

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES. ALGUNAS PROPUESTAS

THE MODERNIZATION OF INHERITANCE LAW. SOME PROPOSALS

Dra. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Prof. Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
m.elena.cobas@uv.es

CHRISTIAN DE JOZ LATORRE

Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia
chdejoz@alumni.uv.es

RESUMEN: El presente artículo analiza la actualidad del Derecho sucesorio en el panorama español. Para ello, se tienen en cuenta los nuevos modelos de familia que se dan hoy en día y se realiza un estudio comparado tanto de los diferentes Derechos civiles forales como de sistemas sucesorios de países de nuestro entorno. Asimismo, se valoran las aportaciones que la doctrina y la jurisprudencia han hecho en relación a la materia.

PALABRAS CLAVE: modelos de familia, reforma, propuestas de modernización, Derecho foral, legítima, cónyuge viudo, alimentos, contrato sucesorio, testamento, desheredación, parejas de hecho, herencia.

ABSTRACT: This article analyses the composition of the Inheritance Law in the Spanish Legal System. For such purpose, we have taken into account new family structures present in modern societies and also, a comparative study has been made of both Spanish regional and national legal systems and those of neighbour countries. Likewise, the contributions made by doctrine and jurisprudence regarding this matter have also been included.

KEY WORDS: new family structures, reform, modernization proposals, regional Law, forced share, surviving spouse, maintenance cost, inheritance contract, testament, disinheritance, cohabiting couples, inheritance.

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- II. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO CIVIL DE LAS SUCESIONES.- 1. Modelos de familia.- 2. Propuestas de reforma.- A) Los derechos sucesorios del cónyuge viudo.- B) Los derechos sucesorios en las uniones de hecho.- C) Las personas ancianas.- 3. La reforma suiza como modelo.- A) Cohabitanes.- B) Hijastros.- C) Niños nacidos en relaciones del mismo sexo.- III. BREVE ESTUDIO DEL DERECHO FORAL.- 1. Legislación en el País Vasco.- 2. Legislación en Cataluña.- 3. Legislación en las Islas Baleares.- 4. Legislación en Galicia.- 5. Legislación en Aragón.- 6. Legislación en Navarra.- 7. Legislación en la Comunidad Valenciana.- IV. DEBATES ACTUALES EN TORNO AL DERECHO DE SUCESIONES.- 1. Legítimas.- A) La legítima en Alemania.- B) La legítima en Suiza y su confrontación con la tradición anglosajona.- C) Legítima y alimentos vistos por la doctrina.- D) Legítima y personas con discapacidad.- E) Situación actual y propuestas de reforma.- 2. Contrato sucesorio.- 3. Testamento mancomunado.- 4. Testamento por comisario.- 5. Desheredación.- A) Primera propuesta: desheredación y libertad de testar.- B) Segunda propuesta: privar de la herencia a los maltratadores.- C) Tercera propuesta: protección del denominado “testador vulnerable”.- D) Cuarta propuesta: las denominadas “causas abiertas para desheredar”.- E) Quinta propuesta: la reforma alemana como modelo.- F) Sexta propuesta: inversión de la carga probatoria.- 6. Sucesión en la empresa familiar y protocolos familiares.- V. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN.- 1. El problema de las parejas de hecho.- 2. La colación de los gastos del cuidado del testador.- 3. Mediación en la herencia.- 4. Nuevas tecnologías.- 5. Uso de las ciencias sociales.- VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.- VII. BIBLIOGRAFÍA.- VIII. LEGISLACIÓN CONSULTADA. IX. JURISPRUDENCIA RELEVANTE.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Nos encontramos ante una situación paradigmática. Tradicionalmente el Derecho Civil no es un Derecho propenso a las reformas, y más concretamente dentro de éste, el Derecho de Sucesiones. Prácticamente podríamos decir que desde 1889, fecha de promulgación del Código Civil, apenas ha sido reformado en lo esencial (y sin embargo cada vez resulta más acuciante la necesidad de hacerlo).

El panorama actual muestra la poca intención que existe en reformar el Derecho de Sucesiones, tanto por parte de las fuerzas políticas como por gran parte de la doctrina¹. Sin embargo, esto está empezando a cambiar de forma

¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, p. 1.

paulatina, y el motor de la iniciativa legislativa en este sentido están siendo en gran medida las Comunidades Autónomas. Las Comunidades que cuentan con Derecho Civil propio han llevado a cabo recientemente una serie de reformas que presentan, según dice DELGADO ECHEVERRÍA, “resultados que en tantos puntos mejoran y superan al Código civil, podría ser un acicate para el legislador estatal”. A lo largo de nuestra investigación haremos referencia en numerosas ocasiones a estos Derechos autonómicos, tomándolos como referencia para plantear posibles propuestas de modernización del Derecho de Sucesiones común.

Se están empezando a plantear por la doctrina ciertos debates en torno a la legítima², al cónyuge viudo, los contratos sucesorios, la desheredación, la sucesión en la empresa y los protocolos familiares, las sustituciones fideicomisarias, el testamento mancomunado, el orden de la sucesión intestada, etc. Todo ello será tratado a lo largo de nuestro trabajo con el fin de ver los pros y los contras de cada una de estas figuras, y así poder hacer recomendaciones al legislador de propuestas de modernización.

Para que se den reformas en este sector es necesaria la concurrencia de una serie de factores, que podrían ser por ejemplo la influencia de otras legislaciones (tanto Derechos autonómicos como internacionales), el impulso del debate doctrinal, la atención de los medios de comunicación por un asunto concreto, etc. Así, DELGADO ECHEVERRÍA dice que “solo la ocurrencia de un caso extraordinario que sacudiera a la sociedad daría lugar a una iniciativa legislativa”. Dejando a un lado lo conveniente o no de esta forma de proceder, lo cierto es que muchas veces el Derecho reacciona a la opinión de la sociedad, y en la formación de dicha opinión juegan un papel muy importante los medios de comunicación. Así, si periódicos, radios, cadenas de televisión, etc. centran el debate en un tema concreto debido a la ocurrencia de un suceso injusto que generase preocupación en la sociedad, el legislador reaccionaría.

Antes de entrar de lleno en la cuestión, vamos a distinguir en primer lugar los dos tipos de reformas que se pueden llevar a cabo por el legislador³. De esta

² DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 7. En relación al estado actual de la reforma de las legítimas dice: “El debate sobre las legítimas apenas está abierto. Como digo, a medio plazo no preveo sino intervenciones puntuales con la finalidad de atender a algunos objetivos específicos. Ahora bien, en la primera ocasión de una reforma global del Derecho de sucesiones las legítimas serían uno de los puntos más importantes de la misma y saldrían sin duda muy modificadas a la baja. Lo que ocurre es que tal reforma global no es previsible para los próximos cinco años”.

³ COTTIER, M.: “Adapting Inheritance Law to Changing Social Realities: Questions of Methodology from a Comparative Perspective”, *Oñati Socio-legal Series* [online], 2014, núm. 4 (2), p. 206.

manera tenemos por un lado las reformas progresistas, que solo se beneficiarán del enfoque empírico que han dado si se mantienen en la realidad social, y si las actitudes de la sociedad son más “avanzadas” que el texto de la ley (es decir, si éstas son favorables a la reforma realizada). Por otro lado tenemos las reformas conservadoras, donde los ajustes hechos por la ley tendrán que resistir a las realidades sociales con argumentos normativos (como por ejemplo en la protección de la institución del matrimonio).

Por tanto, el objetivo de este trabajo es analizar el panorama actual del Derecho de Sucesiones y las propuestas de reforma que se están dando, para abrir así un debate que culmine con su puesta a punto y actualización a los tiempos que vivimos hoy en día. Para ello, analizaremos tanto el sistema seguido por el Código Civil como por los distintos Derechos autonómicos, haciendo especial hincapié en los diferentes modelos de familia que se dan en la actualidad y en las consecuencias jurídicas que éstos generan.

II. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO CIVIL DE LAS SUCESIONES.

1. Modelos de familia.

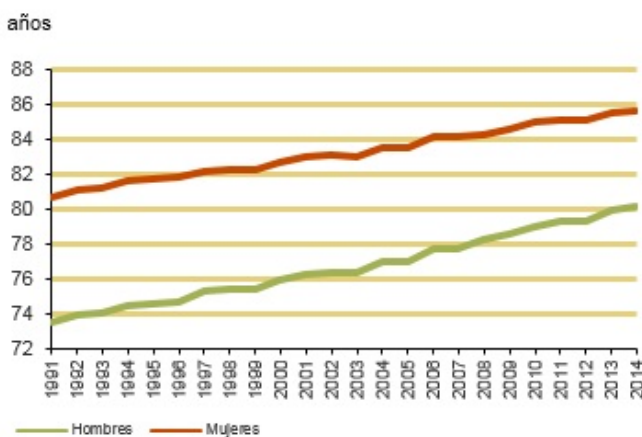
Hoy en día nos encontramos con una realidad social distinta a la de hace unas décadas, debido principalmente a la evolución a la que se ha visto sometida que ha terminado desembocando en profundas transformaciones. Han surgido así nuevos modelos de sociedad y de familia que tienen repercusiones obvias en el Derecho de sucesiones, que tiene la necesidad por tanto de adaptarse a estas cambiantes realidades. DE BARRÓN se hace eco de estas transformaciones⁴ y hace una enumeración taxativa de los cambios sociales que ha habido y de la necesidad de una reforma para adaptar el Derecho a la realidad social. Así:

La esperanza de vida ha aumentado considerablemente en los últimos años, situándose en 2014 en 80,1 para los hombres y 85,6 para las mujeres⁵. Se aprecia por tanto una brecha de género mujeres-hombres de 5.5 años, lo que también tendrá sus repercusiones en el Derecho de Sucesiones. A esto le acompaña un descenso en el número de nacimientos.

