



CEU

*Universidad
San Pablo*

Facultad de Derecho

Fundamento para mantener la legítima hereditaria

M^a Begoña Fernández González

Catedrática de Derecho Civil
Universidad CEU San Pablo

Festividad de San Raimundo de Peñafort
20 de febrero de 2025



CEU | *Ediciones*

Fundamento para mantener la legítima hereditaria

M^a Begoña Fernández González
Catedrática de Derecho Civil
Universidad CEU San Pablo

Festividad de San Raimundo de Peñafort
20 de febrero de 2025

**Facultad de Derecho
Universidad CEU San Pablo**

Fundamento para mantener la legítima hereditaria

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© M^a Begoña Fernández González, 2025

© de la edición, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2025

CEU *Ediciones*

Julián Romea 18, 28003 Madrid

www.ceuediciones.es

Maquetación: Andrea Nieto Alonso(CEU *Ediciones*)

Depósito legal: M-4978-2025

Índice

1. Origen y evolución de la legítima en Roma	6
2. La legítima en el derecho histórico español	8
3. Etapa codificadora.....	10
4. Revisión del sistema legitimario en el derecho foral: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, País Vasco y Navarra	12
5. Régimen sucesorio en el derecho comparado: Comparativa entre Inglaterra y España; sistema sucesorio en EEUU; la legítima en Italia; la <i>réserve</i> en Francia	18
6. Fundamento de la legítima hereditaria	23
6.1. Planteamiento.....	23
6.2. Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil	27
6.3. Legítima de los descendientes.....	28
6.4. Legítima de los ascendientes.....	29
6.5. Legítima del cónyuge viudo.....	30
Bibliografía.....	33

Una de las propuestas de reforma del sistema sucesorio español es la relativa a las legítimas. Son muchas las voces que se alzan a favor de la necesidad de reformar una institución que, con cambios menores, ha perdurado a lo largo de la historia pese a las importantes transformaciones sociales, económicas y familiares experimentadas por nuestro país desde el momento de la redacción del Código Civil.

Nuestra doctrina oscila entre quienes defienden la absoluta libertad de testar hasta quienes proponen reformas puntuales, como la introducción de nuevas causas de desheredación, la ampliación o reducción de sujetos legitimarios, la reducción de las cuotas legitimarias o modificaciones en la computación de las donaciones. Pero ambas posturas (libertad de testar y reformas puntuales) exigen comenzar por determinar si realmente existe un fundamento sólido que justifique su vigencia. Es decir, si la legítima no se adecúa ya al fin con el que se diseñó, podría resultar oportuno prescindir de ella, a no ser que con los debidos ajustes siga revelándose como un instrumento útil de protección de la familia.

Este debate no es nuevo, más bien cíclico, y los civilistas ya estamos acostumbrados a revivirlo de vez en cuando, porque el legislador no acaba de dar el paso de abordar la urgente y necesaria reforma del sistema.

No ha sido así por parte de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, que, sin embargo, sí han desarrollado esta revisión y cuentan con una regulación mucho más ajustada a la realidad social y al modelo familiar actual.

Pero antes de entrar en el fondo del asunto, conviene hacer una breve referencia al origen y evolución de la legítima para considerar si la solución que se adoptó en un momento histórico concreto puede resultar inadecuada y desconectada con los cambios producidos en la sociedad, más de 130 años después de la promulgación del Código Civil.

1. Origen y evolución de la legítima en Roma

En su primera etapa y durante muchos siglos, el derecho romano se caracterizó por una absoluta libertad de testar, tal y como se recogía en la Ley de las XII Tablas. Pero en la práctica, los herederos por derecho propio podían ejercer la querrela *inofficiosi testamenti*, siempre que no hubieran sido mencionados en el testamento o bien hubieran sido desheredados injustamente.

De este modo, esta limitación a la libertad de testar que no recogía la ley acabó aplicándose por la jurisprudencia, al entender que el testador había incumplido un deber moral.

A partir de la mitad del siglo I d. C. y por influencia de la denominada *Ley Falcidia*, la práctica judicial acabaría estableciendo un límite mínimo necesario para no infringir el deber moral (*officium pietatis*).

Esta ley establecía lo siguiente: «Cualquier ciudadano romano que hiciera testamento tenga derecho y potestad para dar y legar a cualquier ciudadano romano, por derecho público, cuanto dinero quiera, con tal que el legado se dé de modo que los herederos no perciban por este testamento menos de la cuarta parte de la herencia»¹.

La cuarta Falcidia fue un mecanismo para salvaguardar la voluntad del testador, manifestada en testamento, y asegurar al heredero instituido una cuota mínima en la herencia (una cuarta parte) para poder hacer frente a las deudas, y al mismo tiempo, obtener un cierto beneficio, evitando así que renunciara a la herencia.

De cualquier modo, hasta el siglo VI d. C. las «legítimas formales» resultaron bastante restringidas en el ámbito del D. Romano.

Posteriormente, fue el emperador Justiniano quien impulsó el régimen legitimario y creó esta institución, que se prolongó más de doce siglos y llegó a la etapa de la codificación².

Justiniano exigió que el «legitimario» descendiente o ascendiente fuera instituido a título de heredero, aún en una porción simbólica. También estableció, por disposición

¹ D.35.2.1

² Vid. Praefatio de la Novela XVIII de JUSTINIANO: «*Deum vero Semper considerantes, et quatenus ei placiti videamur et aliquid bonorum dignum in nobis agamus, nitimur aliquid advenire semper et naturae consequens, et quod possit priora corrigere*». En las Novelas se menciona la debita *portio* (Novela CXII, Cap. III) para aludir a la legítima *portio*, cimentada en los vínculos familiares de sangre, y cuya transgresión propiciaba que los testamentos fueran declarados *inofficiosi*.

legal, la obligación de dejar a los legitimarios una cuota hereditaria de la que no podían ser privados sino cuando concurriera alguna de las justas causas de desheredación previstas expresamente en la Novela CXV.

De este modo, Justiniano fundió la legítima formal, que sólo exigía la mención de los *sui heredes* en el testamento, con la legítima material, que les reservaba una cuota mínima de bienes. Si el legitimario fuera instituido heredero, pero en una cuota insuficiente que no alcanzase la porción establecida por la ley, tenía derecho a ejercitar la acción de suplemento de la legítima (*actio ad supplendam legítima*) para completar la cuota debida (*portio debita*).

Por otra parte, en el caso de que el legitimario fuere desheredado o preterido sin expresar justa causa, podía pedir la rescisión del testamento a través de la querella *inofficiosi testamenti*, con la novedad de que sólo podía quedar invalidada la institución de heredero, pero quedaban subsistentes el resto de las cláusulas y disposiciones.

En lo que se refiere a la cuantía que el testador debía reservar a determinados parientes, la Novela XVIII instauró una legítima variable según el número de hijos. Si concurrían menos de cuatro, un tercio, y si eran más de cuatro, les correspondía la mitad del haber hereditario.

Si hubiera ascendientes, en defecto de descendientes, su cuota era de una tercera parte del caudal relicto³.

Por todo lo dicho hasta el momento, es en el período justiniano cuando nace el auténtico antecedente de nuestra legítima (si bien también podría defenderse que la primera legítima «material» surge por influencia de la Ley Falcidia, cuando los tribunales establecieron la cuarta parte de la herencia como criterio para aceptar o rechazar la querella *inofficiosi testamenti*).

Además, a partir de las Novelas XVIII y CXV de Justiniano, quedan tipificadas por ley, expresamente, las causas de desheredación por las que el testador puede privar a sus legitimarios de su *portio debita*. Estas causas constituyen también el precedente de las que hoy manejamos, y del mismo modo que ahora, también dejan indefenso al testador, que no puede hacer nada ante comportamientos de los legitimarios que no están recogidos en las causas de desheredación, como pueden ser la falta de relación

³ JUSTINIANO, Novela XVII, capítulo I y prefacio.
CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). Derecho civil español común y foral. Tomo VI. Vol II. Ed. Reus. Madrid, pp. 493 a 499.

familiar, falta de afectividad o desafección permanente, actitudes todas de mucha importancia, como luego veremos⁴.

En lo que respecta a la legítima del cónyuge viudo, esta aparece únicamente en la época de Justiniano, y a modo de sustituto de un deber de alimentos. Tenía un fundamento claramente asistencial y con la particularidad de que se establece sólo a favor de la viuda pobre y sin dote, que se encuentra en estado de necesidad y precisa de un medio de subsistencia.

