

**MÁSTER UNIVERSITARIO  
EN DERECHO CIVIL:  
GRUPOS FAMILIARES Y  
SISTEMAS HEREDITARIOS**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**(Cod. 26613078)**

**12 créditos ECTS**

---

**¿HACIA DÓNDE VA LA LEGÍTIMA EN EL  
DERECHO COMÚN?**

**Autor:** Isabel Natalia López Peñate

**Profesora:** Patricia López Peláez

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

### COMPROMISO ÉTICO DE AUTORÍA

El abajo firmante, ISABEL NATALIA LÓPEZ PEÑATE, con DNI-NIF/Pasaporte 44316431P, alumno del Máster Universitario en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios de la Universidad Nacional de Educación a Distancia con respecto a la realización del Trabajo de Fin de Máster (TFM) declaro que:

1. Reconozco la ilegitimidad e ilegalidad del plagio, consintiendo éste en usar el trabajo de otra persona con la pretensión de considerarlo como propio.
2. Cada contribución y obra de este Trabajo de Fin de Máster ha sido convenientemente citada y referenciada.
3. Este Trabajo de Fin de Máster es fruto de mi propio trabajo.
4. No he permitido a nadie, ni permitiré, copiar este Trabajo de Fin de Máster con la intención de hacerlo pasar como suyo propio.

Y para que así conste, firmo la presente declaración, en Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Fdo.: ISABEL LÓPEZ PEÑATE

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

## ACRÓNIMOS

CC:	Código Civil
CCcat:	Código Civil de Cataluña
CDFA:	Código de Derecho Foral de Aragón
CE:	Constitución Española
CN:	Compilación Navarra
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TS:	Tribunal Supremo

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	6
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA LIBERTAD DE TESTAR.....	10
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGÍTIMA .....	18
3.1 La legítima en el Derecho Romano .....	18
3.2 Antecedentes de la legítima en el Derecho Español: común y foral .....	20
3.2.1 Precedentes en Derecho común .....	20
3.2.2 Precedentes en Cataluña .....	22
3.2.3 Precedentes en Aragón .....	22
3.2.4 Precedentes en Baleares.....	22
3.2.5 Precedentes en Navarra.....	24
3.2.6 Precedentes en Galicia.....	24
3.2.7 Precedentes en el País Vasco .....	24
3.3 Referencia al debate vivido en torno a la codificación civil en España .....	24
4. CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA ACTUAL EN DERECHO COMÚN ...	26
4.1 Concepto .....	26
4.2 Quiénes son legitimarios .....	30
4.2.1 La legítima de los descendientes.....	30
4.2.2 La legítima de los ascendientes.....	32
4.2.3 La legítima del cónyuge viudo.....	33
4.3 Configuración de la legítima y cuantías.....	36
4.4 Naturaleza .....	41
4.5 Algunas facultades especiales de los legitimarios.....	46

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

5. REFORMAS EN DERECHO COMÚN QUE INCIDEN EN LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA .....	49
5.1 Reforma del artículo 808.3 CC por Ley de 18 de noviembre de 2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad .....	54
5.1.1 Exposición del precepto.....	54
5.1.2 Elementos personales. - .....	57
5.1.3 Elementos reales. – .....	59
5.1.4 Elementos formales. – .....	59
5.1.5 Otras cuestiones - .....	59
5.2 Reforma del art. 831 CC.....	60
5.2.1 Exposición del precepto - .....	60
5.2.2 Elementos personales - .....	64
5.2.3 Elementos reales -.....	66
5.2.4 Elementos formales - .....	67
5.2.5 Ejecución y plazo - .....	67
5.2.6 ¿Qué ocurre con la legítima estricta a que se refiere el precepto?- .....	69
5.2.7 Facultades de administración del fiduciario- .....	73
5.2.8 Facultades dispositivas del fiduciario o delegado -.....	74
5.2.9 Límites de las facultades del supérstite -.....	74
5.2.10. ¿Puede el sobreviviente liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales? - ....	79
6. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS REFORMAS Y CONCLUSIONES PERSONALES .....	83
7. BIBLIOGRAFÍA.....	92
8. LISTADO DE REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES .....	96
9. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO .....	97

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

## 1. INTRODUCCIÓN

---

En la evolución del derecho siempre han coexistido tres instituciones clave e interconectadas entre sí: la propiedad, la familia y la sucesión hereditaria. En el presente trabajo, vamos a examinar una de las manifestaciones de la última institución citada (la sucesión) que no es otra que la “legítima”.

En los últimos años el debate en torno a dicha figura ha ido creciendo al mismo tiempo que las voces que propugnan una mayor flexibilización de la misma por, entre otros motivos, la evolución de la sociedad y, en concreto, de la familia. El análisis de las opiniones doctrinales, de la legislación vigente, de la jurisprudencia, así como de las propuestas de modificación del sistema actual y los sistemas de derecho comparado nos han llevado, tal y como veremos a lo largo de la presente exposición, a la conclusión de la necesidad de reformas en la institución orientadas hacia la consecución de una mayor flexibilidad.

Centrándonos en la institución de la sucesión, hemos de partir del art. 658<sup>1</sup> de nuestro Código Civil. De esta norma se desprende que en el derecho común existen dos modos de deferirse: testada e intestada (que es a la que el precepto llama legítima; aunque no es la que vamos a tratar en el presente tema). El último inciso del art. se refiere a la sucesión mixta, que tiene lugar cuando *"el testamento no contiene institución de heredero en todo o parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponden al testador"* (art. 912.2° CC).

A estas dos, hay que añadir la denominada sucesión contractual, de arraigo en las regiones forales y excepcional en el derecho común.

Por último, algunos autores añaden también la *sucesión forzosa* a favor de los legitimarios, pero la opinión dominante entiende que no es una sucesión distinta, que no constituye un *"tertium genus"* entre la sucesión testada o intestada, sino que es un mero freno o límite a la libertad de disposición por testamento.

Volviendo a las sucesiones testada e intestada, éstas existen desde tiempos inmemoriales, aunque su regulación ha diferido según los pueblos y épocas. En el derecho común, como hemos visto, se permiten ambas formas de testar, siendo compatibles entre sí. Nada de esto sucede en los territorios de tradición romanista, como Cataluña<sup>2</sup> y Baleares<sup>3</sup> donde ambas sucesiones (testada e intestada) son excluyentes

---

<sup>1</sup> Artículo 658 CC: *"La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley"*.

<sup>2</sup> En Cataluña, el artículo 411-3 del Libro IV CCCat, aprobado por Ley 10/2008 de 10 de julio, al hablar de “los fundamentos de la vocación” dispone: *"1. Los fundamentos de la vocación sucesoria son el heredamiento, el testamento y lo establecido por la ley. 2. La sucesión intestada solo puede tener lugar en defecto de heredero instituido, y es incompatible con el heredamiento y con la sucesión testada universal. 3. La sucesión testada universal solo puede tener lugar en defecto de heredamiento"*.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

entre sí y prevalece la regla “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”<sup>4</sup>.

Hecha esta pequeña aproximación a la materia objeto de nuestro estudio, podemos continuar diciendo que, hoy en día, no cabe entender la “legítima” si no la examinamos desde una cuádruple óptica: sociológica, económica, política y jurídica.

a) En la sociedad actual existe un nuevo modelo de familia: desde hogares con un único miembro, hasta familias monoparentales e incluso matrimonios del mismo sexo. Supuestos que hace unos años eran impensables, pero que cada vez son más frecuentes, sobre todo con la nueva regulación de las técnicas de reproducción asistida.

Como subraya DELGADO ECHEVERRÍA, «*en la época actual, en la que perdemos a nuestros padres más cerca de nuestros cincuenta años que de los treinta, cuando quien no tiene resuelta la vida (...) raro será que pueda enderezarla con el apoyo de una cuantiosa y tardía herencia de sus ascendientes, me parece difícil encontrar argumentos fuertes para introducir una intervención del Estado correctora de las disposiciones de los particulares. El interés público no está en juego*». Más adelante, el catedrático aragonés afirma: «*La sociedad ha cambiado (...). La vida de los hijos (sus proyectos vitales y la posibilidad de realizarlos) no dependen de los bienes que hereden de sus padres a la muerte de éstos (...). El alargamiento de la duración de la vida hace que se herede a una edad en que recibir un incremento patrimonial (...) no altera una forma de vida ya desarrollada sobre otras bases económicas, fundamentalmente el propio trabajo*»<sup>5</sup>.

Otro factor determinante ha sido el incremento de la esperanza de vida. Este aumento ha hecho crecer el número de personas que requieren asistencia y, en la mayoría de los casos se presta en casa por parte de los familiares. Un dato indicativo es que en el año 2004 la esperanza de vida del causante se encontraba en los 82,9 años entre las mujeres mientras que, por lo que a los varones concierne, la cifra descendía hasta los 75,61 años. Son apreciaciones que coinciden con las que arroja el colectivo de personas viudas: el 82,7% son mujeres, en tanto que sólo el 17,5% son varones<sup>6</sup>. Por el contrario, a comienzos del siglo pasado, «*la esperanza de vida en España en 1900, o*

---

<sup>3</sup> En Baleares, el art. 7 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares establece que: “*La sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual*”.

<sup>4</sup> ULPIANO, Digesto. 29.1.6 y JUSTINIANO, Inst.2.14.5, cit. por DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano*, Bs. As., Depalma, 199 p. 179; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, p. 570.

<sup>5</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «*Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones*», en “Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pág. 116.

<sup>6</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «*Objetivos de una reforma...*», op. cit. , págs. 125, 127 y 128.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

*sea, a poco de entrar en vigor el Código civil, era de 35 años»<sup>7</sup>. La población, por ende, vive ahora, como mínimo, 40 años más de media que sus ancestros, coetáneos al texto codificado.*

b) Desde una perspectiva económica la movilidad de las personas por motivos laborales es un hecho indudable, lo que contribuye a relajar los vínculos familiares.

Las transformaciones económico-sociales que ha experimentado nuestro país en algo más de un siglo, desde que se aprobara el Código civil, han sido muy notables. Se ha pasado, en opinión de CALATAYUD SIERRA y RODRÍGUEZ BOIX, de una sociedad casi exclusivamente agraria y estática a otra postindustrial, urbana y dinámica; de un patrimonio eminentemente familiar que era preciso conservar por ser la fuente del sustento familiar, a un patrimonio ganado por el trabajo del individuo. Y, en el terreno axiológico, finalmente, *«de unos valores de respeto a la tradición y a la familia, a otros que priman el progreso y el individualismo»<sup>8</sup>.*

c) En el ámbito político aparece una sociedad cada vez más individualizada, en la que prima la autonomía de la persona frente a la intervención del Estado.

d) Desde una perspectiva jurídica la existencia de cambios significativos en el modelo tradicional de la familia y las recientes reformas del Código Civil en materia de matrimonio y de divorcio indican nuevos tiempos también en diferentes órdenes de la vida e influyen decisivamente en nuevas concepciones jurídicas y en algunas de las importantes modificaciones operadas en sede sucesoria<sup>9</sup>.

A este respecto, es muy ilustrativo el comentario realizado por VALLADARES RASCÓN, que ha sido iterado con posterioridad por la inmensa mayoría de los autores que han abordado esta cuestión: *«la herencia no tiene ya la función de transmitir de padres a hijos los medios de sustento de la familia, sino que suele ser un bienvenido complemento a la jubilación»<sup>10</sup>. En vez de ser una ayuda económica para que los hijos «salgan adelante», como sucedía durante la vigencia del texto decimonónico, la disposición a título lucrativo *mortis causa* surte sus efectos, sin embargo, cuando la descendencia ronda una media cercana a los cincuenta años.*

---

<sup>7</sup> VAQUER ALOY, A. «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», Indret, Barcelona, 2007, núm. 3, pág. 8. Accesible «en línea» en la siguiente dirección: [http://www.indret.com/pdf/457\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf).

<sup>8</sup> CALATAYUD SIERRA, A. «Consideraciones acerca de la libertad de testar», “Anales de la Academia Sevillana del Notariado”, T. IX, 1995, pág. 247 y «Las legítimas en Aragón», “Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés”, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pg. 51. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ BOIX, F. «La preterición», “Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés”, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, pág. 10.

<sup>9</sup> Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «Breve comentario sobre la modificación de los preceptos sucesorios operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio», “Revista Jurídica del Notariado”, número 56, octubre-diciembre 2005.

<sup>10</sup> VALLADARES RASCÓN, E., “Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil”, en A.A.V.V., “Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García”, Universidad de Murcia – Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Murcia 2004, pág. 4900.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

VAQUER ALOY tras examinar un sondeo realizado por el Instituto Nacional de Estadística llega a la siguiente conclusión<sup>11</sup>: «en la mayoría de los casos, a la muerte del causante, sus ascendientes habrán fallecido o tendrán una edad muy avanzada, mientras que sus hijos estarán en una franja de edad comprendida entre los 40 y los 55 años»<sup>12</sup>. Creo, por eso, que necesariamente, el fundamento de las legítimas -la solidaridad intergeneracional- debe adaptarse a la nueva realidad de los tiempos en que vivimos y no puede continuar anclado en un contexto que corresponde a la sociedad de finales del XIX dado que la herencia es recibida, paradójicamente, cuando la fortuna personal del beneficiario ha alcanzado su momento álgido.

Se impone, por tanto, una necesaria revisión del modelo legitimario decimonónico porque «ahora no son los hijos los que ayudan a los padres a mantener el supuesto patrimonio familiar, sino que son los padres los que ayudan y mantienen a sus hijos hasta que éstos pueden vivir de forma independiente».<sup>13</sup>

Todos estos aspectos son de vital importancia para entender cómo ha evolucionado la regulación jurídica de la legítima en el derecho moderno y, sobre todo, en el español.

El núcleo del debate sobre el cual se va a centrar el presente trabajo es el siguiente:

- ¿Debe de prevalecer la protección de la familia y, dentro de ésta, en especial descendientes, ascendientes y cónyuge viudo?
- ¿En qué medida?
- ¿Cómo debe de ser la protección: ¿a través de un derecho de propiedad, un mero derecho de usufructo, un simple derecho de alimentos?
- O quizás, ¿lo que deba primar sea la protección de la propiedad privada y la libre disposición mortis causa del propietario de los bienes?

También se cuestiona hoy día si debe de mantenerse el sistema clásico de legítima que teníamos desde la promulgación de nuestro Código Civil de 1889 o debemos avanzar hacia una flexibilización de esta institución y una mayor aceptación de la libertad de testar en nuestro país.

Pues bien, el fundamento tanto de la libertad de testar como la cuestión de su limitación por las legítimas, fue debatido en España fundamentalmente en dos momentos históricos:

---

<sup>11</sup> Vid. [www.ine.es](http://www.ine.es).

<sup>12</sup> VAQUER ALOY, A. «Reflexiones sobre una eventual reforma...», loc. cit. , pág. 9.

<sup>13</sup> DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., “Perspectiva de la legítima”. Notas para una revisión, Consejo General del notariado, I, Madrid, 2002, pág. 1101.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

- en la época del apogeo de la creación de mayorazgos, en los siglos XVI y XVII;
- y con ocasión de nuestra Codificación Civil, en el siglo XIX, arguyéndose razones de todo tipo en uno u otro sentido.

Ahora bien, esto no quiere decir que sea una cuestión arcaica y carente de sentido hoy; todo lo contrario, renace de nuevo con mayor fuerza y vuelve a estar en el punto de mira de muchos juristas.

Teniendo en cuenta todas estas cuestiones previas apuntadas, este trabajo se va a centrar en los siguientes aspectos:

- a) Planteamiento del problema de la libertad de testar en el derecho común español.
- b) Realización de una breve aproximación histórica de la materia en el Derecho español, centrándonos en el derecho común.
- c) Análisis de la configuración de la legítima en el Código Civil actual y qué facultades tiene el legitimario.
- d) Desarrollo y examen de las dos reformas de mayor calado y más cercanas en el tiempo que ha sufrido nuestro Código Civil, que denotan una línea aperturista hacia la “libertad de testar” (a pesar de que la naturaleza y cuantía de la legítima ha permanecido inalterada) y las distintas corrientes que existen en la doctrina actual al respecto.
- e) Y, por último, haremos una interpretación sistemática de la normativa propuesta para terminar dando unas conclusiones personales sobre la materia.

Todo ello, sin olvidar la complejidad de esta figura y la realidad de que, en España, existen hasta 7 Códigos o Leyes Civiles distintas, cada una de ellas con sus propias peculiaridades y un enfoque distinto sobre esta cuestión.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA LIBERTAD DE TESTAR**

---

Para ahondar en esta cuestión, hemos de partir de la idea de que, en nuestro ordenamiento jurídico, la sucesión testamentaria se divide en libre y limitada, según existan o no herederos forzosos. En efecto, tal y como señala el art. 763 CC:

*"El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.*

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

*El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo”<sup>14</sup>.*

Y este mismo criterio, se recoge en los distintos territorios forales:

– En Aragón, art. 464 CDFA: «1. *Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder. 2. El que tenga legitimarios solo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que se establecen en este Libro».*

El precepto enlaza con el art. 318, cuyo tenor es el siguiente: “*El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae»”.*

Estos últimos resultan del art. 3 del mismo texto legal, según el cual: “*Conforme al principio «standum est chartae», se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”.*

---

<sup>14</sup> GÓMEZ CALLE, E., “Comentario al art. 763 CC” en el “Código Civil Comentado Volumen II”, [Thomson Reuters (Legal) Limited / Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Dir.), Vol. II], Editorial Aranzadi, págs. 655 y siguientes:

*“El párrafo primero del precepto consagra en términos amplios la libertad de testar de quien carece de herederos forzosos, con tal que disponga de sus bienes a favor de personas capaces de suceder; en el caso de que el testador tenga herederos forzosos, el párrafo segundo dispone que la libertad testatoria se encuentra limitada por lo dispuesto en la sección que regula las legítimas (arts. 806 a 822 CC). De esta manera, al tiempo que se sienta el principio de libertad de testar, se apunta un límite fundamental a la misma –el régimen de las legítimas– y se recuerda la necesidad de que el beneficiario de la disposición testamentaria tenga capacidad para suceder (cuestión que se regula en los arts. 744 y ss. CC).*

*Por lo que respecta a la legítima, hay que tener en cuenta que ni es sólo un límite a la libertad de testar ni es el único límite. En cuanto a lo primero, debe decirse que la legítima limita asimismo la libertad de donar (art. 636 CC), y es por ello por lo que también desempeña un papel fundamental en la sucesión intestada; si la cuota intestada que queda al heredero forzoso del causante no basta para cubrir su legítima, aquel podrá ejercitar la acción de reducción contra las donaciones inoficiosas para recibir la porción a la que tenga derecho; en definitiva, pues, el art. 763 CC solo pone de relieve una de las varias facetas que reviste la legítima –como límite a la libertad testatoria– pero existen también otras que quedan fuera del ámbito del precepto. En cuanto a lo segundo, la libertad testatoria se encuentra sometida, además de a las restricciones que derivan del régimen legitimario y que, por tanto, sólo afectan a quien tiene herederos forzosos, a otros límites establecidos por el propio legislador y que deben ser respetados por cualquier testador, también el que carece de herederos forzosos: así, y por mencionar solo algunos ejemplos, los que resultan de los arts. 781, 785.2º, 792 y 794 CC, o de la regulación de las reservas hereditarias (lineal –art. 811 CC– y viudal –arts. 968 a 980 CC–). Aunque el art. 763 CC, centrado como está en el dato de que el testador cuente o no con herederos forzosos, no haga referencia a esos límites, es evidente que también deben ser observados.*

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

- En cuanto a Navarra, el principio de libertad de disposición –tanto por testamento como por pacto sucesorio– se consagra asimismo en la Ley 149 CN, cuyo primer párrafo establece: «*Los navarros pueden disponer libremente de sus bienes, sin más restricciones que las establecidas en el título X de este Libro*»; este título regula el usufructo legal de fidelidad, la legítima, la reserva del bñnubo y la reversión de bienes.

- Por su parte, el art. 421.1 CCCat, bajo la rúbrica «libertad de testar» dispone: “*La sucesión testada se rige por la voluntad del causante, manifestada en testamento otorgado de acuerdo con la ley*”.

- Finalmente, en cuanto al País Vasco y más concretamente para el Fuero de Ayala se consagra en términos más amplios el principio de que venimos tratando, permitiendo disponer de los bienes por testamento, donación o pacto con total libertad, con tal de que se aparte a los legitimarios con poco o con mucho (art. 89 Ley de Derecho Civil del País Vasco 5/2015 de 25 de junio).

El Código Civil, por su parte, establece que son legitimarios –herederos forzosos, según el artículo 807— los hijos y descendientes; subsidiariamente, los padres y ascendientes y, junto con ellos, el cónyuge supérstite, que puede concurrir con ambos.

Los primeros, hijos y descendientes, tienen derecho a percibir en concepto de legítima, según el artículo 808, “*las dos terceras partes del haber hereditario*”, pudiendo el testador no obstante “*disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes*”.

La legítima de los ascendientes se regula en el artículo 809 y ss. y se fija en la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo que concurrieran con el cónyuge viudo del causante, puesto que entonces se reduce a la tercera parte de la herencia. No obstante, la reglas para el reparto de la legítima varían si se trata de los padres o del resto de ascendientes: en el caso de los padres, si ambos padres hubieran sobrevivido al causante, la legítima se divide en dos partes iguales, pero si uno hubiera fallecido, su parte acrecerá al sobreviviente; sin embargo, “*cuando el testador no hubiera dejado padres pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas, y si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea*”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Se establece además una reserva en el artículo 811 para los bienes que los descendientes hubieran adquirido por título lucrativo de un ascendiente o de un hermano, ya que el legitimario se halla obligado a reservar los bienes en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden (reserva troncal). Además, el artículo 812 dispone que: “*los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas donadas a sus hijos o descendientes muertos sin descendencia, añadiendo que si se hubieran enajenado sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó*”. Este último es el llamado derecho de reversión.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Por lo que respecta al cónyuge viudo<sup>16</sup>, tendrá derecho, según los artículos 834 y ss., si concurre a la herencia con hijos o descendientes, al usufructo del tercio destinado a mejora<sup>17</sup>; si concurre con ascendientes, al usufructo de la mitad de la herencia y, si no existen descendientes ni ascendientes, tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia. Además, el artículo 839 permite a los herederos que puedan satisfacer el derecho de usufructo del cónyuge estableciendo una renta vitalicia, con los productos de determinados bienes o de un capital en efectivo, quedando afectos todos los bienes de la herencia mientras el pago esté pendiente.

Nuestro Código, aun siguiendo como veremos un sistema legitimario de reglamentación negativa o freno, otorga al testador la posibilidad de disponer, en el caso de que haya “descendientes” herederos forzosos, de dos tercios de la herencia:

- Uno, el llamado de “libre disposición”, que puede atribuirlo en todo o en parte, sin limitación subjetiva alguna a favor de la persona que tuviere por conveniente.
- Y otro que, aunque es también de libre atribución, está limitado en el ámbito subjetivo o personal a favor, necesariamente, de “hijos o descendientes”.

Así, tenemos que el Derecho Común contrario sensu que el Derecho Foral ha optado por mantener la cuantía de la legítima especialmente alta, en especial la referida a los descendientes que asciende a 2/3 del patrimonio del causante. En cuanto a los territorios forales:

- En el Código Civil de Cataluña la legítima asciende a ¼ del patrimonio tal como regula el artículo 451-5 (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones), que señala que «*La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas:*

*a) Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración.*

*b) Al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso, con independencia de la fecha de la donación.*

---

<sup>16</sup> El Código civil se refiere al cónyuge que al fallecimiento del causante no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho.

<sup>17</sup> Añade el artículo 840 que “*cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios*”.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

*c) El valor de los bienes objeto de las donaciones o de otros actos dispositivos computables es el que tenían en el momento de morir el causante, con la deducción de los gastos útiles sobre los bienes dados costeados por el donatario y del importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación, no causados por su culpa, que él haya sufragado. En cambio, debe añadirse al valor de estos bienes la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que puedan haber disminuido su valor.*

*d) Si el donatario ha enajenado los bienes donados o si los bienes se han perdido por culpa del donatario, se añade, al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, el valor que tenían los bienes en el momento de su enajenación o destrucción».*

- En la legislación navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) su carácter es puramente formal, téngase en cuenta lo previsto en la Ley 267 que señala que legítima navarra consiste en: *«la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra de los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero»* (Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).
- En Aragón, el artículo 486 del CDFa (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo bajo la rúbrica de “legítima colectiva” dispone que:
  - “1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios.*
  - 2. 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 o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”.*
- En Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares), tenemos que distinguir:
  - En Mallorca y Menorca, según el artículo 42: *“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”.*
  - En Ibiza y Formentera, a tenor del artículo 79: *La legítima de los descendientes está constituida por la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y por la mitad de la herencia si excediesen de este número. Los hijos se contarán por cabezas y los*

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

*demás descendientes por estirpes. Las dos terceras partes o la mitad restantes, según los casos, serán de libre disposición”.*

- En Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia), según el artículo 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”.*
- En el País Vasco (Ley de 25 de junio de 2015), de conformidad con el art. 49 “*La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario”*, aunque también se recoge en el art. 48 la institución del apartamiento, permitiendo al causante elegir al transmitir la legítima entre los legitimarios, eligiendo entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.

A pesar de lo dicho, sigue vigente en la nueva ley la libertad de testar que recogía el anterior texto en el Fuero de Ayala, pues el art. 89 establece que: “*Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o con mucho. Se entiende por legitimarios los que lo fueren con arreglo al art. 47 de esta ley”* (este art. recoge como legitimarios a los hijos y descendientes y al cónyuge viudo).

Hasta aquí, nos hemos referido sólo a la parte de libre disposición cuando existen legitimarios descendientes, pero ¿cuál es la parte de que puede disponer el causante cuando los legitimarios son ascendientes o cónyuge viudo y no existen descendientes? En el derecho común, existiendo sólo ascendientes, el causante puede disponer libremente de la mitad de la herencia. Pero si existe cónyuge viudo, se reduciría ésta a una sexta parte (véase art. 809 CC<sup>18</sup>).

