

Panorama legislativo actual de la libertad de testar

MARÍA FERNÁNDEZ-HIERRO

Abogada

MARTA FERNÁNDEZ-HIERRO

Juez de Primera Instancia e Instrucción

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Resumen: Se analiza la *libertad de testar* en el panorama legislativo actual, partiendo de la distinción entre los diferentes tipos de ordenamientos jurídicos según la regulación de la libertad de testar (sistemas legitimarios versus derecho anglosajón) y centrándose en las últimas *novedades* legislativas introducidas a favor de la libertad de testar en el *derecho comparado* extranjero con más influencia en nuestro ordenamiento, con especial atención a Francia y Alemania. También se hace un repaso de las novedades legislativas aprobadas, o proyectadas, en el Derecho civil de otras *autonomías*, con especial hincapié en Galicia, Cataluña o Valencia. Como conclusión se observa un denominador común en todos los ordenamientos estudiados: la tendencia a favorecer la libertad de testar mediante distintos métodos, entre los que destacan fórmulas para mantener unido el patrimonio empresarial del testador, la reducción del número de legitimarios o convertir la legítima en un derecho de crédito.

Palabras clave: Libertad de testar, novedades legislativas, derecho comparado, autonomías, patrimonio del testador.

Laburpena: Azterlan honetan, *testamentua egiteko askatasuna* azaltzen da, egungo lege-rien egoeratik abiatuta. Horretarako, antolamendu juridiko desberdinak bereizten dira, antolamendu horiek testamentua egiteko askatasuna nola arautzen duten kontuan hartuta (seniparte-sistemak versus zuzenbide anglosaxoia). Bereziki aztertzen dira, aspaldi honetan eta testamentua egiteko askatasunaren mesederako, atzerriko *zuzenbide konpa-*

ratuan gertatu diren legegintza-berrikuntzak, batik bat, halakoak gure antolamenduan eragin nabaria izan dezaketenean; arreta berezia jartzen da, berbarako, Frantzia eta Alemaniaren kasuetan. Ildo beretik, beste *autonomia-erkidego* batzuetako zuzenbide zibiletan arestian onetsi nahiz aurreikusitako legegintza-berrikuntzak aztertzen dira; azpimarra jartzen da, hala nola, Galizia, Katalunia eta Valentziaren kasuetan. Ondorio gisa esan beharra dago aztertutako antolamendu guztietan ezaugarri berbera atzeman dela: testamentua egiteko askatasuna gero eta zabalagoa da, eta, horretarako, metodo desberdinak erabiltzen dira. Metodo horien artean, aipatzeko modukoak izan daitezke, besteak beste, testamentugilearen enpresa-ondarea ez zatitzeko formulak, senipartedunen kopurua urritzea edota senipartea kreditu-eskubide bihurtzea.

Gako-hitzak: Testamentua egiteko askatasuna, arestiko legegintza-berrikuntzak, zuzenbide konparatua, autonomia-erkidegoak, testamentugilearen ondarea.

Abstract: Analysis of *testamentary freedom* under the current legislative framework, based on the distinction between the different types of legal systems pursuant to the regulation of testamentary freedom (forced heir versus common law systems) and focusing on the latest legislative *amendments* introduced in favour of testamentary freedom of the most influential foreign *comparative law* in our legal system, with special attention being paid to France and Germany. A review is also made of the legislative amendments either passed or planned, under the civil law in other *autonomous communities*, with particular emphasis on Galicia, Catalonia or Valencia. In conclusion, a common denominator is noted in all legal systems studied: the trend to favour testamentary freedom, by means of different methods, most notably those formulas intended to keep together the business assets of the testator, the decrease in the number of forced heirs or the conversion of the forced heir's right into that of a right in personam.

Key words: Testamentary freedom, latest legislative amendments, comparative law, self-governments, testator's legacy.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LIBERTAD DE TESTAR. IV. PANORAMA LEGISLATIVO ACTUAL: CLASIFICACIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR. V. CASOS SOBRESALIENTES DEL DERECHO COMPARADO. 1. DERECHO ANGLOSAJÓN. 1.1. Inglaterra y Gales. 1.2. Escocia. 1.3. Irlanda. 1.4. Canadá. 1.5. Estados Unidos. 1.6. México. 2. FRANCIA. 2.1. Antecedentes legislativos. 2.2. Análisis del texto legal. 2.2.1. Concepto de reserva hereditaria. 2.2.2. Herederos reservatarios: a) *Descendientes*. b) *Cónyuge*. c) *Ascendientes*. 2.2.3. Cálculo de la reserva. 2.2.4. Reducción de liberalidades excesivas. 2.2.5. Orden de las reducciones. 2.2.6. Modalidades de la reducción. 3. PAÍSES AFINES A FRANCIA. 3.1. Italia. 3.2. Portugal. 3.3. Suiza. 3.4. Bélgica. 4. ALEMANIA. 4.1. Cuantía de la legítima. 4.2. Pago de la legítima. 4.3. Aplazamiento del pago de la legítima. 4.4. Donaciones colacionables. 4.5. Causas de desheredación. 4.6. Poder Prorrogado y Poder Post Mortem. VI. DERECHOS FORALES. 1. NAVARRA. 2. ARAGÓN. 3. ISLAS BALEARES. 3.1. Mallorca y Menorca. 3.2. Ibiza y Formentera. 4. GALICIA. 4.1. Pactos de mejora. 4.2. Pacto de Apartación. 4.3. Pacto de Usufructo a favor del cónyuge viudo. 4.4. Legítimas. 4.4.1. Legítima de los descendientes. a) *Concepto*. b) *Cálculo de la legítima*. c) *Pago de la legítima*. 4.4.2. Legítima del cónyuge viudo. 4.5. Preterición. 5. CATALUÑA. 5.1. Concepto de legítima. 5.2. Legitimarios. 5.3. Cuantía y cómputo de la legítima. 5.4. Intangibilidad de la legítima. 5.5. La atribución, la imputación, la percepción y el pago de la legítima. 5.6. La preterición y la desheredación. 5.7. Cuarta viudal. 6. VALENCIA. 6.1. La empresa familiar y el control de acciones. 6.2. Concepto de legítima. a) *Bienes computables y no computables*. b) *Pago de la legítima*. 6.3. Legitimarios y cuantía de la legítima. a) *Legítima de los hijos y descendientes*. b) *Legítima de los progenitores*. c) *Legítima del cónyuge viudo*. 6.4. Preterición y Desheredación. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la libertad de testar no se puede decir que sea un tema nuevo en la Historia del Derecho, ni que se haya suscitado sólo en estos últimos años, pero sí que es un tema actual, tanto por las reformas legislativas existentes o en proyecto (en algunos países extranjeros y territorios forales), como por las posturas doctrinales favorables a una legisla-

ción más permisiva, en aquellos otros lugares donde últimamente no se ha producido ninguna reforma legislativa en ese sentido.

El objeto de esta ponencia es dar una idea del panorama legislativo actual en Derecho comparado y en los territorios forales —a excepción del Derecho Vasco que ya ha sido tratado previamente—, dando especial relevancia a las últimas novedades legislativas que suponen una ampliación de la libertad de testar.

No obstante, antes de nada es conveniente que hagamos una breve introducción histórica.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La libertad de testar aparece con el testamento, que fundamentalmente tiene su auge en el Derecho romano. No obstante, el Derecho justinianeo limitó algo, en beneficio de los parientes, tal libertad de testar (*officium pietatis*).

En el Derecho romano vulgar, vigente en España en la época de las invasiones, parece que existía una libertad de testar bastante amplia. Posteriormente, en la época visigoda, siguiendo los principios del Derecho germánico se establece la legítima de los hijos en los cuatro quintos, que comprende una parte de mejora de un décimo, posteriormente elevada a un tercio por Ervigio.

No obstante, como indica LACRUZ BERDEJO¹, por influencia de la Iglesia y la economía burguesa, la libertad de disposición se va desarrollando en los derechos particulares, hasta que incluso en algunos fueros se llega a poder disponer con total libertad de todo el patrimonio.

¹ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones II*, 1973, pág. 13.

En Castilla se conserva la legítima visigoda y posteriormente, el Código civil si bien es más liberal que el derecho anterior, dista todavía mucho de los ordenamientos forales, pues se inspira en el Derecho de Castilla.

Como señala MAGARIÑOS BLANCO², en la época de la codificación las ideas de la Revolución francesa eran muy poco proclives a la libertad de testar, pues se consideraba que ésta era la fuente de privilegios de uno de los hijos y la causa de perpetuación de desigualdades propias del Antiguo Régimen; con este fundamento el código napoleónico proscribió la renuncia de los derechos sucesorios en vida del causante (arts. 791 y 1030). En España las mismas ideas llevaron a prohibir la renuncia o transacción sobre la legítima futura (artículo 816 C.c.)

III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LIBERTAD DE TESTAR

Como recuerda MAGARIÑOS BLANCO³, en la época clásica se discutía si la legítima era debida por derecho natural o positivo. Quienes entendían que era debida por derecho natural (como Bartolo o Socino) se basaron en que era una continuación de la obligación alimenticia que el causante tenía en vida, pero a esta doctrina se le objetó por los defensores de la tesis contraria, como el abad Panormitano, que en ese caso el ascendiente sólo debería la legítima al descendiente a quien en concreto le debiera alimentos, o tampoco tendrían derecho a la legítima en la herencia de su madre el hijo cuyo padre viviera.

² VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, *Análisis de la libertad de testar*, en revista digital “ www.JoaquinCosta.com”, Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa, 14 octubre de 2009.

³ Obra citada.

Gregorio López entendió, siguiendo a Baldo, que los fueros municipales pueden autorizar la casi desheredación de los otros hijos para favorecer al primogénito, aunque los perjudicados tendrían derecho a alimentos.

Montesquieu (El espíritu de las Leyes) señaló que el Derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerlos herederos.

Siguiendo a VALLET, MAGARIÑOS BLANCO⁴ repasa la polémica que existió a finales del siglo XIX en nuestro país sobre la libertad de testar o no, pronunciándose a favor de la libertad de testar Joaquín Costa, Duran y Bas, Giner de Los Ríos, Sánchez Román y Azcárate.

Tal polémica iba unida al enfrentamiento existente entre los foralistas, defensores del mantenimiento de los ordenamientos forales, y los partidarios de un único Código Civil. La polémica sobre la libertad de testar se acalló cuando se vio que se iban a hacer una serie de apéndices y que se iban a mantener los derechos forales.

No obstante es interesante detenernos en enunciar brevemente los argumentos esgrimidos, que de forma mucho más detallada concreta MAGARIÑOS BLANCO⁵.

En contra (ALONSO MARTINEZ) se indicaba:

- Que debe tratarse a los hermanos de forma igualitaria, lo contrario genera envidias y fomenta pleitos.
- Que favorecer a un extraño antes que a la familia es injusto, y puede dar lugar a abusos por parte del padre.
- Se evita la concentración de propiedades en una sola mano.

⁴ Obra citada.

⁵ Obra citada.

– Que los padres no pueden desentenderse de su deber de alimentos hacia los hijos.

A favor de la libertad de testar:

– Tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de la muerte.

– En cuanto a la igualdad, se indica cómo la mera observación de la realidad nos muestra que los hijos no son iguales ni naturalmente ni en cuanto a sus circunstancias, y el testador es el que mejor puede hacer una distribución equitativa y adecuada a sus circunstancias. El sistema legitimario es un corsé que impide la distribución equitativa del patrimonio.

– Desde el punto de vista de la protección a la familia se dijo que robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto en la elección del heredero y el reparto equitativo, estimula el esfuerzo y cooperación de los hijos.

– Con respecto del deber de alimentos se indicaba que el sistema de legítimas es ajeno a la situación de necesidad del legitimario.

Hoy en día se ha resucitado doctrinalmente el problema de libertad de testar y así, en el Congreso Notarial de septiembre de 2005 celebrado en Barcelona, se propone solicitar reformas legislativas tendentes a mantener el principio de libertad civil.

Y resulta llamativo cómo algunos de los argumentos dados en el siglo XIX a favor de la libertad de testar siguen de plena actualidad.