⁴ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2016, p. 4.

⁵ Fuente: Tablas de mortalidad. INE (2014).

Evolución de la esperanza de vida al nacer



Fuente: Tablas de mortalidad. INE

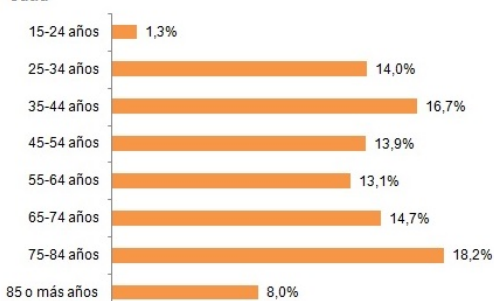
Todo esto genera que en nuestro país haya más de 2 millones de personas que superan los 80 años, de las cuales más de 1 millón tiene dificultades para realizar sus actividades cotidianas (necesitando por tanto de auxilio de personas más jóvenes). Además, casi 4 millones y medio de personas viven solas en España. De ellos, 1.805.600 tienen más de 65 años.

Principales indicadores. 2013

Variable	Valor
Número total de hogares en España	18.217.300
Tipos de hogar más frecuentes	
Hogares unipersonales	4.412.000
- Persona sola menor de 65 años	2.606.400
- Persona sola mayor de 64 años	1.805.600
Pareja sin hijos que convivan en el hogar	3.943.200
Pareja con hijos que convivan en el hogar	6.362.800
Madre con hijos o padre con hijos	1.707.700
Tamaño medio del hogar	2,53

Fuente: Características generales de los hogares. INE

Porcentaje de personas que viven solas según la edad



Fuente: Hogares de una sola persona. INE.

DE BARRÓN dice algo que también me parece significativo: “de conformidad con los datos del Banco de España, la riqueza neta alcanza el máximo para los hogares en los que el cabeza de familia tiene entre 55 y 64 años de edad, es

decir que por lo general el derecho a la legítima nace en el momento de mayor riqueza del legitimario⁶.

Vistos estos datos podemos apreciar como el concepto tradicional de familia ha cambiado, apareciendo nuevos modelos a los que el Derecho de Sucesiones debe de adaptarse. Surge asimismo, como apunta DE BARRÓN, una preocupación por la tutela jurídica y económica del cónyuge viudo (o equivalente) en detrimento de la posición de los hijos⁷. Además, aparecen figuras como la del “testador vulnerable” que comentaremos posteriormente. Vemos por tanto como crece el número de personas que requieren asistencia.

Destacar además que se producen al año 96.562 divorcios (INE 2015), estando la media de duración de los matrimonios en 16,2 años. Esto último hace que se incremente el número de familias denominadas “complejas”. A estas familias se suman las familias homosexuales. Nos gustaría traer a colación también la reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción que se hizo en Alemania en el año 2010⁸, pues en la explicación que acompañaba al Proyecto de ley se pone de manifiesto que el motivo de dicha reforma es adecuar el Derecho de Sucesiones a la evolución social que se ha producido. Además de todo lo anterior, recoge también:

“a) el incremento de las parejas no casadas⁹ y de hijos no matrimoniales; b) el aumento de las familias reconstituidas con hijos procedentes de un matrimonio anterior^{10 11} (...); y c) el incremento de la movilidad de la población a otros

⁶ De momento vamos a dejar el tema aquí, pues la reforma de la legítima se abordará en apartados posteriores. Lo que sí que tenemos que ir planteándonos es, vistos los primeros datos, sobre la necesidad (o no) de esta institución, para poder así abrir posteriormente el debate sobre su pervivencia y la función que desempeña en la sociedad actual.

⁷ Dña. MARIONA BOSCH SERRANO hizo un análisis de testamentos con ocasión de su TFG para la Universidad de Lleida, en el cual se ponía de manifiesto que de los 152 testamentos analizados, el 77,48 % contenían institución de heredero a favor del cónyuge. DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., p. 5.

⁸ Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción, de 24 de septiembre de 2010. Entró en vigor el 1 de enero de 2011.

⁹ En España las parejas de hecho suponen un 13,7 % del total del número de parejas (2013). Fuente: INE.

¹⁰ Según ARROYO I AMAYUELAS esto “refuerza el rol social de padre/madre de la nueva pareja del progenitor biológico, pero también contribuye a distanciar los vínculos con el padre/madre biológico con el que el hijo no convive”. ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, p. 5.

¹¹ COTTIER ha bautizado este fenómeno como “multi-marriage society”, o lo que es lo mismo, sociedad de múltiples matrimonios.

territorios, como consecuencia del cambio en las estructuras tradicionales de prestación laboral, lo que contribuye a relajar los vínculos familiares”.

Este fenómeno tampoco ha pasado desapercibido para la doctrina norteamericana: “The traditional “Leave It To Beaver” family no longer prevails in American society. To be sure, families consisting of a wage-earning husband, a homemaking and child-rearing wife, and their two joint children still exist. But because divorce rates are high and remarriage abounds, many married couples have or will end life having children from prior marriages on one or both sides. Families are routinely headed by two adults working outside the home, or by a single parent. Unmarried heterosexual and homosexual couples, sometimes with children, are also unmistakable parts of the American family scene”¹².

2. Propuestas de reforma.

Hemos visto como la institución de la familia es una realidad cambiante, y que con el paso de los años se van creando y consolidando distintos tipos de familia. Este no es un fenómeno pasajero, sino que tiende cada vez más a aumentar y a consolidarse, lo que nos da a entender que de aquí a unos años será visto con total normalidad. De dicha situación ya se hizo eco el célebre sociólogo Zygmunt Bauman al acuñar los conceptos de “modernidad líquida”, “sociedad líquida” o “amor líquido” para definir el actual momento de la historia en el que las realidades sólidas de nuestros abuelos (como el trabajo y el matrimonio para toda la vida) se han desvanecido, dando paso a un mundo más precario, provisional y ansioso de novedades¹³. Sin embargo, ante este fenómeno surge un problema: el Derecho en muchas ocasiones no está preparado para responder a estas nuevas situaciones que se dan.

Como también hemos visto, el Derecho Civil y más concretamente el Derecho de Sucesiones son compartimentos muchas veces estancos, reacios a los cambios y que cuesta mucho actualizar. También es debido esto a que, como todos sabemos, el Derecho funciona como un organismo bien articulado y una posible reforma por tanto puede afectar al conjunto del órgano. De esta manera, al abordar una reforma del Derecho de Sucesiones se debe ir con

¹² WAGGONER, L. W.: “The Multiple-Marriage Society and Spousal Rights Under the Revised Uniform Probate Code”, *Iowa Law Review*, 1991, núm. 76 (2), pp. 223-224.

¹³ La Vanguardia. Pero, ¿qué es la modernidad líquida? [en línea]. [Barcelona]: La Vanguardia, 9 de enero de 2017. <http://www.lavanguardia.com/cultura/20170109/413213624617/modernidad-liquida-zygmunt-bauman.html> [Consulta: 26 junio 2017].

cuidado y tener en cuenta los numerosos aspectos en los que puede repercutir un cambio en la legislación.

Es turno ahora de hacer algunas propuestas de reforma en relación a esta evolución social que se ha dado, pues a la vez que se crean nuevos tipos de familia se generan también nuevos problemas a los que hay que dar respuesta. No pretendemos hacer una enumeración taxativa de todas las reformas que conviene llevar a cabo, sino simplemente poner alguna idea sobre la mesa e intentar abrir el debate en asuntos que consideramos como prioritarios para la realidad actual. Comenzaremos hablando del cónyuge viudo.

A) Los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Como hemos visto antes existe una brecha de género entre hombres y mujeres, viviendo éstas 5.5 años más que aquellos. Esto nos hace preguntarnos: ¿qué sucede con el cónyuge que se queda viudo cuando el otro fallece? Cuando esto sucede, el viudo hereda pero de manera distinta (siempre en usufructo, nunca en propiedad). La extensión de dicho usufructo varía en función de con quién concurre en la sucesión¹⁴. Además, no solo varía dentro del Código Civil, sino que lo hace también respecto a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. Por ejemplo en Navarra, el usufructo supone toda la herencia siempre que se cumpla con los requisitos legales.

