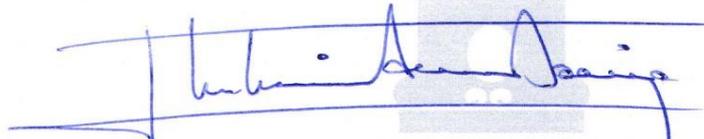


VISTO BUENO DEL O DE LA TUTOR DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

El Profesor **Dr. Antonio Aznar Domingo**, como Tutor del Trabajo Fin de Máster titulado “**EL TESTAMENTO Y LAS LEGÍTIMAS**”, realizado por la Graduada en Derecho **Dña. Patricia González Afonso**, **INFORMA FAVORABLEMENTE** el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

En cumplimiento de lo previsto en la normativa que regula la asignatura de Trabajo Fin de Máster, se propone la calificación de **NOTABLE (8)**, en atención a la profundidad del tema tratado, sistemática utilizada y consultas jurisprudenciales y bibliográficas realizadas.

En San Cristóbal de La Laguna, a 29 de enero de 2021.



Fdo.: Dr. Antonio Aznar Domingo.



FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN ABOGACÍA
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA
2020/2021
CONVOCATORIA DE ENERO

EL TESTAMENTO Y LAS LEGÍTIMAS

THE TESTAMENT AND THE LEGITIMATE

Realizado por la alumna Dña. PATRICIA GONZÁLEZ AFONSO

Tutorizado por el profesor Dr. ANTONIO AZNAR DOMINGO

ABSTRACT

In the development of this work, the characteristics of inheritance mortis causa, wills and legitimate ones will be exposed in a theoretical and practical way, making special reference to those points of debate or the most problematic in the Spanish legal system, and taking into account the current vicissitudes of successions.

An analysis will be made of the main inheritance systems from the point of view of different authors of Civil Law and the influence of each of them on Spanish inheritance law will be exposed. I will develop the characteristics of testamentary forms, the institution of heir and disinheritance, among other things. And finally, I will address in the writing the discussion and debate that takes place around the legitimate system, its calculation and other aspects of interest.

RESUMEN

En el desarrollo de este trabajo se expondrá de forma teórico práctica las características de las sucesiones mortis causa, los testamentos y las legítimas haciendo especial referencia a aquellos puntos de debate o de mayor problemática en el ordenamiento jurídico español, y atendiendo a las vicisitudes actuales de las sucesiones.

Se hará un análisis de los principales sistemas sucesorios desde el punto de vista de distintos autores del Derecho Civil y se expondrá la influencia de cada uno de ellos en el derecho sucesorio español. Desarrollaré las características de las formas testamentarias, la institución de heredero y la desheredación, entre otras cosas. Y finalmente, abordaré en la redacción la discusión y debate que se desarrolla en torno al sistema de legítimas, su cálculo y demás aspectos de interés.

ÍNDICE

I.- Introducción. Sucesiones mortis causa. Sistemas sucesorios. Tradición latina y anglosajona.....	5
II.- Testamento.....	10
2.1 Sucesión testada: concepto, caracteres y contenido.....	10
2.2 Clases de Testamentos. Especial referencia y análisis al testamento en caso de epidemia.....	12
2.2.1 Testamento abierto.....	12
2.2.2 Testamento cerrado.....	13
2.2.3 Testamento ológrafo.....	14
2.2.4 Testamento en caso de epidemia.....	15
2.3 Desheredación.....	18
III.- Legítima.....	25
3.1 Sucesión forzosa y libertad para disponer frente a los límites que impone la legítima.....	25
3.2 Calculo de la legítima e imputación de las donaciones.....	32
3.3 Legítima de los descendientes.....	34
3.4 Legítima de los ascendientes.....	37
3.5 Legítima del cónyuge viudo. Problemas prácticos del usufructo viudal y del usufructo universal a favor del cónyuge viudo.....	38
IV. Conclusiones.....	42
V. Bibliografía.....	45
VI.- Webgrafía.....	46
VII. Jurisprudencia.....	47

I.- Introducción. Sucesiones mortis causa. Sistemas sucesorios. Tradición latina y anglosajona.

La sucesión es un fenómeno jurídico consistente en el cambio del elemento subjetivo de una relación jurídica. Pudiéndose ser ésta inter vivos o mortis causa. La sucesión mortis causa podemos definirla como como la sustitución o subrogación de una persona en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles que corresponda a otra en el momento de su muerte o en bienes y derechos dejados por el difunto.

Las sucesiones mortis causa son la que son objeto de regulación por el Derecho de sucesiones que es la parte del Derecho privado que regula el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de la persona física cuando muere.

Ha de ser una persona física, puesto que si bien las personas jurídicas pueden ser sucesoras mortis causa, no pueden ser transmitentes mortis causa, puesto que cuando se da el supuesto de disolución se tiene previsto por la legislación un régimen específico para la liquidación.

En la descripción del objeto y contenido del derecho sucesorio es coincidente el criterio de diversos autores. Puig Brutau resume las ideas de algunos de ellos. *El romanista Fritz Schulz “Las normas que regulan el destino legal de los derechos y obligaciones que no se extinguen a la muerte de su titular, forman el Derecho de sucesiones por causa de muerte”. Escribe ESPÍN que “es el conjunto de normas que regulan la sucesión en las relaciones jurídico privadas, transmisibles, de que era titular una persona fallecida. José Luis Lacruz, en las anotaciones al Derecho de sucesiones de Julius Binder, estima aplicable al Derecho Español la definición de este autor alemán: “Por Derecho sucesorio se entiende el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho Privado, regulan el destino del patrimonio de una persona después de su muerte. En su derecho de sucesiones dice el mismo LACRUZ: “el derecho de sucesiones es aquella parte del Derecho privado que regula el destino del patrimonio de un persona para después de su muerte”.¹*

Podemos distinguir varios sistemas sucesorios, que pretenden enlazar los intereses de los herederos y acreedores del causante, así diferenciamos el sistema

¹ Puig Brutau. J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1975, p. 7.

anglosajón, el germánico y el latino. En el primero de ellos se liquida el patrimonio del causante a su muerte, ocupándose de pagar las deudas el administrador o ejecutor o, en su defecto, la autoridad judicial. Una vez liquidado el patrimonio estos órganos entregan el remanente a los herederos, no respondiendo por lo tanto de las deudas del causante, ya que éstas se hacen efectivas durante la liquidación patrimonial.

En el sistema germánico los herederos adquieren de forma directa los bienes y derechos a la muerte del causante, sin necesidad de aceptación pero sin perjuicio de poder repudiar la herencia.

El sistema latino es el nuestro y proviene del Derecho Romano. El heredero sucede al causante, tanto en las relaciones activas como pasivas y ocupa la misma posición jurídica que ostentaba respecto a cada una de las relaciones sobre las que opera la sucesión. Por lo tanto, el heredero se subroga en la misma posición jurídica del causante sucediéndolo por el hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; siendo necesario en todo caso que el heredero acepte la herencia.

Para apreciar a grandes rasgos la diferencia entre el Derecho sucesorio de base romana y el anglosajón RHEINSTEIN señaló que el Derecho civil de base latina (*civil law*) regula el Derecho partiendo de la estimación de que la muerte del causante es un hecho que no afecta a la relación entre el crédito y la deuda por lo que esta subsiste con un deudor nuevo que es el heredero, subrogado en la misma posición que el deudor anterior o sujeto pasivo de la obligación, el causante; afirma que el *common law* considera que el fallecimiento del causante señala el momento oportuno para satisfacer las deudas y para extinguir el pasivo de su patrimonio a base del activo. Con ello, el sistema romanista funda el Derecho sucesorio en la posición jurídica que ocupaba el causante, que se mantendrá colocando al heredero en ese lugar; el sistema anglosajón entiende que los sucesores no pueden ser más que unos destinatarios del saldo activo que reste una vez liquidado el patrimonio hereditario.²

Podemos entender que la formula romana tendremos que el fallecimiento del sujeto deberá producir un efecto primordial de que una o varias personas pasen a ocupar su lugar. Consecuencia de ello será la adquisición *per universitatem*.

² Rheinstein M., *The law of Decedents Estates*, 2ª Edición, Indianapolis, 1955, p. 10 y ss, 562 y ss, 697 y ss.

Dice SCHULZ que en Derecho romano clásico la sucesión significaba “ocupar el lugar que antes correspondía a otra persona; la sucesión de heredero *in locum o in ius defuncti*, añade que en este supuesto se entiende que el heredero ocupa la posición jurídica del difunto. Así, es el *successor* quien adquiere en bloque los derechos y las obligaciones del *cuius*, en la medida en que subsistan después del fallecimiento.³

Por otro lado, Max KASER afirma que la expresión *succedere in locum* y *succedere in ius*, no tiene necesariamente que significar que por sucesión se adquiriera un derecho subjetivo, sino que se pasa a ocupar una posición jurídica. Y matiza que el ocupar esa posición no supone la existencia de unidad de persona entre el causante y el heredero.⁴

Cuando existe una o varias personas herederos del patrimonio del causante, con derecho a convertirse en sujetos activos y pasivos de las relaciones jurídicas transmisibles se produce la conversión del patrimonio del causante en herencia. Se refleja en ese momento la creación de un derecho subjetivo distinto de los que correspondían al causante sobre cada objeto de su patrimonio. Este derecho a realizar la adquisición en bloque se denomina derecho hereditario del sucesor universal. Por ello es ajustado afirmar que, más de un fenómeno de adquisición se trata, en realidad, de una sustitución de titular.⁵

Dice ROCA SASTRE que “la expresión *sucesión hereditario* significa el fenómeno de subrogarse los herederos en los derechos y obligaciones del causante”.⁶ De otro modo define CASTÁN a la herencia describiéndola como “la continuación o sucesión, por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas patrimoniales, activas y pasivas, de un sujeto fallecido, que no se extinguen por su muerte; sucesión que produce también ciertas consecuencias de

³ Schulz, *Derecho Romano Clásico*, traducción española de Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, p.213-215.

⁴ Kaser. M., *Das römische Privatrecht I*, Munich, 1955, p564 y ss.

⁵ Roca Sastre. R.M. *Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de Kipp*, Barcelona, 1951, p.13.

⁶ Roca Sastre R.M. *Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de Kipp*, Barcelona, 1951, p.13 y ss.

carácter extra patrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos”.⁷

Como se ha puesto de manifiesto por LACRUZ el fenómeno de la sucesión universal no implica que deba quedar unificado el patrimonio transmitido, ni tampoco convertirse en un objeto independiente. La adquisición de una pluralidad de relaciones jurídicas es un fenómeno independiente. La herencia se unifica para finalidades concretas tales como garantizar el pago de las deudas y el cumplimiento de las obligaciones hereditarias.⁸

Si hay certeza de muerte de la persona se produce la apertura de la sucesión en sus bienes, derechos y obligaciones. Además, regula el Código civil que al quedar firme la declaración de fallecimiento se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato o, extrajudicialmente. Pero en tal caso, los herederos y los legatarios quedan sujetos a las limitaciones que señalan los párrafos segundo y tercero del artículo 196 del Código Civil.⁹ Muerte natural y declaración de fallecimiento son los únicos cauces para que se determine la apertura de la sucesión. Se trata de una regulación jurídica establecida para el caso de muerte, real o presunta, de la persona natural.