2. Legítima en el derecho histórico español

El punto de partida del sistema sucesorio español, en particular del derecho de Castilla, es la coexistencia, durante la dominación visigoda, de los sistemas romano y germánico. El régimen sucesorio que adoptaron los visigodos tuvo una clara influencia romana. En esta época la propiedad era colectiva y no había poder de disposición sobre el patrimonio familiar.

Concretamente en España, la invasión de los visigodos introdujo un nuevo sistema jurídico en el que convivieron las dos legislaciones (romana y germana). De esta forma, las leyes romanas quedaron recogidas en el *Breviario* de Alarico (año 506), mientras que los visigodos compilaron su derecho propio, sobre todo, en el Código de Eurico, (año 408) muy influenciado por el derecho romano.

La unificación legislativa llegaría dos siglos después con el *Liber Iudiciorum* de Recensvinto en el año 654.

⁴ JUSTINIANO, Novela CXV, Capítulo III. En resumen, las causas de desheredación de los descendientes son: 1. «Hubiere puesto las manos en sus ascendientes»; 2. «Si les hubiere inferido injuria grave y deshonorosa»; 3. Si los hubiere acusado en causas criminales»; 4. Si como malhechos viviere con malhechores»; 5. «Hubiere intentado atentar contra la vida de los ascendientes»; 6. «Si el hijo hubiere tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina de su padre»; 7. «Con su delación hubiere hecho que sus ascendientes soportan graves quebrantos»; 8. Estando preso algún ascendiente no hubieran querido ampararlo con su fianza; 9. «Haberles prohibido a sus ascendientes hacer testamento»; 10. «Contra la voluntad de sus ascendientes el hijo se hubiere asociado con atletas o mímicos»; 11. «Si alguno de los ascendientes quisiere darle marido a su hija o nieta y dar por ella la dote, ella no le hubiere dado consentimiento»; 12. «Si alguno de los ascendientes fuere furioso y sus descendientes no le hubieren prestado auxilio y cuidado que corresponde»; 13. «Si alguno de los ascendientes está retenido en cautiverio y sus descendientes no se hubieren apresurado a rescatarlo»; 14. «Si alguno de los ascendientes, siendo ortodoxo, viere que su hijo o descendientes no son de la fe católica».

En este marco, ocupa un lugar trascendental la *Lex dum illicita* de Chindasvinto (años 643 y 644)⁵. Esta ley obligó al testador a reservar cuatro quintos del haber hereditario a favor de los descendientes e introdujo una institución novedosa de nuestro ordenamiento jurídico: la mejora de un décimo, que posteriormente fue elevada a un tercio. La razón de ser de esta figura se hallaba en el interés y la necesidad de mantener indiviso el patrimonio inmobiliario familiar.

Es por tanto en el derecho visigodo donde hallamos el origen de la institución de la mejora, que fue recogida tanto en el Fuero Real como en las Leyes de Toro y que ha llegado a nuestros días, tras superar la etapa codificadora.

Por su parte, el Código de las Siete Partidas acogió la idea de legítima de los descendientes como deber natural o moral, distinguiendo la cuantía según el número de hijos (cuatro o menos, un tercio, y cinco o más, la mitad del caudal).

No obstante, la principal novedad de este cuerpo legal fue la introducción, por primera vez, de la legítima de los ascendientes (en defecto de hijos o descendientes), que tenían derecho a percibir una tercera parte de la herencia.

En relación con el cónyuge, las Partidas no lo consideraban heredero forzoso, pero sí le otorgaban la cuarta Falcidia romana para asegurar medios de subsistencia a la viuda pobre o sin medios⁶.

Las Leyes de Toro de 1505 establecieron cambios que afectaban sobre todo a la cuantía de la legítima. Se mantuvo como herederos forzosos a los descendientes y, a falta de estos, los ascendientes, pero se amplió su cuantía de un tercio (que estableció las Partidas) a dos tercios.

Hasta el momento, el fundamento de esta institución durante la Edad Media era más una obligación para el testador de reservar la mayor parte del patrimonio familiar a los descendientes por un derecho basado en un principio familiar que en un deber moral.

⁵ CASTÁNTOBEÑAS, J: *Op. Cit. Derecho civil...* P. 500. «Sabemos de fijo que la ley *Dum Illicita* de Chindasvinto aparece como reacción contra los abusos de una anterior libertad de testar».

⁶ La Ley VII, Título XIII, Partida Sexta, resucitó la cuarta romana para asegurar medios de subsistencia a la viuda pobre, aunque a diferencia de la Novela LII no extendió esta facultad al marido y, en contra de la Novela CXVII, le otorgó este derecho en propiedad y no en usufructo, existieran o no hijos.

En opinión de MANRESA. J. M^a. (1911), *Comentarios al Código civil español*. T. VI. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, p. 480 y ss. «La parquedad de la regulación en materia de sucesiones a favor del cónyuge viudo podía deberse a la idea de que el supérstite quedaba suficientemente protegido con el sistema dotal junto al régimen de gananciales que había sido aceptado en España, y cuyo primer esbozo se encuentra en la Ley XVI, Título II, Libro IV del Fuero Juzgo».

3. La legítima en la etapa codificadora

Llegando ya a la etapa codificadora, en el proyecto de Código Civil de 1851, la legítima se concibe como una regla de derecho natural, de nuevo como deber moral de los padres frente a sus hijos, para asegurarles la subsistencia y también el nivel de vida que tenían. De modo recíproco, los hijos tenían este deber, por respeto filial, de asistir a sus padres en caso de necesidad.

Esta concepción debe entenderse en el contexto histórico-social de una época marcada por una economía agraria en la que los hijos dependían de la herencia para salir adelante y también, en todo caso, por la influencia del Código Civil francés, que utilizó la legítima para lograr la igualdad de los descendientes en un intento de acabar con los privilegios de la nobleza.

Finalmente, el Código Civil español de 1889 regula una legítima de los descendientes basada en un deber de afección de los padres, para transmitir los medios que les permitan desarrollarse y que se concentraba en dos tercios de la herencia. Pudiendo destinar uno de los dos tercios, para mejorar, premiar o castigar (según se mire) y en general, equilibrar desigualdades entre los hijos.

Por lo que respecta a la legítima de los ascendientes, el fundamento reside en un deber recíproco de asistencia entre padres e hijos, o incluso se califica como deuda contraída de los hijos por los sacrificios realizados por sus padres y su contribución a la formación del patrimonio.

En relación con el cónyuge viudo, se le reconoce como legitimario en una cuota usufructuaria. Este hecho se basa en el papel que tenía la mujer en la familia y en el convencimiento de que contaba con suficientes medios de subsistencia por la dote que poseía.

Aunque en un principio se pensó en extender a todo el derecho común el derecho de viudedad de Aragón o Navarra, finalmente no se hace por miedo a disminuir la legítima de los descendientes y porque se pensaba que esta situación implicaba asegurar una posición más cómoda al viudo/a.

Esta regulación es la que ha llegado a nuestros días, con algunas matizaciones puntuales en lo que se refiere a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima.

Hoy la ley considera que la legítima de los hijos es de dos tercios (legítima larga), siendo uno de ellos de mejora y otro de legítima estricta. Si no hay descendientes, los padres y ascendientes reciben la mitad del haber hereditario y el cónyuge, siempre como usufructuario, recibe una cuota variable, según con qué herederos forzosos concurra: un tercio con hijos y la mitad del caudal si es con ascendientes. El resto de la herencia, descontando esta legítima, es la parte de libre disposición, libertad para testar, que tiene el causante. Se puede decir que este régimen legitimario vigente hoy, en el siglo XXI, es el resultado de una evolución desde el siglo VII.

La polémica en aquel momento resultó de la coexistencia en España de un sistema legitimario muy restrictivo de la libertad de testar (derecho de Castilla) con el de amplia libertad de testar de los territorios forales y la conveniencia de unificar la legislación.