Esta legítima del cónyuge hoy en día se ve alterada en numerosas ocasiones por las ya mencionadas realidades cambiantes de la familia, como podrían ser los divorcios, los segundos (y sucesivos) matrimonios y el tema de los hijastros que desarrollaremos posteriormente. Así, como posibles reformas, DELGADO ECHEVERRÍA propone anteponer al viudo en los sucesores que son llamados en sucesión intestada, “e incluso abriéndole un hueco en el primer llamamiento, junto con los descendientes”¹⁵. Por tanto, su propuesta es clara: “una cuota en propiedad junto con los hijos (quizás igual que la de cada uno de éstos)”.

Bajo nuestro punto de vista no nos parece una mala idea, pues de esta manera se garantizaría que tras la muerte del causante, el cónyuge viudo pudiera disponer de un patrimonio que le garantizase una seguridad económica durante

¹⁴ Art. 834 CC: si concurre con hijos o descendientes, 1/3 (tercio de mejora).

Art. 837 CC: si concurre con ascendientes, 1/2 (mitad de la herencia).

Art. 838 CC: si concurre solo, 2/3.

¹⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 7.

el resto de años que le queden. ¿Por qué una cuota en propiedad y no un usufructo? Porque según DELGADO ECHEVERRÍA, el que se configurara como usufructo respondía (y responde) al deseo de conferir al cónyuge viudo derechos compatibles con la propiedad que debe de pasar a sus descendientes. Sin embargo, esto se ha visto desvirtuado por los numerosos cambios que hemos mencionado. Por supuesto esta propuesta de reforma no es perfecta y también traería problemas (como por ejemplo que en la práctica fuera más aconsejable recibir un derecho de usufructo que la propiedad), pero lo importante a nuestro parecer es que por lo menos sea objeto de debate en un contexto de actualización del Derecho de Sucesiones.

A todo esto, siempre se podrá establecer como disposición testamentaria el usufructo universal de los bienes a favor del cónyuge, si realmente existe verdadera preocupación del causante por su bienestar. Aunque cabe advertir en este sentido que los artículos 839 y 840 del Código Civil¹⁶ también podrían ser objeto de futura revisión y posterior modificación al plantear ciertos problemas en relación al usufructo.

B) Los derechos sucesorios en las uniones de hecho.

Las uniones de hecho (o parejas no casadas, parejas estables, etc.) son un tema que viene tratándose desde hace unos años. Se definen como la unión de dos personas, cualquiera que sea su condición sexual, que conviven maritalmente con voluntad de permanencia. Es una cuestión polémica, pues hay quien propugna su total equiparación al matrimonio, mientras que hay otro sector de la doctrina que piensa que de igualar ambas figuras, el matrimonio perdería su razón de ser que la diferencia de las demás. En este sentido se pronuncia DELGADO ECHEVERRÍA cuando dice: “la corriente que lleva a equiparar con el matrimonio a las parejas no casadas tiene difuso apoyo social y ha dado lugar a determinaciones en algunos Derechos autonómicos en el sentido de reconocer tanto sucesión intestada como derechos legitimarios e incluso a equipararlas totalmente con el matrimonio a efectos del Derecho civil

¹⁶ Art. 839 CC: “Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”.

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

propio”¹⁷. DELGADO ECHEVERRÍA parece defender esta postura, que sin embargo provoca algunos recelos bajo nuestro punto de vista.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto para decir que no se pueden equiparar de forma análoga instituciones equivalentes, por lo que no pueden tener los mismos derechos¹⁸. Así, viene a decir que no es lo mismo ser matrimonio que pareja de hecho, y que para ser esta última se requiere convivencia *more uxorio*, vida en común estable y duradera y una relación monogámica. Por su parte, el Tribunal Supremo ha dicho que las uniones de hecho son *ajurídicas* (que no *antijurídicas*) por lo que les reconoce efectos de trascendencia jurídica y pone el foco en su falta de regulación. Lo que se pretende es dar cobertura jurídica a estas uniones que se están dando en la práctica, pues el Derecho de familia se adapta a la realidad, y no al revés.

Sí que consideramos necesario una regulación de las uniones de hecho que proporcione tanto seguridad jurídica como económica a esas personas, pero el hecho de igualar esta figura con la del matrimonio carece de sentido, pues parece lógico pensar que si alguien quiere obtener todos los beneficios (y también cargas) que proporciona el matrimonio debe casarse, y no pretender obtenerlos formando una unión distinta que posea idénticas características. Ahora bien, como hemos dicho, ello no quita para que se dote de regulación a dichas uniones y se establezca de qué derechos (entre ellos los sucesorios) disponen. Actualmente en el Derecho común no tienen derechos sucesorios, lo que no quiere decir que no se pueda pactar (pero habrá que hacerlo siempre por voluntad propia). Esto último no es así en los Derechos civiles forales, pues en ellos sí que están reguladas las uniones de hecho con sus respectivas particularidades dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos.

Como siempre que se emprenden reformas legislativas surgen interrogantes que son necesarios responder y que deben dar lugar a un debate entre los expertos de la materia y las distintas fuerzas políticas. Algunos de estos interrogantes son¹⁹: ¿Dotamos de derechos sucesorios a los cohabitantes? ¿Optamos por constituir un estatus matrimonial sin celebración del matrimonio? Y un largo etcétera. El camino de la regulación autonómica lo abrió Cataluña con la publicación de la Ley Catalana de Uniones Estables de

¹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 8.

¹⁸ Entre otras la STC 18/2014, de 30 de enero (RTC 2014, 18); STC 75/2014, de 8 de mayo (RTC 2014, 75); STC 125/2014, de 21 de junio (RTC 2014, 125); STC 127/2014, de 21 de julio (RTC 2014, 127).

¹⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 8.

Pareja²⁰ y le siguieron el resto de Comunidades Autónomas publicando leyes similares. La Comunidad Valenciana aprobó la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, que ha sido declarada inconstitucional y por tanto sin efectos²¹.

C) Las personas ancianas.

Como se ha dicho al comienzo, el aumento de la esperanza de vida supone una característica de los nuevos modelos de familia que genera a su vez nuevos problemas a resolver. Surge entonces el debate de la figura conocida como “testador vulnerable”, pero que no nos vamos a detener a explicar aquí pues la analizaremos en profundidad cuando tratemos el tema de la desheredación. Simplemente decir por ahora que estas personas merecen de especial atención, pues debido a su avanzada edad sus facultades físicas y mentales están muchas veces debilitadas, lo que se puede relacionar con la capacidad para testar.

3. La reforma suiza como modelo.

Vamos a centrarnos ahora en la reforma legislativa que ha llevado a cabo Suiza en materia de Derecho de Sucesiones²². En la exposición de motivos de la ley se dice que el motivo de reformar la ley de herencia es que “tiene más de cien años de antigüedad y está anticuada, con el objetivo de hacerla más flexible y adaptarla a la cambiada realidad social, demográfica y familiar”. De esta manera, la ley suiza se actualiza para reflejar de una manera más fiel las realidades actuales de la familia. La reforma se centra en las personas que tienen relación social con el causante y que, sin embargo, están excluidos de la sucesión intestada. De la mano de COTTIER²³ vamos a ver en qué se concretan cada una de estas reformas:

²⁰ Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Boletín Oficial del Estado, núm. 198, pp. 28345-28350 (1998). Hoy derogada por el Libro II del Código Civil de Cataluña.

²¹ STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110).

²² Código Civil suizo, de 10 de diciembre de 1907. Boletín Oficial suizo (2012). A dicha reforma se le conoce como “Actualización de la ley de herencia”.

²³ COTTIER, M.: “Adapting Inheritance”, cit., pp. 206-211.

A) Cohabitanter²⁴.

Se dice de ellos en la exposición de motivos: “los cohabitantes, que bajo las disposiciones actuales son objeto de discriminación, deben estar incluidos en la ley intestada y se les dará una parte obligatoria de la finca y un trato justo, es decir, un tratamiento equivalente a casarse y a las parejas registradas del mismo sexo”. Por tanto, vemos como previamente a la reforma no tenían derechos en la sucesión intestada. También podemos apreciar cómo, otra vez, la ley no se ajustaba a la realidad social (ya que cada vez son más las parejas que cohabitan juntas y deciden no formalizar su relación²⁵). Estas parejas no merecen quedar desamparadas tras la muerte del causante, por lo que deben ser revestidas de algún tipo de protección jurídica.

Una vez clara la necesidad de dotar de protección a esta figura, debemos plantearnos qué régimen económico podría dársele en España. En Suiza por ejemplo, el régimen económico matrimonial predeterminado es el de participación en las adquisiciones, mientras que para las parejas de hecho que estén registradas es el de separación de bienes (todo ello en defecto de pacto posterior o anterior que lo modifique). Cabría aquí un debate legislativo en el que debería ponerse sobre la mesa las distintas opciones y suprimir la discriminación a los cohabitantes en la sucesión intestada. Así, y como lección que puede extraerse del caso suizo, el legislador español debe darse cuenta que los nuevos modelos de familia se van diversificando conforme pasan los años, y el Derecho no puede quedarse impasible ante este fenómeno, sino que se tiene que adaptar a las cambiantes realidades sociales.

B) Hijastros.

Tal y como nos dice COTTIER: “Los hijastros no se consideran descendientes en Suiza²⁶ (...) y por lo tanto solo se beneficiarán de su padrastro si han sido incluidos en un contrato de última voluntad o herencia²⁷. ¿Por qué es así?