Con ello y al respecto de la aceptación por parte del llamado dice ROCA SASTRE que “mientras el heredero llamado no acepta la herencia a su favor deferida, no es heredero ni siquiera provisional; a lo más cabría calificarle de heredero electo. Por el mero hecho de la delación, el llamado a ser heredero sólo adquiere aquel derecho a ser efectivamente heredero mediante la aceptación, de no preferir repudiarlo; es el llamado *ius delationis*”.¹⁰

Según LACRUZ BERDEJO el llamado a la herencia “no es propietario de las cosas hereditarias ni titular de los créditos y deudas, mientras no acepta”. Mientras está llamado y todavía es libre de aceptar o no la herencia, no es heredero ni tampoco con carácter provisional, pues en nuestro Código Civil no se recoge esa provisionalidad del

⁷ Castán Tobeñas. J., *La concepción estructural de la herencia*, Madrid, 1959, p.89.

⁸ Lacruz Berdejo. J.L., *Anotaciones al derecho de sucesiones de J. Binder*, Barcelona, 1953, p.19 y ss.

⁹ Serrano. I., *La ausencia en el Derecho Español*, Madrid, 1943, p.408.

¹⁰ Roca Sastre R.M. *Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de Kipp*, tomo I, Barcelona, 1951, p. 286.

heredero. “No cabe distinguir una adquisición provisional de la herencia por el heredero y otra definitiva, pero sí dos periodos en la adquisición, el que va de la apertura de la sucesión a la aceptación, y otro que comienza con éste”.¹¹

A base de los criterios expuestos por ROCA SASTRE y LACRUZ BERDEJO podemos llegar a la conclusión de que el llamado a la herencia se caracteriza por, en primer lugar que no puede demandar por razón de créditos a favor de la herencia ni ser demandado por lo que ostenten contra la misma. No se trata solo de que no pueda demandar; lo que sucede es que si ejercita esa acción para con la herencia, dejará de ser un llamado a la misma porque ese acto implicaría la aceptación. Y, en segundo lugar, puede limitarse a realizar en los bienes hereditarios actos de conservación o administración provisional sin perder la cualidad de llamado a la herencia, pudiendo por lo tanto, aceptar o repudiar.

Ante este escenario se puede dar la particularidad que el llamado puede morir y aquí se plantea el interrogante de si su heredero adquiere, con la herencia del segundo causante, la herencia del primero, o si únicamente adquiere el correspondiente *ius delationis*.¹²

Nuestro Código Civil en el artículo 1006 dispone que “por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”. Es por esto que, si el primer llamado tenía que aceptar o repudiar para convertirse en heredero o para que no pudiese serlo, sin lugar a dudas la expresión “el mismo derecho que él tenía” será que les permita a los suyos aceptar o repudiar. Este es el llamado *ius transmissionis* que significa la perduración de los efectos del llamamiento al morir el llamado sin aceptar ni repudiar.

ROCA SASTRE sostiene que “es aquel derecho que tienen los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación hereditaria futura, y en virtud del cual aquéllos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, es decir, el *ius delationis* atribuido a éste”.¹³

¹¹ Lacruz Berdejo. JL, *Anotaciones al derecho de sucesiones de J. Binder*, Barcelona, 1953, p.176 y 177.

¹² Roca Sastre R.M. *Estudios de derecho privado*, II, Madrid, 1948, p.5, 16 y 229.

¹³ Roca Sastre R.M. *Estudios de derecho privado*, II, Madrid, 1948, p. 294.

II.- Testamento

2.1 Sucesión testada: concepto, caracteres y contenido

Podemos distinguir cuatro maneras de deferirse la sucesión: testamentaria, intestada, mixta y contractual. En derecho común la última de las opciones está excluida y así la sucesión se defiere: - por la voluntad del hombre manifestada en testamento, que se llama sucesión testamentaria; a falta de este por disposición de la ley, lo que se denomina legítima. Ambos tipos de sucesión la testada e intestada son compatibles, ya que también se admite la sucesión mixta. En esta la sucesión se defiere en una parte por la voluntad de la persona y en otra parte por disposición legal. Cuando en el testamento no se incluye institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponde al testador, la sucesión legítima tiene lugar solamente respecto de los bienes de los que no haya dispuesto.

El testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos (artículo 667 del Código Civil). En la doctrina se dan varias definiciones que se pueden encuadrar en dos tipos: el concepto general, donde se considera al testamento como el acto por el cual el hombre manifiesta su voluntad para que sea cumplida después de su muerte; y, el concepto detallado, por el que se entiende el testamento como un negocio jurídico unilateral, personalísimo, solemne y esencialmente revocable, en virtud del cual una persona física, con capacidad suficiente, según su arbitrio y las normas legales, dicta disposiciones para después de su muerte.

Del ámbito legal y doctrinal podemos concluir que el testamento es un acto por el que se dispone para después de la muerte fundamentalmente de los bienes.

El testamento tiene las siguientes características: es mortis causa y unilateral (artículo 667 Código civil); otorgado por una sola persona, es por ello que quedan prohibidos los testamentos mancomunados, de esta prohibición se excluye el otorgado por aquellos a quienes su ley personal no se lo prohíbe, como es el caso de Navarra, País Vasco, Aragón, Galicia y Guipúzcoa; es personalísimo ya que no se puede dejar la formación del testamento, ni en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerlo por medio de comisario o mandatario. Sin embargo hay excepciones a esa regla; la posibilidad de que el testador encomiende a un tercero la distribución de las cantidades

que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, los pobres o los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquellas deben de aplicarse (artículo 671 Código Civil); que el testador pueda conferir en el testamento facultades al cónyuge para que pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (artículo 831 Código Civil); la sustitución pupilar y ejemplar, que implican que los padres puedan nombrar sustitutos a sus hijos menores de catorce años o judicialmente incapacitados por enajenación mental y siempre que se siga la tesis, actualmente sostenido por nuestro Tribunal Supremo de que la sustitución ordenada por el ascendiente comprende todos los bienes del descendiente respecto al que se nombra sustituto, por lo que se puede afirmar que es un verdadero testamento del descendiente otorgado por el ascendiente (artículos 775 y 776 del Código Civil); libre, es nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude (artículo 673 Código Civil); formal y solemne, es nulo el testamento en cuyo otorgamiento no hayan observado las formalidades establecidas en la norma (artículo 687 Código Civil); revocable, todas las disposiciones testamentarias son revocables salvo que el testador manifieste en ellas su voluntad o resolución de no revocarlas (artículo 737.1 Código Civil). Como excepción, el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo (artículo 741 Código Civil).¹⁴

El contenido del testamento lo constituyen las disposiciones de bienes del testador para después de su muerte. Sin perjuicio de que pueda contener otras disposiciones como las reguladas en el Código Civil: reconocer hijos (artículo 120 y 741); nombrar tutor testamentario para sus hijos menores o incapacitados y en su caso la compensación de frutos por alimentos (artículos 223 y 275); rehabilitar al indigno de suceder (artículo 757); nombrar albacea (artículo 892); disponer sobre sufragios y funerales (artículo 902.1); incluir normas sobre colación y partición (artículo 1035); variar la designación del beneficiario de un seguro de vida (artículo 84 LCS); revocar otro testamento anterior, en todo o en parte (artículo 738).

¹⁴ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p. 31 y ss.

2.2 Clases de Testamentos. Especial referencia y análisis al testamento en caso de epidemia.

Existen diversas clasificaciones del testamento, podemos diferenciar; según la persona ante quien se otorgue distinguimos entre testamentos públicos, aquellos donde la declaración de voluntad ha sido hecha ante persona investida de carácter oficial; testamento privado, aquel en el que el testador interviene solo en su realización como por ejemplo el testamento ológrafo. Según las circunstancias en las que se otorgue se puede dividir en: testamentos comunes los regulados para que sean otorgados en circunstancias normales siguiendo todas las formalidades y, testamentos especiales establecidos para situaciones de excepción. Con lo anterior se extrae que el testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado (artículo 676 Código Civil). Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Además en nuestro derecho civil se admiten otras formas de testar denominados testamentos comunes extraordinarios y son los siguientes: del incapacitado (artículo 665 Código Civil); de quien no sepa o no pueda firmar, del ciego, del enteramente sordo que no puede leer el testamento (artículo 697 Código Civil); del que no pueda expresarse verbalmente pero sí escribir (artículo 709 Código Civil); otorgado en lengua que el notario no conozca (artículo 684 Código Civil); otorgado en peligro de muerte (artículo 700 Código Civil) y; otorgado en tiempo de epidemia (artículo 701 Código civil)

Luego, después de exponer cuales son las formas testamentarias admitidas en nuestro derecho civil, procederé a estudiar de forma pormenorizada las formas testamentarias comunes, haciendo hincapié en el análisis y estudio del testamento otorgado en tiempo de pandemia.

2.2.1 Testamento abierto

El testamento abierto es aquel donde el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. En el testamento abierto podemos diferenciar dos modalidades: la modalidad notarial y la que se realiza ante testigos (modalidad excepcional).

Este tipo testamento tiene una serie de requisitos y formalidades. Al respecto del testador se estará a las reglas generales sobre su capacidad e identificación; si hablamos del testamento del incapacitado ésta sentencia deberá ser firme por lo que mientras no lo sea se presume la capacidad mental del testador. Debe de otorgarse ante notario habilitado para actuar en el lugar teniendo competencia territorial y material. Además al otorgamiento deben concurrir los testigos de conocimiento; los facultativos que reconocido al testador incapacitado y, el intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador a la lengua oficial del notario.

Para concederle el carácter formal que le corresponde el testador tiene que expresar su última voluntad al notario, éste lo redactará y leerá en alta voz y, si el testador manifiesta su conformidad se procederá a la firma del mismo. Por lo tanto para que el testamento abierto recoja las formalidades necesarias para su validez debe de presentar la manifestación de la voluntad del testador que se proporcionarán por escrito o mediante instrucciones con minuta. La redacción del notario debe ser clara, pura y precisa con la observancia al lenguaje y la severidad en la forma, como menciones especiales se exige la determinación del lugar, la fecha y la hora. El testamento debe ser leído siempre por el notario y sucesivamente por el testador. Para que sea totalmente válido debe de expresarse la conformidad y firma del testador, no bastando la afirmación de que se ha procedido a la lectura. El testamento deberá de estar autorizado por el notario con su firma y sello.¹⁵

Todas las formalidades descritas deben de producirse en el mismo acto que comienza con la lectura del testamento, no siendo lícita ninguna interrupción, además el notario dará fe de conocer al testador y de haberlo identificado debidamente.

