

UN DEBATE ABIERTO: ¿MODIFICACIÓN O SUPRESIÓN
DEL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL
ESPAÑOL?

*AN OPEN DEBATE: MODIFICATION OR SUPPRESSION OF THE
LEGITIMATE REGIME IN THE SPANISH CIVIL CODE?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3010-3039



Salvador
CARRIÓN
OLMOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de junio de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En el trabajo se realiza una revisión crítica del sistema de legítimas contenido en el Código civil español.

PALABRAS CLAVE: Legítimas; parentesco; matrimonio.

ABSTRACT: *In the essay, a critical review of the legitimate regime contained in the Spanish Civil Code is carried out.*

KEY WORDS: *Legitimate; relationship; marriage.*

SUMARIO.- I. PARENTESCO Y LEGÍTIMAS: NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN.- I. Planteamiento introductorio.- 2 ¿Posibles propuestas de reforma?.- 3. Cuantía de la cuota legitimaria de hijos y descendientes.- A) Consideraciones generales.- B) A propósito del llamado “tercio de mejora”.- C) Legitimarios en situación de discapacidad.- D) Terminología.- E) Sustitución fideicomisaria de residuo.- 3) Legítima de ascendientes.- III. MATRIMONIO Y DERECHO DE SUCESIONES.- I. Precisiones introductorias.- 2. Situaciones de normalidad y situaciones patológicas o de crisis.- 3. Legítima del cónyuge supérstite y llamamiento de este a la sucesión intestada. Referencia al llamamiento a los parientes colaterales.

I. PARENTESCO Y LEGÍTIMAS. NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN.

I. Planteamiento introductorio.

Supuesta la necesidad, a lo que parece ineludible, de una reforma legislativa en materia de legítimas en el Código civil español, la premisa previa a considerar no puede ser otra sino la de la disyuntiva entre modificar su régimen u optar por su supresión¹.

La segunda de las opciones debe excluirse. Varias y consistentes son las razones que inclinarían la balanza en ese sentido. El peso de la tradición legislativa, aun no siendo decisivo, presenta consistencia. Pasar, pues, de un sistema de legítimas complejo y minucioso a su contrario, el de absoluta libertad de testar, sería posible, pero distaría mucho de ofrecerse aconsejable. Un cambio de este calibre, supuesto se llevara a cabo, debería hacerse gradualmente por razones de elemental prudencia.

De otra parte, en nuestro país, pese a los profundos cambios acontecidos en el marco de las relaciones familiares, y de modo similar a lo que cabría predicar de los demás países latinos, diríase que las estructuras familiares siguen siendo relativamente fuertes. Con todas las matizaciones que se quieran, la familia sigue ofreciendo (al menos mayoritariamente) un ámbito seguro, de acogida y refugio, a sus miembros en la práctica totalidad de las vicisitudes de la vida². Las graves situaciones sociales y económicas provocadas para miles de personas en nuestro

1 Se aborda primeramente aquí la problemática de la legítima de descendientes y de ascendientes, haciéndose objeto de consideración posterior la del cónyuge viudo. El/la viudo/a es legitimario, pero a nadie se le oculta que la especificidad de su legítima hace aconsejable una consideración separada de aquella. De una parte, el viudo no es pariente del causante; de otra, su legítima se encuadra en una realidad convivencial específica, como lo es la constituida por el matrimonio.

2 “La familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables” *Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE, del 3 de junio).

• Salvador Carrión Olmos

Profesor Emérito. Departamento de Derecho Civil. Universidad de Valencia (Estudio General). Salvador. Carrion@uv.es

país, primero, por la crisis económica y financiera, y después por la pandemia del Covid-19, y el papel fundamental desempeñado por las estructuras familiares en orden a paliar sus terribles consecuencias bastan sobradamente para acreditarlo.

Además, de la circunstancia de que el patrimonio del causante no tenga en la actualidad esa función familiar que tuvo en otro tiempo, de protección de las expectativas de los denominados en el Código (siquiera con escasa precisión técnica) “herederos forzosos” (descendientes, ascendientes, cónyuge), “para que no resulten vanas las expectativas legales” que a aquellos les correspondían sobre el patrimonio del pródigo) (DE CASTRO³), no cabría inferir que esa misma función haya desaparecido por completo.

El viraje que en esta materia se produjo con la reforma del CC por la Ley de 24 de octubre de 1983 sin duda fue profundo. La figura de la prodigalidad se configuraría enfocada preferentemente desde luego a la protección del derecho de alimentos, y, por tanto, del derecho a la vida. Cambió en lo sustancial el ámbito protegido de modo directo e inmediato, que ya no será el de los derechos sucesorios, pero con todo inferir de lo anterior la completa desaparición del nexo entre sucesión forzosa y una porción al menos de la herencia no resulta admisible.

La reducción sensible de la importancia de la legítima habría de verse acrecentada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y en esta misma línea, la Ley 8/2021, de 2 de junio, incide asimismo en esta materia, modificando la anterior regulación (siquiera con alcance al que se hará referencia posteriormente), pudiendo llegar a convertir casi en una ficción la legítima de los coherederos forzosos que concurren con aquél/ aquellos que se encontrare/n en una situación de discapacidad⁴.

Parece, pues, prudente inclinarse en línea de principio por la conservación del sistema de legítimas. Otra cosa es en qué medida resulte aconsejable esa conservación.

3 DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil de España, Tomo II, Derecho de la Persona*, Cívitas, edición facsimilar, Madrid, 1984, Introducción de Luís Díez Picazo, p. 338.

4 La incidencia sobre la cuestión a que se hace referencia en texto, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE del 3, como consecuencia de la nueva redacción de los artículos 782, 808, 813.2, 822 y 1041 del Código civil, será objeto de consideración más adelante.
La Ley a que acaba de hacerse referencia, entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, de conformidad con su Disposición final tercera.

2. ¿Posibles propuestas de reforma?

Por el momento, no existe en tramitación, ni tampoco en fase previa a ella, proyecto alguno de reforma del CC en materia sucesoria⁵. Se cuenta sí con una *Propuesta de Código Civil*, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁶ (y consultable en la propia página de la ADPC), de tinte netamente conservador⁷ (en cuanto escasamente novedosa) en la materia que nos ocupa, y ello porque las novedades que (en la hipótesis de que se convirtiera en Derecho vigente) aportaría serían las sobradamente esperadas⁸, y sobre las cuales el consenso es prácticamente unánime: reducción de la cuantía de las legítimas (art. 467-3), fijándola para los descendientes en “la mitad del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el art. 467-6. Sin embargo, el causante puede aplicar una cuarta parte del caudal como mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o incluso de descendientes más alejados en grado”. Para el caso de que existiere un solo descendiente, “su legítima es de un tercio”. También aquí no se va más allá de llevar al texto de la *Propuesta* la posibilidad, admitida sin controversia alguna desde la promulgación del CC, e incluso con anterioridad, de la posibilidad de mejorar a los nietos aun viviendo sus padres, legitimarios inmediatos del abuelo.

En cuanto a lo que se acaba de decir, la Exposición de Motivos de la *Propuesta* se manifiesta en los siguientes términos: “Conforme a lo que constituye unánime tendencia actual, se ha procedido a una significativa reducción de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante, pues una parte

5 Con todo, procedería hacer una mención del Borrador del Anteproyecto de Ley /2009, de la Generalitat, Valenciana de Sucesiones, que, aunque obviamente en vía muerta por razones que, por de sobra conocidas, estaría de más traer aquí a colación, quizá fuere digno de ser tenido en cuenta en una hipotética reforma del Código Civil. El art. 125, párrafo primero, del citado *Anteproyecto* fijaba en una cuarta parte del valor del patrimonio relicto la legítima de los hijos y descendientes si el número de ellos fuere de uno o dos, y en una tercera parte del mismo si el número de hijos fuere de tres o más.

Asimismo, el art. 126 del *Anteproyecto* a que se hace referencia venía referido a la “Legítima especial de los hijos o descendientes discapacitados”.

En cualquier caso, los criterios adoptados en el texto del *Anteproyecto*, a buen seguro podrían resultar de gran utilidad en una hipotética y futura reforma del Código: reducción sensible de la cuota legitimaria, y establecimiento de una adecuada solución asistencial en los supuestos de discapacidad, poniendo así fin a los “parches” legislativos actuales cuando de hijos o descendientes discapacitados se trata, que arrancan en lo fundamental de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. “Parches”, en definitiva, en cuanto la solución se trata de encontrar haciendo un diríase “encaje de bolillos”: a) atribución al discapacitado de lo que por legítima estricta o corta le corresponda, en concurrencia con los restantes hijos o descendientes; b) atribución asimismo a aquél de la totalidad del tercio libre, y del de mejora, c) establecimiento además de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, “siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos” (art. 808, apartado tercero, CC), y 822, segundo párrafo).

6 *Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 597 y ss.

7 “La primera advertencia que conviene hacer en este punto – se afirma en la exposición de motivos, y en referencia al régimen sucesorio – es que no ha de esperarse ruptura o quiebra alguna respecto del actual régimen, puesto que el criterio seguido en orden a su revisión ha sido, en todo momento, el de mínima intervención”, *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 188.

8 Escaso o nulo comentario merecen las correcciones llevadas a cabo en cuanto se refiere a la definición misma del instituto de la legítima por el art. 467-1 de la *Propuesta* respecto del art. 806 CC vigente., ni la mención de las personas con derecho a legítima (p. 597).

reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy de sentido⁹. Incluso se optado por establecer una legítima de extensión variable, de modo que resulte aún más corta cuando el legitimario concurrente (descendiente o ascendiente) sea uno solo. Pero también se ha procedido a un cierto debilitamiento de la figura a través de otros expedientes técnicos. Entre ellos cabe resaltar el establecimiento de un límite temporal en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, regla que, además, simplifica el cálculo de la legítima y evita engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha” (*Propuesta*, cit., p. 192)¹⁰

No cabe apreciar asimismo variaciones sustanciales en cuanto a la posición del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, de una parte, porque, tratándose de

9 Ciertamente que el tema de la desigualdad entre ciudadanos españoles, según sea su vecindad civil, en lo atinente al ámbito mayor o menor de libertad dispositiva del causante, raya casi en lo sangrante, si se compara el régimen del Código con el propio de los Derechos civiles autonómicos. Así, País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, art. 49 “La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario”); Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, art. 243, “Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta Sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes); Baleares (Decreto Legislativo 79/1.990, de 6 de septiembre, art. 42, párrafo primero, “Constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número”; Navarra (Ley 1/1.973, de 1 de marzo, Ley 267, párrafo primero, “La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de “cinco sueldos “febles” o “carlines” por bienes muebles y una roba de tierra en los montes comunes por inmuebles”, no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero”. 2. “La atribución de la “legítima navarra” con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal”; Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones), art. 451-5, “La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas”; únicamente el “Código del Derecho Foral de Aragón” (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas) se halla en la línea de la *Propuesta de Código* de la APDC, al señalar en su art. 486. Legítima Colectiva, apartado primero: “La mitad del caudal fijado conforme al art. 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios”, con la importante particularidad señalada en el apartado segundo “Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”.