²⁴ Se les define como parejas del mismo o de distinto sexo que se encuentran en una relación que no está formalizada por matrimonio o pareja de hecho.

²⁵ Una encuesta publicada en 2007 demuestra que las actitudes de la sociedad suiza hacia el reconocimiento legal de los cohabitantes han cambiado, pues un 75 % de la población se mostró favorable a igualar sus derechos con los de las parejas de hecho y los cónyuges en la sucesión intestada.

²⁶ Artículo 457 del Código Civil suizo: “1. Los herederos próximos de los fallecidos son sus *descendientes*. 2. Los hijos suceden en partes iguales. 3. Los hijos premuertos están representados por sus descendientes, que suceden por estirpe en cada grado”.

²⁷ COTTIER, M.: “Adapting Inheritance”, cit., p. 209.

Esto tiene una razón y es que los hijastros ya heredan de sus padres biológicos. Una solución a esto sería, por ejemplo, ampliar la libertad de testar.

Otra opción alternativa a la del contrato sería que el padrastro adoptase al hijastro²⁸, convirtiéndose éste por medio de la filiación en un descendiente. La protección a esta figura es también necesaria, y esto se pone de manifiesto tras una investigación llevada a cabo en Alemania por LETTKE que contrasta las intenciones de los padrastros a la hora de testar con lo que realmente sucede en la realidad. Así, este estudio pone de manifiesto que la intención es la de dejar la misma parte a los hijos naturales que a los hijastros, pero a la hora de la verdad no es así. El estudio asegura que “menos de la mitad de los hijastros se incluyen realmente como beneficiarios de la herencia de su padrastro, mientras los hijos propios de los padres siempre son especificados”. Según FINCH Y MASON²⁹ “esto significa que estos padres también tienen en cuenta lo que sus hijos esperan heredar de su otro padre natural, el que no vive con ellos”.

A la vista de estos datos, COTTIER lanza una propuesta consistente en incluir a los hijastros en la sucesión intestada, pero con la condición de que padrastro e hijastro convivan en la misma casa durante un cierto periodo de tiempo mientras el hijo sea menor de edad³⁰. Esto supondría sin embargo darle un enfoque totalmente diferente a la sucesión intestada, que funciona sobre la base del parentesco. Si el causante quiere dar protección a sus hijastros siempre podrá testar, pero bajo nuestro punto de vista lo importante en este momento es recoger las distintas propuestas que se dan al respecto, para luego examinarlas todas y abrir un debate en condiciones.

C) Niños nacidos en relaciones del mismo sexo.

La ley actual en suiza no permite la filiación hacia dos padres del mismo sexo. Para COTTIER supone una solución apropiada “la aplicación de la presunción de filiación cuando la pareja de hecho está de acuerdo con la inseminación, o la posibilidad de reconocimiento de filiación por la segunda madre. En ambos casos, el segundo padre se reconoce en el momento del nacimiento del niño”. Al igual que sucedía anteriormente con los hijastros, mediante la filiación estos

²⁸ Artículo 264a del Código Civil suizo: “3. Un cónyuge puede adoptar al hijo del otro si los cónyuges están casados durante cinco años”.

²⁹ FINCH, J. and MASON, J.: “Passing On. Kinship and Inheritance in England”. London: Routledge, 2000, p. 45.

³⁰ COTTIER, M.: “Adapting Inheritance”, cit., p. 210.

niños pasarían a ser descendientes de los padres no biológicos a efectos sucesorios³¹.

III. BREVE ESTUDIO DEL DERECHO FORAL.

El Derecho Civil Foral se define como el “conjunto de normas de origen histórico pero en continuo desarrollo, aplicables en concretas zonas del territorio español, cuya vigencia prevalece en dichas demarcaciones sobre las disposiciones generales vigentes en el resto del Estado, que resultan aplicables, en su caso, como derecho supletorio”³².

Este Derecho está legitimado constitucionalmente por el artículo 149.1.8ª de la Constitución española, que dice así: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Algunas de estas CC.AA. han desarrollado de una forma muy potente su Derecho civil propio (como podría ser el caso de Cataluña), lo que muchas veces puede servir de ejemplo al legislador estatal.

Así, las Comunidades Autónomas que tienen Derecho Civil Foral son: País Vasco, Cataluña, Islas Baleares, Galicia, Aragón, Navarra y la Comunidad Valenciana (esta última con las notas que ahora comentaremos). Antes de adentrarnos en el análisis individualizado de cada una de ellas, nos gustaría mencionar que existen dos sistemas diferentes de legítima en nuestro país.

Por un lado tendríamos los sistemas de legítima individual, donde quedarían incluidos los sistemas legitimarios del Código Civil, Galicia, Islas Baleares y Cataluña (en ellos es más notable el estrecho margen para la libertad del causante). Por otro lado nos encontramos con los sistemas de legítima

³¹ Una encuesta publicada en 2010 refleja la posición favorable de la sociedad suiza a adoptar medidas de este tipo. Así, el 86,3 % reconoció la necesidad de proporcionar un marco jurídico para estas familias, el 65,8 % se mostró a favor de la adopción de un hijastro para parejas del mismo sexo y el 53 % de la posibilidad de adoptar a un niño no relacionado. Estudio: Lesbenorganisation Schweiz LOS, PINK CROSS 2010.

³² FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 256.

colectiva, que se corresponden con las legítimas del País Vasco³³ y Aragón³⁴. En estos sistemas (también conocidos como legítima de libre disposición) el causante tiene una obligación legal con sus parientes más cercanos, pero dispone a la vez de la potestad de elegir entre ellos a los que van a percibir la legítima (aunque sean de un grado más lejano). Vistos ya los dos tipos de sistemas, ahora sí procedemos al breve análisis de cada uno de ellos:

1. Legislación en el País Vasco.

La ley aplicable es la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Concretamente, el Derecho de Sucesiones se regula en el Título II, artículos 17 a 124. Además, se deben distinguir los territorios de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa para la aplicación de las distintas normas.

Así, por ejemplo, en el Fuero de Vizcaya la legítima de los descendientes supone 4/5 de la herencia, y la de los ascendientes la mitad. Por su parte, el Fuero de Ayala (Álava) dispone el principio de libre voluntad del causante, por lo que éste podrá disponer de sus bienes libremente (con la excepción que posteriormente comentaremos del apartamiento). En el Derecho de Vizcaya, como recoge BLASCO, “el testador puede distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas descendiente o ascendiente, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo”. Asimismo, se permiten el contrato sucesorio, el testamento por comisario, el testamento mancomunado... Vemos por tanto que se trata de un Derecho muy diferente al Derecho común que rige en el Código Civil.

2. Legislación en Cataluña.

La ley aplicable es la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Comprende los artículos 411-1 a

³³ Art. 51.1 LDCPV relativo al apartamiento y preterición de legitimarios: “El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos”.

³⁴ Art. 486.2 CFA relativo a la legítima colectiva: “Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”.

465-2. Es tal vez uno de los Derechos de Sucesiones más desarrollados de España, y posible modelo de referencia para el legislador del Código Civil. Sus principios sucesorios son los siguientes³⁵: necesidad de heredero, universalidad del título de heredero, incompatibilidad de títulos sucesorios, prevalencia del título voluntario y perdurabilidad del título sucesorio. El Derecho catalán permite las disposiciones fiduciarias y los contratos sucesorios, y rige en general el principio de libertad de testar, siendo la legítima de 1/4 y estando configurada como un derecho de crédito. Además, el cónyuge supérstite no se considera legitimario (pero este no queda desprotegido, sino que existe la institución de la cuarta vidual tanto para él como para el conviviente en pareja estable). La cuarta vidual es una figura propia del Derecho catalán, y la define BLASCO de la siguiente manera:

“El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido”³⁶.

Comparando el Derecho catalán con el alemán (pues posteriormente va a ser objeto de estudio y creemos necesario tal contraste) podemos decir que la reciente reforma del Libro IV del Código Civil de Cataluña ha ido en la línea del sector doctrinal que considera suficiente el debilitamiento de la legítima el lugar de su total supresión³⁷. Sin embargo, no ha incorporado algunas de las propuestas más novedosas en ese sentido como sí ha hecho el legislador alemán. Así, por ejemplo, no ha añadido la consideración de los daños infligidos a otras personas próximas al causante y distintas a la pareja de hecho (véase los hijastros) entre las causas de desheredación. Como conclusión podríamos decir que el Derecho civil catalán representa la vanguardia nacional en muchos aspectos, pero sin embargo tiene todavía un margen de mejora que deberá ser abordado en futuras reformas legislativas.

³⁵ BLASCO GASCÓ, F.: “La sucesión mortis causa”, en AA. VV.: *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 29.

³⁶ BLASCO GASCÓ, F.: “La sucesión”, cit., p. 29.

³⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma”, cit., p. 20.