2.2.2 Testamento cerrado

Cuando el testador sin revelar su última voluntad declara que esta se halla contenida en el documento que presenta a las personas que han de autorizar el acto se está formalizando un testamento cerrado. Este tipo de testamento no pueden otorgarlo

¹⁵ Vázquez Iruzubieta. C, *Particiones hereditarias, liquidación de gananciales y demandas judiciales*, Tomo I, Dijusa, Madrid, 2002, p. 183 y ss.

las personas ciegas o que no sepan leer por no poder aseverar el contenido del documento.

Para poder otorgar testamento cerrado deben cumplirse una serie de requisitos. En primer lugar la identificación y apreciación de la capacidad del testador se llevan a cabo de la misma forma que en el testamento abierto, del mismo modo se aprecia la competencia del notario. Con respecto a los testigos solo son necesarios cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar. La manifestación de la voluntad no es conocida por ninguno de los intervinientes en el acto salvo por el testador que manifiesta que aquella se encuentra contenida en el pliego del que hace entrega.

Por otro lado además del que el testamento cerrado debe ser por escrito debe de ceñirse a unas formalidades debiendo estar firmado si el testamento es escrito del puño y letra del testador, si lo está por mecanizado éste debe poner su firma en todas las hojas; si manifestare el testador que no sabe o no puede firmar lo hará otra persona a su ruego. Antes de la firma deberán salvarse las palabras enmendadas o tachadas.

Esta forma testamentaria también es un acto solemne y por lo tanto debe cumplir ciertas solemnidades. El papel que contiene el testamento se introduce en una cubierta cerrada y sellada para garantizar que no se abra, este procedimiento puede hacerlo el testador antes o ante el notario que lo autoriza; sobre la cubierta del testamento el notario extiende el acta de otorgamiento y una vez leída debe de ser firmada por el testador.

La conservación del testamento cerrado puede hacerse por el propio testador, por persona de confianza de éste o depositado en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo. A efectos de protocolización el acta del testamento se convierte en pública.

2.2.3 Testamento ológrafo

Es ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos legalmente determinados –autografía, firma, fecha y salvado de tachaduras-.

Debe avisar unos requisitos para que sea válido. Al respecto de la capacidad se tiene en cuenta la capacidad general y además que el testador sepa escribir y sea mayor de edad. Se exige que en las disposiciones del testamento se exprese de forma clara e inequívoca la intención de testar con carácter definitivo descubriendo en su lenguaje la voluntad real de disponer de sus bienes. Debe estar manuscrito en su integridad de la propia letra del testador pudiendo afectar a la validez del documento si se descubrieran palabras escritas por otras personas. La firma es la manifestación formal que acredita la prestación del consentimiento y ha de ser manuscrita sin poder suplirla con huella digital. Además debe contener la fecha, el salvado de las tachaduras, el idioma en el que se testa pues se permite al extranjero testar en su idioma matriz.

Como se advierte de lo anterior el testamento ológrafo es un documento privado que para que obtenga la consideración de documento público y pueda producir plenos efectos legales necesita que se presente ante notario en los 5 años siguientes al fallecimiento del testador para protocolizarse, siendo competente para ello el notario del lugar del domicilio o residencia habitual del causante. Una vez presentado el testamento ológrafo se procede a su adverbación conforme a la legislación notarial.

2.2.4 Testamento en caso de epidemia

Por todos es conocido que, la situación actual internacional ocasionada por la pandemia del Covid-19 ha causado grandes cambios en el hacer cotidiano de la humanidad generando gran desconcierto e incertidumbre, consecuencia de ello es esta mención detallada al testamento en tiempos de epidemia.

Tal y como expone Alfonso de la Fuente Sancho, Notario de San Cristóbal de la Laguna, esta forma de testamento para que se dé tiene que cumplir con una serie de características. Para que pueda otorgarse testamento sin intervención de notario y ante tres testigos, siempre que se sea mayor de 16 años, debe de existir una epidemia, que en la actualidad es notoria su existencia, aunque lo fuere a efectos de testar de esta forma hasta la finalización del estado de alarma.¹⁶

¹⁶ De la Fuente Sancho. A. *Testamentos no notariales para tiempo de epidemia*. Notarios y registradores. 2020.

Los testigos deben ser tres, mayores de 16 años. Deben conocer y entender el idioma del testador y tener capacidad suficiente para comprender el significado del acto del que son testigos. No pueden ser herederos, legatarios o parientes cercanos de los referidos. Al respecto de si los testigos tienen o no que estar presentes simultáneamente, en el mismo acto, no lo exige el Código Civil pero sí parece hacerlo directamente la Ley del Notariado en su artículo 65.3.3 al menos en los casos en que el testamento sea oral, dígame cuando el testador manifieste su voluntad de palabra pues se garantiza así que el testimonio de los testigos lo sea coincidente. Por el contrario, cuando el testamento conste por escrito y esté firmado por el testador y testigos lo normal que no existan dudas al respecto de la voluntad del testador y por lo tanto no resulta razonable exigir la simultaneidad, teniendo en cuenta que la finalidad de la ley es facilitar este tipo de testamentos por la situación excepcional del tiempo en que se otorgan.

El testamento, siempre que sea posible, tiene que ser escrito, siendo válido tanto el manuscrito como el mecánico y, si está redactado por persona distinta al testador. Si el testador no sabe leer, será alguno de los testigos quien se lo lea y manifestará si aquella era su voluntad y lo firmará o pondrá su huella dactilar y luego lo firmarán los testigos. Por lo tanto, hay obligación de que conste por escrito, pudiéndolo hacer el testador o uno de los testigos o cualquier persona presente en el momento del otorgamiento.

La obligación de que el testamento se escriba, en los casos que sea posible, determina que si en esos casos no se escribe, el testamento será nulo porque se estaría incumpliendo una formalidad ya que el Código civil en su artículo 687 recoge que “será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo”

Resulta además necesario que el testador haya fallecido durante la pandemia aunque no sea a causa de la misma o bien, no habiendo fallecido en ese tiempo fallezca con posterioridad siempre y cuando no hayan transcurrido más de dos meses desde que cesó la epidemia. Si se da uno de los supuestos anteriores será ineficaz el testamento si no se hubiere elevado a escritura pública.

Será notario competente para la acción de elevar a público el testamento aquel del lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual o donde estuviera la mayor parte de su patrimonio. También podrá designar a un notario

de un distrito colindante a los anteriores y, en su defecto será competente el notario del lugar del domicilio del requirente.

Cualquier interesado podrá solicitar el otorgamiento de la correspondiente acta de protocolización siendo valorado por el notario el interés de aquel. Deberán acompañarse los datos identificativos del causante, de su fallecimiento y sobre si ha otorgado otras disposiciones testamentarias.

A la referida solicitud se adjuntaran las últimas voluntades del testador en el formato en que se hallen, se expresaran los nombres de los testigos que deban de ser citados por el notario a efectos de otorgamiento. Si los testigos en el día y hora citados no comparecieren sin alegar justa causa o, en ese momento se encontraren todos también fallecidos concluirá el expediente sin poder elevar a público el testamento.

Además de los testigos ha surgido y surge en la actualidad la pregunta de si hay que notificar también a los demás interesados en la herencia, la Ley del Notariado no es muy clara en este aspecto, pues no hace referencia exacta a los preceptos que son o no de aplicación para determinar la concurrencia de los interesados en la herencia. Algunos sostienen que la remisión a artículos anteriores que hace la Ley implica un llamamiento a todas las personas interesadas en la cuestión entendiendo que es un acto de carácter obligatorio y en consecuencia el requirente debe proporcionar el domicilio de todas las personas que tuvieran interés en la práctica de dichas acciones.

En la notificación que comento sólo habrá que dar noticia de la tramitación del expediente y señalar un lugar, día y hora para la adverbación. El notario, si conociere los domicilios podrá hacer los requerimientos él mismo, sin embargo, si los desconociere deberá de notificar por edictos colocados en los tablonos de anuncios de los ayuntamientos del último domicilio o fallecimiento.

El notario reflejará todas las actuaciones en el acta y autorizará la protocolización del testamento cuando resulten acreditadas las circunstancias siguientes: - que concurrió causa legal para el otorgamiento del testamento en forma oral; - que el testador tuvo el propósito de otorgar sus últimas voluntades; - que los testigos oyeron simultáneamente las disposiciones de boca del causante, y que lo fueron en el número que indica la ley. Finalmente si el notario no viese suficientemente acreditada y

justificada la autenticidad del testamento lo hará constar y cerrará el acta y no autorizará la protocolización del mismo.¹⁷

2.3 Desheredación

Se considera en el Derecho Civil español a la desheredación como la institución mediante la que el testador, en virtud de un acto testamentario que debe ser expreso, priva de manera voluntaria de su legítima a un heredero forzoso, basándose en las causas tasadas establecidas en la Ley. Este hecho puede ser justo o injusto, según responda o no a las causas legalmente establecidas.

Como he señalado, la desheredación únicamente puede tener lugar por aplicación de alguna de las causas expresamente señaladas en la Ley. Estas causas previstas legalmente han sido interpretadas por la jurisprudencia y así tradicionalmente la jurisprudencia no admitía más causas de desheredación que las previstas legalmente sin atender a posibles analogías que pudieran surgir o tuvieran mayor identidad, porque entendían que de otra forma se estaría trastocando el sistema legitimario. (TS 9-7-74 EDJ 425; TS 8-11-76 y TS 19-12-88, EDJ 9929). Luego, defendían una interpretación restrictiva de las existentes, por aplicación del principio general del Derecho *odiosa sunt restringenda* (TS 30-9-75, EDJ 236) sin permitir, por lo tanto, ni la analogía, ni una interpretación que se antoje extensiva y tampoco una argumentación de *minoris ad maiorem*, es decir, no puede aducirse que sancionándose con la desheredación una determinada conducta, la ejecución de la misma en grado superior debe sancionarse con desheredación cuando la misma no está prevista (TS 14-3-94, EDJ 2319; 4-11-97, EDJ 7844).

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente empieza a mostrarse menos monolítica y tiende a admitir como causa de desheredación el abandono del testador o la falta de trato con el mismo justificándolo en base al artículo 852 del Código Civil cuando manifiesta que los padres podrán desheredar a los hijos que hayan *maltratado de obra* al padre-desheredante, pudiéndose incluir dentro de ese término un concepto

¹⁷ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020. P.62 - 67.

amplio del mismo donde se incluiría además del maltrato físico, el maltrato psicológico y dentro de este el abandono del testador por el legitimario desheredado.

