navarra* 15, 1993, 40 ss.; J. DELGADO ECHEVARRÍA, *El testamento mancomunado aragonés*, en *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya (24-26 de setembre de 1992)*, Barcelona-PPU 1994, 292 ss.; O. TOBAJAS GÁLVEZ, *El testamento mancomunado en Aragón*, en *Actualidad Civil* 18, 2000, 701 ss.; J.A. MARTÍNEZ BLÁZQUEZ, *El testamento mancomunado. Evolución y regulación jurídica de la Ley de Sucesiones por causa de muerte*, en *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés*, 1, Zaragoza-El Justicia de Aragón 2003, 491 s. y 509 ss.; y E. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *Sucesión testamentaria*, en J. DELGADO ECHEVARRÍA (Dir.), *Manual de Derecho Civil Aragonés*², Zaragoza 2007-

puede sufrir al tener presente al cónyuge en el momento del otorgamiento¹⁴¹. Frente a ello puede aducirse que testar mancomunadamente es una opción, no una imposición. Quien se vea coartado por la presencia del otro, puede acudir al testamento unilateral. Pero es que puede pensarse también lo contrario, esto es, que el testamento mancomunado puede dar estabilidad a la unión conyugal o afectiva. No hacerlo, siendo admisible en un determinado territorio, puede enrarecer la relación y generar una desconfianza incompatible con la *affectio maritalis* en la que se apoya el matrimonio. Por lo demás, esta preocupación por la posibilidad de captación de la voluntad del testador también puede predicarse de otros actos dispositivos sucesorios admitidos por el Código Civil, como es la posibilidad de delegar la facultad de mejorar en el cónyuge. Y tal peligro no puede descartarse que concorra en otras modalidades testamentarias más íntimas como el testamento ológrafo, otorgado a saber en qué circunstancias; o incluso en actos *inter vivos* de notable trascendencia patrimonial. Y, en relación con los peligros de la revocación unilateral, hay que significar que sólo tiene lugar respecto de las disposiciones correspectivas, que son aquellas causalmente vinculadas.

Desde luego, las regulaciones con las que contamos en el panorama sucesorio español, donde el testamento mancomunado es admitido, han prestado la debida atención a esta problemática, que, por lo demás, puede reforzarse por la vía convencional, previendo condiciones resolutorias para los actos de disposición propios para el caso de revocación unilateral no notificada llevada a cabo por cualquiera de los demás otorgantes o, incluso, como han hecho las referidas legislaciones forales, puede supeditarse su eficacia a que sea conocida por el otro cónyuge, entrañando así una suerte de revocabilidad recepticia. Sin duda, la fe pública notarial ha de jugar un importante papel en este campo, recayendo sobre el Notario la obligación de notificar al cónyuge la revocación unilateral, como es el caso del derecho foral vasco y navarro,

76

El Justicia de Aragón, 572 ss. El Fuero Nuevo de Navarra admite la revocación *inter vivos* conjunta o separada, si bien ésta no surtirá efecto hasta que conste el conocimiento del o los demás otorgantes, y prohíbe como regla general la revocación, una vez fallecido alguno de los otorgantes (Leyes 201 y 202). Vid. J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *Revocación post mortem del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 500, 1974, 47 ss.; M.T. HUALDE MANSO, J. NANCLARES VALLE, *Testamento de hermandad, testamento ante párroco y testamento ante testigos en Navarra*, en M.C. GETE-ALONSO y CALERA, (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, 1, Cizur Menor-Civitas 2011, 531 ss. Tanto la Ley del Derecho Civil de Galicia como la del Derecho Civil Foral del País Vasco regulan también ampliamente la cuestión.

¹⁴¹ J.J. CASTIELLA RODRÍGUEZ, *El testamento mancomunado* cit. 37 ss.

que prevén, en caso de revocación unilateral en vida de ambos otorgantes, la necesidad de comunicarlo al otro para que sea eficaz¹⁴². Incluso el derecho foral aragonés y gallego imponen tal obligación al Notario¹⁴³. Para los casos de fallecimiento de uno de los otorgantes, cabe prohibir la revocación por parte del supérstite, si eso comporta para él un provecho económico, tal como prevén el derecho navarro, vasco y gallego¹⁴⁴.