3. Legislación en las Islas Baleares.

Rige aquí la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, modificada por la Ley de 28 de junio de 1990 (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares). Aquí existe una curiosidad, y es que se distingue por un lado el Derecho sucesorio que rige en Mallorca y Menorca y por otro el que rige en Ibiza y Formentera. Así, el primero está comprendido en el Libro I Título II (artículos 6 a 53), mientras que el segundo lo está en el Libro III Título II (artículos 69 a 84). Vamos pues a diferenciarlos:

El Derecho de Mallorca y Menorca guarda muchas similitudes con el Derecho sucesorio catalán: incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada, esencialidad de la designación de heredero, permite los contratos sucesorios, etc. Pero también guarda importantes diferencias con éste (sobre todo en lo que concierne a la legítima, cuya naturaleza se sustenta en la entrega de una parte de los bienes hereditarios). Recoge BLASCO:

“Constituye la legítima de los hijos, (...) y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número”.

Vemos pues una legítima más elevada que la vista anteriormente. Otra diferencia con el catalán es que el cónyuge viudo aquí sí es considerado legitimario. En cuanto al Derecho de Ibiza y Formentera, se admite la compatibilidad entre testada e intestada (a diferencia de los Derechos catalán y mallorquín), por lo que será válido el testamento y el contrato sucesorio aunque no se designe heredero o no se disponga de todos los bienes. En cuanto a la legítima, es idéntica a la de Mallorca y Menorca (1/3 si son 4 descendientes o menos o 1/2 si son más de 4). Sin embargo, el cónyuge viudo no es legitimario.

4. Legislación en Galicia.

En Esta Comunidad Autónoma rige la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. El Derecho de Sucesiones se regula en el Título X, artículos 181 a 308. Se permite el pacto sucesorio, el testamento por comisario y el testamento mancomunado entre cónyuges. En materia de sucesión intestada rige el Código Civil, así como también en relación a las legítimas (con alguna particularidad relativa al pago de la misma y en la forma de su determinación).

Son legitimarios los hijos, descendientes y el cónyuge viudo (pero no los ascendientes), y lo son en las siguientes cantidades: los descendientes 1/4 del valor del haber hereditario líquido, y el cónyuge tendrá el usufructo vitalicio de 1/4 del haber hereditario. Por último, decir que pese a que en la sucesión intestada rige el Código Civil, en defecto de heredero heredará la Comunidad Autónoma de Galicia, y no el Estado.

5. Legislación en Aragón.

La ley aplicable es el Código de Derecho Foral de Aragón (aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón). Dedicó el Libro III a regular las sucesiones mortis causa, comprendiendo los artículos 316 a 536. Están permitidos los pactos sucesorios (que prevalecen frente al testamento), las disposiciones fiduciarias y el testamento mancomunado y recíproco. La legítima representa para los descendientes de cualquier grado 1/2 del caudal hereditario, y éstos son los únicos legitimarios. Al tratarse de un sistema de legítima colectiva, ésta puede distribuirse igual o desigualmente, entre todos o alguno de los descendientes, o bien a uno solo de ellos. Por último, y en ausencia de herederos en la sucesión intestada, los bienes se atribuyen a la Diputación de Aragón.

6. Legislación en Navarra.

La ley foral se comprende en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (conocida como Fuero Nuevo), aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Las sucesiones se regulan en el Libro II, artículos 148 a 345. Aquí rige la libertad de testar con una limitación: la del usufructo de fidelidad. En el Título X se regulan estas limitaciones a la libertad de disponer, conteniendo además el concepto de este usufructo en la Ley 253: “El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento”. Otras limitaciones contenidas en el Título son los derechos de los hijos de un matrimonio anterior, la reserva del binubo y la reversión de bienes. Se permiten asimismo el pacto sucesorio y las disposiciones fiduciarias. En cuanto a la legítima, se trata de una figura meramente formal que tiene como finalidad evitar la preterición. Así, como dice BLASCO:

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

7. Legislación en la Comunidad Valenciana.

Se discute que tenga competencia legislativa en materia de Derecho Civil. A diferencia de otros territorios que, tras perderlo con la Nueva Planta, recobraron su Derecho privado (como por ejemplo Cataluña o Aragón), en el territorio valenciano la nobleza optó por el Derecho privado castellano. Tal y como indica la propia página web de la Generalitat Valenciana, “todo el Derecho valenciano fue abolido en 1707, mediante el llamado Decreto de Nueva Planta y no ha sido sino parcialmente recuperado hasta nuestros días, especialmente a través de la reciente reforma del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, que reconoce al Gobierno Valenciano competencias plenas en materia de Derecho Civil”³⁸. Es por esto por lo que es un tema discutido si esta Comunidad Autónoma dispone de Derecho propio, cuestión que deberán resolver en última instancia los Tribunales de Justicia.

Mientras tanto, se han ido realizado intentos de recuperación del Derecho Civil Foral por parte del legislador valenciano, pues parte de la intención de la Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana fue la de recuperar el Derecho Foral de cara a una futura regulación sucesoria valenciana. Además de esta reforma, uno de los pasos más importantes que dio el legislador fue la aprobación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, con el objetivo de poder elaborar en el futuro, al igual que el resto de Comunidades Autónomas con Derecho propio, un Código de Derecho Foral Valenciano. Esta ley instauraba el régimen de separación de bienes para el caso en que no se hubiera pactado ningún otro por parte de los cónyuges, pero contra dicha norma se interpuso recurso de inconstitucionalidad que terminó finalmente declarada inconstitucional y nula³⁹.

³⁸ Generalitat Valenciana. Los Fueros [en línea]. [Valencia]: Conselleria de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación. <http://www.transparencia.gva.es/web/estatuto/los-fueros> [Consulta: 24 mayo 2017].

³⁹ STC 82/2016 de 28 de abril (RTC 2016, 82) utilizando como base el Artículo 149.1.8º de la CE.

Así, en lo que a nosotros nos atañe, solo hay una norma de Derecho sucesorio: la de sucesión de la Generalitat⁴⁰. Ésta establece que, en defecto de herederos, en la sucesión intestada los bienes se tribuyen a la Generalitat cuando el causante tuviera la condición civil de valenciano. Como dato, y tal como recoge BLASCO, decir que en el año 2009 el Consell de la Generalitat aprobó un Anteproyecto de Ley de sucesiones⁴¹, en el que recogía el principio de libertad de testar y permitía además el testamento mancomunado y recíproco. Sin embargo, dicho Anteproyecto nunca llegó a ver la luz.

Hablando de testamentos, otro de los intentos más destacables del legislador valenciano ha sido el conocido como “Testamento nuncupativo” o “de paraula”. El testamento abierto o nuncupativo es aquel en el que el autorizante (en su caso) y los testigos (cuando intervienen) conocen el contenido de la voluntad del testador. Por su parte, la definición que da la futura Ley de Sucesiones a este testamento en su artículo 39 es la siguiente: “es aquel en el que el testador, sin presencia de Notario, declara su última voluntad de viva voz ante tres testigos rogados”. Se contraponen pues al testamento escrito o cerrado y fue introducido en época del rey Jaime I.

Conviene destacar que el Derecho Foral valenciano se ha destacado siempre por la libertad de testar, lo que lo diferencia de su vecino el Derecho castellano (o común) donde era y es obligatoria la legítima.

La primera regulación que tuvo el testamento nuncupativo en el Reino de Valencia fue la de que se efectuase de manera verbal, sin presencia de notario público y con la necesaria presencia de tres testigos idóneos y varones⁴². Su razón de ser, como explica MARZAL RODRÍGUEZ⁴³, era la siguiente: “Aunque

⁴⁰ Art. 71 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

⁴¹ Anteproyecto de Ley de la Generalitat, de la ley valenciana de sucesiones de 24 de julio de 2009. En la Exposición de motivos se recoge la voluntad del Legislador autonómico por asumir competencias en materia de Derecho civil foral. Así, reza: “Esta Ley se promulga al amparo de la competencia exclusiva asumida por la Generalitat sobre la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral en el artículo 49. 1. 2ª del Estatut (...) a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia con el doble objetivo (...) de permitir a nuestro autogobierno gozar de un techo competencial lo más alto posible, y el reconocimiento de la Comunidad Valenciana, como Nacionalidad Histórica por sus raíces históricas, por su personalidad diferenciada, por su lengua y cultura y por su Derecho Civil Foral (...)”.

⁴² GIMÉNEZ CHORNET, V.; RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “El testamento nuncupativo: del Derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana”, *Derecho Civil Valenciano*, 2009, núm. 5, p. 3.

⁴³ MARZAL RODRÍGUEZ, P.: *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Valencia, 1998, pp. 127-134.

la práctica habitual es realizar el testamento ante notario, la certeza de una enfermedad grave, haber recibido una agresión física u otra indisposición, y no poder acceder a un notario, propiciaba la creación del testamento nuncupativo” (aunque posteriormente el testamento había de ser protocolizado). De ahí en adelante se fue desarrollando y cambiando la regulación hasta llegar a la Ley de Sucesiones valenciana, todavía en proceso de elaboración.

Como primeras conclusiones tras este análisis, y efectuando una comparación con lo que regula el Código Civil, podemos pensar que éste contempla una legítima bastante más amplia que el resto de Derechos forales. La llamada “legítima larga” está compuesta de 1/3 de legítima estricta y otro 1/3 de mejora, siendo destinatarios de ambos los descendientes del causante. Este por tanto solo podrá disponer con total libertad del último 1/3, el conocido como “tercio de libre disposición”. Este es uno de los principales debates que vamos a analizar a continuación, pues comienzan a surgir corrientes doctrinales que propugnan su reducción (e incluso, algunas más radicales, su total desaparición para dejar paso a la completa libertad de testar).