Por lo tanto, la nueva tendencia jurisprudencial se inclina a favor de defender que de acuerdo con la naturaleza, debe ser objeto de interpretación flexible conforme a la realidad social, cultura o valores del momento en que se produce (TS 3-6-14, EDJ 99484; 30-1-15, EDJ 16322).

Ello así, es dato relevante que la desheredación solo podrá hacerse en testamento, tal y como dispone el artículo 849 del Código Civil, expresando en él la causa legal en que se funde.

Como enunciaré a continuación, el Código Civil regula la desheredación y también la indignidad, ésta última constituye la incapacidad para suceder. Se puede dar la circunstancia, además, de que alguna causa de indignidad pueda también constituir causa de desheredación. Esto es así haciendo un llamamiento a la lógica, pues no sería cabal que se deba mantener en la posición de heredero forzoso a aquel que ha incurrido en causas de indignidad, que por sí solas demuestran falta de consideración del heredero en concreto en relación con la persona del causante.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe la plena libertad de testar y por ello tampoco se permite desheredar atendiendo únicamente a la voluntad del testador, sólo podrá hacerse y surtirá efecto si se fundamenta en una de las causas tasadas en la Ley, teniendo la enumeración de las causas un carácter taxativo por lo que no es posible hacer una interpretación extensiva ni analógica de otras causas, aun cuando puedan ser más graves que las contenidas en el Código Civil.

Las causas de desheredación quedan fijadas en el artículo 852 con referencia a las causas de indignidad del artículo 756 del Código civil siendo la incapacidad para suceder por indignidad: - ser condenado por sentencia firme por atentar contra la vida o causar lesiones graves sobre el causante; - ser condenado por sentencia firme por atentar contra la libertad, la integridad moral o la libertad sexual del causante, su pareja, ascendientes o, descendientes; - acusar falsamente de haber cometido un delito grave; - obligar al causante bajo amenaza a cambiar el testamento; - impedir al causante bajo amenaza cambiar o hacer testamento.

Las causas de indignidad están asimiladas a las causas de desheredación y las primeras tienen efecto jurídico suficiente para privar a los herederos forzosos de la legítima.

Además, para desheredar a los hijos y descendientes son causas las establecidas en el artículo 853 del Código Civil el negar, sin motivo legítimo, los alimentos al que deshereda y, maltratar de obra o injuriar de palabra. Es una expresión amplia, que prevé un discrecional arbitrio judicial, ya que no es preciso que el desheredado haya sido condenado en proceso penal por el maltrato o las injurias.

Aquí se establecen las causas para desheredar a hijos y descendientes y en principio rigen como tales las que constituyen causas de indignidad para suceder. Con ello además de las de indignidad también son causas de desheredación las contenidas en el artículo expuesto. La negativa a prestar alimentos no es necesaria que conste en reclamación judicial y, tampoco es necesario, que el necesitado los haya obtenido de otra persona; en ningún caso se precisa de prueba de temeridad o mala fe, ya que es un hecho objetivo que sólo requiere de constatación.

En cuanto a la segunda causa, en el maltrato de obra o de palabra se exige gravedad en el último caso sin que sea preciso la existencia de una condena penal.

De este modo, y tal y como regula el artículo 854 del Código Civil para desheredar a los padres y ascendientes, además de las ya señaladas se establecen: - perder la patria potestad por incumplimiento de sus deberes; - negar los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo; - atentar uno de los padres contra la vida del otro.

Al igual que sucede en el artículo anterior se trata de aquí de la desheredación de los padres y ascendientes destacándose alguna de las causas de indignidad. De las causas tasadas en el artículo, para el primer supuesto se exige una sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pudiendo ser la sentencia civil o penal. En segundo lugar, la negativa a prestar alimentos tiene un desenlace igual que el comentado en el artículo 853.1 y así, no es necesario que conste reclamación judicial.

Por otro lado, el atentado contra la vida del otro cónyuge es causa de desheredación fundada en el resentimiento que puede animar a un descendiente

conocedor del hecho producido, pero según la legislación vigente, la circunstancia quedará salvada si existiera reconciliación.

Finalmente, para desheredar al cónyuge podrá ser motivo las expresadas en el artículo 855 del Código Civil: - incumplir los deberes conyugales; - negar alimentos a los hijos o al otro cónyuge; - atentar contra la vida del cónyuge testador. A este respecto el incumplimiento de los deberes lo puede ser sólo una vez o de manera reiterada, bastando para apreciarse con que se dé una de ellas. La negación de alimentos en este extremo debe de entenderse tanto a los matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Finalmente, el atentar contra la vida del otro cónyuge es causa de desheredación, borrando la ofensa la reconciliación siempre que se reanude la vida en común.

Debe hacerse una detenida referencia al respecto del maltrato de obra, causa de desheredación debatida ya que de acuerdo a su naturaleza debe ser objeto de una interpretación flexible. Como ya avanzaba en párrafos anteriores, fruto de esa flexibilidad se incluye en el término el maltrato psicológico y el abandono. Sin embargo, la aceptación de ello como causa de desheredación debe ser matizada.

El abandono, por sí mismo, no es una causa de desheredación. Lo que es causa de desheredación es el maltrato psicológico consecuencia de que el hijo abandone o se niegue a tener relación con el progenitor. Debe de entenderse esto como la falta de relación familiar efectiva solo si es continuada e imputable al desheredado, sólo en ese caso podrá considerarse causa de desheredación.

Otro vértice polémico que ha sido objeto jurisprudencial es si se necesita que el comportamiento descrito de maltrato psicológico no esté justificado. De la jurisprudencia se desprende que no basta con que el desheredado no haya tenido relación con el testador, también exige que esa actitud no esté justificada (TS 14-5-19, AP Asturias 15-3-17, EDJ 54610).¹⁸

A continuación citaré los aspectos más relevantes a este respecto recogidos en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 258/2014 de 3 Jun. 2014, Rec. 1212/2012**, sobre la Desheredación, Interpretación del art. 853.2 CC y el maltrato psicológico como justa causa de desheredación.

¹⁸ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p.312.

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

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

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

Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es,

de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de "favor testamenti",

Tras la exposición puede plantearse el interrogante de si es posible una desheredación parcial o condicional. En el primer caso se puede entender que es posible hacer una desheredación parcial pues aplicando “el que puede lo más puede lo menos” si es posible una desheredación completa no hay obstáculo para que no pueda serlo parcial. Al respecto de la desheredación condicional parece criterio firme el no admitirla, cosa distinta sería el perdón condicionado a la enmienda del desheredado, que sí es admitido.

Luego, se impone como un requisito para la desheredación de los descendientes la identificación del sujeto que sufrirá la privación de su legítima, ya que se hace preciso que el desheredado sea susceptible de imputación tal y como expone la Dirección General del Registro y Notariado en la resolución de fecha 6-3-19. Lo anterior puede resultar complicado de conciliar con la premisa expuesta por el Tribunal Supremo al respecto de permitir desheredar por falta de trato porque, es muy posible, que no pueda identificar a los descendientes –de sus hijos- a los que, tal vez, ni siquiera conoce cuando es precisamente ese desconocimiento lo que justifica la desheredación, sin embargo, se ha admitido en el derecho civil español que se designe a los desheredados como puede ser un hijo y los hijos de éste cuyo testador ignora sus nombre siempre que en la escritura de partición se haga constar quienes son estos y su edad al tiempo de otorgamiento del testamento para poder valorar si la causa de desheredación podría serles imputables o no.

Sobre los efectos de la desheredación destacan que el desheredado pierde su derecho a la legítima tanto en la sucesión intestada como en los derechos que pudieran quedar subsistentes de testamentos anteriores. Evidente es, que pierda sus derechos en la intestada, además queda reconocido por el Código Civil cuando en el artículo 929 recoge el derecho de representación en caso de desheredación, encontrándose anclado

en el capítulo dedicado a la sucesión intestada por lo que se admite que la desheredación también es válida en la intestada. No quedarán revocadas, sin embargo, las donaciones que hubiere hecho el testador en vida al posteriormente desheredado ya que las donaciones tienen sus propias causas de revocación. Lo que sí será revocable es el concepto de mejora o la dispensa de la obligación de colacionar. Del mismo modo, pierde todo derecho a bienes reservables.

Al respecto de los efectos de la legítima vacante del desheredado los hijos o descendientes del desheredado ocupan su lugar y conservan los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima tal y como se dispone en el artículo 857 del Código Civil. Se extrae una conclusión de que la adquisición de la condición de legitimario que ostentaba el desheredado se da cuando el mismo era un descendiente-legitimario. El referido artículo del Código Civil habla de hijos o descendientes lo que puede suscitar la duda de qué ocurre cuando el testador desheredó a un hijo y su fallecimiento tenía hijos y nietos. La literalidad del precepto nos indica que al hablar de hijos o descendientes, de manera alternativa, significa que se llamará a unos u otros, pero no a todos ellos. Además, esta idea se ve avalada por la analogía del artículo 921 previsto para la sucesión intestada. Ahora bien, tal y como explican PEREZ RAMOS y RUIZ GONZÁLEZ hay que tener cuidado en la práctica con la posible concurrencia de eventos que provocan el derecho de representación. Si se ignora si existen descendientes debe hacerse constar en la escritura de partición. En el caso de que el desheredado sea viudo, al corresponderle el usufructo, y ser personal, su desheredación impide que se pueda transmitir. Pero si el desheredado es un ascendiente se debe concluir que los derechos del ascendiente desheredado no se transmiten, artículo 929 del Código Civil.

Finalmente, en el caso de que el desheredado fuera el único descendiente, los ascendientes de aquel no pasan a ser legitimarios, pues la legítima de éstos es solo “a falta de descendientes” y, en este caso, no se produce una falta de descendiente sino una desheredación del mismo; por lo que a falta de otros legitimarios, la porción del desheredado pasa a incrementar la porción disponible a favor del heredero.¹⁹

Tenemos que manifestar en estas líneas que también existe la desheredación injusta produciéndose cuando la desheredación se lleva a cabo sin expresión de causa o por causa que es de las señaladas en el Código, con ello se anula la institución de

¹⁹ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p.317.

heredero en cuanto perjudique al desheredado aunque prevalecen los legados, mejoras y demás disposiciones que no perjudiquen a la legítima.

Este tipo de desheredación tiene unas características concretas y se puede afirmar que lo es personalísima, ya que para algunos autores, en la parte del desheredado de manera injusta se abre la sucesión intestada y, para otros, se restituye la legítima. La desheredación injusta precisa de impugnación, no opera ipso iure. Con respecto al plazo las opiniones son dispares pero la tendencia seguida por el Tribunal Supremo es la de aplicar el artículo 1964 del Código Civil que es el general para las acciones sin plazo especial (5 años).