10 La referencia hay que entenderla hecha al art. 467-6, apartado 2, de la *Propuesta*, relativa al caudal computable, con el siguiente texto: “Al valor líquido de los bienes hereditarios se agrega el de los bienes donados o enajenados por cualquier título gratuito por el causante *durante los veinte años precedentes a su muerte*, excluidos los que hayan sido objeto de liberalidades de uso. No obstante, el valor de los bienes que han sido objeto de atribuciones gratuitas imputables a la legítima debe computarse con independencia de la fecha de su realización”.

Con todo, se trata de una norma de limitado alcance. Una reducción del *donatum* que no parece quepa calificar de sustancial, y que conlleva la restricción de la computación a las donaciones hechas en los últimos veinte años de vida, excluyendo, en consecuencia, del caudal computable aquellas liberalidades realizadas con anterioridad, con tal de que no fueren imputables a la legítima. La regla, tomada del Derecho catalán y con la misma finalidad práctica, difiere no obstante en el plazo. La norma catalana restringe la computación a las donaciones hechas en los últimos diez años de vida. El texto de la *Propuesta* eleva este plazo a los veinte años precedentes a la muerte, con lo que obviamente se refuerza la legítima, yendo así en sentido contrario al perseguido por la norma catalana.

Se trata en definitiva de (usando una licencia del lenguaje) de hacer “borrón y cuenta nueva”, o como dice la propia exposición de motivos de la *Propuesta*, se trata de evitar “engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha”, excluyendo asimismo que el límite de los veinte años se haya adoptado de forma caprichosa, y explicándolo “por la elevada esperanza de vida de que disfrutaban los españoles”.

sucesión intestada, la anteposición del viudo/a a los ascendientes del premuerto es ya un valor entendido, que en consecuencia, no cabría calificar de novedosa: (art. 466-12.1. “A falta de hijos y descendientes sucede en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente o de hecho”) (p. 595); y de otra parte, porque en cuanto a los derechos del viudo/a como legitimario, “No se ha observado – se dice en la citada *Exposición de Motivos* – inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción)”, *Exposición de Motivos de la Propuesta*, cit., pp. 193-194. Lo que viene luego contradicho por la regulación concreta que para aquella se prevé (art. 467-5.2 y 3: “Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición”. Mientras que, en la actualidad, la circunstancia de que el viudo concurra con más de un descendiente no implica mengua alguna en la cuantía de su legítima, que se mantiene en el usufructo de una tercera parte del caudal. Tampoco cabría calificar de novedad la posibilidad, ahora objeto de permisibilidad expresa, pero sobradamente consagrada ya en la práctica, de ampliación de la legítima del viudo/a “a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes” Lo que los autores de la Propuesta no pueden menos de reconocer: “ Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante *casado* adjudica al *cónyuge supérstite*, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la *cautela socini*)¹¹, *Exposición de Motivos de la Propuesta*, cit., pp. 193-194, recogiénose en el art. 467-19.3 la citada regla permisiva: “No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo”.

11 Sobre el tema, recientemente, la destacada aportación de SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A: *El usufructo universal vitalicio y el artículo 820.3 del CC*, prólogo de José Antonio Cobacho Gómez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, en especial, pp. 79 y ss. “Son diversas las fórmulas con las que los notarios han dado forma a esta modalidad de “*Cautela Socini*” integrándola en el testamento mediante una cláusula en la que el testador instituye herederos y descendientes – en su caso –, a los que grava con un legado de usufructo vitalicio de la herencia a favor del cónyuge supérstite, rogándoles que respeten su voluntad, pues de lo contrario, instituye heredero al cónyuge supérstite del tercio de libre disposición, amén del usufructo legal del tercio de mejora”. Con todo, la estructura misma de la *Cautela* bascula, además, con el juego que el testador puede llevar a cabo, a fin de lograr su propósito benefactor del cónyuge sobreviviente, con el llamado “tercio de mejora”. Obviamente, éste no puede ir a parar (en propiedad) al supérstite, pero sí puede ser utilizado como “instrumento disuasorio” ante la virtual oposición al establecimiento de la *Cautela* por parte de alguno/s de los hijos o descendientes: “El testador dispone del tercio íntegro de mejora a favor de los legitimarios que se muestren conformes con el usufructo universal, puesto que los que se hubieren negado a aceptar tal legado solo percibirán su haber en el tercio de legítima estricta”. Claro es no obstante que en el caso de que la oposición a la *Cautela* provenga de todos los legitimarios inmediatos, y no únicamente de alguno/s de ellos, las posibilidades de que el testador se sirviera del tercio de mejora como “instrumento disuasorio” se verán sensiblemente reducidas aunque no del todo: ya no será posible la atribución en pleno dominio del tercio de mejora, y en su totalidad, al legitimario o legitimarios “conformes” con la voluntad del testador, sino que, existiendo legitimarios de grado ulterior, la solución pasaría por la atribución íntegra del mismo, y en pleno dominio, a tales legitimarios (nietos, bisnietos, en su caso). No existiendo esa posibilidad, la “sanción” del testador a esa oposición a la *Cautela* no podría ir más allá de la exclusión de aquellos del tercio de libre disposición.

3. Cuantía de la cuota legitimaria de hijos y descendientes.

A) Consideraciones generales.

Presupuesta la conservación de las legítimas, la cuestión nuclear a resolver es la relativa a su cuantía. Una efectiva ampliación de la libertad dispositiva del causante, en lo que a la legítima de hijos y descendientes se refiere, parece demande una reducción de aquella en cuantía sensiblemente superior a la contenida, por ejemplo, en la *Propuesta de Código* de la APDC, que la fija en la mitad del caudal, calificando no obstante de “sensible reducción” el paso de una cuantía de dos terceras partes del caudal hereditario a la de la mitad de aquél.

Si se tienen en cuenta las consideraciones sociales y económicas existentes en la sociedad española, no parece descabellado sostener que la cuantía de la legítima de descendientes debiera fijarse en una tercera parte del caudal. No hay razones de peso, si lo que se pretende es ampliar la libertad dispositiva del causante, para fijar esa cuantía en un tercio sólo en el caso de que exista un único descendiente. Es evidente que si hay pluralidad de legitimarios inmediatos (que sucedan por derecho propio, y por partes iguales, en la mitad del caudal o, en su caso, por derecho de representación, en tal caso por estirpes, percibiendo entre todos la porción que hubiere correspondido a su padre si viviera)¹², la cuantía a percibir será superior a si lo hacen en *un tercio*. Con todo, una fijación de la cuota en la mitad del caudal parece responder aun al arrastre de circunstancias sociales y económicas que, de un lado, tiempo ha dejaron de ser las propias de la sociedad española, y, de otro, sigue haciendo prevalecer en exceso sin duda el criterio del parentesco sobre el de la libertad dispositiva. En la confrontación entre ambos principios, de no fácil armonización desde luego, y presupuesta la necesidad de optar por una cierta prevalencia de alguno de ellos, quizá la balanza deba inclinarse hacia el segundo: el de la libertad testamentaria.

Llama la atención que en la *Propuesta* a que se ha hecho referencia se opte, de un lado, por fijar la legítima de descendientes en la mitad del caudal, y pasar a invocar, de otro, en pro de esa reducción, la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco, cuyo art. 49 la fija precisamente en un tercio¹³. Claro es que la ley vasca puede servir, y sirve, de punto de apoyo para esa reducción, pero, aun trayéndola a colación, los autores de la *Propuesta* diríase han preferido “no llegar tan lejos”, manteniéndola en la mitad. No acaban de verse, como se ha dicho, las razones justificativas de esa fijación.

12 Con todo, la circunstancia del apreciable descenso en el número de hijos en el marco de las sociedades occidentales, y la nuestra desde luego no es excepción, parece debiera jugar asimismo en pro de esa sensible reducción en la cuantía de la legítima de descendientes, fijándola como máximo en una tercera parte del caudal.

13 Sobre el tema, GALICIA AIZPURÚA, G: “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 303 y ss.

B) A propósito del llamado “tercio de mejora”.

Reducida así la legítima de descendientes a un tercio del caudal computable, la consecuencia terminológica primera e inmediata, sería la desaparición de las (terminologías) de “legítima estricta” o “corta”, y “legítima larga”, resultante de sumar al primer tercio el llamado “tercio de mejora”, ya en su integridad, ya en la porción de la que el testador no se hubiere servido para “mejorar” a hijos o a descendientes de grado ulterior, de conformidad con el viejo adagio según el cual el llamado “tercio de mejora” solo es “mejora” cuando el testador se haya servido de él para “mejorar” efectivamente.

Y es que la pregunta que quizá debiera formularse aquí respecto a la figura misma del llamado “segundo tercio” o “tercio de mejora”, dando ya por presupuestas las especificidades de este¹⁴, sería la de si su misma función podría alcanzarse reduciendo a un tercio la legítima de descendientes y, simplemente, haciendo jugar el principio de libertad de testar en cuanto al resto del caudal.

¿Qué utilidad aporta entonces la existencia de ese segundo tercio¹⁵? Sin duda, que una utilidad “cuantitativa” al aumentar la legítima de descendientes, por cuanto el juego de la *libertas testandi* respecto del mismo viene limitada en cuanto ha de ir a parar, necesariamente, en todo o en parte, a hijos o descendientes de ulterior grado. Pero ello nos hace volver de nuevo al problema inicial, el de la cuantía misma de la legítima de aquellos, respecto del cual la necesidad de su reducción (a un tercio) parece se ofrezca como premisa difícilmente cuestionable.

Lo anterior parece nos haga recalcar entonces en esa otra “ventaja” que tradicionalmente se le ha venido reconociendo a “la mejora”. El maestro Federico De Castro se refería (en una consideración clásica, repetida prácticamente sin excepción en aportaciones posteriores) al estricto sistema de legítimas del Código, calificándolo no obstante de “templado” por la típica institución de la mejora¹⁶.

Ninguna duda cabe en cuanto a qué deba entenderse por carácter “templado” de la mejora. Se trata de la posibilidad (permitida por la ley al testador) de distribuir

14 Que si el testador no se sirviera de él, se sumaría al tercio de legítima “estricta” o “corta”, dando así lugar a los “dos tercios”, a repartir entonces por cabezas entre los legitimarios inmediatos, o por cabezas y por estirpes, en el caso de que descendientes de ulterior grado sucedieran por derecho de representación; que si el testador se sirviera solo en parte de ese tercio “segundo”, la parte del mismo de la que no hubiere dispuesto se sumará al tercio de legítima “estricta”, a repartir entonces por partes iguales entre legitimarios inmediatos que sucedan por cabezas, o en su caso, legitimarios de grado ulterior, que sucedan por representación, percibiendo entonces entre todos la porción que hubiere correspondido a su padre si viviera; que cabe asimismo que el testador se sirva de ese tercio para “mejorar” a descendientes de grado ulterior, aun viviendo sus padres; y, finalmente, que solo cabe hablar de en puridad de “tercio de mejora”, cuando el testador se hubiere servido de él en todo o en parte para, efectivamente, “mejorar” a alguno/s de los hijos o descendientes.