---

<sup>18</sup> Artículo 809 CC

*Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.*

Comentando este precepto, nos dice ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. que “la legítima de los ascendientes se reconoce cuando no existan legitimarios de orden descendente. La *falta* del descendiente de la que habla el precepto debe considerarse que es sólo inexistencia de éste, según la opinión que consideramos mejor fundada. Es decir, no habrá legítima para el ascendiente si el descendiente es indigno, está desheredado o ha repudiado la herencia (...). La cuantía de la legítima es variable en función de la concurrencia o no del ascendiente con el cónyuge viudo. En caso de concurrencia efectiva, la legítima de los ascendientes, será de un tercio de la masa de cómputo regulada en el art. 818 CC, y en caso de no concurrencia, de un medio. Debe entenderse que no habrá concurrencia en los supuestos de repudiación, indignidad o desheredación del cónyuge viudo” (“*Código Civil Comentado*” Volumen II, [Thomson Reuters (Legal) Limited / Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Dir.), Vol. II, Editorial Aranzadi, SA; ISBN: 978-84-9099-399-6 (Volumen II); Pamplona).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

En los territorios forales, podemos resumir la materia de la forma siguiente:

- En Cataluña, la cuantía de la legítima sigue siendo la cuarta parte del caudal relicto, ex art. artículo 451-5 CCCat; con la particularidad de que son legitimarios los descendientes y los padres o progenitores, pero no los demás ascendientes ni el cónyuge viudo (arts. 451.3 y ss.).
- En Navarra, se sigue aplicando la regla del art. 267 CN, y se consideran legitimarios según el art. 268: “1) *Los hijos matrimoniales, los no matrimoniales y los adoptados con adopción plena.*  
2) *En defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes de grado más próximo*”. Por lo tanto, quedan excluidos los ascendientes y el cónyuge viudo.
- En Aragón, sólo son legitimarios los descendientes (arts. 486.2 y 488), con lo cual se mantiene intacta la regla del art. 486 del CDFa, sobre la cuantía de la legítima.
- En Baleares nuevamente tenemos que distinguir:
  - En Mallorca y Menorca, según el artículo 41: “*Son legitimarios, en los términos que resultan de los artículos siguientes:*  
1.º *Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos.*  
2.º *Los padres, por naturaleza o adopción.*  
3.º *El cónyuge viudo*”.  
Y en cuanto a la cuantía de la legítima:  
Para los padres será “*la cuarta parte del haber hereditario. Concurriendo ambos padres se dividirá entre ellos por mitad y si alguno hubiere premuerto corresponderá íntegra al sobreviviente*” (art. 43).  
Y para el cónyuge viudo, según el art. 45.3 “*En concurrencia con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios, y, en los otros supuestos, el usufructo universal*”.
  - En Ibiza y Formentera, el art. 79, en la parte que nos interesa, dispone que: “*Son legitimarios:*  
A) *Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos.*  
B) *Los padres, por naturaleza y adopción (...)*  
*La legítima de los padres se regirá por los artículos 809 y párrafo 1.º del 810 del Código civil, en cuanto no contradigan lo preceptuado en este Capítulo*”.
- En el País Vasco, según la nueva ley de 2015, ha desaparecido la legítima de los padres y demás ascendientes.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

En cuanto al cónyuge viudo, dice el art. 52 del mismo texto legal que: *“El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes”*. Ahora bien, esta legítima se pagará con bienes no troncales, y solamente cuando éstos no existan, podrá acudir a los troncales en la cuantía que sea necesaria (art. 70.3).

De lo expuesto resulta que la ley da un trato distinto a la facultad de libre disposición del causante, según quién sea el legitimario<sup>19</sup>.

Pues bien, el fundamento de la sucesión forzosa, de la que venimos hablando, se halla en íntima relación con el PROBLEMA DE LA LIBERTAD DE TESTAR.

El ámbito de dicho problema consiste en determinar si el causante debe tener absoluta libertad para disponer de sus bienes por testamento, o esa libertad debe estar limitada por el sistema de las legítimas.

Históricamente, como sabemos, la sucesión forzosa se ha organizado en torno a uno de estos dos principios rigurosamente contrapuestos:

- 1.- El principio de libertad de disponer: que se funda en el ius disponendi y la autonomía de la voluntad, que es el que seguía el derecho romano.
- 2.- El principio de sucesión forzosa absoluta: que niega totalmente la libertad de testar, instaurando el sistema de las legítimas. Se funda en la existencia de una comunidad familiar y la necesidad de conservarla, así como la aspiración de que los hijos sean continuadores de la personalidad jurídico-patrimonial de los padres. Este principio era el que seguían el derecho germánico y posteriormente el soviético.

Los argumentos que existen por parte de los estudiosos del tema en defensa de la legítima tal como está concebida hoy en día no obedecen en ningún caso a razones actuales siendo los planteamientos acordes a las circunstancias sociales en que se redactaron, pero no tanto a la realidad actual, no habiendo sufrido apenas modificaciones desde entonces. Autores como VALLADARES RASCÓN<sup>20</sup> ponen de relieve cómo el sistema de legítimas en la actualidad no se adapta a los tiempos

---

<sup>19</sup> El Código de Derecho Foral aragonés de 22 de marzo de 2011, para referirse a los descendientes legitimarios habla incluso de “legitimarios de grado preferente” (artículo 488). Así: *“1. Son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus stirpes de descendientes. 2. No tendrán esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a su legítima”*.

<sup>20</sup> VALLADARES RASCÓN, E., comenta que: *«al leer a cualquiera de los numerosos autores que tratan sobre el fundamento de las legítimas en el Derecho español, o que abogan por su supresión, bien podríamos decir que hacemos un viaje al pasado»*, ... op. cit., pág. 4893.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

modernos, ni siquiera a las condiciones actuales de vida, ni a los diferentes cambios sociales que se han producido y constantemente se están produciendo.

También hay que tomar en consideración que dada la época de promulgación del Código Civil estaba pensado para otro tipo de personas, otras condiciones y otras características; de ahí que los argumentos que se ofrecen tanto para defender las legítimas, como para enarbolar la libertad de testar resulten a veces antiguos, y no se adaptan del todo a la estructura social existente en este siglo, muy diferente a la estructura agraria vigente en la fecha de entrada en vigor de las normas sucesorias y en materia de propiedad, óptica con la que la apreciaron los legisladores<sup>21</sup>.

### 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGÍTIMA

---

Llegados a este punto, no podemos continuar nuestra exposición, sin dar unas someras pinceladas de nuestro derecho histórico; sólo se puede vislumbrar hacia dónde vamos conociendo previamente de dónde venimos y cuál es la situación actual. Sólo de ese modo podremos avanzar hacia un análisis profundo, estructurado y medido con el fin de establecer las reformas adecuadas que merezca nuestro derecho.

#### 3.1 La legítima en el Derecho Romano

La institución de la legítima propiamente dicha tiene su origen en el Derecho romano. Inicialmente, en la Ley de las XII Tablas se recogía una libertad de testar<sup>22</sup> en

---

<sup>21</sup> Hace un análisis exhaustivo e interesante del tema de nuevo VALLADARES RASCÓN, E.: «*El ciudadano tipo que contempla el Código es el propietario de tierras que, ya en el momento de su promulgación, comienza a dejar de ser el protagonista de la vida económica del Estado. La lenta transformación que se produce en la estructura del sistema económico hasta 1895, se acelera notablemente hasta el retroceso que supuso la Guerra Civil, pasando de una sociedad fundamentalmente agraria, a una sociedad mixta agrario-industrial (MARTÍNEZ CUADRADO). Y si bien que la tierra seguía siendo el sector predominante durante el último cuarto del siglo XIX, la mitad o más estaba concentrada en grandes propiedades (TUÑÓN DE LARA). El desarrollo de las fuerzas de producción, la industrialización y las inversiones en la industria ligera y pesada siguen siendo un proceso irreversible a partir de la finalización de las guerras carlistas, alcanzando un volumen considerable a partir de 1885 (TUÑÓN DE LARA). Y, sin embargo, el sistema sucesorio español no ha cambiado, en lo fundamental, desde que se promulgó el Código Civil. Sigue dirigiéndose a una sociedad agraria, y a unos ciudadanos que se caracterizan por ser propietarios de la tierra. Nos encontramos con un Código que, en materia de propiedad y de herencia, estaba ya desfasado en su momento. En una sociedad agraria por sucesión mortis causa se transmiten y adquieren básicamente, bienes de producción. El causante vivía de la tierra y sus sucesores vivirán también de ella. El Código, en este punto, está dirigido, de hecho, a una parte muy pequeña de la sociedad; a los propietarios de tierra, que vivían de sus rentas. La clase media, en el sentido que hoy utilizamos ese término, prácticamente no existía; y las personas que se dedicaban a profesionales liberales y prosperaban, invertían fundamentalmente en tierra*», vid. op. cit., pgs. 4893 y 4894.

<sup>22</sup> El principio de libertad de testar en época arcaica tan sólo encontraba un límite formal en aplicación de la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, por el que el testador debía mencionar a los

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

base al principio “*pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*”<sup>23</sup>. Sin embargo, esta libertad de testar pronto sufrió una limitación formal, en el sentido de que el *pater familias* no podía dejar de referirse a los descendientes (*sui heredes*) en su testamento (para instituirlos herederos o para desheredarlos) pues, en caso contrario, el testamento estaba viciado de preterición pudiendo ser declarado nulo *ab initio*. No siendo necesario, no obstante, que los instituyese en una cuota determinada, sino que podía en una porción cualquiera, o si lo prefería podía desheredarlos sin necesitar motivar su decisión.

Esta legítima formal daría paso a su vez a una sucesión legítima real o material en el último siglo de la República según la cual, en presencia de descendientes, el testador tenía un deber de piedad (*officium pietatis*), estaba moralmente obligado a dejarles parte de sus bienes, siendo posible impugnar el testamento mediante la *querela inofficiosi testamenti* por parte de los descendientes, ascendientes, hermanos de doble vínculo o sólo de padre a quienes el testador no hubiera dejado la parte que les correspondiese.

En cuanto a la cuantía de esta participación, al principio dependía del arbitrio del tribunal, pero después se fijó en un cuarto de los bienes que el heredero recibiría si sucediese abintestato, hasta que Justiniano añadió, con relación a los herederos, que dicha cuantía sería de un tercio si fueren cuatro o menos, y de la mitad si fueren más. El Derecho Justiniano se refiere a la porción debida en la novela primera <sup>24</sup>:

*“La ley impone ciertamente a algunos testadores la necesidad de distribuir alguna parte entre ciertas personas, como si esto se les debiera, conforme a la misma naturaleza. No hay necesidad alguna de dar una parte cualquiera de sus propios bienes”*.

Teníamos por tanto en el Derecho romano ya un límite, una parte de los bienes del causante irían a parar a determinados parientes, había surgido la legítima<sup>25</sup>.

---

*hederes sui*, siendo nulo el testamento si los pretería. Vid. LOPEZ-RENDO, C., “*Fundamento de la regla “sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi” en el Ius civile*”, Oviedo, 1991.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: “*La sucesión forzosa*” de Edit. Comares, Granada 2004, pág. 3.

<sup>24</sup> “*Corpus*”, novela primera de JUSTINIANO, citado en FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La sucesión...* op. cit. p.3.

<sup>25</sup> Como ya adelantamos, en la novela 18, Justiniano aumentó el monto de la legítima, llevándola desde la cuarta parte a 1/3 de lo que les hubiera correspondido abintestato a los hijos si eran hasta cuatro, y a 1/2 si eran cinco o más.

Por otra parte, a partir de la novela 115, se determina que los ascendientes no pueden preterir ni desheredar a sus descendientes ni viceversa, sin expresar una justa causa para ello. Ello importa que no sólo pueden pedir la legítima sino el derecho expreso a ser herederos. Justiniano estableció también cuáles eran las causales de ingratitud que permitían la desheredación de ascendientes y descendientes, las cuales, si eran probadas, hacían que el testamento fuera válido, y si no, era nulo pero sólo en cuanto a la institución de heredero, quedando válidas el resto de las disposiciones del testamento.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

## 3.2 Antecedentes de la legítima en el Derecho Español: común y foral

### 3.2.1 Precedentes en Derecho común

La legítima del Código Civil español tiene sus precedentes en los Derechos castellano, canónico, romano y también germánico (porque nuestra legítima comprende tanto la legítima romana como una reserva de tipo germánico).

La legítima tradicional de los descendientes en Castilla consistía en los cuatro quintos de la herencia con una mejora de un tercio.

El origen directo lo encontramos en la Ley *Dum Inlicita* de CHINDASVINTO (dentro del *Liber Iudiciorum* de Recesvinto<sup>26</sup>) donde se establecía que la legítima de los hijos y descendientes consistiría en las cuatro quintas partes del patrimonio del causante, existiendo por tanto una disponibilidad de una quinta parte, de manera que la libertad de testar era muy reducida<sup>27</sup>. De estos cuatro quintos un tercio podía detraerse en concepto de mejora para uno o varios de los legitimarios.

Más adelante, ERVIGIO<sup>28</sup> realizó una reforma en virtud de la cual elevó la mejora. Por lo tanto, la legítima se entendía comprendida por una parte estrictamente indisponible y por otra parte de mejora (la cual surge en este momento con los visigodos), que inicialmente era de la décima parte de los bienes y que tras la citada reforma ascendió a la tercera parte.

Al tener Las Partidas una vigencia parcial en esta materia, se conservó básicamente la legítima visigoda.

---

<sup>26</sup> “*El Libro IV del Liber Iudiciorum*”, en materia sucesoria, disponía que la legítima correspondía a los hijos o nietos y a falta de todos ellos no existía herencia forzosa; pero el que tuviera hijos o nietos solo podía disponer libremente de una quinta parte de sus bienes más la totalidad de los que procedieran de donaciones del rey o señor, imputándose los otros cuatro quintos a los derechos legitimarios de los hijos o nietos.

<sup>27</sup> La ley LV IV,5,1 dice muy claramente que la ley abrogada por Chindasvinto permitía al padre, madre, abuelo o abuela transmitir sus bienes a extraños. Además, en su parte dispositiva regula la facultad de disposición de la mujer sobre sus bienes en general (equiparándolas a la facultad de disposición del padre). Pero el poder de disposición sobre la dote es objeto de una regulación aparte en LV IV,5,2 (ver Anexo, num. 2) . El profesor Otero, en su artículo sobre la mejora, sostiene que LV IV,5,1 deroga el principio de la ley que permitía al padre transmitir sus bienes a extraños ... y no regula, en la parte dispositiva, las facultades de disposición de la mujer... Sólo en la parte referente a la mejora se alude a la madre». OTERO, A., “*La Mejora*”, Anuario de Historia del Derecho Español 23 (1933), 5-131, p. 57.

<sup>28</sup> Ervigio pidió a los obispos la revisión del Liber Iudiciorum y en noviembre de 681 se revisaron ochenta leyes de Recesvinto, aclarando su significado, se añadieron tres leyes de Wamba, y seis leyes nuevas del propio Ervigio que se sumaban a la legislación antijudía aprobada en aquel momento.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Como vemos, en esta época sólo eran legitimarios los hijos y descendientes, pero no los ascendientes. Por lo que se refiere al cónyuge viudo, únicamente se hacía mención a la viuda (no al viudo), a quien se concedía el usufructo de una porción igual a la de cada hijo en tanto que no contrajera segundo matrimonio.

Sin embargo, pese a que la ley visigoda rechazaba el derecho a la legítima de los ascendientes, en las Partidas había un derecho a la legítima por parte de éstos, en concreto debían los descendientes dejarles la tercera parte del caudal hereditario<sup>29</sup> (cuota modificada por la Novísima Recopilación que fijó la cuota en dos terceras partes de dicho caudal).

Con relación al cónyuge viudo (y como adelantamos más concretamente en relación con la viuda), las Partidas dejaron reducidos sus derechos a la cuarta marital.

Las Leyes de Toro fueron la base de las siguientes recopilaciones legislativas (Nueva Recopilación y Novísima Recopilación), que a su vez estuvieron vigentes hasta la promulgación del Código Civil, en 1889.

Así, las leyes 6 y 28 de Toro fijaron en dos tercios la legítima de los ascendientes y en cuatro quintos la de los descendientes legítimos (los naturales no tenían legítima).

Reapareció también la posibilidad —en el Fuero Juzgo y el Fuero Real— de establecer una “mejora” (que era propia del derecho visigótico), que consistía en una cuota hereditaria que el testador podía acumular a la legítima de un descendiente, mejorando así su situación en la sucesión, lo que constituía un medio para privilegiar a uno de sus hijos sobre otros, por diversos motivos (debilidad o incapacidad del heredero, preferencia del padre, premio). Esta mejora podía realizarse tanto por actos entre vivos como mortis causa. El heredero perjudicado en su legítima por excesivas mandas otorgadas por el testador podía obtener la disminución de aquellas mediante la acción falcidia de superfluo.

El Fuero Juzgo<sup>30</sup>, texto clave en la historia de nuestro ordenamiento que reafirmaba la importancia de la institución de la legítima estableció que sólo la quinta parte de la herencia del causante era libremente disponible frente a las cuartas quintas partes, que era asignadas a sus descendientes. Se acercaba más, por ello, al Derecho germánico<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Derecho de Sucesiones, de T. Kipp*, volumen II, Bosch, barcelona, 1951, Pág. 282 y ss.

<sup>30</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., “*Derecho civil español, común y foral*”, Tomo sexto, “*Derecho de sucesione*”s, Volumen I, “*La sucesión en general, La sucesión testamentaria*”, novena edición, Reus, Madrid, 1989, p. 59.

<sup>31</sup> COLIN, A., y CAPITANT, H., “*Curso elemental de Derecho civil*”, tomo VII, Reus, Madrid, 1972, págs. 8 y ss., citado en, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La sucesión...* op. cit. p.4.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

### 3.2.2 Precedentes en Cataluña

Desde la Constitución de Alfonso III en 1333 hasta la Constitución de 1585 de Felipe II en las Cortes de Monzón, en Cataluña regía el Derecho del Corpus Iuris, lo dispuesto en la novela 18 de Justiniano, estableciéndose la legítima en los términos vistos a la hora de analizar el origen de la legítima en el Derecho Romano.

A partir de la Constitución de Felipe II la legítima sería del cuarto, y con la llegada de la Compilación, esta legítima podría pagarse en bienes hereditarios o dinero (a elección del heredero), señalándose como legitimarios a los descendientes y en defecto de éstos a los ascendientes.

Resulta interesante destacar una práctica hereditaria que se generalizó durante los siglos XVIII y XIX en este territorio en virtud de la cual se nombraba un heredero único. En concreto, el hijo mayor primogénito (*hereu*) era nombrado heredero de todo el patrimonio familiar (de manera que la masía se podría transmitir en su conjunto a un único heredero), mientras que solamente en el caso de que no hubiera varones, era la hija mayor primogénita (*pubilla*) quien se convertía en heredera. El *hereu* recibía todo el patrimonio, pero debía pagar a sus hermanos, los conocidos como *segundones*, una cantidad de dinero para que se pudieran colocar, mientras que las hijas recibían la dote, lo cual les permitía casarse con un *hereu* de otra familia, con lo que se trataba de una práctica que daba lugar a una desigualdad entre sexos y basada en la primogenitura, que tuvo su auge en el citado período.

### 3.2.3 Precedentes en Aragón

En el caso de Aragón, se conocen dos Fueros de 1307 y 1311 que permitían que el causante pudiera disponer libremente entre sus hijos o descendientes, quienes eran considerados los únicos legitimarios. Con la llegada del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, se recogió una libertad de testar en ausencia de descendientes legítimos y se introdujo una legítima colectiva de los dos tercios del haber hereditario que debía recaer en aquellos descendientes legítimos. Posteriormente, podemos destacar la existencia de una Compilación de Derecho Civil de Aragón redactada por Ley 15/1967, de 8 de abril, en la cual se establecía una legítima material colectiva en el artículo 119.

### 3.2.4 Precedentes en Baleares

Antes de promulgarse la Compilación, el Derecho aplicable era el *romano justiniano* y algunas disposiciones autóctonas como las Ordinations de Arnaldo de Erill

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

(aprobadas en 1383 por Pedro el Ceremonioso) y el privilegio de la *definición* (diffinitio)<sup>32</sup>.

La Novela 18 de Justiniano estableció la cuantía de la legítima en la mitad de la herencia en el caso de existir más de cuatro hijos y en un tercio, si fuesen cuatro o menos. La Novela 115 estableció las causas de desheredación de descendientes y ascendientes e impuso que su legítima fuese atribuida por vía de institución de herederos. También hemos de destacar, además, que la Constitución de Justiniano consagró la acción de suplemento de legítima<sup>33</sup>.

De las Ordinations de Arnaldo de Erill se extrajo la idea de que la legítima pudiese pagarse en dinero.

Y, por último, el privilegio de la definición lo otorgó el rey Jaime I en Lérida en 1274, respecto de las hijas casadas, extendido a los hijos varones por privilegio de Sancho I de Mallorca en 1319.

Con la Compilación de Baleares de 19 de abril de 1961, se recogió la legítima variable justiniana, según el número de hijos, pero no las causas específicas de desheredación de la Novela 115, ni la acción de complemento de la legítima. También se establecieron especialidades para Mallorca y Menorca por un lado y para las islas Pitiusas (Ibiza y Formentera), por otra.

Y por fin llegamos a la Compilación de 28 de junio de 1990 (Ley 8/1990 del Parlamento de Baleares, que supuso una nueva regulación del Derecho Balear. Hay que destacar que no hay un derecho uniforme para toda la Comunidad Autónoma, sino especialidades distintas para cada isla, según exponemos en los epígrafes correspondientes de esta exposición.

---

<sup>32</sup> La “definición” se regula en **el artículo 50** del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares:

*“Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad. La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima. El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición. La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública. Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima”.*

<sup>33</sup> “Codex”, 3, 28, 30.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

### 3.2.5 Precedentes en Navarra

En Navarra, hubo inicialmente un sistema restrictivo para posteriormente pasar a un sistema en el que casi hay una libertad de testar igual que en los territorios del Fuero de Ayala tal y como fue reconocido por las Cortes de Pamplona en 1968 y por la Compilación de 1973.

### 3.2.6 Precedentes en Galicia

La regulación anterior a la actual de la legítima en este territorio foral se contenía en la LDCG de 24 de mayo de 1995. La Ley 2/2006 de 14 de junio (capítulo V del Título X) en sus artículos 238 a 266 flexibiliza sus instituciones y amplía la libertad de testar, basándose en cuatro reformas importantes: los ascendientes dejan de ser legitimarios, se reduce la cuantía de la legítima de descendientes y cónyuge viudo, se suprime la institución de la mejora y se modifica la naturaleza jurídica de la legítima, pasando a ser *pars valoris*<sup>34</sup>.

### 3.2.7 Precedentes en el País Vasco

Respecto a la regulación que teníamos históricamente en el País Vasco, un territorio marcado por su diversidad legislativa, hemos de hacer mención principalmente al Fuero de Vizcaya, donde los descendientes y ascendientes legítimos inicialmente tenían un derecho de expectativa sobre todos los muebles e inmuebles del causante hasta llegar a las cuatro quintas partes del patrimonio hereditario, y a los territorios del Fuero de Ayala del País Vasco, donde encontramos regulada una libertad de testar desde el propio Fuero de Ayala de 1373 ya que el testador era libre para apartar a los herederos forzosos y nombrar heredero a quien quisiera.

## 3.3 Referencia al debate vivido en torno a la codificación civil en España

En la época de la codificación surgió el problema de cómo debían coexistir el derecho civil común y los derechos forales. Los caminos posibles para dar solución a esta cuestión fueron varios: el sistema de un código de derecho civil único para todo el territorio del Estado, con abolición de los derechos forales; y el de un Código general con apéndices regionales al mismo (posteriormente compilaciones), para incorporarlas después al Código. El derecho español, como sabemos, pasó definitivamente por estas

---

<sup>34</sup> TORRES GARCÍA, T.F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La legítima en el Código Civil I”, en Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco), T. II, Civitas, Pamplona, 2016, pág. 672.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

dos últimas etapas apuntadas (Apéndices y Compilaciones), pero la idea de trasladar el derecho foral a un único código general de Derecho Civil cayó en el olvido.

El Código Civil se promulgó definitivamente en España en el año 1889 y se dejaron una serie de temas pendientes para acelerar el proceso de codificación y no resurgir nuevamente la cuestión foral, que haría imposible su aprobación definitiva.

Antes de su publicación, hemos de destacar una serie de hitos:

- El Proyecto del año 1851, donde se pretendía la unificación de los diferentes derechos civiles existentes en España a raíz de la elaboración del Código Civil único; proyecto que suscitó una gran oposición foralista.

- Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1885, más respetuoso con los territorios forales y que se terminó por aprobar, ya que se propuso que, en las provincias y territorios de Derecho foral éste siguiera subsistiendo, rigiendo en esos territorios el Código de modo supletorio; novedades que también se daban en materia de legítimas. Como consecuencia de la aproximación entre las distintas legislaciones de los diversos territorios su cuantía fue modificada, reducida, dejando atrás la legítima que habíamos tenido en Castilla y dando paso ya a la legítima de nuestro Código Civil que analizaremos posteriormente.

El Congreso de jurisconsultos de 1886 mostró un cambio en la opinión de los juristas españoles ya que crecieron los partidarios de codificar respetando los Derechos forales, de ahí la solución final: la subsistencia de las legislaciones forales tras la llegada del Código civil en 1889 y por consiguiente las diferentes concepciones y regulaciones respecto a la legítima y la libertad de testar.

En paralelo al debate de si debían subsistir o no los derechos forales había otro, a saber, el del derecho sucesorio y la legítima. Con relación al mismo pugnaron castellanistas y foralistas, basándose principalmente en diferencias económicas entre unos y otros pues, por un lado, teníamos Castilla caracterizada por la pobreza y la división de la tierra y de la propiedad, el minifundismo (buscándose por tanto la igualdad); y, por otro, Cataluña o el País Vasco donde en cambio había riqueza y una unidad de las explotaciones (lo que fomentaba la búsqueda de la libertad de testar). Estas diferentes concepciones se plasmaron en las diferentes legislaciones y se han mantenido hasta la regulación actual.

Aunque no podamos profundizar en esta cuestión, no podemos, cuando menos, dejar apuntadas dos posturas fundamentales en este debate en la elaboración del vigente Código Civil:

- a) Por un lado, a favor de las legítimas, destacaba Alonso Martínez, ministro de Gracia y Justicia de la época, quien aducía una serie de argumentos como: el principio de igualdad entre los hermanos, el de que no es justo un sistema que permita enriquecer a un extraño a expensas de la familia, que los padres no pueden desentenderse de los deberes para con los hijos, la función social de la legítima, etc....

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

b) La postura contraria, la que defendía la libertad de testar, estaba liderada por Joaquín Costa y refrendada por Durán y Bas, Azcárate, Giner de los Ríos y Sánchez Román, quienes aducían otro tipo de argumentos: que la utilidad social y económica de la libertad de testar permite conservar la propiedad de la tierra y de la industria de manera adecuada para su mayor rentabilidad, que la libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres y, en definitiva, que respecto de la libertad y el derecho de propiedad tiene poco sentido que tengan un contenido máximo en vida y restringido después de la muerte<sup>35</sup>.

Y así, llegamos al Código Civil actual, en los términos que pasamos a exponer a continuación, no sin antes recordar que, en este punto, los Derechos forales han evolucionado hacia un sistema más abierto que el del Código Civil, ya que todas las legislaciones conceden una mayor libertad al testador para disponer de sus bienes, si bien la gran mayoría han respetado las legítimas a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge viudo. Sólo en dos territorios se ha reconocido el respeto absoluto a la voluntad del testador: en los territorios vascos donde está vigente el Fuero de Ayala y en Navarra. El resto de las legislaciones autonómicas respetan las legítimas, si bien con diferencias notables en cuanto a su concepto y naturaleza y también en el reconocimiento de las personas que son legitimarios, como veremos.

## 4. CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA ACTUAL EN DERECHO COMÚN

---

### 4.1 Concepto

El CC se ajusta a un modelo de legítima individual (no global) y material (no formal), en contraposición a los sistemas de Derecho foral como el aragonés o el navarro.

Archiconocido es el art. 806 del Código Civil, cuando establece que: "*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*".

Del referido precepto, hemos de destacar una serie de aspectos:

a) La legítima es una porción de bienes -

---

<sup>35</sup> MAGARIÑOS BLANCO, M., "*Libertad de testar. Hacia una solución justa y equilibrada*", extracto de la ponencia "Propuestas de un nuevo sistema sucesorio en relación a las limitaciones de la libertad de testar", en El notario del siglo XXI, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, nº 52, noviembre-diciembre de 2013, p. 1.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

La doctrina clásica, entre los que podemos incluir a MANRESA<sup>36</sup>, opina que la institución que nos ocupa es una “porción de bienes de propiedad individual cuya disposición se niega al propietario y se le concede a la Ley”, basado en derecho natural.

ALONSO MARTÍNEZ<sup>37</sup>, por otro lado, estima que el fundamento de la legítima es la familia. Para él, la familia es el “hecho natural y necesario anterior al estado e independiente de la voluntad humana”, por tanto, el origen y *conditio sine qua non* de esa libre disposición, a lo que añade que, para la continuación de la familia, dichos derechos sucesorios son absolutamente necesarios.