Luego, el desheredado injustamente posee unos derechos que en la actualidad aparecen divididos en dos tesis. Por una parte se mantiene que el que injustamente ha sido desheredado tendrá derecho a la legítima estricta pues las disposiciones del testador son Ley de la sucesión, de otra parte se sostiene que el injustamente desheredado puede reclamar la legítima larga en aplicación de los artículos 825 y 828 del Código Civil.

Finalmente, privará del derecho de desheredación y dejará sin efecto la desheredación hecha si se da la reconciliación entre el ofensor y el ofendido, así, la reconciliación posterior al otorgamiento de testamento, deja este sin efecto.

III.- Legítima

3.1 Sucesión forzosa y libertad para disponer frente a los límites que impone la legítima

Actualmente en nuestro Derecho Civil podemos definir la sucesión forzosa como la que se refiere necesariamente por imperativo legal, sin tener en cuenta la voluntad del causante; y aun prevaleciendo sobre las disposiciones de ésta que le sean contrarias. El concepto sobre el que gira la sucesión forzosa es lo que se conoce como legítima que es la parte de los bienes de que el testador no puede disponer por estar reservada a determinados herederos, los herederos forzosos. La legítima es un deber impuesto al causante que debe respetar los derechos de los legitimarios. Impera, por lo tanto, un límite o freno a la libertad del testador y se constituyen las legítimas como una limitación de las facultades dispositivas del causante en beneficio de su cónyuge y

parientes más próximos. Decimos que funciona como un freno ante la libertad de testar puesto que, como establece el artículo 763 del Código Civil *el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo*, las reguladoras de las legítimas.

Este régimen de voluntad individual tiene limitaciones en cuanto que el legislador ha impuesto un margen porcentual del patrimonio del causante con el que limita claramente su libertad de disposición.

El fundamento de las legítimas y de la libertad de testar ha sido uno de los problemas más discutidos en determinados momentos históricos. Siéndolo para autores del derecho común, juristas castellanos del siglo XVI y XVII, e intensificándose la polémica en el periodo codificador. Así, expuso MAGARIÑOS en el seminario sobre *“Libertad de testar. Hacia una solución justa y equilibrada”*, que la polémica vino servida debido a los distintos sistemas legitimarios existentes en España y citando los argumentos de JOAQUÍN COSTA, DURAN Y BAS, AZCARARE, GINER DE LOS RIOS y SANCHEZ ROMAN expuso a favor de la libertad de testar el hecho de que tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en la vida y que después de la muerte se restrinjan, además la libertad del testador robustece su autoridad y garantiza la elección certera de heredero y del mismo modo el reparto de forma equitativa y estimula con ello el esfuerzo y la cooperación entre hijos de cumplir los deberes familiares. En el plano político manifiestan los autores citados que la mayor expresión de libertad en un pueblo es precisamente la libertad de disponer mediante el empleo de las facultades con relación al mundo exterior.²⁰

Sin embargo, en el plano contrario, a favor de las legítimas cita en su exposición MAGARIÑOS a autores como ALONSO MARTINEZ con argumentos tales que manifiesta que la naturaleza hizo iguales a los hermanos y si se les otorgara derechos diferentes nacería la violencia entre ellos y de destacar es la idea de que no es justo y bueno un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia a lo que con acierto, bajo mi punto de vista, replicó GINER afirmando que querer sustituir la libre acción de la persona por temor al abuso equivale a sustituir una injusticia posible

²⁰ Magariños Blanco. V., *Libertad de testar. Hacia una solución justa y equilibrada*, El Notario del Siglo XXI, 2005, nº2.

por otra segura. Como broche a la intervención señaló SANCHEZ ROMAN que la experiencia confirma la perfecta estabilidad de las familias en aquellos derechos donde rige la libertad del testador, en los que los litigios no son frecuentes frente a la multitud de estos donde rigen las legítimas.²¹

Puede parecer que la historia juega a favor de la legítima o reserva obligatoria de bienes a favor de determinadas personas, pero tal y como explica José Aristónico GARCÍA SANCHEZ – director de la revista Notario del siglo XXI- es todo lo contrario. Antes de la Revolución francesa el derecho sucesorio tenía por finalidad mantener el *splendor familiae* predominando en el momento de testar las instituciones de feudo, mayorazgo o fideicomiso, fue la ilustración la que defendiendo la igualdad de todos sin privilegios los que dieron lugar a las legítimas.²²

Este sistema de legítima se caracteriza por la existencia de dos restricciones a la libertad dispositiva del causante, por un lado supone la necesidad de reserva de un porcentaje legalmente establecido de patrimonio para determinados parientes que son el cónyuge viudo y los descendientes o ascendientes y, por otro lado, la prohibición de formalizar pactos sucesorios lo que viene siendo la prohibición de disponer irrevocablemente del patrimonio propio para después de la muerte. Siguiendo lo expuesto por el notario Juan PEREZ HERESA existen hoy importantes razones para la supresión o disminución de las legítimas tales como el respeto a la libertad dispositiva, la simplificación del pacto sucesorio o la seguridad jurídica, por lo que podemos afirmar que el actual sistema de legítimas está alejado de responder a las necesidades que hoy se plantean. Las críticas mas férreas se concentran en la extensión cualitativa de los derechos legitimarios de los hijos, el mantenimiento de la intangibilidad cualitativa, la existencia de la legítima de los padres y ascendientes o el régimen de desheredación.²³

Con respecto a los pactos sucesorios la justificación de su prohibición se encuentra en la moralidad de calificar una materia tan sumamente sensible como lo es la herencia futura, *res extra commercium*. La admisión de este tipo de pacto permitía a los

²¹ Magariños Blanco. V, *Libertad de testar. Hacía una solución justa y equilibrada*, El Notario del Siglo XXI, 2005, nº2.

²² García Sanchez. J.A, *Las instituciones sucesorias*. El Notario del siglo XXI, 2009, nº24

²³ Pérez Hereza. J, *Libertad dispositiva mortis causa*, El Notario del Siglo XXI, 2009, nº24.

causantes, junto con la reducción de los derechos legitimarios, adaptar más fehacientemente a su voluntad el destino de su patrimonio.

Dentro de la legítima podemos distinguir la legítima material siendo la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a favor de determinados herederos, que son los denominados herederos forzosos según el artículo 806 del Código Civil y, la legítima formal constituida por la carga de mencionar a los hijos y descendientes en el testamento para aclarar la voluntad del testador respecto a ellos con independencia de si se le hacen o no atribuciones patrimoniales.²⁴

Transcribo aquí las palabras del notario Don Domingo Irurzun pues de otra manera no podría ser expresado fielmente su análisis sobre la legítima, su contenido y satisfacción:

Quiénes son los legitimarios a cuyo favor se crea ese derecho los indica el artículo siguiente, 807; y así, la porción de bienes para los hijos y descendientes, la señala el artículo 808, las dos terceras partes del haber hereditario del padre o de la madre; la de los padres o ascendientes, la mitad del haber hereditario de los hijos o descendientes; que, si concurren, con el cónyuge viudo del descendiente causante, pasa a ser una tercera parte; y, conforme al 834, por último, el cónyuge viudo del causante es legitimario también en ciertos casos, y su derecho recae sobre el usufructo de una tercera parte, “del tercio destinado a mejora”.

“según la tesis mayoritariamente aceptada, en el sistema del Código Civil la legítima no constituye una “pars reservata bonorum”, no es una parte de la herencia sino del patrimonio líquido; y que debe prevalecer la consideración legal que resulta de otros preceptos, “que el legitimario podrá recibir por cualquier título patrimonial apto –institución de heredero, legado, donación- el contenido patrimonial a que tiene derecho, y no sólo como heredero.

la legítima “no es una parte de la herencia, sino del patrimonio hereditario líquido” (es decir, añadimos, sobre una cuota parte del activo ya que han de deducirse las deudas hereditarias no impuestas en el testamento) y por ello “se calcula adicionando al valor del “relictum” el del “donatum”, de modo que se

²⁴ Miquel González, J.M, *Legítima material y legítima formal*, El Notario del Siglo XXI, 2009, nº26.

imputan a ella las donaciones hechas a los hijos...”
Se está reconociendo pues, que la legítima puede ser recibida por cualquier título, inter vivos o mortis causa, y en este caso, singular o universal. Y añade una cita del Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de septiembre del 2008 en la que se dice que el legitimario que recibe íntegramente la legítima por cualquier título patrimonial apto “carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa. Así el Tribunal Supremo mantiene, y la Dirección se suma a la tesis, que el Código, no obstante la terminología empleada, cuando crea la legítima no lo hace para que tenga que ser recibida a título de heredero, pues para ello falta una delación inmediata y directa.

El legitimario puede recibir el abono de la legítima a título de heredero, pero no sólo por él. Lo hace en calidad de heredero cuando han sido favorecido por una delación legal en que la herencia se le ofrece, se pone a su disposición para que, en ejercicio del título que le habilita para ello –institución de heredero o nombramiento en el proceso judicial o en el acta notarial de notoriedad, caso de abintestato- ejerza el ius adeundi vel repudiandi hereditatis y decida si quiere ser heredero o prefiere apartarse de la herencia. Es decir hace falta el nombramiento de heredero... y la aceptación de la herencia como tal heredero.²⁵

Pese a los argumentos expuestos por grandes juristas, en la actualidad nuestro Derecho Civil sigue imponiendo la obligación al causante de reservar un porcentaje determinado para sus herederos siguiendo esa tendencia arcaica, inicua y arbitraria.

Si esa obligación del testador no se cumpliera, el legislador prevé varios mecanismos que son la preterición en el caso de que no se nombre al legitimario en el testamento, la desheredación injusta cuando se prive al legitimario de su legítima sin causa y, la acción de suplemento cuando se deja al legitimario menos legítima que la que le corresponde.

²⁵ Irurzun. D, *La legítima, su contenido y satisfacción*, El Notario del Siglo XXI, 2013, nº50.

En las características de la legítima la Ley no contiene un llamamiento directo al legitimario, sino que impone al causante la obligación de dejarle lo que por legítima le corresponda. Con la salvedad del cónyuge viudo donde en algunos casos se produce una delación legal, al atribuirle la ley directamente su legítima; y no se produce para otros tal delación ya que al viudo se le puede dejar la legítima por cualquier título y solo subsidiariamente cuando el testador no le deja nada, se produce el llamamiento legal a su favor.

La naturaleza de la legítima debe ser la de una *pars bonorum* al fijarla como una fracción de haber hereditario del activo líquido una vez deducidas las deudas y cargas. Considerar de forma tal a la legítima conlleva consecuencias trascendentes en el ámbito práctico como pueden ser las siguientes:

Las deudas hereditarias afectan al legitimario pero no responde personalmente de ellas salvo que no acepte a beneficio de inventario; las responsabilidades del legitimario dependen del título a través del que el testador cumple con la obligación de dejarle la legítima a la que, por ley, tiene derecho.

