

LEGÍTIMA Y LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

LEGITIMATE AND FREEDOM TO TEST IN SPANISH CIVIL LAW

JAVIER BADENAS BOLDÓ

Profesor asociado Departamento de Derecho Privado Universitat Jaume I

badenasj@uji.es

RESUMEN:

La libertad de testar es un concepto jurídico que está en la base del Derecho de sucesiones y que consiste en la libertad que tienen las personas para poder determinar el destino, en el momento de su muerte, del patrimonio que han formado a lo largo de su existencia. Dicha libertad queda consagrada por la Constitución Española, en su artículo 33 garantiza el derecho a la herencia y a la propiedad privada. Sin embargo, como ha señalado el Tribunal Supremo de forma reiterada en sus sentencias, aunque el principio de libertad de testar inspira nuestra legislación, no es una libertad absoluta, ya que debe someterse a las limitaciones establecidas por la ley, y encuentra un límite fundamental, que es la existencia de un sistema de legítimas. Merece, por tanto, una atención especial el estudio de dicho sistema en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo en nuestro Código Civil, sino en los diferentes Derechos Forales que también lo componen. Asimismo, se plantea desde algunos ámbitos, una revisión del sistema de legítimas, más restrictiva y por tanto más favorable a la libertad de testar

PALABRAS CLAVE:

Derecho de sucesiones, propiedad privada, libertad de testar, sistema de legítimas.

ABSTRACT:

The freedom to testify is a legal concept that is at the base of the law of inheritance and that consists of the freedom that people have to be able to determine the destination, at the time of their death, of the assets they have formed throughout their life. This freedom is enshrined in the Spanish Constitution, in its article 33 it guarantees the right to inheritance and private property. However, as the Supreme Court has repeatedly pointed out in its judgments, although the principle of freedom to testify inspires our legislation, it is not an absolute freedom, since it must be subject to the limitations established by law, and finds a fundamental limit, which is the existence of a legitimate system. Therefore, the study of this system in our legal system deserves special attention, not only in our Civil Code, but in the different Foral Rights that also comprise it. Likewise, from some areas, a review of the legitimate system is proposed, more restrictive and therefore more favorable to the freedom to testify.

KEY WORDS:

Law of inheritance, private property, freedom to testify, legal limitations, legitimate system.

ÍNDICE:

Introducción.

I. La libertad de testar en el derecho de sucesiones

1. Antecedentes históricos.
2. Sistemas legislativos en relación a la libertad de testar
3. La libertad de testar en el ordenamiento jurídico español.

II. Las condiciones que puede imponer el causante a sus sucesores

1. Las condiciones que afectan a la libertad del sucesor.
2. las condiciones que afectan al derecho a la igualdad y a la no discriminación.
3. las condiciones que afectan al derecho a la igualdad y a la no discriminación

III. La legítima como límite a la libertad de testar.

1. Naturaleza jurídica de la legítima y principio de intangibilidad.
2. Fundamento de la legítima
3. Eficiencia de la legítima.

IV. Análisis de la legítima en el ordenamiento jurídico español.

1. La legítima en el código civil
2. La legítima en los derechos civiles forales
3. La revisión del sistema de legítimas

V Conclusión.

Bibliografía

INTRODUCCIÓN.

La libertad de testar es un concepto jurídico que está en la base del Derecho de sucesiones y que consiste en la libertad que tienen las personas para poder determinar el destino, en el momento de su muerte, del patrimonio que han formado a lo largo de su existencia. Dicha libertad queda consagrada por la Constitución Española, en su artículo 33 garantiza el derecho a la herencia y a la propiedad privada. Sin embargo, como ha señalado el Tribunal Supremo de forma reiterada en sus sentencias, aunque el principio de libertad de testar inspira nuestra legislación, no es una libertad absoluta, ya que debe someterse a las limitaciones establecidas por la ley.

La expresión “libertad de testar” hace referencia a dos cuestiones: por un lado, a la facultad que se reconoce a las personas para decidir el destino de sus bienes y por otro, a la libertad de otorgar testamento u otro instrumento sucesorio hábil y determinar su contenido. En referencia a la primera de las acepciones, la libertad

de testar encuentra un límite fundamental, que es la existencia de un sistema de legítimas establecido por la ley que debe respetar.

Asimismo, en el propio Código Civil podemos encontrar otros límites a la libertad de testar, como los que se establecen a las condiciones que el testador pueda imponer a los herederos, ya que éstas deben respetar otros derechos fundamentales, como la libertad de contraer matrimonio, la libertad religiosa, la igualdad en materia de filiación o la no discriminación por razón del sexo.

Pero sin duda, merece una atención especial el estudio del sistema de legítimas en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo en nuestro Código Civil, sino en los diferentes Derechos Forales que también lo componen. Su fundamento se ha basado siempre en la idea de familia y en la solidaridad intergeneracional. Sin embargo, la realidad sociológica actual, con una elevación de la esperanza de vida, y con una menor necesidad de los hijos, lleva a plantearse si es necesaria una revisión del sistema de legítimas, más restrictiva y por tanto más favorable a la libertad de testar. Dicha revisión ya se está proponiendo por parte de la doctrina y de reformas legislativas existentes o en proyecto, tanto en el ámbito del Derecho civil español como en el Derecho comparado. Se ha creído oportuno analizar esa nueva tendencia y, en concreto, un borrador determinado de modificación del sistema de legítimas reduciendo su cuantía, elaborado en el seno de la Propuesta de Código Civil.

I. LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO DE SUCESIONES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El debate sobre la libertad de testar no es un tema nuevo en el ámbito del Derecho Civil aunque se ha planteado en la actualidad tanto por reformas legislativas existentes o en proyecto (en algunos países extranjeros y en territorios forales), como por las posturas doctrinales favorables a unas normas más permisivas en ese sentido.

Históricamente la libertad de testar aparece con el testamento que tiene su consagración en el Derecho Romano. Sin embargo, el Derecho Justiniano limitó dicha libertad de testar en beneficio de los parientes. El Derecho Romano vulgar, vigente en España en la época de las invasiones, fue más favorable a la libertad de testar. Con posterioridad, en la etapa visigoda, y por influencia del Derecho Germánico, se establece la legítima de los hijos en los cuatro quintos, que comprende una parte de la mejora de un décimo posteriormente elevada a un tercio.¹

En algunos territorios forales, no obstante, por influencia de la Iglesia y del creciente papel de la burguesía, la libertad de disposición se va desarrollando hasta el punto que en algunos fueros se llega a poder disponer con libertad de todo el patrimonio.² Sin embargo, en Castilla se conserva la legítima visigoda, lo que tiene influencia directa en el Código Civil, basado en gran parte en el Derecho castellano.

Las ideas de la Revolución francesa en la época de la codificación eran muy poco favorables a la libertad de testar, ya que se consideraba ésta como una fuente de privilegios de alguno de los hijos y causa de perpetuación de las desigualdades propias del Antiguo Régimen. Bajo esa influencia, el Código de Napoleón prohibió la renuncia a los derechos sucesorios en vida del causante. En España el modelo

¹ FERNÁNDEZ-HIERRO, M., FERNÁNDEZ HIERRO, M^a., “Panorama legislativo actual de la libertad de testar”, *Boletín JADO*, Bilbao, nº19, mayo 2010, pp. 17.

² LACRUZ BERDEJO *Elementos de Derecho Civil, Vol. V Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2007, p.309.

francés llevó a la prohibición de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura, plasmada en el art. 816 del Código Civil.

2. Sistemas legislativos en relación a la libertad de testar.

Una visión panorámica del Derecho comparado permite llegar a la idea de que en general, en Europa los ordenamientos no son favorables a la libertad de testar, pues no se reconoce tal libertad absoluta en ninguno de ellos. En la mayoría de legislaciones, tanto en el ámbito del Derecho comparado como en el de los Derechos forales, podemos encontrar normas que limitan la libertad de testar a través de la institución de la legítima o de determinadas reservas a favor de ciertos parientes cercanos del causante.

En relación a la libertad de testar y a la forma que tienen los diversos ordenamientos de limitarla en sus normas, podemos establecer una clasificación entre los sistemas legitimarios clásicos y los que reconocen la libertad de testar.³

2.1 Sistemas legitimarios clásicos

Por un lado pueden distinguirse aquellos ordenamientos que reconocen a los parientes cercanos una parte determinada de la herencia, comúnmente conocida como legítima o reserva que son principalmente los que provienen del Derecho Romano, como Francia, Italia o España. Por otro lado, nos encontramos con países que reconocen a determinados parientes no el derecho a una parte de la herencia sino un derecho de crédito frente a los herederos, como Alemania o Austria. A su vez, dentro de esas categorías existirían variantes en virtud de otros parámetros como el número de herederos, la porción fija o invariable, etc.

³ FERNÁNDEZ-HIERRO, M., FERNÁNDEZ HIERRO, M^a, op. cit. p. 25.

2.2 Sistemas que recogen la libertad de testar

En segundo lugar, nos encontramos con países que reconocen en sus ordenamientos jurídicos la libertad de testar, y que son los de Derecho anglosajón. Sin embargo, hay que indicar que incluso en estos países tampoco la libertad de testar es absoluta. Habitualmente los límites a la libertad de testar se establecen en el reconocimiento a determinados parientes y al cónyuge el derecho a obtener alimentos cualquiera que sea la disposición del testador, como ocurre en Inglaterra.