Además de aquellos argumentos en favor de la libertad de testar, hoy se llama la atención sobre las diferencias económicas y sociales producidas desde el siglo XIX hasta nuestros días:

a) Antes las relaciones familiares eran mucho más estrechas; hoy en día el concepto de familia ha cambiado mucho, las legítimas sólo se entienden desde el punto de vista de la familia tradicional, pero no se sostienen si lo que se quiere es favorecer los vínculos afectivos familiares; vínculos afectivos que no tienen por qué dirigirse exactamente hacia los componentes de la familia tradicional; en definitiva no tiene sentido dejar por ley la legítima a alguien con quien no existe vínculo afectivo.

b) El significado del patrimonio en relación con la familia ha variado mucho, hay una ausencia de vínculos socio familiares en relación con el patrimonio; por lo que no se puede seguir basando la legítima en la idea de conservar el patrimonio dentro de la familia. Así hoy la casa familiar no es el elemento físico referencial —es un bien fungible más, siendo normal que una familia cambie varias veces de casa en su vida—.

c) El concepto de empresa familiar también ha cambiado, normalmente suele ser una sociedad con el capital repartido en acciones, donde las legítimas más que permitir su continuación a veces la dificultan.

IV. PANORAMA LEGISLATIVO ACTUAL: CLASIFICACIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR

Si pasamos a examinar el panorama legislativo nos percataremos de que en general no es favorable a la libertad de testar; de hecho, en Europa no existe un solo ordenamiento jurídico que permita de forma absoluta la libertad de testar.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes tanto en el Derecho Comparado internacional, como a nivel estatal, en los derechos forales, encontramos normas que limitan la libertad de testar a través del

instituto de las legítimas o las también llamadas reservas a favor de determinados parientes cercanos del causante.

En cuanto a la libertad de testar y la forma de limitarla legalmente, podemos de entrada hacer dos grandes distinciones entre los sistemas legitimarios clásicos y los que reconocen la libertad de testar.

1. **Sistemas Legitimarios Clásicos.** A su vez dentro de los sistemas legitimarios clásicos pueden distinguirse aquellos que consideran la legítima como *pars hereditatis* de aquellos que otorgan al legitimario un derecho de crédito frente al heredero.

1.1. Ordenamientos jurídicos que reconocen a los parientes cercanos el derecho a una parte determinada de la herencia, tradicionalmente llamada **legítima o reserva**, son mayoritariamente los que parten del Derecho romano (Francia, Italia, España...) pero también en otros países europeos como Finlandia, Suecia o Grecia.

A su vez dentro de ellos podemos distinguir:

1.1.1. Aquellos en los que la legítima o parte de la herencia reservada a los legitimarios varía **según el número de herederos** que concurren. Esto sucede por ejemplo, en el Código Civil Francés, o Portugal o Italia.

1.1.2. Aquellos en los que se establece una **porción fija e invariable**, sin atender a la cantidad de herederos que concurren. Este es el caso de España, Grecia, Finlandia, Dinamarca, Suecia...

1.1.3. A su vez dentro de esta última categoría, los sistemas de tradición hispánica contemplan una parte de legítima estricta, y una parte de **mejora**, que obligatoriamente debe ir a favor de un legitimario, pero dotando al testador de libertad para distribuirla libremente entre cualquiera de los legitimarios.

1.2. En segundo lugar, estarían los países que reconocen a determinados parientes no el derecho a una parte de la herencia, sino **un derecho de crédito frente a los herederos**. Este es el caso de Alemania o Austria.

Dentro de estas categorías hay múltiples variantes en función de qué parientes se consideran legitimarios: ciertos países excluyen a los ascendientes –como Francia–, o no consideran legitimario al cónyuge viudo, como es el caso de España.

También hay variedades según la parte de herencia reservada y la de libre disposición, siendo un caso curioso el de Noruega, donde la legítima de los hijos es de dos tercios de la herencia, pero ningún descendiente o su rama están legitimados para reclamar más de un millón de coronas ni pueden recibir menos de 200.000 coronas en dicho concepto. (Aproximadamente 126.000 € como máximo y 25.200 € como mínimo. En cuanto al cónyuge, recibe un cuarto de la herencia igualmente con un mínimo que, careciendo el causante de descendientes, alcanza los 38.000 €.)

2. El segundo grupo estaría formado por **los ordenamientos jurídicos que reconocen la libertad de testar**, que tradicionalmente corresponden a los países de Derecho anglosajón. No obstante hay que precisar que actualmente en los países de Derecho anglosajón tampoco la libertad de testar es absoluta (como lo era, por ejemplo en Inglaterra y Gales hasta 1938). En estos casos, normalmente la limitación a la libertad de testar viene a través del reconocimiento a determinados parientes y al cónyuge del derecho a obtener alimentos cualquiera que sea la disposición del testador. Ejemplo de ello, es lo que ocurre en Inglaterra.

En Latinoamérica adopta este sistema el Código civil mejicano, que admite la libertad de testar, pero aquí también se obliga al causante a dejar una pensión de alimentos al cónyuge, y a ciertos parientes consanguíneos en línea recta, e incluso a la concubina pareja de hecho. En el mismo orden de ideas siguen este sistema los códigos civiles de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

3. Finalmente, en la actualidad podría hablarse de **un tercer grupo, intermedio** entre los dos anteriores: aquellos países donde los legitimarios tienen derecho a una parte de los bienes de la herencia o de su valor, pero sólo si se hallan en situación de necesidad.

Esto es lo que ocurre por ejemplo en Rusia, donde el actual Código Civil acepta el principio de libertad de testar con las limitaciones del artículo 1.149, que otorga a los hijos del causante que sean menores o discapacitados, su cónyuge y/o progenitores discapacitados la facultad de pedir al menos la mitad de la herencia.

También en Estonia se prevé (§ 104 de la Ley de Derecho de Sucesiones) que *“si el causante en testamento o contrato sucesorio ha desheredado a un ascendiente, descendiente o a su cónyuge llamado a suceder abintestato que está incapacitado para el trabajo, o ha reducido su cuota hereditaria en comparación con la cuota que le correspondería abintestato, esos parientes y el cónyuge tienen derecho a suceder en la legítima”*.

En Lituania los hijos, parientes y el cónyuge del causante tienen derecho a la legítima siempre que “necesiten ser mantenidos” en el momento del fallecimiento del causante, siendo la cuantía de la legítima la mitad de la cuota intestada.

En Eslovenia, los abuelos y hermanos del causante sólo adquieren derecho a la legítima si son incapaces para el trabajo y carecen de medios económicos para satisfacer sus necesidades.

Además, en el año 2001 la Ley de Sucesiones eslovena fue modificada, estableciéndose que el cónyuge o los herederos privados de medios económicos suficientes para la vida pueden solicitar del juez un incremento de sus cuotas a costa de los restantes herederos.

Finalmente, **en Polonia** la cuantía de la legítima se incrementa hasta los dos tercios de la herencia si los legitimarios son menores de edad o incapaces para el trabajo.

V. CASOS SOBRESALIENTES DEL DERECHO COMPARADO

A continuación vamos a detenernos en examinar las regulaciones más sobresalientes del Derecho Comparado.

1. DERECHO ANGLOSAJÓN

1.1. Inglaterra y Gales

La Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, permite a determinadas personas solicitar al Tribunal una “provision” (disposición) en el supuesto de que el testador en el testamento (o bien las normas de sucesión intestada) no realice una atribución económica razonable a su favor.

No coincide exactamente con nuestro derecho de alimentos. El artículo 1 regula quiénes pueden solicitar esta “provision”.

- Cónyuge del causante o pareja de hecho.
- Ex cónyuge que no haya contraído nuevas nupcias.
- Hijo del causante.
- Otras personas a las que, en relación con algún matrimonio contraído durante su vida, el causante haya tratado como hijos.
- Cualquier persona que inmediatamente antes de la muerte del causante, hubiera estado mantenida total o parcialmente por él.

El juez inglés tiene amplias libertades para valorar las circunstancias del caso, y determinar si procede o no la concesión de esta “provision”, y cómo articularla en relación con la herencia del causante.

Sobre el primero de estos puntos, el artículo 3 regula los aspectos que el tribunal debe tener en cuenta para determinar si se ha efectuado o no una atribución económica razonable al solicitante:

- Los recursos económicos y necesidades financieras que el solicitante tiene o pueda tener razonablemente en el futuro.

- Los recursos económicos y necesidades financieras que tengan el resto de solicitantes de esta “provisión”, y de los beneficiarios de la herencia.
- Obligaciones y responsabilidades del causante en relación con el solicitante, y con los beneficiarios de la herencia.
- Composición y cuantía de la herencia.
- Discapacidades físicas o mentales del solicitante, y de los beneficiarios de la herencia.
- Cualquier otra cuestión que el tribunal estime relevante a la vista de las circunstancias del caso, incluida la conducta del solicitante o de cualquier otra persona.

Y se prevén asimismo otras circunstancias a tener en cuenta específicamente por el tribunal, en función de la persona que solicite esta disposición. Así por ejemplo, si lo hace el cónyuge del causante: edad del solicitante y duración del matrimonio, su contribución al bienestar de la familia (incluido el cuidado de la familia y el hogar).

De conformidad con el artículo 2, el tribunal tiene unas amplias facultades, en el supuesto de que efectivamente considere que la atribución económica efectuada por el causante al solicitante no era razonable, para determinar la cuantía y la forma de la disposición concedida al solicitante, que pueden consistir a modo de ejemplo: pagos periódicos a cargo de la herencia, o una suma concreta de dinero, la atribución de bienes específicos de la herencia...⁶ En el caso de pagos periódicos se puede establecer que sea por un plazo determinado de tiempo, o que se extingan si sucede un hecho determinado.

⁶VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Indret, Revista Para el Análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, julio 2007: “Por otra parte, se obliga al juez –y a las partes– a realizar un ímprobo esfuerzo para detallar el estado financiero y las relaciones entre los contendientes y el causante antes, durante y después del otorgamiento del

El plazo para formular esta solicitud es de 6 meses desde la concesión de la representación de la masa hereditaria. Y durante la sustanciación del procedimiento se prevé la posibilidad de adopción de medidas cautelares.

También es posible efectuar una solicitud al tribunal para que revise estas previsiones, modificándolas o dejándolas sin efecto en el supuesto de un cambio de circunstancias. Solicitud que puedan formular las mismas personas que podían solicitar la “provision”, y también el representante del causante, beneficiarios de la herencia, y “trustees” de cualquier propiedad relevante.

1.2. Escocia

Se regula por la Succession (Scotland) Act 1964.

El cónyuge supérstite y los hijos tienen los llamados “derechos legales” (“legal rights”): el cónyuge tiene derecho a un tercio de los bienes muebles del causante si concurre con hijos o descendientes, y si no concurre, tiene derecho a la mitad de los bienes muebles.

Los hijos, colectivamente, tienen derecho a una tercera parte de los bienes muebles si concurren con cónyuge o pareja de hecho, y la mitad si no concurren. Sobre esta “legítima” cada hijo tiene derecho a una cuota igual; y si alguno de ellos premuere al causante, sus descendientes pueden reclamar su cuota por el principio de representación.

*testamento, incluso tras su muerte. Sólo hace falta leer alguna sentencia inglesa para comprender la dificultad —a la par que el grado de discreción de que disfruta— a la que debe enfrentarse el juez. Un buen ejemplo reciente es *Garland v Morris and another* [2007] All ER (D) 11 (Jan), donde el juez Furness acaba denegando la family provision a la hija desheredada por el testador, a pesar de sus notorias dificultades económicas, de tener tres hijos (de padres distintos) de los cuales sólo uno en edad laboral y de sobrevivir de subsidios. Elementos que tiene en cuenta el juez para decantar la balanza son las malas, poco menos que inexistentes en los últimos años, relaciones entre la hija y el testador, el hecho de que la hija había heredado a su madre invirtiendo la herencia en la compra de una casa, el hecho de que no trabajara ni buscara empleo desde hacía años, la mejor relación del causante con su otra hija a la que había ayudado en tiempos de dificultades y con gran preocupación por sus hijos, entre otros aspectos íntimos que se desgranaban en la relativamente larga sentencia.”*

Si en el testamento el testador ha previsto una disposición diferente a favor de estos parientes, deberán elegir entre los derechos legales y los que les concede el testamento; no pueden optar por los dos. Por ejemplo, si el testador deja un legado de 2.000 libras a su esposa en el testamento, ella pueda optar entre aceptarlo o reclamar el tercio o mitad de los bienes muebles anteriormente indicado.

1.3. Irlanda

Se regula por la Succession Act, 1965.

El único que tiene ciertos derechos que se pueden considerar como legítima es el cónyuge viudo (el texto legal se refiere a los “legal rights”) y se concretan:

- Si concurre con descendientes tiene derecho a un tercio de la herencia.
- Si el causante no deja descendencia tiene derecho a la mitad de la herencia.

El cónyuge puede renunciar a este derecho en un contrato prenupcial o posteriormente durante la vida del causante.

Además, si el causante le ha dejado un legado en testamento (y no se ha expresado en él que tiene derecho además a su participación legal), el cónyuge viudo puede elegir una u otra, y caso de no hacerlo recibe la suma legada y pierde el derecho a su participación legal.