Otro de los peligros se vincula a la condición subjetiva de los otorgantes. Los derechos aragonés y navarro permiten testar mancomunadamente a dos personas entre quienes no haya parentesco ni relación de afinidad¹⁴⁵. Pero lo habitual es que esto de testar ‘el uno para el otro’ sea cosa de cónyuges o parejas estables, en cuyo caso se han de prever medidas para los supuestos de ruptura. No parece razonable que cuando todo se ha ido al traste, se sigan manteniendo las atribuciones patrimoniales ordenadas en testamento mancomunado. En vida, siempre resulta posible acudir al Notario a revocar, notificándolo debidamente. Pero si a alguno le sorprende la muerte, cabría seguir la solución del derecho aragonés y navarro, que contempla la ineficacia en los supuestos de nulidad, separación o divorcio o en aquellos otros en los que la muerte arriba durante la sustanciación del procedimiento matrimonial¹⁴⁶.

8. *Los pactos sucesorios.* – Más que una restricción a la libertad dispositiva del causante (como son las legítimas), los pactos sucesorios encarnan, no sin ciertas limitaciones, una restricción a la libertad de revocar al ser en esencia un negocio jurídico bilateral de disposición *mortis causa* del patrimonio propio en favor de la contraparte o de un tercero, si bien su eficacia, dado su carácter sucesorio, queda diferida al momento de la muerte del disponente.

En nuestro Código Civil se entienden vedados por la prohibición de todo contrato que tenga por objeto la herencia futura, tal como contempla el art.

¹⁴² Artículo 175 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco y Ley 201 del Fuero Nuevo de Navarra

¹⁴³ Art. 421.4 del Código del Derecho Foral de Aragón, aunque la falta de notificación por parte del Notario no afectará a la eficacia de la revocación, sin perjuicio de la responsabilidad que el Notario pudiera contraer. Tampoco afecta a la validez de la revocación la falta de notificación al otro cónyuge, conforme al art. 192.2 de la Ley del Derecho Civil de Galicia.

¹⁴⁴ Ley 202 del Fuero Nuevo de Navarra; art. 177 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco; y art. 191.2 de la Ley del Derecho Civil de Galicia.

¹⁴⁵ Ley 199 del Fuero Nuevo de Navarra y art. 417.1 del Código del Derecho Foral de Aragón. Vid. J.A. MARTÍNEZ BLÁZQUEZ, *El testamento mancomunado* cit. 505 ss.

¹⁴⁶ Ley 201 del Fuero Nuevo de Navarra; art. 174.1 y 2 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco; y art. 438 del Código del Derecho Foral de Aragón.

1271 párrafo 2º del Código Civil¹⁴⁷, con excepción en dicho precepto de las operaciones particionales *inter vivos* o *mortis causa* y otras dispersas por el Código Civil¹⁴⁸, mientras que están admitidos en todas las regiones forales¹⁴⁹. Viendo donde se encuentra la prohibición en el Código Civil puede pensarse que su fundamento se halla en la consideración de la herencia futura como *res extra commercium* por no estar completamente determinados los bienes y demás elementos patrimoniales transmisibles que la componen¹⁵⁰. Esta indeterminación puede prolongarse también después de la muerte del causante, sobre todo cuando forman parte de la herencia ciertas expectativas adquisitivas, que pueden condicionar la aceptación o repudiación, por lo que

¹⁴⁷ También se infiere la prohibición de la sucesión contractual del hecho de no venir ésta mencionada en los modos de deferirse la herencia del art. 658 del Código Civil; en la nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura que contempla el art. 806; y la prohibición de aceptar o repudiar una herencia sin estar cierto el llamado de la muerte del causante en el art. 991. Vid. J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *Notas sobre la sucesión contractual en el derecho español*, en *Anuario de Derecho Civil* 17.2, 1964, 369 s.; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil* cit. 24 ss.; y J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios*, Barcelona-J.M. Bosch Editor 2002, 38 ss.