15 Y dando asimismo por supuesto que se está hablando de categorías puramente contables.

16 DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil de España*, cit., p. 207. La cursiva es mía.

desigualmente entre sus hijos o descendientes uno de los dos tercios de los que constituyen la llamada legítima “larga”.

Se trata, pues, “en sentido técnico, de una *facultad* atribuida a todo causante que, *ad nutum* o sin necesidad de justificarlo, prefiera que sus legitimarios le sucedan en forma desigual” (Lasarte Álvarez).

El alcance entonces de ese carácter “templado” hay que verlo pues en esa posibilidad de “calibrar”, “modular”, “ajustar” en definitiva, esa distribución de la legítima, tomando en consideración cualesquiera factores que, con independencia de la que objetivamente merezcan, resulten no obstante importantes (subjetivamente) para el causante. Así pues, frente al criterio riguroso e imperativo de la distribución por partes iguales entre los legitimarios inmediatos del llamado “tercio de legítima estricta o corta”, respecto del cual esa posibilidad de “ajuste” o “modulación” no es posible, tratándose del “tercio de mejora”, esa “modulación” no solo es posible sino que, además, con cargo a aquél cabe disponer a favor de descendientes que no lo son inmediatos y que, precisamente por ello, vienen excluidos de la legítima “estricta” o “corta” viviendo sus progenitores.

Como se acaba de decir, el cúmulo de circunstancias que pueden llevar al causante a servirse de ese tercio a favor de alguno/s de sus hijos o descendientes de grado ulterior, resulta sencillamente inimaginable (mayores dosis de afecto demostradas hacia aquél, necesidad de atender o cubrir necesidades específicas de alguno de los hijos, por hallarse este en peor situación económica, o simplemente haberse sentido más próximo al mismo por razones de carácter, aficiones o cualesquiera otras circunstancias, predilección especial por uno de los nietos, orfandad de alguno o algunos de estos últimos, etc.).

Ese carácter “templado” vendría asimismo a ponerse de manifiesto en el caso de que el testador simplemente “no quiera desigualar”, pese a poder hacerlo, incluso deseándolo, a fin de evitar rencillas, discordias, o hipotéticas situaciones de enfrentamiento, entre sus hijos. En tal caso, y cabría decir que salomónicamente, el importe de ese tercio se adiciona al de legítima “estricta”, repartiéndose por partes iguales entre los legitimarios más próximos en grado (a salvo, claro es, el juego del derecho de representación y la consiguiente sucesión por estirpes propia de aquél).

Ahora bien, dicho lo anterior, cabría preguntarse si esa posibilidad de “modulación” o de “ajuste” no podría conseguirse igualmente, reduciendo la cuota legitimaria a un tercio del caudal, y haciendo jugar el principio de la *libertas testandi* respecto del resto, excepción hecha, en su caso, de la existencia de cónyuge

viudo, cuya legítima debiera ser de un tercio del caudal y, desde luego, en pleno dominio¹⁷. La respuesta afirmativa es más que evidente.

C) Legitimarios en situación de discapacidad.

Quedaría desde luego la necesidad de búsqueda de una adecuada solución legislativa de carácter asistencial para hijos o descendientes discapacitados, la que no siempre resultará fácil de armonizar con la cuantía legitimaria de los restantes¹⁸.

En la actualidad, esas medidas de carácter (al menos en alguna medida) como se ha dicho *asistencial*, iniciadas ya en profundidad, por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, acentuadas ahora (siquiera con alteraciones de relieve) por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se han tratado de encontrar a través de la reforma de preceptos concretos, de un lado, y, de otro, presuponiendo el juego de las reglas generales en materia de sucesión testamentaria, por cuanto se refiere al tercio de mejora y al llamado tercio libre¹⁹.

Los artículos del CC objeto de reforma por la Ley 8/2021, y en lo que aquí particularmente atañe, son el 782 y 808²⁰. Alguna referencia merece además la

- 17 El mantenimiento en usufructo de la legítima del viudo constituye, a lo que creo, una doble inconsecuencia: de una parte, por la misma circunstancia de que no ya la disolución del vínculo por divorcio extinga el derecho a la legítima, sino también la separación legal o de hecho, con lo cual la quiebra de la relación de convivencia en toda su amplitud acarrea esa extinción. Quiérese decir que, aun atribuida aquella en pleno dominio, su conservación presupone necesariamente una relación matrimonial estable, e incluso quizá prolongada en el tiempo, lo que parece asimismo haría merecedor al sobreviviente de esa atribución de la misma en pleno dominio y no ya simplemente en usufructo, con la consiguiente problemática que ello conlleva en la inmensa mayoría de casos con los titulares de la nuda propiedad; de otra parte, la atribución en usufructo de la legítima del supérstite se sigue presentando como resabio de la vieja concepción de la sucesión *mortis causa* en el Código, haciéndola bascular básicamente sobre el parentesco de sangre, lo que no parece asimismo entronque del todo con la realidad sociológica, innegable desde luego, del claro predominio de la llamada "familia nuclear".
- 18 Orientativa al menos la regulación contenida en el Borrador del Anteproyecto de Ley /2009, de la Generalitat, Valenciana de Sucesiones, art. 126. Legítima especial de los hijos o descendientes discapacitados: "El crédito legitimario de los hijos o descendientes discapacitados que reúnan las condiciones establecidas en el artículo siguiente consistirá en un capital o pensión alimenticia que les permita cubrir sus necesidades del modo como lo eran antes del fallecimiento del causante conforme a las nuevas circunstancias de la familia, sin que se supere, por cada hijo discapacitado, el límite de una cuarta parte del valor del patrimonio relicto, aunque con ello se supere el límite del valor de la legítima de los hijos y descendientes establecidos en el artículo anterior". (La cursiva es mía).
- 19 En cuanto a la primera de las vertientes, la reforma de los arts. 808, apartado tercero, 813, apartado segundo y 822, segundo párrafo; y en cuanto al juego de las reglas generales en materia de legítima de hijos y descendientes, y en cuanto al tercio de libre disposición, la posibilidad abierta al testador de adjudicar, en su totalidad, al hijo discapacitado, el tercio libre y el llamado tercio de mejora. De tal modo, y actuando de manera jurídicamente impecable, el resultado que ello arrojaría sería desde luego sumamente favorable para ese hijo discapacitado: atribución en su favor de las dos terceras partes del caudal computable (tercios de mejora y libre) y establecimiento asimismo en su favor de una sustitución fideicomisaria sobre la totalidad del tercio de legítima estricta, siendo fideicomisarios los coherederos forzosos (art. 808, apartado tercero).
- 20 Quedan fuera del marco que aquí interesa las leves alteraciones de redacción llevadas a cabo en el art. 1041, reducidas a la supresión del término "equipo ordinario", contenido en la redacción anterior, y ahora suprimida en la nueva redacción.

supresión del art. 776 (que albergaba la llamada sustitución *cuasi pupilar*), sobre la que se vuelve en la Disposición transitoria cuarta (“Sustituciones realizadas en virtud del artículo 776 del Código Civil”)²¹.

En lo que se refiere a los llamados “tercio de mejora” y “tercio libre”, la situación no cambia lo más mínimo. Sobre el tercio “libre”, el testador podrá operar como le plazca. En cuanto al de “mejora”, tampoco hay alteración alguna: la redacción del párrafo segundo del art. 782 es casi literalmente coincidente con la precedente, sin más modificación que el empleo del singular frente al plural de la anterior redacción (“Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora solo podrá establecerse a favor de los descendientes ...), frente a la de “Si recayeren (esas sustituciones) sobre ... sólo podrán hacerse a favor de los descendientes”. De otra parte, el empleo del término “establecer” parece resulte técnicamente más correcto que el de “hacerse”, tratándose de la constitución de una sustitución sobre una parte de la legítima.

En cuanto al 782, en relación al 808, se asiste a un extraño maridaje por cuanto se refiere al empleo de las expresiones “hijo/s del testador que se encuentren en una situación de discapacidad” (art. 782), de un lado, frente a la de “alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad” (art. 808, apartado cuarto), de otro.

De otra parte, la circunstancia de no ser la colación una institución destinada a la protección de la legítima, justificaría aún más la no necesidad de una mayor atención.

- 21 El art. 776 CC en su redacción anterior establecía: “El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”.

Ninguna duda cabe en cuanto a que las sustituciones *pupilar* y *cuasi pupilar*, son instituciones arcaicas que no merecen conservación, y que sólo tienen sentido en tanto en cuanto se las asimile a un testamento que el ascendiente hace por el descendiente, tratando así de evitar la sucesión intestada de este. En cualquier caso, la desaparición de la figura arrastrará como lógica consecuencia aspectos controvertidos, como el del ámbito mismo de los bienes sobre los que aquella debiera proyectarse, y que parece debiera resolverse a favor de la tesis amplia con apoyo en el 777.

Sea de ello lo que fuere, la Disposición transitoria cuarta establece: “Cuando se hubiere nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se aplicará lo previsto en esta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida”.

Así pues, si el fallecimiento del sustituido acontece tras la entrada en vigor de la ley, se aplica lo en ella previsto (“la sustitución dejará de ser ejemplar”), llama la atención lo que sigue: “sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida” (¿). Y es que lo único que sabemos es que la persona sustituida ha fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pero ¿inferir de esta circunstancia que la persona sustituida testó, y que por ello, la sustitución (que deja de ser ejemplar) ya no podrá sustituir ese hipotético testamento, resulta cuanto menos curioso; además de que si ese testamento existiere, por su propia existencia dejaría sin efecto la sustitución misma, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del anterior art. 776.

La referencia en cuanto a la sustitución fideicomisaria de residuo parece haya que conectarla, de una parte, a la circunstancia de que los efectos de la sustitución *cuasi pupilar* son alcanzables al amparo de una sustitución fideicomisaria condicional; y, de otra, a la prevalencia de la tesis jurisprudencial que ve en el *fideicomiso de residuo* una variante de la sustitución fideicomisaria condicional. .

Hay que estar desde luego a lo dispuesto en el 808²², apartado cuarto, y ello por disponerlo así expresamente el 782, pero se reduce el círculo de los beneficiados por la disposición. Mientras el 808, apartado tercero, anterior redacción, vinculaba la posibilidad del establecimiento de la sustitución fideicomisaria a la circunstancia de que *“alguno de los hijos o descendientes hubiera sido judicialmente incapacitado”*, el apartado cuarto del 808 surgido de la reforma de 2021 se refiere a la de que *“alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad”*. Así, mientras en la redacción de 2003, el favorecido por la sustitución no había de ser, necesariamente, legitimario (no lo son del abuelo los descendientes de grado ulterior, nietos, viviendo los hijos), en la de 2021, el gravamen de la legítima estricta que, para los demás legitimarios sin discapacidad, implica el establecimiento de la sustitución, se conecta, y se justifica, sólo en el caso de que *“alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad”*.