Por lo que respecta a los hijos, no tienen derechos legales como el cónyuge, sino la posibilidad de reclamar una suerte de derecho de alimentos. Dispone en concreto el apartado 117: “*Cuando a solicitud del hijo del testador o en su nombre el Tribunal, considere que el testador no ha cumplido su obligación moral de atender debidamente las necesidades de su hijo, de acuerdo con sus medios, ya sea por testamento o en otra forma, el Tribunal podrá ordenar que se atiendan esas necesidades del hijo, como el Tribunal considere*

justo". El Tribunal deberá estudiar la solicitud desde el punto de vista de un padre justo y prudente, teniendo en cuenta la situación de cada hijo y cualquier otra circunstancia que pueda considerar.

Este derecho de los hijos fue estudiado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de julio de 2004, que señala: "*A lo que más se asemejan los derechos de los hijos del testador (en el régimen sucesorio irlandés) es a un derecho alimenticio a cargo de la herencia, si el hijo lo precisa, ya que conforme al mismo, los hijos no tienen el carácter de herederos forzosos del testador y éste tiene amplia libertad de testar cuando se trata de sus hijos*".

1.4. Canadá

En Canadá el derecho sucesorio no se regula a nivel federal, sino en cada una de las provincias y territorios. Podemos destacar, a modo de ejemplo, la regulación existente en Toronto y Québec.

En Toronto se rige por la Succession Law Reform Act de 1990, y contiene una regulación similar a la del Derecho inglés. Cuando el causante, no haya efectuado una provisión adecuada para el correcto mantenimiento de las personas a su cargo, cualquiera de ellas puede solicitar al tribunal un derecho de alimentos a cargo de la herencia. En concreto están legitimadas para formular dicha solicitud: cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, hijos o hermanos del causante, a los cuales el causante mantenía o tenía obligación legal de hacerlo inmediatamente antes de su fallecimiento.

A la hora de determinar si procede este derecho de alimentos, su duración y cantidad, el tribunal tiene que tener en cuenta todas las circunstancias de la solicitud, y entre ellas: ingresos actuales y probables en el futuro del solicitante, su capacidad para mantenerse por sí solo, su edad y estado de salud físico y psíquico, sus necesidades de acuerdo con su nivel de vida habitual, la duración de la relación y su proximidad con el causante, su contribución al bienestar del causante, si a su vez el solici-

tante tiene obligación legal de mantener a otra persona, acuerdos entre el causante y el solicitante, los bienes recibidos en vida del causante.

En cuanto a Québec, el Código Civil de Québec de 1.994 aunque parte de la base de la libertad de testar (art. 703) introduce algunas limitaciones a la libertad de testar para otorgar protección al cónyuge supérstite y a los hijos menores: la institución del patrimonio familiar y de la obligación de alimentos, restringiéndola sobre el Código Civil del Bajo Canadá de 1.865, que recogió los principios del ordenamiento inglés.

La obligación de alimentos subsiste a la muerte del proveedor y es a favor del cónyuge, ex cónyuge y los progenitores en línea directa. Tales importes se deducen del montante de la herencia.

Por otra parte la residencia de la familia, los bienes que los ocupa y que son de uso familiar, los vehículos a motor y los beneficios devengados durante el matrimonio bajo un plan de jubilación se consideran patrimonio familiar común, siendo repartido tal patrimonio al 50% entre ambos cónyuges.

También existe una prestación compensatoria que permite que el cónyuge del causante reclame un importe de dinero con el que contribuyó al enriquecimiento del causante.

1.5. Estados Unidos

Esta materia no es competencia federal, sino que se rige por la legislación de cada Estado.

En general, el cónyuge tiene derecho a la “elective share”, una cuota sobre el patrimonio del causante, que suele ser de un tercio; y tiene libertad para escoger los bienes hasta cubrir el porcentaje de asignación forzosa. A los hijos no se les reconoce legítima. Únicamente los hijos menores de edad pueden reclamar alimentos a cargo de la herencia y sólo hasta la mayoría de edad.

1.6. México

El artículo 1.368 del Código Civil Federal Mexicano según su reforma de 13 de abril de 2.007 señala:

“El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte;

II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;

III. Al cónyuge supérstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV. A los ascendientes;

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijo, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge ninguna tendrá derecho a alimentos;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan 18 años, si no tienen bienes para sobrevivir a sus necesidades”.

El artículo 1.369 precisa que no hay obligación de alimentos sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

En conclusión, se puede afirmar que lo más destacable de la regulación de los países anglosajones es la protección asignada al cónyuge viudo, no

sólo igual sino incluso superior a la asignada a los hijos del causante, puesto que en muchos casos al único que la ley reserva derechos sucesorios es al cónyuge supérstite, mientras que a los hijos se les reconoce únicamente un derecho de alimentos en caso de necesitarlo (Irlanda, EE.UU).

También llama la atención cómo la definición de los beneficiarios de estos derechos se basa en razones de efectiva afectividad y dependencia durante la vida del causante y no exactamente en la mera existencia de vínculos consanguíneos. Todo ello se acerca más a las tendencias actuales surgidas en los países continentales, donde se cuestionan las legítimas clásicas, que protegen la familia tradicional, en vez de favorecer los vínculos afectivos reales.

2. FRANCIA

2.1. Antecedentes legislativos

En Francia también existe legítima, que se denomina reserva, y esta materia ha sido reformada por la Ley de 3 de diciembre de 2001 y especialmente por la Ley de 23 de junio de 2006.

El Código Napoleónico fusionó en su día las características de los diferentes regímenes que le habían precedido. Concebía la reserva como *pars hereditatis*, es un derecho dentro de la sucesión, subordinada al ejercicio por los reservatarios de sus derechos sucesorios. Las justificaciones jurídicas de la reserva fueron también asumidas y enraizadas en la sociedad: que los descendientes debían ser protegidos, que cada uno tenía un deber hacia sus parientes más próximos, que debía reinar un mínimo de igualdad entre los descendientes...

Poco a poco surgen corrientes favorables a una mayor libertad de testar. La reforma de 2001 introduce la reserva del cónyuge en determinados supuestos; pero además muestra otro camino más adaptado a la realidad social, otorgando al cónyuge en lugar de reserva derechos imperativos sobre la vivienda habitual.

La ley de 2006 trata de aumentar claramente la libertad de testar, afectando a la naturaleza y a las características de la reserva, que sin embargo no desaparece.

2.2. Análisis del texto legal

2.2.1. Concepto de reserva hereditaria

El artículo 912 define la reserva hereditaria como la parte de bienes y derechos sucesorios sobre los cuales la ley asegura la transmisión libre de cargas a favor de ciertos herederos, denominados reservatarios, si son llamados a la sucesión y si la aceptan. La cuota disponible (parte de libre disposición) es la parte de bienes y derechos sucesorios que no está reservada por la ley, y de la que el causante puede disponer libremente por medio de liberalidades.

2.2.2. Herederos reservatarios:

a) Descendientes

La ley no determina la reserva, solamente la cuota disponible que varía según el número de hijos, en el artículo 913. Y así, la reserva será de la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo, de dos tercios si deja dos hijos, y de tres cuartos si deja tres o más hijos.

Si el hijo renuncia a la sucesión sin dejar nietos, después de la reforma de 2006 no está ya comprendido en el número de hijos dejados por el difunto, al contrario de la regla anterior (artículo 913).

b) Cónyuge

Si no concurre con descendientes, tiene una reserva de un cuarto (artículo 914.1 redactado por ley de 2001). Sus derechos imperativos más importantes son los derechos de disfrute temporal, uso y habitación del domicilio conyugal, que técnicamente no son derechos reservatarios, pero que en definitiva suponen una limitación a la libertad de testar del causante.

Así, si a la época del fallecimiento, el cónyuge superviviente ocupa efectivamente a título de vivienda habitual principal, una vivienda perteneciente a los esposos o afecta a la sucesión, el cónyuge tiene derecho:

- durante un año, al disfrute gratuito de dicho alojamiento y del mobiliario (artículo 763): especifica el precepto que dicho derecho se considera efecto directo del matrimonio y no un derecho sucesorio, y que es un artículo de orden público.
- hasta su fallecimiento, y salvo voluntad en contrario del causante, tiene derecho de habitación y derecho de uso del mobiliario también en relación con la citada vivienda (artículo 764).

c) Ascendientes

En el régimen anterior a la ley de 2006, si el causante no tenía descendientes, los ascendientes tenían una reserva (antiguo artículo 914), en la que no se distinguía el grado de parentesco. La reserva era invariable cualquiera que fuese el número de ascendientes: un cuarto de la sucesión para cada línea. En consecuencia, si existían ascendientes en cada línea la cuota disponible era de la mitad, y si sólo había ascendientes en una línea, la cuota disponible era de tres cuartos. La ley de 2006 ha derogado esta reserva, y en su lugar se regula un derecho de retorno legal.

2.2.3. Cálculo de la reserva

Para el cálculo de la reserva se parte del activo presente y neto, se deduce el pasivo y después, de un modo ficticio, se añaden las liberalidades colacionables (artículo 922).

Evidentemente las liberalidades a favor de los no reservatarios, extraños o sucesores ordinarios se imputan a la cuota disponible. Y si exceden la cuota disponible son reducidas.

Más dificultades presentan las liberalidades hechas a favor de los reservatarios, si se deben imputar a la parte de libre disposición o a la reserva, lo que depende de la naturaleza de la liberalidad.

El artículo 919 dispone que:

“La parte de libre disposición podrá darse en parte o en su totalidad, ya sea por acto entre vivos o por testamento, a los hijos u otros sucesores del donante sin estar sujeta a colación por el donatario o el legatario llamado a la sucesión, siempre que, en lo que afecta a las donaciones, la disposición haya sido hecha expresamente a título de mejora y con cargo a la parte de libre disposición.

*La declaración de que la donación es a título de mejora y con cargo a la parte de libre disposición podrá hacerse en el acto que contenga la disposición o, posteriormente, en la forma prevista para los actos de disposición entre vivos o por testamento.”*⁷

Esto es, cuando el causante lo preveía expresamente, la donación a favor del reservatario se imputaba a la parte de libre disposición. En caso contrario, se imputa en primer lugar a su reserva; el problema surgía si la donación excedía de la cuota de reserva. Y las diferentes interpretaciones han sido clarificadas por la reforma del año 2006 que introduce los artículos 919.1 y 919.2, que señalan:

- Estas donaciones hechas a un heredero reservatario, si no se dice nada en contrario, se imputan en primer lugar a su cuota de reserva, después a la parte de libre disposición. Y el excedente está sujeto a reducción.
- En las liberalidades hechas con cargo a la parte de libre disposición, el excedente está sujeto a reducción.

⁷ Artículo 919: *“La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie soit par acte entre vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu qu’en ce qui touche les dons la disposition ait été faite expressément et hors part successorale.*

La déclaration que la donation est hors part successorale pourra être faite, soit par l’acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement, dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires.”

2.2.4. Reducción de liberalidades excesivas

La ley de 2006 ha introducido el principio de que la reducción se ejercerá en valor (artículo 924) por medio de una indemnización, en realidad una especie de compensación.

Según el artículo 921, la reducción puede ser solicitada por aquellos en cuyo favor la ley prevé la reserva, por sus herederos y causahabientes. Los donatarios, legatarios y acreedores del causante no pueden demandar esta reducción ni beneficiarse de la misma.

En este punto entra en juego una de las novedades introducidas por la reforma del año 2006. Uno de los principios esenciales en el Derecho de sucesiones francés, introducido por el Código napoleónico, inspirado por los principios revolucionarios, es la prohibición de celebrar pactos sobre la sucesión futura. La reforma de la ley del año 2006 mantiene nominalmente este principio como regla general (artículo 722), pero admite excepciones, en los supuestos que sean autorizados por la ley.

Y una de las principales novedades de la ley de 2006 es la posibilidad de renunciar anticipadamente al ejercicio de la acción de reducción. Todo heredero reservatario, antes de la apertura de la sucesión, puede renunciar a ejercer una acción de reducción, con el consentimiento del causante y en beneficio de una o más personas determinadas (artículo 929). La renuncia no obliga al renunciante sino desde el día en que haya sido aceptada por el futuro causante. Puede afectar a toda la reserva, o a parte de ella, o afectar sólo a un bien o a varios concretos, y no puede estar sujeta a condición.