2.3 Sistemas intermedios

Por último, puede hablarse de un tercer grupo intermedio entre los dos anteriores: estaría compuesto por los ordenamientos jurídicos de aquellos países en los que los legitimarios tienen derecho a una parte de los bienes de la herencia o su valor, pero únicamente si se hallan en situación de necesidad. Dichos países son Rusia y otras repúblicas de su entorno como Lituania o Eslovenia.

3. La libertad de testar en el ordenamiento jurídico español

La Constitución Española en su artículo 33 garantiza el derecho a la herencia y a la propiedad privada. No solo reconoce el derecho de la propiedad sino también la capacidad de decidir dónde, y a quién irá destinada la riqueza acumulada en vida después de la muerte. En el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece: *“toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos”*.

En ambas disposiciones se consagra la facultad de las personas a decidir el destino de sus bienes tras su muerte, lo que establece la libertad de testar.⁴ Aunque el

⁴ VAQUER ALOY, A., “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *InDret*, Julio 2015, pp. 4 y ss.

Código Civil español no contiene la expresión “libertad de testar”, sin embargo, en su art. 658 señala que, “*la sucesión se defiere por la voluntad manifestada en el testamento y, en su defecto, por disposición de la ley*”, por tanto, declara la supremacía de la voluntad por encima de la designación legal de los sucesores en los bienes y relaciones jurídicas transmisibles. Ese es el fundamento en el que se basa la jurisprudencia para invocar la “libertad de testar”, o bien para afirmarla directamente o para invocarla como principio general, aunque sometida a restricciones. Incluso el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27 de abril de 2010⁵ enmarca la libertad de testar el contexto que de las condiciones que puede imponer el causante a sus sucesores. Asimismo, el Tribunal Supremo, de forma mayoritaria en sus sentencias, destaca que el principio de libertad de testar inspira nuestra legislación, aunque se reconoce que no es una libertad absoluta ya que debe someterse a las limitaciones establecidas por la ley.⁶

Por otro lado, la expresión “libertad de testar” hace alusión a dos cuestiones diferentes: de una parte a la facultad que se reconoce a las personas a decidir el destino de sus bienes y, de otra, a la libertad para otorgar testamento u otro instrumento sucesorio hábil y determinar su contenido.

En relación a la primera cuestión, la libertad para decidir el contenido del testamento, el causante puede encontrar limitada esa libertad debido a la existencia de la legítima o de deberes alimenticios hacia determinados familiares. Aun reconociéndose el derecho de ciertos familiares a la legítima, la libertad del causante se incrementa si esa legítima es colectiva y si puede repartirla, parcial o totalmente, de la manera que más le plazca (por ejemplo, la mejora) y es más restringida si el reparto ha de ser igualitario.

⁵ RJ 2010/9.

⁶ Vid. STS 1ª, 6.4.1954 (RJ 1551); STS 1ª, 21.10.1991 (RJ 7228); STS 1ª, 9.5.1990 (RJ 3696); STS 1ª, 27.9.2000 (RJ 7532). También pueden recogerse pronunciamientos en contrario SAP Alicante Civil Sec. 9ª (JUR 150243), en el que destaca que en nuestro sistema no existe la libertad de testar pues las legítimas largas adquieren carácter de intangibilidad.

Para entender mejor qué es la legítima debemos empezar por el concepto que se establece en nuestro ordenamiento jurídico, más concretamente en el CC en su art. 806: *“legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”*.

Pero aún podemos entrar más en el concepto de la legítima; así como describe LACRUZ, se trata de *“la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de esta, a percibir a partir de su muerte si no se recibió en vida”*⁷. El autor destaca en esta definición que, la legítima consiste en una parte alícuota que no se calcula únicamente sobre los bienes que quedan tras la muerte del causante, sino que también deben tenerse en cuenta las donaciones que esté hizo en vida.

Corresponde también destacar la definición de ROCA SASTRE, que expresa de forma muy clara que la legítima es el límite del principio de la libertad de testar, *“la legítima constituye un condicionamiento legal de la libertad testamentaria del causante que deja legitimarios, de la que se deriva una obligación de disponer o destinar un valor patrimonial a favor de los mismos”*⁸

En relación a la segunda cuestión, la libertad para determinar el contenido del testamento, se ha afirmado⁹ que no existe norma que prohíba otro contenido en el testamento además del que se encuentra típicamente contemplado, como la institución de heredero, el nombramiento de albaceas, el reconocimiento de hijos, las instrucciones sobre el funeral y entierro y la ordenación de legados, lo que es buena muestra de la libertad del testador para determinar el contenido del testamento.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J.M., *Elementos... op.cit.*, p.309.

⁸ ROCA SASTRE, R.M., “Naturaleza jurídica de la legítima”, *Revista de Derecho Privado*, 1944, pág. 186 y ss (Citado por LACRUZ, op. cit. p. 310).

⁹ ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Edisofer, 2005, Madrid, p. 239.

Sin embargo, en el mismo CC podemos encontrar también otros límites a la libertad testamentaria como, por ejemplo, el que no se reconoce al causante la capacidad de vincular los bienes a lo largo de varias generaciones.¹⁰ Tampoco cabe olvidar el respeto a los derechos fundamentales y que puede limitar la posibilidad de imponer determinadas condiciones a los sucesores. En ese sentido y antes de adentrarnos en el estudio de la institución que supone el mayor límite legal a la libertad de testar que es el sistema de legítimas contemplado por el ordenamiento jurídico español, vamos a detenernos en el análisis de dichas condiciones impuestas por el causante, y los límites que a las mismas puede suponer el respeto a otros derechos fundamentales como la libertad de religión o la igualdad consagrados en la Constitución

II. Las condiciones que puede imponer el causante a sus sucesores

Una manifestación más de la libertad de testar, lo constituyen las condiciones que el testador puede imponer y que vienen recogidas en el art. 790 CC: *“Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”*.

Existe, sin embargo, un límite general anexo a las condiciones en los testamentos y legados que se fundamentan en la intangibilidad de la legítima, y que según el art 813.2 CC: la legítima debe recibirse libre de cualquier condición. También establece el art. 792 CC: *“Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”*.

En relación con el límite a la imposición de condiciones por el testador que supone la intangibilidad de la legítima, deberíamos entrar un poco más en este concepto. El principio de intangibilidad impide la privación de la legítima sin causa. No cabe

¹⁰ VAQUER ALOY, A., “Libertad...”, op. cit, p. 5.

ninguna duda acerca de la imperatividad de la legítima y de su carácter de orden público¹¹ y que el testador la debe respetar en todo momento, como establece el art.806 CC. La intangibilidad tiene una gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico en un doble sentido, tanto cuantitativo como cualitativo. En primer lugar, la intangibilidad cuantitativa impide al causante que dañe la legítima de forma que no se perciba la cantidad que está fijada en la ley. Por otro lado, la intangibilidad cualitativa obliga al causante a repartir esa legítima de la forma prevista en la ley, no pudiendo de manera distinta a ésta, teniendo en cuenta la forma y los límites¹². Más adelante, al examinar el fundamento de la legítima se volverá a destacar esta característica de su intangibilidad.

Por lo que respecta a las condiciones imposibles y a las contrarias a la ley, parte de la doctrina¹³ defiende que las condiciones ilícitas son únicamente aquellas contrarias a las normas jurídicas, evitando valorar las cláusulas testamentarias desde el punto de vista de la moral.

Un aspecto reseñable es la afectación de los derechos fundamentales con “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales de la persona. De ese modo, hay que plantearse la afectación del derecho a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación por razón de raza, sexo, religión o filiación.

Para poder entrar en detalle de las condiciones imponibles por el testador son necesarias algunas reflexiones. Suceder al causante a título de legatario o heredero no constituye derecho alguno de nadie. Una persona es heredero o legatario por la gracia del testador el cual, dejando de lado las legítimas, no tiene obligación sucesoria con nadie. Asimismo, ningún sucesor elegido por el causante está obligado a aceptar la decisión que esté ha realizado a su favor. La repudiación y la

¹¹ STS 19 de abril de 1963 “*la legítima es de orden público del que no puede disponer el testador por venir impuesta por la ley ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio de los bienes o derechos que la integran*”.

¹² ROCA-SASTRE MUNCUNILL,L., *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1997, p.84

¹³ TORRES GARCÍA, T., GARCÍA RUBIO *La libertad de testar: El principio de igualdad la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación coloquio Europeo 2014, pp. 99-101

aceptación de la herencia o del legado son actos libres del heredero o legatario, por lo que, si hay una condición en el legado o en la herencia, el heredero o el legatario, podrán siempre repudiar (arts. 988 y 888CC).¹⁴

Por otro lado, no cualquier condición puede ser incluida en la disposición testamentaria. Existen dos criterios, el criterio objetivo, este se basa en la infracción de la ley o las buenas costumbres, y el criterio subjetivo, basado en la voluntad del testador cuando establece una condición. La determinación de qué condiciones pueden ser impuestas necesita tener en cuenta los dos criterios¹⁵.