Debe consentir los actos de disposición sobre los bienes hereditarios que pretendan llevar a cabo los herederos antes de pagar las legítimas.

El legitimario puede dirigirse contra terceros adquirentes de los bienes relictos, pues existe una afección real de los bienes de la herencia en garantía de pago de la legítima, salvo que los adquirentes lo hayan adquirido de buena fe y a título oneroso, inscribiendo a su vez, su adquisición.

Se prohíbe, sobre la legítima futura, la renuncia o transacción.

Principio de intangibilidad, el legitimario tiene derecho a recibir lo que le corresponde por legítima sin cargas, en plena propiedad.

Sólo en los casos expresamente determinados por la Ley podrá privarse al heredero de su legítima.

El legitimario debe intervenir en la partición de la herencia.

Tenemos que hablar ahora de la intangibilidad de la legítima basándose este principio en que el testador no puede imponer sobre la legítima gravamen, ni condición,

ni sustitución de ninguna especie. El principio de intangibilidad tiene dos acepciones que serán objeto de estudio en la presente redacción, por un lado, la intangibilidad cualitativa y, por otro lado, la intangibilidad cuantitativa.

En la primera de las acepciones el legitimario tiene derecho a recibir su legítima en bienes de la herencia. Esos bienes deberán serlo de pleno dominio, por lo que no es posible, por ejemplo, dejar la legítima legando un usufructo. En el caso de que se impongan a la legítima gravámenes o sustituciones la jurisprudencia es tendente a tenerlos por no puestos salvo en los casos de los artículos 783 y 808.3 del Código Civil. En el caso de que se establezca usufructo universal a favor del cónyuge viudo, esto grava la legítima de los herederos forzosos, éstos pueden no aceptar el gravamen en aplicación del principio de intangibilidad cualitativa, pero si se ha previsto lo que se conoce como *cautela socini* verán reducida su participación en la herencia a lo que por legítima estricta les corresponda.²⁶

Por último, dentro de las características de la intangibilidad cualitativa se encuentra el derecho que tiene el legitimario a que no se le demore el pago de su legítima como así ha expuesto el Tribunal Supremo en sentencia de 24-5-19, EDJ 592367.

La segunda de las acepciones, la intangibilidad cualitativa implica que el legitimario no puede recibir en concepto de legítima menos de lo que legalmente le corresponde. La intangibilidad de ese modo aplicada se protege a través de una serie de acciones legales:

- Suplemento de legítima, artículo 815 del Código Civil
- Reducción de donaciones y legados inoficiosos y perjudiciales para la legítima
- Acciones derivadas de la preterición o la desheredación injusta, artículos 814 y 851 del Código Civil.

En este punto debemos plantearnos si es posible gravar la legítima estricta con sustituciones. La respuesta ha de ser y es negativa, pero puede ser matizada en función de los efectos y modalidades de sustitución que existen. Siendo la premisa la de no perjudicar los derechos de legítima de los herederos forzosos.

²⁶ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p.188.

3.2 Cálculo de la legítima e imputación de las donaciones

El cálculo de la legítima se realizará en el momento en que el causante fallezca independientemente de si ha otorgado testamento o no. Para proceder a realizar ese cálculo deben seguirse unos pasos tasados y en concreto orden, así se deberá de sumar el valor total de la herencia siendo este la suma de todos los bienes que deje el causante a su fallecimiento incluyéndose también las cargas que pesen los mismos, teniendo en cuenta, además el valor de las donaciones realizadas por el causante en vida. A continuación se deberá hallar el valor de la legítima individual que le corresponde a cada legitimario y finalmente establecer cómo se satisfará esa legítima, lo que se conoce como imputación y, si fuera necesario, se reducirán las disposiciones inoficiosas por perjudicar a la legítima de algún heredero forzoso.

Para empezar con el cálculo de la legítima, como ya he mencionado, deberá de calcularse el valor neto de la herencia o *relictum* por lo que debemos de valorar todos los bienes y derechos del causante generándose un activo al que debemos de deducir el pasivo, formado por las deudas del causante, de la herencia, gastos y cargas de los mismos. Al resultado que nos de las operaciones anteriores debemos asimismo sumarle el valor líquido de las donaciones colacionables, es decir, computables. Puede objeto de debate el momento en el que debe basarse esa valoración de bienes, pues tenemos varias opciones que podrían hacer variar la valoración realizada, así se propone por un lado que el momento para realizar la valoración de los bienes es al tiempo del fallecimiento del causante, por otro lado se expone la posibilidad de hacer la valoración al tiempo de realizar la partición de los bienes y, finalmente hay una tercera postura que defiende que podrá hacerse la valoración de los bienes del causante distinguiendo la forma en la que se reciben los bienes, luego, si se reciben por vía de institución de heredero deberán valorarse al tiempo de hacerse la partición; si se recibieran a título de legado deberán de valorarse al tiempo de fallecimiento del causante dado que es en ese momento cuando se le instituye propietario del bien al legatario. Con ello se deduce que, cuando el causante determina que el cobro de la legítima se satisfaga mediante un legado de cosa propia específica y determinada, el legatario adquiere la propiedad desde que el causante muere. En la actualidad, el momento al respecto de cuando valorar los bienes del causante sigue siendo objeto de discusión y desencuentro pero, puede hacerse un llamamiento a la lógica manifestando que, si bien ya se ha expuesto el freno a la libertad

de testar que supone la imposición de las legítimas en el Derecho sucesorio español, debería de, al menos, valorarse al mismo tiempo todo el patrimonio del causante. Se puede deducir además de la lectura del artículo 847 del Código Civil que la solución al debate radica en calcular el valor de los bienes y derechos del causante, al tiempo de realizarse la partición de los mismos.

Al respecto de las donaciones es tema controvertido el momento en el que se deben valorar las mismas, así la doctrina tiene dos vertientes resolutorias al respecto, por un lado defienden que se debe seguir valorando al tiempo de hacerse y por otro, que deberían de valorarse de acuerdo a un tratamiento unitario de los bienes que componen la herencia, es decir tanto el *relictum* como el *donatum* deben de valorarse al mismo tiempo evitando así posibles soluciones injustas en el reparto de los bienes del causante o en la asignación de valores a estos.

El siguiente paso será el cálculo de la legítima individual que será la que corresponda a cada legitimario, para realizar este cálculo se divide el total en tantas partes como sea necesario teniendo en cuenta, siempre, quienes son los legitimarios.

En la legítima de los descendientes se puede distinguir entre sujetos, cuantía y distribución. Los primeros serán los hijos y sus descendientes, la cuantía que constituye la legítima de los hijos y descendientes son los $\frac{2}{3}$ del haber hereditario siendo el tercio restante el de libre disposición. Pudiéndose disponer de $\frac{1}{3}$ de la herencia para mejorar a alguno o algunos de los descendientes. Sobre la distribución de la herencia el Código Civil no lo especifica pero se deduce del derecho histórico civil que se hará por cabezas y por stirpes; o por proximidad de grado de parentesco.

Por otro lado, la legítima de los ascendientes constituye una designación subsidiaria ya que solo opera en defecto de existencia de descendientes. A diferencia de la legítima de los descendientes, en este caso, si el ascendiente renuncia a la herencia o es incapaz de heredar, no se aplica el derecho de representación por lo que no transmitiría ningún derecho. Al respecto de los sujetos considerados como ascendientes serán considerados como legitimarios los inmediatos del causante al tiempo de su muerte, siendo los padres que sobrevivan y, en su defecto, los demás ascendientes por proximidad de grado. Finalmente, la cuantía de la legítima reservada a los ascendientes –padres- se divide entre los dos a partes iguales y si uno hubiere fallecido será solo una unidad de bienes que recaerá sobre el sobreviviente. En el caso de que los ascendientes

concurran en la herencia con el cónyuge viudo, la cuantía de la legítima se fija en un tercio de la herencia.

Llegados a este punto, una vez calculada el importe de la legítima global y el de cada uno de los tercios en los que se divide teniendo en cuenta si los concurrentes a la herencia son descendientes o ascendientes y, una vez calculada la legítima individual de cada uno de ellos debemos tener en cuenta y centrarnos en la figura de la imputación contemplándose desde dos escenarios diferentes: cómo el legitimario recibe su legítima y la protección de las legítimas.

Debemos tener en cuenta si los legitimarios son ascendientes, las donaciones o legados hechos a no legitimarios, es decir, a terceros, se imputarán a la parte de libre disposición que se hallará o de la mitad de la herencia o de dos terceras partes. Las donaciones hechas a algún ascendiente legitimario se imputarán en su participación en la legítima y si excediera de tal valor se imputará al tercio de libre disposición. Si fueran descendientes deberá de distinguirse entre la imputación de las donaciones y los legados. De manera breve, y con conocimiento de que este tema merecería muchas páginas de extensión y debate diremos que, las donaciones que no tengan carácter de mejora se imputarán en primer lugar a la legítima y después al tercio de libre disposición; si la donación, por el contrario, si tiene la carácter de mejora en las que expresamente no se prevea la imputación al tercio de libre disposición la mayoría doctrinal sostiene que si el causante estableció el carácter de mejora de la donación se imputa primero al tercio de mejora, en el exceso al de libre disposición y finalmente a la legítima.²⁷

Finalmente, en las donaciones hechas a extraños se imputarán las mismas al tercio de libre disposición del que el testador hubiera dispuesto por su última voluntad, artículo 819 del Código Civil.

3.3 Legítima de los descendientes

Como expuse en el inicio del apartado destinado a legítimas en la legítima de los descendientes podemos distinguir entre sujetos, cuantía y distribución. Los hijos y sus

²⁷ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p.202

descendientes comprenden el grupo de los sujetos legitimarios. Dos tercios del haber hereditario del padre y de la madre y, el tercio restante que es el de libre disposición constituye la legítima de los hijos y descendientes, sin embargo, podrá disponerse de un tercio de los dos tercios que forman la legítima, para aplicarla como mejora hijos y descendientes.

Con respecto a lo que acabo de exponer es conveniente hacer una precisión ya que la doctrina para referirse a los tercios de legítima estricta y mejora habla de legítima larga y, cuando únicamente se refiere al tercio de legítima lo denomina como legítima corta. El tercio de mejora es parte de la parte de la legítima larga, pero si el testador dispone de él dejará de ser legítima.

Si analizamos el Código Civil podemos apreciar que no regula una distribución de la legítima entre los hijos y descendientes, pero en nuestro sistema se ha venido aplicando por analogía los criterios de la sucesión intestada que son el principio de distribución por cabezas y estirpes y el principio de proximidad de grado. En el primero de los principios se entiende que la legítima ha de distribuirse por cabezas entre los hijos y por estirpes entre los descendientes de ulterior grado y, en el segundo principio se considera que los descendientes de grado más próximo excluyen a los más remotos que de ellos desciendan.