¹⁴⁸ El art. 1341 del Código Civil permite que antes del matrimonio y en capitulaciones, los futuros esposos puedan donarse bienes futuros sólo para el caso de muerte del disponente. Los arts. 826 y 827 se refieren también a la posibilidad de plasmar en capitulaciones la promesa de mejorar o la misma mejora con entrega de bienes, siendo irrevocable en tales casos. El art. 831 permite atribuir en testamento al cónyuge o conviviente estable la facultad de mejorar a favor de los hijos o descendientes comunes, pero el carácter de previsión testamentaria y su estrecha vinculación con la distribución de la herencia del finado la hace entrar dentro de la excepción del art. 1271 párrafo segundo del Código Civil. Vid. J. CASTILLEJO y DUARTE, *La forma contractual en el derecho de sucesiones* cit. 71 ss.; E. GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual*, Madrid 1902, 128 ss.; R. MARTÍNEZ RIOBOÓ, *La sucesión contractual*, Granada 1909, 36 ss.; J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Los contratos sucesorios*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 1031 s.; y J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios* cit. 21 ss.

¹⁴⁹ En este aspecto, nuestro Código civil no se ha alejado de la tradición del derecho castellano. Las Partidas, junto a una prohibición de carácter general, contempla algunas excepciones. Y, de forma mucho más determinante, se hacen eco de los pactos sucesorios las Leyes de Toro, que, con antecedentes visigodos, introduce la mejora y la facultad de convenir *mortis causa* sobre ella. Vid. al respecto, J. CASTILLEJO y DUARTE, *La forma contractual en el derecho de sucesiones* cit. 69 ss.; E. GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual* cit. 125 ss.; R. MARTÍNEZ RIOBOÓ, *La sucesión contractual* cit. 33 s.; C. MARTÍN RETORTILLO, *Breves consideraciones sobre la sucesión contractual*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 143, 1923, 223 ss.; J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Legítimas colectivas y mejoras*, en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I cit. 710 ss.; M. L. NÚÑEZ PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza-Librería Pons 1992, 184 ss.; y L. A. GIL NOGUERAS, *La sucesión paccionada*, en J.L. MERINO HERNÁNDEZ (Coord.), *Manual de derecho sucesorio aragonés*, Zaragoza-Sonilibros D.L. 2006, 182.

¹⁵⁰ Vid. E. GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual* cit. 92 ss.

no creo que la indeterminación respecto de su contenido sea suficiente razón para mantener la prohibición de la sucesión contractual. Esa indeterminación es siempre un riesgo cuando la sucesión se defiere por testamento o sin él, si bien especialmente para los llamados a título de heredero, aunque el *spatium deliberandi* y el beneficio de inventario son instrumentos que bien pueden servir para mitigar tales temores¹⁵¹.

Tampoco puede fundarse la prohibición en razones morales en el sentido de que el contrato sucesorio alentaría al beneficiario a desear la muerte del disponente¹⁵². Hay que pensar que no siempre el beneficiario es parte del contrato sucesorio y este reproche también debería predicarse de otros negocios jurídicos como la renta vitalicia, la hipoteca inversa, la constitución del usufructo o el seguro de vida. Incluso la incertidumbre del llamamiento testamentario, dado el carácter esencialmente revocable del testamento, bien podría estimular al que se sabe instituido a cometer una locura, que, en cambio, no es previsible en un pacto sucesorio de institución, cuyo carácter esencialmente irrevocable da tranquilidad al llamado, que sólo habrá de tener paciencia y especialmente en aquellos casos en los que se haya pactado la adquisición diferida de bienes y derechos a la muerte del otorgante.

La objeción más acusada es la incompatibilidad entre la esencial revocabilidad de los actos de disposición *mortis causa* y la irrevocabilidad unilateral del contrato sucesorio. En realidad, no es que los actos de disposición *mortis causa* sean esencialmente revocables, sino que esa esencial revocabilidad depende del testamento, que es negocio jurídico unilateral. Cuando el negocio es bilateral, surge la obligación y no cabe apartarse de él unilateralmente sino por las causas establecidas en el contrato o en la Ley. El peligro de la irrevocabilidad del pacto sucesorio no puede obviarse¹⁵³, pero se ha de subrayar que no es la única posibilidad que el ordenamiento ofrece para ordenar la sucesión, de modo que quien desee formas de mayor facilidad revocatoria, las tiene a su disposición, también en los derechos forales, donde es generalizada la admisión de la sucesión contractual. En este punto la intervención notarial puede ser capital para asesorar debidamente sobre las consecuencias y efectos del negocio dispositivo que se está llevando a cabo. Y

¹⁵¹ Art. 1010 del Código Civil.