#### b) Carácter imperativo de la legítima-

De otro lado, el carácter imperativo de la legítima es aceptado por toda la doctrina. Tiene un contenido mínimo que es obligatorio respetar si bien el CC prevé mecanismos especiales en los que la legítima puede exigirse mediante unos modos de complementación, no de anulación, de las disposiciones del testador<sup>38</sup>. El CC admite que el título de pago cambie, pero no su “esencia ni efectividad”. En este sentido se ha manifestado el TS calificando la legítima de “derecho necesario y por tanto de rigurosa inviolabilidad”<sup>39</sup>, señalando en otra sentencia de 1991<sup>40</sup>, en su fundamento de derecho sexto, que el testador no puede dar otro destino a la porción de la herencia comprendida dentro de los límites de ésta, en concordancia con el artículo 806 del CC. Además, la doctrina mayoritaria subraya el carácter de orden público de la legítima<sup>41</sup>.

Con respecto al momento en que sea posible ejercitar los derechos derivados de la legítima, la sentencia de 23 de septiembre de 1992 estima que será a partir del “óbito del causante”<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> MANRESA, J.M., “*Comentarios al Código Civil español*”, tomo VI, Imprenta de la Revista Legislación, Madrid, 1921, p. 227, citado en FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., “*La sucesión*”... op. cit. p.3.

<sup>37</sup> ALONSO MARTÍNEZ, M., “*Estudios de Filosofía del Derecho*”, Imprenta Eduardo Martínez García, Madrid, 1921, citado en FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., “*La sucesión*”... op. cit. p.3.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *La sucesión*... op. cit. págs. 9-12.

<sup>39</sup> STS (Sala de lo Civil) de 31 de mayo de 1980, (RJ 1980\2724).

<sup>40</sup> STS (Sala de lo Civil), de 22 de noviembre de 1991, (RJ 1991\8477): “[...] al ser simplemente una limitación a su facultad de disponer, que se opera atribuyendo a determinados parientes una cuota intangible del haz hereditario, y habida cuenta que la vocación de los legitimarios es hecha por la Ley, no por testamento o pacto sucesorio”.

<sup>41</sup> STS (Sala de lo Civil), de 15 de noviembre de 1996, (RJ 1996\82812).

<sup>42</sup> STS (Sala de lo Civil), de 23 de septiembre de 1992, (RJ 1992\7019): “[...] en el sistema existente de protección de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible admitir que se dé una protección o tutela de los derechos de los legitimarios hasta que realmente no tengan la cualidad de tales, y eso, sólo puede ocurrir cuando se haya producido el óbito del causante o ascendiente en cuya sucesión, como tales descendientes les corresponde la sucesión forzosa o legitimaria al amparo de lo dispuesto en los arts. 807 y ss. del CC pues no cabe hablar de legítima o sucesión forzosa sino cuando se ha producido la apertura de la sucesión [...]”.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

- c) La legítima actúa como un sistema de freno del causante y como un derecho positivo de los legitimarios -

Del precepto expuesto, parece también desprenderse que el legislador visualiza la legítima como un sistema de freno.

Nuestro CC sigue fundamentalmente un sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno. La ley deja hacer y disponer al causante en cuanto éste cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino y sólo confiere al legitimario, en forma subsidiaria, derecho de impugnación, o bien al complemento, cuando en perjuicio suyo el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas en la ley.

La legítima consiste en el deber (sistema de freno) que la ley impone al testador de dejar a los herederos forzosos o legitimarios una parte de su patrimonio líquido al que se agregará, para cuantificar su importe, el valor del *donatum* (valor de las donaciones que en vida hubiere hecho el testador o causante), pero permitiendo al testador que pueda escoger o elegir la forma de cumplir dicha obligación.

En consecuencia, el causante puede instituir heredero al legitimario, atribuirle un legado o, incluso, anticiparle el importe de su legítima por medio de una donación.

La atribución realizada por el testador para cumplir su deber legitimario puede ser o no suficiente para cubrir la legítima.

Si la atribución es suficiente, la obligación del testador se entiende cumplida y el legitimario nada podrá reclamar.

Si la atribución es insuficiente, es decir, el causante infringe su deber legitimario, el heredero forzoso podrá ejercitar todas las acciones tendentes a la protección de su legítima.

Por otra parte, la legítima presenta un claro carácter positivo como derecho que reciben “*ipso iure*” los legitimarios, como consecuencia de la muerte del causante, y que supone un título de atribución en su favor que les permite ejercitar la acción para, en su caso, completar su derecho<sup>43</sup>. Si los legitimarios reciben su cuota gravada en vulneración del artículo 813.2º CC, los legitimarios disponen de acciones en orden a mantener la intangibilidad cualitativa de su legítima, manteniéndose el gravamen sólo sobre el exceso en que el legitimario pueda participar en la herencia del causante.

- d) El causante mantiene la disponibilidad de los bienes –

El artículo 806, al decir que el testador no puede disponer de la porción de

---

<sup>43</sup> VALLET: “*Las legítimas*”, Tomo II, págs. 763 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

bienes que integra la legítima, no establece una prohibición absoluta de disponer que recaerá sobre el causante. La imposibilidad de disponer de los bienes que integran la legítima ha de ser entendida en sentido relativo y ello porque los actos dispositivos del causante a título gratuito realizados *inter vivos* son perfectamente válidos y eficaces, sin perjuicio de que se puedan reducir si en el momento de su fallecimiento lesionasen la legítima<sup>44</sup>. Además, puede dejar la legítima por medio de legado o, incluso de donación (art. 819) y, en ciertos casos, apartar de los bienes de la herencia a determinados herederos forzosos a cambio de que los demás les paguen la legítima en metálico extrahereditario (arts. 841 y ss. y 1056.2º). En el caso de que la legítima resulte satisfecha mediante transmisiones realizadas por actos *inter vivos* a título gratuito, los gravámenes que se hayan constituido sobre los bienes objeto de éstas se mantienen, pero habrán de deducirse del importe del valor de la cosa donada.

e) La legítima actúa también en la sucesión intestada -

En principio, la protección que ofrece la institución legitimaria a los herederos forzosos no sería necesaria en el momento de la apertura de la sucesión intestada porque los herederos recibirían el 100% de los bienes, exceptuando el cónyuge viudo. Como sabemos, las legítimas de los ascendientes y descendientes son excluyentes, pero la del viudo concurre con las otras dos (en la parte del usufructo correspondiente).

Ahora bien, la cuestión sí que adquiriría una cierta relevancia en el caso de sucesión mixta; cuando concurren sucesión testada e intestada es cuando cobraría vida esta protección legitimaria. Incluso cuando no existiera sucesión mixta, también tendría relevancia esta protección en el caso de que existieran donaciones fraudulentas.

Dado que el cómputo de las cuotas legitimarias y el de las cuotas sucesorias intestadas se realiza sobre bases distintas, podría suceder que la cuota que corresponde a un heredero abintestato no fuera suficiente para cubrir los derechos que le corresponden como legitimario (caso de que existan donaciones en vida del causante).

Por otra parte, la designación de los sucesores intestados no es idéntica a la de los legitimarios -el cónyuge viudo es legitimario, pero no es heredero intestado cuando concurren descendientes o ascendientes-.

Por estas razones, es necesario plantear si las legítimas actúan en la sucesión intestada. El carácter imperativo de la legítima impone su defensa en la sucesión abintestato<sup>45</sup>, lo que resulta claro si se pone el acento en su configuración positiva como derecho de los legitimarios y no como límite de las facultades dispositivas del causante<sup>46</sup>. En consecuencia, si hay testamento rigen los llamamientos testamentarios

---

<sup>44</sup> FUENMAYOR: “ADC “ 1948, pág. 47.

<sup>45</sup> DE LA CÁMARA, pág. 177; VALPUESTA, pág. 491; ALBALADEJO: “Sucesiones” , 9.ª ed., pg. 377, porque la ley llama en este caso como sucesores intestados a quienes serían legitimarios y les ofrece, al menos, tanto como habrían de recibir en concepto de legítima.

<sup>46</sup> ESPEJO LERDO TEJADA, M., “La sucesión testada en el Código Civil”, Estudios Jurídicos, Madrid, 1996, págs. 59 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

con las limitaciones derivadas de las exigencias de las cuotas legitimarias y si hay sucesión abintestato, rigen los llamamientos abintestato respetándose, en todo caso, las legítimas del cónyuge viudo.

## 4.2 Quiénes son legitimarios

Según el art. 807 CC: “*Son herederos forzosos: 1º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º El viudo o viuda en la forma que establece el Código*”.

### 4.2.1 La legítima de los descendientes

En primer lugar, debemos determinar quiénes son las personas que el Código Civil considera como descendientes.

#### a) Descendientes con derecho a la institución de la legítima

El artículo 807 CC asigna dicha cualidad, la de legitimario, a hijos y descendientes de éstos, respecto de padres y descendientes de aquéllos. Es éste el motivo de que, en primera instancia, serán considerados legitimarios los hijos, para continuar con sus nietos, biznietos, tataranietos, etc.

Debemos resaltar en este punto, que, tras la reforma del CC de la Ley 13 de mayo de 1981, se anularon situaciones de discriminación existentes, hasta ese momento, entre aquellos hijos nacido dentro de la relación matrimonial y aquellos nacidos fuera de la misma. En la actualidad no se hace distinción alguna en el artículo 807, asignando a todos aquellos el carácter de legitimarios, del mismo modo que a su estirpe<sup>47</sup>.

La CE, como afirma ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>48</sup>, tuvo una gran influencia sobre diversas instituciones de Derecho civil. En concreto, uno de los aspectos de influencia

---

<sup>47</sup> SEISDEDOS MAIÑO, A. “*El principio de igualdad ante la Ley en las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución*” (comentario a la STS de 31 de julio de 2007), en *Revista de Derecho Privado*, nº 92, mes 2, 2008, p. 89-102: “No deja de resultar sorprendente que, en vísperas del trigésimo aniversario de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, continúe el Tribunal Supremo resolviendo recursos en pleitos en los que la cuestión litigiosa consiste en determinar si el principio de igualdad ante la ley, sin discriminación por razón de nacimiento, debe o no aplicarse a sucesiones abiertas antes del 29 de diciembre de 1978”.

<sup>48</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “*Reforma constitucional de la legítima y problemas de derecho transitorio*”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, boletín núm. 1748, 1995, págs. 125-161.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

más clara fue el de materia de derecho sucesorio. Afirma que el “principio constitucional de igualdad ante la ley de las distintas clases de filiación, proclamado por la Constitución”<sup>49</sup> colisionó directamente con gran parte de la normativa del CC relativo a la sucesión forzosa. Durante el período que comprende la proclamación de la Constitución y la entrada en vigor de la Ley de 13 mayo de 1981, el ordenamiento jurídico español experimentó la complicada situación de convivencia de un sistema legitimario en contradicción directa a la Constitución. En este contexto, el principio de igualdad se aplicó a toda sucesión abierta posteriormente a la entrada en vigor de la Constitución, sin tener en cuenta la fecha del testamento (es decir, aunque la fecha del testamento fuera anterior a la entrada en vigor) y a pesar de que en el momento del fallecimiento del causante el Código Civil todavía calificara a los hijos como legítimos, ilegítimos naturales e ilegítimos no naturales, asignado, como era de esperar, a cada uno de ellos, diferentes derechos sucesorios.

Volviendo al tema central, es necesario que tengamos en cuenta una serie de matices en el orden sucesorio en los casos de indignidad o desheredación, de premoriencia y de repudiación o renuncia por el legitimario.

1) Premoriencia: Por la premoriencia del descendiente al testador, aquellos, en su grado más próximo al causante, se convierten en legitimarios.

Los descendientes del premuerto, es decir, ex artículo 814 CC, su stirpe, obtendrá toda la parte que el que falleció hubiera debido recibir como legitimario. En el caso de haber más de un miembro de la stirpe, la división se hará por cabezas. Los descendientes del legitimario premuerto suplantán a este mismo en la sucesión del causante (LACRUZ<sup>50</sup>). Aquellos descendientes de grado posterior pasan a ser considerados como sucesores inmediatos del causante por derecho propio, atendiendo a las normas de la sucesión abintestato que son de aplicación a la legítima. De este modo, a través de la sucesión a través de la stirpe, lo nietos reemplazarán al hijo en su lugar. En conjunto, todo ellos, sustituyen al padre en el lugar del padre. Aunque, en realidad, son legitimarios directos del abuelo y adquieren la legítima por derecho propio. En tal sentido, la situación jurídica de estos es comparable a la de los sustitutos vulgares, sin tener en cuenta o prescindiendo del origen de su derecho (PUIG BRUTAU<sup>51</sup>).

2) Indignidad o desheredación del legitimario:

El hecho de que una persona sea declarada indigna o sea desheredada, tiene como consecuencia la exclusión de la herencia. Sin embargo, los descendientes del indigno o desheredado, aunque en primera instancia pueda parecer que saldrán también

---

<sup>49</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “La sucesión intestada en el Código civil” en Estudios Jurídicos, Madrid, 1999, pág. 25.

<sup>50</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., “Elementos de Derecho Civil V”, Sucesiones volumen V, cuarta Edición, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 319 y ss.

<sup>51</sup> PUIG BRUTAU, J., “Compendio de derecho civil” ...op. cit. págs. 505 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

perjudicados, adquieren la condición de legitimarios. Surte efecto, como podemos observar, los mismos efectos que en la preterogravación. En tal sentido se expresa el tenor literal del artículo 761 CC que expone lo siguiente:

*“Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”.*

Por otro lado, el artículo 857 establece una norma especial por la que los hijos o los descendientes de aquel que ha sido desheredado no sólo ocuparán, sino que conservarán los derechos de herederos forzosos en relación con la institución de la legítima.

En esta misma línea se expresa también el párrafo 2º del artículo 973, esta vez en relación con la figura de la reserva, por el que, aunque el hijo desheredado pierde, justamente, el derecho a reserva, los descendientes de este se regirán según el ya citado artículo 857.

3) Repudiación o renuncia: Este caso es distinto a los dos presentados en los párrafos anteriores.

A diferencia de ellos, en el caso en el que el descendiente, con derecho a la legítima, renuncie o repudie, su estirpe no adquirirá la posición de legitimarios (ex artículos 924, 929). La renuncia, lejos de favorecer al heredero instituido, amplía la participación del resto de legitimarios. Para el cálculo de ésta, cada heredero dividirá la cuantía por el número de legitimarios, excluyendo, claro está, al repudiante. Según el párrafo 2º del artículo 985:

*“Si la parte repudiada fuere la legítima sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer. Aunque por coherederos deberemos entender legitimarios”.*

Efectivamente, por pura lógica, la legítima quedará extinguida en tanto en cuanto el repudiante sea el único legitimario de primer grado.

#### 4.2.2 La legítima de los ascendientes

La legítima de los ascendientes se caracteriza por las siguientes notas:

1) No es conmutable.

La única legítima que no puede conmutarse en dinero y debe pagarse siempre in natura es la legítima de los ascendientes. Quizás esto se debe a una omisión involuntaria del testador al realizar la reforma de 1981, pues no hay motivo alguno que justifique la exclusión de los ascendientes.

2) Es un segundo orden de llamamiento.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

De lo dispuesto en el artículo 807 se deduce que la legítima de los ascendientes constituye un segundo orden de llamamiento; esto es, a falta de hijos y descendientes (premorienza o inexistencia) serán legitimarios del causante, sus padres y ascendientes.

Sólo tendrán la consideración de legitimarios los ascendientes inmediatos del causante al tiempo de su muerte, es decir, los padres o el que de ellos sobreviva, y, en su defecto, los demás ascendientes por riguroso orden de proximidad en grado.

No obstante, los derechos legitimarios de los ascendientes son modificados en un doble sentido: mediante la reserva lineal prevista en el artículo 811 y mediante el derecho de reversión a que se refiere el artículo 812.

3) Es de cuantía variable (como después veremos).

4) No procede la aplicación del derecho de representación.

Dispone el artículo 925.1 CC que, *“El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente”*.

#### 4.2.3 La legítima del cónyuge viudo

El artículo 807 CC, ha sido el arranque de una polémica doctrinal sobre si el cónyuge viudo debe ser considerado heredero o no, habiendo triunfado en la actualidad la corriente que le niega tal carácter, alegando que la dicción del Código Civil en el artículo 807.3 nada significa, pues el mismo se refiere no a los herederos forzosos sino a los legitimarios y a estos se les puede atribuir la legítima por cualquier título. Por su parte, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado decididamente en este punto, sino que lo ha hecho en forma incidental señalando que el cónyuge viudo es heredero<sup>52</sup> a los efectos de:

- a) Promover la partición de la herencia (STS 28 de marzo de 1994);
- b) Ser necesario su concurso para efectuarse la misma en tanto no se le hayan satisfecho sus derechos (S. 20 de junio de 1932);
- c) Poder ejercitar en favor de la herencia indivisa las acciones que correspondieran al causante (S. 30 de junio de 1950).
- d) No puede ser contador-partidor de la herencia (S. 8 de febrero de 1892);
- e) Debe participar en el pago de los gastos comunes de la partición, pues el art. 1064 CC no establece distinción en este respecto (S. 11 de enero de 1950).

➤ Caracteres.

---

<sup>52</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *“Derecho de sucesiones”* (...), op.cit. págs. 310 y 311.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

La legítima del cónyuge viudo se caracteriza porque el sobreviviente es heredero forzoso en todo caso; su legítima se concreta en una cuota en usufructo, siendo esa cuota variable, ya que depende su cuantía de la «calidad hereditaria» de las personas con las que concurre en la herencia; y, por último, es conmutable (art. 839 CC).

- Requisitos necesarios para que el cónyuge viudo tenga derecho a la cuota viudal usufructuaria.

Como requisitos para que el cónyuge viudo tenga derecho a la cuota viudal usufructuaria, pueden señalarse los siguientes: tratarse de cónyuge viudo, que el cónyuge viudo tenga capacidad para suceder y que no esté incurso en causa de indignidad (artículo 756), ni haya sido justamente desheredado (artículos 852 y 855 del Código Civil). Examinaremos más detenidamente el primero de estos requisitos.

Tratarse de cónyuge viudo presupone la existencia de un matrimonio que subsiste al fallecer el consorte. Así se deduce de los artículos 834 y 835 que luego examinaremos. Este requisito nos lleva a plantearnos las consecuencias que se derivan de la nulidad del matrimonio, divorcio, separación legal y separación de hecho.

- Nulidad del matrimonio.

Declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, ello supone que tal matrimonio nunca ha existido y que ningún derecho tienen los que contrajeron sobre la herencia del consorte.

Cabe preguntarnos qué sucederá en el caso de matrimonio putativo (es decir, del contraído de buena fe por uno de los cónyuges, al que se refiere el artículo 78). El artículo 79 del Código establece que la declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos "ya producidos" respecto del contrayente de buena fe. Como la legítima del cónyuge viudo no es un efecto "ya producido", sino un efecto posterior, es obvio que el cónyuge viudo no tendrá derecho a la legítima, aunque hubiera contraído el matrimonio de buena fe, luego declarado nulo.

Ahora bien, si el cónyuge hubiera fallecido sin interponer la demanda de nulidad del matrimonio, estimamos que el cónyuge supérstite que hubiera contraído matrimonio de buena fe tendrá derecho a la legítima, pues la acción de nulidad es personalísima y no se transmite a los herederos.

- Divorcio.

Como la declaración judicial del divorcio produce la extinción del vínculo matrimonial, a partir de la misma no puede hablarse ya de cónyuges sino de ex-cónyuges y, por lo tanto, no cabe hablar de la legítima del cónyuge viudo. Cosa diferente será a efectos de pensiones en la Seguridad Social, existiendo una normativa específica sobre la cuestión<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Muerteysupervivencia/RegimenGeneral/Viudedad/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Muerteysupervivencia/RegimenGeneral/Viudedad/index.htm)

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

- Separación legal y separación de hecho.

El vigente artículo 834 del C.C. dice que: "*El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o, de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*"; y

el artículo 835 señala que: "*Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el art. 84 CC, el sobreviviente conservará sus derechos.*" (redacción dada a ambos preceptos por la Ley de 8 de julio de 2005).

De estos preceptos se deduce que tanto en el supuesto de la separación declarada judicialmente como en el de la separación de hecho, los cónyuges pierden sus derechos legitimarios; pero el cónyuge separado tendrá derecho a la legítima si antes de la muerte de su consorte, hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación<sup>54</sup>. Parece que pierde el derecho incluso en el supuesto de separación impuesta unilateralmente por el otro cónyuge premuerto<sup>55</sup>.

- Contenido cualitativo del usufructo viudal.

La posición del viudo viene determinada por las siguientes características:

1.-Es partícipe de la comunidad hereditaria porque, como dijimos anteriormente:

- Está legitimado activamente para promover la partición.
- Sin su concurso no puede verificarse la partición en tanto no se le hayan satisfecho sus derechos.

---

<sup>54</sup> Tras la reforma operada en esta materia por la Ley de 13 de mayo de 1981, se produjo una desarmonía entre los diversos preceptos que regulaban los derechos legitimarios del cónyuge viudo (artículos 834 y 945). La doctrina ponía de relieve que al establecer el artículo 945 que no tendría lugar el llamamiento al cónyuge sobreviviente cuando estuviera separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que costase fehacientemente, resultaba evidente que el cónyuge separado de hecho carecía de derechos para suceder abintestato al cónyuge premuerto. Sin embargo, y con respecto a la sucesión legitimaria, el artículo 834 decía que el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurría a la herencia con hijos o descendientes, tendría derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Este precepto, pues, no preveía el supuesto de la separación de hecho como causa de pérdida de los derechos legitimarios. La posible antinomia entre estos preceptos suscitó una amplia polémica en la doctrina. Hoy la polémica esta acallada; pues el artículo 834 hace ya referencia a la separación de hecho y dispone que: "*El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o, de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*".

<sup>55</sup> El tema puede ser polémico si hay "abandono". Está claro que quien abandona nada debe percibir de su consorte. Y ¿a la inversa? Es más dudoso que la víctima del abandono nada debiera percibir de su consorte (padre que abandona a sus hijos y los deja con su cónyuge), pero el texto del artículo no establece distinciones.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

- No puede realizar funciones de contador-partidor, pues es un interesado.

2.- Como usufructuario legal:

- El viudo está exento de prestar fianza, salvo que contraiga ulterior matrimonio (Art. 492 del Código Civil).
- No se extingue por el posterior matrimonio del viudo.
- Este usufructo es enajenable e hipotecable (Art. 108.2 LH); cabe usufructo sucesivo.

### 4.3 Configuración de la legítima y cuantías

#### a) Configuración de la legítima

En primer lugar, hay que hacer alusión al carácter intangible de la legítima hereditaria.

#### Principio de intangibilidad de la legítima

Una vez analizados el concepto y la condición que poseen los legitimarios hemos de comentar la existencia de un principio que es una característica fundamental de esta institución: el de su intangibilidad, que impide que se le pueda privar de la misma sin justa causa, lo cual nos lleva a pensar en la imperatividad de la legítima.

En este sentido, no cabe duda del carácter imperativo de la legítima, de su carácter de orden público y es claro también el respeto que a la misma debe tener el testador, pues así se deduce del propio art 806 CC al afirmar que el testador no puede disponer de ella por haberla reservado la ley a determinados herederos <sup>56</sup>.

Esta intangibilidad impera en nuestro ordenamiento jurídico en un doble sentido, tanto en uno cuantitativo como en uno cualitativo.

1.- La intangibilidad cuantitativa prohíbe al causante que lesione la legítima, de tal manera que se impida percibirla en la cuantía fijada por la ley;

2.- Mientras que la intangibilidad cualitativa obliga al causante a atribuir esa legítima en la forma prevista por la misma ley, no pudiendo atribuirle en un modo que dé lugar a una percepción distinta a la forma o límites establecidos por aquélla. En este sentido, la ley establece que existe un derecho a recibir la legítima en propiedad plena, libre de toda carga y gravamen (art 813 CC), si bien se han establecido algunas excepciones a esto último entre las que se encuentra el usufructo del cónyuge viudo, puesto que los bienes que se dejan al mismo son parte de la legítima y quedan gravados mediante este derecho de usufructo (incluso tenemos *la cautela socini* que establece un usufructo universal a favor

---

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., “La sucesión forzosa”. Estudio sobre las legítimas y las reservas en el Derecho común y foral en Edito.Comares, Granada, 2004, págs. 9 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

del cónyuge viudo). Otras de estas excepciones son: la posibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado judicialmente (art 808 CC)- la cual será analizada con cierto grado de detalle en este estudio-, o la posibilidad de legar un derecho de habitación a aquel legitimario que tenga una discapacidad (art 822 CC).

Por todo lo expuesto, si pensamos hasta qué punto el testador no puede disponer de esa porción que constituye la legítima, podríamos determinar que, en la actualidad, *“lo que admite el Código es que el título de pago cambie -tampoco de manera absoluta- pero no su esencia y efectividad”*<sup>57</sup>, de hecho, el Tribunal Supremo ha establecido que la legítima *“es derecho necesario y por tanto de rigurosa inviolabilidad”*<sup>58</sup>.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a los criterios de clasificación.

#### Criterios de clasificación

Por otra parte, afirma PUIG BRUTAU<sup>59</sup> que existen diversos criterios para clasificar y articular la institución de la legítima:

-Atendiendo a la cuantía pueden ser: cortas, si son inferiores al tercio del haber hereditario, y largas, en caso de ser superiores.

- En cuanto a la finalidad<sup>60</sup> que le otorga la ley: la de conservación en el patrimonio familiar de haber hereditario, en contraposición a aquéllos que pretenden una distribución igualitaria o de cumplimiento de deber tras la muerte (verbigracia, el deber de prestar alimentos).

-En atención a su regulación: la “formal”, que permiten al causante la libre disposición de su herencia, tal y como ocurre en Navarra (siempre y cuando cumpla con unos trámites preestablecidos); la “material”, que supone que no sólo hay que citar al legitimario sino, además, llenar de contenido dicha legítima con alguna atribución; los “mixtos”, como los de derecho Justiniano, y que aglutinan los dos tipos anteriores; y, finalmente, los “materiales con requisitos formales para la validez del testamento”<sup>61</sup>.

- Desde el punto de vista funcional: hemos de distinguir entre la legítima considerada como “prohibición o freno de la libertad de disponer mortis causa”, frente a la consideración de ésta como una “proporción forzosa de la sucesión intestada” o *pars reservata* de los herederos forzosos.

---

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *“La sucesión forzosa”*..., op., cit., p. 11.

<sup>58</sup> STS de 31 de mayo de 1980.

<sup>59</sup> PUIG BRUTAU, J., *“Fundamentos de Derecho Civil”*, volumen V, tomo III, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 9.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *“La sucesión”*... op. cit. págs. 6 y ss.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *“La sucesión”*... op. cit. págs. 6 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

- Desde otro punto de vista, la legítima puede ser individual o colectiva, en usufructo o en propiedad. Salvo en Aragón, donde la legítima es colectiva, en el resto de España es individual. En cuanto a la segunda clasificación, todas las legítimas que ofrece nuestro derecho son en propiedad, salvo la legítima del cónyuge viudo que se atribuye en usufructo en el derecho común y en los forales.

b) Cuantías

#### El caso de los descendientes

Diversas reglas deben ser tenidas en cuenta: en primer lugar, se pueden señalar diferentes tipos de legítima en función del número de hijos; en segundo lugar, se puede adoptar un método por el que se dé un único criterio de distribución que se hará de forma igualitaria; en tercer lugar, podrá establecerse un tipo único permitiendo que, dentro de éste, exista una parte, la mejora, que el padre o madre pueda distribuir libremente a uno o varios de los descendientes (LACRUZ<sup>62</sup> y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>63</sup>). Es este último el que sigue nuestro CC. A colación de esta explicación, debemos citar aquí el artículo 808:

*“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.*

De dicho precepto podemos extraer que la legítima “global o larga” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>64</sup>) está conformada por las dos terceras partes del caudal hereditario. El tercio restante, no formará parte de la legítima, siendo de libre disposición para el causante. A su vez, dentro de la legítima global, podemos distinguir, por un lado, el tercio del caudal hereditario que compone lo que la doctrina considera “legítima rigurosa o corta”, que habrá de ser distribuida a partes iguales entre legitimarios inmediatos (aunque también podrá dejarla el causante a los hijos incapacitados judicialmente, gravada con una sustitución fideicomisaria, tal y como indica el precepto expuesto); el otro tercio constituirá la mejora, que el causante podrá otorgar entre sus descendientes y legitimarios como estime oportuno. En el caso de no realizar dicha distribución, la de la mejora, se sumará a la estricta y, en el supuesto de que no se agote la mejora una vez realizadas las disposiciones señaladas por el testador, la parte no dispuesta engrosará también la legítima estricta.