La eficacia de la renuncia está condicionada a que el testador efectivamente favorezca a la persona que se designa en la renuncia. Si posteriormente no tiene lugar esta liberalidad a favor de dicho tercero, la renuncia a la acción de reducción no tendrá efecto, al igual que si se dona o lega un bien distinto que el que se preveía en la renuncia o se hace a favor de persona distinta (artículo 930.2).

El legislador ha introducido todo tipo de precauciones para evitar que esta novedad, contraria a los principios tradicionales de Derecho sucesorio, pueda suponer el retorno a costumbres antiguas o incluso costumbres de carácter islámico que impliquen discriminaciones (como evitar la exclusión de las mujeres en la sucesión o la vuelta al mayorazgo):

- Se ha de hacer en escritura notarial ante dos notarios; se firma separadamente por cada renunciante en presencia únicamente de los notarios. Y debe precisar las consecuencias jurídicas futuras para cada renunciante. La renuncia es nula si no cumple dichas condiciones o cuando el consentimiento del renunciante está viciado por el error, el dolo o la violencia (artículo 930).
- Reglas de capacidad reforzada: según el artículo 930.1 se requiere la misma capacidad que para otorgar donaciones inter vivos, y no se permite la renuncia anticipada a los menores emancipados.
- La renuncia no puede ser calificada de liberalidad (artículo 930.1); aunque seguramente el motivo de esta precisión es de carácter fiscal.

Para garantizar la seguridad jurídica, la renuncia es irrevocable con tres excepciones, previstas en el artículo 930.3:

- que el designado beneficiario de la renuncia no haya cumplido sus obligaciones alimenticias hacia el renunciante;
- si el renunciante, en el momento de apertura de la sucesión, se encuentra en un estado de necesidad que desaparecería si él no hubiese renunciado a sus derechos reservatarios;
- si el beneficiario de la renuncia comete un crimen o un delito contra el renunciante.

A partir de la reforma de 2006, la acción de reducción prescribe en el plazo de cinco años a contar desde la apertura de la sucesión, o de dos años a contar desde que los herederos conocen el acto que perjudica la

reserva, sin que jamás pueda exceder de 10 años a contar desde el fallecimiento (artículo 921.2). Anteriormente, y conforme a los principios generales de prescripción extintiva, el plazo era de 30 años, lo que según la opinión general era un plazo excesivo.

Esta medida cumple con la principal finalidad de la reforma de 2006, que es facilitar la transmisión de empresas y patrimonios familiares

2.2.5. Orden de las reducciones

La regla general sigue el principio de *prior tempore potior iure*, esto es, respetar los derechos anteriores. No obstante es preciso distinguir entre legados y donaciones.

Los legados se reducen antes que las donaciones (artículo 923), incluso cuando el testamento es anterior a la donación. Si existen varios legados y la reserva está afectada, soportan juntos la reducción, y se reducen proporcionalmente a su valor (artículo 926). Es una presunción de la voluntad del testador, que puede evitarse por una declaración de preferencia por un legado determinado (artículo 927).

Las donaciones se reducen después de los legados. Si se hacen varias con la misma fecha, se reducen proporcionalmente. Si son de diferente fecha, la reducción comienza por la más reciente (artículo 923); de esta manera se respecta la regla de la irrevocabilidad de las donaciones.

2.2.6. Modalidades de la reducción

Según el Código napoleónico, aunque no se enunciaba expresamente, la reducción se ejercía normalmente en natura, y excepcionalmente en valor. Era un elemento esencial de conformidad con los principios de Derecho sucesorio, y con la configuración de la reserva como *pars hereditatis*, como una porción de la sucesión.

A partir de las leyes de 1938, 1961 y 1971 estas excepciones toman una importancia creciente (así por ejemplo: según el antiguo artículo

866, la donación a un heredero que exceda de la parte de libre disposición y de la reserva del beneficiario, se reduce en valor –regla que a su vez tenía también excepciones–. La ley de 2006 recoge esta evolución e invierte el principio: a partir de ahora, las liberalidades excesivas son reducidas en valor, salvo dos excepciones limitadas. Las razones son sobre todo de seguridad jurídica, frente a la solidaridad familiar fundamento de la reserva. Porque la reducción *in natura* obligaba al beneficiario a restituir en todo o en parte el mismo bien objeto de la liberalidad, y podía ser ejercida inicialmente incluso contra el tercer adquirente.

El artículo 924.1 enuncia la nueva regla en términos generales: cuando la liberalidad excede de la parte de libre disposición, el beneficiario, sucesor o no, debe indemnizar a los herederos reservatarios en la porción excesiva de la liberalidad.

Se regulan dos excepciones, en las que la reducción se hace *in natura*:

a) Artículo 924.1: el beneficiario puede ejecutar la reducción *in natura* cuando el bien legado o donado le siga perteneciendo y esté libre de cualquier carga, y tampoco hubiera estado gravado en el momento de la liberalidad, y que no haya sido objeto de ocupación desde esa fecha.

b) Artículo 924.2: en caso de insolvencia del beneficiario, los herederos reservatarios pueden ejercer la acción de reducción o reivindicación contra los terceros poseedores de inmuebles que eran parte de la liberalidad y que fueron enajenados por el beneficiario. La acción se ejerce de la misma manera que contra los beneficiarios de la liberalidad y siguiendo el orden cronológico de las enajenaciones, comenzando por la más reciente. También puede ser ejercida contra los terceros poseedores de bienes muebles cuando no pueden invocar el artículo 2276. (De esta manera la seguridad jurídica del tercer adquirente, que era una de las razones de la sustitución de la reducción *in natura* por la reducción en valor, no es absoluta).

Como ya se anticipaba en la reforma de 1971, cuando en el momento de la donación o posteriormente el donante y todos los presuntos herederos reservatarios han consentido la enajenación del bien donado, no puede ser ejercida la acción referida contra los terceros poseedores (lo que supone un nuevo pacto sobre la sucesión futura autorizado). En el caso de legados, esta acción no puede ser ejercida cuando los herederos reservatarios han consentido la enajenación (artículo 924.4).

En cuanto a su ejercicio, el beneficiario está obligado a una indemnización equivalente a la parte excesiva de la liberalidad que se reduce. Esta suma es, en principio, pagadera en el momento de la partición, salvo acuerdo entre los coherederos (artículo 924.3).

En cuanto al cálculo de la indemnización: se calcula según el valor de los bienes donados o legados en el momento de la partición o de su enajenación por el beneficiario, y en función de su estado en el momento en que la liberalidad tuvo efecto. Si existe subrogación, el cálculo de la indemnización tiene en cuenta el valor de los nuevos bienes en el momento de la partición, y según su estado en el momento de su adquisición (artículo 924.2).

En resumen, podemos enunciar como principales modificaciones que introduce la ley de 2006:

- Las acciones de los reservatarios en defensa de su derecho de reserva ya no se ejercen *in natura*: si se sobrepasa la cuota disponible, en principio, no se sanciona con la reducción *in natura* de la liberalidad excesiva, sino por una indemnización a la que está obligado el favorecido con la liberalidad.⁸ La finalidad es, sobre todo,

⁸ VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Indret, Revista Para el Análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, julio 2007: “En Francia, aunque la *réserve* constituye una parte de la herencia, adopta sin embargo algunos caracteres propios de un derecho de crédito”.

proteger las explotaciones familiares y la seguridad jurídica del tercero que contrata con el beneficiario de una liberalidad.

- El carácter de orden público de la reserva se atenúa, sin desaparecer completamente: en vida del causante un heredero reservatario puede renunciar a ejercer una acción de reducción en una sucesión no abierta, con el consentimiento del causante, si la renuncia es hecha en beneficio de una o más personas determinadas.
- Se excluye a los ascendientes de la lista de reservatarios.
- Finalmente, el hijo que renuncia a la sucesión no está comprendido en el cálculo de la cuota de la parte disponible salvo que esté representado (mientras que antes el principio era la invariabilidad de la parte disponible).

3. PAÍSES AFINES A FRANCIA

3.1. Italia

En Italia, al igual que ocurre en Francia, la cuota de herencia que la ley reserva a los legitimarios varía en función de los herederos que existan y de su número. Las reservas son las siguientes:

- SI CONCURRE SÓLO 1 HIJO (artículo 537) le corresponde la mitad del patrimonio hereditario del fallecido. La otra mitad es de libre disposición.
- SI CONCURRE SÓLO EL CÓNYUGE (artículo 540) la ley le reserva el 1/2 del patrimonio hereditario. El otro 50% es de libre disposición. Si concurre con otros, la ley le reserva además el usufructo de la vivienda familiar.
- SI CONCURREN SÓLO LOS ASCENDIENTES (artículo 538) la ley reserva a favor de sus ascendientes la mitad del patrimonio, la mitad es de libre disposición.

- SI CONCURREN MÁS DE 1 HIJO (artículo 537) a todos ellos les corresponden los 2/3 del patrimonio, que se repartirá en partes iguales. El tercio que queda, es de libre disposición.
- SI CONCURRE EL CÓNYUGE CON UN HIJO (artículo 542) 1/3 va al hijo, otro tercio al cónyuge y el otro tercio es de libre disposición.
- SI CONCURRE EL CÓNYUGE CON MÁS DE UN HIJO (artículo 542) le corresponden los 2/4 del patrimonio, al cónyuge 1/4 y lo que queda, 1/4, es de libre disposición.
- SI CONCURRE EL CÓNYUGE CON LOS ASCENDIENTES (artículo 544), al cónyuge le corresponde el 50% del patrimonio hereditario, y a los ascendientes 1/4. El otro cuarto es de libre disposición.

Destaca la posición del cónyuge viudo, al que se le otorga, a diferencia de España donde sólo tiene el usufructo, una cuota de la herencia que varía entre la mitad y un cuarto, y además, se le reconoce el derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el derecho de uso sobre el ajuar familiar, si pertenecían al difunto o eran comunes. Se trata de derechos que gravan la porción disponible y cuando ésta no sea suficiente, la cuota reservada al propio cónyuge y eventualmente, la cuota de los hijos.

Se establece, incluso, una reserva a favor del cónyuge separado (artículo 548). Si no hay culpa en la sentencia de separación, al cónyuge separado le corresponden los mismos derechos que al cónyuge no separado.

Si hay culpa, le corresponde un cheque vitalicio, siempre y cuando al momento de abrir la sucesión esté percibiendo una pensión alimenticia a cargo del cónyuge fallecido. El importe del cheque dependerá de varios factores, como por ejemplo del patrimonio hereditario, número legitimarios, etc.

Para el cálculo de la legítima se tienen en cuenta el relictum, compuesto por los bienes integrantes de la masa hereditaria, inclusive aquellos que sólo aparentemente han salido de la herencia –por ejemplo, mediante contratos simulados o nulos–.

Al relictum se le detraen las deudas y posteriormente se le suma el donatum: todos los bienes de los que el causante hubiera dispuesto a título gratuito, –en principio sin límite temporal–. En este punto es destacable que si el testador ha donado bienes inmuebles y éstos han sido adquiridos por terceros, el legitimario no sólo tiene acción frente al donatario –acción de reducción– sino que también puede ejercitar la acción de restitución frente a los sucesivos adquirentes del inmueble por un plazo de 20 años.

Constituyen excepciones al principio de intangibilidad de la legítima del Derecho italiano el legado en sustitución de la legítima, según el cual el legatario si acepta el legado, aunque sea de inferior valor al de la legítima, pierde el derecho a reclamar el suplemento de legítima.

Pero en torno a las excepciones sobre la intangibilidad de la legítima, la novedad más destacable del Derecho sucesorio italiano la constituye, sin duda, la introducción de **los pactos de familia**, mediante la Ley de 14 de febrero de 2006. Según indica María Martínez ⁹ se definen como “*el contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (l’azienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a un o más descendientes; siempre con respeto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad*”.

⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA. «Admisión de “pactos de familia” en Derecho italiano después de la reforma del Código civil en 2006². Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia”. (GU N.50 DEL 1-3-2006).». principal, 2007 (*Estudios*) NUL. *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/>.

El Derecho italiano, en modo casi idéntico a lo que ocurre en Francia, proscribire con carácter general los pactos sucesorios, pero admite esta excepción limitada, eso sí, al patrimonio empresarial del causante¹⁰.

Para su validez es preciso que conste en documento público y que se otorgue por el cónyuge y todos los legitimarios del causante. A los legitimarios no beneficiados por el pacto de familia se les reconoce únicamente una deuda de valor por el importe de su legítima.

Para terminar, otra nota destacada del Derecho sucesorio italiano es la admisión del poder *post mortem*, que faculta al mandatario a actuar tras la muerte del causante.¹¹

3.2. Portugal

El artículo 2156 del Código Civil define la legítima como la porción de bienes de que el testador no puede disponer por estar legalmente destinada a los herederos legitimarios. Y en el artículo 2157 precisa que son herederos legitimarios el cónyuge, los descendientes y los ascendientes.