Alonso Martínez, máximo defensor de la legítima y de la protección a la familia, exponía como razones de peso:

- *Igualdad entre los legitimarios.* Decía este autor que «la naturaleza ha hecho esencialmente iguales a los hermanos, y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos». En realidad, no se pretende repartir por partes iguales el patrimonio, sino asegurar un límite mínimo como responsabilidad exigible al padre frente a sus hijos⁷.
- *Creencia de que un sistema de libertad de testar puede dar lugar a abusos e injusticias.* «No es bueno ni justo un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia, y es origen de envidias entre hermanos, a la vez que fomenta los pleitos».

El fundamento de la legítima para la doctrina de esta época es considerar que se trata de una institución de derecho natural, ya que deriva de un vínculo familiar que impone al padre una serie de obligaciones. Frente a esta idea, merece la pena recordar por su claridad la opinión de Montesquieu: «El derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos», lo que supone que no se debe confundir derecho de alimentos con legítima hereditaria.

⁷ ALONSO MARTINEZ, M. (1884). *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Tomo I. Madrid, p. 142 y ss. Es muy claro cuando señala «hay quien cree que el padre paga la deuda que ha contraído con la naturaleza y la sociedad con solo alimentar a los menores e incapaces, dejando a los demás abandonados a su destino. ¿qué culpa tienen ellos de haber nacido?, *quién les dio la existencia física, está obligado a darles la intelectual, moral y social, siendo acá en la tierra su Providencia*». En el momento que escribe estas palabras se está refiriendo a la obligación de alimentos, pero es perfectamente aplicable su postura a la institución de la legítima.

4. Revisión del sistema legitimario en el derecho foral

Tras la entrada en vigor de la Constitución Española se produce una revisión y actualización de las compilaciones de aquellas comunidades que tienen derecho civil propio.

En líneas generales, se ha conseguido que, hoy en día, en los denominados territorios forales, la sucesión forzosa cuente con una regulación mucho más flexible y acorde con la realidad social y económica actual.

Para conseguir esta puesta al día del régimen de la legítima se ha optado en ocasiones por disminuir la extensión de la cuota reservada, modificar el círculo de parientes llamados excluyendo o limitando el llamamiento supletorio de los ascendientes, o bien por la solución más radical de optar por la libertad de testar.

La elección de una u otra opción ha sido afrontada con distinta intensidad en cada uno de los casos, atendiendo a las características tradicionales de sus respectivos sistemas sucesorios.

Aragón

Rige un sistema de legítima colectiva; la regulación no ha experimentado grandes cambios en este sentido. Desde el apéndice al Código Civil de 7 de diciembre de 1.925⁸, la ley considera parientes llamados a la legítima de forma exclusiva a los descendientes del causante y no se incluye en el círculo de legitimarios ni a los ascendientes ni al cónyuge viudo⁹, criterio que se mantiene inalterado en los sucesivos cuerpos legales.

La regulación actual se encuentra recogida en el Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Dicho cuerpo legal mantiene el sistema de legítima colectiva que rige tradicionalmente en Aragón y que permite al causante, dentro del círculo de parientes llamados, una libertad de disposición total.

⁸ Este Apéndice deroga los Fueros y Observancias del Reino de Aragón y establece el sistema legitimario en favor de los descendientes. RIVAS MARTÍNEZ, J. (2004). *Derecho de sucesiones, común y foral*. Dykinson, 3ª edición, Madrid. Tomo II, vol. 1, p. 633 y ss.

⁹ Sin embargo, al cónyuge se le reconoce el derecho de viudedad con independencia de su régimen económico matrimonial. GARCÍA GOLDAR, M. (2020). *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*. Andavira edit; Santiago de Compostela, p. 67.

La cuantía es del 50% del haber hereditario y se puede atribuir a uno solo de los descendientes, apartando a los demás sin expresar el motivo, o bien distribuirla entre todos como el testador tenga por conveniente.

La legislación aragonesa no considera legitimario al cónyuge viudo, pero, tiene un derecho todavía más fuerte, de carácter familiar: el usufructo de viudedad. Se considera un derecho que nace con el matrimonio y supone una expectativa que se mantiene durante su vigencia y que se hace efectivo a la muerte. Es un usufructo que recae sobre todos los bienes y opera como una restricción para los legitimarios descendientes porque les obliga a soportar ese gravamen sobre su legítima.

Baleares

La regulación de la sucesión forzosa en Baleares se encuentra contenida en el 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, modificada posteriormente por la ley 7/2017, 3 agosto.

El distinto régimen jurídico aplicable a cada una de las islas determina la existencia de dos sistemas de sucesión forzosa diferentes basados en distintas concepciones de la naturaleza jurídica de la legítima (*pars bonorum* en Mallorca y Menorca; *pars valoris bonorum* en Ibiza y Formentera)¹⁰.

Existen además otras diferencias, como el carácter de legitimario del viudo en Mallorca y Menorca, que no se reconoce en Ibiza y Formentera¹¹. La cuantía de la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario en concurrencia con descendientes, dos tercios si concurre con los padres del causante y, en el resto de los casos, tendrá derecho a usufructo universal.

Ambos sistemas presentan no obstante algunos rasgos comunes, así, por ejemplo, la cuantía variable de la legítima de los descendientes en función del número de herederos forzosos concurrentes, un tercio si son cuatro o menos y el 50% si son más de cuatro, por lo tanto, coincide con la cuota que formuló Justiniano en su Novela XVIII.

¹⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. (2004). *Op. Cit. Derecho de sucesiones...* Dykinson, 3ª edición, Madrid. Tomo II, vol. I, p. 644 y ss.

¹¹ GARCÍA GOLDAR, M. *Op. Cit. Las legítimas en...* p. 64.

En el caso de llamamiento para los padres del testador, su legítima representa un cuarto de la herencia en Mallorca y Menorca, mientras que en Ibiza y Formentera la ley se remite a la normativa del Código Civil. (art. 809)

Cataluña

La regulación actual de la legítima está recogida en la Ley 10/2008 de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña. Son legitimarios los descendientes y a falta de ellos, los padres del causante, excluyendo al resto de ascendientes y su cuantía es la misma: una cuarta parte de la herencia.

El cónyuge viudo, igual que en Aragón, no es legitimario, pero tiene otros derechos como el usufructo universal, aunque podrá cambiarlo por una cuarta parte de la herencia y el usufructo de la vivienda habitual¹².

Aunque estos derechos no tienen carácter de legítima, limitan y restringen claramente la facultad de disponer del testador, porque la filosofía de la ley de 2008 es que las necesidades del viudo se calculen siguiendo criterios análogos a los utilizados para la concesión de una pensión compensatoria, ya que se debe evitar que su situación como viudo fuera peor que la que hubiera tenido en caso de divorcio.

Dos novedades importantes en la normativa de esta Comunidad. Una, la modificación de la regulación de la desheredación incorporando la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario como justa causa para la privación de la legítima siempre que la misma sea por una causa exclusivamente imputable al legitimario¹³; y otra, la restricción de las donaciones computables para el cálculo de la legítima a las realizadas en los diez años anteriores al fallecimiento del causante.

¹² Es el llamado «Derecho al año de viudedad», regulado en el artículo 231 CCcat y modificado por la disposición final 2.14 de la ley 3/2017: «1. Durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente no separado legalmente o de hecho que no sea *usufructuario universal* del patrimonio del premuerto tiene derecho a continuar *usando la vivienda conyugal* y a ser alimentado a cargo de este patrimonio, de acuerdo con el nivel de vida que habían mantenido los cónyuges y con la importancia del patrimonio. Este derecho es independiente de los demás que le correspondan en virtud de la defunción del premuerto. 2. El cónyuge superviviente pierde los derechos a los que se refiere el apartado 1 si, durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de su cónyuge, vuelve a casarse o pasa a vivir maritalmente con otra persona, así como si abandona o descuida gravemente a los hijos comunes en potestad parental En ningún caso está obligado a devolver el importe de los alimentos percibidos».

¹³ ORDÁS ALONSO, M. (2021). *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*. Wolters Kluwert, Madrid, p. 373. Estos motivos, como indica el propio preámbulo de la ley «deben percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad social contemporánea».

Al contrario que en el Derecho común, la introducción de esta nueva causa de desheredación ha supuesto una clara intención de flexibilizar la legítima y sobre todo, el reconocimiento de la solidaridad familiar como fundamento jurídico de esta institución, ya que cada vez es más frecuente el comportamiento del legitimario que no mantiene vínculos afectivos o relación familiar alguna con el causante por causa imputable a él mismo, y así puede sancionarle privándole de su participación en la herencia.