¹⁵² J. CASTILLEJO y DUARTE, *La forma contractual en el derecho de sucesiones* cit. 147; E. GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual* cit. 96 ss.; R. MARTÍNEZ RIOBOÓ, *La sucesión contractual* cit. 39 ss.; C. MARTÍN RETORTILLO, *Breves consideraciones* cit. 222; y J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios* cit. 17.

¹⁵³ J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios* cit. 17 s.

no podemos dejar de lado el valor inmanente de la libertad civil, del que son elevada manifestación los pactos sucesorios, del mismo modo que lo son los contratos celebrados entre vivos. Si alguno desea ordenar la sucesión de su patrimonio por la vía contractual, bienvenida sea y queden siempre a salvo las expectativas de los legitimarios, allá donde éstas vengan contempladas, en la forma y cuantía que cada ordenamiento se haya servido darse. El pacto sucesorio puede servir para cohesionar vínculos familiares, por ejemplo, al objeto de dar continuidad a una empresa o explotación familiar, estimulando la formación de los hijos para mejor llevar el negocio en el futuro, sabedores del destino de la misma para después de la muerte del padre¹⁵⁴. Por lo demás, para ser precisos, más que de irrevocabilidad unilateral ha de hablarse de dificultad revocatoria, también presente en otros actos o negocios jurídicos *inter vivos*. Hablo de dificultad revocatoria, porque la imposibilidad de revocar no es absoluta, lo que no es más que una manifestación de las prevenciones que el ordenamiento jurídico ha incorporado frente a los riesgos de contemplar una irrevocabilidad absoluta¹⁵⁵. Puede revocarse el pacto sucesorio por concurrir en el favorecido conductas lindantes en la ingratitud o por cualesquiera otras previstas en el contrato sucesorio, con respeto a los límites de la autonomía privada del art. 1255 del Código Civil¹⁵⁶. En cambio, cuando el contrato sucesorio lo es a título oneroso, en la medida en que el disponente obtiene un beneficio, habrán de ser limitados los supuestos de revocación unilateral.

En los territorios forales están generalizados y pueden ser tanto de

¹⁵⁴ Así se expresaba en relación con el entorno socioeconómico de las familias altoaragonesas J. SAPENA TOMÁS, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, en *Revista de Derecho Privado* 38, 1954, 734 s.: “la tierra es pobre y por ello el minifundio se traduce necesariamente en abandono y emigración (...) por esta razón el padre labrador no reparte las fincas entre los hijos, sino que designa un único heredero para mantener la cohesión del patrimonio y asegurar la continuación de la casa (...) Bien pudiera hacerse la designación del nuevo heredero por cualquier título. Pero éste y su esposa, que ya para la casa laboran y luchan, precisan garantías de que sus trabajos y sacrificios han de encontrar recompensa (...) No han de quedar los derechos prometidos al heredero al arbitrio de la voluntad testamentaria. Su seguridad requiere el pacto con la consecuencia de una irrevocabilidad más o menos plena. Pacto que, además, confiere seguridad en la continuación de la titularidad patrimonial y, por ende, de la vida de la casa. El heredero único y el contrato sucesorio, son, pues, exigidos imperiosamente por la pobreza del medio: así, en la mayor parte del Alto Aragón por pacto se regula la herencia y se atribuye a uno de los hijos”. E idénticas consideraciones para defender a ultranza la libertad dispositiva *inter vivos* o *mortis causa* como elemento que posibilita la continuidad de la familia y la unión del patrimonio familiar hace R. AIZPÚN TUERO, *El pacto sucesorio en el Derecho Civil navarro*, en *Anuario de Derecho Aragonés* 2, 1945, 159 ss.

¹⁵⁵ Ya lo ponía de relieve C. MARTÍN RETORTILLO, *Breves consideraciones* cit. 235.

¹⁵⁶ J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios* cit. 24.

institución a título universal o a título particular (como el pacto de labrar y poseer del derecho gallego respecto a una explotación agrícola o industrial¹⁵⁷), con entrega de bienes de presente o de futuro; como también pueden ser de renuncia a los derechos legitimarios¹⁵⁸ (con especialidades en Mallorca, Ibiza y Formentera¹⁵⁹), o incluso de regulación de los detalles de la partición¹⁶⁰.