Por último, es necesario tener en cuenta si la condición responde a algún interés legítimo, aunque hay que indicar que esto es irrelevante para la mayoría de las personas. Por ejemplo, la condición por la que el causante impide construir encima de un terreno no es mero capricho a menospreciar si ello responde al interés de otro de los beneficiarios. No obstante, si la condición es irrazonable sin responder a ningún interés legítimo, habrá que considerarla como contraria a las buenas costumbres y por consiguiente, tenerla por no puesta.¹⁶

1. LAS CONDICIONES QUE AFECTAN A LA LIBERTAD DEL SUCESOR

1.1. La libertad de contraer matrimonio

¹⁴ CAMARA LAPUENTE S., En (coord. Pérez Álvarez) *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de sucesiones*, Colex Madrid 2013 p. 163. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Autonomía privada y Derecho de Sucesiones”, *Consejo General del Notariado. Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, t. I, Madrid 2012, p. 529. Ambos autores subrayan que nadie tiene derecho a una liberalidad.

¹⁵ VAQUER ALOY, A., “Libertad...”, op. cit, p. 7.

¹⁶ Por ejemplo SAP León Civil Sec 2ª 6.6.2013 (JUR 229130)

Las condiciones relacionadas con la libertad de contraer matrimonio son escasas en nuestro ordenamiento.¹⁷ El art. 793 CC establece que *“la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste. Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo”*. En este artículo se interpreta la ilegalidad de la condición absoluta de contraer matrimonio, tanto si se trata del primer matrimonio o de posteriores nupcias, pero existe una excepción: que la condición haya sido impuesta por el cónyuge premuerto o por los ascendientes o descendientes del viudo o viuda. Existen muchos supuestos que se pueden contemplar: serían lícitos por ejemplo, la condición de contraer matrimonio, o no casarse durante un periodo de tiempo, pero debe reputarse ilícita la condición de contraer matrimonio con una persona concreta, ya que supondría una limitación intolerable de la libertad individual. Tampoco sería lícita la condición que incite a separarse o divorciarse pero no la que trate de apoyar económicamente a la persona ante tal circunstancia. En todo caso, la conclusión a que se llega es que la finalidad buscada por el testador al imponer la condición es un dato esencial para poder decidir sobre si la condición de contraer matrimonio es o no lícita.¹⁸

1.2 La libertad religiosa

La libertad religiosa la podemos encontrar recogida en el art. 16 CE y en el art. 10 de la Carta de los Derechos Humanos Fundamentales de la Unión Europea.¹⁹ Se

¹⁷ VAQUER ALOY. A, “Libertad de ...” op.cit p. 10

¹⁸ STS, Civil 1ª, 3.11.1989 (RJ7847).

¹⁹ Dicho art. 10 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o convicciones individual o colectivamente, en público o en privado a través del culto, la enseñanza, las prácticas, y la observancia de los ritos.” El mismo derecho está recogido en el art. 9 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.*

ha defendido²⁰ que, si una condición testamentaria va en contra al derecho de libertad religiosa o a la igualdad, esa condición contraria a la ley (art. 792 CC) y no puede tenerse por formulada. En España no se han dado casos reseñables sobre este tipo de cláusulas testamentarias que restringen la libertad religiosa, sin embargo la experiencia comparada aconseja sentar algunas bases que puedan resolver problemas en el futuro debido a que nuestra sociedad cada vez es más multicultural.²¹ En principio habría mecanismos para impedir que el testador establezca condiciones al heredero que pudieran lesionar su derecho fundamental a la libertad religiosa obligándole a profesar determinada religión o a contraer matrimonio con quien no pertenezca a determinada fe. En ese sentido, la contradicción de las leyes y de las buenas costumbres (art. 792 CC) llevaría a tener por no puesta la condición.²² El razonamiento para llegar a esa conclusión es que siendo la libertad religiosa un derecho recogido en el art. 16 CE, una condición que lesiona ese derecho puede considerarse como contraria a las leyes, y aunque el testamento es un negocio jurídico privado un juez debe aplicar el control de constitucionalidad.²³

1.3 Otras libertades

El testador puede imponer condiciones que inciden sobre otras libertades de las personas, por ejemplo, la libertad de residencia, reconocida en el art. 19 CE. Esta libertad puede verse afectada si el testador impone una condición en la que exige vivir en un determinado lugar. Una condición que ha dado lugar a alguna sentencia es la de vivir junto al testador para cuidarle y atenderle²⁴. También se recoge en

²⁰ TORRES GARCÍA, T., GARCIA RUBIO, M.P., *La libertad de testar...* op. cit., p. 121.

²¹ La poca jurisprudencia que ha recaído sobre este tema la encontramos principalmente en la STS 1ª, 10.2.1986 (RJ 521) y algunas sentencias más antiguas de Audiencias Provinciales.

²² FOLLIA CAMPS, R., en ROCA TRÍAS (coord.) *Sucesiones*, Sepin . Madrid, 2011, p. 276.

²³ FOLLIA CAMPS, R., op. cit. p. 278.

²⁴ Por ejemplo, SAP Pontevedra, Civil, Sec 1ª 16.5.2001 (JUR 1865); SAP Lugo Civil Secc. 2ª 4.5.2005 (JUR 157193)

alguna otra resolución la condición de cuidar al causante, lo implica prestar cuidados y desplazarse con regularidad o vivir donde esté resida.²⁵ Por último, otra condición que puede limitar la libertad de las personas es la de someterse a un tratamiento de desintoxicación de alguna toxicomanía.²⁶

2. LAS CONDICIONES QUE AFECTAN AL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

La libertad de testar se basa en poder elegir de qué manera repartir la riqueza acumulada en vida y sobre todo a quién, pudiendo tratar de diferente manera a los hijos sin sobrepasar la barrera de la legítima. El testador puede establecer libremente en que forma serán repartidos sus bienes tras su muerte, pero si se basa en motivos raciales o religiosos puede estar lesionando derechos.²⁷ Por lo tanto, puede discriminar a sus descendientes en el momento de otorgar testamento, pero habrá que analizar los motivos de esa discriminación y comprobar si estamos ante causas lícitas o ilícitas y contrarias a las buenas costumbres.

2.1 El sexo

Si el testador tiene hijos e hijas es libre de testar (tiene que tener en cuenta el límite de la legítima) y por tanto puede favorecer más a los hijos que a las hijas o viceversa, pero la dificultad aparece en las razones que muevan ese trato desigual,

²⁵ STS 1ª 18.7.2011, (RJ 5217) *“llegado el día en que por senectud, invalidez, o cualquier otra causa análoga, la testadora no pudiera valerse por sí misma, tendrán los herederos la obligación de acogerla en su casa el tiempo que sea necesario, por períodos iguales cada uno.”*

²⁶ SAP Navarra, civil Secc 3ª, 27.5.2008 (JUR 44192).

²⁷ VAQUER ALOY. A, “Libertad de...” op.cit. p.23

sobre todo si se debe a razones de sexo.²⁸ En nuestro país era común la preferencia por razón de sexo en la sucesión de títulos nobiliarios. Sin embargo, a partir de la ley 33/2006, de 30 de octubre sobre la igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios²⁹, establece en su art.1º que “*el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las grandezas de España y en los títulos nobiliarios*”. De ese modo ya no hay motivo de preferencia del hombre sobre la mujer para heredar ningún título nobiliario en nuestro país.

Debemos tener en cuenta que en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea establece la igualdad entre hombres y mujeres en todos los países miembros, en el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza la igualdad en todos los ámbitos entre hombres y mujeres, y por último en España, dicha igualdad es asimismo objeto de protección por la ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por tanto, una condición testamentaria que otorgue o restrinja derechos basada solamente en el sexo es contraria a la ley y a las buenas costumbres.

2.2 La filiación

Los supuestos de prelación por razón de sexo suelen ir acompañados de otra causa de prelación, la primogenitura, de manera que usualmente se llama al heredero que fuera primogénito y varón en relación con el resto de estirpe de sucesores. La primogenitura no es una cualidad o una característica personal, sino que es un hecho cronológico, que consiste en la anterioridad en el nacimiento. Es muy significativo que en el campo de los títulos nobiliarios no se cuestione la primogenitura y si el sexo; en el art. 31CC establece que en el caso de un parto múltiple el primero en nacer es el primogénito. Puede calificarse como un dato

²⁸ En Cataluña y Baleares han sido frecuentes los heredamientos prelativos con prelación de primogenitura y masculinidad sin que se hayan cuestionado la licitud de esas cláusulas (STS 1ª, 18.3.1011 (RJ/3323).

²⁹ Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE nº71, de 23.3.2007).

objetivo y neutro, que no puede calificarse como contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

Otro caso de posible discriminación por filiación es la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, pero la Constitución Española establece la igualdad de los hijos con independencia de su filiación en el art. 39.2, con lo cual, toda condición testamentaria que exprese una distinción entre hijos por razón de su filiación matrimonial o no matrimonial es ilícita. Por ejemplo, si el testador puede instituir único heredero a su hija Margarita y a su otra hija Manuela únicamente atribuirle la legítima, eso es el ejercicio de su libertad de testar, que permite tratar de modo diferente a las hijas, pero si está condicionando la sucesión a que Margarita es hija matrimonial y Manuela no matrimonial se establece una discriminación ilícita.³⁰

Por otro lado, encontramos la cuestión de la filiación adoptiva. El art. 14 CE establece el principio de igualdad ante la ley, el cual no admite discriminación por razón de nacimiento, y el art. 39 CE insiste al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley sin importar su filiación. También el art. 108 CC declara que: “*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos*”. La conclusión es que una condición testamentaria que discrimine a los hijos adoptivos por su condición de tales es ilícita y debe tenerse por no puesta.³¹

III. LA LEGÍTIMA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE TESTAR.

³⁰ VAQUER ALOY, A, Libertad de ...op. cit. p. 26.