En cuanto a la cuantía de la legítima:

- si el cónyuge no concurre con descendientes ni ascendientes, su legítima es de la mitad de la herencia (artículo 2158);
- si concurren cónyuge e hijos, la legítima son dos terceras partes de la herencia (artículo 2159.1);
- si concurren hijos pero no cónyuge: si sólo hay un hijo la legítima será de la mitad de la herencia, y si son dos o más hijos, dos terceras partes de la herencia (2159.2);

¹⁰ La ordenación de la sucesión del patrimonio empresarial del causante establecida en el derecho italiano a través de los pactos de familia, recuerda a la ordenación de la sucesión en el patrimonio empresarial prevista en el anteproyecto valenciano.

¹¹ Esta figura se reconoce también en el derecho alemán, según veremos.

- si concurren ascendientes y cónyuges, la legítima es de dos terceras partes de la herencia (artículo 2161);
- si sólo concurren ascendientes, en el caso de los padres la legítima es la mitad de la herencia, y para el resto de los ascendientes, un tercio de la herencia (artículo 2161.2).

Para el cálculo de la legítima se debe atender al valor de los bienes existentes en el patrimonio del causante en el momento del fallecimiento, y al valor de los bienes donados y disposiciones sujetas a colación (artículo 2162). En principio, están sujetos a colación todos los bienes y valores donados a los descendientes por el causante; se exceptúan las disposiciones por razón de matrimonio, alimentos, establecimiento o colocación de descendientes, siempre que sean conformes con los usos y condición económica y social del fallecido; la colación puede ser también dispensada por el testador en el acto de la donación o posteriormente (artículo 2104, 2110, 2113).

Se prevé en el artículo 2166 la posibilidad de desheredar al heredero legitimario pero por causas tasadas: haber sido condenado por algún delito doloso cometido contra la persona, bienes u honor del causante, su cónyuge, ascendientes o descendientes, siempre que dicho delito esté castigado con pena de más de 6 meses de prisión; haber sido condenado por denuncia falsa o falso testimonio contra las mismas personas; haber negado sin justa causa alimentos debidos al causante o su cónyuge.

Se prevé también la reducción de las liberalidades inoficiosas (bien disposiciones testamentarias o donaciones), que perjudiquen la legítima; y se prohíbe expresamente la renuncia, en vida del causante, al derecho a la reducción de dichas liberalidades (artículos 2168, 2170).

3.3. Suiza

En Suiza, de acuerdo con el artículo 471 del Código civil federal suizo, la reserva es de las tres cuartas partes de la herencia para un descendiente,

de la mitad para el cónyuge sobreviviente o para el conviviente de hecho inscrito como tal, y para el padre o la madre de la mitad de la herencia.

3.4. Bélgica

La cuantía de la legítima varía en función de los herederos forzosos que concurren.

En concreto, los artículos 913 y siguientes regulan la parte de los bienes del causante de que puede disponer libremente por actos *inter vivos* o *mortis causa*; lo que implica que se reservan las siguientes cuotas:

- si concurre un hijo: la mitad de la herencia;
- si concurren dos hijos: dos terceras partes de la herencia;
- si concurren tres o más hijos: tres cuartas partes de la herencia;
- si no concurren descendientes, pero sí ascendientes de línea paterna y materna: la mitad de la herencia; si sólo concurren ascendientes de una línea: un cuarto de la herencia. Sin embargo, los ascendientes carecen de reserva si el cónyuge supérstite concurre en la sucesión.

Por su parte, el cónyuge supérstite tiene derecho al usufructo de la mitad de los bienes de la herencia; además, las liberalidades por actos *inter vivos* o *mortis causa* no pueden privar al cónyuge supérstite del derecho de usufructo sobre la que fuese la vivienda habitual de la familia en el momento de apertura de la sucesión.

Si no concurren ascendientes, descendientes ni cónyuge, el testador puede disponer libremente de la totalidad de sus bienes, por actos *inter vivos* o por vía testamentaria.

4. ALEMANIA

En Alemania, el artículo 14 de la Constitución (G.G.) garantiza la libertad de testar –junto con el derecho a la propiedad– como un dere-

cho fundamental individual del causante y de los sucesores, y como una institución de Derecho privado.

No obstante, la libertad de testar, que como principio consagra la Constitución, no es omnímoda y legalmente está limitada por la institución de la legítima, establecida a favor de los descendientes, padres, y cónyuge o pareja de hecho del causante (§ arts. 2301 y siguientes del B.G.B.).

Recientemente el Tribunal Constitucional alemán ha confirmado la constitucionalidad de la legítima, como límite de la libertad de testar¹². Según el Tribunal Constitucional, la legítima se fundamenta en la protección del matrimonio y la familia (§ art. 6 G.G.), y otorga al legitimario una participación en la herencia indisponible e independiente de cualquier necesidad del legitimario.¹³

¹² Sentencia publicada en el repertorio BVer GE 112, p. 332-363.

¹³ Como indica VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Indret, Revista Para el Análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, julio 2007: “En su sentencia de 19 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado que la libertad de testar es un elemento determinante de la garantía del Derecho de sucesiones, como reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo (art. 2.2 Constitución alemana). En particular, considera el Tribunal que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes. Al mismo tiempo, ha establecido que la misma garantía, protección y rango constitucional del art. 14 –el derecho a la propiedad privada– merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Afirma que es un elemento nuclear tradicional del Derecho de sucesiones alemán, igual como la libertad de testar, y que esta participación mínima en la herencia es independiente de toda situación de necesidad del legitimario. Alega el Tribunal Constitucional que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que lo mismo ocurre en los restantes países europeos de tradición romanística. Estima que las legítimas están vinculadas con la protección constitucional de las relaciones entre padres e hijos (art. 6.1 Constitución alemana). Invoca como fundamento de la institución legitimaria la solidaridad familiar entre generaciones y, tras aseverar que el derecho a la legítima, como el derecho de alimentos, aparece vinculado a las relaciones familiares entre el causante y su descendencia, concluye que la libertad de testar del causante está sujeta constitucionalmente a las relaciones que el Derecho de familia funda con la descendencia, lo que concede legitimación a los hijos con derecho a la legítima a asegurarse una participación económica en la herencia del progenitor difunto. La cuota de la herencia a que tiene derecho el legitimario debe ser adecuada (“angemessene Beteiligung”) teniendo en cuenta los anteriores argumentos”.

No obstante, hay que resaltar que en el Derecho alemán la legítima no es *pars hereditatis*; el legitimario únicamente ostenta un derecho de crédito frente al heredero por el importe de la legítima.

4.1. Cuantía de la legítima

La legítima es la mitad de la cuota hereditaria legal prevista para la sucesión intestada, lo que significa que **en el BGB la legítima es la mitad de la herencia, y la otra mitad es de libre disposición.**

1) Los legitimarios de primer orden son los descendientes. Si solo hay descendientes su legítima es de LA MITAD DE LA HERENCIA, repartida de forma igualitaria entre las stirpes y la parte de libre disposición la otra mitad.

2) Si concurrieren hijos y cónyuge, los primeros tienen derecho a 3/8 (37,50 %) de la herencia y el cónyuge 1/8 (12,50 %), lo que en resúmenes cuentas significa que entre todos la legítima es de LA MITAD DE LA HERENCIA, y la parte de libre disposición la otra mitad.

3) Si concurren ascendientes y cónyuge, la legítima sería también la MITAD DE LA HERENCIA sólo que esa 1/2 se distribuye de diferente forma: 1/4 (o un 25%) para el cónyuge y otro 25% para los parientes de segundo orden. **Quedaría igualmente como parte de libre disposición la mitad de la herencia.**

Obviamente con respecto a nuestro Derecho hay una diferencia sustancial en cuanto a la cantidad destinada a libre disposición (1/2 de la herencia) y la cantidad reservada a legítima (1/2 de la herencia), cantidad fija en todo caso, independientemente del número y calidad de los legitimarios e independiente de su situación o no de necesidad.

Otra diferencia relevante es la condición del cónyuge viudo o su pareja de hecho como auténticos legitimarios con derecho al valor de una parte de la herencia en propiedad, no solo como usufructuario.

A la legítima del cónyuge hay que añadir la parte que éste tiene derecho a percibir como liquidación del régimen económico de participación.¹⁴

4.2. Pago de la legítima

La legítima en el Derecho alemán no otorga ningún derecho sobre la herencia, ni ninguna participación en la herencia, sino sólo el derecho a reclamar una cantidad de dinero al heredero.

Esta pretensión (§2303 BGB) sólo se ejercita cuando el legitimario ha sido excluido del testamento o cuando el heredero legitimario recibe una cantidad menor a la cuota que le corresponde, o cuando recibe su cuota gravada mediante sustitución fideicomisaria, albaceazgo, reglas de petición, legado, o cuando el legitimario es instituido fideicomisario.

El plazo para pedir el pago de la legítima es relativamente corto: tres años desde que el legitimario excluido tiene noticia de la apertura de la sucesión y en todo caso treinta años desde el fallecimiento del causante.

4.3. Aplazamiento del pago de la legítima

Para evitar los problemas que el pago de la legítima puede ocasionar al heredero, el §2331 del BGB contempla la posibilidad de aplazar el pago de la legítima, sobre todo cuando éste le resulta especialmente gravoso, obligándole a vender la vivienda familiar o la empresa familiar, que constituye la base económica de la familia.

En estos momentos sólo puede solicitar el aplazamiento el heredero que sea también legitimario, expresando los motivos, y se concede, en la medida que sea razonable y sopesando los intereses de ambas partes.

¹⁴ El cónyuge tiene derecho a pedir, independientemente de la legítima de 1/8, 1/4 de la herencia como liquidación global del régimen económico del matrimonio –cantidad que reduce el caudal y la legítima de los descendientes–. También puede repudiar la herencia y exigir la legítima corta de 1/8 más la participación en las ganancias, determinadas según el régimen económico del matrimonio. Esta posibilidad se usa cuando ha habido una ganancia desproporcionalmente elevada del otro cónyuge.

En el proyecto de ley en tramitación se indica, sin embargo:

“El heredero puede obtener un aplazamiento de la legítima cuando el cumplimiento inmediato de la entera prestación fuera inequitativamente gravosa para el heredero en atención a la composición de la herencia, en particular cuando le compeliere a abandonar el domicilio familiar o a la enajenación de bienes productivos que representen para el heredero y su familia el fundamento de su vida económica”.

Por lo tanto está previsto ampliar el aplazamiento del pago de la legítima a todos los herederos, no sólo a los legitimarios.

4.4. Donaciones colacionables

El BGB establece que el causante puede imputar al pago de la legítima las donaciones hechas en vida. Actualmente debe expresarlo así en el momento de realizar la donación, pero está previsto reformarlo para que esta manifestación pueda hacerse a posteriori.

A la hora de calcular el caudal hereditario, el BGB prevé la colación de todas las donaciones realizadas en los diez años anteriores al fallecimiento.

No obstante, el proyecto de reforma del Derecho de sucesiones prevé una reducción del porcentaje colacionable de las donaciones en función del plazo transcurrido entre la donación y el fallecimiento del causante: al año se colacionaría un 90%, a los dos años un 80%, a los tres años un 70%... y así sucesivamente.

4.5. Causas de desheredación

Obviamente las causas de desheredación más o menos rígidas también influyen en la libertad de testar.

Actualmente son muy estrictas, y se regulan separadamente las causas de desheredación respecto a cada uno de los legitimarios, pero en la reforma prevista se unifican las causas de desheredación respecto a todos los herederos y se amplían: haber cometido un delito grave, la comisión

de una falta contra el propio testador o incluso contra personas próximas a él (como su pareja de hecho).

4.6. Poder Prorrogado y Poder *Post Mortem*

Al objeto de permitir la continuidad en la gestión de la empresa o negocio familiar a la muerte del testador se prevén estas dos figuras.

El poder prorrogado se prevé para los casos en que debe asegurarse una administración continuada, y consiste en un poder que estando ya vigente en vida del causante, mantiene su eficacia después de su muerte.

Por el contrario, el poder *post mortem*, es un poder que aplaza su eficacia hasta la muerte del poderdante.