Se puede materializar una excepción a este principio provocado por el derecho de representación, por el que cabría que sean legitimarios tanto los descendientes de grado inmediato como los de grado mediato y así, cuando el inmediato es indigno, ha premuerto o ha sido justamente desheredado, sus hijos y descendientes, en su caso, adquieren la cualidad de legitimarios por derecho de representación como así queda recogido en los artículos 761, 814 y 857 del Código Civil.

Es relevante, también, hacer referencia a la conmorienencia ya que si fallecieren al mismo tiempo el legitimario y su hijo, éste no podría representarle. Por el contrario, si el descendiente falleciera después del legitimario pero antes de aceptar o repudiar la herencia el derecho ya lo habría adquirido y lo transmitiría a sus hijos, por lo tanto el deber legitimario se cumple con tal de que el hijo sobreviva al causante.

La legítima de los descendientes no iba a quedar exenta de conflicto y es que se plantean problemas cuando se produce la repudiación del legitimario, debiendo analizar

si se repudia al único legitimario o sí, por el contrario, hay más de uno. En el caso de que se produzca la repudiación de uno de los legitimarios cuando concurra con más de uno se parte de la idea de que en el caso de repudiación de la legítima, los hijos del repudiante no adquieren la cualidad de legitimarios por derecho de representación ya que no es posible la representación de una persona viva fuera de los casos de desheredación o incapacidad. En este caso, observamos como la parte repudiada se expande a los demás legitimarios pues si la parte repudiada fuera la legítima, sucederían en ella los coherederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer tal y como se expone por el Código Civil en el artículo 985.2.²⁸

Sin embargo, nos podemos encontrar en la práctica con la premisa de que el testador instituyó sustitución vulgar de uno de los legitimarios que ha repudiado. En este caso hay dos vías posibles, por un lado, dar preferencia a la sustitución vulgar otorgando así mayor valor a la voluntad del testador e interpretándola de la manera más fiel o, por otro lado, dar preferencia al derecho propio dando por cierto que la sustitución vulgar prevalece sobre el derecho de acrecer, pero en caso de legítima no hablamos de aquel sino del derecho propio. Dicho de otra manera, la legítima que correspondía a todos los legitimarios, si ahora hay uno menos toca más a repartir entre los que quedan.

Abordamos finalmente el supuesto de repudiación de todos los legitimarios o del único de ellos, la desheredación o la indignidad de los descendientes. En este caso la doctrina se encuentra dividida en dos vertientes que se pueden resumir en que una parte doctrinal entiende que debe aplicarse por analogía las normas de la sucesión intestada y con ello de producirse la repudiación de todos los legitimarios deberán de llamarse a los que lo son por derecho propio y no por derecho de representación. De otra parte, entienden que queda libre la legítima ya que no se trata de que los bienes del difunto no queden vacantes como en la sucesión intestada, sino que el causante cumpla con su deber legitimario.

²⁸ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p.198

3.4 Legítima de los ascendientes

Como última parte de las legítimas trata este sub – apartado de la legítima de los ascendientes que constituye una designación subsidiaria que solo tendrá lugar a falta de los descendientes. Cuando se expresa lo anterior con el uso del término “a falta de” debe entenderse como la inexistencia de aquellos, ya que si los hubiera –descendientes- aunque no pudieran o no quisieran recibir la legítima que les corresponde no convertiría a los ascendientes en legitimarios.

Al igual que en legítima de los descendientes, en la de los ascendientes también distinguimos a los sujetos que podrían encuadrarse dentro del grupo de padres y ascendientes, tendiendo la consideración de legitimarios los ascendientes que lo sean inmediatos del causante al tiempo de su muerte.

La cuantía de la legítima reservada a los padres – que es la mitad del haber hereditario- se divide entre los dos por partes iguales y, si uno de los dos hubiere muerto, recaerá todo sobre el sobreviviente –artículo 809 Código Civil-. Si se produjera la circunstancia de que al causante no le sobreviven padre o madre pero si ascendientes de igual grado, se dividirá la herencia por mitad entre la línea paterna y la línea materna. Si los ascendientes lo fueran de distinto grado le corresponderá por entero el caudal a los más próximos de una línea u otra. Finalmente, y tal y como se ha expuesto en líneas anteriores si el ascendiente concurriera con el cónyuge viudo del causante, la legítima es del tercio de la herencia.

A diferencia de lo que sucede con la legítima de los descendientes, donde opera el derecho de representación, en la legítima de los ascendientes no se da ese derecho. Por ello el ascendiente que renuncie o sea desheredado no transmitirá ningún derecho a sus descendientes, lo que incrementará la porción de los demás ascendientes del mismo grado. Además, al respecto de la conmutabilidad de la legítima, en este caso no será de aplicación.

3.5 Legítima del cónyuge viudo. Problemas prácticos del usufructo viudal y del usufructo universal a favor del cónyuge viudo.

Nuestro Código Civil en su artículo 834 expone que “al morir su consorte quien no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.” Luego, en el artículo 837 se dispone que “no existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia”. Y, finalmente el artículo 838 manifiesta que “no existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”.

La naturaleza jurídica de la legítima del cónyuge viudo es tema controvertido entre los autores de derecho civil y la doctrina pues se distingue entre si existe delación legal en la atribución o, si el cónyuge viudo es heredero. Algunos autores entienden que se produce un llamamiento legal directo del cónyuge viudo por el artículo 814 del Código Civil no se ocupa de la preterición del cónyuge viudo y sólo así puede explicarse que el cónyuge viudo conserve sus derechos legitimarios también en la sucesión intestada.²⁹

Si tenemos por cierta esta teoría las consecuencias de considerar que la legítima del viudo es un llamamiento legal serían que no se imputaría a la legítima del viudo donatario la donación realizada de un cónyuge a otro; se defendería la acumulación con la legítima viudal si se legal algo al cónyuge viudo sin especificar el fin de tal donación, por lo tanto, además de lo que recibe por el legado también tendría derecho, el cónyuge viudo, a la legítima viudal; si el legado se hubiera hecho en pago de la legítima, al viudo le place un derecho del que carecen los demás legitimarios, podrá aceptarlo o rechazarlo. Sin embargo, también existe la teoría contraria que defiende que el viudo es un legitimario más y que no se produce llamamiento legal directo, sino más bien un llamamiento subsidiario en el que no cabría la acumulación del legado, por lo que si el legado cubre la legítima éste no tendría derecho a reclamar la legítima viudal y, el viudo puede ser preterido por lo que reclamará, en su caso, el usufructo viudal.

Con respecto a la vertiente de la doctrina que defiende que el cónyuge viudo es heredero argumentan en base al artículo 807 del Código Civil donde dice que el viudo

²⁹ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p.247

es heredero forzoso pero sólo lo será si es instituido voluntariamente en el testamento con ese carácter. Por lo tanto, el viudo en cuanto legitimario es legatario, salvo que se le nombre heredero en el testamento. Así resulta que el artículo 510 del Código Civil dispone que si el usufructo es de la totalidad o de parte alícuota de una herencia, el usufructuario puede anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan a los bienes usufructuados y tiene derecho a exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo y, si puede anticipar sumas para el pago de las deudas hereditarias y las anticipa puede reclamar su reembolso al nudo propietario y si no está obligado a pagar ni responde de las deudas de la herencia, no puede ser más que legatario de la parte alícuota.

En cuanto a la cuantía de la legítima del cónyuge viudo se establece en los artículos 834 a 840 del Código Civil como ya reseñamos en el comienzo de este epígrafe. Ahora bien, a lo expuesto debemos añadir una precisión al respecto del matrimonio putativo ya que la nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe –que se presume-. Así, la doctrina defiende que si uno de los cónyuges muere mientras se está tramitando la nulidad del matrimonio el viudo conserva sus derechos legitimarios aunque finalmente se dicte por sentencia la nulidad del matrimonio.

Con respecto a cómo pueden satisfacer los herederos la legítima del cónyuge viudo el Código Civil nos lo resuelve en el artículo 839 y siguientes manifestando que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo o por mandato judicial. Mientras esto no se lleve a cabo los bienes de la herencia estarán afectos todos ellos al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge. Luego, la facultad de conmutar corresponde a todos los herederos que reciban los bienes gravados con el usufructo viudal, para este elemento no cabe la iniciativa del cónyuge viudo, sin embargo si éste concurriera a la herencia con hijos sólo del causante puede exigir la conmutación de su derecho de usufructo asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, eso sí, a elección de los herederos –artículo 840 del Código Civil-.

Tal y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28/06/62 EDJ 2306, se admite que el testador deje en legado un bien concreto al viudo en pago de su

legítima cuyo valor equivalga a su usufructo viudal, así como que se prohíba la conmutación porque la voluntad del causante es la ley de la sucesión.

Se admite por la mayoría de la doctrina que el testador pueda imponer la conmutación de la legítima viudal porque para el viudo le es indiferente que le impongan tal cosa los herederos o el testador. Sin embargo, otra vertiente doctrinal explica que imponer la conmutación supone atentar contra la intangibilidad cualitativa de la legítima ya que la ley ordena que la legítima viudal debe recibirse en usufructo. Y esto es así porque la imposición de la conmutación podría suponer un gravamen al tercio de mejora que tendría como beneficiario al viudo que no es hijo o descendiente del causante –artículo 824 del Código Civil-. En respuesta a la anterior afirmación se plantea la idea de que el tercio de mejora está afectado por el gravamen legal usufructuario a favor de viudo, si ese usufructo se conmuta por bienes o derechos con cargo al mismo tercio no se puede objetar nada ya que no hay merma de los derechos de los mejorados.

Ahora bien, para llevar a efecto las anteriores teorías y respuestas prácticas deberá existir acuerdo entre los herederos sobre el medio de conmutación, el cónyuge viudo no puede oponerse a lo elegido por los herederos salvo que la discusión tenga su base en el valor de lo asignado al usufructo viudal y a lo conmutado.

Como adelantaba en el título de este epígrafe existen problemas en la práctica con el usufructo viudal y el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, tres son los principales problemas prácticos que podemos encontrarnos. En primer lugar el problema al respecto del dinero en metálico y en cuentas corrientes, en segundo lugar la existencia de fondos de inversión y en tercer y último lugar las acciones o participaciones sociales.

Dinero en metálico y en cuentas corrientes. Por la jurisprudencia se considera que usufructo en dinero es un usufructo de cosa consumible y le es de aplicación lo que dispone el Código Civil en el artículo 482, si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen dado estimadas, tendrá derecho de restituir las en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

Existencia de fondos de inversión. Cuando en la herencia existen fondos de inversión se genera la controversia de como ejercitar el usufructo dado que la ganancia que producen los beneficios de un fondo de inversión no se consideran como frutos sino aumentos de valor, y además nos encontramos el inconveniente que para convertir en realidad ese aumento de valor será necesario el reembolso y esa facultad sólo la dispone el nudo propietario.