La distribución se hará por cabezas entre los hijos del causante, y por estirpes sus descendientes de grado posterior.

<sup>62</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., “Elementos”... op.cit., págs. 331-359.

<sup>63</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Volumen IV... op. cit., p. 159.

<sup>64</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Volumen IV... op. cit., p. 159.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

### El caso de los ascendientes

Según el artículo 809: *“Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia”*.

Dispone el artículo 810 que: *“La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales.*

*Si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente.*

*Cuando el testador no deje padre ni madre, pero si ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas.*

*Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra”*.

Según adelantamos, la legítima de los ascendientes es de cuantía variable según los casos del artículo 809.

Otra cuestión sin resolver es qué pasaría si el cónyuge viudo renuncia a su derecho o es incapaz de heredar, ¿supondría esto que la legítima de los ascendientes pasaría a ser de la mitad del haber hereditario?<sup>65</sup>

Finalmente, hay que recordar que por aplicación del artículo 111 CC, hay que excluir entre los ascendientes con derecho a legítima, al progenitor causante cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme y cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

### El caso del cónyuge viudo

La cuantía de la legítima del cónyuge viudo depende de los parientes del cónyuge premuerto con quienes concurra.

#### 1) Concurrencia con hijos o descendientes.

Dispone el artículo 834, que: *“El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o, de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”<sup>66</sup>.*

#### 2) Concurrencia con ascendientes.

---

<sup>65</sup> Autores como ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., sostienen que sí, *“Derecho de Sucesiones Tomo II, 2ª Edición”*, pág. 138.

<sup>66</sup> La reforma de 1981 limitó los derechos hereditarios de los hijos adulterinos en beneficio de la legítima del cónyuge viudo. Pero la Ley de 8 de julio de 2005 ha derogado el párrafo 2º del artículo 837 del C.C. en el que se contenía el trato desigual para los hijos adulterinos que, por lo tanto, ha desaparecido siendo iguales los derechos legitimarios de todos los hijos.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Artículo 837: *“No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia”*.

Bajo la expresión ascendientes han de comprenderse tanto los ascendientes matrimoniales como los extramatrimoniales y adoptivos.

### 3) Concurrencia con otras personas

Dispone el artículo 838 que: *“No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”*.

Es aplicable este precepto cuando en la sucesión testamentaria el cónyuge concurre con uno o varios herederos voluntarios.

En la sucesión intestada, cuando no existan ni ascendientes ni descendientes corresponderá al viudo, en propiedad, la totalidad de la herencia (artículo 944 CC). Concurriendo con descendientes o ascendientes tendrá la cuota usufructuaria.

### 4) Conmutación del usufructo del cónyuge viudo

Hasta la partición, el cónyuge viudo participa en la comunidad hereditaria, como titular, en usufructo, de una cuota del activo del patrimonio relicto.

Una forma de satisfacer la legítima del cónyuge viudo consiste en determinar, en la partición, los bienes concretos que resultarán gravados con el usufructo.

Las peculiaridades del usufructo del cónyuge viudo radican en que no está obligado a prestar fianza mientras no contraiga ulterior matrimonio (artículo 492 del Código Civil) y en que es susceptible de hipoteca, a diferencia de otros usufructos legales (artículo 108.2 de la Ley Hipotecaria).

Pero esta forma de pago no es la única prevista por la Ley. El usufructo viudal es siempre susceptible de ser convertido o conmutado por otras formas distintas de pago.

#### I. Conmutación a instancia de los herederos

El artículo 839 dice que: *“Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, u un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.”*

Sean, pues, quienes sean las personas con quienes el cónyuge supérstite concurra, el derecho de usufructo, que por legítima le corresponde, podrá ser sustituido por otras formas de satisfacción <sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Finalidad del artículo 839:

Para Sánchez Román, se trata de evitar los peligros e inconvenientes que en cuanto a la administración, cultivo y producción de fincas acarrea la desmembración del dominio. Debe facilitarse la libertad de la

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

## II. El supuesto excepcional de conmutación del artículo 840

Establece el artículo 840 que: *“Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.”*

Este artículo no tiene precedentes en nuestro Derecho. Es una novedad introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y su finalidad consiste en evitar que el cónyuge viudo mantenga relaciones permanentes de usufructo y propiedad con los hijos de su consorte. Por eso, se le permite exigir que su derecho sea satisfecho mediante la asignación de un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, excluyendo la renta vitalicia y los productos de determinados bienes, puesto que estas dos últimas fórmulas implican relaciones permanentes de acreedor y deudor.

### 4.4 Naturaleza

Aunque existen múltiples criterios para exponer esta materia, nosotros vamos a centrarnos en uno que no ofrece discusión en la doctrina, que es el que estudia la naturaleza jurídica de la legítima basándose en el contenido del derecho. No aportaría nada nuevo si me limitase a enunciar las clases de legítima que todos conocemos sin más, pero sí que considero interesantes, las pinceladas que voy a dar a continuación sobre cada una de las formas que han tenido un cierto calado en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo, en aras de valorar cuál es el que más se ajustaría a nuestras necesidades. Siguiendo a Lacruz<sup>68</sup> podemos distinguir las siguientes clases de legítima:

#### i. LA LEGÍTIMA PARS HEREDITATIS

Hay que recordar que es la que atribuye al legitimario la condición de heredero. El legitimario tiene derecho a una parte alícuota bruta de la herencia, tanto en el activo como en el pasivo, respondiendo, por tanto, de las deudas y cargas de la herencia. Es coheredero. Es la que suele calificar al legitimario como heredero forzoso. Contrarrestando esta tesis, se dice que el legitimario no puede ser considerado como heredero por las siguientes causas:

1. El testador no está obligado a instituir heredero al legitimarlo, sino a dejarle *“por cualquier título lo que por legítima le corresponda”* (art. 815 CC); por tanto, si

---

propiedad y la circulación de la riqueza como factores determinantes del bienestar social.

De la Cámara, dice que la potestad de conmutación obedece a razones predominantemente objetivas. La Ley concede la facultad a los herederos; pero no hay base para sostener que lo haya hecho porque presume que la voluntad del causante sea favorable a que gocen de la triple opción que el artículo 839 les ofrece.

Gullón señala como la posible concurrencia del viudo con quienes no sean parientes de sangre suyos, justifica la posibilidad de éstos de excluir a aquél de la comunidad hereditaria.

<sup>68</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *“Elementos”* ... op.cit., pág. 316.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

puede dejarle su legítima por medio de legado o donación *inter vivos*, no se comprende cómo puede recibir la calificación de heredero.

2. El legitimario tiene derecho a una parte alícuota de la herencia, pero no de la herencia bruta, sino líquida (una vez deducidas las deudas y cargas); luego si no responde por su sólo llamamiento legitimario de la herencia no es heredero.
3. Otro argumento es que al legitimarlo no se le puede oponer la "*doctrina de los actos propios*", según la cual nadie puede ir contra los actos de su causante a título de herencia, puesto que puede impugnar los actos de éste que lesionen su legítima<sup>69</sup>.

Esta teoría, defendida por autores como PEÑA BERNALDO QUIRÓS<sup>70</sup>, considera la legítima como una parte de la herencia, por lo que el legitimario es "un heredero", teniendo derecho a una parte alícuota del activo y del pasivo de la herencia. Esta postura tiene su base en que el CC considera al legitimario como heredero forzoso (artículos 806, 807, 8013, 817, 821, 826, 1.035 y 1.036). La crítica viene a raíz del argumento de que el testador no estará obligado a instituir heredero al legitimario, ya que sólo está obligado a dejarles por cualquier título lo que les corresponda por legítima (art. 815 CC) además de que la legítima puede ser satisfecha por vía de legado o, en vida, con la donación.

## ii. LEGÍTIMA PARS BONORUM

Es la que atribuye al legitimario una cuota de bienes o una parte alícuota de la herencia, el legitimario viene a ser condómino o cotitular de los bienes relictos, juntamente con los herederos del causante. Por tanto, las deudas hereditarias le afectan (ya que la legítima es una cuota del activo hereditario líquido), pero no responde personalmente de ellas. El legitimario es cotitular de todo. Es lógico que esta forma de configuración dé mucha seguridad al descendiente sobre lo que le corresponde en la herencia. De ahí que sean muchos los que todavía aboguen por su mantenimiento en el derecho común. Esta concepción de la legítima como pars bonorum es la que considera la doctrina mayoritaria moderna recogida en la regulación del Código Civil, citando entre otros muchos el art. 806, que parece recogerla literalmente al decir que la legítima

---

<sup>69</sup> Como pone de relieve la civilista Teodora F. Torres García en su Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo II, edición 2016: "*ni todo legitimario es heredero, ni este tiene que coincidir necesariamente con aquél, sino que solo será heredero si el testador así lo ha querido (arts. 815 y 763 CC) o bien porque lo es abintestato (arts. 913 y 930 CC). Así se destaca en la STS 20-6-1986 (RJ 1986, 4558), donde se pone de relieve que el legitimario no ha de ser necesariamente heredero pues en nuestro Derecho no es obligatoria la institución de heredero (art. 764 CC) ni esta ha de recaer necesariamente a favor de heredero forzoso, en cuanto que estos solo tienen derecho a legítima (STS 17-7-1996 [RJ1996,5800])*".

<sup>70</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en su artículo "*Nota final a la naturaleza de la legítima*" en ADC, abril-junio 1986.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

es "la porción de bienes"; el art. 808, al hablar que constituye la legítima de los hijos y descendientes "las dos terceras partes del haber hereditario", etc....<sup>71</sup>

Asimismo, esta legítima es la que recoge el Código de Derecho Civil Balear para Mallorca y Menorca, con los mismos efectos que hemos visto para el Derecho Común.

### iii. LEGÍTIMA PARS VALORIS BONORUM

Es la que atribuye al legitimario, no sólo derecho a una parte del valor de la herencia, sino que, además, recae la afección real sobre todos y cada uno de los bienes que la componen. Esta legítima afecta como un gravamen real a todos y cada uno de los bienes de la herencia, que recae sobre los mismos y asegura la percepción por el legitimario de una parte del valor de la herencia. Supone un paso más en la concepción de la legítima como derecho de crédito, pero lo cierto es que sólo subsiste en Ibiza y Formentera.

La legítima pitiusa es del tipo *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*<sup>72</sup>. Sin embargo, ninguna regla general contiene el Código Balear de que la legítima deba satisfacerse en estas islas en bienes de la herencia (*qua in specie*), sino que el art. 81 se limita a establecer que el heredero o sucesor contractual puede satisfacer el importe de la legítima en dinero, aunque no lo haya en la herencia, siempre que el testador o instituyente no hubiese dispuesto lo contrario.

Por su parte, el legitimario ostenta un derecho de crédito cuyo importe se cifra en una parte del valor de los bienes hereditarios, garantizado con una afección real que grava dichos bienes. Son, por tanto, características del legitimario en este caso las siguientes:

- a) No es un heredero ni un copropietario de los bienes hereditarios.
- b) No tiene acción de petición ni de división de herencia (ex art. 82).
- c) No tiene derecho de retracto en caso de que el heredero venda bienes hereditarios (art. 82.3), ni en caso de cesión del derecho a la legítima por un legitimario a un tercero que no lo sea (art. 82.2).

Por otro lado, ROCA SASTRE<sup>73</sup> afirmaba que el legitimario es titular de "un derecho real de realización de valor", es decir, sería titular de la parte del valor

---

<sup>71</sup> La tesis de la *pars bonorum* (la que sigue nuestro CC) significa que el legitimario tiene derecho, en general y en principio a recibir su legítima en bienes de la herencia. Es decir, que debe ser pagada *in natura*, con los mismos bienes de la herencia. Sin embargo, existen supuestos, como sabemos, en que los puede pagarse en metálico o dinero extra hereditario: arts. 841-847, 821, 829, 1056 CC... A pesar de ello, la doctrina mayoritaria considera que no ha variado su naturaleza jurídica.

<sup>72</sup> TORRES GARCÍA, TEODORA F. en su "Tratado de Derecho de Sucesiones"..., op.cit., págs. 634 y 635.

<sup>73</sup> ROCA SASTRE, R.M., "Naturaleza jurídica de la legítima". Revista de Derecho Privado, 1944.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

económico de los bienes de la herencia, debiendo satisfacer tal valor en bienes hereditarios in natura (y no en dinero) siguiendo las reglas de división de la herencia y gravando el patrimonio hereditario.

#### iv. LA LEGÍTIMA PARS VALORIS

Es la que atribuye al legitimario un simple derecho de crédito, puramente personal, a pagar en dinero, por el importe de su legítima. El legitimario no es ni heredero ni legatario sino titular de un derecho de crédito. El importe se calcula sobre el valor que tengan los bienes hereditarios a la muerte del testador, previa deducción del pasivo.

Ésta es la solución que recogen el Código Civil catalán y la Ley de Derecho Civil de Galicia, tras una de sus últimas reformas. Parece, por tanto, que cada vez resulta más útil en la práctica designar heredero y que éste se encargue del pago a los demás en metálico. El día a día de los despachos notariales y registrales en esos territorios forales se ve dinamizado por esta posibilidad.

Esta postura, mantenida por el CC alemán y defendida en España por autores como DE DIEGO, equipara la legítima a un derecho de crédito y al legitimario a “un acreedor de la herencia” (por lo que el legitimario no es sucesor mortis causa). Por tanto, el legitimario tiene un derecho de crédito personal frente a la herencia por la legítima.

En el caso de Cataluña<sup>74</sup>, la legítima como *pars valoris* significa que los legitimarios carecen de legitimación para exigir el pago en bienes hereditarios, sino que sólo son acreedores de un valor. Este derecho de crédito, a diferencia de lo que ocurría en la Compilación, no goza de ningún tipo de garantía o afección real. Por otra parte, y según se desprende del art. 451.15 del CCCat, la legítima, en sí misma, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, sino que sólo cabe la anotación preventiva de la demanda y del legado. Además, el heredero es quien decide, en última instancia, cómo se paga la misma: si en dinero, aunque no lo haya en la herencia o en bienes relictos (art. 451-11). Otra consecuencia de interés es que los legitimarios, al no ser herederos, por el mero hecho de ser legitimarios carecen de legitimación para promover judicialmente la partición de la herencia<sup>75</sup>.

#### v. LEGÍTIMA PURAMENTE SIMBÓLICA

---

<sup>74</sup> TORRES GARCÍA, TEODORA F. en su “*Tratado de Derecho de Sucesiones*”..., op.cit., pág. 551.

<sup>75</sup> SAP Girona, Secc. 2ª., 12 de noviembre de 2007 (JUR 2007, 77319).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Es aquella que obliga a hacer una atribución cualquiera al legitimario, aunque no tengan valor real. De ahí que algunos la consideran como forma de auténtica desheredación. En este sentido, se pronuncia la Ley 267 CN<sup>76</sup>.

Sobre la base de esta norma, construye el derecho navarro todo su derecho de sucesiones con base en el principio de libertad absoluta de testar. Tras recoger el contenido y la significación de la legítima, fija en su segundo inciso la configuración jurídica interna de la institución, concretando además alguna cuestión que ya se había suscitado en la jurisprudencia respecto a la posición jurídica del legitimario. Así, tras afirmar la carencia de contenido patrimonial alguno, y ser una atribución puramente honorífica y formularia, el precepto niega la cualidad de heredero del legitimario (STS 2 de enero de 1946) y en consecuencia no le hace responsable de las deudas y obligaciones de la herencia, a la vez que le priva de legitimación para interponer las acciones propias del heredero, especialmente la de petición de herencia (Ley 324 CN y STS 17 de febrero de 1927), la de partición o división (Ley 331 CN), o la declarativa de la cualidad de heredero (Ley 324 CN).

#### vi. OTRO ENFOQUE: LEGÍTIMA COLECTIVA

Como adelantamos, lo habitual en nuestro derecho es que la legítima sea individual, salvo en el derecho de Aragón donde se instauró de manera definitiva una de las opciones para configurar la naturaleza de la legítima que se plantearon en la etapa codificadora, la de la legítima colectiva, que puede distribuirse libremente entre cualquier legitimario y que actualmente se consagra en el art. 486 de la Ley de Derecho Civil de Aragón<sup>77</sup>.

De este precepto, resulta que ninguno de los descendientes del causante tiene un derecho individual a la legítima, sino que, el titular de este derecho es el colectivo de los descendientes, y en mayor grado, los legitimarios de grado preferente. Esto permite que, en cierta medida, se agrande y flexibilice la institución de la legítima en Aragón en favor de descendientes de cualquier grado del causante (y no sólo hijos), lo que, en la práctica, vendría a operar como una forma de mejora.

---

<sup>76</sup>“La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye, la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero”.

<sup>77</sup> Art. 486. Legítima colectiva.

“1. La mitad del caudal computable debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios. 2. 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 o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente”.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

La libertad del causante o su fiduciario de distribuir libremente entre los descendientes bienes que cubran el importe de la legítima está implícita en el concepto de legítima colectiva, pero ello no supone que la facultad de libre distribución en este caso se haya convertido en absoluta: la distribución de los bienes ha de respetar, obviamente, los límites legales que derivan de la regulación de la intangibilidad, cuantitativa y cualitativa, de la preterición no intencional, de la desheredación, así como el derecho a alimentos. En otro caso, los legitimarios podrían ejercitar las acciones correspondientes en defensa de sus derechos <sup>78</sup>.

La legítima aragonesa, además de ser colectiva, es un derecho sobre los bienes relictos del causante, es *“pars bonorum”* (art. 497.1 CDFR).

#### 4.5 Algunas facultades especiales de los legitimarios

El trato que recibe el legitimario en el art. 806 CC produce, en líneas generales, las siguientes consecuencias:

*A) La participación del legitimario, aunque no sea heredero, en la entrega de legados.* Como regla general, en nuestro Derecho los legatarios no pueden ocupar por propia autoridad la cosa legada pues es necesaria la entrega por el heredero o por el albacea autorizado por el testador (cfr. art. 885 CC). La legítima impone la intervención de los legitimarios en la entrega de los legados, aunque no hayan sido instituidos como herederos. Se trata de asegurar de este modo que el legado no suponga un perjuicio para el legitimario<sup>79</sup>. Esta doctrina, que se debe estimar correcta, se fundamenta jurídicamente en la concepción legal de la legítima como «porción de bienes» y en la calificación del legitimario como heredero.

*B) La situación del legitimario en la herencia, con independencia del título que le haya otorgado el causante.* Además del dato anterior, hay otros que apoyan que la cuota reservada por la ley al legitimario le coloca en una posición similar a la del heredero, aunque no haya sido instituido como tal. A ello apunta con claridad el art. 14 LH según el cual el título de la sucesión hereditaria no servirá para inscribir en el Registro bienes y adjudicaciones concretas sin que se hayan determinado en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que se adjudiquen a cada heredero. La única excepción, en la que bastaría el título de la sucesión para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante, es el supuesto de heredero único, cuando tampoco exista ningún interesado con derecho a legítima. Por tanto, si junto al heredero único existiera un legitimario se

---

<sup>78</sup> TORRES GARCÍA, TEODORA F. en su *“Tratado de Derecho de Sucesiones”*..., op.cit., págs.493 y 494.

<sup>79</sup> Esta clásica solución sigue presente en las recientes RRDGRN 13 enero 2006 (RJ 2006, 645), 9 marzo 2009 (RJ 2009, 1861), 6 marzo 2012 (RJ 2012, 6149), 12 junio 2014 (RJ 2014, 4616) y 4 julio 2014 (RJ 2014, 4479); esta última repite la argumentación, aunque en este caso el legitimario sí estaba instituido heredero, pero no intervino en la entrega).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

produciría una situación de comunidad hereditaria, es decir un caso de concurrencia a la sucesión universal de dos o más interesados.

De la jurisprudencia, se deduce que deben también participar en la comunidad todos aquellos que tienen un derecho a cuota (así STS 14 julio 2008 [RJ 2008, 3361], con relación al legatario de cuota y RDGRN 29 diciembre 2014 [RJ 2015, 154], específicamente referida al caso de legitimarios a los que se lega en testamento su legítima estricta); lo cual justifica que un legitimario que sea simple legatario o donatario pueda participar en la comunidad hereditaria, para defender su derecho (debe, por ejemplo, consentir en las enajenaciones de bienes de la herencia, aunque no haya sido instituido heredero: STS 8 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3673]) y para determinar la masa de cálculo de la legítima, aunque finalmente se llegue a la conclusión de que nada debe percibir de la herencia. En este último caso, la posición del legitimario es similar a la del heredero que no recibe nada a resultas de la colación, a causa de la existencia de deudas hereditarias o por la necesidad de satisfacer los legados. En este sentido, se habla correctamente de que el legitimario, aunque sea simple donatario o legatario, debe consentir la partición convencional<sup>80</sup>.

Se pueden añadir dos más, referidas al derecho balear que en esta materia no presenta diferencias con el común: RRDGRN 13 junio 2013 (RJ 2013, 5440) y 13 febrero 2015 (RJ 2015, 1220). La razón para que se deba actuar de este modo se podría sintetizar así: las operaciones económicas de cálculo de la legítima descritas por el art. 818 CC son de naturaleza particional, necesarias para comprobar si las atribuciones realizadas por el causante son suficientes para la satisfacción de la legítima. Por tanto, el testador solamente podría apartar a un heredero forzoso del ejercicio de estas facultades cuando, por nombrar contador-partidor, prive de las mismas simultáneamente a todos los que tengan interés en la partición. Es esta última la manera que tiene el testador de solucionar el presagiado problema del legitimario que va a colaborar poco con el resto para el cálculo y atribución de su porción. Debe hacerse notar, en consecuencia, que el causante no podría obtener similares efectos a los logrados mediante el nombramiento de un contador-partidor, instituyendo herederos solamente a algunos de sus legitimarios, que serían los únicos facultados para contar y partir. Entendemos que ese efecto llevaría a un conflicto de intereses insalvable: no pueden quedar legitimados para contar y partir solamente algunos de los interesados en esas operaciones; eso es lo que explica que el art. 1057.1 CC prohíba al causante nombrar contador-partidor a uno solo de los coherederos. Lograr el fin prohibido por esta norma de modo indirecto nos parece que sería defraudar las previsiones legales.

*C) El legitimario cuenta con las facultades de determinación, gestión y reintegración de bienes a la masa, porque éstas tienen interés para él en cuanto le permiten controlar la adecuada satisfacción de las deudas de la herencia. Si bien el legitimario no es de modo necesario responsable personal de las deudas, estas sí le*

---

<sup>80</sup> Así, STS 18 octubre 2012 (RJ 2012, 9722); y RRDGRN 25 febrero 2008 (RJ 2008, 2791), 17 octubre 2008 (RJ 2009, 637), 6 marzo 2012 (RJ 2012, 6149), 12 junio 2014 (RJ 2014, 4616), 16 junio 2014 (RJ 2014, 4179) y 3 marzo 2015 (RJ 2015, 5556).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

afectan. Y una gestión negligente de la comunidad hereditaria puede conllevar la pérdida de los legados a causa de las reclamaciones de los acreedores.

Nótese, entonces, que el legitimario legatario no puede ser ajeno a la liquidación de las deudas. Como tampoco lo podrá ser el legitimario donatario, contra quien los acreedores insatisfechos podrían dirigirse a través del ejercicio de la acción pauliana (ex art. 643 CC). Sin embargo, si se lleva a cabo una adecuada liquidación de la comunidad hereditaria, la donación, en la cuantía imputable a la legítima, está fuera del alcance de los acreedores.

Por estos motivos, el interés de los legitimarios es indudablemente parecido al de los herederos, hayan sido o no instituidos como tales por el testador.

*D) En el caso de la partición por el propio testador, queda excluida la situación de indivisión propia de la comunidad, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que la misma tiene efectos inmediatos, en cuanto a la transmisión de la propiedad y de la posesión.*

A efectos registrales los inmuebles serían inscribibles, según esa misma opinión, sin necesidad de acreditar que la partición no produce lesión de la legítima<sup>81</sup>.

Por el contrario, pensamos a efectos de la protección de la legítima, sería preferible entender que el párrafo primero del art. 1056 CC requiere la necesaria constatación, previa a la efectividad de las adjudicaciones, de que el legitimario no resulta perjudicado. Si los legitimarios deben concurrir a la entrega de legados para evitar la dispersión de los bienes, no resulta lógico que esta misma garantía no exista en el caso de que el testador haya realizado la partición de sus bienes. Resulta más coherente estimar que la liquidación de la herencia debe hacerse con el consentimiento de los legitimarios.

En la práctica, además, los pretendidos efectos registrales automáticos no se pueden producir nunca ya que, como sostiene incluso esta última RDGRN 8 enero 2014 (RJ 2014, 1542): *«en todo caso, han de intervenir todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, como operación complementaria de las realizadas por el causante, que es necesaria para la plena virtualidad de la partición a efectos registrales. Sólo si se acreditara que no existen deudas o las asumiera exclusivamente uno de los herederos, podría decirse que no hay perjuicio para los demás herederos cuando unos pretenden adjudicarse los bienes distribuidos por el causante»*. Nótese que el modo de cálculo de la legítima implica siempre tener en cuenta las deudas, que en toda sucesión las hay o puede haberlas, y que el testador casi nunca puede tener en cuenta y prever todas las existentes a su muerte”.

En conclusión: no vemos que en la práctica exista margen alguno para la inscripción directa de las atribuciones particionales del testador sin que intervengan todos los legitimarios, y, por ende, cualquier heredero.

---

<sup>81</sup> Así también lo afirma la RDGRN 8 enero 2014 (RJ 2014, 1542).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Parece, pues, que ciertas facultades del legitimario en la comunidad hereditaria no dependen más que de su condición legal de legitimario. Estas facultades serían: participar en la gestión del caudal como un comunero más; ejercer las facultades posesorias que corresponden a los coherederos; pedir la liquidación de la herencia para la determinación de su derecho; y obtener la atribución de los bienes que como legitimario le correspondan, para lo cual será necesario que aporte su consentimiento a la partición. Evidentemente si el causante dispuso la atribución o partición de sus bienes de un modo determinado, o si ordenó el pago en metálico, el legitimario deberá respetar la voluntad del causante en cuanto no se oponga a su propio derecho.

Para lograr las anteriores finalidades, el legitimario podrá incoar el juicio de división de herencia, aunque esto haya sido debatido en la doctrina. Esta posibilidad no puede quedar impedida ni en los casos de partición por el testador, ni tampoco cuando existen contador-partidor o albacea. Evidentemente, no se trata de ir caprichosamente contra lo dispuesto por el testador, sino de dotar al legitimario de instrumentos eficaces para la defensa de su derecho, siempre preferente en la apreciación de la Ley a la libertad dispositiva del causante (cfr. art. 786.1 LECiv). La partición realizada por el testador, o cualquier otra disposición de éste, se debe mantener si no lesiona la legítima; pero ello no es obstáculo para que el legitimario conserve ciertas facultades sobre el caudal, y pueda utilizar en su defensa dicho juicio.