En resumen, las notas más sobresalientes del Derecho de sucesiones alemán son:

- La parte de libre disposición es la 1/2 de la herencia, independientemente de los herederos que concurren.
- La legítima del cónyuge o pareja de hecho adopta la misma fórmula que la del resto de los legitimarios, no un simple usufructo.
- La legítima otorga un derecho de crédito frente al heredero, no el derecho a una parte de la herencia.
- Entre los ascendientes sólo son legitimarios los padres.
- Se puede diferir el pago de la legítima, para evitar que sea excesivamente gravosa; de *lege ferenda* se prevé la ampliación de los casos en que puede solicitarse el pago diferido.
- Se limitan las donaciones colacionables, siendo previsible que se siga avanzando por este camino.
- Se prevé ampliar –tímidamente– las causas de desheredación.

VI. DERECHOS FORALES

Sin detenernos en el examen del Derecho foral vizcaíno, que ha sido ya objeto de análisis, merece la pena hacer un repaso por el resto de los ordenamientos forales, caracterizados todos ellos por una mayor libertad de testar que la del Derecho Civil Común establecida en el Código Civil, haciendo especial mención de aquéllos que han sido objeto de recientes reformas legislativas en el tema que nos ocupa.

1. NAVARRA

En Navarra rige teóricamente una absoluta libertad de testar, aunque, como veremos, no exenta de matizaciones.

Los únicos herederos forzosos en el ordenamiento navarro son los hijos y descendientes, si bien su legítima carece de contenido patrimonial. Los herederos forzosos no tienen más prerrogativas económicas en la herencia de sus padres que las que éstos quieran otorgarles (Ley 267 FN). El causante sólo está obligado a utilizar la fórmula rituarial de la institución en “*cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles*”; además el legitimario no posee la cualidad de heredero.

Esta regulación supone por lo tanto que el causante navarro puede designar libremente heredero y disponer con libertad de sus bienes para después de su muerte.

No obstante, existen dos grandes limitaciones a la libertad de testar:

1. El denominado usufructo de fidelidad: El cónyuge o conviviente goza “por ley” del usufructo sobre todo el patrimonio del difunto mientras no renuncie al mismo o celebre nuevo matrimonio (Ley 261 FN). No se puede privar al supérstite de este derecho indisponible, ni por testamento, ni por contrato sucesorio, salvo que éste incurra “en causa de separación por abandono del hogar familiar, infidelidad conyugal,

incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares o por haber atentado contra la vida del otro” (Ley 254 FN); cuestiones siempre de difícil acreditación por el momento en que despliega eficacia la previsión del disponente.

2. La reiteración de nupcias, dejando hijos de primer matrimonio, conlleva una disminución de la libertad dispositiva del causante, en base a una protección a los hijos del primer matrimonio, impuesta por el propio ordenamiento:

Si decide favorecer al cónyuge o hijos del segundo matrimonio, tendrá que igualar económicamente a su prole de las primeras nupcias con el más favorecido de las segundas (Ley 272 FN).

El disponente está también obligado a reservar a esa descendencia la propiedad de todos los bienes que, salvo las arras, recibiera por cualquier título lucrativo “de su anterior cónyuge, hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes de éstos” (Ley 274 FN).

2. ARAGÓN

Una figura característica del Derecho foral aragonés es la denominada **legítima colectiva**, que la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, recoge referida sólo a los descendientes. **Los descendientes son los únicos legitimarios a los que se reserva la 1/2 de la herencia.** Tratándose de una legítima colectiva el causante puede distribuirla libremente entre los legitimarios: puede dejarlo todo a uno (incluso a un nieto, habiendo hijos), o distribuirlos de forma igualitaria.

Para excluir a un legitimario sin que haya preterición es suficiente con una atribución de carácter irrelevante o simbólico o con que sea mencionado en el testamento o escritura en la que se ordene la sucesión.

La ley de sucesiones por causa de muerte en Aragón amplía la libertad de testar:

- Al permitir gravámenes a favor de otros descendientes, o para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia respecto a los bienes de que no hubieren dispuesto, o con causa justa (art. 186).
- Al permitir la exclusión voluntaria de descendientes, los cuales quedan privados de suceder abintestato, salvo que la exclusión absoluta se refiera a todos o al único legitimario (arts. 197 y 198).
- Al admitir los pactos sucesorios, entre ellos la renuncia a la herencia de otro u otros (art. 65) y la renuncia unilateral a la legítima o por pacto antes o después de la delación (art. 177).
- Al permitir al titular de empresas o explotaciones económicas privativas (art. 102) transmitir las a sus hijos o descendientes ordenando la sustitución del usufructo viudal por una renta mensual a cargo del adquirente.

Como límites a la libertad de testar de la legislación foral aragonesa cabe destacar:

– **El derecho de alimentos**, que se establece a favor de los legitimarios de grado preferente que estén en situación de pedirlos al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias, en proporción a los bienes recibidos, siempre que no esté obligado a prestarlos el cónyuge usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general.

– **El derecho de viudedad** (Ley 2/2003) es un derecho que adquiere cada cónyuge con el matrimonio. Constante matrimonio se trata de un derecho expectante sobre los bienes del otro y sobre los bienes conyugales, y no se extingue con su enajenación salvo en determinados supuestos (arts. 97 y 98), aunque cabe pactar su exclusión en escritura pública o en testamento mancomunado; también cabe pactarse su limitación o regularlo libremente como los cónyuges convengan.

– **El derecho al usufructo vidual**, reconocido al cónyuge supérstite a la muerte del causante, sobre todos los bienes de éste, así como a los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad.

3. ISLAS BALEARES

Se regula por el Decreto Legislativo de 6 de Septiembre de 1990 que aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.

Dentro de las Islas Baleares cabe distinguir dos regímenes distintos:

3.1. Mallorca y Menorca

Son legitimarios los hijos y en su defecto los padres.

La legítima ha de ser pagada en bienes de la herencia, aunque tanto el causante como el heredero distribuidor pueden autorizar el pago en metálico.

La cuantía de la legítima de los hijos varía según el número: la tercera parte si fueran cuatro o menos, y la mitad si exceden de 4.

La legítima de los padres es la cuarta parte de la herencia.

El cónyuge tiene derecho al usufructo de la mitad del haber hereditario si concurre con descendientes, y a los dos tercios si concurre con los padres. En caso de no concurrir con descendientes ni padres, tiene derecho al usufructo universal.

Se contempla un tipo de pacto sucesorio denominado definición, consistente en que los descendientes pueden renunciar a todos los derechos sucesorios o sólo a la legítima en base a una asignación que reciban o hubieran recibido.

3.2. Ibiza y Formentera

La legítima de los hijos y descendientes tiene idéntica regulación que

en Mallorca y Menorca. Sin embargo, en cuanto a la legítima de los padres, se remite al Código Civil.

Entre los legitimarios no se recoge al cónyuge viudo, sin embargo, a pesar de no serle atribuida la condición de legitimario, al regular la sucesión intestada en el art. 84 se establece que adquirirá el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes con ascendientes.

El heredero podrá pagar la legítima en dinero. Cabe el pacto de renuncia o finiquito en base a la compensación hecha en vida por el ascendiente o heredero contractual.

4. GALICIA

El 6 de Junio del 2006 se aprobó en el Parlamento de Galicia la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, que supone la introducción de grandes novedades respecto a la anterior regulación del Derecho civil gallego recogida en el Ley 4/1995.

El último de los títulos regula la sucesión por causa de muerte con importantes cambios. Se excluyen la obligación de reservar y la reversión legal. Se mantienen los testamentos mancomunados y el testamento por comisario, tradicionales en el Derecho civil gallego, en contraposición a lo dispuesto en los artículos 669 y 670 del Código Civil que los prohíbe.

Se recogen varias disposiciones testamentarias especiales, tales como la disposición a favor de persona que cuide al testador, la condición resolutoria de cuidar y asistir al testador, a sus ascendientes, descendientes o cónyuge, y disposiciones relativas a los bienes gananciales.

La anterior ley provocó que las propiedades de los causantes se dividesen excesivamente para poder cumplir con lo dispuesto en las *partillas*. Era necesaria una regulación que impulsase los pactos sucesorios para evitar la división del patrimonio familiar.

Como pactos sucesorios se mencionan el de mejora y el de apartación, que deberán ser otorgados en escritura pública, aunque se admite la posible validez de un poder especial.

4.1. Pactos de mejora

Los pactos de mejora son aquellos en los que se dispone a favor de los descendientes la sucesión sobre bienes concretos, pero no es necesario que consistan en la entrega de bienes presentes (arts. 216-218).

La mejora de labrar y poseer (arts. 219 y ss.) sirve a la finalidad de mantener indiviso un lugar acasado o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril. Los ascendientes pueden pactar con sus descendientes la adjudicación íntegra a uno solo de ellos con carácter indivisible, entendiéndose que esta adjudicación supone la institución de heredero con mejora, salvo pacto en contrario.

El adjudicatario podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición dentro de los cinco años siguientes a la apertura de sucesión. Este pacto quedará sin efecto si durante dos años consecutivos el mejorado abandona sin justa causa la explotación mientras viva el adjudicante.

4.2. Pacto de Apartación

Mediante el pacto de apartación se excluye a un legitimario de su condición de heredero forzoso en la sucesión de un modo irrevocable a cambio de la adjudicación de unos bienes concretos, siendo también posible pactar su exclusión de la sucesión intestada. Deberá traer a colación los bienes cuando concurra en la sucesión con otros legitimarios.

4.3. Pacto de Usufructo a favor del cónyuge viudo

Se podrá pactar en escritura pública o en testamento un usufructo a favor del cónyuge viudo, de modo unilateral o recíproco, sobre una parte o la totalidad de la herencia, quedando sin efecto en los supuestos de indignidad, desheredación injusta del cónyuge, nulidad del matrimonio

y separación de los cónyuges, o revocación. Este usufructo es la única carga o condición que se permite en la legítima.

En caso de usufructo universal se regulan las facultades del cónyuge viudo para pagar deudas exigibles del causante con bienes de la herencia o incluso poder vender bienes muebles o semovientes.¹⁵

4.4. Legítimas

Son legitimarios (art. 238):

1. Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos.

2. El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.

4.4.1. Legítima de los descendientes

a) Concepto

La legítima de los descendientes se reduce de 2/3 a la 1/4 parte del valor del haber hereditario líquido.

¹⁵ Art. 233: Además de las facultades que incumben a todo usufructuario, el cónyuge que lo fuera por la totalidad de la herencia está facultado para:

1. Pagar los gastos de última enfermedad, enterramiento, funerales y sufragios del cónyuge premuerto, con cargo a la herencia.
2. Pagar las deudas exigibles del causante con metálico de la herencia. Si no hubiera dinero o este no fuera suficiente, el usufructuario podrá enajenar semovientes, arbolado o mobiliario ordinario en la cuantía precisa. Para la enajenación de cualquier otro bien con la finalidad de pagar las deudas del causante será necesario el consentimiento de los propietarios sin usufructo o, en otro caso, la autorización judicial.
3. Cobrar créditos de la herencia, aun cuando no se prestara fianza.
4. Enajenar el mobiliario y los semovientes que considere necesarios, de acuerdo con una buena administración, debiendo reponerlos en cuanto sea posible conforme al mismo criterio.
5. Realizar las talas de árboles maderables, incluso por el pie, y hacer suyo el producto de las mismas, siempre que sean adecuadas a una normal explotación forestal.
6. Realizar mejoras no suntuarias con cargo a la herencia.
7. Explotar las minas según su reglamento jurídico.

De entrada, en cuanto al concepto de legítima, se configura como un **derecho de crédito** a favor de los legitimarios, y así el artículo 240 indica que los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente Ley.

El artículo 249 precisa además, que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor.

b) Cálculo de la legítima

Para el cálculo de la legítima (art. 244) se computarán todos los bienes y derechos del capital relicto por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas. Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga efectivo el pago de la legítima.

Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso.

Salvo disposición en contrario del causante, se imputará al pago de la legítima de los descendientes cualquier atribución a título de herencia o legado, aunque el legitimario renuncie a ella; las donaciones hechas a los legitimarios, así como las mejoras pactadas con ellos; y las donaciones hechas a los hijos premuertos que fueran padres o ascendientes de un legitimario.

La imputación de donaciones se realizará por el valor que tuvieran los bienes en el momento de la donación, actualizado monetariamente en el tiempo del pago de la legítima.

c) Pago de la legítima

En principio el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios (art. 246), si bien se admiten las siguientes excepciones:

- Los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario.
- Por disposición del testador o pacto al respecto, podrá pagarse una parte de la legítima en dinero y otra parte en bienes.

El heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo la legítima producirá el interés legal del dinero (artículo 250).

No habiendo bienes suficientes en la herencia para pagarlas, se reducirán primero los legados y luego las donaciones por inoficiosos (art. 251). Sin embargo, los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas.

Las acciones de reclamación de legítima y de reducción de disposiciones inoficiosas tienen un plazo de prescripción de 15 años para su ejercicio.