Galicia

La Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006 regula el régimen sucesorio gallego de modo autónomo y sin remisión al Código civil. Se basa también en una más amplia libertad de testar. Sólo son legitimarios los hijos y descendientes en una cuantía de un cuarto del caudal (menos que el Derecho común, por tanto), no existe la parte de mejora, por lo que el resto de los otros tres cuartos son de libre disposición.

El viudo es legitimario y recibe el usufructo vitalicio de la cuarta parte si concurre con descendientes o bien el cincuenta por ciento, si lo hace con otros herederos.

Otra de las novedades es la exclusión de la línea ascendente. Con esta medida se ha querido interpretar la preferencia del cónyuge supérstite en defecto de descendencia. En la actualidad, predomina la familia nuclear frente a la extensa y las relaciones familiares están basadas en el afecto y la convivencia, por lo que parece más lógico que sea el cónyuge el que reciba una parte del caudal relicto, aunque sea en usufructo y no en propiedad. El resultado es una legítima de corta cuantía, que continúa con la tendencia a dar flexibilidad al sistema.

País Vasco

En el País Vasco, la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco ha supuesto importantes novedades en el ámbito de la sucesión forzosa. En primer lugar, se ha unificado el régimen legal aplicable a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, por lo que el régimen de sucesión forzosa del Código Civil deja de aplicarse en aquellos territorios donde venía haciéndolo (Guipúzcoa, Álava, con la excepción del Fuero de Ayala, y zona no aforada de Vizcaya).

Como consecuencia de lo anterior resulta en la actualidad aplicable, con la excepción del Fuero de Ayala, un único régimen basado en el derecho de Vizcaya, a la sucesión de las personas que cuenten con la vecindad civil vasca y sin perjuicio de las especialidades propias de la vecindad local de cada territorio histórico (sucesión del caserío en Guipúzcoa y la troncalidad en Vizcaya Llodio y Aramaio).

La ley reduce además el círculo de parientes llamados a los descendientes, excluyendo a los ascendientes del causante y reduce además la cuantía de la cuota reservada, que pasa a ser de un tercio¹⁴.

Respecto al cónyuge, tiene el carácter de legitimario en usufructo y en cuantía variable: el cincuenta por ciento, si concurre con descendientes y dos tercios en otro caso. Además, con independencia de esta cuota, tiene derecho de habitación sobre la vivienda conyugal, siempre que se mantenga viudo/a.

El causante podrá disponer el usufructo universal a favor del supérstite sin restricción alguna, es decir, los legitimarios estarán obligados a respetarlo. Con esta norma se pretende conseguir un fortalecimiento de la posición del viudo frente al resto de herederos.

Al igual que ocurre en caso de Aragón, la legítima vasca es de carácter colectivo de forma que el testador podrá disponer libremente de la cuota reservada entre los descendientes pudiendo apartar, de forma expresa o tácita y sin que ello implique desheredación, a los legitimarios no favorecidos, que conservarán no obstante su condición de tal y podrán en su caso ejercitar las acciones que corresponda para la protección de la legítima colectiva¹⁵.

A pesar de la armonización que supone la ley vasca de 2015, en el caso de Guipúzcoa, se proporciona una definición del caserío vasco y de su peculiar modo de transmisión, como bien troncal, en favor de los parientes que pertenecen a ese tronco o línea familiar¹⁶.

Y respecto al Fuero de Ayala se mantiene la libertad de testar por el arraigo que esta opción tiene en este territorio. Así se recoge en el artículo 89.1, que establece que «los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho».

¹⁴ Se reconoce igualmente el carácter de legitimario al cónyuge viudo o pareja de hecho siempre que no estuviese separado judicialmente, por acuerdo fehaciente o conviva maritalmente o ligado por relación análoga con otra persona.

¹⁵ GALICIA AIZPURÚA, G. (2015). «La sucesión forzosa: planteamiento general» en *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI*; Parlamento Vasco, Bilbao, pp. 388-421.

¹⁶ Definición de caserío en el art. 97 de la ley vasca 5/2015: «El caserío es una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes. Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación de pertenecidos al caserío».

Navarra

La ley 21/2019 de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo, mantiene inalterado el régimen sucesorio en su configuración tradicional.

La libertad de testar en esta comunidad autónoma se mantiene incluso con la fórmula un tanto obsoleta y anacrónica, pero que no deja lugar a dudas. La ley 267 establece: «La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles, 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 de un heredero». Por razones sentimentales o como símbolo de identidad, se mantiene esta idea de la legítima formal navarra, que en la práctica equivale a «nada».

En relación con el cónyuge, tiene derecho al usufructo de viudedad, lo que sin duda constituye una limitación de la libertad de testar. Además, también se regula un derecho de alimentos para procurar la protección de los hijos y descendientes con necesidades básicas, que podrán reclamar a los sucesores voluntarios¹⁷.

En definitiva, la legítima navarra es una institución meramente simbólica que obliga al causante a instituir a sus descendientes en una cuota formularia. No obstante, no se puede afirmar que haya una absoluta libertad de testar, ya que existen restricciones familiares, en favor del cónyuge (usufructo de fidelidad) o en favor de los descendientes necesitados (obligación de alimentos *post mortem*).

¹⁷ La Ley 272 redactada por la Ley 21/2019 de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo, dispone:

«Alimentos a los hijos y descendientes del causante.

Renunciado o extinguido el usufructo de viudedad o no habiéndose este pactado para la pareja estable del causante, o resultando tal derecho insuficiente para cumplir con la obligación a que se refiere el apartado 3 de la ley 259, los alimentos que los hijos o descendientes de aquel tendrían derecho a exigirle por tal concepto y situación, al hacerse efectiva su sucesión, podrán ser reclamados por ellos, a falta de otros obligados legales preferentes, a sus sucesores voluntarios a título universal o particular, en los límites de la atribución patrimonial recibida y con cargo a la misma.

La cuantía de los alimentos debidos se fijará en función de las necesidades del alimentista y del valor de los bienes recibidos del causante por los sucesores obligados, debiendo también tomarse en consideración los bienes que de forma efectiva hubiera adquirido en la sucesión el propio alimentista».

5. Régimen sucesorio en el derecho comparado

El estudio del fundamento de la legítima no estaría completo si no se hiciera referencia a las legislaciones más cercanas a nuestro Derecho. Por un lado, conviene señalar lo regulado en los sistemas anglosajones, paradigma de la libertad de testar.

Por otra parte, en lo que se refiere a los países que siguen un derecho continental, citamos a Italia y Francia como ordenamientos que tradicionalmente se han estudiado como Derecho comparado al sistema español.

Comparativa entre el régimen sucesorio de Inglaterra y España

A diferencia de otras tradiciones jurídicas europeas, el Derecho inglés no regula un sistema legitimario, es decir, no obliga al causante a reservar una cuota de su patrimonio a determinados parientes, sólo por este hecho. Como consecuencia, se ha consolidado la libertad de testar como elemento característico del derecho de sucesiones en Inglaterra.

Sin embargo, esta apreciación debe ser matizada, porque existen ciertas restricciones a la libertad de disposición.

La más importante es la llamada *Family Provision*, implantada en 1938, reformada en el año 1975, y que recuerda en cierto modo a una pensión de alimentos. En virtud de esta disposición se permite al cónyuge viudo o a cualquiera de sus hijos solicitar al juez parte del patrimonio del difunto, si este no había hecho en su testamento una «provisión adecuada» para que el reclamante viera satisfechas sus necesidades básicas. Además, también tienen legitimación para pedir este derecho el excónyuge o personas dependientes.

La diferencia con la legítima española es que esta supone una cuantía fijada por ley, variable en función de los legitimarios, mientras que la cuantía de la provisión la decide siempre un juez, teniendo en cuenta múltiples factores, lo que genera una cierta inseguridad jurídica.

El fundamento de la provisión es la protección a los familiares más cercanos ante el olvido del difunto en su testamento. No debe perderse de vista que la provisión inglesa

supone una restricción a la voluntad del testador, incluso puede sustituirla, cuando el juez llega a la conclusión de que no se ha realizado una provisión razonable¹⁸.

Es evidente la elevada inseguridad jurídica que lleva aparejado este sistema y no creemos que pudiera trasladarse a nuestra tradición jurídica con resultados satisfactorios.

Sistema sucesorio en EE.UU.