Así pues, parece se imponga llegar a la conclusión de que, aun protegiéndose la situación de discapacidad, no es esta sola la que justifica el gravamen de la legítima estricta de los demás legitimarios, y ello por cuanto este precisa, para su establecimiento y justificación, de la circunstancia de que el beneficiado por él no sea únicamente discapacitado sino, asimismo, legitimario.

En la regulación anterior, resultaba posible favorecer a un descendiente judicialmente incapacitado, aun no concurriendo en el él la condición de legitimario del abuelo al vivir su padre, en la ahora surgida de la reforma, esa posibilidad desaparece por cuanto el legislador se refiere exclusivamente a legitimarios, aunque lo sean de grado ulterior, pero legitimarios al fin y a la postre. La sola discapacidad, como se ha dicho, no unida además a esa condición, no le ha parecido suficiente al legislador para gravar de modo tan intenso la legítima estricta de los demás legitimarios como lo implica el establecimiento de una sustitución fideicomisaria.

Como consecuencia, pues, de la prevalencia del 808, apartado cuarto, sobre el 782, la referencia contenida en este último a los *“hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad”*, hay que entenderla siempre subordinada a la más amplia de *“legitimarios”* que se encontraren en una situación

22 En cuanto al art. 808, la reforma consiste en la supresión de su párrafo tercero (*“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer un sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos”*), pasando a ocupar ese lugar el párrafo cuarto del precepto en la redacción de 2003 (*“La parte restante será de libre disposición”*), y añadiéndose dos nuevos párrafos, los párrafos cuarto y quinto, en los términos siguientes:

“Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquél disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa”.

“Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique”.

de discapacidad, sean pues hijos o descendientes de grado ulterior, con tal de que como se ha dicho ostenten esa condición.

En cualquier caso, es indudable que la nueva redacción tiende a proteger en mayor medida la intangibilidad de la legítima estricta de los demás legitimarios no incapacitados, por cuanto eleva la exigencia respecto de los hipotéticos beneficiarios del establecimiento de esa sustitución, junto a la circunstancia de “encontrarse en una situación de discapacidad”, la de ostentar la condición de legitimario, lo que excluye al nieto discapacitado cuyo padre viva, lo que no lo hace “legitimario” de su abuelo.

El art. 808 en su nueva redacción presenta, asimismo, otras alteraciones que exigen alguna consideración: en tanto que en la redacción anterior, el párrafo tercero se refiere a la posibilidad de “establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta (expresión esta que indudablemente hay que entender referida a la totalidad de aquél), en la redacción de la ley 8/2021 no se dice exactamente lo mismo: “el testador podrá disponer a su favor (el del legitimario en situación de discapacidad) de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad”.

La referencia no puede, pues, entenderse hecha ya a la totalidad del tercio de legítima “estricta” o “corta”, sino únicamente a la porción del tercio que corresponda a los restantes legitimarios, excluido claro está la (porción) del afectado por una situación de discapacidad.

La sustitución fideicomisaria que, en su caso, se establezca no afectará a la porción de la legítima “corta” correspondiente al legitimario en situación de discapacidad, porque no grava todo el tercio, sino una parte (la más importante cuantitativamente, lo que será así cuando los demás legitimarios sean más de uno, o varios).

El objetivo perseguido, pues, resulta enteramente lógico: se trata de no poner cortapisas que redunden asimismo en mengua de la libertad patrimonial del legitimario discapacitado respecto de la porción misma del tercio de legítima “estricta” que a él le corresponda, y que, obviamente, resultará de dividir la cuantía de ese tercio entre el número de legitimarios (ya sucedan estos por derecho propio o, en su caso, por derecho de representación). Esa porción no vendrá gravada. Y es que lo contrario, rayaría en el absurdo por cuanto la existencia del gravamen afectaría a aquél a quien se trata de beneficiar.

No se quiere decir con lo anterior que esa solución no fuera posible en el marco del apartado tercero del anterior art. 808. Y es que, tratándose de una disposición testamentaria, nada impedía que el establecimiento de esa sustitución

no fuere total sino parcial, gravando con ella únicamente la porción de legítima estricta de los demás, y dejando fuera la correspondiente al “judicialmente incapacitado”, pero con la nueva redacción queda aún más claro que el gravamen no podrá afectar a la porción de legítima de “alguno o varios de los legitimarios” (que) se encontraren en una situación de discapacidad”.

Atribución en pleno dominio de su porción al legitimario en situación de discapacidad, y atribución con gravamen a los demás legitimarios sin discapacidad de la que les corresponda.

D) Terminología.

Las imprecisiones terminológicas de algunos de los artículos que han recibido nueva redacción por la ley a que se hace referencia no pueden pasar desapercibidas.

La utilización indistinta de los términos “hijos” (que se encuentren en situación de discapacidad); “legitimarios” (que se encontraren en una situación de discapacidad), como si su alcance fuere del todo equivalente, revela escasa precisión técnica, máxime tratándose (como es el caso) de conceptos de suma elementalidad en el marco del Derecho sucesorio. Precisamente por ello, no parecen necesarias mayores consideraciones.

E) Sustitución fideicomisaria de residuo.

El inciso segundo del párrafo cuarto del art. 808 viene redactado en los siguientes términos:

“En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquél disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa”²³.

La nueva redacción presenta diferencias con el texto al que viene a sustituir (contenido en el párrafo tercero del anterior art. 808).

Quizá se haya tratado de mejorar un tanto esa redacción sustituyendo la fórmula: el testador “podrá establecer una sustitución fideicomisaria. . . .”, por la quizá también más precisa técnicamente de: “el testador podrá *disponer a su favor* de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad” (art. 808, párrafo cuarto, inciso primero, en la redacción de 2021), añadiéndose a continuación que, en el caso de que efectivamente, el testador dispusiere, el alcance concreto de ese

23 Novedosa, aunque quizá del todo innecesaria, la redacción del quinto y último apartado del citado art. 808: “Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique”.

acto (que efectivamente lo es de disposición)²⁴, será el señalado inmediatamente después: “lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta.”

Varias son las puntualizaciones que cabe hacer aquí: de un lado, se repite, como se apuntó, ese extraño, e incomprensible, maridaje terminológico “hijo” / “legitimarios”, cuando lo cierto es que el/ o los/legitimarios no tienen por qué ser necesariamente “hijos”, cabría incluso concurrir en “hijos” con “nietos” (hijos del hijo premuerto), y que como consecuencia del fallecimiento de su progenitor pasen a ser legitimarios inmediatos del abuelo (siquiera sucediéndole por representación, y cabría asimismo que la situación de discapacidad afecte a uno de los nietos, y no a todos. . . .

Resulta del todo impensable que el designio legislativo haya tratado de ir más allá, y en un afán de tratar de proteger al máximo la legítima de los hijos no discapacitados, haya identificado con carácter excluyente (siquiera a los efectos de lo dispuesto en los preceptos de referencia) la condición de “hijo” con la de “legitimario”, excluyendo así del marco protector al “legitimario” en situación de discapacidad que no sea sin embargo “hijo” del testador.

En ese afán del legislador por tratar de conciliar intereses de suyo contrapuestos (como lo son, el del legitimario o legitimarios “que se encontraren en una situación de discapacidad”, de un lado, y el de aquellos otros legitimarios que “ven afectada su legítima estricta”, de otro), se ha optado por acotar y circunscribir esa referencia general a la figura de la sustitución fideicomisaria contenida en el párrafo tercero del 808 (redacción de 2003) a aquella otra, sin duda de más reducido ámbito, como lo es el llamado *fideicomiso de residuo*, cuya naturaleza de verdadera sustitución no se ofrece desde luego exenta de dudas.

Es claro desde luego que de lo que el legislador ha querido huir es del problema de la disposición libre, planteable en el marco de la sustitución fideicomisaria, pero implantable a su vez en el del *fideicomiso de residuo*. Al fiduciario se le faculta para disponer sólo *inter vivos* y a título oneroso. Este es literalmente el alcance del párrafo cuarto, inciso final, del 808 en su nueva redacción. Los bienes de los que el fiduciario no hubiese dispuesto (“el residuo”) pasarán (a la muerte de este) a aquellos que “hubieren visto afectada su legítima estricta”.

Con todo, como es sabido, el llamado *fideicomiso de residuo* puede adoptar dos modalidades (*si quid supererit*, “si queda algo”; y *de eo quod supererit* “de aquello

24 Ninguna duda cabe que el término “acto de disposición” engloba (junto a la enajenación), la constitución de gravámenes (como lo será, en su caso, el establecimiento de una sustitución fideicomisaria.

que deba quedar”. Parece claro que la opción legislativa lo ha sido por la primera de las modalidades (“si queda algo”), puesto que, si bien el “hijo beneficiado” no podrá disponer de los bienes “ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*”, es claro que podrá hacerlo a título oneroso. Y, previsiblemente, deberá hacerlo a fin de subvenir a sus mismas necesidades originadas por la propia situación de discapacidad en la que se encuentra, lo cual obliga a concluir que la premisa a tener en cuenta no es la de “bienes que deban quedar”, sino la de “si quedan bienes”, estos pasarían a los que hubieren visto afectada su legítima.

4. Legítima de ascendientes.

Si la existencia misma de la legítima de descendientes no se presenta exenta de problemas, es manifiesto que la problemática aun lo será en mayor grado respecto de la que a los ascendientes corresponde²⁵.

Ya no se trata solo de defender (como no podría ser de otro modo) la subsidiariedad de la legítima de los ascendientes, resaltando así la existencia de una radical incompatibilidad entre descendientes y ascendientes respecto a la legítima, porque ello no sería sino constatar la realidad normativa vigente. Se trataría de ir más allá planteándose la cuestión de si, en esa hipotética reforma del Código en el marco de la sucesión por causa de muerte, debiera o no mantenerse la legítima de los ascendientes.

Los argumentos en contra de esa subsistencia de derechos legitimarios para los ascendientes son numerosos. Quizá el primero y más importante el de que por “ley de vida”, raramente los ascendientes sobreviven a sus descendientes. E incluso cuando tal circunstancia se da, y aun saliéndonos del marco de lo jurídico, no cabe sino considerarla como una inmensa desgracia²⁶ para el/los progenitor/es.

La reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear, se presenta asimismo como factor decisivo en el tema que nos ocupa. Las relaciones entre los miembros de la familia pertenecientes a generaciones distintas dejan de tener lugar bajo un mismo techo. Surge así la

25 “Constituye la legítima de los padres o ascendientes – dice el art. 809 CC – la mitad del haber hereditario de los hijos o descendientes, salvo en el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia”.