4.4.2. Legítima del cónyuge viudo

- Si concurriera **con descendientes** del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio **de una cuarta parte** del haber hereditario (art. 253).
- Si no concurriera con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho **al usufructo vitalicio de la mitad del capital** (art. 254).

En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa en que viniera desarrollando con su trabajo (artículo 257).

4.5. Preterición

En caso de preterición no intencional de un descendiente o de preterición de un cónyuge –intencional o no–, el preterido sólo tiene derecho a percibir su legítima sin afectar a la validez de las disposiciones por causa de muerte (arts. 258).

La preterición no intencional de un legitimario descendiente faculta a la persona preterida para obtener la declaración de nulidad de la institución de heredero hecha en testamento. Las demás disposiciones testamentarias y los pactos sucesorios serán válidos en cuanto su reducción no sea necesaria para el pago de las legítimas (art. 259).

La preterición no intencional de todos los legitimarios descendientes producirá, a instancia de cualquiera de ellos, la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Las apartaciones y los pactos de mejora sólo se reducirán si fuera necesario para el pago de las legítimas.

5. CATALUÑA

En Cataluña la Ley 10/2008 aprueba el libro IV del Código Civil Catalán, dedicado al Derecho sucesorio. La nueva ley mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación.

5.1. Concepto de legítima

De entrada la legítima se configura como un derecho de crédito del legitimario; éste no ostenta ningún derecho real, sino que se indica que el heredero responde personalmente del pago de la legítima y, si procede, del suplemento de ésta. (No obstante, cuando se atribuye la legítima mediante un legado de inmueble o de una cantidad determinada de dinero, el legitimario puede solicitar la anotación preventiva de legítima).

5.2. Legitimarios

En primer lugar son legitimarios los hijos y descendientes del causante. Se reconoce el derecho de representación a favor de los descendientes de los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes. No obstante, se restringe el derecho de representación únicamente a la legítima, y no se extiende a las atribuciones patrimoniales que el causante haya ordenado a favor del representado, salvo que el representante haya sido llamado por vía de sustitución.

Los progenitores del causante son legitimarios en defecto de descendientes¹⁶, si bien su derecho a la legítima se configura ahora como un derecho intransmisible y se extingue si no es reclamado en vida por el legitimario.

5.3. Cuantía y cómputo de la legítima

La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la herencia.

Una novedad introducida por la ley es la restricción de las donaciones colacionables a las efectuadas en los 10 años anteriores a la muerte del causante, lo cual evidentemente es otra forma más de restringir la legítima. Según la exposición de motivos de la ley, se trata de una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores.

El haber hereditario se calcula según 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.

¹⁶ Al igual que en el Anteproyecto valenciano no se habla de padres sino de progenitores, en previsión de posibles parejas homexesules con hijos.

b) Al valor líquido que resulta de aplicar la regla anterior, 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.

Para determinar el importe de las legítimas individuales no hacen número el premuerto y el ausente, salvo que sean representados por sus descendientes.

5.4. Intangibilidad de la legítima

Se consagra, de entrada, el principio de intangibilidad de la legítima. No obstante, se generaliza la cautela socini como regla por defecto en toda sucesión. Obviamente esta regulación debilita la legítima, al implicar que se respeta sólo la intangibilidad cuantitativa y no la cualitativa.

Si el legitimario recibe más que la legítima, pero gravado con usufructo u otra limitación, debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar sólo lo que por legítima le corresponda. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la reclamación de la legítima estricta.

5.5. La atribución, la imputación, la percepción y el pago de la legítima

La legítima puede pagarse a título de herencia o legado, pacto sucesorio o donación. Si lo que han recibido los legitimarios por alguno de esos títulos es inferior a la legítima que les corresponde, pueden exigir lo que falte como suplemento de legítima, salvo que, después de la muerte del causante, se hayan dado por totalmente pagados de la legítima respectiva o hayan renunciado expresamente al suplemento.

Si después del pago de la legítima aparecen nuevos bienes del causante, el legitimario tiene derecho al suplemento que le corresponda aunque se haya dado por totalmente pagado la legítima o haya renunciado al suplemento.

Salvo que el causante dispusiera alguna previsión concreta sobre el pago de la legítima, el heredero o las personas facultadas para hacer la partición, pueden optar por el pago, tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relicto.

El causante puede disponer que la legítima no devengue interés o puede establecer su importe. En defecto de disposiciones del causante, la legítima devenga el interés legal desde la muerte del causante, aunque se pague en bienes de la herencia, salvo que el legitimario conviva con el heredero o el usufructuario universal de la herencia y a cargo de éste.

5.6. La preterición y la desheredación

Es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a ésta y que tampoco ha sido desheredado. El legitimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponde.

Solamente en caso de preterición errónea (preterición de un descendiente cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar) el preterido tiene acción para que se declaren ineficaces el testamento y, si procede, los codicilos otorgados por el causante, por causa de preterición errónea.¹⁷

¹⁷ Aun así, se exceptúan los siguientes casos:

- a) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en unión estable de pareja.
- b) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una stirpe de hijo premuerto.

La acción para impugnar el testamento o los codicilos por causa de preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador.

El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. Con relación a las causas de desheredación es destacable que además de las tradicionales¹⁸ se introduce una nueva causa de desheredación consistente en “*la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legítimo, si es por una causa exclusivamente imputable al legítimo*”. La propia exposición de motivos de la ley reconoce que este precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho.

En materia de inoficiosidad legitimaria, cuando no hay bienes relictos suficientes para el pago de las legítimas, primero se reducen los legados, y posteriormente las donaciones, por orden cronológico descendente. Se extiende la legitimación activa para pedir la reducción o supresión de donaciones a los herederos del causante, además de a los legitimarios.

El plazo de prescripción de la acción de reclamación de legítima o del suplemento se armoniza con el plazo general en Derecho catalán, que es de diez años. Ahora bien, dado que con frecuencia la persona obligada al

c) Si la relación de filiación en virtud de la cual se deviene legítimo ha quedado legalmente determinada después de la muerte del causante.

¹⁸ Las otras causas de desheredación previstas son:

- a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3.
- b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos.
- c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, o a los ascendientes o descendientes del testador.
- d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legítimo sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legítimo sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.

pago es un progenitor del legitimario, se establece que el plazo de prescripción se suspenda y no se empiece a contar hasta la muerte de aquél, sin perjuicio del plazo de treinta años de preclusión que establece el libro primero.

5.7. Cuarta viudal

La cuarta viudal experimenta también cambios importantes. A pesar de mantener la denominación tradicional, la cuarta viudal ya no se atribuye sólo al cónyuge viudo, sino también al miembro superviviente de una unión estable de pareja.

Consiste en que el cónyuge supérstite que, con sus bienes propios, tras la liquidación del régimen económico del matrimonio y tras las atribuciones testamentarias, no tenga recursos económicos suficientes a la muerte del causante tiene derecho a obtener la cantidad que sea precisa para atenderlas hasta un máximo de 1/4 de la herencia.

Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.

Es decir, se recurre a criterios similares a los que sirven para fijar la pensión compensatoria en una crisis matrimonial. La remisión al marco normativo de la pensión compensatoria pretende asegurar, precisamente, que en caso de viudedad el cónyuge no quede paradójicamente en una condición peor de la que podría haber disfrutado si el matrimonio se hubiese disuelto por divorcio.¹⁹

¹⁹ Es preciso tener en cuenta, en este punto, que la regulación anterior de la cuarta viudal, a la que debían imputarse, a efectos de su disminución, los salarios, rentas o pensiones que percibía el viudo, capitalizados al interés legal del dinero, había hecho inviable en muchos casos su reclamación o la había reducido, injustamente, a importes insignificantes.

A partir de la entrada en vigor de la presente ley, la cuarta viudal, que sigue sin ser un derecho legitimario, puede reclamarse siempre que sea preciso para cubrir las necesidades vitales del viudo o del conviviente, confiriéndole a éste una acción personal contra los herederos del causante.

En consonancia con el carácter finalístico de esta atribución patrimonial, se establece que ésta se extingue si el viudo o el conviviente muere sin haberla reclamado.

6. VALENCIA

La reciente reforma estatutaria operada en la Comunidad Valenciana mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 abril, se caracterizó entre otras cuestiones porque en su artículo 7 reconoce abiertamente el derecho de los valencianos a recuperar los Fueros del Antiguo Reino de Valencia que sean aplicables en plena armonía con la Constitución.

Al hilo de esta reforma estatutaria, se plantearon diversas discusiones doctrinales sobre el alcance que podría tener la ley de derecho civil foral valenciano.

Según las tesis foralistas las Cortes Valencianas podrían ocuparse únicamente de la modificación, desarrollo o complemento del Derecho foral escrito o consuetudinario que existiera realmente en el momento de aprobarse la Constitución –bien a través de las llamadas Compilaciones de Derecho civil o bien a través del Derecho consuetudinario–, siempre que las disposiciones promulgadas tuvieran estrecha relación con las normas vigentes ya mencionadas.

Según las tesis estatutarias, a la luz de la Constitución y el Estatuto, las Cortes Valencianas tienen las máximas competencias para restablecer un Derecho civil propio allí donde existió, siempre que se respeten los límites establecidos en el art. 149.1.8. sobre las competencias legislativas reservadas al Estado.

Finalmente, y siguiendo las tesis estatutarias, el 24 de julio de 2009 se aprobó el anteproyecto de ley valenciana de sucesiones, de 285 artículos, con objeto, según su exposición de motivos, de regular de forma completa la sucesión por causa de muerte de las personas que ostenten la vecindad civil valenciana, conforme a las normas del título preliminar del Código Civil, con independencia de dónde residan.

Según la exposición de motivos de la propia ley, toda la ley valenciana de sucesiones está presidida por el principio de libertad de testar, tanto al definir el testamento, como al regular los testamentos por apoderado y mancomunado, como al interpretar los testamentos, y cómo no, en la regulación de las legítimas.

La exposición de motivos de dicho anteproyecto, tiene en cuenta, como base de la nueva ley, la evolución de la legítima valenciana en el curso de los siglos:

- En los Fueros de Jaime I (Fur VI-IV-49) los legitimarios eran los hijos legítimos que tenían derecho a la tercera parte de la herencia si concurrían 4 o menos de 4, cuota que se ampliaba hasta la mitad, si el número de hijos excedía de 5.
- El Fur VI-IV-51 sancionado por Pedro El Ceremonioso en las Cortes de Valencia de 1358, estableció la libertad absoluta de testar.
- Posteriormente el Fur VI-IV-52 de Martín el Humano, sancionado por las Cortes Valencianas de 1403, mantuvo la libertad de testar, pero exigió que se nombrara expresamente a los hijos, descendientes y ascendientes para dejarles algo o desheredarles expresamente, ya que en otro caso, se incurría en desheredación.
- Finalmente las Cortes de 1604 previeron la posibilidad de que el testador hiciera en su testamento una prohibición general y expresa de legítimas en su sucesión, estableciéndose por costumbre una fórmula general que establecía “dono, lego y dejo a mi hijo X,

cinco sueldos por su parte y su legítima, falcidia, cuarta trebeliánica y por cualquier otro derecho que tenga sobre mis bienes y mi herencia”. Por tanto hubo en el Derecho histórico valenciano sistema de legítimas y libertad de testar, hasta la abolición de los Fueros por Felipe V.

La Generalitat Valenciana a la vista de todos estos antecedentes, pretende, según refleja en la exposición de motivos del anteproyecto, una suavización del sistema legitimario del Código Civil, sin que ello suponga un olvido total de los vínculos familiares, ni una desprotección del cónyuge viudo, los hijos discapacitados o menores y la protección de la pequeña y mediana empresa.

Quizá la nota más sobresaliente de este anteproyecto sea la distinción entre la sucesión en el patrimonio empresarial y entre el resto de los bienes del causante.

Respecto al patrimonio empresarial se proclama la libertad de testar como fórmula más adecuada para que el empresario pueda organizar del modo más correcto, según su criterio, la sucesión de la empresa, de forma que el empresario pueda anticipar las estrategias oportunas para asegurar la continuidad de la empresa.²⁰

6.1. La empresa familiar y el control de acciones

La empresa familiar, siempre que no esté representada por acciones o participaciones sociales, se puede transferir por acto *inter vivos* o *mortis causa* a algún legitimario, sucediendo éste en la explotación económica y en las deudas, sin que dicha empresa se compute a efecto de fijar la

²⁰ Similar objetivo, en el ámbito empresarial, tiene el poder prorrogado y con el poder *post mortem* de la legislación alemana, junto con la posibilidad de pago aplazado de la legítima, cuando esta implica la división del patrimonio empresarial. Idéntico objetivo tiene el pacto de familia de la legislación italiana, tras la reforma de 2006, o el pacto de mejora de labrar y poseer de la ley gallega.

legítima del grupo de legitimarios, ni la de cada uno de ellos. Sin embargo el cese voluntario en la actividad empresarial en los 10 años siguientes a la muerte del causante, dará derecho a los demás legitimarios a que se les calcule de nuevo el valor de su legítima, añadiéndolo al que en su día resultara, disminuido con las deudas de la explotación.