Por referirme a las regulaciones más modernas, el Código Civil de Cataluña no sólo admite los antiguos heredamientos, que atribuían la cualidad de heredero, sino también otros actos de disposición a título particular equivalentes a los legados¹⁶¹. Pueden otorgarse, no sólo en capitulaciones matrimoniales y con el cónyuge o sus parientes, sino también con el conviviente estable o con los parientes del disponente dentro de cierto grado de

¹⁵⁷ Arts. 219 a 223 de la Ley del Derecho Civil de Galicia, que persigue su adjudicación íntegra e indivisible a uno de sus descendientes (el llamado ‘petrucio’) para hacer posible así en su persona la continuidad de la explotación de carácter familiar, que, se infiere de la regulación, ya acomete con el adjudicante a la luz del art. 222, que prevé como causa de ineficacia del pacto de labrar y poseer el que el mejorado abandonara totalmente y sin justa causa en vida del adjudicante la explotación de los bienes objeto de disposición. Vid. sobre las vicisitudes históricas del pacto de labrar y poseer D. BELLO JANEIRO, *Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Madrid-Editorial Reus 2008, 14.

¹⁵⁸ El pacto de apartación de los arts. 224 a 227 de la Ley del Derecho Civil de Galicia, que supone para el apartado la exclusión irrevocable de la sucesión forzosa del apartante o, incluso, de la intestada, a cambio de bienes o derechos.

¹⁵⁹ El art. 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares se refiere al pacto de ‘definición’ (aplicable en Mallorca), por el que el descendiente legitimario y emancipado renuncia a todos sus derechos sucesorios o sólo a la legítima en contemplación a alguna donación, atribución o compensación ya recibida o por recibir; y el art. 77 se refiere al ‘finiquito’ de legítima (aplicable en Ibiza y Formentera) como un pacto por el cual el descendiente legitimario mayor de edad renuncia a ella a cambio de una donación, atribución o compensación hecha por el ascendiente de cuya sucesión se trate o por su heredero contractual. Vid. F. LLODRÀ GRIMALT, M.P. FERRER VANRELL, *La legítima y la definitio en las Islas Baleares*, en M. C. GETE-ALONSO y CALERA, (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones* cit. 2117 s.

¹⁶⁰ Además de las referencias concretas que seguidamente haremos al derecho catalán y aragonés, ofrece una regulación completa el Fuero Nuevo de Navarra (Leyes 172 a 183) y la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco (arts. 74 a 83 para el Fuero Civil de Vizcaya y los arts. 179 a 188 para el Fuero Civil de Guipúzcoa). Más ampliamente respecto al derecho foral vasco L. IMAZ ZUBIAUR, *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, Barcelona-Marcial Pons 2006.

¹⁶¹ Art. 431-5.1 del Código Civil de Cataluña: “en pacto sucesorio, puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en testamento. Los otorgantes pueden hacer heredamientos y atribuciones particulares, incluso de usufructo universal, y sujetar las disposiciones, tanto si se hacen a favor de ellos como de terceros, a condiciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones. También pueden designarse albaceas, administradores y contadores partidores”.

consanguinidad o afinidad¹⁶². Cabe además su revocación por las causas contempladas en el pacto y definir las mismas es sin duda un campo abierto para el asesoramiento notarial. También puede revocarse el contrato sucesorio por incumplimiento de las cargas impuestas por el disponente¹⁶³, lo que viene a acentuar el carácter bilateral del negocio, tales como atender al cuidado del disponente o de las personas designadas por él en el pacto sucesorio¹⁶⁴.

En Aragón es patente el alejamiento de la disciplina sucesoria del régimen del Código Civil, pues el Código del Derecho Foral de Aragón¹⁶⁵ configura en su art. 317 la sucesión contractual como preferente a la testamentaria y la intestada, pudiendo hacerse efectiva en capitulaciones u otro instrumento público, dando amplio margen desde el punto de vista de su contenido a la libertad civil¹⁶⁶. Es frecuente el pacto ‘al más viviente’, que es una institución recíproca de ambos esposos por contrato, semejante al testamento

¹⁶² Art. 431-2 del Código Civil de Cataluña: “puede otorgarse pactos sucesorios solo con las siguientes personas: a) El cónyuge o futuro cónyuge. b) La persona con quien convive en pareja estable. c) Los parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad. d) Los parientes por consanguinidad en línea directa o en línea colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente”.

¹⁶³ Art. 431-14 del Código Civil de Cataluña: “los otorgantes de un pacto sucesorio pueden revocar unilateralmente el pacto o, si procede, las disposiciones que contiene: a) Por las causas pactadas expresamente. b) Por incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido. c) Por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad que fue determinante del pacto o de alguna de sus disposiciones. d) Por el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento”.