Como es sabido, la cuestión de si en el caso de que el cónyuge del descendiente renuncie a la herencia, la legítima de los ascendientes continúa reducida a la tercera parte o vuelve a ser de la mitad, parece deba resolverse en este último sentido.

De otra parte, y a diferencia de la legítima de descendientes, la de ascendientes no se presenta con el mismo carácter indubitado, *cfr.* al respecto las consideraciones de Derecho histórico que recogían los Profesores LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., en *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 469.

26 En el sentir común la muerte de un hijo/a en vida de sus padres suele considerarse el más cruel acontecimiento que puede experimentar un ser humano, y que de alguna manera cabe considerar “antinatural” (sin que haga falta precisar que el calificativo, obviamente, se emplea aun cuando el fallecimiento del hijo lo haya sido por causas naturales).).

llamada "intimidad en la distancia". Y mírese como se quiera, resulta innegable que tal circunstancia origina un cierto distanciamiento.

De otro lado, la sugerencia de la supresión de la legítima de los ascendientes, a salvo desde luego atribuciones asistenciales, no es un tema novedoso en materia de legítimas, ni se trata de una opción legislativa desconocida en nuestro país²⁷. Ya en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil ("*Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro*"), celebradas en Santander del 9 al 11 de febrero de 2006), el Prof. Delgado Echeverría (siquiera a título de sugerencia, aunque recogiendo un punto de vista no minoritario) se inclinaba por la supresión de la legítima de ascendientes, con la antedicha excepción de atribuciones asistenciales²⁸.

En definitiva, en ese equilibrio entre libertad testamentaria y legítimas, se trataría de determinar si la primera deba experimentar un recorte sustancial a favor de los ascendientes en el marco de un Estado social, que provee a las necesidades vitales de sus ciudadanos mediante un adecuado sistema público de pensiones, complementado además por las ayudas a la dependencia. No se ignora desde luego que en los tiempos que corren la afirmación que se acaba de hacer, sin duda, peque de excesivamente optimista, y resulte aun más problemática en un contexto de crisis del sistema público de pensiones, con reducción sensible del número de cotizantes y aumento exponencial de los individuos con derecho a la percepción de aquellas, pero con todo quizá cuando se aborda esta temática y sus propuestas de reforma, la óptica que se adopte no sea del todo correcta sencillamente porque no seamos capaces de percibir las sustanciales diferencias (sociales, económicas) existentes entre la época en que el Código se promulgó y la actual.

Quiérese decir que en el tratamiento de la legítima de ascendientes no cabe adoptar como enfoque preponderante, casi exclusivo, el paso de la familia extensa a la estrictamente nuclear, y el quizá consiguiente debilitamiento de los vínculos afectivos entre hijos y padres, descendientes y ascendientes²⁹, y ese enfoque no

27 Art. 238 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia.

28 DELGADO ECHEVERRÍA, J: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2006, p. 170.

29 Y situados en esta perspectiva, quizá cupiera asimismo preguntarse si resulta del todo lógico el mantenimiento de una legítima de ascendientes (subsidiaria ciertamente, pero atribuida en propiedad), frente a una legítima del viudo/a en usufructo vitalicio, y todo ello en el marco de una familia estrictamente nuclear, de la que los padres y ascendientes ya no forman parte.

Presupuesto ese carácter "nuclear" estrictamente de la familia, la anteposición de los ascendientes al cónyuge viudo en la sucesión intestada carece de toda explicación lógica, y, siquiera en menor medida, también carece de ella la atribución de una legítima a los ascendientes en pleno dominio, y en usufructo vitalicio al viudo. No creo que esa inconsecuencia desaparezca del todo por el carácter "subsidiario" de la legítima de los ascendientes frente a la circunstancia de que el viudo sea legitimario siempre (presupuesta, claro es, la inexistencia de separación legal o de hecho).

La desaparición de la legítima de padres o ascendientes, no podría menos de incidir favorablemente en la del cónyuge viudo), sin que proceda entrar aquí en mayores consideraciones.

puede ser exclusivo porque se revela incompleto. Si la legítima de los ascendientes “se cuestiona”, ese cuestionamiento no parece pueda venir separado de algo tan elemental como la de la diversa realidad social y económica existente entre la España que vio nacer al Código (finales del XIX) y la actual (transcurridas ya dos décadas del XXI). Si no se tiene en cuenta esa realidad, la actual, tan radical y profundamente distinta de la existente al tiempo de su promulgación, el análisis resultará fallido³⁰.

Se trata pues de determinar si sigue teniendo sentido, aquí y ahora, la existencia de una limitación, importante ciertamente³¹, a la libertad testamentaria del causante que carece de descendientes (por inexistencia o premoriencia de aquellos)³², o si por el contrario, deba prevalecer el principio de libertad de testar³³.

- 30 Quizá bastara recordar la circunstancia de que en la España que vio nacer al CC, máxime entre las clases sociales menos favorecidas, era corriente que al alcanzar los padres o ascendientes una edad avanzada, sin poder ya continuar en el trabajo, y careciendo de un sistema público de pensiones mínimamente adecuado, tuvieren los hijos que asumir el mantenimiento de sus padres, incluso llevándolos consigo, hasta su fallecimiento. Asimismo, solía ser frecuente que, previendo los padres la llegada de tal situación, donaren la nuda propiedad de inmuebles, reservándose el usufructo vitalicio de los mismos. Se trataba así de garantizar de algún modo la subsistencia al llegar a una edad avanzada. Ninguna duda parece quepa en cuanto a que la legítima de ascendientes que el Código estableció tuviera mucho que ver con esta situación.
- 31 Aun siendo de cuantía variable, las cuantías son importantes: la *mitad del haber hereditario de los hijos o descendientes*, no existiendo cónyuge viudo, y concurriendo con éste, *una tercera parte de la herencia*. La *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, mantiene la legítima de los ascendientes siquiera con una reducción de sus cuantías. El art. 467-4.1 viene redactado así: “Constituye la legítima de los progenitores o ascendientes la tercera parte del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el artículo 467-6, salvo los casos en que concurra uno solo más próximo en grado o en que, existiendo varios, concurran con el cónyuge viudo del descendiente causante, supuestos en los que es de un cuarto”. En cualquier caso, en la exposición de motivos no solo no se cuestiona lo más mínimo la legítima de los ascendientes, sino que incluso se echa mano de su conservación para “justificar” la anteposición del cónyuge viudo a los ascendientes en el marco de la sucesión intestada. ¿Resultaba necesaria esa “justificación”? Llama la atención esa necesidad de explicar o fundamentar una alteración en el orden de llamamientos en el *abintestato* que debió llevarse al Código en la reforma de aquél por la Ley 13 mayo 1.981, y que, tímidamente, se limitó a colocarlo por delante de los parientes colaterales. Transcurridos cuarenta años de aquella reforma, que a todas luces quedó corta, ¡aún se siente la necesidad de justificar en la exposición de motivos de la *Propuesta* esa anteposición del cónyuge a los ascendientes, y, de paso, sin cuestionar lo más mínimo (excepción hecha de esa reducción de las cuantías a que se ha hecho referencia) la legítima de ascendientes! “En cuanto a esta última (la sucesión legal), la novedad más importante consiste precisamente en la anteposición del llamamiento del cónyuge viudo a los ascendientes, sin perjuicio, claro está, de la legítima que pueda corresponderles. En cualquier caso, los efectos de esta preferencia quedan suavizados por la confluencia de dos factores: en primer lugar, como se ha apuntado, por la legítima de los ascendientes; y, en segundo lugar, por el mantenimiento del retorno de liberalidades que contempla el artículo 812 del Código, si bien circunscrito precisamente a la sucesión legal”. *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 191.
- 32 Como es sabido, la legítima de los ascendientes vendría excluida en el caso en que los descendientes llamados a la legítima hayan incurrido en causa de indignidad o desheredación o hayan repudiado la legítima. “Llevando esta interpretación a sus últimos extremos – afirma Lasarte, recogiendo el parecer de Vallet de Goytsolo, “en el caso de repudiación de todos los hijos y descendientes, no son legitimarios los padres y ascendientes, sino que toda la herencia queda de libre disposición”, LASARTE ÁLVAREZ, C: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil Tomo Séptimo*, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 226.
- 33 Ninguna duda puede caber en cuanto a que la supresión de la legítima de ascendientes había de traducirse en un ámbito sensiblemente mayor de la libertad testamentaria del causante, y, como consecuencia en la posibilidad de favorecer en un grado sensiblemente mayor al cónyuge supérstite, al que cabría atribuir la totalidad del caudal y en pleno dominio (presupuesta la inexistencia de hijos o descendientes). En el régimen vigente, la concurrencia de los ascendientes con el cónyuge merma ciertamente la legítima de aquellos (de la mitad a un tercio), pero con todo se trata de un tercio del caudal hereditario que queda sustraído a la *libertas testandi* del causante.

La opción por la segunda de las alternativas parece más segura. La supresión en consecuencia de la legítima de los ascendientes³⁴ (a salvo atribuciones asistenciales), se presenta como defendible, y como opción a considerar en una futura reforma del articulado del CC en materia sucesoria, al margen ahora del tema de la reserva lineal y la reversión clásica (arts. 811 y 812 CC)³⁵.

34 En este sentido, el art. 238 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia, elimina del carácter legitimario a los padres y ascendientes.

35 La opción por la supresión de la legítima de ascendientes plantea la cuestión de si, pese a dicha supresión, debiera conservarse la reversión clásica y la reserva lineal (arts. 812 y 811 CC, preceptos ambos enclavados en sede de legítima de ascendientes). En línea de principio, la supresión de la legítima de los ascendientes parece compatible con la conservación de la reversión del 812 y de la reserva lineal del 811. En cuanto a la reversión clásica, parece opción más segura inclinarse por la conveniencia de su subsistencia, aun presupuesta la supresión de la legítima de ascendientes, puesto que ese derecho de reversión es independiente de su legítima. Dándose los supuestos previstos en el 812, el ascendiente tendrá derecho a los bienes sobre los que se proyecta la reversión, bienes que no se computarán en orden al cálculo de la legítima que le corresponda. Ello lleva necesariamente a concluir existe independencia entre la legítima de los ascendientes y el supuesto específico previsto en el 812, independencia que vendría a abonar el parecer según el cual la supresión de la legítima de ascendientes no debería “arrastrar” necesariamente en su caída el derecho de reversión del citado artículo. “Parece como si a la muerte del descendiente donatario – afirma De la Cámara, recogiendo un punto de vista no propio – se abrieran dos sucesiones distintas e independientes”. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *Compendio de Derecho Sucesorio*, Segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez Radio, La Ley, Madrid, 1999, p. 245.