Asimismo, a diferencia también del resto de sistemas sucesorios españoles, el Código Civil limita la sucesión voluntaria al testamento, prohibiendo así los contratos sucesorios. Tampoco permite el testamento mancomunado. Es hora pues de abrir todos estos debates, reflexionando y comparando los distintos sistemas nacionales y de nuestro entorno para así poder elaborar propuestas que actualicen y modernicen el sistema sucesorio común.

IV. DEBATES ACTUALES EN TORNO AL DERECHO DE SUCESIONES.

1. Legítimas.

La definición de esta figura nos viene dada por el Código Civil en el art. 806: “Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. Continúa el artículo 807 identificando quiénes son herederos forzosos a efectos de este Código: “1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”.

Sin embargo, esta definición se queda un poco corta, por lo que traemos a colación la que nos ofrece ROYO MARTÍNEZ: “la legítima es una atribución

patrimonial mortis causa impuesta por normas de ius cogens o derecho necesario, su observancia es garantizada por la ley, tanto si el causante testador respeta y cumple al ordenar su testamento los preceptos legales que la imponen, como si, por simple omisión o explícita contradicción, el testador no guarda lo dispuesto “⁴⁴.”

Existen distintos sistemas de legítimas, variando desde aquellos que ofrecen libertad absoluta al testador para disponer de sus bienes (y por tanto no existe legítima o ésta es meramente formal) a otros que establecen una reserva total de los bienes con distribución forzosa entre los herederos (sistemas poco comunes en la práctica). Entre ellos se sitúan sistemas intermedios como el nuestro, que varían el porcentaje de legítima según aboguen por una mayor o menor libertad de testar. Es aquí donde se sitúa el debate principal: en la cantidad de herencia que el causante debe dejar en concepto de legítima y de la que podrá disponer libremente a su parecer. Los regímenes de libertad absoluta son los característicos de países anglosajones, pero incluso en estos se están desarrollando corrientes que pretenden instaurar una cierta cantidad en concepto de legítima para dejarla a los herederos forzosos.

En cuanto a la naturaleza de la institución, COBAS nos dice que “la legítima se alza sobre una base familiar, nace con independencia de las necesidades o posición que tiene el legitimario, con lo cual el Derecho (...) está conminado a garantizar aunque sea una mínima participación en los bienes que el de cuyos tuviera al momento de su fallecimiento a un círculo reducido de parientes”⁴⁵. Esto será objeto de análisis posteriormente, cuando tratemos el tema de su relación con los alimentos y con las personas discapacitadas, pues podría encaminarse a la protección de las personas que tienen más necesidades y dejar a un lado su atribución al legitimario por el mero hecho de serlo.

Vamos a proceder en primer lugar a comparar el sistema legitimario del Código Civil con el de dos países que recientemente han hecho una reforma de su Derecho sucesorio y que por tanto han aportado ideas interesantes que podrían servirnos de referencia en nuestra investigación. Estos países son Alemania y Suiza.

⁴⁴ MARTÍNEZ ROYO, M.: *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, Edelce, Sevilla, 1951, p. 188.

⁴⁵ COBAS COBIELLA, M. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17 (2), p. 4.

A) La legítima en Alemania.

Aunque ya hemos anticipado algo en el epígrafe anterior, vamos a profundizar ahora en la cuestión. Primero de todo hay que destacar que las reformas que se han llevado a cabo en Alemania de la legítima no han cuestionado en ningún momento el fundamento de la institución y por lo tanto tampoco su subsistencia⁴⁶. Asimismo, tampoco se ha modificado la cuantía que supone (1/2 del valor de la cuota hereditaria legal, frente a los 2/3 de España) ni los beneficiarios de la misma. Cabría preguntarse entonces: ¿por qué se ha hecho una reforma y no se ha modificado en ningún aspecto estas cuestiones?

La respuesta a esta pregunta es muy sencilla: en Alemania la legítima de los descendientes está protegida constitucionalmente. Hubo una Sentencia del Tribunal Constitucional⁴⁷ que estableció la protección de esta figura, por lo que no se podía privar a los herederos de ella y no hay posibilidad de desheredación. Según dice la sentencia, “la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente del que aquellos no pueden verse privados y cuya percepción no puede hacerse depender de una previa situación de necesidad”⁴⁸. Como recoge ARROYO I AMAYUELAS: “A pesar de los progresivos cambios en la evolución de las estructuras familiares, la legítima no pierde vigencia y sus fundamentos aún se explican en virtud del principio de solidaridad familiar y de protección de la familia”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán solo protege la legítima de los descendientes, pero el legislador ha decidido proteger también la del cónyuge y los ascendientes. Esto se da también en otros países, como por ejemplo en Cuba donde se dota de protección a los padres (que quizás la necesiten más que los propios hijos). Los ascendientes en Alemania gozan también pues de protección, pero podría reducirse e incluso eliminarse en futuras reformas, pues no está amparada por la Ley Fundamental. Entonces, ¿en qué ha consistido la reforma del Derecho de Sucesiones en Alemania?

La reforma más importante en relación a la legítima se dio en torno a las limitaciones y gravámenes existentes en el heredero cuando éste es legitimario. Se daban aquí dos situaciones: en primer lugar, si la cuota hereditaria era igual o inferior a la mitad de la legitimaria se tenían por no escritos los límites y

⁴⁶ ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma”, cit., p. 5.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005. BvR 1644/00, 188/03. Publicada en la recopilación del BVerfGE 112, 332 ss.; e igualmente, a JZ, 2005, núm. 20, 1001-1007 ss.

⁴⁸ Garantizado por el art. 14.1, I en relación con el art. 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (“Grundgesetz”).

gravámenes. En segundo lugar, si por el contrario la cuota era superior a la legitimaria el legitimario podía exigir la legítima y repudiar la cota grabada, o quedarse con ésta con sus límites y/o gravámenes. Esto último nos recuerda a una cautela Socini, que consiste en “un instrumento en manos del testador que le permite, al establecer disposiciones que graven o perjudiquen la legítima, ordenar, en compensación, otras que favorezcan al legitimario, pero únicamente si acepta dicho legitimario el gravamen o limitación inicialmente impuesto”⁴⁹.

La reforma llevada a cabo ha tendido a simplificar esto, pues cualquier legitimario que esté limitado o grabado en la cuota hereditaria podrá aceptarla o rechazarla y exigir la legítima (eliminándose por tanto las condiciones que había anteriormente). Vista ya la reforma en Alemania, conviene ahora compararla también con la reforma llevada a cabo en su país vecino.

B) La legítima en Suiza y su confrontación con la tradición anglosajona.

Hay que comenzar destacando que la Ley de Sucesiones suiza es similar en la materia al Código Civil. Uno de sus aspectos más importantes, al igual que en España, es la existencia de la institución de la legítima. Esto no es solo característico de los países que estamos comentando, sino que es una figura que está presente en la mayoría de países de la Europa continental, por contraposición a los países de tradición anglosajona donde prima la libertad para testar (Reino Unido, Estados Unidos, etc.). En la legislación suiza, los herederos forzosos son los descendientes, ascendientes, cónyuges y parejas de hecho registradas⁵⁰. Asimismo, el porcentaje de legítima es el siguiente⁵¹: 3/4 de la cuota hereditaria para los descendientes, 1/2 para cada uno de los padres y 1/2 para el cónyuge supérstite o la pareja registrada supérstite.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía en Alemania, aquí la institución de la legítima sí que se cuestiona. Para explicar por qué ocurre esto, COTTIER nos pone algunos ejemplos de supuestos que se daban con la anterior legislación⁵²: en relación con la convivencia, la legítima de los descendientes limitaba fuertemente la capacidad para beneficiar al conviviente. En el contexto de las familias mezcladas, si un padre suizo quería tratar a sus hijos e hijastros por igual, los primeros tenían que renunciar a una parte de sus derechos a favor de los segundos (mediante un contrato sucesorio por ejemplo). Todo esto le lleva

⁴⁹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 142.

⁵⁰ Artículo 470 del Código Civil suizo.

⁵¹ Artículo 471 del Código Civil suizo.

⁵² COTTIER, M.: “Adapting Inheritance”, cit., p. 211.

a decir que “la reforma suiza tendrá que encontrar un equilibrio entre el aumento de la libertad y la protección testamentaria de los hijos”⁵³. Se trata de un buen consejo que en España también se podría llevar a cabo.