Acciones o participaciones sociales. Si el usufructo recae sobre acciones o participaciones sociales los dividendos corresponden al usufructo pero el derecho de voto al nudo propietario, salvo que en los estatutos se disponga cosa diferente.³⁰ Este es el esquema general a seguir pero nos podemos encontrar con muchos conflictos o prerrogativas en la práctica, ya que se debe distinguir entre las acciones admitidas a cotización y las acciones o participaciones de sociedades familiares y así distinguir si el cónyuge premuerto era socio – inversor o socio interesado en la gestión; ese examen debe hacerse con detenimiento atendiendo a los estatutos societarios y a los derechos del socio.

³⁰ Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p.250

IV. Conclusiones

La elaboración de este trabajo ha significado un largo análisis de distintas fuentes del derecho y estudio de diferentes vertientes de pensamiento de diversos autores de Derecho Civil. Con ello he desarrollado a lo largo de estas páginas una redacción teórico práctica de los aspectos más relevantes y debatidos del Derecho Civil al respecto de los testamentos y las legítimas, exponiendo los puntos que, a mi parecer, podían resultar de mayor interés para los lectores y, además, llegando a conclusiones propias y críticas al respecto de varios aspectos de la regulación civil vigente, que expondré a continuación.

En primer lugar, he advertido del análisis de la primera parte de este trabajo la importancia que se le da y coincido debe darse a la forma de los testamentos ya que es el acto por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos para después de su muerte. Es de vital importancia que ese acto reúna una serie de condiciones y características para evitar que, una vez se produzca la muerte del otorgante/causante se devenguen problemas en la correcta aplicación de su voluntad. La engorrosa solemnidad que rodea al otorgamiento de un testamento puede resultar para el lego el derecho, excesiva, habida cuenta de que, al fin y al cabo, se trata de plasmar una voluntad que en la mayoría de los casos es clara, pero nada más lejos de la realidad. Si el otorgar testamento se redujera a plasmar la voluntad de una persona en documento estaríamos avocados a años de litigio.

En segundo lugar, las condiciones y características de los testamentos no están fundadas en arbitrariedades ni caprichos legislativos sino que lo están en garantizar la satisfacción plena de la voluntad del causante. Con ello, es relevante atender a la interpretación de los testamentos siendo la literalidad de las palabras del causante la vertiente principal para la interpretación de la voluntad del testador. Además, las formalidades que se exigen exponen su relevancia en el cumplimiento de la ley sucesoria, pues como hemos podido advertir en el desarrollo de este trabajo, el testador no tiene libertad plena para disponer de sus bienes, por lo que si en el momento de otorgar testamento y plasmar en el su voluntad se omiten las condiciones exigidas por la legislación no servirá de mucho lo reflejado en testamento pues, una vez fallezca el testador, los herederos impondrán el cumplimiento de la ley y la voluntad del testador quedará en segundo lugar si se les ha perjudicado como legitimarios.

En tercer lugar, siendo una de las materias más controvertidas tratadas por este trabajo concluyo el sinsentido actual de imponer las legítimas para los herederos forzosos. Como expuse anteriormente, la voluntad del testador es el óbice del derecho sucesorio, todo empieza con la muerte del causante y se desarrollan una serie de fases que en primer lugar atienden a la voluntad del testador al respecto del destino de sus bienes y derechos pero, la libertad de testar se ve mermada cuando la legislación impone un límite a la misma, límite que si el testador no tiene en cuenta a la hora de otorgar testamento no impide que se lleve a efecto, ya que se apreciará por los herederos e impondrán su cumplimiento.

En cuarto lugar y, expuesto lo anterior, no tiene sentido, a mi parecer, que el legislador debata al respecto de las causas de desheredación y su posible ampliación o modificación pero siga manteniendo el concepto arcaico de las legítimas. Se supone que las leyes y el ordenamiento jurídico deben avanzar y evolucionar tal y como la hace la vida y la sociedad, en la actualidad no tiene sentido que recaiga sobre los padres la obligación de enriquecer a los hijos, no tiene sentido que se imponga la reserva de determinados bienes para herederos forzosos, objetivamente, sin entrar a valorar el caso y la circunstancia en concreto entre causante y heredero.

En quinto lugar, y al respecto de la división de los bienes del causante entre los herederos que concurran a la llamada a la herencia resulta exagerado que la reserva que se hace a los hijos y descendientes lo sea de dos tercios de la herencia; y en el caso de los padres y ascendientes resulta insensato que si concurren éstos con el cónyuge viudo se les atribuya a los padres la legítima por lo que el cónyuge viudo tendrá que hacer frente al pago de esa imposición, con los problemas que eso puede conllevar en la práctica. Imaginemos pues, que el único bien del causante sea la vivienda conyugal. El debate está servido.

Finalmente, en un sistema como el nuestro, el ordenamiento jurídico español, donde en el ámbito de las sucesiones mortis causa se le concede súbita importancia a la voluntad del testador, dónde se han establecido reglas concretas sobre cómo se deben interpretar las disposiciones testamentarias, resulta cuanto menos sorprendente que se siga imponiendo al testador la reserva de bienes a unos herederos forzosos que a lo mejor, y en determinados casos, moralmente nada tienen que ver con el causante y atendiendo a la voluntad literal de este último, nada les dejaría en testamento si por su

voluntad fuera. Con ello, se puede desprender un sin sentido de que en los tiempos actuales se le dé tanto valor a la voluntad del testador pero por otro lado se le impongan límites y frenos a esa misma voluntad.

Las leyes y los ordenamientos jurídicos deberían de evolucionar al mismo paso que lo hace la sociedad y la forma de vida. En los tiempos que corren no tiene sentido, desde el punto de vista de quien escribe, que se límite para después de su muerte las posibilidades de disposición de unos bienes que en vida y siendo plenamente del causante los podría haber dispuesto con total libertad.

Por todo lo anterior y a mi parecer, lo que debiera hacerse en el derecho sucesorio español es consagrar, de verdad, la libertad de testar. Todo ello atendiendo a la realidad social, económica y jurídica.

V. Bibliografía

- Castán Tobeñas. J., *La concepción estructural de la herencia*, Madrid, 1959, p.89.
- De la Fuente Sancho. A. *Testamentos no notariales para tiempo de epidemia*. Notarios y registradores. 2020.
- García Sánchez. J.A, *Las instituciones sucesorias*. El Notario del siglo XXI, 2009, nº24.
- Irurzun. D, *La legítima, su contenido y satisfacción*, El Notario del Siglo XXI, 2013, nº50.
- Kaser. M., *Das römische Privatrecht I*, Munich, 1955, p564 y ss.
- Lacruz Berdejo. J.L. *Anotaciones al derecho de sucesiones de J. Binder*, Barcelona, 1953, p.19 y ss.
- Lacruz Berdejo. J.L. *Anotaciones al derecho de sucesiones de J. Binder*, Barcelona, 1953, p.176 y 177.
- Magariños Blanco. V, *Libertad de testar. Hacia una solución justa y equilibrada*, El Notario del Siglo XXI, 2005, nº2.
- Miquel González, J.M, *Legítima material y legítima formal*, El Notario del Siglo XXI, 2009, nº26.
- Pérez Hereza. J, *Libertad dispositiva mortis causa*, El Notario del Siglo XXI, 2009, nº24.
- Pérez Ramos. C; Ruiz González. LJ, *Sucesiones. Civil- Fiscal*. Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p. 31, 62-67, 188 – 200, 241 - 245, 247, 250, 312-318 y 198 – 202.
- Puig Brutau. J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Boch, Barcelona, 1975, p. 7.
- Rheinstein M., *The law of Decedents Estates*, 2ª Edición, Indianapolis, 1955, p. 10 y siguientes, 562 y siguientes, 697 y siguientes.
- Roca Sastre R.M. *Estudios de derecho privado*, II, Madrid, 1948, p. 5, 16 -18, 229 – 231 y 294.

Roca Sastre, R.M. *Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de Kipp*, Barcelona, 1951, p.13 y siguientes, p. 286.

Schulz, *Derecho Romano Clásico*, traducción española de Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, p.213-215.

Serrano. I., *La ausencia en el Derecho Español*, Madrid, 1943, p.408.

Vázquez Iruzubieta. C, *Particiones hereditarias, liquidación de gananciales y demandas judiciales*, Tomo I, Dijusa, Madrid, 2002, p. 129 – 130 y 183 y siguientes.

VI.- Webgrafía

<https://dpej.rae.es/>

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

<https://laleydigital.laleynext.es>

<https://www.boe.es>

<https://www.elnotario.es/>

<https://www.notariosyregistradores.com>

VII. Jurisprudencia

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 255/2020 de 4 Jun. 2020, Rec. 4638/2017

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 384/2019 de 2 Jul. 2019, Rec. 1063/2017

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 293/2019 de 24 May. 2019, Rec. 845/2016

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 104/2019 de 19 Feb. 2019, Rec. 1434/2018

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 687/2018 de 5 Dic. 2018, Rec. 1354/2016

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 539/2018 de 28 Sep. 2018, Rec. 811/2016

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 535/2018 de 28 Sep. 2018, Rec. 968/2016

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 382/2018 de 21 Jun. 2018, Rec. 3377/2015

Tribunal Supremo, Sala primera de lo civil, sentencia 461/2016, de 7 de julio de 2016, Rec. 836/2014

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 231/2016 de 8 Abr. 2016, Rec. 1274/2014

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 339/2015 de 23 Jun. 2015, Rec. 2408/2013

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 717/2014 de 21 Abr. 2015, Rec. 3318/2012

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 59/2015 de 30 Ene. 2015, Rec. 2199/2013

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 682/2014 de 25 Nov. 2014, Rec. 3095/2012

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 258/2014 de 3 Jun. 2014, Rec. 1212/2012

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 536/2013 de 29 Jul. 2013, Rec. 253/2011

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 140/2013 de 20 Mar. 2013, Rec. 1499/2010

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 415/2011 de 8 Jun. 2011, Rec. 295/2008

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 405/2010 de 17 Jun. 2010, Rec. 665/2006

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 133/2009 de 3 Mar. 2009, Rec. 480/2002

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 391/2008 de 19 May. 2008, Rec. 1031/2001

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 29/2008 de 24 Ene. 2008, Rec. 4591/2000

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 607/2007 de 15 Jun. 2007, Rec. 546/2004

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1194/2001 de 11 Dic. 2001, Rec. 1946/1996

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 323/1996 de 21 Abr. 1997, Rec. 1688/1993

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 6 Abr. 1998, Rec. 301/1994

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 13 Mar. 1989