Puede parecer que se opone a estas consideraciones la STS 2 octubre 2014 (RJ 2014, 4714), que indica que el legitimario no podría solicitar partición alguna ya que se le había asignado un concreto bien para pago de su porción legítima, y entonces la vía declarativa es la adecuada para reclamar sus derechos hereditarios legales y solicitar el complemento de su legítima. No obstante, la afirmación debe entenderse en el contexto del caso: era precisamente la acción declarativa la que se había ejercido ante la evidencia de que existían donaciones disimuladas. Pero si el legitimario hubiera necesitado o preferido ejercer la acción divisoria, que le permite el control y cálculo del caudal no creemos que se le hubiera negado esta posibilidad.

A favor de la legitimación para interponer el procedimiento divisorio existe una abundante práctica jurisprudencial: SSAP Badajoz 17 de junio de 2009 (AC 2009, 1659), Burgos 6 febrero 2012 (AC 2012, 322), Alicante 3 mayo 2014 (AC 2014, 1394), aunque esta última realiza afirmaciones discutibles para el caso del legitimario donatario o legatario, que no eran necesarias para solucionar el supuesto.

## **5. REFORMAS EN DERECHO COMÚN QUE INCIDEN EN LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA**

---

No podemos detenernos en nuestra exposición en todos los supuestos de lesión o quebranto del principio de intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima, ni en todas las reformas que se han producido; algunas de las cuales afectan a la legítima

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

estricta; otras afectan sólo a la mejora; algunas a todos los legitimarios, otras sólo a descendientes (tercio de mejora).

Ahora bien, de manera enunciativa sí que conviene tener en mente algunas de las reformas de esta institución en el derecho patrio, algunas de carácter jurisprudencial y afectando otras al propio texto del CC. Aunque nosotros nos centraremos más adelante en dos de ellas, creo que conviene destacar las siguientes:

- La reforma jurisprudencial conocida como *cautela socini*, sobre la base del art. 820.3 del CC, y en cuya virtud, “*Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador*”.

La doctrina la define como aquella disposición testamentaria en que el testador deja a los legitimarios más de la legítima que les corresponde, pero con una carga o gravamen. A su vez, los legitimarios quedan facultados para elegir entre aceptar la disposición testamentaria con la carga, o la legítima estricta sin gravamen. En el día a día de las notarías es muy frecuente y práctica esta cláusula, que los testadores suelen utilizar para dejar al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia (aunque también puede establecerse en favor de otras personas)<sup>82</sup>.

- La reforma jurisprudencial que reconoce la posibilidad de desheredación por maltrato psicológico. El art. 853.2 CC, incluye como causa de desheredación de los hijos o descendientes respecto del ascendiente: «*haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*». Debe entenderse comprendida también la injuria grave hecha por escrito, precisándose la intencionalidad o *animus injuriandi* de esa causa, sin que pueda encajar en la misma la imprudencia temeraria.

Las injurias graves de palabra completan las conductas de este número segundo del art. 853, estimándose necesaria la intencionalidad o ánimo de injuriar para que prospere como justa causa<sup>83</sup>. Se incide en que ha de concurrir intencionalidad o *animus iniuriandi*, exigiendo una prueba rigurosa para poder basar en dichas palabras la causa de desheredación<sup>84</sup>. En cambio, opera la

---

<sup>82</sup> La cláusula testamentaria suele tener una redacción similar a la que sigue: “*El testador lega a su citada/o esposa/o el usufructo universal y vitalicio de su herencia, relevándole de las obligaciones legales de hacer inventario y prestar fianza, y facultándole para tomar por sí sola/o posesión del legado y ruego a sus herederos que acepten esta disposición, en la inteligencia de que, si alguno de ellos se opusiera, quedará reducida a su legítima estricta su participación hereditaria, acreciendo a los demás el resto de lo que le correspondería de no haberse opuesto; y si fueran todos los que se opusieran lega a su citada cónyuge, en pleno dominio, el tercio de libre disposición, sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria*”.

<sup>83</sup> STS 9-octubre-1975 (RJ 1975, 3583) y, además, la de 26-junio-1995 (RJ 1995, 5117).

<sup>84</sup> SSTTSS 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7930) y 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

desheredación por el mal comportamiento de los hijos<sup>85</sup> si faltan al respeto exigido en el art. 155.1º CC<sup>86</sup>. No obstante, y aunque el precepto se refiere solo a injurias graves “de palabra” también pueden justificar la desheredación las injurias vertidas por escrito<sup>87</sup>. En la esfera del maltrato ha habido una evolución en la interpretación de esta causa de desheredación.

En primer lugar, conviene hacer referencia a la STS 28-junio-1993 (RJ 1993, 4792), que consideró que *«la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia e interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia»*, pero en este caso se consideró, pese a ello, que no constituía causa de desheredación. Era, pues, una desheredación sin causa, y de conformidad con el art. 851 C.C., la participación de la hija en la herencia del padre quedó reducida a su legítima estricta.

Más adelante, nos encontramos con la Sentencia del TS de 26 de junio de 1995, (RJ 1995, 5117) en la que se afirma rotundamente que, para la configuración de la causa del art. 853-2 C.C., no es preciso el empleo de fuerza física sobre el testador (ascendiente). La conducta omisiva del hijo es, en sí misma, maltrato de obra.

Sin embargo, en una interpretación extensiva, la posterior Sentencia de la A.P. de Palencia de 20 de abril de 2001, consideró que era causa de desheredación el ejercicio por el hijo de la testadora de una acción judicial en la que pretendía la declaración de ser propiedad suya un piso que ella habitaba con frecuencia, indicando la sentencia que lo que debía plantearse era si el ejercicio de una acción judicial podía o no ser considerado un maltrato de obra. Por maltrato de obra, debía considerarse toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, en el progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, sin justificación inmediata en la propia actitud del testador.

Esta evolución, aparece hoy completada con las sentencias del Tribunal Supremos de 3-junio- 2014 (RJ 2014, 3900) y 30-enero-2015 (RJ 2015, 639), que han abierto un nuevo horizonte en la interpretación de esta causa de

---

<sup>85</sup> STS 16 de julio de 1990 (RJ 1990, 5886).

<sup>86</sup> STS 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5117).

<sup>87</sup> De gran interés es también la sentencia de la A.P. de Granada de 8 de octubre de 1996 al considerar que no constituía causa legal de desheredación, la falta de relación afectiva y de comunicación entre los hijos y el causante y tampoco el abandono sentimental sufrido por éste, pues «son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia». La interpretación de la norma es, en estas sentencias severa y rigurosa.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

desheredación a los hijos y descendientes, pues según su tenor literal deben ser objeto de una interpretación flexible y ampliadora<sup>88</sup>.

Por último, hay que indicar que la figura del maltrato psicológico tiene su propio reconocimiento en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral de la violencia de género. En consecuencia, no siempre se estima necesario hoy en día el empleo de fuerza física para que haya malos tratos de obra.

- La reforma introducida por la Ley 13 de mayo de 1981, ampliando los supuestos de pago en metálico de la legítima en los arts. 841 a 847 CC. Esta posibilidad se concede sólo al testador en relación con los descendientes y lo que en conjunto conceden estos artículos es una mera opción a favor del adjudicatario/s del total o parte del caudal relicto de elegir (de común acuerdo) entre: aceptar la atribución y su consiguiente carga u obligación de pagar en metálico la estimación de la porción hereditaria de aquéllos a quienes corresponde; o bien renunciar a ella y someterse a las reglas normales de la partición.

Se trata, por lo tanto, de una mera facultad y no de una carga de los herederos llamados en principio a quedarse con los bienes hereditarios (*in natura*). Ahora bien, basta que uno de los hijos/descendientes adjudicatarios se opongan (art. 842) para que la porción hereditaria de los restantes legitimarios deba satisfacerse en bienes hereditarios conforme a las normas que regulan la partición. De ahí, que no se altere la naturaleza de la legítima, que sigue siendo *pars bonorum*.

- La reforma introducida por la Ley 7/2003 de 1 de abril en el art. 1056.2, de la sociedad limitada de Nueva Empresa (que también introduce la posibilidad de pago en metálico de la legítima)<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., “Derecho de Familia”, T. VII, Principios de Derecho Civil, 11ª Edición, págs. 207-209: La propia Sentencia 3-junio-2014 llega a decir que “*la inclusión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra... viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no sólo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho... con una clara proyección en el marco del derecho de sucesiones con el principio del favor testamenti*”.

Y la de 30-enero-2015 habla de que: “*El maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra (...)*”. «Resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices. En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones a favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal».

<sup>89</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M.: «*Los Nuevos Artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Algunas Aplicaciones*», Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, t. I, 2004, pg. 2027; este artículo 1056.2 modificado por la ley de 1 de abril de 2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, permite al testador, que al realizar la partición de la herencia adjudique la explotación económica o el control del paquete de una sociedad de capital o grupo de éstas, disponiendo el

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

- Las que se producen por virtud de la Ley de 18 de noviembre de 2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre; B.O.E. 19 de noviembre) como, por ejemplo:

1.<sup>a</sup>) Se configura como causa de *indignidad* generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el Título VI del Libro I del Código Civil y ello, aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos (art. 756.7 CC)<sup>90</sup>.

2.<sup>a</sup>) Se permite que el testador pueda *gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta*, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (art. 808.3 que en breve estudiaremos).

3.<sup>a</sup>) Se reforma el artículo 822 del Código Civil, dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un *derecho de habitación* realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible. Además, no se computan para las legítimas. Este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste, sobre el derecho de habitación.

4.<sup>a</sup>) Con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge

---

correspondiente pago en metálico al resto de los interesados, siendo su objetivo fundamental mantener indivisa la empresa generalmente familiar, como solución más adecuada a la empresa familiar. Afirma sobre este tema un autor: «*La Exposición de Motivos de la Ley IV-2003 considera que la legislación civil respecto a la sucesión de la unidad productiva ha de dotar de instrumentos al emprendedor que le permitan diseñar la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual... Es claro que... si cuando desaparece el titular de la empresa los hijos no han alcanzado la edad y madurez suficientes para poder saber quien será el idóneo... lógico es que pueda encomendarse al cónyuge la facultad de escoger el heredero, que con mayores garantías de acierto haya de asumir la gestión del patrimonio familiar*».

<sup>90</sup> Merece una especial atención, el hecho de que el artículo relativo a la indignidad, sí que ha sido literalmente modificado, mientras que el 853, relativo a la desheredación, no. Dado el paralelismo entre ambas instituciones y la remisión de una a otra en cuanto a sus causas, por la vía jurisprudencial y doctrinal, esa amplitud que recoge la ley para la indignidad se va haciendo extensiva también a las causas de desheredación, afectando a la doctrina más reciente del Alto Tribunal.

Así, mientras que por el CC la desheredación no está mirada con buenos ojos, poniendo todo tipo de trabas para su aplicación efectiva, por la vía jurisprudencial se va evolucionando hacia una concepción más amplia, incluyendo el maltrato psicológico (cuestión en la que no vamos a entrar, porque daría para otro trabajo: la de la comparativa: indignidad-desheredación).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

supérstite facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

5.<sup>a</sup>) Se introduce un nuevo párrafo del artículo 1.041 del Código Civil a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiéndose por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad».

En todo caso, lo que sí que considero interesante en el presente trabajo es examinar, con más detalle, dos de las novedades que sí que han supuesto un antes y un después en su regulación y que son: los arts. 808.3 y 831 CC, a cuyo estudio pasamos.

## 5.1 Reforma del artículo 808.3 CC por Ley de 18 de noviembre de 2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad

### 5.1.1 Exposición del precepto

El art. 808 fija la cuantía de la legítima de los hijos y descendientes. Este precepto, como acabamos de decir, ha sido profundamente afectado por la Ley de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad», que añade a esta norma un tercer párrafo y pasando a ser el cuarto el anterior p.<sup>o</sup> 3.

Para poder interpretar y comprender mejor esta reforma, parece conveniente exponer primeramente lo que indica el Preámbulo de la citada Ley en lo que en este epígrafe interesa:

*«Son múltiples los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad (...)*

*Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.*

*Esta Ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial».*

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

El p.º 1 del apartado VI del Preámbulo complementa los dos apartados anteriores, al decir: *«Sin embargo, el contenido de la Ley no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas (...)*

Lo que ahora nos interesa de la simple lectura de las palabras que preceden del Preámbulo, es que se ha modificado el rígido principio de la intangibilidad de la legítima ampliando las excepciones previstas en el Código Civil, considerando válidas las sustituciones fideicomisarias sobre el tercio de legítima estricta, siempre que sea fiduciario el hijo o descendiente judicialmente incapacitado, y fideicomisarios los colegitimarios<sup>91</sup>.

Ordena el art. 808, después de la reforma, e incluido el nuevo párrafo 3º:

*«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.*

*Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.*

*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.*

*La tercera parte restante será de libre disposición».*

---

<sup>91</sup> Señala al respecto MUÑOZ ESPADA, E.: *«El objeto de la Ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afición de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. En sí la idea de promover mecanismos que mejoren los medios económicos de las personas con discapacidad a través de aportaciones de carácter privado es sumamente importante en ese equilibrio entre solidaridad pública y solidaridad familiar, el tiempo dirá si este patrimonio que configura la Ley es un instrumento eficaz en la práctica»*, Vid. *«Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad»*, Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, t. II, 2004, pg. 3436. Sobre este parecer señala CUADRADO IGLESIAS, M.: *«Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad»*, Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, t I, 2004, pg. 1134, *«En las postrimerías del pasado siglo y, de manera acusada, en los umbrales del actual, se observa una profunda preocupación a favor de las personas con discapacidad, motivada por el propósito de garantizar su futuro y solventar su asistencia económica. Fruto de tal preocupación es la Ley 41/2003 de 18 de noviembre sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Esta norma tiene como objetivo básico el constituir una masa patrimonial que coadyuve al bienestar de las personas con discapacidad, y distingue claramente tres aspectos, que son destacados en su propia rúbrica y que se corresponden con los tres capítulos que la integran»*, Vid. op. cit., pg. 1134.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Aclara y cierra esta doctrina la norma general sobre intangibilidad de la legítima recogida en el art. 813, que después de la reforma queda con la siguiente redacción:

*«El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.*

*Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».*

Además de estos preceptos específicos introducidos por la reforma, serán también aplicables de forma supletoria los preceptos generales relativos a las sustituciones fideicomisarias en general (art. 781 a 789 CC), siempre que sean aplicables.

A la vista de estas consideraciones, hemos de decir que el legislador, lejos de modificar por completo el sistema tradicional relativo a la protección cualitativa de la legítima, ha optado por realizar una simple modificación singular, consistente en regular un especial tipo de gravamen sobre la misma que vendría a quedar autorizado tras la reforma de los artículos correspondientes del Código Civil.

Esto parece importante y digno de ser destacado: el legislador no viene hoy a autorizar cualquier gravamen de la legítima, sino sólo el que se verifica a través de la institución del fideicomiso, quedando pagados determinados descendientes en su legítima mediante su llamamiento como fideicomisarios.

Se permite, ahora, que los colegitimarios de un incapacitado puedan percibir su legítima a través de una sustitución fideicomisaria en la que ellos serían sustitutos; por tanto, no sucederían en primer lugar, sino tras el fallecimiento del fiduciario (o tras dejar éste de estar incapacitado). Sería este incapacitado quien debe percibir los bienes objeto del fideicomiso, pero, evidentemente, quedando sujeto a «conservar y transmitir» (dice el art. 781 C.C.) dichos bienes a los fideicomisarios<sup>92</sup>.

Creemos acertado lo expuesto en el párrafo anterior, pues, en efecto, el art. 782 comienza con una regla general clara: las sustituciones fideicomisarias, en principio, no pueden gravar la legítima. Este principio admite *dos excepciones*, que dejan muy limitado el criterio expuesto:

1.<sup>a</sup>) Si la sustitución fideicomisaria recayera sobre el *tercio de mejora*, sólo

---

<sup>92</sup> DIAZ ALABART, S. en “*El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*”, revista Aranzadi Civil- Mercantil, nº 3, 2006, págs. 19 y ss. señala que la reforma de la Ley 41/2003 en el ámbito sucesorio relamente no amplía genéricamente la libertad del testador que sigue sin poder disponer libremente de los dos tercios de su herencia. Únicamente le permite, en el supuesto de legitimarios discapacitados o descendientes legitimarios incapacitados, alterar, de diferentes maneras, la cuantía de la cuota legal que corresponderá a unos o a otros. En definitiva, señala esta autora, el testador con legitimarios discapacitados, tiene mayor libertad para distribuir el caudal hereditario entre los colegitimarios.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

podrá hacerse en favor de los descendientes. Esto quiere decir que la prohibición de imponer sustituciones fideicomisarias a la legítima se relativiza con respecto al tercio de mejora, pues si con él puede mejorarse electivamente a los descendientes, es razonable que pueda imponérseles sustituciones fideicomisarias, que redunden en favor también de descendientes del mejorante, incluso viviendo el descendiente intermedio. Así se permitirá mejorar a un hijo gravando su mejora con un sustitución fideicomisaria en favor del nieto.

2.<sup>a</sup>) Si la sustitución fideicomisaria incide sobre el *tercio de legítima estricta*, esa sustitución sólo será válida en la hipótesis de que el beneficiario de ella sea hijo o descendiente judicialmente incapacitado y fideicomisarios los «*coherederos forzosos*». De estas palabras resulta claramente, *a sensu contrario*, que siguen estando prohibidas y por tanto *serán nulas e ineficaces* las sustituciones fideicomisarias que se pretendan hacer sobre dicho tercio de legítima estricta en favor de hijos y descendientes no declarados judicialmente incapacitados. En este caso, a diferencia de otros regulados en la Ley, como se aclara a través de una nueva Disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiario, y no la minusvalía del mismo en el grado establecido en el artículo 2.2 de la Ley.

Analicemos a continuación, el párrafo tercero, del art. 808 CC, distinguiendo los distintos elementos que aparecen:

### 5.1.2 Elementos personales. -

Intervienen el testador, legitimario-fiduciario y los coherederos forzosos.

- a) El testador debe ser padre, madre o ascendiente y respecto de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.
- b) El legitimario-fiduciario debe ser un hijo o descendiente (matrimonial, extramatrimonial o adoptivo) y, además, estar judicialmente incapacitado<sup>93</sup> (es decir,

---

<sup>93</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. en “*El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*”; Revista Jurídica del Notariado, enero-marzo 2005; págs. 137 y 138), da un paso adelante al mantener que se debe ir más allá, al decir que: en esta materia lo relevante debe ser que la pérdida de la capacidad de autogobierno opere ya en el momento de abrirse la sucesión, con independencia de que exista o no sentencia de incapacitación o se haya iniciado o no con anterioridad este procedimiento. Por tanto, bastaría para entender que el fideicomiso es válido que el procedimiento de incapacitación, aun iniciado después de la apertura de la sucesión, acredite que en ese momento ya operaba la causa de incapacidad. Nos parece que ésta es la solución que mejor corresponde a una norma de carácter protector como la que comentamos.

En similar sentido se manifiesta GÓMEZ GÁLLIGO (“La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”) al decir: «Pero nada obsta que se imponga con carácter condicional, esto es, sujeta a la condición de que se produzca al incapacitación en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión; el inconveniente en tal caso, es el mismo que en cualquier supuesto de institución condicional, cual es que habrá que poner la herencia en administración hasta que se cumpla la condición o haya certeza de que la condición se va a cumplir (art. 801 C.C.)». También se ha dicho que si en el

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

es necesario que haya recaído sentencia firme de incapacitación), con independencia de *que* la incapacitación *sea* total o parcial, anterior o posterior al testamento del testador (aunque siempre antes de su fallecimiento). La incapacitación judicial es un requisito esencial ("*conditio iuris*") para su validez.

c) Tanto los fideicomisarios (coherederos forzosos) como el fiduciario deben ser legitimarios efectivos.

Otras cuestiones que resuelve RIVAS MARTÍNEZ, J.J.<sup>94</sup>, con gran claridad son las siguientes:

\* ¿Qué ocurre si el fiduciario recupera la capacidad?

La herencia o legado fideicomitido harán tránsito a los fideicomisarios, pues el fideicomiso se tendrá por no puesto respetándose y manteniéndose, por lo tanto, la distribución normal de la legítima.

\* ¿Qué ocurre si el fiduciario fallece antes que el testador?

Al faltar el presupuesto de cualquier sucesión *mortis causa*, queda sin efecto la cláusula fideicomisaria y se mantendría el orden ordinario de la distribución de la legítima.<sup>95</sup>

\* ¿Qué sucede en caso de premoriencia y renuncia de alguno/todos los fideicomisarios al testador?

Los fideicomisarios son sustitutos directos del fiduciario instituido, pero no son sustitutos entre sí. Como consecuencia:

- Si un fideicomisario premuere al causante, le suplen sus propios descendientes en calidad de legitimarios por derecho de representación;
- En caso de renuncia, según el art. 985.2 CC, sucederán en la legítima los coherederos "por derecho propio y no por derecho de representación";
- Ahora bien, si renuncian después de la apertura de la sucesión todos los legitimarios llamados como fideicomisarios, se extingue la sustitución fideicomisaria<sup>96</sup>.

---

momento de testar ha comenzado el procedimiento de incapacitación sería posible establecer ese fideicomiso sometido a la condición de que realmente el fiduciario resultara finalmente incapacitado.

<sup>94</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J., en su manual "*Derecho de Sucesiones Común y foral*", Tomo II, Dykinson, Madrid, 2009.

<sup>95</sup> En esta hipótesis, cabría plantearse si jugaría o no el derecho de transmisión en favor de los herederos de los fideicomisarios. En principio, dado el carácter excepcional de este gravamen sobre la legítima, cabría entender que no procedería este *ius transmissionis* en este caso, pero no deja de ser una cuestión que plantea ciertos interrogantes.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

\*¿Es posible, establecer el fideicomiso por un plazo determinado?

Dado que el CC no establece limitación alguna, entendemos que sí.

### 5.1.3 Elementos reales. –

a) La sustitución fideicomisaria del 808.3 puede gravar tanto la totalidad del tercio de legítima estricta como sólo parte de él. Depende de la voluntad del testador (ley suprema en este caso).

b) Se discute si la sustitución fideicomisaria se extiende también a la cuota de legítima estricta del incapacitado, de manera que a su muerte también estos bienes deban pasar a los fideicomisarios:

Aunque la cuestión no es pacífica, la tesis dominante parece ser la afirmativa, ya que estiman que deben armonizarse los intereses en juego y así, no sólo beneficiaría al legitimario incapacitado, sino también a los demás legitimarios. La utilización de la facultad prevista implicaría para ellos una cierta mejora al fallecer el incapacitado o recuperar éste la plena capacidad<sup>97</sup>.

### 5.1.4 Elementos formales. –

Esta sustitución fideicomisaria sólo podrá constituirse en testamento incluido el ológrafo, pero es recomendable que sea el notarial abierto.

### 5.1.5 Otras cuestiones -

➤ ¿Cabe constituir en el ámbito del art. 808?3 cc un fideicomiso de residuo? -

---

<sup>96</sup> Ahora bien, con este planteamiento, quedaría abierta otra cuestión y sería la siguiente: al extinguirse en el caso expuesto la sustitución fideicomisario, cabría interpretar que el fiduciario pasaría a asumir el 100% de la legítima. Pero, ¿quién sustituiría a éste si no pudiera recibir esos bienes?

<sup>97</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., en su artículo “*La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad*”, de la revista Actualidad Civil nº 4 de 2004, pág. 364 parece no sostener la postura de Rivas Martínez y considera que el dato de que la Ley 18 de noviembre de 2003 permita establecer una sustitución fideicomisaria en el tercio de legítima, pero no diga que esa sustitución grave al legitimario fiduciario (incapacitado judicialmente) unida a la finalidad de la reforma, que no es otra que la de favorecer al legitimario incapacitado, lleva a esta autora a entender que los bienes objeto de sustitución fideicomisaria no han de ser todos los que integren en tercio de legítima, queda excluida del gravamen la legítima del fiduciario.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Aunque el CC no impone limitación alguna, creemos que no porque la institución podría convertirse así más que en un gravamen sobre legítima estricta, en una verdadera desheredación para los coherederos forzosos. Al ser el párrafo 3° del art 808 un supuesto excepcional, parece lógico inclinarse por una interpretación restringida, que cause el menor perjuicio posible a los colegitimarios gravados con sustitución fideicomisaria<sup>98</sup>.

➤ Derechos y obligaciones del fiduciario. -

Sólo vamos a destacar en este trabajo que tiene facultades dispositivas con las debidas cautelas (es decir, interviniendo el tutor para los actos que determine la ley o la sentencia de incapacitación), y siempre para cumplir diligentemente el deber de "conservar" y las obligaciones de hacer inventario y prestar fianza.

En definitiva y a modo de conclusión, las modificaciones de la ley permiten que el testador pueda disponer de los bienes que integran la legítima a favor del legitimario con discapacidad en detrimento o perjuicio de la legítima que le corresponde por ley a los otros legitimarios<sup>99</sup> y aunque parece advertirse del espíritu de la misma que el sistema de legítimas aparezca intacto por lo menos en la cuota que le corresponde a los legitimarios que continúa la línea del esquema tradicional, sí afecta su carácter intangible que constituye uno de los principios rectores de esta institución.

## 5.2 Reforma del art. 831 CC

### 5.2.1 Exposición del precepto

Como vimos, esta norma también fue fruto de la reforma de la Ley de 18 de noviembre de 2003, a fin de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se conceden al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un

---

<sup>98</sup> En este mismo sentido se pronuncia RIVERA ÁLVAREZ, J.M, en su artículo “*La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial del las Personas con Discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes*”, en el “Libro homenaje al profesor Albaladejo García”, Tomo II, págs. 4185 y ss. Cuando dice que: “Al hablar esta Ley de 2003 tanto en su Exposición de motivos como en su articulado de dicha posibilidad como una *carga o gravamen*, se debe concluir que no podrá afectar una cláusula de residuo a la legítima estricta de tal modo que suponga la pérdida de los derechos legitimarios por cuanto supondría considerar ésta como una expectativa de derecho y no como un derecho privadamente dicho”.

<sup>99</sup>Advierte DÍAZ ALABART, S.: «*La intangibilidad de la legítima se rompe respecto de los colegitimarios del discapacitado*», Vid. op. cit., pg. 2.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad <sup>100</sup>. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

Ahora bien, la modificación del art. 831, es una norma de carácter general y puede hacerse uso de ella tanto si son discapacitados como si son incapacitados, en cualquier forma. No requiere ni incapacitación judicial ni discapacidad alguna declarada en sede administrativa.

El artículo 831 queda con la siguiente redacción:

*«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.*

*Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.*

*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.*

*2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.*

*3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos.*

*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de*

---

<sup>100</sup> La Ley de Protección patrimonial de personas discapacitadas, contempla bajo su manto diferentes posibilidades de aplicación. Así, de las modificaciones que examina, las que se refieren a indignidad, al legado de derecho de habitación y a la colación, basta para que se apliquen con que estemos ante una persona discapacitada en el sentido del art. 2 de la Ley; mientras que la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria, la ley la *limita exclusivamente* al supuesto de personas judicialmente incapacitadas.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

*participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.*

*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.*

*4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.*

*Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.*

*5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.*

*6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí».*

Son cuestiones llamativas de esta norma:

- a) Que es una reforma de carácter general y puede hacerse uso de ella tanto si las personas a las que se aplique son discapacitadas como si son incapacitadas o si no les afectan ninguna de estas circunstancias. No requiere ni incapacitación judicial ni discapacidad alguna declarada en sede administrativa.
- b) Se reafirma la conclusión de que el precepto es una excepción al principio general de que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro.
- c) En cuanto a cuál es la figura que se implanta en el art. 831, debe tenerse en cuenta que el precepto no utiliza ni emplea la palabra comisario, ni fiduciario. Se limita, con palabras muy difusas, a decir sólo que «podrán conferirse facultades al cónyuge».