Una vez expuesta la situación en Suiza, vamos a proceder ahora a contraponerla a la de algunos países de tradición anglosajona con el fin de establecer una comparación entre sistemas sucesorios diferentes. Tenemos países como Estados Unidos en los que la plena libertad para testar puede desembocar también en problemas, como por ejemplo en los casos en los que tras un divorcio los padres hayan perdido relación con sus hijos. En este sentido, COTTIER trae nuevamente a primer plano sus propuestas y nos ofrece una propuesta de reforma alternativa basada en un modelo sucesorio presente en países anglosajones como Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Inglaterra y Gales, que se adapta mejor a las realidades actuales de la familia que la participación forzada. Se trata del modelo de “ley común de prestación de la familia” y se caracteriza fundamentalmente por suponer dos ventajas: la primera es que no se basa en la existencia de relaciones formales de la familia, pero la responsabilidad la tiene el causante. La segunda ventaja es la discrecionalidad. Los Tribunales serán los encargados de determinar si las normas de voluntad o de la sucesión intestada del causante hicieron provisión financiera razonable para el que lo solicita en sede judicial. Así, existen una serie de factores que el tribunal puede / debe tener en cuenta a la hora de resolver.

Como conclusión de este apartado, advertimos que tanto el modelo continental (en sus diferentes variantes nacionales) como el anglosajón tienen inconvenientes. Desde nuestro punto de vista, la solución está en el término medio. ¿Qué queremos decir con esto? Pues que a nuestro parecer el sistema óptimo no debería tener ni una legítima tan elevada que constriña la voluntad del causante ni tampoco una completa libertad para testar que pudiese generar injusticias a los familiares. La legítima ideal sería aquella que estuviese limitada y supusiese un porcentaje razonable de la cuota hereditaria. Así, en Estados Unidos por ejemplo están planteándose suprimir la completa libertad para testar.

Vistas brevemente las reformas que se han dado en Alemania y Suiza, toca ahora hablar de propuestas de reforma de la legítima que realiza la doctrina.

⁵³ COTTIER, M.: “Adapting Inheritance”, cit., pp. 211-212.

C) Legítima y alimentos vistos por la doctrina.

Los alimentos, tal y como los define FERNÁNDEZ MARTÍNEZ⁵⁴, son una “obligación impuesta por la ley a próximos parientes de proporcionarse medios de vida cuando concurren determinadas circunstancias. Esta obligación legal se funda en la relación de próximo parentesco entre el alimentista y el obligado a la prestación. Por su origen tiene un carácter familiar, pero con un matiz público que lo mantiene alejado del poder dispositivo típico de la autonomía privada que impide su renuncia, transmisión o compensación”.

Ambas instituciones (la legítima y los alimentos) presentan similitudes y diferencias. En cuanto a las similitudes, la más importante se refiere al grupo de personas que alcanzan (es decir, descendientes, ascendientes y cónyuge viudo)⁵⁵. Esto es así en base a que ambas son dos figuras que nacen por el principio de solidaridad familiar. Además, ambas tienen como fundamento la protección de determinadas personas cercanas al alimentante/causante, con los que comparten vínculos de parentesco.

Sin embargo, son más los elementos diferenciadores que los que los asemejan. Así, nos dice ROYO MARTÍNEZ⁵⁶ que los alimentos nacen por una necesidad que tiene el alimentista, y por el vínculo familiar que tiene con el alimentante (que se ve obligado a satisfacer dicha necesidad por el principio de solidaridad antes mencionado). Sin embargo, la legítima no requiere ese estado de necesidad, sino que nace por el mero hecho del parentesco. En conclusión: no cabe una asociación entre la legítima y los alimentos.

COBAS establece más diferencias entre ambas figuras⁵⁷, como por ejemplo que mientras que la obligación de prestar alimentos es recíproca, la legítima no lo es; o que el momento en el que cada una produce sus efectos es distinto (los alimentos cuando hay una situación de necesidad del alimentista y la legítima tras la muerte del causante).

Cabría preguntarse pues si sería conveniente que la legítima adoptara una nueva función, y dejara de tener la que en origen tuvo: la protección del patrimonio familiar. Como se ha indicado anteriormente con datos aportados por el Banco de España, las herencias suelen recibirse en el momento de mayor

⁵⁴ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 72.

⁵⁵ Artículos 143 (alimentos) y 807 (legitimarios) del Código Civil.

⁵⁶ MARTÍNEZ ROYO, M.: *Derecho Sucesorio*, cit., p. 188.

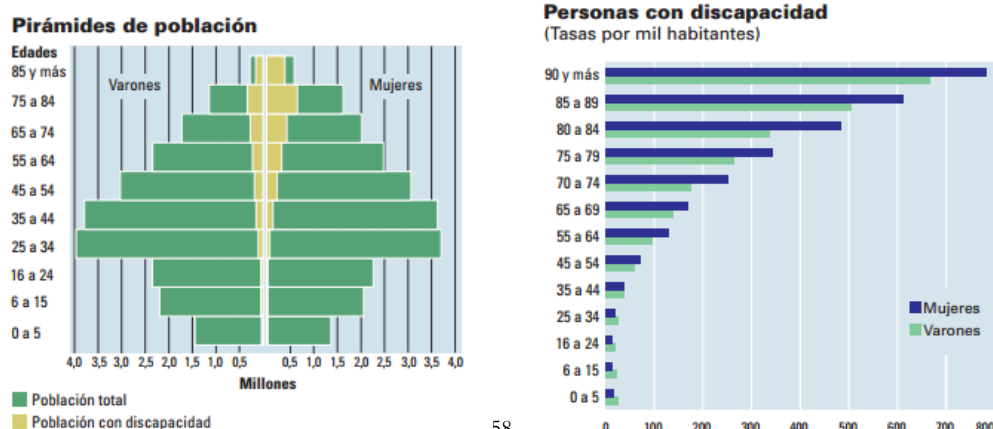
⁵⁷ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 5.

riqueza de la vida del legitimario, por lo que ya no cumple con su arcaica función de transmitir de generación en generación los medios para sustentar a la familia. De hecho, hoy en día se suele percibir la herencia como un complemento al patrimonio del que ya se dispone. Está claro que al final es una institución que responde al principio de solidaridad familiar, pero, ¿no sería interesante que respondiera a criterios de necesidad? Posteriormente desarrollaremos esta idea cuando hablemos de los descendientes incapacitados, pero por ahora la vamos planteando con el objetivo de ir introduciendo el tema en cuestión.

Está claro que ambas figuras tienen una cierta conexión, y un punto de encuentro importante entre ellas son las personas discapacitadas. Pasamos pues a tratar el tema con profundidad.

D) Legítima y personas con discapacidad.

Vamos a empezar introduciendo un poco la situación que existe en nuestro país relativa a las personas con discapacidad. La estructura actual de la sociedad es muy diferente a la que existía cuando se promulgó el Código Civil (1889), pues hoy en día existen nuevos modelos de familia como consecuencia de los cambios demográficos experimentados en las últimas décadas en España. Uno de los más importantes ha sido el fenómeno del aumento de la longevidad en las personas con discapacidad, pues en la actualidad muchos de ellos sobreviven a sus progenitores (en parte debido a la mejora de la asistencia sanitaria).



58

Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2008 había residentes en hogares que afirman tener alguna discapacidad o limitación. Esto supone una tasa de 85,5 x 1000 habitantes. Estos importantes cambios sociales que se han dado en las últimas décadas han llevado a que las instituciones sociales y políticas comiencen a plantearse que deben ajustar sus objetivos a la nueva realidad. Así, se da la necesidad de una reforma para satisfacer las demandas de una mayor protección social y apoyo a estas personas que se encuentran en situación de dependencia.

En este sentido nos parece muy importante hablar de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad⁵⁹. Dicha ley fue promulgada con motivo de que 2003 fuera el Año Europeo de la Discapacidad y tuvo como consecuencia la modificación de algunos artículos del Código Civil. Pese a que esta ley tienen como principal objetivo la protección patrimonial (y el Derecho de Sucesiones es un tema secundario) creemos que merece la pena comentarla, pues también tiene que ver con el sistema legitimario vigente en la actualidad. Además, legislando en favor de las personas con discapacidad, el legislador busca también modificar las actitudes de los ciudadanos.

Como nos muestra COBAS, en la Exposición de Motivos VII de la ley es donde se relacionan todas las modificaciones que se han hecho relativas al Derecho de Sucesiones. Vamos a proceder pues a su lectura y análisis con el fin de ver

⁵⁸ Fuente: Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD-2008), INE.

⁵⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Boletín Oficial del Estado, núm. 277, pp. 40852-40863 (2003).

las reformas que se han dado en sede sucesoria. Viene a decir⁶⁰: “Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida (entendiendo por tales los alimentos) y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos”.

El modo de proceder ha sido añadir al artículo 756 del Código Civil (que regula las incapacidades para suceder por causas de indignidad) un último apartado 7º en el que se recoge esta causa. En cuanto a las atenciones debidas que menciona, el apartado nos remite a los artículos 142 y 146 del Código Civil, que regula que se entiende por ellas lo mismo que los alimentos⁶¹. “Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no su minusvalía”⁶².