En EE.UU. también se sigue un sistema de libertad de testar, hasta el punto de que el testador puede disponer de su patrimonio en favor de un extraño sin tener en cuenta a sus familiares más cercanos. También se contempla la posibilidad de someter la herencia al cumplimiento de una condición impuesta por el testador, por ejemplo, contraer matrimonio o profesar cierta religión.

Por tanto, el sistema legal constituye el ejemplo más amplio de libertad; sólo en algún estado como Luisiana se contempla la posibilidad de proteger a algunos descendientes, concretamente a los hijos menores de 23 años y aquellos afectados por una discapacidad física o psíquica.

Ahora bien, en realidad, hay algunos límites para proteger al cónyuge viudo y los hijos.

En primer lugar, se observa que la mayor parte de los ciudadanos estadounidenses fallecen intestados y, como consecuencia de ello, la masa hereditaria se divide de forma igualitaria entre los familiares más próximos del difunto. Son varios los estudios que demuestran que del 41% al 68% de los americanos mueren sin hacer testamento.

En segundo lugar, atendiendo a la práctica judicial, en EEUU la mayor parte de los testamentos que contienen disposiciones que prescinden de los familiares en favor de terceros o extraños, o incluso los que contienen repartos desiguales, son impugnados y su validez se deja a la discreción del tribunal correspondiente.

Teorías como la de la influencia indebida o problemas de retrasos cognitivos, que debería servir para proteger la libertad, acaban siendo medios para atacarla, con

¹⁸ En relación con la idea que liga la provisión inglesa a la legítima, Vaquer Aloy, entiende que la *family provision* responde a un deber moral del testador, por lo que el comportamiento del beneficiario en cuestión deviene irrelevante. «Derecho a la legítima e intereses subyacentes» en VAQUER ALOY, A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P y BOSCH CAPDEVILA, E. (Coords.), (2018). *La libertad de testar y sus límites*. Marcial Pons, Madrid, p. 73.

pronunciamientos basados en meros juicios morales. Parece que, al final, los tribunales estadounidenses tienden a garantizar una «legítima» de forma indirecta¹⁹.

En realidad, los tribunales parecen sentir cierta incomodidad en los casos que el testador quiere dejar todo su patrimonio a un extraño, sin reservar nada a sus hijos. En estos casos, si el testamento se declarase nulo alegando influencia indebida, no se respetará la voluntad del testador y se procederá a aplicar las normas de la sucesión intestada, precisamente lo que el testador quería evitar al otorgar el testamento, ya que la consecuencia es que se procederá a una distribución igualitaria de la herencia entre los descendientes y el cónyuge viudo.

Hechas estas consideraciones, creemos que es factible afirmar que la aparente libertad de testar en el Derecho sucesorio norteamericano realmente no es tal.

Legítima en Italia

Por influencia del código civil francés napoleónico, el código civil italiano de 1942 consagra un régimen sucesorio de tradición cercana al español, por cuanto regula una legítima como restricción de la autonomía de la voluntad del testador, a la vez que intenta conciliar la protección de los parientes más cercanos del causante con la libertad de testar.

Hoy se está abogando por una reforma que haga valer la autonomía privada con el fin de adaptar el ordenamiento jurídico italiano a la nueva realidad social.

A diferencia del Código Civil español, la cuantía es variable en función del tipo de legitimarios que concurren y del número de hijos o descendientes, pero desde luego es en cantidad excesiva y constriñe la autonomía de la voluntad.

El cónyuge viudo goza de una posición reforzada respecto del resto de legitimarios, incluidos los descendientes, desde la reforma del derecho de familia italiano en 1975. Por un lado, su cuota de legítima es en propiedad, variable según con qué legitimarios concorra y además tiene un legado del derecho de habitación y uso sobre la vivienda familiar, así como de los bienes muebles de uso ordinario de la familia.

¹⁹ Se considera que hay *undue influence* cuando la voluntad del difunto es sustituida por la voluntad de la persona que ejerce la influencia sobre él. VAQUER ALOY, A. (2015). «La protección del testador vulnerable», *Anuario de derecho civil*, Tomo 68, núm. 2, p. 156.

A diferencia de la legítima española, que consiste en una cuota en usufructo, el cónyuge viudo en Italia tiene mayor libertad y poder de disposición. Esta aparente mejora en los derechos sucesorios del viudo se produce a costa de una disminución de la parte correspondiente a la libertad de testar. En efecto, el legado del derecho de habitación y uso sobre la vivienda habitual se imputará a la parte de libre disposición, pudiendo agotar su valor, con lo que la autonomía de la voluntad del causante podría verse «suprimida», lo que no se corresponde en absoluto con las tendencias actuales.

Aunque el fundamento de la legítima italiana se ha defendido sobre la solidaridad familiar, esta no debería prevalecer sobre la libertad del causante, teniendo en cuenta, además, que la legislación italiana no regula ni prevé la desheredación de los descendientes.

Esta situación ha llevado a cierto sector doctrinal a replantearse el régimen sucesorio italiano, sin llegar a suprimir la legítima, pero sí reducir y limitar su cuantía, eliminar el legado del cónyuge del derecho de habitación o al menos computarlo como parte de su cuota y, desde luego, hay una tendencia a incluir la desheredación por incumplimiento de los deberes de solidaridad con el causante²⁰.

La *réserve* en Francia

En Francia, el Código Civil no ha sufrido reformas relevantes en esta materia desde su publicación en 1804. Sin embargo, con la ley núm. 2006-728 de 23 de junio de 2006 sí se observa una tendencia a la flexibilización de la «legítima» con la intención de adaptarla a la realidad social vigente.

Lo cierto es que el sistema francés, igual que el italiano y el español, se caracteriza por restringir la libre disposición del causante, regulando lo que denomina *réserve* a favor de determinados parientes.

²⁰ BONILINI, G. (2009). *La successione legítima. Trattadi di diritto delle succeessioni e donazioni*, Vol. 3. Milán, p. 17. Considera este autor que la posible y futura reforma del Derecho de sucesiones italiano estaría en la línea de mantener la legítima, aunque revisándola en profundidad, atendiendo a su fundamento y reduciendo su cuantía.

En el mismo sentido se pronuncia BARBA, V. «La sucesión de los legitimarios en Italia. Principios, problemas y propuestas» en BARBA, V. y PÉREZ GALLARDO, L.B., (directores), (2021). *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Buenos Aires, p. 109. Este autor considera que el camino a seguir en una futura reforma del derecho de sucesiones italiano es la solución adoptada por el Tribunal Supremo español en relación con la desheredación por maltrato, ya que, si el fundamento de la legítima es la solidaridad familiar, el testador debería poder desheredar al legitimario que con su comportamiento haya infringido este deber.

El fundamento, en palabras de Malaurie, es triple²¹:

- Primero, el deber familiar del causante con sus parientes más cercanos.
- Segundo, la conservación de los bienes en la propia familia.
- Y, por último, lograr la igualdad de los descendientes, sobre todo si son menores de edad.

En la actualidad, Grimaldi alega como argumento principal de la reserva francesa el principio de solidaridad familiar con un cierto carácter asistencial. Se intenta proteger la libertad individual del heredero frente a un posible abuso del causante, así como la salvaguarda de la igualdad entre los herederos²².

Los cambios más significativos que ha introducido la ley francesa en 2006 se resumen en tres puntos:

- No son reservatarios los ascendientes (la función alimentaria se cumple con la obligación de alimentos de los descendientes a sus ascendientes).
- El cónyuge tiene derecho a una cuarta parte de la herencia en propiedad, en defecto de descendientes.
- En el caso de que concurra con descendientes, el causante podrá disponer de la propiedad de la cual podría disponer a favor de un extraño, o bien de un cuarto de los bienes en propiedad y de los otros tres cuartos en usufructo, o bien de todos los bienes en usufructo.
- Además, el viudo/a tiene derecho al disfrute gratuito de la vivienda familiar y su mobiliario durante un año desde el fallecimiento. Este derecho se considera derivado del propio matrimonio y no de la sucesión.
- Los descendientes, por su parte, reciben la reserva variable en función del número que sean, la mitad si hay un solo hijo; dos tercios si hay dos hijos; y tres cuartos si hay tres o más hijos.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, según el Código Civil francés, el testador no puede privar a los reservatarios de la *réserve* salvo por causas de indignidad tasadas,

²¹ MALAURIE, P. (2018). *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, p. 417.