¹⁶⁴ Art. 431-6.1 del Código Civil de Cataluña: “en pacto sucesorio, pueden imponerse cargas a los favorecidos, que deben figurar en el mismo expresamente. Si procede, también debe hacerse constar, si tiene carácter determinante, la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto”; y art. 431-6.2: “las cargas pueden consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros, y la finalidad, también entre otras, en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional”.

¹⁶⁵ Para un examen de la sucesión contractual en Aragón con anterioridad a la promulgación del Texto Refundido conocido como Código del Derecho Foral de Aragón, vid. A. CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión contractual aragonesa (comentarios)*, Zaragoza-Libros Pórtico 1978, 13 ss.; ID., *El contrato de nombramiento de heredero en Aragón*, en *Anuario de Derecho Civil* 31.4, 1978, 729 ss.; ID., *Aspectos básicos de la sucesión contractual aragonesa*, en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Zaragoza-Mira Editores 1987, 200 ss.; y L.A. GIL NOGUERAS, *La sucesión paccionada* cit. 182 ss.

¹⁶⁶ Art. 381.1 del Código del Derecho Foral de Aragón: “los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan”.

mancomunado¹⁶⁷. También el contrato sucesorio puede hacerse ‘de presente’, esto es, con transmisión actual de bienes; o ‘para después de los días del instituyente’¹⁶⁸, siendo revocable unilateralmente por causas semejantes a las que contempla el derecho catalán¹⁶⁹.

Pese a la prohibición, como hemos visto no sin excepciones, de la sucesión contractual en territorios de derecho común, es una realidad que hoy día se planifica la sucesión anticipadamente, entre otras cosas por lo tarde que se desencadena el fenómeno sucesorio¹⁷⁰. La vía habitual es la donación, que en nuestro Derecho se hace eficaz por la aceptación del donatario¹⁷¹ y por la observancia de ciertas formalidades en función de la naturaleza de la cosa

¹⁶⁷ Art. 395.1 del Código del Derecho Foral de Aragón: “en la recíproca institución de heredero, o pacto al más viviente, el sobreviviente hereda los bienes del premuerto, siempre que éste no tenga descendientes, o todos ellos fallezcan antes de llegar a la edad para poder testar”. Vid. en relación con la regulación anterior A. CRISTÓBAL MONTES, *El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho Civil especial de Aragón*, en *Anuario de Derecho Civil* 33.2, 1980, 389 ss.

¹⁶⁸ Art. 386 del Código del Derecho Foral de Aragón.

¹⁶⁹ Art. 401.1 del Código del Derecho Foral de Aragón: “el disponente solo puede revocar unilateralmente su disposición paccionada: a) Por las causas expresamente pactadas. b) Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si esta hubiera sido pactada. c) Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación”.

¹⁷⁰ Pueden acogerse las consideraciones en pro de la reforma del Código Civil para la admisión generalizada en él de la sucesión contractual hechas por R. SÁNCHEZ ARISTI, *Propuesta para una reforma del Código Civil* cit. 477 ss., donde sintetiza muchas de las ideas presentes en su monografía *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, Granada 2003. No son nuevas estas invocaciones doctrinales. Ya se expresaba en esos términos y hacía mención de la posición de la doctrina al respecto J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *Notas sobre la sucesión contractual* cit. 371 s.

¹⁷¹ Ciertamente es que el art. 609 del Código Civil lo concibe en su párrafo segundo como un modo de adquirir la propiedad y de constituir derechos reales, pero esto es sólo el efecto adquisitivo o constitutivo que se produce si el donatario acepta la liberalidad, que es presupuesto *ex ante* a la vista del art. 618: “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. En consecuencia, una vez aceptada, la donación nace a la vida del derecho (art. 629) y, conocida por el donante la aceptación, se hace para él irrevocable (art. 623). Vid. a propósito de esta interpretación como modo de superar la antinomia entre los arts. 623 y 629 del Código Civil E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil*, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, 2, cit. 1086 s. Sobre el *status quaestionis* que ha generado la interpretación de esta aparente contradicción, vid. C.J. MALUQUER DE MOTES i BERNET, *Donación y revocación*, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García I* cit. 2959 ss.

donada. Estas donaciones son siempre computables¹⁷² y, además, cuando han sido hechas en favor de legitimarios, pueden ser en ciertos casos colacionables¹⁷³, reduciendo en tal caso la legítima estricta del favorecido. En caso de dispensa de la obligación de colacionar¹⁷⁴, se entenderá que valen como mejora¹⁷⁵.