³¹ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, L. “El condicionamiento en los negocios *mortis causa*” en *Estudios homenaje a al Prof. Jose Maria Miquel*, T. 1 Thomson Civitas, Madrid 2014, p. 150.

Existe un principio básico en nuestro ordenamiento jurídico en materia sucesoria que es el de libertad de testar, que consiste en la libertad que tienen las personas para poder decidir sobre los bienes que ha adquirido durante su vida a donde irán destinados en el momento de su muerte. Pero con institución de la legítima nos damos cuenta que esa libertad tiene que cumplir una serie de límites, los herederos forzosos³². Por tanto, solo existirá libertad absoluta de testar en el caso de que no existan legitimarios. No obstante, de algún modo, la libertad de testar siempre existirá ya sea parcial o totalmente, dependiendo de la legítima.

Como ya se ha señalado, el Código Civil recoge en su art. 806 una definición de legítima afirmando que *“legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por ello herederos forzosos.”* Por lo tanto, se trataría de una cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de ésta a percibir a partir de su muerte, si no se recibió en vida,³³ y por lo tanto se calcula no sólo sobre el caudal relicto (*relictum*) es decir, sobre los bienes que quedan a la muerte del causante, sino que también ha de tenerse en cuenta para su cálculo las donaciones que éste hizo en vida (*donatum*).

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA Y PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD

Existen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la legítima, entre las que se encuentran la teoría de la *pars valoris*, de la *pars bonorum*, de la *pars valoris bonorum*, o la que considera la legítima como *pars hereditatis*. Sin embargo, y

³² En esta línea se conduce la jurisprudencia, como ocurre en la STS de 6 de julio de 1957, (RJ/345) en la que se indica que el principio de libertad de testar *“no es tan absoluto que no sea compatible con la necesidad de renunciar a una porción de la herencia a favor de determinadas personas que tengan derecho a ella”*

³³ LACRUZ BERDEJO, J.M., *Elemento de Derecho Civil...* op. cit , p.. 309.

aunque se trata de un tema objeto de debate tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia, lo que resulta de interés, en relación con el tema de la legítima como límite a la libertad de testar, es determinar si el CC considera o no heredero al legitimario con independencia del nombre con que se conciba la naturaleza jurídica de la legítima.

En ese sentido, hay que analizar la expresión “herederos forzosos”, que puede producir una importante duda con la expresión “legitimarios”. Puede parecer, en principio, que el legitimario es la persona a la que la ley reserva una porción de los bienes o el patrimonio del causante, el cual ha de ser por necesidad heredero. No obstante, la doctrina mayoritaria sostiene una posición contraria a la anterior basándose en lo establecido en el art. 815 CC, en el que se dice que el testador puede haber dejado “*por cualquier título*” menos de la legítima que correspondería al legitimario, lo que supone que el testador puede cumplir con su deber de dejar la legítima en vida (mediante legado o donación) o tras su muerte, sin ser una atribución global a título de herencia, por lo que el legitimario no ha de ser necesariamente heredero³⁴, según lo establecido en el art. 815 CC. Esa misma postura se apoya en lo previsto en art. 841 CC en el cual se establece que la legítima puede ser pagada en metálico, y, por lo tanto, el testador podría dejar todo su patrimonio a favor de algunos de sus hijos o descendientes, debiendo éstos pagar la legítima a los demás legitimarios en dinero, que no es de la herencia, sino de esos hijos o descendientes que reciben todo el patrimonio. En conclusión, los legitimarios podrán ser herederos (en el caso de un hijo o descendiente al que el testador ha adjudicado todo su patrimonio hereditario) o no ser herederos (recibirían su cuota por medio del dinero en metálico extrahereditario de quienes han recibido el patrimonio hereditario).

Por lo tanto, según lo expuesto anteriormente, para la doctrina mayoritaria el legitimario no es necesariamente heredero, sino sólo cuando resulte del testamento

³⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho Sucesorio. V. III*, Madrid 1981, p.283.

o por sucesión intestada. Sin embargo, es posible que el legitimario haya sido nombrado también heredero, con lo cual va a ser responsable de las deudas igual que un sucesor extraño³⁵. Se puede afirmar, por tanto, que el legitimario ocupa una posición de acreedor de los herederos y, en su caso, de los legatarios y donatarios a quienes puede reclamar el complemento de lo que le falta percibir en concepto de legítima mediante reducción de sus atribuciones.³⁶

En otro orden de cosas, cabe afirmar que una característica esencial de la legítima es el principio de intangibilidad de la misma, que significa que el causante no puede privar de la misma sin justa causa, hecho del cual se deriva su carácter imperativo. El principio de intangibilidad de la legítima tiene carácter de orden público, se deduce del art. 806 CC y, como antes se ha señalado, juega en un doble sentido, cuantitativo y cualitativo. Desde el punto de vista cuantitativo, impide al causante que la lesione de tal forma que se impida percibirla en la cuantía fijada en la ley. Por otro lado, desde el punto de vista cualitativo, la ley obliga al causante a atribuirle de la forma prevista en la misma, que es en propiedad plena, libre de carga y gravamen (art. 813 CC), estableciendo sin embargo alguna excepción, como la del usufructo del cónyuge viudo.³⁷

2. FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA

Como fundamento de la legítima nos encontramos con varias consideraciones, principalmente de carácter familiar y social.³⁸

³⁵ LACRUZ BERDEJO, J.M., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p.321.

³⁶ RAGEL SANCHEZ, L.F., “Art., 808 CC”, *Comentarios al Código Civil* T. IV (Arts. 588 a 818), Tirant Lo Blanc, Valencia 2013, p. 5836.

³⁷ STS 19 de abril de 1963 (RJ 786) “La legítima es de orden público del que no puede disponer el testador por venir impuesta por la ley ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio de los bienes o derechos que la integran”.

³⁸ VAQUER ALOY.A “Acerca del fundamento de la legítima” *InDret* 10/1017, p. 5

2.1 La familia

El origen de la legítima está en el Derecho romano y consiste en un deber moral que limita la libertad de testar en favor de los hijos del testador. Así pues, la legítima representa el equilibrio entre la autonomía de voluntad del testador y la defensa de los valores familiares.

La legítima tiene su fundamento en un deber familiar de asistencia mutua que el afecto establece entre parientes cercanos. Ese deber tiene un reflejo en vida, ya que de ahí deriva la obligación de alimentos entre parientes. Cuando una persona está en situación de necesidad, el legislador determina que los parientes más próximos le deben proporcionar lo necesario para su supervivencia. De este modo, ese mismo deber familiar es que prevalece cuando una persona fallece, ya que una parte de los bienes debe quedar en el ámbito familiar porque se entiende que es una exigencia ética o moral que el legislador ha elevado a la protección jurídica.

Hoy en día, el hecho de que los hijos tengan edades maduras en el momento del fallecimiento de sus progenitores hace que deba replantearse si el fundamento familiar de la legítima sigue existiendo, ya que parece que no se corresponde con la realidad social actual. El hecho de que los hijos tengan esas edades implica que los padres han invertido parte de sus bienes en su formación, es decir, que los hijos han recibido de esta forma parte de los bienes del causante en vida.³⁹ Esta puede ser una de las razones por las que se viene reduciendo la legítima, ya que parece excesiva la cuantía establecida en el CC a la vista de que la necesidad de los hijos no es tan evidente, y en consecuencia se predica una mayor libertad de testar del causante.

2.2 La solidaridad intergeneracional

³⁹ RAGEL SANCHEZ, L. F., “Art. 806 CC” op. cit. p. 5847.

La solidaridad intergeneracional⁴⁰ consiste en el apoyo mutuo entre personas que pertenecen a diversas generaciones, y, en el caso de la legítima, se plasmaría dentro de una misma familia.

Un estudio realizado en 2015⁴¹ trató de medir la solidaridad intergeneracional en nuestro país y para poder llevarlo a cabo se establecieron tres dimensiones:

- a) Asociativa: consiste en el tiempo que los miembros de la familia comparten, aunque solamente sea por conversaciones telefónicas
- b) Estructural: identifica las bases que pueden facilitar o impedir la unión entre distintas generaciones de una familia, como por ejemplo, la proximidad geográfica o el estado de salud
- c) Funcional: se basa en el nivel de colaboración de tareas instrumentales y transferencias dinerarias.

Sin embargo, a pesar de las conclusiones a las que llega ese estudio, se puede afirmar que el legislador no ha tenido en cuenta razones de solidaridad intergeneracional en la regulación de la legítima. Y ello por los siguientes argumentos:

- a) Solo en algunos casos la legítima está condicionada por la necesidad o la riqueza de los legitimarios. La principal idea de la legítima es el igual reparto de esta entre los legitimarios, sin tener en cuenta las atenciones prestadas al causante.
- b) Cuestión distinta son las causas de desheredación, en el CC se contempla la desheredación al padre por el abandono del hijo, pero, no se contempla el abandono del padre durante su vejez art.

⁴⁰ VAQUER ALOY.A “Acerca del ...” op.cit p. 7

⁴¹ Dicho estudio fue realizado por López López, González Hincapié y Sánchez Fuentes, y es citado por VAQUER ALOY, A., “Acerca del... op. cit. p. 6.