²² GRIMALDI, M. (2017). *Droit des successions*. LexisNexis, Paris, p. 232. Aunque la reserva hereditaria pueda fomentar la ingratitud de los hijos, el autor cree necesario proteger al heredero de un autoritarismo o arbitrariedad de su causante, al mismo tiempo que entiende que debe contenerse la potencial ingratitud del heredero dentro de unos *límites razonables* que proporcionen al causante un derecho a premiar o castigar al heredero que sea significativo.

ya que la desheredación no existe en el derecho francés. Por tanto, en realidad los legitimarios tienen un derecho automático a la herencia, basado en un vínculo de parentesco, que no perderán con independencia de su comportamiento con el causante.

6. Fundamento de la legítima

6.1. Planteamiento

Hasta aquí, a la vista de lo expuesto, la alusión a un deber moral del causante de no perjudicar a los más allegados en favor de extraños ha sido una constante a lo largo del tiempo, incluso en los países en los que rige la libertad de testar.

Parece que hay un sentimiento social muy arraigado que tiende a considerar a ciertos parientes con mejor derecho para recibir los bienes del causante, lo que supone que el parentesco funciona como título para recibir una cuota patrimonial de la herencia.

No obstante, podría entenderse igualmente que existe un principio de auto responsabilidad del sujeto que ha contraído matrimonio y ha formado una familia de ocuparse de sus descendientes, ascendientes y cónyuge viudo. Esto obliga a preguntarse:

1. ¿Puede el mero vínculo de parentesco ser argumento sólido para recibir bienes del causante?
2. ¿Existen en la actualidad otros motivos para justificar la existencia de la legítima?
3. La postura a favor de la libertad de testar, ¿podría llevar a un efecto contrario y perjudicial del que se pretende conseguir?

Con el fin de dar respuesta a estos interrogantes, vamos a realizar un análisis de la postura que tienen los notarios y de la opinión que mantienen los ciudadanos sobre este tema. Todo ello con la finalidad de respaldar la institución de la legítima y decidir si conviene mantenerla o modificarla y, en función de ello, ofrecer una propuesta de reforma.

Por otra parte, debe afirmarse que no puede hablarse de un fundamento de la legítima de un modo genérico, sino que será diferente según la clase de legitimarios, pero pienso que hay un denominador común, y es la *affectio* familiar, si bien es susceptible de diversa interpretación según quienes sean los legitimarios.

Decía Lacruz que «desde los primeros tiempos hasta nuestros días la familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una *natural*, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así el género humano; otra *económica*, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, *moral y espiritual*, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos y el cuidado y educación de la prole»²³.

De estas tres finalidades, natural, económica y espiritual, si algo caracteriza a la familia tras la profunda transformación experimentada por la misma desde finales del siglo XIX (transición del modelo de familia como núcleo reproductivo y responsable de las funciones productivas y económicas, hacia el de realización personal y libre desarrollo de la personalidad), es su finalidad *espiritual*, es decir, la existencia de una unión de personas vinculadas por lazos afectivos, que se apoyan unas a otras sin renunciar al desarrollo de su individualidad.

Son varios los autores españoles y extranjeros que han evidenciado el papel prevalente que ha pasado a desempeñar el elemento afectivo en las relaciones familiares²⁴. El reconocimiento social y jurídico de nuevos modelos familiares es la prueba palpable de que la *affectio familiaris*, respaldada a falta de parentesco por el requisito de la convivencia, es el común denominador de los diferentes tipos de familia²⁵.

Sin duda, las nuevas estructuras sociales imponen adaptaciones en la forma de ejercer la solidaridad afectiva que se presupone entre los miembros de la familia. El envejecimiento de la población, la movilidad geográfica, los emparejamientos múltiples y

²³ LACRUZ BERDEJO, (1979). *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, p. 213

²⁴ En este sentido: GÁLVEZ MONTÉS, «Comentario al artículo 39», en GARRIDO FALLA, (dir.), (2001). *Comentarios a la Constitución*, Aranzadi, Madrid, p. 851: «(...) si hasta hace poco la familia cumplía funciones económicas de integración social, hoy el aspecto afectivo y de cooperación se ha convertido en el eje central de la institución»; GARCÍA RUBIO, «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en ABAD TEJERINA (coord.), (2021). *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*. Sepin, Madrid, p. 288, «no creo equivocarme si digo que, más allá de esas consecuencias puramente formales ligadas a ciertos ritos o lazos de sangre, lo que de verdad caracteriza a la familia o las familias contemporáneas, sea cual sea su tipología, son las relaciones de intimidad, cuidado, e interdependencia, tanto afectiva como económica entre sus miembros. Es evidente que tal constatación difumina las líneas de campo de juego del Derecho de familia (...) pero lo hace también más equitativo y más respetuoso con los derechos fundamentales de las personas que integran los diferentes grupos familiares»; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Límites constitucionales a la libertad de testar», en VAQUER ALOY/SÁNCHEZ GONZÁLEZ/BOCH CAPDEVILLA (coords.), (2018). *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, pp. 30-31, «(...) el elemento aglutinante del fenómeno familiar, en buena medida, más allá de los vínculos de parentesco o matrimoniales, puede aparecer representado por relaciones de convivencia y asistencia; esto es, por el desempeño de funciones y fines objetiva y tradicionalmente asignados a la familia».

²⁵ BARBA, (2002). «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, 3, p. 162: «El reto del derecho de familia actual es incluir dentro del concepto jurídico de «familia» todas las formaciones sociales complejas basadas en una relación afectiva entre sus miembros originarios (...).

diversos a lo largo de la vida, la generalización de parejas donde ambos trabajan y que residen lejos de sus puestos de trabajo y, en general, la existencia de ritmos de vida acelerados que dificultan la comunicación física y el desempeño de labores asistenciales han incrementado el internamiento de mayores en residencias o los modos de velar por los hijos. Pero el papel que se atribuye a la *affectio* en la configuración de las relaciones familiares ha avivado su protagonismo como valor social y jurídico, hasta el punto de convertirse en eje de las relaciones familiares.

Sin embargo, en un reciente informe de la Fundación BBVA del año 2023 basado en un proyecto titulado *Herencias en la sociedad digital. La gestión familiar de las transferencias intergeneracionales y el patrimonio en la España del siglo XXI*, se hizo una encuesta representativa a personas mayores de 60 años y se demostró que estas generaciones se caracterizan por el apoyo informal a sus miembros. Un 51% afirma haberles prestado ayuda a sus hijos para irse de casa. El 72% ha prestado ayuda económica a sus hijos para formarse (supone el pago de dinero directo dedicado a clases de idiomas, música, otros tipos de formación extracurricular o en centros privados o concertados), incluso un 16% afirma haber ayudado a sus hijos a emprender algún negocio o hacer alguna inversión productiva. Esta presencia de ayudas informales intrafamiliares también está presente en el día a día y bajo diferentes fórmulas; el estudio desvela que un 37% ha ayudado a sus hijos en el último año a hacer frente a gastos cotidianos, tales como llenarle el carro de la compra, pagarle la luz o el agua, darle dinero para terminar el mes, y un 48% afirma haber ayudado a sus hijos en el último año con el cuidado de sus nietos por el trabajo de sus progenitores. El 58% de las personas consultadas afirman que han ayudado a sus hijos más de lo que en su momento les ayudaron a ellos sus padres.

A pesar de las tendencias al individualismo familiar presente en otros ámbitos de la familia española, en lo concerniente a las herencias existe un importante consenso: independientemente de cómo sea la relación entre padres e hijos la herencia debe ser para ellos (88%).

No obstante, comienzan a detectarse algunos indicadores de cambio. Prevalece la idea de que por el mero hecho de ser hijo una persona merece la herencia de sus padres (57%), pero aproximadamente en dos de cada cinco casos (40%) se enfatiza la idea de que deben demostrar que es así. Es decir, se comienzan a poner requisitos más allá de los de sangre para ser beneficiarios de esta herencia. Este aspecto se observa sobre todo en las generaciones con mayor nivel de estudios y menores de ochenta años.

Los resultados de este estudio señalan que sólo el 24% de los encuestados pondrían algún tipo de condición para que sus hijos fueran herederos, y que dos de cada tres casos optarían por no poner ningún requisito (67%). Entre las principales condiciones que los

españoles pondrían a sus herederos, se encuentra en primer lugar el que les cuidaran, visitaran, etc., y se comportaran como «buenos hijos» (33%), en definitiva, que los atendieran durante la vejez.