En la práctica, el planteamiento no es muy distinto al de la sucesión contractual en la medida en que son muy limitadas las causas de revocación de las donaciones, algunas de ellas coincidentes con las que facultan para la revocación unilateral del pacto sucesorio allá donde es admitido, con las que determinan la incapacidad para suceder por causa de indignidad y con las que pueden servir para fundar la justa desheredación de un legitimario¹⁷⁶, como la ingratitud, la supervivencia o superveniencia de hijos y que la donación pudo haber sido aceptada bajo ciertos presupuestos, por ejemplo, la asunción de ciertas cargas o la dispensa de la obligación de colacionar.

9. *La posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada.* – El Código Civil lo coloca en tercer lugar tras los descendientes y ascendientes y por delante de los colaterales, conquista que tuvo lugar tras la reforma del Código Civil

¹⁷² El art. 634 del Código Civil señala que “la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”. No podrá, en cambio, comprender los bienes futuros (art. 635) y la donación será tenida por inoficiosa si lesiona las legítimas (art. 636), procediéndose a su reducción (arts. 654, 820 y 821). Obviamente, para proceder a su reducción o anulación, previamente habrán de computarse, como dispone el art. 1035: “el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición”.

¹⁷³ Vid. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Concreción del contenido de las legítimas*, en *Limitaciones de derecho sucesorio* cit. 857 ss.

¹⁷⁴ Art. 1036 del Código Civil: “la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o, si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa”.

¹⁷⁵ Art. 819 del Código Civil: “las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad”.

¹⁷⁶ Se habla en el art. 648 del Código Civil de revocación por causa de ingratitud “si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante”, “si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad” y “si le niega indebidamente los alimentos”.

operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo¹⁷⁷. La reciente reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, excluye de tal llamamiento al cónyuge separado judicialmente o de hecho¹⁷⁸, a quien, en tal caso, también se le priva de sus derechos legitimarios por mor de la nueva redacción del art. 834 del Código Civil¹⁷⁹.

También en el derecho foral se repite un esquema semejante. Sólo el catalán antepone el cónyuge viudo a los progenitores y le atribuye, en concurrencia con los descendientes, el usufructo universal, conmutable por un cuarto de la herencia y el usufructo sobre la vivienda habitual, si ésta pertenecía al causante¹⁸⁰. Tal usufructo es vitalicio, aunque contraiga nuevo matrimonio o mantenga análoga relación de afectividad con un tercero, salvo que estuviese separado judicialmente o de hecho a la muerte del causante¹⁸¹.

Pero, como hemos resaltado, las concepciones vigentes imponen situar al cónyuge por delante de los ascendientes. Como hemos visto, el derecho austríaco, alemán e italiano lo califican de heredero legal en una cuota variable atribuida en pleno dominio. El derecho sueco incluso es más revolucionario,

¹⁷⁷ Art. 944 del Código Civil: “en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente”. Vid. M. CARCABA FERNÁNDEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo* cit. 57 ss.; M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La reforma de la sucesión intestada* cit. 425 ss.; y M. NÚÑEZ NÚÑEZ, *La sucesión intestada de los parientes colaterales* cit. 125 ss.

¹⁷⁸ Art. 945 del Código Civil: “no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho”. Vid. M. NÚÑEZ NÚÑEZ, *La sucesión intestada de los parientes colaterales* cit. 127 ss.

¹⁷⁹ Art. 834 del Código Civil: “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”.

¹⁸⁰ Art. 442-3.1 del Código Civil de Cataluña: “el cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de estos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el artículo 442-5”; el art. 442-3.2: “si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. En este caso, los padres del causante conservan el derecho a legítima”; y art. 442-5.1: “el cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente puede optar por conmutar el usufructo universal por la atribución de una cuarta parte alícuota de la herencia y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar”.