854 CC. Por tanto, si hay solidaridad entre generaciones, es unidireccional del causante hacia sus legitimarios, con lo cual, no se está hablando realmente de solidaridad intergeneracional en su más pleno sentido.

Dichos argumentos plantean la duda de que, desde una óptica sociológica, la legítima sirva verdaderamente a finalidades de solidaridad intergeneracional, por lo que cabría llegar a la conclusión de que la legítima no tiene suficiente entidad, por su cuantía, para proteger a los legitimarios ante la hipotética hostilidad del testador. Y en otro sentido, y teniendo en cuenta los distintos modelos de familia que encontramos hoy en día en la sociedad, la legítima puede beneficiar a quien no mantiene contacto con el causante y dejar desamparado a quien le preste cuidados, si no tiene el carácter de legitimario.

3. EFICIENCIA DE LA LEGÍTIMA

Hay que plantearse, en este punto, la importancia y eficiencia de la legítima en el Derecho de sucesiones. Si la finalidad de la legítima es el interés familiar se puede afirmar que se trata de un deber del testador con sus legitimarios. En las estructuras legitimarias sin desheredación, el legislador establece la primacía al legitimario⁴². Únicamente las ofensas más graves permiten la privación de la legítima.⁴³

Cabría cuestionarse la eficiencia del sistema de legítimas en base a la ayuda entre padres e hijos. En este sentido quizás uno de los motivos por el cual las personas acumulan riqueza en vida es disponer para poder transmitirla a quién haya prestado

⁴² VAQUER ALOY.A “Acerca del...” op cit p. 9

⁴³ La introducción como una nueva causa de desheredación de la falta de relación familiar en el Código Civil Catalán o la inclusión del maltrato de psicológico derivado del abandono del causante en la causa del maltrato de obra del art. 853.2º CC apuntan en la línea de la solidaridad intergeneracional como fundamento de la legítima, pero esa causa de desheredación solo prospera en los casos más graves de abandono o ejercicio de algún tipo de violencia sobre el causante.

atenciones en los últimos años de su vida. En ese sentido, la herencia recibida por la prestación de atenciones podría considerarse como una especie de recompensa por tales cuidados. Por tanto, desde esa perspectiva, la voluntad del causante sería transmitir la herencia a quien piense que más lo merece⁴⁴.

Si el fundamento de la herencia es la solidaridad intergeneracional y está solidaridad es recíproca del modo que se ha descrito, los sucesores encuentran una motivación para cuidar al causante en su vejez.

IV. ANÁLISIS DE LA LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL

En el Código Civil español se establece una legítima que se basa en un sistema por el cual hay una cuota fija cualquiera que sea el número de legitimarios, lo que se conoce como sistema de tercios por el que el patrimonio se divide en tres tercios: uno de legítima corta o estricta, otro de mejora y otro de libre disposición. Establece el art. 807 CC que serán considerados herederos forzosos los hijos y descendientes, padres y ascendientes y el cónyuge viudo.

1.1 Hijos y descendientes

⁴⁴ VAQUER ALOY.A “Acerca del...” op.cit p.15

En primer lugar, encontramos a los hijos y descendientes. No todos ellos son legitimarios sino sólo los descendientes inmediatos tienen el derecho a reclamar la legítima, es decir, los más próximos en grado en el momento del fallecimiento del causante con la incorporación de los concebidos⁴⁵. Existe un derecho de representación en el caso en que un legitimario muera que se ejercitará por parte de sus descendientes, siendo efectivo este derecho tanto en la sucesión testada como en la intestada.

El Código Civil español ha sufrido una serie de modificaciones en materia de legítimas muy importantes como consecuencia de la Ley de 13 de mayo de 1981, que establece la igualdad entre los hijos, sean o no sean matrimoniales, lo que modificó directamente a la legítima otorgando el mismo trato a todos los descendientes.

A raíz de esta ley, se equiparó a los hijos adoptivos respecto de cualquier otro hijo, ya que cuando el art. 807 CC establece “*sin distinción entre hijos y descendientes*” se está incluyendo a los adoptivos. Todo ello en consonancia con el art.39.2 CE que establece que todos los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación⁴⁶.

En relación a la porción hereditaria que corresponde a los hijos, de acuerdo con el art.808 CC, está formada por un tercio del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, los dos tercios restantes que dispone el causante no responden totalmente al principio de libertad de testar, ya que uno de los dos tercios restantes es el tercio de mejora, con el que el testador podrá mejorar la herencia a sus hijos o descendientes. Por lo tanto, en el CC se deja únicamente el tercio restante para la libertad de testar del causante, por ejemplo, a un nieto (que no tenga la condición de legitimario).

⁴⁵ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Vol V, t.III, Barcelona, 1984,p.38.

⁴⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Artículo 807 CC”, *Comentarios al Código Civil*, t.IV, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p.5850.

En virtud de lo expresado anteriormente, podemos distinguir entre la legítima larga y la legítima corta. La legítima larga se establece cuando no hay tercio de mejora, mientras que la legítima corta se establece cuando sí que existe el tercio de mejora, ahora se entiende que la legítima equivale a un tercio el cual hay que repartirse entre todos los legitimarios.

Finalmente, hay que destacar una importante excepción que surge de la Ley 41/2003, de 18 noviembre, la cual establece la protección patrimonial de las personas con discapacidad. Como consecuencia de la promulgación de la mencionada norma se ha incluido en el art.808 CC un tercer apartado que permite a los padres y/o ascendientes dejar toda la herencia al descendiente judicialmente incapacitado, utilizando la fórmula de la sucesión fideicomisaria, donde se incluye la legítima estricta. Esta excepción supone un gran cambio en el ámbito de las legítimas, pues como vemos se amplía la libertad del causante a la hora de otorgar testamento.

1.2 Padres y ascendientes

En segundo lugar, los padres y ascendientes solamente podrán ser herederos a falta de hijos y descendientes según establece el art.807.2 CC “*a falta de los anteriores*”. Por lo tanto y a tenor de la literalidad del precepto, aunque los hijos y descendientes hayan repudiado la legítima, hayan sido desheredados o declarados indignos, los padres y ascendientes no van a ser legitimarios. Con lo cual, la legítima de los padres y ascendientes depende la inexistencia de hijos o descendientes que concurren en la sucesión⁴⁷

1.3 Cónyuge viudo

⁴⁷ VALLET DE GOYTISOLO,J., “Artículo 807”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Edersa, Madrid,p.1977.*

Hoy en día puede afirmarse que, en muchas ocasiones, los cónyuges contribuyen a la creación de patrimonio común, no necesariamente en términos de titularidad, pero sí en términos económicos⁴⁸. Puede existir, por ello, una rivalidad entre la legítima de los descendientes y la mejora de la posición del cónyuge.

En nuestro ordenamiento el cónyuge viudo⁴⁹ tiene derecho a una cuota en usufructo de la herencia del causante, que es un derecho que se le concede de forma incondicional, es decir, que se le otorga el usufructo de determinados bienes sin tener en cuenta ningún orden de preferencia ante los legitimarios. Este derecho que se le concede al cónyuge presupone la existencia de un matrimonio vigente, porque de hecho desaparece en caso de divorcio, nulidad, matrimonio putativo o unión de hecho. Por otro lado, cabe afirmar que no es posible dotar de condición de heredero al cónyuge viudo por el hecho de ser legitimario⁵⁰. Por otra parte, es un derecho conmutable, es decir, se puede acordar que en vez de en usufructo se dé al cónyuge viudo dinero u otros bienes o una renta, en cantidad equivalente al valor del usufructo. La decisión de conmutar el usufructo corresponde a los herederos pero, una vez decidido, tendrán que ponerse de acuerdo con el viudo para escoger la forma de hacer la conmutación.

La solidaridad en la que se basa la legítima es mucho más profunda cuando se trata del cónyuge por su vinculación al matrimonio. Y en consecuencia con esa idea, el cese de la convivencia conyugal establece la privación de la legítima, sin necesidad

⁴⁸ VAQUER ALOY.A “Acerca del...” op.cit p.18

⁴⁹ En el ámbito de las sucesiones, dentro del Código Civil, las parejas de hecho no tienen derechos sucesorios, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en testamento. Por eso es importante remediar esta situación haciendo un testamento que favorezca a la pareja de hecho. Sin embargo en Aragón, Cataluña, País Vasco, Navarra, Galicia, Valencia o en las Islas Baleares, la pareja goza de determinados derechos “*mortis causa*”.

⁵⁰ Así lo expresa la STS de 9 de enero de 1974 al afirmarse que “*el cónyuge viudo tiene por su cuota viudal un simple derecho de crédito, según lo reconoce el art. CC; en una palabra, que propiamente no es heredero*”

de desheredar, y sin tener consideración al tiempo anterior de convivencia, art. 834 CC.

Por último, hay que destacar que la legítima que le corresponde al cónyuge viudo es variable su cuantía dependiendo de con quienes concurra, podemos distinguir:

- Con hijos o descendientes, en este caso tendrá derecho al usufructo del tercio de mejora (art. 834 CC).
- Con ascendientes, en este caso dispone de un derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 CC).
- Sin concurrir con parientes en línea recta, ni descendientes ni ascendientes, tiene derecho al usufructo de dos tercios de la herencia (art.838 CC).