Por último, muy en la línea de lo expuesto hasta ahora, aproximadamente dos tercios de los españoles mayores de sesenta años se muestran a favor de tener que dejar una parte de su herencia a sus hijos (62,5%), frente a un tercio que le gustaría poder dejar toda su herencia a quien quisiera (31%). Esta opinión se da entre las generaciones más jóvenes, así como las que tienen mayores estudios y mayor sentimiento subjetivo de soledad.

Desde otro punto de vista, cuando se ha consultado la opinión del colectivo de notarios, los resultados son bastante distintos. Es bastante frecuente el caso del matrimonio que acude a otorgar testamento «del uno para el otro» y cuya voluntad es que la propiedad plena de sus bienes, que la mayoría de las veces se reducen a la vivienda y el mobiliario, quede íntegra para el sobreviviente sin límites ni obligación de indemnizar a los descendientes. Y se llevan una desilusión y frustración cuando se les dice que no pueden hacerlo, a pesar de que los han adquirido ambos con su trabajo y esfuerzo.

Se constata una clara insatisfacción del sector del notariado con el sistema legitimario, porque no se adapta a la realidad social actual, por lo que la opinión mayoritaria pasa por una reforma de este régimen. En relación con los descendientes, no se defiende suprimir la legítima, pero sí reducir su cuantía. En cuanto a los ascendientes, sí que hay una postura a favor de suprimirla, salvo en casos puntuales y justificados en los que se demuestre una necesidad.

Y respecto al cónyuge viudo, no parece que la solución más favorable sea concederle una legítima en propiedad, pero sin embargo, entre los notarios, si se mantiene una opinión partidaria de conceder al viudo/a un derecho de usufructo sobre la vivienda habitual, con la intención de dar respuesta a una de las demandas más frecuentes de los testadores: garantizar al cónyuge supérstite la posibilidad de continuar en su domicilio y que no se vea alterado su modo de vida en la medida de lo posible²⁶.

²⁶ VIVES VELO DE ANTELO, M^a P. (2024). «Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación». Fundación Notariado. Madrid, p. 299. Esta autora incluye en su estudio una encuesta realizada a un total de 2.716 notarios, en su mayoría con más de 30 años de ejercicio profesional y distinguiendo si ejercicio se rige por el Derecho común o por el Derecho civil foral.

Con anterioridad, ya desde el año 2006 DELGADO ECHEVERRÍA elaboró un cuestionario que distribuyó entre los miembros de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. La opinión mayoritaria era «ampliar la libertad de disposición del causante mediante la reducción de las legítimas». DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2006). «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. Resultados y análisis de la encuesta final». *Derecho de sucesiones: presente y futuro. Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Santander, pp. 145 y 146.

6.2. Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

A nivel estatal, la orden ministerial de 4 de febrero de 2019 ha encomendado a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación «el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar», con la indicación de elaborar dos informes, uno con argumentos para mantener la legítima en el Código Civil con las modificaciones oportunas y otro, sobre la posibilidad de establecer una absoluta libertad de testar.

Con carácter previo, la Asociación de Profesores de Derecho Civil desarrolló una propuesta de Código civil que planteaba una modificación prudente y moderada en materia de legítima, publicada en el año 2018²⁷. El objetivo es debilitar las legítimas y aumentar la libertad de testar del causante. La opinión mayoritaria es favorable a mantener esta institución cuando funcione como mecanismo corrector o preventivo de la posible captación de la voluntad del causante y se funde en un verdadero principio de solidaridad familiar y no sólo en el parentesco.

Concretamente, la propuesta reduce la cuantía de la legítima de los descendientes de dos tercios a la mitad del caudal relicto, pudiendo destinar un cuarto a mejora. Además, si hay un solo hijo, se reduce a un tercio.

De modo análogo, la cuantía de los ascendientes también se reduce, queda limitada a un tercio, a menos que concorra con el cónyuge, en cuyo caso recibirá un cuarto de la herencia.

En cuanto al cónyuge, se propone que su legítima sea de una cuarta parte si concurre con sus descendientes (un tercio, si sólo hay un hijo) y la mitad del haber, si concurre con ascendientes.

Una de las novedades más importantes de esta propuesta es incluir un derecho de usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge viudo, incluso gravando la legítima de los descendientes. Con esto se consigue un fortalecimiento de la posición del viudo/a frente al resto de los legitimarios del causante.

En otro orden, la propuesta descarta incluir como causa de desheredación la falta de relación familiar entre el testador y sus legitimarios. Sin embargo, en contra de este razonamiento, atendiendo al principio de solidaridad familiar que se defiende, es

²⁷ ASOCIACIÓN PROFESORES DE DERECHO CIVIL, (2018). Propuesta de Código civil, Madrid, Tecnos, (disponible en <https://www.derehocivil.net/index.php/actividades/propuesta-de-codigo-civil>).

preciso atender al comportamiento del legitimario frente a su causante, de tal forma que no tenga derecho a recibir legítima aquel que haya abandonado o desatendido al testador.

Llegados a este punto, parece que, si bien es necesario hacer una reforma del sistema legitimario con el fin de lograr una mayor libertad de testar, también es preciso mantener la institución de la legítima porque existen razones para mantenerla.

El argumento principal es el principio de solidaridad familiar, cuya interpretación varía en función de la clase de legitimarios. El contenido de este principio puede verse como una relación de ayuda mutua entre los miembros de una familia que lleva implícita la idea de reciprocidad y debe ser contemplada desde múltiples dimensiones²⁸. Por un lado, una dimensión *normativa*, lo que supone el cumplimiento de recíproco de una serie de derechos y deberes entre el causante y sus legitimarios. Otra dimensión *asociativa*, en el sentido de la existencia de una interacción familiar: celebraciones, llamadas, transmisión de cultura entre los miembros. Desde otro punto de vista, la solidaridad familiar implica una dimensión *afectiva*, la preocupación por la salud y el bienestar de todos. Y, por último, la perspectiva *económica*, la ayuda que los padres prestan a sus legitimarios, padres que colaboran en la entrada de un piso para sus hijos y viceversa, hijos que ayudan a sus padres en su vejez.

6.3. Legítima de los descendientes

En concreto, para los descendientes, proponemos una reforma que se base en los siguientes principios:

Reducción de la cuantía, variable en función del número de hijos, un tercio si hay dos o más hijos y un cuarto si hay un solo hijo.²⁹ El motivo es que la independencia económica de los hijos no depende de la herencia sino de la formación que han ido recibiendo en vida por parte de sus padres.

Esta reducción supone mayor porcentaje en la libre disposición, lo que provocará el fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo o bien la oportunidad de proteger a algún legitimario en situación de vulnerabilidad.

²⁸ VIVES VELO DE ANTELO, P. *Op. Cit.* «Razones», p. 422.

²⁹ Recordamos que la propuesta de reducción de la legítima en cuantía variable es la solución acogida en Baleares, por la Asociación de profesores de D. civil y también en Italia y Francia. La cuantía de un cuarto en el caso de un solo hijo es lo que ahora se recoge en Cataluña o Galicia.

Ampliación de las causas de desheredación. No es suficiente con alegar el parentesco, sino que debe exigirse algo más en el caso del legitimario descendiente. Es decir, si no se ha cumplido con los deberes filiales de respeto y ayuda a sus progenitores, o bien no ha habido una relación afectiva por su parte, no es lógico esperar que haya derecho a recibir una parte de la herencia.

No me estoy refiriendo sólo al maltrato de obra o psicológico, sino a la simple ausencia de relación afectiva o comunicación entre ascendientes y descendientes. En este sentido, una reciente sentencia del TS de 5 de junio de 2024 puntualiza que la mala relación familiar debe ser imputable al legitimario para que se considere causa de desheredación; si, por el contrario, el conflicto se debe a la actitud del causante, debe respetarse el derecho a la legítima³⁰. En definitiva, la indignidad que supone haberse desentendido de los hijos en vida no puede validarse con un último acto indigno de desheredarlos a la muerte.