A pesar de esta indefinición calculada del Código Civil, existe unanimidad doctrinal al considerar a esta figura o institución como de tipo fiduciario de naturaleza singular, que se caracteriza por ocupar el delegado la misma posición jurídica del causante-testador.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

La redacción del nuevo art. 831 nos recuerda la figura de la fiducia aragonesa (arts. 439 a 463, “Código de Derecho foral de Aragón”. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y con ello se ha ampliado (y mucho) el campo real de actuación del art. 831.

Como elementos interpretativos deben tenerse en cuenta, en lo que pudieran ser aplicables, los criterios de los textos jurídicos de las demás legislaciones forales p. ej.: en Baleares, la figura del «*Distribuidor*»<sup>101</sup>; en Cataluña, la *designación de heredero por el cónyuge o por el conviviente* y la *designación de heredero por los parientes y herencia de confianza*<sup>102</sup>; en Navarra, los *fiduciarios-comisarios y herederos de confianza*<sup>103</sup>; y, en el País Vasco, *el poder testatorio*<sup>104</sup>.

Se califica, en definitiva, por muchos autores como RIVAS MARTÍNEZ<sup>105</sup>, como un texto farragoso sobre el que todavía no tenemos pronunciamiento firme del Tribunal Supremo, aunque sí una SAP de Madrid de 30 de diciembre de 2015 (que luego estudiaremos). Otros en cambio defensores de los avances foralistas en este ámbito, lo consideran de gran utilidad y un gran avance en materia de legítima.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que el nuevo texto haya sido introducido al abrigo de una ley que poco tiene que ver con su estricto texto y contenido. Parece como si el legislador hubiera querido aprovechar la Ley protectora de los discapacitados para realizar la reforma del precepto, aunque en él no se contemple o aprecie directamente rasgo alguno de ese amparo patrimonial de los discapacitados. Por eso, quizás, el Preámbulo de la nueva Ley se preocupa de decir algo que justifique la presencia del art. 831 en ella, aunque reconociéndose en el mismo que el precepto es una nueva figura de protección patrimonial *indirecta* de los discapacitados.

Esta norma (art. 831), por lo demás de redacción muy poco clara no puede modificar el conjunto de preceptos sucesorios, sino que su interpretación ha de quedar, siempre supeditada al efectivo encaje dentro de las disposiciones vigentes del Código Civil, debiendo adelantarse, desde ahora, un principio fundamental, no modificado, como es: que la voluntad del testador, ley de la sucesión, queda en todo supuesto postergada por las reglas de derecho imperativo, como son, por ejemplo, las relativas a

---

<sup>101</sup> Arts. 18 a 23 de la Compilación de Derecho Balear.

<sup>102</sup> Libro IV CCcat, Ley 10/2008, arts. 424-1 a 424- 10.

<sup>103</sup> Leyes 281-288 y 289-295 respectivamente de la CN.

<sup>104</sup> Ley 5/2015, de 25 de junio del Derecho Civil Vasco.

<sup>105</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J.,” *Protección y pago de la legítima estricta en el art. 831 Cc*”, La Buhaira, Revista del Decanato Territorial de Andalucía Occidental, núm. 11 2016, págs. 76 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

las legítimas, y en relación a ellas la voluntad del testador aparece siempre subordinada, teniendo, por tanto, el art. 831 en esta materia, un papel totalmente supeditado a las mismas.

Creemos muy necesario dejar sentado desde ahora la idea de que, aunque el mandato tiene como base algo tan noble como el mantenimiento del respeto y de la dependencia de los hijos hacia el supérstite y la conservación de la disciplina doméstica, este fundamento de por sí discutible, puede incluso, llegar a ser malévolo, en casos de longevidad del comisario.

Antes de proceder al análisis de la norma hay que hacer una consideración y que es la de que no tenemos ante nosotros un problema de derecho foral o autonómico sino que nos encontramos única y exclusivamente en el ámbito del Código Civil (Derecho Común) cuyas normas son las que exclusivamente manejaremos para solucionar esta cuestión.

### 5.2.2 Elementos personales -

Desde el punto de vista subjetivo, dice la autora TEODORA TORRES<sup>106</sup>, la facultad de mejorar se puede delegar por cualquier persona que tenga capacidad para testar.

Favorecido con la delegación únicamente y según el tenor literal del precepto pueden serlo (y a diferencia de la redacción anterior) no sólo el cónyuge sobreviviente, sino también las personas con descendencia común, aunque no estén casadas entre sí.

Esta norma consagra un criterio amplio en el ámbito personal, pues el precepto se puede aplicar a todo supuesto de relación extramatrimonial, es decir, tanto a favor de los miembros de una pareja estable de hecho como al caso de progenitores con descendencia común, aunque no formen pareja estable, y ello es así porque la ley no establece limitación ni distinción alguna en este apartado. Estamos ante los supuestos de hecho en que los progenitores, o sea un padre y una madre, sin estar casados entre sí, por el mero hecho de tener un hijo común, *confían recíprocamente* en que el sobreviviente cuidará y atenderá debidamente al descendiente y con esa finalidad le concede en testamento la facultad de mejorar a ese *descendiente común*.

De esta afirmación, resulta que el art. 831 extiende las disposiciones de todo el precepto a las personas con descendencia común aunque no estén casadas entre sí e incluso el supuesto fáctico no exige siquiera que se trate de una pareja de hecho que haya convivido *more uxorio*, por ello el *matrimonio*, al no ser necesario para la existencia de la delegación, *pierde su cualidad de presupuesto esencial*. Sin embargo, lo que sí sigue siendo requisito esencial o presupuesto ineludible es la existencia de un *hijo*

---

<sup>106</sup> TORRES GARCÍA, T.F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en su obra “*Tratado de Derecho de Sucesione*”s..., op.cit. págs. 437 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

o *descendiente común* del testador y del delegado o fiduciario. Y otro requisito que deviene esencial es la confianza que al testador delegante inspira la persona del delegado con la facultad de mejorar,

\* Posibles situaciones del matrimonio

*a) Situación de normalidad matrimonial al fallecimiento del cónyuge concedente de la fiducia*

En este supuesto parece claro que el cónyuge sobreviviente podrá ejercitar la facultad concedida. Ello se desprende de las propias palabras del precepto, pues parece que el Código está pensando que para su ejercicio el sobreviviente ha de conservar su condición de esposo.

*b) Situaciones anormales del matrimonio: supuestos de divorcio, nulidad del matrimonio o separación de los cónyuges*

En un primer momento la doctrina española consideró que en casos de nulidad, el cónyuge de mala fe, y en supuestos de separación el cónyuge declarado culpable, perdían la facultad concedida. Por el contrario, la mantenían en esos casos el cónyuge de buena fe y el declarado inocente.

Después de la vigencia de la Ley 41/2003, la contestación puede ser diferente y debemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿puede un testador delegar a favor de su excónyuge o de su cónyuge separado judicialmente o de hecho, la facultad del art. 831? En principio, podría parecer evidente que debieran ser causas de extinción de la fiducia sucesoria, la nulidad del matrimonio, el divorcio y la separación judicial o de hecho de los cónyuges concedentes. Esta contestación se vería reforzada por el criterio legislativo adoptado por la Ley 25/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, al admitir que estas situaciones son causa suficiente para la *pérdida* de la cuota legal usufructuaria del art. 834 C.C., y para que no tenga lugar el llamamiento a favor del viudo en la sucesión intestada (art. 945 C.C.).

Sin embargo, no obstante lo que acabamos de decir, parece admisible defender y aceptar la validez y subsistencia de la facultad testatoria realizada a favor del excónyuge o del cónyuge separado, pues puede mantenerse, como se ha dicho, que el fundamento de la institución más que la *afectio maritalis*, está en la *confianza* que se deriva del hecho o circunstancia de que el comisario sea padre o madre de las personas llamadas a heredar.

Esta solución está amparada por la propia letra del n.º 5 del art. 831, cuando dispone: «*Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa*». En efecto, si el texto legal contempla que las facultades conferidas se extinguen en

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

los casos enumerados, salvo que el testador disponga otra cosa, hay que aceptar con base en el principio de autonomía de la voluntad, que el testador pueda establecer en su testamento que su excónyuge o su cónyuge separado puedan mantener la fiducia sucesoria, aunque su matrimonio no continúe por nulidad, divorcio o separación.

Esta misma solución debe aplicarse a la hipótesis en la que habiendo fallecido el testador concedente, el cónyuge sobreviviente contrae ulterior matrimonio o mantiene relación de hecho análoga a la matrimonial. En efecto, los motivos de extinción (según el citado p.º 5) quedan inoperantes, y por tanto no producirán el efecto de cesación de las facultades concedidas, si existe disposición del testador en sentido contrario, manifestada así en el propio testamento.

*c) Supuesto especial en el que el sobreviviente hubiera ejercitado y consumado la delegación de facultades antes de contraer nuevas nupcias*

En este caso, si el supérstite hubiese ejercitado esa facultad en estado de viudez, no se invalidará ese ejercicio por sus ulteriores nupcias, ya que se trata de un hecho posterior que no puede producir retroactivamente efectos invalidatorios.

En cuanto a los sujetos favorecidos con la delegación, la norma comprende como beneficiarios tanto a los hijos como a los descendientes comunes, o lo que es lo mismo, se puede mejorar no sólo al descendiente legitimario sino también al descendiente que no lo sea, por ejemplo mejorar al nieto viviendo el padre intermedio.

Con base en el n.º 6 del art. 831, los descendientes no hijos también serán mejorables si la facultad de mejorar la confía el testador al otro progenitor con descendencia común, aunque no sea su cónyuge.

### 5.2.3 Elementos reales -

El art. 831 amplía, de forma clara respecto de la legalidad anterior, el ámbito objetivo de las facultades que pueden concederse recíprocamente los cónyuges, que vamos a analizar a continuación:

➤ Amplitud del vocablo «mejoras»

Las facultades que puede utilizar el fiduciario a favor de los hijos o descendientes comunes, abarcan o pueden abarcar (depende de la propia amplitud de la concreta cláusula testamentaria), tanto la totalidad del tercio de mejora como la del de libre disposición.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Pueden englobar también, como veremos más adelante, atribuciones de bienes concretos, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal, ya disuelta y sin liquidar.

La profesora TORRES considera que el art. 831 permite al delegante que la facultad afecte a sus propios bienes, a los bienes de la sociedad conyugal (o a bienes comunes en el caso de no casados con descendencia común) y que incluso puede llegar a implicar a bienes propios del delegado, lo cual permite considerar el patrimonio de comitente y coisionado como un todo a efectos sucesorios. La referencia a la posibilidad de cumplir la delegación a través de particiones “incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar” supone un argumento favorable a la posibilidad de incluir en la partición bienes de naturaleza ganancial, como permiten los arts. 1379 y 1380 CC.

#### 5.2.4 Elementos formales -

Con la reforma de la Ley 41/2003, queda claro que *sólo el testamento* es el documento público que puede contener la concesión o delegación de las facultades contempladas en el art. 831.

#### 5.2.5 Ejecución y plazo -

Según el apartado 2 del p.º 1 del art. 831: «*Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*».

##### 1. Forma de ejecución

De las primeras palabras transcritas («Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos simultáneos o sucesivos») resulta:

a) El sobreviviente no está obligado a ejecutar la fiducia (nótese que el precepto dice que «*podrán realizarse por el cónyuge*»), ni mucho menos ejecutarla en cuanto a la totalidad de la herencia. Podrá, pues, realizar un ejercicio total de la fiducia, ejecutarla parcialmente o no ejecutarla. La parte de la herencia que no se hubiera ejecutado se deferirá por las disposiciones previstas para tal caso por el testador y, en su defecto, por las reglas de la sucesión intestada.

b) Puede ejecutarla en tiempos distintos, en uno o varios actos. Es decir, el hecho de hacer una ejecución parcial no le impide hacer otra posterior; ni el haber otorgado un testamento en el que ejecuta la fiducia (total o parcialmente), le impide otorgar otro después, que revoque o complemente el anterior.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

En efecto, las facultades conferidas pueden ejercitarse «por cualquier título o concepto sucesorio», con lo que se prevé expresamente la posibilidad de que el causante-testador autorice al delegado a ejercitarlas a través de su propio testamento; en este caso, sin embargo, hay que tener siempre muy claro que las adquisiciones del beneficiado proceden de la herencia del causante-testador, nunca del progenitor superviviente ahora también testador (el beneficiado o favorecido por la designación del delegado superviviente sucede directamente al causante en dicha atribución). Si se ejerce la delegación a través de testamento, puede hacerse mediante un acto especial o particional, pero habrá que entender, por la propia naturaleza del negocio, que ese acto es siempre revocable, como lo es el testamento en el que se contiene.

También se autoriza expresamente por el precepto, tal y como se había pronunciado la doctrina de acuerdo con la redacción anterior, que las facultades puedan ejercitarse «en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos». El hecho de permitirse uno o varios actos sugiere que el legislador piensa en el cumplimiento de la delegación mediante actos *inter vivos*, aunque nada obsta a que se haga en un solo acto y que éste tenga naturaleza *mortis causa*. En definitiva, la facultad delegada se puede ejercer tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, ya en uno o en varios actos.

## 2. Plazo

Según el inciso final del apartado 2 del párrafo 1.º, del art. 831: «*Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá (el cónyuge sobreviviente) el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*».

De lo transcrito aparecen en relación al plazo para ejecutar la comisión, dos posibilidades u opciones: la que contempla la voluntad del testador y la supletoria a falta de ella.

### a) Voluntad del testador

A este apartado se refieren las primeras palabras transcritas del precepto, que vienen a aceptar la voluntad del causante, indicando que puede conferirse al cónyuge viudo la facultad de hacer las mejoras, adjudicaciones o atribuciones en su propio testamento, lo que implica de hecho la atribución de la facultad de mejorar durante toda la vida del sobreviviente (véase, p. ej. del art. 444 del CC Aragón, Ley 1/2011 de 22 de marzo; o el art. 41 de la Ley Derecho Civil Foral del País Vasco 5/2015, de 25 de junio). Como ya había indicado VALLET, interpretando el anterior 831, cabe una forma de plazo tácito, que es autorizando al cónyuge a ejercer su facultad mediante actos *mortis causa*, en cuyo caso tendrá *toda su vida* para realizar la comisión en el último testamento. Podrá por consiguiente, facultar al cónyuge para hacer la distribución en su testamento, incluso conjuntamente, de sus propios bienes y los del fiduciante.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

En la hipótesis de que el testador hubiera señalado plazo, el Código le deja *total libertad*, permitiéndole que fije el que estime más adecuado, sin ponerle limitación alguna. La voluntad del testador es en este punto soberana. Por tanto, la ley no limita las facultades del testador de modo que el plazo puede ser largo o corto, a su voluntad e incluso puede abarcar, como se ha indicado, toda la vida del sobreviviente.

*b) Supuesto en el que el testador no hubiere conferido al supérstite la facultad de hacer las mejoras y atribuciones en su propio testamento o no le hubiera fijado plazo para ello.* En este caso el plazo señalado subsidiariamente por el art. 831 es distinto, según haya o no hijos comunes menores de edad.

➤ Inicio del cómputo

1. En la hipótesis de *que existan hijos menores no emancipados*, la ley parte de la idea, muy justa, de que el fiduciario, con arreglo a la presumible intención del fiduciante, no debe estar obligado a elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes y necesidades de los hijos, de donde el plazo habrá de prolongarse hasta llegar a la emancipación el último de ellos, y desde esta fecha computar los dos años.

2. *Habiendo sólo hijos mayores de edad*, el plazo es de *dos años*, contados desde la apertura de la sucesión, por lo que en la hipótesis de que el cónyuge tarde en enterarse de su nombramiento, puede ser el plazo insuficiente. Así, por ejemplo, si se promueve litigio sobre el último testamento, y una vez anulado éste entra en vigor el testamento anterior que nombra fiduciario al cónyuge, acaso la delación efectiva del cargo sea posterior al momento del vencimiento del término. Por eso, en los casos que acabamos de exponer parece lo más lógico que el inicio del cómputo de los dos años se fije en el momento en que adquiera firmeza la sentencia que resuelve el litigio sobre el testamento, pues en caso contrario puede suceder que caduque la facultad antes de esa firmeza, y por lo tanto se extinga sin haberla podido utilizar.

### 5.2.6 ¿Qué ocurre con la legítima estricta a que se refiere el precepto? -

El art. 831, párrafo 3, en relación a la legítima estricta, dice: *“El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos.*

*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.*

*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente*

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

*satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades”.*

Por *legítima estricta* entendemos la legítima corta o rigurosa que abarca la tercera parte del caudal computable, mínimo, que debe llegar *necesariamente*, por iguales partes a los legitimarios inmediatos; o bien este tercio y aquella parte del de mejora que no ha sido empleado en mejorar. La legítima estricta consiste, pues, en el mínimo legal que ha de recibir cada hijo o estirpe de descendientes .

Expuesto lo anterior, se indica que la literalidad del párrafo 3º del art. 831 CC, nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta *¿puede el cónyuge fiduciario aplazar el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes que sean legitimarios hasta que decida realizar sus facultades de acuerdo con lo establecido por el testador, que le ha concedido además que pueda ejercitarla sin sujeción a plazo e incluso en su propio testamento?*

Para poder contestar a esta interrogación, hay que tener en cuenta que el transcrito precepto impone en todo caso *“el respeto”* a las legítimas estrictas de los descendientes comunes. Éste mandato parece, en principio, reiterativo con el criterio general del Código Civil que ya lo hace con carácter marcadamente protector, pero esta aparente redundancia reiteración legal no debe ser objeto de crítica negativa, pues estas duplicidades normativas pueden evitar cualquier problema interpretativo y facilitar, incluso, la solución de contiendas judiciales, lo que hace esta norma es recordar al intérprete y a los órganos judiciales que son los destinatarios directos de los mandatos del legislador que existe un criterio claro y nítido, en el sentido de que las legítimas son un *muro insuperable* tanto para el causante como, en idéntica medida, para el cónyuge superviviente. Es decir la legítima es una institución que queda totalmente fuera de la autonomía de la voluntad del testador. La ley le impone unos herederos sobre *cierta parte de la herencia*, por lo que en consecuencia, el causante no puede disponer de ella (arts. 806, 808, 813-1º y 831-3º).

Este principio legal exige, en cualquier caso, para su concreción, el consentimiento del legitimario, por lo que en la liquidación de esta legítima estricta los herederos forzosos conservan su derecho y posición privilegiada y es necesario su consentimiento para partir y para pagar.

Además, ha de tenerse muy presente, que en, en todo caso, el plazo concedido por el testador al fiduciario *no afecta a las legítimas estrictas* por lo que el legitimario podrá, una vez abierta la sucesión y desde ese mismo momento, exigir lo que por legítima le corresponde; la estricta o lo que el testador les haya atribuido en ese concepto. Con otras palabras puede decirse que los legitimarios pueden exigir desde ya, o sea, desde el día del fallecimiento del testador, la entrega inmediata de la legítima estricta.

Como consecuencia de ello podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que el plazo de ejecución de la fiducia sucesoria no afecta a las legítimas estrictas, por lo que los herederos forzosos pueden exigir su pago una vez abierta la sucesión. El respeto a

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

las legítimas estrictas de los descendientes comunes que establece el artículo 831 pº 3, induce a pensar que al no haber establecido el precepto excepción alguna para el momento de su pago o percepción impone claramente mantener una interpretación restrictiva.

El tercio de legítima estricta impide, en todo caso, que el testador pueda disponer eficazmente de la cuota individual de cada legitimario a favor de personas distintas de ellas, pues sólo puede atribuirla a favor de sus hijos por partes iguales, sin perjuicio de la representación del hijo premuerto por sus descendientes.

La autorización del art. 808 pº2, de disponer como mejora de una de las dos terceras partes de la legítima implica a “*sensu contrario*” la prohibición de hacerlo con la otra mitad restante no citada en la norma, es decir, sobre la legítima estricta.

En este sentido dispone el art. 813 pº 2, CC, en cuanto a la intangibilidad cualitativa de la legítima, que: “ Tampoco podrá el (testador) imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie...”

En definitiva, esto quiere decir, según el Código Civil, que debemos tener muy presente que si los plazos u otras disposiciones gravosas causan, por ejemplo, *demora* injustificada en el pago de la legítima, serán ilícitas por ser contrarias a lo dispuesto en los arts. 790 y 813 del Código Civil, que proclaman uno de los aspectos más importantes de la legítima, que es su aspecto *cualitativo*.

La *legítima estricta* tiene marcada en la ley cuál es el camino que ha de seguir a favor de los legitimarios inmediatos y sin que esta parte pueda ser alterada por ninguna decisión del causante o testador, pues esta legítima queda, totalmente fuera del entorno de su voluntad; y ha de ser atribuida, mediante la transmisión de titularidades que pertenecieron al causante tal cual éste las disfrutó y además de *forma plena*, aunque se reciban, como señala el art.815, *por cualquier título*; luego si en este punto el cónyuge premuerto nada podía hacer en vida, en contra o en perjuicio de la legítima corta, menos incluso puede hacerlo el cónyuge sobreviviente pues el causante o testador no puede ceder facultades que no tiene luego si no las tiene es totalmente evidente que no puede delegarlas a favor del sobreviviente (*nemo dat quod non habet*).

En efecto, el propio art. 831, sí establece en el párrafo 1º la posibilidad de delegar facultades al fiduciario para que pueda realizar a favor de hijos y descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición. Es decir, puede beneficiar a descendientes con ambos tercios, con lo que el supérstite debidamente autorizado puede atribuirlos, incluso en su propio testamento. De esto se infiere o se deduce, en cuanto a los dos tercios de libre atribución (mejora y libre disposición), que el causante goza de una gran libertad de actuar sobre los mismos y podrá delegarlos a favor del sobreviviente para que pueda beneficiar a hijos y descendientes comunes; sin embargo, en relación a la legítima estricta, como sobre ella no tiene por imperativo legal, posibilidad alguna para alterar su régimen, no podrá disponer de ella a favor de extraños, ni podrá delegar a favor de su cónyuge el poder dispositivo, como literalmente niega la ley, ni podrá tampoco el testador delegar la facultad de establecer aplazamiento

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

de pago, que perjudiquen al legitimario. Dicho esto se aclara y se concreta la idea fundamental del apotegma que dice: “*Los herederos lo pueden todo, pero no más de lo que podía hacer el difunto*”.

Por otro lado, queremos llamar la atención sobre la siguiente circunstancia: el heredero forzoso tiene también derecho a percibir la legítima *in natura, en propiedad plena (no en usufructo) y enteramente libre*. Así lo declaró, en su día, la S.T.S. 19-abril-1963 (RJ 1963, 2562) por considerar que la legítima “... es de *orden público* y de que, por venir *impuesta por la ley*, el testador *no puede disponer* ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna”.

#### - Supuesto de no respetarse las legítimas estrictas

Vamos a ver ahora una cuestión fundamental, como es la hipótesis de *no respetarse las legítimas estrictas de los descendientes*. En este punto, según el art. 831:

“*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto se haga necesario para dar satisfacción al interés lesionado*”.

La respuesta que da el Código a este problema es que el perjudicado puede pedir que se rescindan los actos en la medida necesaria para satisfacer y cubrir el interés del legitimario. Esta solución ha sido interpretada en el sentido de que *es sorprendente y contradictorio que no se otorgue al perjudicado una acción de nulidad sino una acción personal de rescisión por lesión en la partición*. Estamos, por tanto, ante una acción equivalente a la de reducción por inoficiosidad que es una acción restitutoria, y por tanto, de *carácter personal*.

Acaba diciendo el pº 3 del apartado 3º, que “... *Se entenderán respetadas las legítimas... cuando... resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades*”.

#### -¿Con qué bienes puede satisfacer el fiduciario la legítima corta del descendiente común que sea legitimario?

Aunque la redacción del art. 831, no es en este punto un dechado de claridad, haciendo una interpretación integrativa de toda la norma, se puede dar la solución siguiente: se podrá pagar, además de con los bienes de la herencia con los pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades de la fiducia. A estos bienes pueden sumarse para su pago, los de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (art. 831-1º), incluido el metálico extrahereditario .

#### - Situación del legitimario en relación a su legítima estricta

Cuando arribamos a este apartado resulta que nos llevamos la sorpresa de que todo lo que se ha dicho hasta aquí es *mera consecuencia de la especial situación que*

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

*tiene el legitimario en relación a su legítima estricta*, aunque ésta pueda pagarse incluso en metálico, pues esta circunstancia solo afecta a la forma de pago, pero no altera en absoluto la especial y contundente posición que tiene en la herencia. En efecto, la legítima otorga al heredero forzoso una posición jurídica específica como sucesor de su causante. Esta situación no depende del título que el causante haya elegido para satisfacer la legítima, sino que es la propia ley la que pone al servicio del interés del legitimario todo su elenco de facultades que le protegen para que quede perfectamente concretado y defendido su derecho. Por eso se puede hablar de la existencia de una afección del caudal en garantía del derecho del heredero forzoso, lo que implica límites efectivamente actuales.

El heredero forzoso cuenta con las facultades de determinación, gestión y reintegración de los bienes a la masa, pues tiene interés en controlar la adecuada satisfacción de las deudas de la herencia. Si bien el legitimario no es responsable personal de las deudas estas sí le afectan, por lo que una gestión negligente de la comunidad hereditaria puede acarrearle perjuicios evidentes. Éstas razones nos permiten afirmar que el interés del legitimario, desde un punto de vista práctico, es similar al de los herederos, hayan sido o no instituidos como tales.

### 5.2.7 Facultades de administración del fiduciario -

La herencia sujeta al cumplimiento de las facultades por parte del cónyuge sobreviviente, puede estar en situación de pendencia durante un amplio espacio de tiempo, lo que hace que el Código se preocupe en aclarar que la administración de esos bienes corresponde, por determinación legal, al cónyuge sobreviviente, entendiéndose esta afirmación en el sentido de que no sea otra la voluntad del testador.

Dispone el p.º 2 del art. 831: *«Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior»*.

El Código guarda silencio sobre la amplitud y facultades que pueden corresponder al sobreviviente en la administración, aunque parece, que al igual que ocurre con el fiduciario (figura con la que guarda una evidente analogía), aquélla ha de implicar una gestión adecuada, pero en modo alguno debe ser estática. Se busca una administración dinámica que beneficie tanto a los bienes que forman el caudal afectado por esas facultades como al todo en general, y que resulte favorable a quien en definitiva va a ser el destinatario de los mismos. Así, parece lógico pensar que el sobreviviente ha de observar la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.094) lo que lleva a una conservación dinámica y diligente de los bienes sobre los que penden esas facultades. Se parte de un concepto amplio de administración hereditaria: puesta en explotación de los bienes del causante, su conservación, percepción de productos,...

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

### 5.2.8 Facultades dispositivas del fiduciario o delegado -

Las facultades dispositivas del fiduciario o delegado están íntimamente entroncadas con las de administración, de tal manera que muchas veces son mera consecuencia de ella. Como se ha indicado en el apartado anterior la administración del delegado no puede ser estática sino dinámica, y eso debe permitirle, excepcionalmente incluso, la disposición de los bienes para fines concretos y determinados, con las limitaciones establecidas por el testador .