2 LA LEGÍTIMA EN LOS DERECHOS CIVILES FORALES

2.1 Cataluña

La legítima regulada en Cataluña es muy corta, ya que su cuantía se ciñe a un cuarto de la herencia, siendo considerados legitimarios los hijos y descendientes y a falta de éstos los progenitores, cuyo derecho se extingue si no es reclamado en vida. Hay que subrayar que a raíz de la reforma introducida por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones, se ha debilitado la legítima debido, por una parte a que se van a limitar los supuestos en los que los progenitores tienen derecho a la legítima y por otra parte, que se dejan de computa para su cálculo las donaciones que precedan en más de

diez años a la muerte del causante, con excepción de las que hubieran sido efectuadas a los legitimarios y fueran imputables a la legítima.⁵¹

2.3 Aragón

Se regula la legítima colectiva de los descendientes, de forma que el causante puede optar entre dejar los bienes a uno de los legitimarios como distribuirlos de forma igualitaria.⁵² Los únicos legitimarios serán los descendientes en cualquier grado del causante. La legítima colectiva corresponde a la mitad del haber hereditario, con lo cual se ha aumentado la libertad de testar, ya que se amplía notablemente la libertad de disposición respecto a la normativa previa. No obstante se contempla un derecho de viudedad que implica que, una vez celebrado el matrimonio, cada cónyuge tendrá un usufructo de viudedad sobre todos los bienes del primero que fallezca.⁵³

2.4 País Vasco

En relación a la regulación de la legítima en el País Vasco, concurren hasta cuatro sistemas de sucesión forzosa: el propio Código Civil y la diferente regulación en Vizcaya, los territorios del Fuero de Ayala y Guipúzcoa.

En primer lugar, y en relación al régimen general de Vizcaya⁵⁴ serán legitimarios los hijos y descendientes así como los padres y ascendientes, mientras que el

⁵¹ FERRER RIBA, J. “El nuevo derecho catalán de sucesiones”, *In Dret*, 2008, p. 1 y 2.

⁵² En la actualidad la materia sucesoria se encuentra regulada en el Código de Derecho Foral de Aragón, Texto refundido de las Leyes Civiles aragonesas aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de mayo, del Gobierno de Aragón.

⁵³ SERRANO GARCIA, J.A., “La reforma de la legítima aragonesa, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Civitas, Madrid 2003.

⁵⁴ Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco.

cónyuge viudo no va a ser designado legitimario, aunque poseerá unos derechos similares a los que le otorga el Código Civil, teniendo un derecho a usufructo de los bienes del causante que será de una cuantía variable en función de con quienes concorra en la sucesión.

La legítima que aparece regulada es una legítima colectiva, lo que da lugar a una mayor libertad de testar para el testador, pues a pesar de que sus hijos y descendientes deberán recibir las cuatro quintas partes de la herencia, esta legítima podrá repartirla entre ellos libremente, no siendo obligatorio que cada uno de ellos reciba un mínimo.⁵⁵ Por lo que respecta a los ascendientes, tendrán derecho a una legítima que será igual a la mitad de todos los bienes del testador.

Por lo que respecta al Fuero de Ayala, que se aplica en determinados términos municipales del norte de Álava, son los únicos territorios en los que existe una absoluta libertad de testar. Y en relación a los municipios de Guipúzcoa,⁵⁶ se intenta facilitar la transmisión familiar del caserío indiviso permitiendo su entrega indivisa a uno sólo de los herederos, llegando incluso a excluir el valor de dicho caserío del cómputo de la legítima en el caso de que el beneficiario sea legitimario.⁵⁷

2.5 Navarra

La legítima navarra⁵⁸ es muy peculiar, pues consiste en la atribución de unos sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes

⁵⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La sucesión forzosa. Estudio sobre las legítimas y las reservas en el Derecho común y foral*, Comares, Granada 2004, p. 35. Además este autor afirma que la razón de esta legítima se encuentra en la necesidad de mantener indiviso el caserío familiar, adjudicándose a uno de los descendientes y apartando a los demás.

⁵⁶ De acuerdo a la modificación de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco llevada a cabo por la Ley del Parlamento Vasco 3/1999 de 16 de noviembre.

⁵⁷ FERNÁNDEZ HIERRO, M., *La sucesión forzosa...* op. cit. p. 139 y ss.

⁵⁸ Está recogida en las Leyes 267 y 268 de la Compilación de Derecho Civil de Foral de Navarra.

comunes por inmuebles. No tiene contenido patrimonial exigible, ni atribuye la cualidad de heredero al legitimario, quien tampoco podrá ejercitar las acciones propias del mismo ni responderá de las deudas hereditarias. Por lo que atañe a los legitimarios, tendrán tal condición los hijos, y en defecto de los mismos, sus descendientes de grado más próximo. El cónyuge viudo no se considera legitimario, pero si tendrá derecho a un usufructo.

2.6 Galicia

A partir de la última reforma, llevada a cabo por la Ley 2/2006, posee un sistema legitimario propio y completo, sin remisiones al Código Civil que da lugar a una mayor libertad de testar. Se reduce la cuantía de la legítima, que pasa a ser únicamente un cuarto del valor del haber hereditario líquido distribuido a partes iguales entre cada hijo. También experimenta reducción la legítima del cónyuge viudo, pues tendrá derecho a un usufructo de la cuarta parte del haber hereditario cuando concurre con descendientes del causante o de la mitad si concurre con extraños. A su vez, los ascendientes dejan de ser considerados como legitimarios y pasa a serlo la pareja de hecho que cumpla determinados requisitos. La consecuencia principal es que se ha ampliado la libertad de testar, puesto que también los herederos pueden decidir pagar la legítima en bienes hereditarios o en metálico, aunque éste sea extrahereditario.⁵⁹

2.7 Baleares

⁵⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La sucesión forzosa...* op cit.. 143 y ss.

En Mallorca y Menorca, serán considerados legitimarios los hijos y descendientes, los padres y el cónyuge viudo. La legítima de los hijos y descendientes es de cuantía variable en función del número de hijos, siendo la tercera parte del haber hereditario cuando fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si fueren más de dicho número. A falta de éstos, serán legitimarios los padres (por naturaleza, adopción...), quienes tendrán derecho a la cuarta parte del haber hereditario y finalmente el cónyuge viudo, que tendrá un derecho de usufructo variable en función de con quienes concurra en la sucesión. En los territorios de Ibiza y Formentera, serán legitimarios los hijos y descendientes y los padres, dejando a un lado al cónyuge viudo. La legítima de los primeros es igual a la existente en Mallorca y Menorca, mientras que la de los padres se va a regir por lo dispuesto en el Código Civil.⁶⁰

Como se puede observar, y en conclusión, en las legislaciones forales también se aprecia una tendencia a la reducción de la legítima, como ocurre con la disminución de su cuantía en Aragón o Galicia, o la clara tendencia a la desaparición en Cataluña. En aquellas legislaciones forales como el Fuero de Vizcaya cuya legítima es elevada, se tiende a su modificación a la baja, más acorde con las nuevas necesidades sociales. Aunque sólo de una forma testimonial, en algunas legislaciones se consagra la libertad de testar, pues no existen legítimas efectivas, como en el Fuero de Ayala.

3 LA REVISIÓN DEL SISTEMA DE LEGÍTIMAS

3.1 La necesaria adaptación del sistema de legítimas a las necesidades actuales

⁶⁰ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *La sucesión forzosa...* op. cit. p. 150.

Por suerte, la esperanza de vida en nuestro país ha incrementado en los últimos años y esto ha hecho que la institución de la legítima no cumpla en muchos casos con las nuevas necesidades sociales y familiares. Hoy en día, en la mayor parte de los casos, los hijos que suceden a sus padres, ya no son menores ni necesitan de las herencias de sus padres para poder subsistir salvo en ocasiones excepcionales como, por ejemplo, padecimiento de alguna discapacidad o resultar damnificados por una crisis económica. Ahora esos hijos ya son personas maduras y cuentan con sus propios recursos para subsistir, a esto debe sumarse, el profundo cambio que han sufrido las estructuras familiares, ya que han pasado de ser estructuras extensas con un gran número de miembros a ser unas estructuras muy reducidas y en muchos casos fraccionadas. Además, la riqueza ya no proviene de la contribución en grupo sino de la aportación individual de cada uno.⁶¹

Por lo tanto, hace falta una reforma imprescindible y necesaria en el sistema legitimario español. Sin embargo, nuestro país ofrece una ventaja muy importante, que es la pluralidad legislativa en el ámbito civil, donde podemos encontrar desde legítimas amplias pagaderas, a otras cortas que tienen la consistencia de un simple derecho de crédito; desde legítimas individuales a legítimas colectivas, renunciables por los potenciales beneficiarios aun en vida del causante, a otras que solo pueden serlo tras su fallecimiento. Es más, incluso algunos regímenes de Derecho civil propio contienen una ausencia casi absoluta de restricciones legitimarias, ya que se reconoce la plena libertad de testar.