6.4. Legítima de los ascendientes

En lo que respecta a los ascendientes, a pesar de cierta opinión doctrinal y de la regulación que hacen algunas legislaciones, partidarios de suprimir la legítima para esta clase de parientes, sin embargo, el mismo fundamento que hemos esgrimido para la legítima de descendientes, el principio de solidaridad familiar, puede ser perfectamente válido, al menos para los padres, excluyendo al resto de ascendientes.

Esta clase de legítima, siempre en defecto de hijos y descendencia, sería una compensación por la ayuda que los padres han ido dando a sus hijos a lo largo de su vida, tanto de carácter personal como económica.

³⁰ En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, el causante se había divorciado de la madre de su hija legítima, cuando ésta apenas tenía siete años. Su relación se resintió fuertemente de esta crisis matrimonial, de manera irreversible e irrecuperable, hasta el punto de que llegó a ser inexistente durante un plazo de treinta años. El Tribunal Supremo analiza las circunstancias de hecho del caso, para llegar a la conclusión que esta falta de relación no es imputable a la hija legítima y, por ello, no se puede imputar a ésta un maltrato al padre causante que permita privarle de la legítima. La desheredación es injusta y la legítima debe subsistir. Para el Tribunal «En este caso, no es la hija la que libremente rompió un vínculo afectivo o sentimental, sino que tal vínculo no ha existido desde su niñez, sin que sea reprochable a la hija, que tenía siete años cuando se produjo la separación de los progenitores, la ausencia de contacto y relación con el padre. Si tal relación no se dio a partir de la separación matrimonial realmente la que fue abandonada por el padre fue la niña, que ha desarrollado toda su vida, incluidas las etapas cruciales para la crianza y formación personal de la infancia y la adolescencia, sin contar con la presencia de un padre que cumpliera todos los deberes, incluidos los afectivos, propios de la relación paternofamiliar». En palabras del Tribunal Supremo, no se puede reprochar a la hija que no acudiera a visitar al padre en su última enfermedad, puesto que «No es la hija quien, rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento abandona al padre enfermo (quien, por otra parte, no precisaba ayuda para su cuidado), sino que es el padre quien corta toda relación de afecto y comunicación con la hija».

Sin considerarla una institución de carácter asistencial, la legítima de los padres tiene relevancia precisamente por el envejecimiento de la población y si la solidaridad familiar se interpreta como ayuda mutua entre los miembros de una familia, es lógico que cuando los padres, por su edad avanzada, precisen compañía, sus descendientes puedan cumplir y «devolver» de algún modo lo que han recibido.

A semejanza del derecho catalán se propone una cuantía de una cuarta parte de la herencia, subsidiaria de la legítima de los descendientes y compatible con la que pueda tener el cónyuge viudo.

Del mismo modo, puede aplicarse la misma causa de desheredación para los padres, y que se ha visto antes, en particular, el maltrato de obra, psicológico o bien por ausencia de relación.

6.5. Legítima del cónyuge viudo

La concesión de la legítima al cónyuge viudo supone cumplir con un criterio de justicia y equidad. En este caso, el principio de solidaridad familiar debe interpretarse como una prolongación del deber de ayuda y socorro mutuo derivado del matrimonio, y que tendría como objetivo principal asegurar al viudo la posibilidad de seguir residiendo en la vivienda habitual, algo que ahora mismo depende de la buena voluntad de los descendientes.

La propuesta de reforma en relación con la legítima del cónyuge se podría basar en dos alternativas:

Una, configurar de modo voluntario, como facultad del testador, la atribución de un usufructo universal sobre el patrimonio del causante, gravando la legítima de los descendientes, en su caso. Pero, a diferencia de la actual *cautela socini*, no se permitiría a los legitimarios elegir entre su legítima «corta» o respetar el usufructo universal, sino que este tendría carácter imperativo para ellos.

En este supuesto, el usufructo universal atendería la demanda social de conseguir una mayor protección jurídica y económica al cónyuge. Recordemos que esta es la solución acogida por Galicia, el País Vasco y Francia.

La otra alternativa sería que, por ministerio de la ley, se concediera al cónyuge viudo un derecho de usufructo vitalicio sobre la vivienda habitual. En lugar de una cuota legitimaria en usufructo o en propiedad, este derecho de usufructo sobre la vivienda le permitiría mantener su modo y nivel de vida, sobre todo cuando la vivienda es el principal activo de la herencia.

Esta propuesta se ajustaría a la realidad social actual y sería suficiente para garantizar una seguridad al supérstite a la vez que no supone un freno excesivo a la libertad de disposición del causante.

Por último, recordemos que este derecho de usufructo sobre la vivienda se ejercería como «recordatorio» para el causante, ya que en la práctica el testador podría disponer de una mayor parte de la herencia, al ser la legítima de descendientes y de los padres de corta cuantía y más flexible que la vigente, con independencia de la opción por el usufructo universal de todos sus bienes.

Para terminar con esta exposición y asumido lo dicho, se puede concluir que cuando hay una buena relación familiar, en la práctica, la legítima es irrelevante y no juega ningún papel esencial en la sucesión. En las familias felices o bien avenidas, la legítima es superflua.

Como decía Platón: «Allí donde reina el amor, sobran las leyes».

Muchas gracias.

Bibliografía

ALONSO MARTINEZ, M. (1884). «*El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*». Tomo I. Madrid.

ASOCIACIÓN PROFESORES DE DERECHO CIVIL. (2018). Propuesta de Código civil, Madrid, Tecnos (disponible en <https://www.derechocivil.net/index.php/actividades/propuesta-de-codigo-civil>).

BARBA, V. (2021). «La sucesión de los legitimarios en Italia. Principios, problemas y propuestas» en BARBA, V. y PÉREZ GALLARDO, L.B., (directores). (2021). *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Buenos Aires.

«Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», (2002), *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, 3.

BARRIO GALLARDO, A. (2007). «Estudio histórico comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón». *Aranzadi Civil*. Núm. 3, pp. 2711-2738.

«*El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*», (2012). Dykinson. Madrid.

BONILINI, G. (2009). *La successione legítima. Trattadi di diritto delle succeessioni e donazioni*, Vol. 3. Milán.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). Derecho civil español común y foral. Tomo VI. Vol. II. Ed. Reus. Madrid.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2006). «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. Resultados y análisis de la encuesta final». Derecho de sucesiones: presente y futuro. Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander.

DIAZ-ALABART, S. (2023). «Las legítimas de padres y ascendientes, una figura a revisión». *Revista de Derecho Privado*, núm. 2. Marzo-abril, pp. 117-142.

D'ORS, A. (1975). *Elementos de Derecho privado romano*. Pamplona.

GALICIA AIZPURÚA, G. (2015). «La sucesión forzosa: planteamiento general» en *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI*; Parlamento Vasco, Bilbao.

GÁLVEZ MONTÉS, (2001). «Comentario al artículo 39», en GARRIDO FALLA, (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Aranzadi, Madrid.

GARCÍA GOLDAR, M. (2020). *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*. Andavira edit; Santiago de Compostela.

GARCÍA RUBIO, (2021)«¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en ABAD TEJERINA (coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*. Sepin, Madrid.

GRIMALDI, M. (2017). *Droit des successions*. LexisNexis, Paris.

LACRUZ BERDEJO, (1979). *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2022). *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*. Madrid, Fundación Notariado. Dykinson.

MALAUURIE, P. (2018). *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ.

MANRESA. J. M^a,(1911). *Comentarios al Código civil español*. T. VI. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.

ORDÁS ALONSO, M. (2021). *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*. Wolters Kluwert, Madrid.

RIVAS MARTÍNEZ, J. (2004). *Derecho de sucesiones, común y foral*. Dykinson, 3^a edición, Madrid. Tomo II, vol. 1.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, (2018). «Límites constitucionales a la libertad de testar», en VAQUER ALOY; SÁNCHEZ GONZÁLEZ y BOCH CAPDEVILLA (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1966). «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar». *Anuario de Derecho civil*. Fasc. 1.

VAQUER ALOY, A. (2018). «Derecho a la legítima e intereses subyacentes» en VAQUER ALOY, A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. y BOSCH CAPDEVILA, E. (Coords.), *La libertad de testar y sus límites*. Marcial Pons, Madrid.

«La protección del testador vulnerable», (2015). *Anuario de Derecho civil*, Tomo 68, núm. 2.

VIVESVELO DE ANTELO, M^a P. (2024). *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*. Fundación Notariado. Madrid.