Una cosa parecida ocurre con aquellas acciones o participaciones cuyo control tuviera el causante y se atribuyera a algún legitimario (siempre que tuvieran derechos políticos), donde el causante podrá prohibir su transmisión por plazo de 10 años. Además, respecto de aquellas acciones o participaciones que se atribuyan a varios legitimarios, el causante puede designar un representante de la comunidad o incluso la prohibición de extinción de dicha comunidad, por plazo de 10 años.

Cabe también que se constituya una sociedad, tras la muerte del causante, para mantenimiento de la explotación empresarial que éste realizara en nombre propio, la cual también se puede atribuir a uno o varios legitimarios, sin que se incluya en el cómputo de la legítima.

6.2. Concepto de legítima

El anteproyecto valenciano se aleja del concepto legítima del C.C. como una *pars bonorum*, y lo transforma (al igual que el derecho catalán y el gallego) en una cuota de valor (*pars valoris*). Se opta por el sistema de un derecho de crédito, que además es graduable, según el número de hijos, y conforme a la voluntad del testador. Así el art. 107 define la legítima como:

“un derecho de crédito que la Ley atribuye a ciertas personas con ocasión del fallecimiento de otra, cuyo importe se calcula en relación con el caudal hereditario en los términos que resultan de esta Ley. El crédito legitimario no atribuye, por sí mismo, al beneficiado la condición de heredero del causante, sino la de interesado en la herencia a los efectos de procurar la satisfacción de su derecho.”

La legítima se devenga en el momento del fallecimiento del causante. Es intangible, es decir, se debe recibir libre de toda carga, condición o sustitución, modo o gravamen, con excepción de los gravámenes relativos a los derechos del cónyuge viudo y de los hijos discapacitados (art. 109).

Además, el pago del crédito legitimario se puede sujetar a plazo. La legítima no devengada no puede ser objeto de enajenación o gravamen, aunque se puede renunciar pura y fehacientemente por su titular, pero una vez devengado, dicho crédito es transmisible por acto *inter vivos* o *mortis causa*, conforme a las reglas de transmisión de las obligaciones. (art. 110).

a) Bienes computables y no computables

No se computan a efecto de fijar las legítimas, la empresa familiar o las acciones –paquetes de control de sociedades– a que aluden los arts. 112 a 117 del anteproyecto.

Serán computables todos los demás bienes y derechos que integren el patrimonio del causante a su fallecimiento, y a ellos se sumarán los que hubieran sido objeto de un negocio dispositivo a título gratuito por el causante realizados en los 10 años anteriores a la fecha de fallecimiento, a favor o no de legitimarios, incluidas aquéllas realizadas como consecuencia de un pacto de definición (renuncia anticipada, hoy permitida por el anteproyecto).

No serán computables (art. 119) ni las liberalidades de uso o regalos de costumbre, siempre que sean proporcionados, ni los llevados a cabo por los padres y ascendientes a favor de sus hijos o descendientes discapacitados o a favor de sus padres y ascendientes, igualmente discapacitados. También se recoge como no computable (igual que el Código Civil) el derecho de habitación a favor de legitimario discapacitado.

b) Pago de la legítima

El causante puede pagar el crédito legitimario por acto inter vivos o mortis causa, y en este sentido cualquier atribución por uno u otro concepto se presume hecha para pago de legítima (art. 120).

El pago de la legítima se puede imponer (art. 121), siempre que medie causa suficiente, a cargo de cualquier persona, sea o no heredero o legatario de la herencia (o sea incluso a un tercero deudor), y el obligado pueda pagarle en bienes hereditarios o extrahereditarios, salvo que el causante hubiera concretado la opción. Además se puede aplazar su pago en metálico hasta un máximo de 5 años, devengando entretanto el interés legal del dinero (art.123).

6.3. Legitimarios y cuantía de la legítima

Son legitimarios:

En primer lugar, los hijos del causante, por partes iguales (sin perjuicio de la especialidad de los discapacitados), y en su defecto por premo-riencia, sus descendientes, aunque si el hijo premuerto no tiene hijos o renuncia a la legítima o es justamente desheredado o declarado indigno, su crédito legitimario se extingue.

A falta de hijos o si todos renuncian, serán legitimarios los descendientes del causante de grado más próximo, por partes iguales. Y se incluyen además los adoptivos y sus descendientes.

En segundo lugar, a falta de hijos y descendientes, son legitimarios los padres del causante por partes iguales (no los demás ascendientes). Si uno de ellos renuncia, es incapaz de heredar o se declara indigno, su crédito se extingue.

Con todos los legitimarios anteriores, concurre el cónyuge o conviviente estable, no separado de hecho o judicialmente, o respecto de cuyo matrimonio no haya recaído sentencia de nulidad o divorcio o no haya

pendiente proceso a tal fin, o para solicitar medidas de hijos extramatrimoniales.

La cuantía del crédito legitimario se establece como sigue:

a) Legítima de los hijos y descendientes

El crédito legitimario de los hijos y descendientes será de 1/4 si los hijos son uno o dos, y 1/3 si son tres o más.

La legítima de los hijos o descendientes con minusvalía, ya estén discapacitados o no sin que sea precisa su declaración judicial, sino que basta una minusvalía psíquica superior a un 33% o física superior a un 65%, o en general que precisen un apoyo indispensable y continuo de otra persona o apoyo generalizado, será la de un capital o pensión alimenticia que le permita cubrir sus necesidades y sin que supere, por cada hijo, el límite de 1/4 del valor del patrimonio relicto. Esta legítima se puede conmutar mediante entrega de bienes en pleno dominio, constitución de un derecho de usufructo, aunque los bienes no formen parte de la herencia, o un contrato de renta vitalicia con entidad financiera o aseguradora.

b) Legítima de los progenitores

La legítima de los progenitores (aquí ya no se habla de padres, por el tema del matrimonio homosexual) consiste en un derecho a percibir alimentos a cargo de la herencia de su hijo, en caso de necesidad, con arreglo a su cuantía y medios de la misma y a las necesidades de aquéllos comprendiendo sustento, habitación, vestido y asistencia médica. El crédito legitimario de los progenitores no podrá exceder del valor de 1/4 del patrimonio hereditario. A estos efectos el valor de las pensiones fijadas o que se asignen se valorarán mediante su capitalización al 10%.

c) Legítima del cónyuge viudo

Finalmente la legítima del cónyuge viudo, consiste en el derecho a mantener un nivel de vida equivalente al que tuvo durante su matrimo-

nio con el causante, por lo que tendrá un derecho a usufructuar los bienes de la herencia en la extensión suficiente, equivalente a 1/3 de la herencia. El mismo derecho tendrá la pareja estable de hecho, que haya convivido durante al menos 5 años anteriores al fallecimiento. Se extingue por la muerte, renuncia en documento público en vida del causante o después, matrimonio posterior o unión estable con otra persona.

El viudo cuenta además con otros derechos: la cambra o derecho a utilizar los muebles de uso ordinario y el any de plor²¹ como derecho a ocupar la vivienda durante el año siguiente al fallecimiento del causante, si era la vivienda habitual y se incluye el derecho de alimentos con cargo al caudal durante dicho periodo.

La acción para reclamar el crédito legitimario, total o parcialmente satisfecho, caducará a los 4 años, contados desde que pudo ser ejercitada.

6.4. Preterición y Desheredación

Es preterida la persona que teniendo derecho a legítima en la herencia del causante, no ha recibido de éste atribución patrimonial alguna a título gratuito en vida de éste o en su testamento y tampoco ha sido expresa o tácitamente desheredado (art.147). El preterido tiene acción contra los herederos, legatarios y contra los terceros a quien el testador hubiese impuesto el pago de las legítimas.

En cuanto a la desheredación, el causante puede privar a sus legitimarios de su crédito legitimario o parte de él, mediante declaración expresa en el mismo documento que rija la sucesión o en otro documento fehaciente y basada necesariamente en alguna de las causas siguientes:

1. Denegación de alimentos al testador, su cónyuge, su pareja de hecho u a otros de sus parientes, respecto de los cuales el legitimario tuviera obligación legal de prestarlos.

²¹ Ambos presentan similitudes con el Derecho francés.

2. Maltrato al testador, a su cónyuge o pareja de hecho o a cualquier otro pariente del testador.
3. La ausencia de relación propia, derivada de los vínculos familiares con el causante, por causa exclusivamente imputable a la voluntad del legitimario.
4. Haber incurrido el legitimario en cualquiera de las causas de indignidad para suceder.

La concurrencia de causa de desheredación, si el desheredado la negare, corresponde probarla a quien resultaría obligado al pago de la legítima.

VII. CONCLUSIONES

Como conclusión, podemos decir que en el panorama legislativo actual se observa una tendencia a aumentar la libertad de testar por diferentes vías, como son:

1. El aumento de la parte de libre disposición, y consecuente reducción de las legítimas.
2. Reducción del número de legitimarios, fundamentalmente referido a los ascendientes.
3. Por el contrario, se incrementa la protección del cónyuge viudo, tanto incrementando sus derechos legitimarios, como mediante otras figuras legales.
4. Se amplía en general la posibilidad de pago en metálico de la legítima, configurándola en muchos casos como un derecho de crédito del legitimario. Con la intención de hacer su pago menos gravoso se establece frecuentemente la posibilidad de pago diferido.
5. Se limita la colación de las donaciones, se amplían las causas de des-

heredación y se amplía la posibilidad de pactos sucesorios que afecten a la intangibilidad de la legítima.

6. Se observa una especial preocupación por mantener la continuidad de la empresa familiar, y evitar que la aplicación rigurosa del Derecho sucesorio provoque su desaparición. Con esta finalidad se introducen distintas figuras, hasta el punto de separarla totalmente del resto de la herencia, como ocurre en el anteproyecto valenciano.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CALVO VIDAL, ISIDORO ANTONIO, “Los regímenes sucesorios de ciudadanos de la Unión Europea, países latinoamericanos y del norte de África”, en *La Notaría*, nº 42, junio 2007, Vol I – 2007.

COLLINS, HUGH, *The European civil code: the way forward*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

DOMÍNGUEZ MATAMOROS, AB. HARRY L., “Algunas comparaciones entre el derecho sucesorio en Estados Unidos y Ecuador”, en *Revista Jurídica Online, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador, 2009.

FINCH, JANET, *Wills, inheritance, and families*, London, Oxford University Press, 1996.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de sucesiones. Tomo II*. Barcelona, Bosch, 1973.

MALAUURIE, PHILIPPE, *Les successions, les libéralités*. Paris, Defrénois, 2006.

MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, “Análisis de la libertad de testar”, en *revista digital Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa (www.JoaquinCosta.com)*, 14 octubre de 2009.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA, “Recientes reformas del Derecho de Sucesiones en Derecho Francés”, en *revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia principal*, 2007 (www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/sommaire.php?id=405).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA, “Admisión de “pactos de familia” en Derecho italiano después de la reforma del Código civil en 2006. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia”. (GU N.50 DEL 1-3-2006., en *revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia principal*, 2007 (www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/sommaire.php?id=451).

MIRALLES GÓMEZ, ANA, “Libertad de testar versus sistema legítimo”, en *revista digital Global Iura* (www.globaliura.com), *Opinión Global Iura*, 3 de noviembre de 2005.

RÖTHEL, ANNE, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Barcelona, Bosch, 2008.

TORRES ZÁRATE, FERMÍN, y GARCÍA MARTÍNEZ, FRANCISCO, “Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense”, en *revista electrónica Alegatos* (www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos), Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, número 68 y 69, México enero/agosto de 2009.

VAQUER ALOY, ANTONI, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Inchet, Revista para el análisis del derecho*, Universidad de Lleida, n° 3, Julio 2007.

VIÑAS FARRÉ, RAMÓN y GARRIGA SAU, GEORGINA (COORDINADORES), *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa: Congreso organizado por la Universitat d Andorra y el departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona, Sant Julià de Lòria (Principado de Andorra), 29 y 30 de noviembre de 2000*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

ZACCARIA, ALESSIO, *Perfiles del Derecho Italiano de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 2008.