¹⁸¹ Art. 442-6.1: “el cónyuge viudo no tiene derecho a suceder ab intestato al causante si en el momento de la apertura de la sucesión estaba separado del mismo judicialmente o de hecho o si estaba pendiente una demanda de nulidad de matrimonio, de divorcio o de separación, salvo que los cónyuges se hubiesen reconciliado”; y art. 442-6.2: “el conviviente en pareja estable superviviente no tiene derecho a suceder ab intestato al causante si estaba separado de hecho del causante en el momento de la muerte de este”.

situando al cónyuge por delante de los descendientes¹⁸². El derecho francés da al viudo un derecho de opción (un cuarto en propiedad o el usufructo universal en concurrencia con descendientes comunes, pues si concurre con descendientes no comunes, no hay opción y se le da el cuarto en propiedad)¹⁸³.

Pese a los limitados derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada y legitimaria, hay una tendencia a cambiar este estado de cosas¹⁸⁴. Creo que puede plantearse hoy día una anteposición a los ascendientes, sin perjuicio de alguna cuota legitimaria que habría de quedar limitada exclusivamente a los progenitores. También quizá pueda plantearse, como es la tónica en los sistemas jurídicos europeos, una cuota en pleno dominio en concurrencia con los descendientes, quizá un tercio, quedando para los descendientes los otros dos tercios de que ya gozan en el sistema legitimario del Código Civil. O si se estima demasiado revolucionario, un usufructo universal conmutable, en su caso, en los términos del derecho francés, lo que comportaría una rebaja de la cuota que habría de recibir en propiedad.

Más dudoso es que pueda contemplarse un llamamiento intestado o legitimario a favor del conviviente estable, máxime tras la reforma del Código civil que ha permitido el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, desapareciendo así el obstáculo para el llamamiento intestado, que lo es a quien es cónyuge. Por ello, creo que no puede presumirse en quien ni se casó ni testó una declaración de voluntad atributiva a favor de su pareja. De otra opinión es, sin embargo, el Código civil de Cataluña, que le atribuye idénticos derechos sucesorios, sin distinción entre relaciones homosexuales y heterosexuales, salvo separación de hecho¹⁸⁵. Para el derecho catalán, lo relevante no es el carácter institucional del vínculo, sino la existencia de una

¹⁸² Art. 3:1 Ärvdabalk (1958:637): "if the deceased was married, the estate shall go to the surviving spouse".

¹⁸³ Art. 757 del Code civil: "si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux".

¹⁸⁴ Piénsese en la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), que establece en su art. 16 un derecho de subrogación en la condición de arrendatario a favor del cónyuge que al tiempo del fallecimiento viviera con él o a favor de la pareja estable que hubiera convivido con el arrendatario al menos los dos años anteriores a su muerte. Asimismo el cónyuge es el primer llamado a recibir ciertas indemnizaciones cuando muere su consorte no separado por sentencia firme, tal como establece el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros (Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre) en su art. 22, aunque habrá de compartir la indemnización por mitad si concurre con descendientes del fallecido.

¹⁸⁵ Arts. 442-3.2 y 442-6.1 del Código Civil de Cataluña, anteriormente reproducidos.

comunidad de vida estable fundada en lazos de afectividad, todo ello sin perjuicio de la legítima de los ascendientes¹⁸⁶.

¹⁸⁶ El Preámbulo del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña señala a este respecto: “las principales innovaciones que presenta el libro cuarto afectan a la sucesión intestada en las relaciones de pareja. Por una parte, se reconocen derechos sucesorios al conviviente en unión estable de pareja en plano de igualdad con el cónyuge viudo, siempre y cuando la convivencia haya perdurado hasta el momento de la muerte del otro miembro de la pareja y con independencia de que se trate de una pareja heterosexual u homosexual. Se pone fin, pues, al sistema asimétrico de reconocimiento de derechos sucesorios en las uniones estables de pareja, que los otorgaba solo a las uniones homosexuales. La apertura del matrimonio a las parejas homosexuales vacía de sentido el trato diferencial de las relaciones de pareja en función de la orientación sexual de los convivientes; por ello, se elimina la dualidad de regímenes. Pero el libro cuarto, como se ha dicho antes, va más lejos y, con carácter general, asimila los derechos sucesorios de los convivientes a los de los cónyuges, entendiéndose que, a efectos de la sucesión por causa de muerte, lo que es relevante es la existencia de una comunidad de vida estable y los lazos de afecto entre quienes conviven como pareja, y no el carácter institucional del vínculo que los une”.