El art. 831 recoge en sus primeras palabras la posibilidad de actos dispositivos realizados por el fiduciario, al decir que: « Podrán conferirse facultades al cónyuge... para que... pueda realizar... en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

Con esta literalidad se abre una gran gama de posibilidades que se manifiestan en el último apartado del párrafo 1, cuando ordena que: «*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa*».

Con esto, se quiere indicar la efectividad del ejercicio de la fiducia, en el sentido de que se trata y produce *una auténtica transmisión de derecho real* y desde ese mismo momento, el adjudicatario es propietario y poseedor efectivo del bien y puede, a su vez, disponer y transmitir el mismo.

En el supuesto en que existan descendientes del causante *no comunes*, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido por el causante, tendrá poderes en cuanto a los bienes afectados a la facultad para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución de las disposiciones del causante o de adjudicaciones relativas al pago de las legítimas, pero no a otros efectos.

### 5.2.9 Límites de las facultades del supérstite -

Para una mejor comprensión de este apartado debemos tener presente que el cónyuge sobreviviente en la ejecución de sus facultades no puede actuar como tenga por conveniente sino que queda sujeto tanto a las limitaciones fijadas por el testador en el testamento, como a las disposiciones contenidas en él a favor de los descendientes comunes, y a las restricciones que provengan de normas imperativas (legítimas). Con arreglo al precepto podemos distinguir:

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

➤ Descendientes comunes

Dispone el p.º 3: «*El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos.*

*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.*

*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades».*

Estas palabras exteriorizan los límites que la ley impone al cónyuge delegado, como son: el respeto a la legítima estricta y el acatamiento de las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de los descendientes comunes.

*a) Respeto a las legítimas estrictas de los descendientes comunes*

El mandato de la ley que impone el respeto a las legítimas estrictas de los descendientes comunes, puede, en principio, parecer *redundante* con el criterio general del Código Civil, pero ello no debe criticarse, pues muchas veces los preceptos que parecen superfluos evitan muchos problemas interpretativos y facilitan, incluso, la solución de contiendas judiciales. Por lo tanto, lo que hace esta norma es recordar al intérprete que las legítimas de los no beneficiados, son un *muro insalvable* en la actuación del supérstite.

Este mínimo legal, hace exigible, en cualquier caso, el consentimiento de los herederos forzosos para liquidarlo<sup>107</sup>. Por lo que en la liquidación de esta legítima los legitimarios conservan su derecho y posición y es necesario su consentimiento para partir. Este mínimo legitimario impide que el delegado pueda por sí solo atribuir bienes propios para satisfacer la cuota del heredero forzoso sin consentimiento de éste en contra de la regla general, excepcionada sólo por la posibilidad del pago en metálico. La facultad de satisfacer la cuota legitimaria con bienes propios debe resolverse en esta liquidación con participación de los legitimarios de acuerdo con la regla general del Código. La liquidación de las legítimas es función del sobreviviente.

Además, hay que tener presente, que en todo caso el plazo legal o el plazo concedido por el testador al fiduciario no afecta a las legítimas estrictas, por lo que los legitimarios podrán, una vez abierta la sucesión, exigir lo que por legítima les

---

<sup>107</sup> BERMEJO PUMAR, en “*Instituciones de Derecho Privado*” Tomo V, Volumen 3º, pág. 200, Thomson-Civitas, 2005.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

corresponda; la estricta o lo que el testador les haya atribuido en este concepto. Con otras palabras puede decirse que los hijos pueden exigir desde ya la entrega inmediata de la legítima estricta y ésta puede ser satisfecha con bienes del delegado.

Una vez liquidados materialmente los derechos de los legitimarios, el sobreviviente puede realizar atribuciones, adjudicaciones y mejoras a favor de quien estime conveniente entre el limitado círculo de los descendientes.

*b) Mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes.*

No distingue el Código a qué tipos de mejoras y demás disposiciones se refiere, por lo que, en principio, no establece límite alguno y puede, por tanto, referirse tanto a las mejoras por actos *inter vivos* como *mortis causa*, e igualmente deja patente que cualquier atribución del testador, sea dispositiva a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora, sustitución fideicomisaria o bien sea atributiva o valorativa, *limita* las facultades del supérstite. También es claro que las facultades del sobreviviente quedan sujetas a los límites que tenía el premuerto dimanantes de pactos sucesorios (art. 1.331), de promesas de mejorar o no mejorar (art. 826) y del carácter no colacionable establecido en las donaciones *inter vivos*.

*c) Supuesto de no respetarse las legítimas estrictas o las disposiciones a favor de los descendientes*

La respuesta que da el Código a este problema es aparentemente clara: el perjudicado puede pedir que se *rescindan* los actos en la medida necesaria para satisfacer y cubrir el interés lesionado. Esta solución legal ha sido interpretada en el sentido de que es sorprendente que no se otorgue al perjudicado una acción de *nulidad*, sino una acción de rescisión, de régimen jurídico incierto, acaso asimilable a la rescisión por lesión en las particiones.

Creemos que de seguir y admitir las palabras que utiliza el precepto al decir: «*podrán (los perjudicados) pedir que se rescindan*», nos llevaría a pensar que la redacción de la norma está imbuida del concepto de legítima-porción, límite a la libertad que no convierte en nulos los actos lesivos sino en meramente rescindibles sólo en la medida de lo necesario para evitar la lesión. Pero, ¿cómo se conoce la lesión mientras no se lleva a cabo la liquidación final?; ¿en qué momento debe tener lugar la compensación de la mejora ordenada sobre un bien determinado que dañe las legítimas?; ¿cuál es el momento en que puede ejercitarse la acción y cuál su plazo?

Con la calificación de rescindible se está reconociendo que el acto del delegado es *válido*, y su impugnación debe estar sujeta a un plazo breve y de eficacia relativa frente a terceros. Al aplicar esta solución de la rescisión a la actuación del sobreviviente, lo que se pretende es la equiparación del delegado a la función de un ejecutor que priva de la posibilidad de acudir a la vía judicial aun en defensa de la legítima, después de que se lleve a efecto la partición. Sin embargo, mientras la partición que lleva a cabo el contador-partidor ordinario está sujeta a plazos breves en interés de los sucesores, la

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

efectuada por el delegado puede posponerse al final de sus días. La eficacia de la acción de rescisión se complica porque se dificulta sobremanera la prueba sobre valoración, ocultación de bienes, etc. Si prospera esta idea de que la ineficacia predicable para todo acto llevado a cabo por el delegado en cualquier circunstancia es la rescisión, se está gravando sobremanera la legítima, pues sólo se concede un medio de defensa relativo, limitado y claudicante.

Por otro lado, el párrafo 3.º del art. 831, termina diciendo, en su apartado 3.º, que: *«Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades»*. Esta disposición, es un precepto interpretativo y permisivo que autoriza al delegado para satisfacer las legítimas, incluso, con sus propios bienes, entre los que no parece excluido el metálico que le pertenezca. Es cierto que el 831 no faculta nominalmente al delegado para que pueda pagar las legítimas de los interesados en metálico no hereditario, pero sí para satisfacerlas con sus propios bienes ("con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercita las facultades»). Y, entre ellos, puede encontrarse el metálico.

De lo dicho resulta que el pago de las legítimas puede incluso satisfacerse de forma exclusiva, con bienes del patrimonio del cónyuge en quien delegó el causante.

En consecuencia, resulta que la novedad que contiene este precepto supone, o puede suponer, una excepción (otra más) a la naturaleza de la legítima regulada y contemplada en el Código Civil, tradicionalmente considerada como *«pars bonorum»*, transmutándola en una *«pars valoris»* o derecho de crédito, correspondiendo al sobreviviente la determinación de si será satisfecha con bienes de la herencia o con bienes propios suyos, entre los que puede estar el metálico.

Hay que tener en cuenta que lo expuesto, en virtud de lo establecido en el n.º 6 de este art. 831, es también aplicable cuando la facultad de mejorar a los descendientes comunes se otorgue por el testador a favor de la persona, con quien, sin estar casado conviva o incluso sin ni siquiera convivir con ella, tenga descendencia.

#### ➤ Descendientes no comunes

Según el p.º 4 del art. 831: *«La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones»*.

Con estas palabras el legislador ha tenido presente la situación, a veces compleja, que puede aparecer en la vida real, cuando concurren el cónyuge viudo y descendientes no comunes, y éstos han sido favorecidos por el testador. En este caso el

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

delegado, tiene o puede tener las facultades expresadas en los párrafos anteriores, en la medida que resulten de la disposición testamentaria y con las limitaciones que se establecen en el propio párrafo 4.º, en cuanto no puede alterar el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante. Por tanto, respetando esas cortapisas puede determinar los bienes con los que satisfacer las legítimas o mandas ordenadas por el causante, a favor de los hijos.

Ahora bien, siguiendo una interpretación estrictamente literal del transcrito p.º 4, resulta que, en principio, la norma no parece autorizar que pueda delegarse por el testador la facultad de mejorar a favor del cónyuge superviviente para que este pueda favorecer a los hijos del premuerto que no sean comunes, aunque en situaciones matrimoniales de absoluta confianza entre el causante y su cónyuge sobreviviente, no se aprecia inconveniente alguno para que pueda delegarse esa facultad, cuando es precisamente el propio testador el que conoce de primera mano la verdadera situación familiar y la concordia entre el viudo y los hijos no comunes (bien de anterior matrimonio, bien de unión de hecho). Todo depende de la confianza que el testador tenga en el sentido de la justicia y equilibrio de su cónyuge, por lo que creemos, que nada obsta para que el causante pueda hacer las disposiciones y mejoras que crea oportunas a favor de ellos. En todos estos casos, cuando nos referimos a los que «... no sean descendientes comunes» incluimos, no sólo a otros descendientes (matrimoniales o de unión de hecho), sino también a extraños, entendidos éstos como descendientes no comunes.

En otro orden de cosas, el inciso 2 del p.º 4, apodera al delegado para intervenir en representación de los descendientes comunes, en los actos de ejecución o adjudicación relativos a las legítimas o disposiciones a favor de descendientes no comunes y esto tiene o puede tener como finalidad, evitar la concurrencia física o el contacto entre hermanos de vínculo sencillo.

Con esta finalidad la norma recurre a la idea de un *poder* para que el sobreviviente pueda liquidar las legítimas de quienes no son descendientes comunes. La esfera de este poder son los bienes afectos a sus facultades de partir, mejorar, etc., pero respetando las legítimas. La posición que en definitiva tiene y asume el cónyuge delegado en esta situación es muy similar a la de un contador-partidor, en relación a lo que no abarquen las facultades del art. 831.

Por último, el p.º 4 del 831 dispone que: «Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido».

El art. 814 regula, en general, el instituto de la *preterición*, que presupone, de un lado, la existencia de herederos forzosos, y de otro, la falta de mención testamentaria. En la actualidad, a la vista de los art. 108-2 y 807 C.C., son preteribles todos los hijos y descendientes, matrimoniales o no, adoptivos, en su defecto los ascendientes, y además el cónyuge viudo.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Del texto conjunto del art. 814, resulta que la preterición intencional se refiere a cualquier heredero forzoso, mientras que la preterición errónea, o no intencional, *queda circunscrita a los hijos y descendientes*. En relación a esta última, el p.º 2 del art. 814, otorga distinta trascendencia según que sean preteridos todos los hijos o descendientes o sólo alguno o algunos de ellos: si resultan preteridos *todos*, se anularán las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial; si sólo están preteridos, *alguno o algunos*, se anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas.

Las palabras transcritas del p.º 4-2 del art. 831 contemplan el caso en el que un descendiente del testador, que no lo sea del delegado, ha sido preterido no intencionalmente en la herencia de aquél.

Estamos, en principio, ante una situación de *preterición errónea*, pero el supuesto de hecho y los efectos que recogen el 831 se separan de los previstos en el art. 814, pues: la preterición contemplada en el art. 831 es de «algún» descendiente no común del cónyuge sobreviviente, mientras el 814, habla «si resultaren preteridos todos»; y no solamente esto, sino que los efectos son también dispares, pues el art. 831 se limita sólo a indicar que no podrá menoscabarse la «parte» del preterido, lo que nos hace pensar que esas palabras quieren decir que no deben anularse las disposiciones testamentarias, sino sólo reducirse la institución hasta que puedan pagarse o quedar satisfechos los derechos legitimarios del descendiente no común.

#### 5.2.10. ¿Puede el sobreviviente liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales? -

Es una cuestión donde la doctrina se encontraba y se encuentra dividida y que la redacción del 831 no aclara, pues no indica ni resuelve el problema de si el fiduciario sobreviviente puede o no por sí sólo liquidar la sociedad de gananciales, como acto previo a la partición, en ejercicio de la facultad delegada.

Dentro del panorama doctrinal se aprecian loables intentos de solucionar el problema, pero cualquiera que sea la postura que se adopte hay que reconocer que siempre existe algún argumento susceptible de ser impugnado, no encontrándose una solución segura.

Véase por todas, la interesante selección que realiza RUEDA ESTEBAN<sup>108</sup>: al concederse al viudo (art. 831 p.º 1, apartado 1, inciso final) la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, se permite la práctica de una liquidación unilateral de aquélla. Y se completa la facultad con la posibilidad de que el viudo pague las legítimas y disposiciones del causante con adjudicaciones de sus propios bienes, que pueden ser los resultantes de esa liquidación (inciso final del último

---

<sup>108</sup> RUEDA ESTEBAN, «*La fiducia sucesoria del artículo 831 C.C.*», Colegio Notarial de Granada, Boletín de información, marzo 2005, n.º 279; pág. 978.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

apartado del p.º 4). Por otro lado, mantiene que con esta redacción, se permite la liquidación unilateral del cónyuge superviviente excepcionando los límites del 1.057 que someterían el ejercicio de la facultad del 831 a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062 C.C.

Además, por igualdad de *ratio legis*, sería admisible entender que puede usar de la facultad concedida en el 1.056-2; esa partición no será rescindible por causa de lesión en la cuarta parte a que se refiere el 1.074, sino que lo será por la acción del 1.075 con la adición de que está sometida a la voluntad del causante, con lo que cumple la segunda circunstancia del precepto «... de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador». No serán aplicables, sin embargo, los requisitos formales del 1.057, ps. 2 y 3.

GARRIDO DE PALMA<sup>109</sup>, considera como solución más factible en la práctica del despacho notarial en la hipótesis de que se planteara la conveniencia de la posible futura liquidación de la sociedad conyugal, la de establecer una previsión testamentaria de nombramiento de contador-partidor para, cuando el viudo se lo pida, realizar *ambos* la liquidación de la sociedad conyugal.

DIE LAMANA, F.J.<sup>110</sup>, mantiene una posición parecida a la anterior pero con distinto enfoque, al decir que la posibilidad de liquidar la sociedad de gananciales exclusivamente por el cónyuge superviviente, supondría un claro supuesto de indebida autocontratación, con contraposición de intereses. Quizás por eso, la redacción de la Ley 41/2003 no confiere al sobreviviente la facultad de liquidar la sociedad de gananciales pero sí realizar «...adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que está sin liquidar». Sigue en esto el 831, la solución de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, de Aragón (art. 457). Por ello, para el supuesto de poder ser conveniente la liquidación de la sociedad conyugal, como acto previo al ejercicio de las facultades delegadas por parte del sobreviviente, es muy conveniente prever en el testamento el nombramiento de contador-partidor con esta única finalidad de liquidar la sociedad de gananciales junto con el cónyuge superviviente.

Quizás, la solución más ajustada sea mantener que el art. 831, no ampara ni otorga al sobreviviente la facultad de poder liquidar la sociedad de gananciales, pues es la misma letra del precepto la que sólo autoriza al delegado para atribuir bienes de la sociedad disuelta pero no liquidada; es decir, la norma admite que sólo puede llegar hasta ahí, pero niega que pueda actuar más allá de este tope o limitación. En similar

---

<sup>109</sup> GARRIDO DE PALMA, «Los actuales artículos 831 y 1056-2 CC. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», Revista Jurídica del Notariado, n.º 55; julio-septiembre 2005, p. 131.

<sup>110</sup> DIE LAMANA, F.J., «El artículo 831 del Código civil reformado por ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en derecho común», en Cuadernos del Seminario CHC, del Colegio de Registradores de Madrid, número 9.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

postura, que consideramos acertada, se manifiesta FLORENSA TOMÁS<sup>111</sup>, cuando dice que a pesar de esa ampliación de facultades, es dudoso que la delegación pueda comprender la liquidación de la sociedad conyugal, si ésta existe, a pesar del último inciso apartado 1 del p.º 1 del art. 831. En efecto, ahora se permite que las adjudicaciones o atribuciones lo sean de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal disuelta por la muerte del cónyuge testador, pero aún no liquidada. Por tanto, la premisa de la que parte el legislador es que, a pesar de que se pueden adjudicar bienes de la sociedad conyugal, su liquidación todavía no se ha practicado, precisamente porque debe seguir las normas generales de la partición y liquidación de la sociedad conyugal, esto es, debiendo liquidarse con la intervención del cónyuge viudo y los hijos comunes y no comunes del causante y, si alguno de ellos es menor o incapacitado, con las representaciones legales pertinentes. La coincidencia entre la partición y liquidación de la herencia y de la sociedad conyugal es campo abonado para los conflictos de intereses, por lo que procederá el nombramiento de defensor judicial para el menor (arts. 163, 299 y 1.060 CC).

Sin embargo, conviene resaltar que en lo que sí existe unanimidad en la doctrina, es que la liquidación de la sociedad conyugal puede resultar *innecesaria* en el caso de que ninguno de los legitimarios la haya solicitado, y ante ello el supérstite espere a ejercitar esa facultad delegada en su propio testamento, en el que distribuye conjuntamente con su propio caudal el haber del delegante premuerto. Esta solución nos parece aceptable y producirá sus correspondientes y plenos efectos jurídicos con el fallecimiento del sobreviviente, siempre que además se hubiera respetado las limitaciones legales y las establecidas en el testamento por el premuerto, a favor de los descendientes y, en el testamento del cónyuge viudo, a sus propios legitimarios.

En este punto conviene traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, número 461/2015, de 30 de diciembre de 2015, única que hemos encontrado existente sobre la materia, que no lo entendió así. Resolvió que el cónyuge puede liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales, con base en los siguientes argumentos:

1º.- La literalidad del artículo 831 apartado 1 Cc que al enumerar las facultades que podrán conferirse al cónyuge viudo, cita, entre otras: “adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”, de lo que claramente se infiere la posibilidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento del causante.

2º.- Los contadores partidores de la herencia están facultados para liquidar la sociedad de gananciales disuelta por muerte del causante sin intervención de los herederos; añade, además, que en el caso objeto de estudio, el propio testador faculta a su cónyuge para que realice dicha liquidación de la sociedad de gananciales al disponer que “si el cónyuge viudo considera procedente para la partición de la herencia y la liquidación de

---

<sup>111</sup> FLORENSA TOMÁS, «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 C.C.», Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados; Santiago de Compostela, año 2005, ps. 117 a 141.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

la sociedad de gananciales (...)” lo que implica una autorización expresa para llevar a cabo dicha liquidación, y no desvirtúa para nada la facultad concedida, la disposición testamentaria por la que el causante, en caso de que el cónyuge viudo considerase procedente para dicha liquidación el auxilio de un contador-partidor “designa para dicho cargo a los citados Don Juan Pedro y Don Ángel, conjuntamente y en defecto de alguno de ellos, a Don Clemente”, pues, aunque no existe la figura en nuestro Derecho de contador partidor “auxiliar” lo cierto es que el contador partidor designado por el causante es su cónyuge viudo y la intervención de los contadores partidores referidos se limita a una función de ayuda o asesoramiento de éste, por tanto, es el propio cónyuge quien lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.

3º.- Las amplias facultades que otorga el artículo 831 del Cc al cónyuge fiduciario constituyen una verdadera delegación que, de las suyas propias, realiza el causante, por lo que puede afirmarse que cuando en el ejercicio de esta delegación el fiduciario ejecuta sus disposiciones, ocupa el lugar que corresponde al testador, asumiendo plenamente sus competencias y facultades.

Este último razonamiento lleva a la Audiencia a considerar que no estamos ante un supuesto de autocontratación, pues se trata de una facultad concedida al cónyuge por el propio artículo 831Cc.

Es evidente que el cónyuge fiduciario no es un mero contador partidor y que sus facultades son más extensas; no obstante, no está clara la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales; en la práctica notarial, es habitual:

1º.- Que el causante en su testamento nombre un contador partidor para que, a solicitud del cónyuge fiduciario y junto a éste, lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales si el fiduciario lo considera oportuno.

2º.- Que al ejercitar el cónyuge fiduciario sus facultades sobre bienes objeto de la sociedad de gananciales disuelta- de hacerse por actos inter vivos- haga constar que la mitad indivisa del bien que adjudica o atribuye al descendiente lo es por acto de adjudicación o atribución en ejercicio de sus facultades fiduciarias y la otra mitad indivisa, por derecho propio como donación o por otro título o concepto.

3º.- Cabe que ambos cónyuges en documento independiente hagan la liquidación de la sociedad de gananciales para que ésta surta efectos cuando se disuelva por el fallecimiento de uno de los cónyuges y seguidamente otorguen sendos testamentos en los que se confieran las facultades del artículo 831CC.

4º.- Es frecuente, también, que el fiduciario en su testamento ordene una partición conjunta y unitaria del caudal del fallecido y del suyo propio, supuesto para el que no se precisa la previa liquidación de la sociedad conyugal; late en el precepto la idea de que el patrimonio familiar se considera como un único patrimonio a efectos sucesorios.

Al ejercitar las facultades el cónyuge fiduciario debe respetar el quantum de las legítimas estrictas de los descendientes, las cuales se calculan sobre la herencia del premuerto (*relictum más donatum*).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

La interpretación que hace la Audiencia del art. 831 en la citada sentencia posibilitando que el cónyuge viudo liquide unilateralmente la sociedad de gananciales refuerza la utilidad del precepto; a mi juicio, el cónyuge fiduciario al operar sobre bienes de la sociedad de gananciales disuelta realiza, si es por acto inter vivos, un acto de atribución dispositivo que no precisa de previa liquidación de la sociedad conyugal, si bien no excluye que, en un momento posterior y ante la reclamación de un legitimario, sea necesaria la fijación definitiva del bien como ganancial (los bienes pueden ser presuntivamente gananciales y la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida por prueba en contrario, incrementando el caudal del causante y cabe, asimismo, que se cuestione el carácter ganancial o privativo del bien, pensemos en determinadas indemnizaciones cuya calificación se discute por doctrina y pronunciamientos judiciales) o la determinación de su avalúo. En principio, no considero necesario especificar, en el negocio de atribución del bien al descendiente, si el valor del bien ganancial de la sociedad disuelta que se adjudica se imputará por mitad a los respectivos patrimonios, como ordena el artículo 200.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia o si el valor forma parte de la cuota correspondiente al cónyuge premuerto en la liquidación de la sociedad de gananciales o al cónyuge supérstite; el cónyuge puede sustraer bienes de la comunidad postganancial para su adjudicación a un descendiente sin previa liquidación y el espíritu del precepto facilita la cohesión del patrimonio familiar que se asoma como uno solo a efectos sucesorios.

Dada la postura de la citada Sentencia, caben dos vías para afrontar esta cuestión en nuestros testamentos si bien me inclino, por razones de prudencia, por la segunda:

**Cláusula 1ª.-** El testador faculta a su cónyuge para liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos y legitimarios y salva cualquier posible conflicto de intereses que se pudiese percibir en la formación de inventario, avalúo, liquidación de la sociedad de gananciales, en su caso, y en la ejecución de cuantas facultades se le confieren en el presente testamento.

**Cláusula 2ª.-** El testador nombra a \*\* y en defecto de éste a \*\*, contador-partidor, con la exclusiva función de liquidar la sociedad de gananciales si el viudo-fiduciario se lo pide.

## 6. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS REFORMAS Y CONCLUSIONES PERSONALES

---

De lo hasta aquí expuesto sobre la evolución histórica de las legítimas y su regulación actual en España, podemos decir que se observa una cierta tendencia hacia su reducción y, por tanto, hacia una ampliación de la libertad de testar, como lo demuestran: la admisión jurisprudencial de la cautela socini y la desheredación por maltrato psicológico; la ampliación de los supuestos de pago en metálico de la legítima de los arts. 841 a 847 CC y la del art. 1056.2, introducida por la Ley 7/2003 de 1 de abril; y, por supuesto, todas las modificaciones que introduce, no sólo en el CC sino

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

también en otros textos legales, la Ley 18 de noviembre de 2003 (arts. 756.7, 822, 1041, etc.).

- En relación en concreto con la reforma del art. 808.3 CC, hemos de decir que el legislador, lejos de modificar por completo el sistema tradicional relativo a la protección cualitativa de la legítima, ha optado por realizar una simple modificación singular, consistente en regular un especial tipo de gravamen sobre la misma que vendría a quedar autorizado tras la reforma de los artículos correspondientes del Código Civil, suponiendo una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

Como pone de relieve DIAZ ALABART, S.<sup>112</sup>, *la reforma de la Ley 41/2003 en al ámbito sucesorio en realidad no amplía genéricamente la libertad del testador que sigue sin poder disponer libremente de los dos tercios de su herencia*. Únicamente le permite, en el supuesto de legitimarios discapacitados o descendientes legitimarios incapacitados, alterar, de diferentes maneras, la cuantía de la cuota legal que corresponderá a unos o a otros. En definitiva, señala esta autora, el testador con legitimarios discapacitados, tiene mayor libertad para distribuir el caudal hereditario entre los colegitimarios.

La propia reforma del Código Civil considera que el sistema de legítimas debería de cambiar ampliando la libertad de testar, pero manteniendo una adecuada protección a aquellos parientes o personas (cónyuge) que más lo necesiten, para lo cual cabría establecer determinados parámetros o condiciones, como sucede en materia de alimentos respecto de las legítimas.

El testador podría gozar de una amplia libertad de testar y a la vez se mantendrían a salvo determinados intereses, tanto de los menores como de los incapacitados o incluso al propio cónyuge viudo, evitando de esta forma injusticias manifiestas, pero dejando a un lado el carácter imperativo de las legítimas para los beneficiarios reseñados y en las cuantías expuestas, estableciéndose soluciones legislativas que se adapten a los actuales tiempos.

-En relación con la reforma del art. 831, podemos exponer las siguientes conclusiones:

1ª) El artículo 831 es un precepto excepcional en nuestro Código Civil que debe ser interpretado de forma flexible para extraer del mismo la mayor utilidad. Es excepción al artículo 670 y 813 del mismo cuerpo legal. Es una figura próxima al testamento por fiduciario, que prohíbe nuestro Código.

Las amplias facultades que otorga el artículo 831 al cónyuge fiduciario constituyen una verdadera delegación que, de las suyas propias, realiza el testador, por lo que puede afirmarse que, cuando en el ejercicio de esta delegación el fiduciario

---

<sup>112</sup> DIAZ ALABART, S., “*El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*”, revista Aranzadi Civil- Mercantil, nº 3, 2006, págs. 19 y ss

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

ejecuta sus disposiciones, ocupa el lugar que corresponde al testador, asumiendo plenamente sus competencias y facultades (queda excluida pues la autocontratación).

En mi opinión, el precepto viene a ser una reproducción de la figura del comisario fiduciario que contempla la regulación aragonesa. Llama poderosamente la atención que aparezca incluido en el CC.

2ª) Por otra parte, el cónyuge fiduciario puede satisfacer de forma exclusiva el pago de la legítima de los descendientes comunes con bienes propios, lo que implica la transformación, en este supuesto, de la naturaleza jurídica de la legítima que pasa de ser *pars bonorum* a ser *pars valoris*; no está sujeto el fiduciario al ejercitar su cometido al artículo 1061 CC, no tiene que respetar la igualdad cualitativa u homogeneidad en los lotes pues no se ciñe a hacer la partición del artículo 1057 CC, es el espejo del testador y mucho más que un contador partidor (pues se le atribuyen muchas más facultades).