No obstante y en relación con lo anterior, nadie puede asegurar que en lugares de España donde las legítimas son más débiles o donde ni siquiera las hay, las personas tengan un sentido más individualista de la propiedad de los bienes. No viene mal recordar que, tanto los sistemas españoles de libertad de testar (Navarra), como los que imponían límites legitimarios (Cataluña), o en otro caso las legítimas colectivas (País Vasco, Aragón) constituyeron una pluralidad de sistemas que

⁶¹ GALICIA AIZPURUA.G “En torno a la revisión de las legítimas” *InDret* op.cit p.6

garantizaba la continuidad de la casa o finca dentro de la familia como medio de subsistencia. Por lo tanto históricamente dichos regímenes también han tenido en cuenta la idea de continuidad y solidaridad entre generaciones como base de la herencia.

Aunque parece que, dados los factores sociales expuestos, es aconsejable una modificación del sistema de legítimas en el sentido de avanzar hacia una mayor libertad de testar, existen tres factores que afectan a la ausencia de reformas en la institución: el primero, la falta de propuestas de reforma que ayuden a conducir la discusión; el segundo, la naturaleza nuclear de las legítimas, que hace muy difícil su tratamiento por separado, y el tercero, el aferramiento al propio sistema, que es producto tanto de la experiencia personal como de la conciencia colectiva en la sociedad que ha sido forjada durante muchos años⁶².

Tampoco existe una posición unánime sobre la conveniencia de modificación del sistema de legítimas. Las posturas que se oponen a la eliminación de la legítima y la consagración de un sistema de libertad de testar argumentan que ello podría provocar cierto rechazo social, pues podría considerarse en ocasiones como la posibilidad de los padres de despojar a sus hijos de todos sus bienes y regalarlos a terceros de forma caprichosa. Asimismo se señala que el sistema de legítimas aporta seguridad a la familia del causante, ya que es más simple y previsible, y además, es un mecanismo para evitar que personas ajenas a la familia del causante mediante manipulación puedan tergiversar en los últimos años la voluntad del causante, ya que hoy en día desgraciadamente es muy frecuente que se aprovechen de la dependencia emocional y psicológica de las personas mayores para captar los bienes destinados a la familia. En un estudio se demuestra que: en el año 2015 había 4.584.200 hogares unipersonales en España, de esta cifra 1.859.800(40,6%) correspondían a personas de más de 65 años que vivían solas. De esas personas,

⁶² GALICIA AIZPURUA.G “En torno a la revisión...” op.cit p.8.

un 72,9% estaban formados por mujeres (1.356.200 hogares). Entre personas de 85 y más años vivir en soledad es lo más común (34,2%)⁶³.

3.2 Constitucionalidad de la modificación del sistema de legítimas

A la vista de las tendencias expuestas que propugnan una revisión del sistema de legítimas tendente a una reducción de las mismas o incluso a su posible desaparición, cabría plantearse previamente si la legítima es un derecho protegido por la Constitución Española.

Lo cierto es que se reconoce un derecho constitucional a la herencia, regulado en el art. 33.1 CE⁶⁴ junto con el derecho a la propiedad privada. Ese derecho a la herencia se podría considerar como un derecho constitucional pero no fundamental y va a permitir la libertad de testar en cuanto a la posibilidad del causante de decidir acerca del destino de su patrimonio para después de su muerte. Otro precepto importante en relación con las legítimas es el art. 39.3 CE, donde se establece que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*. Esta consagración constitucional de la protección tiene relevancia por su relación con el fundamento de la legítima basado en el deber de asistencia mutua entre parientes.⁶⁵

No obstante, en la Constitución no existe un precepto que expresamente contemple un derecho constitucional a la legítima.⁶⁶ Una de las razones que llevan a tal conclusión es que en algunas de las legislaciones forales que se integran en el

⁶³ Fuente: nota de prensa del INE de 6 de abril de 2016 sobre *Encuesta continua de hogares. Año 2015*

⁶⁴ Art. 31.3 CE: *“Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.”*

⁶⁵ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *“El derecho a la propiedad privada y a la herencia, Función y Límites”*. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada 2002, p. 279.

⁶⁶ VAQUER ALOY, R., *“Algunas reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”*, *InDret* 2007/3., p. 14.

ordenamiento jurídico español, como se ha comprobado con anterioridad, las legítimas no existen, por lo que en caso de entender que la legítima es un derecho constitucional, dichas leyes serían inconstitucionales.⁶⁷

Sin embargo, tal vez sería complicado plantear una supresión de la legítima del Código Civil, ya que aunque no se encuentre recogida de forma expresa en la Constitución Española, la supresión total de las legítimas podría vulnerar el deber de protección a la familia que si se encuentra consagrado constitucionalmente. Tal vez lo más conveniente sería una reducción de la legítima del Código Civil y la consiguiente ampliación de la libertad de testar del causante. En ese sentido pasamos a exponer una propuesta en ese sentido llevada a cabo por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC).

3.3 Mención de la propuesta de la APDC.

Para poder presentar nuevas y posibles alternativas a la legítima hay que hacer referencia al borrador de regulación de un nuevo sistema legitimario para el CC español elaborado en el seno de la Propuesta de Código Civil (PCC) que se sigue en la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC).⁶⁸

En este borrador se ha seguido en todo momento el criterio de la mínima intervención posible, aunque se pretende introducir mejoras que se consideran indispensables por los estudiosos del Derecho que lo han elaborado, dados los

⁶⁷ Esas legislaciones, como antes se ha expuesto, son el Fuero de Ayala, donde existe una libertad de testar absoluta, o la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra donde se establece una legítima formal sin contenido patrimonial exigible.

⁶⁸ Ese borrador se integra dentro de un plan más amplio que comprende la revisión de la totalidad del Derecho sucesorio del CC, cuyo resultado fue aprobado en asamblea celebrada en Aranjuez el 20 de mayo de 2017, con ocasión de la celebración de las XIX Jornadas de la Asociación.

tiempos que corren⁶⁹. El criterio ha sido, en todo caso, la ampliación de la libertad de disposición del causante y la suavización de las legítimas.

En ese sentido, como primera medida de esta serie de reformas, encontramos una importante reducción de la cuantía de la legítima, pasaría de ser de los dos tercios actuales a la mitad computable, distinguiéndose dentro de ella un cuarto destinado a mejora. Sin embargo, dado que actualmente encontramos en nuestra sociedad muchos casos en los que los padres solamente tienen un hijo, se ha decidido minorar la legítima del descendiente único a un tercio, salvo en los casos en los que concurren a la sucesión con el cónyuge viudo del descendiente causante, casos en que serían de un cuarto.

En segundo lugar, se establece un límite temporal en el orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, lo que simplifica el cálculo de la legítima. Se establece el límite en veinte años por dos razones: primera, porque es más comprensible en un régimen que todavía recoge una legítima fuerte, y segunda, porque en nuestro país la esperanza de vida se ha incrementado en las últimas décadas y la población española muere más tarde, es decir unos veinte años antes de la fecha de fallecimiento, cuando el causante acumula más riqueza⁷⁰. De esta forma, las donaciones realizadas en esos veinte años anteriores a la fecha de la sucesión, se computarán con independencia de quien sea favorecido.

Con el ánimo de ampliar el margen de libertad de disposición *mortis causa*, se prevé, entre otras medidas, que en caso de concurrencia entre viudo y descendientes, el usufructo de aquel grave la legítima de éstos, quedando intacta la porción libre.⁷¹

⁶⁹ GALICIA AIZPURUA.G “En torno a la revisión de las legítimas” *InDret* op.cit p.20

⁷⁰ Según datos del INE obtenidos a partir de la encuesta financiera de las familias (EFF) del banco de España en base a las publicaciones de los años 2005, 2008, 2011, tanto la riqueza media como la riqueza mediana se elevan con la edad, alcanzando sus valores máximos en los hogares con cabeza de familia de 55 a 64 años, con un valor de 235.000€ para la riqueza mediana y 410.500€ para la riqueza media a finales del año 2011(Fuente: *Indicadores de calidad de vida por dimensiones. Riqueza neta de hogares*)

⁷¹ En resumen, la protección de la legítima está sometida a la disciplina general que contiene el Libro Sexto de la propuesta (art. 612-1, 620-2, 620-3).

Por otro lado, y en relación asimismo con la figura del cónyuge viudo, no se ha observado ningún impedimento para mantener su legítima en forma de usufructo tal y como lo establece el CC, aunque se permite su ampliación de forma expresa a voluntad del causante, aun gravando la legítima de los descendientes. No se ha considerado oportuno alterar el derecho de esta figura ya que haya participado o no en la generación de riqueza en el matrimonio.

Sin embargo, se ha descartado la introducción de la ausencia de relación familiar como causa de desheredación. Y ello porque se entiende que el aumento de la libertad de testar no puede producirse a costa de una mayor judicialización e inseguridad de las relaciones familiares. Si la finalidad es dotar de más libertad al causante para en el caso de que no habiendo relación con sus parientes pueda no asignarles nada, en coherencia lo que debería defenderse es la desaparición de la legítima.⁷² Podría haberse dado otra solución que habría sido invertir la regla del art. 850 CC de forma que el desheredado sea el que tenga que probar la inexistencia de la causa alegada por el causante, pero esa tarea puede ser muy difícil para el legitimario, pues se trata de la inexistencia de hechos a menudo vagos e imprecisos.

Por último, tampoco se recoge en la propuesta de reforma la renuncia anticipada a la legítima mediante pacto sucesorio celebrado con el causante porque, además de resultar ajeno a la tradición jurídica de la mayor parte de territorios sujetos a CC, puede constituir un problema de cara al mantenimiento de la facultad de mejorar⁷³.