Tampoco la *ratio* misma del precepto parece tener naturaleza estrictamente legitimaria. Y es que éste no estaría contemplado estrictamente un valor patrimonial, que también, sino además un componente adicional, un “valor de afección” de esas mismas cosas, que, sin ser excluyente del primero, vendría a matizarlo. Inclinaria quizá a esta última consideración el mismo lenguaje legislativo (“cosas dadas por ellos” (los ascendientes), “objetos donados”).

Cual deba ser el planteamiento respecto de la reserva del 811 adolece quizá de menor grado de claridad, y ello por el mecanismo mismo de aquella: una primera transmisión a título lucrativo (herencia, legado, donación) de bienes que el transmisor intermedio recibe de un ascendiente o de un hermano; una segunda transmisión, por ministerio de la ley, a favor de un ascendiente del que recibió los bienes en virtud de la primera transmisión. Segunda transmisión que ha de ser por ministerio de la ley, y que, obviamente, sólo se producirá si el transmisor intermedio fallece sin descendencia.

La reserva surge al morir el descendiente y adquirir el ascendiente por sucesión.

No cabe duda en cuanto a la mala prensa de la norma contenida en el art. 811, dificultades interpretativas sin cuento, además claro es de traba a la libre circulación de los bienes. Con todo, quizá la cuestión principal tenga que ver con la/s finalidad/es principales que cumpla la norma. Y esa finalidad primordial radica en impedir que bienes procedentes de una línea pasen a línea distinta, impedir que pasen los bienes a parientes pertenecientes a línea distinta de donde los bienes proceden, y ello a favor de parientes en determinado grado de parentesco, y pertenecientes a la línea de donde los bienes proceden.

Siendo esto así, y parece lo sea, no resulta congruente la opción acogida en la *Propuesta de Código Civil de la APDC*, en el sentido de suprimir por completo la reserva troncal (art. 811 CC). “Nótese – se apunta en la exposición de motivos – que, antepuesto en la sucesión legal el cónyuge viudo a los ascendientes, la preservación de la reserva troncal arrojaría un elevado grado de incoherencia. Pues si los bienes procedentes de los ascendientes pueden recaer directamente en el cónyuge por ministerio de la ley, ningún sentido tendría mantener una reserva cuya finalidad primordial consiste en evitar cambios indirectos en la adscripción familiar de aquellos mismos bienes; más concretamente, los que acaecerían cuando, en vez de heredarlos el viudo *recta vía*, los haya obtenido al suceder abintestato a un hijo habido con el ascendiente origen” (p. 192).

La argumentación presenta flancos a la crítica, en cuanto ignora la finalidad primordial de la norma a que se ha hecho referencia, finalidad primordial que es una finalidad esencial negativa.

Diríase que esa finalidad primordial no sea tanto “evitar cambios indirectos en la adscripción familiar de los bienes”, como impedir que bienes procedentes de una línea pasen a línea distinta. Y si ese paso de bienes de una línea a otra sigue siendo posible, aun presupuesta esa alteración en el orden de suceder *abintestato*, no acaban de verse las razones de su supresión.

Es claro que en el Derecho vigente la reserva se origina por la sucesión legal de un ascendiente en bienes recibidos por ministerio de la ley de un descendiente, siempre que se trate de bienes que este descendiente haya recibido a su vez de un ascendiente o de un hermano. Antepuesto entonces, en una futura reforma del orden de suceder *abintestato*, el cónyuge viudo a los ascendientes, no se ve por qué no quepa seguir distinguiendo en el patrimonio del descendiente causante aquellos bienes respecto de los cuales no hay obligación de reservar, de aquellos otros recibidos de un ascendiente o hermano, y respecto de los que la obligación de reservar seguiría teniendo sentido “a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”.

III. MATRIMONIO Y DERECHO DE SUCESIONES.

I. Precisiones introductorias.

El matrimonio es un modelo convivencial “tipo”, que cuenta nada menos que con el respaldo expreso de la Constitución. Garantía institucional reconocida por la norma fundamental del Estado (art. 32.¹³⁶).

La incidencia del Derecho sucesorio en el ámbito del matrimonio presenta sin duda especificidades. Los cónyuges son familia, pero no son parientes de sangre³⁷, pese a lo cual son recíprocamente legitimarios. De otra parte, como es sabido, la legítima del cónyuge supérstite no lo es en propiedad sino en usufructo vitalicio, caracterizándose además por serlo en cuantía variable según los parientes con quienes concurra. Especificidad asimismo la de su posibilidad de conmutación prevista en el art. 839, destinada desde luego a evitar engorrosos problemas de coexistencia entre los restantes legitimarios y el supérstite.

Junto a la llamada “sucesión forzosa” o legitimaria³⁸, la proyección del Derecho sucesorio en el matrimonio presenta, asimismo, otro flanco de importancia: el

Establecer entonces diferencias, y por cuanto se refiere a la finalidad fundamental de la norma, entre el supuesto en el que el viudo hereda esos bienes *recta vía* y aquél otro en el que aquél los haya obtenido al suceder *abintestato* a un hijo habido con el ascendiente origen, no resulta convincente.

La cuestión entonces sería la de si, presupuesto un cambio a todas luces procedente, como lo es el de anteponer al cónyuge a los ascendientes en el orden de suceder *abintestato*, esa finalidad esencial negativa siga existiendo y teniendo razón de ser, o si por el contrario esa anteposición del cónyuge a los ascendientes deba acarrear la supresión de la reserva. Sostener que, presupuesta esa alteración en el orden de la sucesión intestada, la reserva carezca de razón de ser, no parece sea un punto de vista defendible. Que, lógicamente, cambiaría la persona obligada a reservar, que ya no sería el ascendiente que hereda al descendiente, es obvio por evidente, pero ello no privaría de utilidad a la norma en estudio. Obvio resultaría asimismo un cambio en el tenor del precepto.

Que ampliar el supuesto de hecho de la reserva (para solucionar una “contradicción” que no acaba de verse), no resulte oportuno, máxime tratándose de una norma “de contornos dudosos y que impone severas trabas a la libertad económica y al tráfico jurídico”) es “harina de otro costal”.

- 36 Lo anterior al menos desde una perspectiva teórica. Otra cosa es que esa antedicha calificación de “realidad institucional” venga sensiblemente debilitada por la regulación concreta de la unión matrimonial en la legislación ordinaria, y, en concreto, por el sumo debilitamiento de la idea misma de “compromiso” que da base a la institución. En la actualidad, el consentimiento matrimonial es, sin duda, el más endeble de todos, puesto que queda confiado a la voluntad de cada uno de los cónyuges. Es de sobra conocido el argumento, asimismo constitucional, con el que se trata de dar cobertura misma a esa endeblez, y que no es otro sino el del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (albergado en el art. 10.1 CE), y de conformidad con él, se arguye que la persona unida en matrimonio deberá estarlo “mientras quiera”. No hay tipo alguno de “barrera” más allá de esa: su soberana voluntad de permanecer en tal situación, insisto, mientras quiera. El argumento es lapidario, pero, con todo, plantea múltiples problemas de fondo, entre otros, los de coordinación con el contenido mismo del art. 32.2 de la propia Constitución, que hace expresa referencia a “derechos y deberes de los cónyuges”, jurificándolos y dándoles así rango constitucional, en tanto que en el plano de la legislación ordinaria no cuenten con más garantía que la de la voluntad de cada cónyuge.
- 37 A salvo, claro es, la circunstancia de que exista entre ellos parentesco biológico o por adopción, en grado en el que quepa el matrimonio obtenido la correspondiente dispensa. (grado tercero entre colaterales).
- 38 Ocioso resulta quizá cualquier referencia a lo inapropiado del término “sucesión forzosa o legitimaria”, en cuanto presupuesto que la legítima pueda “pagarse” por “cualquier título” (vgr., donaciones hechas en vida e imputables a la cuota que le corresponda por legítima al “heredero forzoso”), cabe perfectamente que el legitimario que haya recibido ya su legítima en vida del causante, por ejemplo, mediante donaciones hechas a aquél por el progenitor, se encontrará con su legítima “pagada” ya a la muerte del causante, y, en consecuencia no será siquiera sucesor *mortis causa*.

relativo a la posición del cónyuge supérstite en la sucesión intestada del cónyuge premuerto, en la cual el llamamiento al supérstite lo es por detrás del de los padres o ascendientes, precediendo este únicamente a los parientes colaterales del causante intestado.

Obviamente, la situación es por completo distinta cuando, no existiendo descendientes ni ascendientes, el supérstite sea llamado a la totalidad de la herencia del premuerto, en pleno dominio.

2. Situaciones de normalidad y situaciones patológicas o de crisis.

El tratamiento del fenómeno sucesorio en el marco matrimonial exige diferenciar dos planos: de un lado, la que cabría denominar situación de normalidad entre los cónyuges; y, de otro, aquellas otras que cabría calificar de “patológicas”³⁹ o de “crisis”⁴⁰. A su vez, del ámbito de estas segundas vendría excluido el supuesto de la disolución por divorcio, por la sencilla razón de que en tal caso el vínculo dejó de existir “desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87” (art. 89 CC). Disuelto el matrimonio, desaparecen lógicamente los derechos sucesorios recíprocos existentes con anterioridad, tanto por cuanto se refiere a la legítima, como en lo atinente al llamamiento a suceder *abintestato*. Ningún derecho de esta naturaleza ostento respecto de “mi ex”, y a su vez, “mi ex” tampoco lo ostenta respecto a mí⁴¹. Aquí la caída de derechos sucesorios por quiebra de la *affectio maritalis*

39 Aun advirtiendo que, en el plano sociológico de nuestros días, el término de “crisis matrimonial” o, más simplemente, “crisis de pareja”, va perdiendo adeptos ante el avance “imparable” (según algunos), de que la ruptura entre los miembros de la pareja (incluida por supuesto la pareja matrimonial) pertenece digamos “al orden natural de las relaciones humanas”. En consecuencia, el apelativo de “patologías” o de “crisis de pareja”, se presenta inadecuada por cuanto implica colgar un sambenito (de algún modo peyorativo) sobre una realidad normal o natural. Las personas rompen una relación de pareja, e inician otra, o no inician ninguna tras la ruptura de la anterior, pero en cualquier caso estaríamos en el terreno de “lo normal” en el acontecer vital de los seres humanos. El término “crisis” debería, pues, quedar reservado a situaciones “anormales” (?)

En este mismo contexto, no faltan sociólogos que vaticinan que, en la sociedad del futuro inmediato, casi ya en la actual, el modelo de familia “recompuesta”, “reconstruida”, o “reconstituida”, será el predominante

40 Tratamiento aparte merece sin duda el supuesto de la nulidad matrimonial (civil o canónica), y que, en cuanto a los derechos sucesorios, ha de entenderse que “si el fallecimiento ocurre antes de la declaración de nulidad el supérstite ha adquirido ya el *ius delatinnis*, sea *ope legis*, sea en virtud de testamento, y debe conservarlo, pero el fallecimiento posterior a la sentencia se producirá cuando ha dejado de tener la cualidad de cónyuge.