3ª) El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, debe respetar las legítimas estrictas y para el pago de las mismas tiene, de entrada, las mismas facultades que tiene el causante: puede desigualar y, por tanto, ordenar a cargo del heredero o herederos legados, modos, términos o condiciones de los pueda resultar facultado u obligado a abonar las legítimas en metálico, incluso extra hereditario, en los mismos términos que el testador puede hacerlo y está facultado para utilizar la forma de pago de las legítimas prevista en los artículos 841 y ss. del CC, para adjudicar la empresa o establecimiento mercantil en los términos del artículo 1056.2 del CC y mejorar a los descendientes directa o indirectamente mediante sustituciones fideicomisarias a su favor, pudiendo imponer, en su caso, la prevista en el artículo 808 del CC.

4ª) El término por “*cualquier título o concepto sucesorio*”, se presta a debate doctrinal, nos planteamos si “por título o concepto sucesorio” el precepto se refiere a la posibilidad de disponer por acto inter-vivos y mortis-causa o si alude a la facultad de atribuir y determinar el título de heredero o legatario del/los descendientes favorecidos que, en cualquier caso, son sucesores del causante, o si abarca ambas posibilidades.

La propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid antes citada sostiene que no puede diferirse *sine die* el derecho de los descendientes comunes que sean legitimarios para percibir la legítima estricta.

Las atribuciones o adjudicaciones que hace el cónyuge viudo sobre bienes del causante por actos inter vivos no son donación, pues el adjudicatario recibe los bienes por título sucesorio, tampoco la atribución de bienes concretos de la sociedad de gananciales disuelta o propios del cónyuge fiduciario son donación, el fiduciario al realizar la atribución ejercita una facultad encomendada y no un acto de liberalidad; son contratos que precisan de la aceptación del favorecido para su plena eficacia (vinculan al fiduciario y al asignatario: artículo 831.1 párrafo tercero “*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa*”) y que tienen por

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

objeto una herencia abierta, la del cónyuge que otorga la delegación, con independencia de que los bienes atribuidos por el cónyuge fiduciario sean del difunto o suyos propios.

Si el delegado diera en vida un bien no propio (sino del causante) en ejecución de su facultad de mejorar, sería muy discutible que fuese propiamente una donación, ¿qué sería entonces? Como vemos, el precepto plantea muchos problemas a los que no termina de dar solución (parece de nuevo que rememora el precepto la figura del comisario que el art. 670 del CC prohíbe en el derecho común).

5ª) Otra cuestión a analizar sería la de cómo se armoniza este precepto (es decir el propio ejercicio de esta fiducia) con la posibilidad de legar al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia. Debemos encontrar el punto idóneo. Al estar facultado el cónyuge para realizar adjudicaciones y atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio en uno o varios actos simultáneos o sucesivos y sustraer bienes de la sociedad conyugal disuelta para adjudicarlos a los descendientes que designe beneficiarios sin previa liquidación de la comunidad conyugal y pagar legítimas estrictas con bienes de la sociedad conyugal disuelta o propios, no está obligado, en principio, a inventariar toda la herencia ni a determinar su valor, con carácter previo, por lo que difícilmente va a aflorar el conflicto de intereses. En todo caso, el criterio de la DGRN en su R. de 18 de junio de 2013<sup>113</sup>, sobre el modo en que debe interpretarse el artículo 820.3 CC, resulta de interés en este ámbito.

6ª) Con diferencia a la dicción anterior del precepto, ya no se exigen como presupuestos necesarios: la existencia de matrimonio y la descendencia común, sino que desaparece el primero de éstos. El último párrafo del artículo concede esta facultad a las personas que, sin estar casadas entre sí, tengan descendencia común.

---

<sup>113</sup> Señala la citada resolución, BOE de 26 de julio de 2013: “El Código Civil, ante la presencia de un legado usufructuario que, además de comprender los tercios de libre disposición y mejora, se proyecta sobre el tercio de legítima estricta, no reacciona declarándolo ineficaz por atentar contra la intangibilidad de las legítimas de otros legitimarios; antes al contrario dicha situación se resuelve admitiendo en principio la posibilidad de dicho gravamen (artículo 813.2 del Código Civil), si bien reconociendo a los legitimarios afectados una vía de reacción, la que prevé el artículo 820.3 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, esta facultad que se reconoce a los legitimarios se restringe a un solo supuesto: Que se trate de un legado, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, circunstancia que se habrá de poner de manifiesto en las propias operaciones particionales. Y consiste esa facultad en una opción: «los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador». En el caso que nos ocupa el valor del usufructo que el comisario atribuye al cónyuge –según la cuenta de partición– absorbe un treinta y siete por ciento del valor de la herencia, cuota manifiestamente inferior a la que puede deferir el testador a su cónyuge (la que representa el tercio libre y el valor de la cuota viudal usufructuaria del tercio de mejora, cuota esta última cuya capitalización, según admite la doctrina, puede ordenar el testador). En principio, teniendo en cuenta la efectividad de las operaciones particionales (en tanto no se impugnen judicialmente), que ponen de manifiesto unos valores y cifras que constituyen la base contable de la partición y habida cuenta que el valor otorgado al usufructo adjudicado al viudo no representa, ni excede de la cuota de valor de la que el causante podía libremente disponer a su favor, no se daría el presupuesto que para el ejercicio de la opción establece el precepto antes transcrito (que «su valor se tenga por superior a la parte disponible»).

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

De lo anterior se desprende que, el elemento de la confianza entre delegante y delegado pasa a ser esencial. No importa ya que estén casados, en situación de crisis matrimonial (nulidad, separación, divorcio), que sean pareja de hecho, o meros amigos o conocidos, siempre que tengan descendencia común y el fiduciario le otorgue la confianza para llevar a cabo las facultades del precepto.

Cabría también preguntarse si, al ser el núcleo esencial de esta facultad delegatoria la confianza que al causante inspira la persona del fiduciario, podría delegarse esta confianza en otras personas: ascendientes, padres, hermanos, amistades, etc.

Creemos que no, dado que otro de los presupuestos es el de la descendencia común y en los casos citados no se cumpliría.

Para concluir este trabajo y a modo de colofón, dejo apuntadas a continuación y de manera esquemática y no exhaustiva (dado que ello sería objeto propio de otro trabajo) las distintas posturas que se observan en el panorama nacional en torno a si debe o no mantenerse en nuestro derecho el sistema de legítimas. Las que, a mi juicio, merecen especial consideración son las siguientes:

1. La instauración de la absoluta libertad de testar. - Son defensores acérrimos de esta corriente el propio O 'Callaghan<sup>114</sup> y Magariños<sup>115</sup>. Esta propuesta implicaría un sistema puro de libre disposición *mortis causa* sin ningún género de restricción, ni tan siquiera suavizado por prestaciones de carácter asistencial en beneficio de los más próximos parientes del causante o de su cónyuge. En mi opinión, esta medida es muy radical y presenta un contraste muy severo con el sistema actual.
2. Mantener los principios actuales, reformando sólo algunas deficiencias técnicas- Parece que, con la reforma operada por la ley de 18 de noviembre de 2003, ya se ha superado con creces este objetivo y se han quedado cortas las demandas que sugiere la doctrina.
3. Permitir gravámenes sobre la legítima, pero sólo en beneficio del cónyuge viudo, que sigue Merino Hernández<sup>116</sup>. - Esta propuesta se basa en que la concesión de

---

<sup>114</sup> Artículo de la Revista Actualidad Civil núm. 5 de mayo de 2015, “*A vueltas con la desheredación y a vueltas con la legítima*”.

<sup>115</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V. “*La libertad de testar*”, Madrid 2012.

<sup>116</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J.L. «Artículo 125», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXIV, vol. 2, *Artículos 119 al final de la Compilación de Aragón*, Edersa, Madrid, 1988, pg. 67, n. 12 *in fine*. A la ponencia de Adolfo CALATAYUD replicaba MERINO: «reforma por principio y por respeto al principio de libertad en términos absolutos o reforma de la legítima por protección al cónyuge viudo? Si es lo primero evidentemente, supresión de la legítima o sustitución de la legítima por el derecho de alimentos. Ahora si vas (...) a quitar el valladar (...) para que los cónyuges se pueden instituir herederos, en primera instancia, yo creo que tienes fórmulas mucho más sencillas (como) permitir gravar la legítima, siempre que sea en beneficio del otro cónyuge mediante un sistema de sustitución fideicomisaria de residuo (...)». Puede ser que en un futuro no muy lejano nos encontremos

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

una libertad de testar irrestricta por parte del legislador estaría principalmente orientada a posibilitar la mejora de la posición jurídica del viudo en detrimento de los hijos, un deseo que comúnmente asiste a la inmensa mayoría de los testadores y al que, hoy por hoy, se opone la constrictión que entrañan las legítimas. Debe precisarse, no obstante, que el clamor popular por alcanzar el poder dar cumplimiento a su última voluntad contenida en el testamento y expresada vulgarmente en las máximas «*del uno para el otro y después para a los hijos*» o «*todo para mi mujer y luego para mis hijos*» no es un “desiderátum” exclusivo de Aragón<sup>117</sup>, sino que también se ha extendido al territorio de derecho común y es práctica habitual del mundo notarial.

4. Reducción cuantitativa de la legítima actual en pro de aumentar la libre disposición del testador, unida a la modificación de la legítima para considerarla como *pars valoris* en vez de *pars bonorum*. - Es la corriente catalana que siguen autores como Vaquer Aloy<sup>118</sup> o Garrido Melero<sup>119</sup>. De esta forma, se pretende dotar al sistema en su conjunto de una mayor flexibilidad. Tiene a su favor, aparte del propio valor intrínseco de la propuesta, el ser la que, a decir DE LA CÁMARA, parece más del gusto de los autores «de Código»<sup>120</sup>.
5. Por último, otros llegan a reclamar el mantenimiento de la legítima de los descendientes, aunque reduciéndola materialmente y la sustitución de esta institución por un derecho de alimentos para los ascendientes, e incluso para el cónyuge viudo. -

Estas soluciones apuntadas, son algunas, pero no las únicas que se han propuesto sobre la materia. En mi opinión, el debate doctrinal oscila en torno a dos ideas clave:

- O bien reducir cuantitativamente la legítima y facilitar aún más su pago en metálico (y el cambio no sería tan drástico).
- O bien hacer desaparecer la institución de la legítima hasta el punto de

---

con esta reforma ya en el Código civil. MERINO HERNÁNDEZ, J.L. «*Las legítimas en Aragón*», Coloquio (Mod. Francisco CURIEL), Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pg. 93.

<sup>117</sup> GIMÉNEZ VILLAR, F. «*Dos modelos de fiducia en testamento mancomunado*», RDCA , V, 1999, núm. 2, pg. 233.

<sup>118</sup> VAQUER ALOY, A. «*Reflexiones sobre una eventual reforma...*», op. cit. , pág. 15.

<sup>119</sup> GARRIDO MELERO, M. «*Derecho sucesorio catalán (pasado y futuro de las instituciones)*», La Notaría, núm. 3, 2001, pg. 29.

<sup>120</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “*Compendio de Derecho sucesorio*”, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1999, pg. 175. Se señala cómo «en la actualidad, algunos sectores de la doctrina catalana (...) están patrocinando la solución favorable a la absoluta libertad de disposición *mortis causa*, orientación abolutiva que también encuentra algunos mantenedores para el sistema que debe regir en territorios de Derecho común».

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

convertirla en una figura de carácter meramente asistencial, a modo de prestación de alimentos (solución que no comparte la autora TORRES GARCÍA<sup>121</sup> y sí MAGARIÑOS<sup>122</sup>).

Pues bien, a la vista de todas las reformas planteadas (tanto las expuestas como las meramente sugeridas), ¿podría llegar a suprimirse la legítima en el derecho común español? Competería, para ello, analizar si estas modificaciones con respecto del derecho tradicional han sido el comienzo de una reforma integral del sistema, o simplemente la adaptación de la institución a la realidad sociopolítica y económica actual, siendo necesarias tan sólo unas reformas inevitables y puntuales desde 1889 (año de la promulgación de nuestro Código Civil).

Del trabajo expuesto, resulta que la legítima parece estar sufriendo un proceso de reducción y, si pensamos en el porqué de este cambio, una de las razones más probables del mismo se hallaría en el propio fundamento de la legítima, que no es otro que un deber familiar de asistencia mutua y de solidaridad intergeneracional. Por lo tanto, viene a ser una exigencia ética que el legislador ha elevado a la protección jurídica.

Al haberse producido una modificación en la estructura familiar y un aumento de la esperanza de vida, algunos pudieran llegar a entender que esos bienes no serían necesarios para subsistir en gran parte de los casos. En consecuencia, deberíamos plantearnos si es necesario este deber familiar de asistencia mutua tras el fallecimiento del causante, es decir, si es necesario mantener las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico que tienen su fundamento en ese deber, o si sería conveniente en realidad atribuir una mayor libertad de testar.

a) Una primera cuestión que hemos de analizar para resolver esta duda, es si se trata de un derecho que está protegido en la Constitución Española de algún modo, ya sea de forma directa o indirecta.-

Pues bien, en nuestra Norma Fundamental se protege el derecho a la herencia y no la legítima.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán parece que, la dicción del art 33.1 CE junto con el derecho a la propiedad privada, no es suficiente para corroborarlo. Habría una conexión entre el derecho de propiedad y la posibilidad de disponer de sus

---

<sup>121</sup> TORRES GARCÍA, T. “*Legítima, legitimarios y libertad de testar*”, en su obra “Derecho de Sucesiones. Presente y futuro”. XII Jornadas, op.cit., pág. 224. Esta autora no cree que el derecho de «alimentos como ha sido configurado en los textos normativos a los que hemos aludido -v. gr. art. 200 LSUC aragonesa- sea la solución idónea para un sistema que con la implantación de la libertad de testar se intentara compensar los derechos de los descendientes». Apunta que en la legítima de descendientes no existe «la unanimidad que se predica de la de ascendientes -reducción o supresión- o la del viudo -ampliar y garantizar su posición-, lo que, a su juicio, implica mantenerla, pero variándola».

<sup>122</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V. “*La libertad de testar*” op.cit., págs. 641 y ss.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

bienes en vida y post mortem. De otro lado, estiman algunos que este derecho a la herencia sería un derecho constitucional pero no fundamental. Sin embargo, en la Constitución no se aprecia la existencia de un precepto que recoja un derecho constitucional a la legítima de forma expresa, sí regulándose un derecho a la libre disposición de los bienes mediante la herencia tras el fallecimiento.

b) La siguiente cuestión a plantearse sería la de si es posible una supresión de la legítima en el Código Civil. –

Pese a que la legítima no se encuentra regulada de forma expresa en nuestra Constitución, algunos autores opinan que la supresión de las legítimas podría llegar a vulnerar un deber de protección de la familia; en consecuencia, lo más conveniente, podría ser una reducción de la legítima, una reducción que pudiera mantener en todo caso un cierto nivel de protección familiar.

Ahora bien, la realidad es que la regulación de las legítimas no es una cuestión de orden público y su regulación la contiene una ley ordinaria y no orgánica. Es por ello que, no existiría ningún obstáculo legal para su supresión. Es más, la última reforma producida en el derecho gallego en la línea aperturista hacia una mayor libertad de testar, demuestra que se podría realizar “el cambio”. En idéntica línea aperturista, no podemos dejar de citar los derechos forales catalán, navarro, aragonés y balear.

c) En tercer lugar, no podemos desconocer las reformas ya expuestas y que han tenido gran calado en nuestro derecho, recogiendo muchas tendencias y prácticas que ya venían siendo aplicadas en algunos territorios forales. Es obvio, por lo tanto, que sí que es necesario otro paso más hacia adelante.

Si bien no ha habido como tal una reducción de la legítima en nuestro Código Civil, dado que el principio de intangibilidad cuantitativa se ha mantenido intacto, sí que ha habido una progresiva ampliación de la libertad de testar a través de la posibilidad del pago en metálico de la legítima incluso con dinero extra hereditario, desvaneciéndose en ocasiones el principio de intangibilidad cualitativa.

d) En definitiva, a mi modo de ver, sí que procede la reducción cuantitativa de la legítima de los descendientes en España (2/3 del caudal hereditario de los cuales no puede disponer libremente el testador es un porcentaje muy elevado). Incluso consideraría acertada, como ven algunos autores, la eliminación de la legítima de los ascendientes o su sustitución por un derecho de alimentos. Encuentro también muy interesante la posibilidad de la legítima colectiva en favor de descendientes al modo del derecho aragonés, pero que no tiene razón de ser en el derecho común, por nuestros antecedentes históricos.

En cuanto al cónyuge, creo que la protección que hay que darle, se puede satisfacer suficientemente con instituciones de derecho de familia, sin tener que, además, protegerles con derechos sucesorios. Creo que la cuantía que les ofrece el Código Civil es necesaria y suficiente.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

d) Y, por último, sí que considero bastante útil la posibilidad de pago en metálico de la legítima, sin necesidad de ser satisfecha siempre in natura. Facilitaría y agilizaría muchísimo la adjudicación y liquidación de las herencias.

En síntesis, el futuro de la legítima es incierto, con muchas posibilidades de continuar una tendencia hacia su disminución dando lugar a una necesaria mayor libertad de testar, pero cualquier reforma hacia una nueva concepción en materia de legítimas como en sede sucesoria requiere prudencia, valores y una determinada responsabilidad, no sólo por tratarse de un tema de gran complejidad técnica sino también por lo entroncado que se encuentra con la familia y la propiedad, con la persona individual, los derechos que de ella emanan y con la autonomía de la voluntad que encuentra en el testamento uno de sus grandes colofones.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

## 7. BIBLIOGRAFÍA

---

ALBALADEJO GARCÍA, M., “*La mejora*”, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ALONSO MARTÍNEZ, M., “*Estudios de Filosofía del Derecho*”, Imprenta Eduardo Martínez García, Madrid, 1921.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. “*El tratamiento de las legítimas en el Derecho comparado. Su protección material y de Derecho internacional privado*”. Revista jurídica de Castilla-La Mancha, nº 43, 2007.

BARÓ PAZOS, J., “*La codificación civil en España*” (1808-1889), Servicio de Publicaciones Universidad de Cantabria, 1993.

BARRIO GALLARDO, A., “*Atemperar la rigidez de la legítima*”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Pamplona, 2007.

BERMEJO PUMAR, en “*Instituciones de Derecho Privado*” Tomo V, Volumen 3º, Thomson-Civitas, 2005.

CALATAYUD SIERRA, A. «*Consideraciones acerca de la libertad de testar*», en “*Anales de la Academia Sevillana del Notariado*”, T. IX, 1995, y «*Las legítimas en Aragón*», en las Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza.

CÁMARA LAPUENTE, “*Código Civil comentado*”, Volumen II, Thomson, Civitas, 2011.

CARRASCO PERERA, A., “*Acoso y derribo de la legítima hereditaria*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Pamplona.

CASTAN TOBEÑAS, J., “*Derecho civil español, común y foral*”, Tomo sexto; “*Derecho de sucesiones*”, Volumen I; “*La sucesión en general, La sucesión testamentaria*”, novena edición, Reus, Madrid, 1989.

COLIN, A., y CAPITANT, H., “*Curso elemental de Derecho civil*”, tomo VII, Reus, Madrid, 1972.

DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., “*Perspectiva de la legítima*”. Notas para una revisión, Consejo General del notariado, I, Madrid, 2002.

DE LA CÁMARA, M: “*Sucesiones*”, 9ª Edición.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1999.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “*Objetivos de una reforma del Derecho de Sucesiones*”, en Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006.

DÍAZ ALABART, S. en “*El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*”, revista Aranzadi Civil- Mercantil, nº 3, 2006.

DIE LAMANA, F.J., “*El artículo 831 del Código civil reformado por ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en derecho común*”, en Cuadernos del Seminario CHC, del Colegio de Registradores de Madrid, número 9.

DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A., “*Sistema de Derecho Civil*” Vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.

DÍEZ SOTO, C.M., “*Artículo 810 CC*”, *Jurisprudencia civil comentada*, T. II (Arts. 609 a 1314), Comares, Granada, 2009.

ESPEJO LERDO TEJADA, M., “*La sucesión testada en el Código Civil*”, Estudios Jurídicos, Madrid, 1996.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “*Reforma constitucional de la legítima y problemas de derecho transitorio*”, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, boletín núm. 1748, 1995.

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

FERNÁNDEZ HIERRO, M., y FERNÁNDEZ HIERRO, M., “*Panorama legislativo actual de la libertad de testar*”, Academia vasca de Derecho, Boletín JADO, año VII, nº 19, Bilbao, 2010.

FERRER ALÒS, L., “*Sistema hereditario y de reproducción social en Cataluña*”, Congrés Internacional d’Història Econòmica, Mélanges de l’École française de Rome, 1998.

FERRER RIBA, J., “*El nuevo derecho catalán de sucesiones*”, In Bret, 2008. 42

FLORENSA TOMÁS, «*La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 C.C.*», Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados; Santiago de Compostela, año 2005.

GALICIA AIZPURUA, G., “*Las legítimas en el País Vasco: problemas y alternativas de solución*”, Comparecencia parlamentaria. Parlamento Vasco, Comisión de

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

Instituciones, Seguridad y Justicia, para estudiar la actualización del Derecho Civil vasco, 14 de junio de 2013.

GARRIDO MELERO, M. «*Derecho sucesorio catalán (pasado y futuro de las instituciones)*» en “La Notaría”, núm. 3, 2001.

GIMÉNEZ VILLAR, F. «*Dos modelos de fiducia en testamento mancomunado*», RDCA, V, 1999, núm. 2.

IGLESIAS SANTOS, J. “*Derecho romano*”, Sello Editorial, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J.M., “*Elementos de Derecho Civil*”, Vol. V Sucesiones, Dykinson, Madrid, 2007.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “*Derecho de Familia*”, T. VII, Principios de Derecho Civil, 11ª Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, págs. 206 y siguientes.

LLEDÓ YAGÜE, F., “*Sistema de derecho civil. Sucesiones*”, Dykinson, Madrid, 2002.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en “*Anuario de Derecho Civil*”, Tomo 58, Fascículo III, Julio-septiembre 2005.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “*El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites*”, Comentario a la constitución socioeconómica de España, Granada, 2002.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “*La garantía institucional de la herencia*”, Derecho Privado y Constitución, 1994.

MAGARIÑOS BLANCO, V. “*La libertad de testar*”, XI Congreso Notarial Español. Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia. Colegio Notarial de España. Madrid 2012.

MARTÍN PÉREZ, J.A., “Artículo 806 CC”, en *Jurisprudencia civil comentada*, T. II (Arts. 609 a 1314), Comares, Granada, 2009.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L. «Artículo 125», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXIV, vol. 2, Artículos 119 al final de la Compilación de Aragón, Edersa, Madrid, 1988; «*Las legítimas en Aragón*», Coloquio (Mod. Francisco CURIEL), Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.

MOLINA PORCEL, M., “*Derecho de Sucesiones*”, Grupo difusión, Madrid, 2006.

GALICIA AIZPURUA, G., “*Reservas hereditarias*”, Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco), t. II, Civitas, Pamplona, 2011.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

O'CALLAGHAN, “*A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima*”; Artículo de la Revista Actualidad Civil núm. 5 de mayo de 2015.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “*Nota final a la naturaleza de la legítima*” en ADC, abril-junio 1986.

PUIG BRUTAU, J., “*Fundamentos de Derecho Civil*”, Vol. V, t. III, Barcelona, 1984.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “*Artículo 806 CC*”, en Comentarios al Código Civil, T. IV (Arts. 588 a 818), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “*Artículo 807 CC*”, Comentarios al Código Civil, t. IV (Arts. 588 a 818), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

REBOLLEDO VARELA, A.L., “*Derecho civil de Galicia: Presente y futuro*”, Revista jurídica de Navarra, 2008. 43

RIVAS MÁRTÍNEZ, J.J., “*Derecho de Sucesiones. Común y foral*”, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2009.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M, en su artículo “*La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes*”, en el “*Libro homenaje al profesor Albaladejo García*”, Tomo II.

ROCA SASTRE, R.M., “*Naturaleza jurídica de la legítima*”, Revista de Derecho Privado, 1944.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., “*Derecho de sucesiones*”, Tomo II, 2ª Ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ BOIX, F. «*La preterición*», “*Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*” en El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001.

RUEDA ESTEBAN, «*La fiducia sucesoria del artículo 831 C.C.*», Colegio Notarial de Granada, Boletín de información, marzo 2005, n.º 279.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., en su artículo “*La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad*”, de la revista Actualidad Civil n.º 4 de 2004

SEISDEDOS MAIÑO, A. “*El principio de igualdad ante la Ley en las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución*” (comentario a la STS de 31 de julio de 2007), en Revista de Derecho Privado, n.º 92, mes 2, 2008.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

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

TOMÁS Y VALIENTE, T., *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2009.

TORRES GARCÍA, T.F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La legítima en el Código Civil II”, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, t. II, Civitas, Pamplona, 2016.

VALLADARES RASCÓN, E., “*Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil*”, en A.A.V.V., “Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García”, Universidad de Murcia – Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Murcia 2004.

VALLET DE GOYTISOLO, J., “Artículo 807”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XI, artículos 806 a 857 del Código Civil, Edersa, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho sucesorio. V. III Estudios dispersos sobre las legítimas*, Montecorvo, Madrid, 1981; “*Las legítimas*”, tomo II.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO (“*Código Civil Comentado*” Volumen II, [Thomson Reuters (Legal) Limited / Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Dir.), Vol. II, Editorial Aranzadi, SA; ISBN: 978-84-9099-399-6 (Volumen II); Pamplona)

VAQUER ALOY, A. y DE BARRÓN ARNICHES, P., “*La legítima en Cataluña*”, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, T. II, Civitas, Pamplona, 2011.

VAQUER ALOY, A., “*Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima*”, InDret, 2007.

## 8. LISTADO DE REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

---

STS de 8 de febrero de 1892.

STS de 20 de junio de 1932.

STS de 24 de marzo de 1948.

STS de 11 de enero de 1950.

STS de 30 de junio de 1950.

STS de 6 de julio de 1957.

STS 19 de abril de 1963.

STS de 9 de enero de 1974.

¿Hacia dónde va la legítima en el Derecho Común?

STS de 31 de mayo de 1980 [RJ 1980\2724].  
STC 2 de febrero de 1981 4/1981.  
STS de 8 de mayo de 1989 [RJ 1989\3673].  
STS de 21 de diciembre de 1989 [RJ 1989\8862].  
STS de 25 de enero de 1990 [RJ 1990\65].  
STS 22 de noviembre de 1991 [RJ 1991\ 8477].  
STS 23 de septiembre de 1992 [RJ 1992\7019].  
STS 28 de junio de 1993.  
STS de 28 de marzo de 1994.  
STS de 26 de junio de 1995.  
STS de 17 de julio de 1996 [RJ 1996\5800].  
SAP de Granada de 8 octubre 1996.  
STS de 15 de noviembre de 1996 [RJ 1996\82812].  
STSJ de Aragón de 11 de noviembre de 1998 [RJ 1998\8596].  
SAP de Palencia de 20 de abril de 2001.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, de 19 de abril de 2005.  
SAP Girona Secc. 2ª de 12 de noviembre de 2007.  
STS de 3 de junio 2014  
STS de 30 de enero de 2015

## **9. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

---

R. 13 de enero de 2006 (RJ 2006, 645).  
R. de 9 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1861).  
R. de 6 de marzo de 2012 (RJ 2012, 6149).  
R. de 18 de junio de 2013.  
R. de 12 de junio de 2014 (RJ 2014, 4616).  
R. de 4 de julio de 2014 (RJ 2014, 4479).