V. CONCLUSIÓN

A modo de recapitulación hay que empezar señalando que existe un principio básico en nuestro ordenamiento jurídico en materia sucesoria que es el de libertad

⁷² GALICIA AIZPURUA G., op. cit. p. 21

⁷³ GALICIA AIZPURUA G., op.cit p.22. El autor recoge el texto del borrador presentado dentro de la PCC, en la sección primera del capítulo VII (De las legítimas y otros límites a la libertad de disposición por causa de muerte), título VI (De las sucesiones), libro IV (De los modos de adquirir la propiedad).

de testar, que consiste en la libertad que tienen las personas para poder decidir el destino, en el momento de su muerte, de los bienes que han adquirido a lo largo de su vida. Dicha libertad, sin embargo, tiene una serie de límites, y el más importante de ellos es la existencia de un sistema de legítimas que protege a los herederos forzosos. Por tanto, sólo existirá libertad absoluta de testar en el caso de que no existan legitimarios. No obstante, de algún modo, la libertad de testar siempre estará presente, ya sea parcial o totalmente, dependiendo de la legítima. También es oportuno el análisis de los límites del testador a la hora de establecer condiciones en el testamento. El debate sobre la libertad de testar no es un tema nuevo en el ámbito del Derecho Civil, aunque en la actualidad se ha vuelto a plantear debido a una serie de reformas legislativas, ya vigentes o en proyecto, tanto en el marco de los Derechos forales como en algunos países de nuestro entorno. En ese sentido, tanto estas últimas modificaciones legales como la doctrina muestran una postura más favorable a la libertad de testar que la existente hasta el momento.

Históricamente, la libertad de testar tiene su consagración en el Derecho Romano, vigente en la península como Derecho Romano vulgar. Con posterioridad y por influencia del Derecho Germánico, se establece la legítima visigótica en los cuatro quintos de la herencia. En los territorios forales, sin embargo, la libertad de disposición se va desarrollando hasta el punto que en algunos fueros se puede disponer con libertad de todo el patrimonio. Por su parte, una visión general del Derecho comparado permite llegar a la idea de que, en general, en Europa los ordenamientos no son favorables a la libertad de testar, ya que no se reconoce la libertad absoluta en ninguno de ellos. El ordenamiento jurídico español pertenecería al grupo de los sistemas legitimarios clásicos, que provienen del Derecho Romano y por lo tanto establecen un sistema de legítimas, al igual que Francia e Italia. Otro grupo de países (como los anglosajones) recogen la libertad de testar, pero no absoluta, y por último otro grupo intermedio de ordenamientos sólo reconocen derecho a la legítima en caso de necesidad (Rusia).

Una manifestación más de la libertad de testar lo constituyen las condiciones que el testador puede imponer (art. 790 CC). Pero no cualquier condición puede ser incluida en el testamento, ya que no lo pueden ser las imposibles y las contrarias a la ley. Tampoco pueden afectar, en ese sentido, a los derechos fundamentales de la persona cuya eficacia es horizontal en todo el ordenamiento jurídico. De este modo, hay que plantearse la afectación del derecho a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación por razón de raza, sexo, religión o filiación. Si la condición establecida por el testador vulnera alguno de estos derechos o libertades, (con las debidas matizaciones, porque habrá que analizar los verdaderos motivos de la condición) como tal es ilícita y debe tenerse por no puesta.

Respecto al fundamento de la legítima, esta institución tradicionalmente se ha apoyado en la idea de familia y en la solidaridad intergeneracional. Existe un deber familiar de asistencia mutua que el afecto establece entre parientes cercanos. Y por otro lado, ese apoyo mutuo se manifiesta entre familiares que pertenecen a distintas generaciones. Sin embargo existen cuestiones sociológicas como el hecho de que hoy en día los hijos tengan edades maduras en el momento del fallecimiento de sus progenitores debido a la esperanza de vida actual, el que éstos ya han invertido en su formación, el profundo cambio que han sufrido las estructuras familiares, que han pasado a ser mucho más reducidas y a menudo fraccionadas, hace que debemos plantearnos la vigencia de la familia y de la solidaridad intergeneracional como fundamentos de la legítima, o incluso la necesidad de la misma.

Como hemos visto, el Código Civil declara en su art. 658 la supremacía de la voluntad por encima de la designación legal de los sucesores en los bienes y relaciones jurídicas transmisibles. Pero a su vez, se mantiene intacto el principio de la intangibilidad de la legítima. Se establece un sistema de tercios por el que hay una cuota fija cualquiera que sea el número de legitimarios que son los contemplados en el art. 807 CC. Se puede destacar, sin embargo, una progresiva ampliación de la libertad de testar a través de la posibilidad de pago en metálico

de la legítima incluso con dinero extrahereditario, o permitiendo la sustitución fideicomisaria a favor del descendiente judicialmente incapacitado. En las legislaciones forales se confirma la tendencia a una reducción de la legítima, como ocurre con la disminución de su cuantía en Aragón o Galicia, o la clara tendencia a su desaparición en Cataluña. En aquellas que recogen una legítima muy elevada (Fuero de Vizcaya), también los expertos indican que debe ser modificada puesto que no es acorde a las nuevas circunstancias económicas y sociales. Hay que añadir a ello que en algunas de estas legislaciones, la legítima es inexistente, y por lo tanto se consagra la más plena libertad de testar, como en el Fuero de Ayala.

La falta de adaptación del Código Civil a los cambios estructurales de la sociedad es uno de los argumentos de los partidarios de una reforma que tenga por objeto la eliminación o al menos disminución de las legítimas. En relación al modo en el que podría llevarse a cabo dicha reforma, tal vez, como se ha señalado por la doctrina, debería haber una reducción cuantitativa de la legítima, por lo que la cuota legitimaria en todo el ordenamiento debería minorarse. Desde esa óptica, sería conveniente también regular una legítima colectiva, ya que incrementaría considerablemente la libertad de testar del causante de modo que este podría elegir de entre sus legitimarios a quien favorecer más o menos, porque, podría o dejarle todo a uno o repartirlo de manera igual a todos ellos. Esas medidas serían constitucionales, pero quizás es más complicado plantear la supresión total de las legítimas porque podría vulnerar el deber de protección a la familia que si se encuentra consagrado constitucionalmente. Una de las propuestas más importantes del sistema legitimario, es el borrador elaborado en el seno de la Propuesta de Código Civil (PCC) que se presenta por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) que propugna la reducción de la cuantía de la legítima, que pasaría a ser de los dos tercios actuales a la mitad, distinguiendo en ella un cuarto destinado a mejora. Si se trata de un descendiente único se reduce a un tercio salvo que concorra con el cónyuge viudo, en el que se reduciría a un cuarto. Esta junto con

otras medidas contempladas en el borrador, tienen como objetivo ampliar el margen de libertad de testar del causante, dentro de la tendencia general que como se ha visto, se propugna desde amplios sectores de la doctrina con el ánimo de adaptar nuestro Derecho Civil a los tiempos en el los que sus normas han de ser aplicadas.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Edisofer, 2005, Madrid, p. 239.

CAMARA LAPUENTE S., En (coord. Pérez Álvarez) *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de sucesiones*, Colex Madrid 2013

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Autonomía privada y Derecho de Sucesiones”, *Consejo General del Notariado. Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, t. I , Madrid 2012.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, L. “El condicionamiento en los negocios *mortis causa*” en *Estudios homenaje a al Prof. Jose Maria Miquel*, T. 1 Thomson Civitas, Madrid 2014, p. 150.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La sucesión forzosa. Estudio sobre las legítimas y las reservas en el Derecho común y foral*, Comares, Granada 2004,

FERNÁNDEZ-HIERRO, M., FERNÁNDEZ HIERRO, M^a. “Panorama legislativo actual de la libertad de testar”, *Boletín JADO*, Bilbao, nº19, mayo 2010, pp. 17 y ss.

FERRER RIBA, J. “El nuevo derecho catalán de sucesiones”, *InDret*, 7/2008, pp.1 y ss.

FOLLIA CAMPS, R., en ROCA TRÍAS (coord.) *Sucesiones*, Sepin . Madrid, 2011, pp. 276 y ss.

GALICIA AIZPURUA.G “En torno a la revisión de las legítimas” *InDret* 10/2017 pp.6 y ss.

LACRUZ BERDEJO *Elementos de Derecho Civil, Vol. V Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2007.

LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., “El derecho a la propiedad privada y a la herencia, Función y Límites”. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada 2002, pp. 279 y ss.

RAGEL SANCHEZ, L.F., “Arts. 807 y 808 CC”, *Comentarios al Código Civil T. IV* (Arts. 588 a 818), Tirant Lo Blanc, Valencia 2013, pp. 5836 y ss.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1997, pp.84 y ss.-

SERRANO GARCÍA, J.A., “La reforma de la legítima aragonesa, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Civitas, Madrid 2003.

TORRES GARCÍA, T., GARCÍA RUBIO *La libertad de testar: El principio de igualdad la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación coloquio Europeo 2014, pp. 99-101

VALLET DE GOYTISOLO, J.B, “Artículo 807”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid,p.1977.

VAQUER ALOY, A., “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *InDret*, 7/2015, pp. 4 y ss.

VAQUER ALOY, R., “Algunas reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret* 2007/3., p. 14.

VAQUER ALOY.A “Acerca del fundamento de la legítima” *InDret* 10/1017, p. 5