Si la buena fe es unilateral, sólo el que la ostente podrá reclamar los derechos enumerados en el párrafo anterior (en lo que aquí, interesa), reclamar los derechos sucesorios en la forma indicad), mientras que el de mala fe perderá tales beneficios o no podrá reclamarlos”, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 79 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo II. Artículos 42 a 107 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1982, p. 245.

41 Otra cosa es, como es obvio, que también entre quienes fueron “cónyuges”, y ya no lo sean, quepa el otorgamiento de disposiciones testamentarias a favor de uno o de otro, en el ejercicio puro y simple, de la *libertas testandi*, y siempre claro es dentro de los límites para disponer por testamento de un sujeto que hubiere estado casado, y tuviere a su vez legitimarios cuyas cuotas legitimarias deba respetar.

Un sujeto divorciado, pero que sigue enamorado de la que fue su mujer, y que tiene hijos o descendientes, llevado de ese amor, atribuye enteramente el tercio libre a aquella. El ejemplo quizá sea escaso frecuente, pero no por ello imposible, ni siquiera excepcional.

viene de alguna manera englobada o comprendida en una realidad que la abarca y trasciende: la de la disolución por divorcio del vínculo matrimonial.

Innecesariamente declara el art. 88.2 CC que “la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales”, a salvo claro es la extraña posibilidad de que los divorciados contraigan entre sí nuevo matrimonio, y que obviamente nada tiene que ver con una reconciliación entre cónyuges separados.

La situación no es desde luego la misma en los supuestos de separación conyugal (legal o de hecho). Ambos presuponen la subsistencia del vínculo, y ambos asimismo la desaparición de *affectio maritalis*, de ese elemento subjetivo e intencional sobre el que, indudablemente, bascula y se apoya el matrimonio en nuestro Derecho vigente, y que, de algún modo, se plasma en un estado sostenido (momento a momento) por la continuidad de la *affectio*.

En tales supuestos, la carencia o desaparición de la *affectio*, y por cuanto a los derecho sucesorios se refiere, prevalece sobre la existencia o subsistencia de un vínculo matrimonial no disuelto, pero que el legislador español considera vacío o vacío de contenido, en cuanto no informado ya por la *affectio*, difícil ciertamente de diferenciar del sentimiento amoroso, del enamoramiento, o de cualquier otro término similar⁴².

Que el legislador no se haga eco de esta terminología, no podría hacerlo, no empece a considerar que, de algún modo, sean esas realidades las que subyacen tras lo que el preámbulo de la ley 15/2005 denomina “la sola voluntad de no continuar casado con el otro”.

La consecuencia legislativa entonces es clara desde luego, y, además, sumamente simplificadora: entre cónyuges separados legalmente, o de hecho, no existen

Todo lo anterior, parece conducir necesariamente a otra cuestión a la que se hará referencia después: la suerte que deban correr disposiciones testamentarias otorgadas por un cónyuge a favor del otro, cuando posteriormente el matrimonio venga disuelto por divorcio. ¿Deberán mantenerse tales disposiciones? ¿Hay que entender, por el contrario, que se hicieron en atención a la condición de cónyuge del beneficiado por ellas y que, consecuentemente, desaparecido tal carácter del beneficiario, deberían venir afectadas de ineficacia?

Ninguna duda cabe en cuanto a que se trata de un problema de interpretación testamentaria, que no siempre será fácil.

- 42 Tratar de concretar de algún modo que haya que entender por *affectio maritalis* no resulta sencillo. Es evidente que se trata, como se ha dicho, de un elemento subjetivo o intencional que debe informar la vida matrimonial, y de tal importancia (también desde luego para el legislador) que hizo desaparecer por completo el sistema causal vigente con anterioridad en materia de separación y divorcio contenciosos. Lógicamente, la *affectio* como tal carece de traducción jurídica. Ninguna referencia a la misma cabe encontrar en el articulado del Código. Sin duda alguna, se refiere a ella la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de modificación del CC en materia de separación y divorcio (“tanto la continuación de esa convivencia, como su vigencia, depende de *la voluntad constante de ambos*”), aunque lógicamente sin llamarla por su nombre. En conclusión, la *affectio* es el elemento informador, pero, jurídicamente, lo relevante es *la voluntad* de no permanecer en la relación. E legislador digamos “no puede descender más”: ha de quedarse en esa “voluntad” contraria a la permanencia de la convivencia, por parte de ambos cónyuges o de uno solo de ellos.

derechos sucesorios, ni en cuanto a la legítima ni en lo atinente a la sucesión intestada. El cónyuge separado legalmente o de hecho será “saltado” en el orden de suceder *abintestato*, con lo que presupuesta la inexistencia de parientes que le anteceden (hijos o descendientes, padres y ascendientes), y excluido (como se ha dicho) el llamamiento al cónyuge separado, el llamamiento se hará a favor de los parientes colaterales del causante⁴³.

3. Legítima del cónyuge *supérstite* y llamamiento de éste a la sucesión intestada. Referencia al llamamiento a los parientes colaterales.

Presupuesta por el contrario una situación de normalidad matrimonial, diríase que la problemática sucesoria presenta, al menos prioritariamente, dos aspectos a considerar: de un lado, la naturaleza misma y cuantía de la legítima del cónyuge *supérstite*; de otro, el llamamiento de éste a la sucesión intestada del cónyuge premuerto.

Comenzando por el segundo, es ya un valor entendido que, en una futura reforma del Código, el orden de llamamientos ha de cambiar. A diferencia del sistema aún vigente en el que el llamamiento a padres y ascendientes del causante precede al del cónyuge, en esa hipotética reforma el llamamiento al cónyuge deberá serlo, al menos mínimamente⁴⁴, con carácter inmediatamente posterior al de los hijos o descendientes. Esto debió haberse llevado a cabo ya en la reforma por la ley de 13 mayo 1981. El legislador de la época no se atrevió a dar ese paso, quizá entre otras razones porque el carácter “acelerado” que aquella reforma mostraba, en cuanto a materia sucesoria se refiere, se presentaba, en lo fundamental, como “efecto reflejo” de la llevada a cabo en materia de Derecho de familia. Urgía y mucho, reformar el sistema de legítimas por la equiparación de filiaciones, pero el tema de los llamamientos en la intestada no se presentaba con ese carácter. Podía esperar. Y efectivamente se optó por aplazarlo a otro momento, aun afrontando así críticas más que severas por la circunstancia de dejar pasar esa oportunidad, máxime en comparación con el régimen contenido en algunos⁴⁵ Derechos civiles

43 A salvo, claro es, la posibilidad de reconciliación entre cónyuges separados, art. 84 CC.

44 Mínimamente al menos, por cuanto no faltan ciertamente pareceres que defienden ir más allá en cuanto al llamamiento al cónyuge sobreviviente, y que parecen defendibles, desde luego. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J: “Propuesta de Conclusiones”, 31 enero 2006, recogida en “Una Propuesta de Política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro, XII Jornadas de la APDC*, cit., pp. 170, y ello en el sentido no ya de anteponer al viudo respecto de los ascendientes, sino de incluirlo ya en el primer llamamiento junto a los descendientes del causante, en la porción de un tercio. Este punto de vista, defendible desde luego, por de pronto se ofrecería coherente con la ya tan manida argumentación de preponderancia de la familia estrictamente nuclear sobre la familia extensa; de otra parte, situaría al viudo en el marco del primer llamamiento, incrementando así sus posibilidades de percibir una porción importante del caudal hereditario del difunto, y en pleno dominio, en tanto que de ser llamado en segundo lugar, con la lógica anteposición de los descendientes, tal posibilidad se alejaría sensiblemente.

45 En aquellas CCAA con Derecho civil propio, la anteposición del cónyuge a los ascendientes en los llamamientos de la sucesión intestada del premuerto, presenta, con todo, variaciones. Así, el art. 441-2.1. del Libro IV del CC de Cataluña (Lay 10/2008) dispone que “En la sucesión intestada, la ley llama como herederos del causante a los parientes por consanguinidad y por adopción y al cónyuge viudo o

autonómicos, e incluso con la misma realidad social española del momento, que con toda probabilidad hubiera aceptado de buen grado la anteposición del cónyuge a los ascendientes.

En este sentido, la exposición de motivos de la *Propuesta de Código Civil de la APDC*, justifica así la ya escasamente novedosa propuesta de anteponer el viudo a los ascendientes⁴⁶:

“En cuanto a esta última (la sucesión legal), la novedad más importante consiste en la anteposición del llamamiento del cónyuge viudo al de los ascendientes, sin perjuicio, claro está, de la legítima que pueda corresponderles. La solución viene justificada ante todo por la reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear y por ser ajustada a los deseos de un causante tipo (a salvo, obviamente, situaciones de crisis familiar)”⁴⁷.

Cabe esperar, pues, que esa hipotética reforma del Código en materia sucesoria vaya por esos derroteros, anteponiendo desde luego el llamamiento del cónyuge viudo al de los ascendientes del premuerto⁴⁸

Aunque el tema no sea de este lugar, es incuestionable que el tratamiento de los parientes colaterales, por cuanto a la sucesión *abintestato* se refiere, presenta complejidad. No parece quepa equiparar a los hermanos (colaterales en segundo

al conviviente en pareja estable superviviente. En el Derecho civil del País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio), la posposición de los ascendientes respecto del viudo cuando de bienes no troncales se trata, viene establecida en el art. 112.2 de la citada Ley 5/2015, criterio este, el de anteposición del cónyuge a los ascendientes, que es asimismo el propio del Derecho civil navarro tratándose de bienes no troncales (Ley 304.2, Ley 1/1.973, de 1 de marzo).

En una posición diferente se presentan los Derechos civiles de Galicia, Aragón y Baleares. En cuanto al primero, el art. 267 de la Ley 2/2006, sitúa a los ascendientes por delante del viudo; en el Derecho civil Aragonés (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), tratándose de bienes recobrables y troncales, el art. 517.2.1. señala que “En defecto de descendientes, los bienes recobrables y los troncales se defieren a las personas con derecho de recobro y a los parientes troncales, respectivamente”.

En cuanto a los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferentes, “se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia” (art. 517.2.2). Tratándose del Derecho civil de Baleares, el art. 53 del Decreto Legislativo 79/1.990, remite en cuanto a la sucesión intestada a lo dispuesto en el Código civil.

- 46 Cabría añadir incluso que, en la actualidad, la anteposición del cónyuge a los ascendientes en la intestada, “quedase corta”, por cuanto no faltan pareceres que van más allá, mostrándose partidarios de incluir al cónyuge en el primer llamamiento, “junto a los descendientes del causante, en la porción de un tercio”, Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J: “Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, cit., p. 170.
- 47 Con todo, la citada exposición de motivos siente aun la necesidad de “justificar” esa anteposición del cónyuge. “En cualquier caso, los efectos de esta preferencia quedan suavizados por la confluencia de dos factores: en primer lugar, por la legítima de los ascendientes; y, en segundo lugar, por el mantenimiento del retorno de liberalidades que contempla el art. 812 del Código, si bien circunscrito precisamente a la sucesión legal”. *Propuesta de Código Civil*, cit, p. 191.
El texto del art. 466-12.1 de la *Propuesta* viene redactado así: “A falta de hijos y descendientes sucede en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente o de hecho, sin perjuicio en su caso de la legítima de los ascendientes y del derecho de reversión de liberalidades regulado en el apartado siguiente”.
- 48 Sin alteración alguna en cuanto al resto: el/la viudo/a sucedería en la totalidad del caudal, y en pleno dominio.

grado), sobrinos y tíos carnales (tercer grado), y primos hermanos, tíos segundos (hermanos del abuelo), y sobrinos segundos (nietos de hermanos) (cuarto grado). El marco de relaciones del difunto con cada una de las categorías de parientes a que se ha hecho referencia, podría variar hasta el infinito, desde familias en las que esas relaciones han sido estrechísimas hasta aquellas otras en las que son prácticamente inexistentes, o que fueron intensas en un tiempo, quebrándose después por motivos de muy diversa naturaleza.

En este sentido, la reducción al grado tercero (inclusive) del llamamiento a los parientes colaterales en la intestada quizá resultare procedente⁴⁹. Es innegable que en la actualidad, con unos niveles de cultura jurídica en los ciudadanos incomparablemente superiores a los existentes al tiempo de la promulgación del Código, el *abintestato* no se presenta con frecuencia⁵⁰. El bajo coste en el otorgamiento de un testamento notarial abierto, la ventaja de contar en tal caso con el asesoramiento de un profesional experto en materia sucesoria como lo es el Notario, son factores decisivos para optar por la sucesión testamentaria (al menos en parte del caudal, art. 658 CC), frente a la intestada, en la que el legislador no puede calibrar afectos, sentimientos, preferencias, limitándose a establecer un orden de llamamientos con apoyo en lo que, presumiblemente, hubiere dispuesto el difunto de haber otorgado testamento.

Pero con todo, el carácter subsidiario del *abintestato*, puede acarrear el efecto de hacer llegar los bienes a personas cuya vinculación real con el causante sea mínima, o incluso prácticamente inexistente, fuera claro está de la impuesta por el grado de parentesco.

Quizá entonces cabría preguntarse sobre la “justicia” misma de ese resultado: que paradójicamente podría ser ni querido realmente por el causante, ni quizá “merecido” por sus destinatarios.

En lo que se refiere a la naturaleza y cuantía de la legítima del cónyuge *supérstite*, no es tampoco una temática exenta de controversia. Que el cónyuge viudo no recibe un tratamiento favorable en el Código es manifiesto. El predominio del parentesco de sangre llevó al legislador (en la redacción originaria de aquél) no solo a situar al viudo en la sucesión intestada por detrás de los parientes colaterales,

49 De otra parte, si ya en el año 1928 del pasado siglo se redujo al cuarto grado el derecho de suceder *abintestato* en línea colateral (art. 954 CC, redacción dada por RDLEY de 13 de enero 1928, no parece desproporcionado sostener ahora una reducción al grado tercero, máxime teniendo en cuenta la profundidad de los cambios acontecidos en la misma estructura familiar en nuestro país desde ese año (1928) hasta el actual.

50 Resulta al menos raro encontrarse con personas, máxime de cierta edad, que no hayan otorgado testamento notarial abierto, y carezcan de toda preocupación por el futuro destino de sus bienes, pensando que ya lo resolverá la ley.

Afortunadamente, la elevación en los niveles culturales ha contribuido decisivamente a la eliminación de atávicas creencias que de algún modo relacionaban el hecho de otorgar testamento con el acercamiento del fallecimiento, y, a contrario, la circunstancia de no testar con una prolongación de la vida.

sino a atribuirle una legítima llena de particularidades, y ninguna de ellas favorable (atribución en usufructo, y no en pleno dominio, cuantía variable en función de su concurrencia con hijos o descendientes, y padres o ascendientes, amén de una posibilidad de conmutación respecto de la cual la decisión de llevarla a cabo viene atribuida, con carácter general, a los herederos (art. 839 CC) y, excepcionalmente al viudo/a, cuando la concurrencia lo sea con hijos sólo del causante, y aun en este caso, quedando a elección de aquellos la asignación al viudo/a de “un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios” (art. 840 CC).

La necesidad de “sacar” la legítima del viudo/a del marco al que acaba de hacerse referencia es más que evidente. Una opción razonable podría ser la de mantener su legítima en un tercio, con atribución de aquella en pleno dominio. ¿Acaso es descabellado sostener que la legítima del viudo haya que “situarla” ya extramuros del marco de los derechos reales de goce, atribuyéndosela en propiedad? Presupuesta asimismo la reducción a un tercio de la de descendientes, subsistiría el llamado “tercio libre”, que seguiría permitiendo al testador “modular” el fenómeno de su sucesión, mediante su atribución íntegra a algún hijo, a varios, o a todos ellos, por partes iguales o no, a un ascendiente o a varios, o al cónyuge *supérstite*, en todo o en parte, con lo que, de alguna manera, se asimilaría en su alcance y función a la que en el Derecho vigente cumple al segundo tercio (el llamado “tercio de mejora”), siquiera con sensibles diferencias que, por conocidas, no precisan mayores referencias⁵¹.

De otro lado, presupuesta la reducción a un tercio del caudal de la legítima de descendientes, la posición del/a viudo/a mejoraría sensiblemente: de un lado, porque atribuyéndosele un tercio de aquel, ya no le vendría conferido en usufructo sino en pleno dominio (haciendo así desaparecer de paso los engorrosos problemas de conmutación del usufructo del viudo); de otro, porque no experimentaría alteración alguna la posibilidad de que el testador, tal y como acontece en la actualidad, pudiese asimismo disponer de una tercera parte del caudal (el llamado “tercio libre”) a favor del cónyuge sobreviviente.

Más problemática resultaría entonces adoptar una postura favorable a la subsistencia, y admisibilidad, del usufructo universal a favor del viudo/a. La desaparición de tal posibilidad vendría justificada quizá con apoyo en un doble argumento: de una parte, la mejora sustancial en la posición del viudo (un tercio en pleno dominio), situación que aún podría resultar más favorable si el testador

51 La propia naturaleza de esa tercera parte del caudal, y el consiguiente ejercicio sobre el mismo, en toda su amplitud, de la *libertas testandi*, implicarían que el remanente (cuando las disposiciones del testador no lo agotaren en plenitud) no aumentarían la legítima de descendientes, ni tampoco lógicamente la del viudo/a, con lo que, por aplicación de las reglas generales, procedería la apertura de la sucesión *abintestato* respecto de la porción de la que no se hubiere dispuesto, o de toda ella, en el caso de que no se hubiere dispuesto en absoluto.

atribuyese a aquél el tercio “libre”; de otra parte, la mengua asimismo sustancial de la legítima de descendientes (reducida a un tercio).

Con todo, no habría inconveniente en el establecimiento de un usufructo vitalicio a favor del cónyuge sobre el tercio de legítima de descendientes, presupuesto claro es el consentimiento de los legitimarios inmediatos, y de quienes lo fueren por derecho de representación, “a cambio” de la atribución en pleno dominio a aquellos que consintieren del tercio “libre”.

¿Tiene sentido acaso seguir hablando, por activa y pasiva, del paso de la familia extensa a la estrictamente “nuclear” y, al tiempo, mantener aun una legítima de ascendientes (subsidiaria, ciertamente), pero que cuando entra en juego viene atribuida en pleno dominio, de un lado, y, de otro, mantener en el ámbito de los derechos reales limitados (atribución en usufructo) la que corresponde al viudo/a? ¿Resultan congruentes y armónicas ambas premisas, o más bien se muestran como carentes de encaje recíproco?

En cuanto a la temática que ahora se trata, la *Propuesta de Código Civil de la APDC* es otra buena muestra de ese exceso de conservadurismo al que se aludió anteriormente, y que parece constituya un hilo conductor de la totalidad del Título VI (“De las sucesiones) Libro IV de la *Propuesta*⁵²

En cuanto a los derechos del viudo/a como legitimario, “No se ha observado – se dice en la citada *Exposición de Motivos* – inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción)”, *Exposición de Motivos Propuesta*, cit., pp. 193-194. Lo que viene luego contradicho por la regulación concreta que para aquella se prevé (art. 467-5.2 y 3: “Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición”. Mientras que, en la actualidad, la circunstancia de que el viudo concurra con más de un descendiente no implica mengua alguna en la cuantía de su legítima, que se mantiene en el usufructo de una tercera parte del caudal. Tampoco cabe calificar de novedad la posibilidad, que se hace objeto en la *Propuesta* de permisibilidad expresa, pero sobradamente consagrada ya en la práctica, de ampliación de la legítima del viudo/a “a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes” Lo que los autores de la *Propuesta* no pueden menos de reconocer: “ Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante *casado*

52 “La primera advertencia que conviene hacer en este punto – exposición de motivos, p. 188 – es que no ha de esperarse ruptura o quiebra alguna respecto del actual régimen, puesto que el criterio seguido en orden a su revisión ha sido, en todo momento, el de mínima intervención”.

adjudica al *cónyuge supérstite*, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la *cautela socini*), *Exposición de Motivos*, cit., pp. 193-194, recogándose en el art. 467-19.3 la citada regla permisiva: “No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo”.

Tampoco cabe hallar novedades significativas en cuanto al pago de la legítima del viudo (art. 467-18 de la *Propuesta*). La referencia a que la legítima de aquél pueda venir satisfecha mediante la atribución por el causante de bienes en propiedad nada nuevo añade al régimen vigente, en cuanto se configura como una facultad del causante (“puede satisfacer”), que en nada cambia la naturaleza misma de la legítima del viudo; la facultad de conmutación se mantiene en términos similares a los actuales, correspondiendo como regla general la iniciativa “a los herederos, legatarios y donatarios gravados con el usufructo”, y al cónyuge viudo únicamente “cuando concurra a la sucesión con hijos que lo sean solo del causante”.

BIBLIOGRAFIA

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *Compendio de Derecho Sucesorio*, Segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez Radio, La Ley, Madrid, 1999.

DELGADO ECHEVERRÍA, J: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2006, pp. 13-172.

GALICIA AIZPURÚA, G: "Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 303-320.

GARCÍA CANTERO, G: "Comentario al art. 79 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo II. Artículos 42 a 107 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1982, pp. 239-247.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981.

LASARTE ÁLVAREZ, C: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil Tomo Séptimo*, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A: *El usufructo universal vidual y el artículo 820.3 del CC*, prólogo de José Antonio Cobacho Gómez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.