Por sustitución fideicomisaria⁶³ entendemos el “nombramiento de un heredero (llamado fideicomisario) para que reciba todo o parte de la herencia después del heredero que la ha recibido en primer lugar (llamado fiduciario). Normalmente, implica la obligación del fiduciario de conservar la herencia recibida, para transmitirla al fideicomisario”. Así, la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima a favor del descendiente incapacitado, regulada en el artículo 808 del Código Civil, pretende ser una forma de asegurarse de que los hermanos cuidaran del hermano incapacitado. Esto supone una excepción a la regla general, pues antes de la promulgación de esta ley no se admitía ningún gravamen, sustitución o condición sobre la legítima estricta (lo cual cambia la concepción que hasta ahora se tenía de la institución). Su funcionamiento es el siguiente: cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta (siendo por tanto fideicomitente el causante, fiduciario el incapacitado y fideicomisarios el resto de hermanos). Vemos que aquí se invierten los papeles de los sujetos que intervienen.

⁶⁰ Exposición de Motivos VII de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003 Referencia: BOE-A-2003-21053.

⁶¹ Artículo 142 del Código Civil: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción (...)”.

⁶² COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 11.

⁶³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 713.

En relación a este punto de la reforma cabe preguntarse: ¿se está ampliando la libertad de testar en detrimento de la legítima? COBAS y DÍAZ ALABART⁶⁴ coinciden al señalar que “la reforma no amplía la libertad de testar, sino que simplemente altera la cuantía de la cuota legal correspondiente a los herederos forzosos, porque realmente el testador con legitimarios discapacitados tiene una mayor libertad para distribuir el caudal, pero sigue estando obligado a repartirlo entre los descendientes”. Sin negar la veracidad de esta afirmación, sí que nos gustaría decir que, a nuestro juicio, se está ampliando (aunque mínimamente) la libertad para testar. Es cierto que el causante continúa estando obligado a distribuir la legítima estricta entre sus descendientes, pero gracias a esta reforma dispone de una nueva facultad para repartirla en favor del descendiente incapacitado. Además esto no es imperativo, sino que es una facultad (lo que pone en decisión del causante utilizarla o no en su testamento). Puede que no suponga un gran paso en el logro de una mayor libertad para testar, pero sí que es un primer paso, una brecha que abre el camino a otras reformas que pongan en cuestión la cada vez más desfasada institución de la legítima.

Sin embargo, ya que se abrió la puerta al reformar este apartado podría haberse reformado por completo. La reforma es sin ninguna duda positiva, pero insuficiente (puesto que se quedó a medias al no incluir en ella a los ascendientes). Coincidimos plenamente con COBAS cuando dice: “resulta a mi juicio demasiado sectario y limitada la redacción del mismo. Si la ley es para proteger a discapacitados y en especial discapacitados legitimarios es obvio que resulte extraño que se haya desdeñado a los ascendientes”⁶⁵.

“Se reforma el artículo 822 del Código Civil⁶⁶, dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual (si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible)”⁶⁷.

Se cumple así uno de los objetivos de dicha reforma, que era que las personas con discapacidad pudieran recibir una mayor parte de la herencia (o incluso

⁶⁴ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 13.

⁶⁵ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 13.

⁶⁶ Además, añade el precepto en su segundo párrafo: “Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten”.

⁶⁷ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 11.

toda ella) a costa de los derechos de sus hermanos⁶⁸. Esto se concreta pues atribuyéndoles un derecho de habitación en la vivienda familiar.

“Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

Se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código Civil a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes (entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad)”⁶⁹.

E) Situación actual y propuestas de reforma.

Tras analizar distintos aspectos de reformas relacionadas con la legítima, así como las reformas que han llevado a cabo algunos de los países de nuestro entorno, no podemos esperar que el legislador del Código Civil ponga encima de la mesa en los próximos años reformas ambiciosas tales como la supresión de la legítima o su reducción significativa. Sin embargo, esto no quiere decir que no haya reformas que sean más factibles de realizar y que no existan corrientes doctrinales que aboguen por realizar cambios en el sistema de legítimas. Así, pequeñas reformas como las que ya se han llevado a cabo pueden seguir dándose e ir abriendo el camino a reformas sustanciales que requieran la revisión y completa actualización del sistema sucesorio vigente. De ocurrir esto, estamos seguros que la legítima sería el punto clave de la reforma y sufriría una modificación a la baja en beneficio de una mayor libertad para testar (pues no cabe en la mente de nadie la idea de que se aumente el porcentaje de legítima existente en la actualidad, y tampoco sería acorde con los tiempos que corren dejarlo tal y como se encuentra ahora).

⁶⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 3.

⁶⁹ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 11.

En este sentido, vamos a ir analizando diferentes propuestas de varios autores con la finalidad de llegar a concretar un modelo sucesorio que sea factible y pudiera, llegado el caso, servir de inspiración al legislador. Comenzaremos con DELGADO ECHEVERRÍA que en primer lugar menciona propuestas de reforma puntuales como por ejemplo el pago de la legítima en dinero⁷⁰. El autor se apoya en las propuestas de VAQUER ALOY⁷¹ y esto se concreta de la siguiente manera:

“a) Legítima solo a favor de los hijos (y su descendencia) y del cónyuge (exclusión, por tanto, de la legítima de los ascendientes); b) El cónyuge, legitimario en todo caso; c) En cuanto a los hijos y descendientes, no todos, sino según un criterio de necesidades vitales: hijos menores de edad e incapacitados o hijos hasta los veinticinco años; d) Pago de las legítimas en metálico; e) Imputación en la legítima de los gastos de educación y formación”.

En cuanto a la primera propuesta, la de excluir a los ascendientes de la legítima, vemos aspectos tanto a favor como en contra. Parece a primera vista una reforma muy arriesgada, pues el mero hecho de proponerla supone abrir un debate que se divisa largo y virulento. Sin embargo, con nuestra defendemos el hecho de hacer propuestas como esta u otras, que abran de una vez por todas el debate de las legítimas y generen en la doctrina y el legislador conciencia de que es necesario actualizar el sistema sucesorio.

En relación con la segunda, sí que consideramos que la figura del cónyuge merece de protección por cuanto la muerte del causante puede dejarle en una situación delicada. No veríamos con malos ojos que el cónyuge supérstite (o pareja de hecho, recalamos) fuese legitimario en todo caso. El debate se centraría entonces en que porción de la legítima debería participar (de ser un legitimario más se eliminaría la cuota y recibiría una parte igual a la del resto).

La tercera ya ha sido comentada con anterioridad con ocasión de los descendientes incapacitados, pero cabe añadir que vemos con buenos ojos la inclusión de otras figuras como los menores, que requieren de especial atención. Sobre la cuarta propuesta tenemos que decir que si se pagara en legítima al cónyuge desaparece la cuestión de la cuota vidual usufructuaria, de la nuda propiedad y se evitarían además numerosos conflictos.

⁷⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., pp. 6-7.

⁷¹ VAQUER ALOY, A.: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2007, núm. 3, p. 17.

Por último, la imputación en la legítima de los gastos de educación y formación nos despierta sentimientos contradictorios. Por un lado, vemos bien el hecho de descontarle al descendiente lo que ha costado su educación del futuro patrimonio que él va a recibir, pero por otro consideramos que ésta es una obligación que los padres deben satisfacer para con sus hijos sin que deba existir objeción alguna. Esto como consecuencia del principio de protección y cuidado de la familia. Sin embargo, este principio y el de solidaridad familiar se podrían utilizar para dar argumentos a favor de una y otra postura, por lo que concluiremos que ambas opciones parecen respetables y será cuestión de lo que decidiera el legislador que se diese una u otra. El problema aparece cuando ha llegado un momento en que los hijos no se van de la casa familiar hasta una edad muy avanzada, ya sea por motivos de estudios o por falta de ingresos con los que poder alcanzar la independencia económica.

Existen otras tendencias actuales de reforma, como las que nos muestra DE BARRÓN⁷². La autora pone en primer lugar el foco en que tanto los sistemas sucesorios de los Derechos autonómicos como los de los países de nuestro entorno están llevando a cabo reformas encaminadas hacia una mayor libertad de testar, restringiendo la legítima. Esta labor la llevan a cabo en relación a los sujetos a los que se les reconoce esta figura, a la cuantía de la misma, etc.

El trasfondo de esto se basa en la creencia que la legítima no representa una institución de orden público en España. Esta es la tesis que defiende VAQUER ALOY⁷³ al decir: “la regulación de la legítima actualmente vigente en España es adecuada a la Constitución, pero también lo sería otra distinta en que no hubiera legítimas, siempre que se satisficieran las exigencias que se derivan de la Constitución (...) son las siguientes: la libertad de disponer mortis causa (art. 33.1) y la protección de la familia (art. 39)”.

Así, como vemos, podría suprimirse por completo la legítima. Si no se ha hecho todavía es porque el legislador entiende la importancia que todavía tiene la familia en nuestra sociedad. Tal y como dicen LÓPEZ, GONZÁLEZ, SÁNCHEZ⁷⁴: “la familia continúa siendo, y no puede no serlo, la principal institución para el bienestar de la persona, además resulta imprescindible para lograr una sociedad cohesionada, estable y con un crecimiento económico sostenido”. Sin embargo, es curioso el fenómeno que se está dando en países de tradición anglosajona, donde la institución de la familia no tiene tanta

⁷² DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., pp. 7-8.

⁷³ VAQUER ALOY, A.: “Reflexiones sobre”, cit., p. 14.

⁷⁴ LÓPEZ LÓPEZ, M. T.; GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V.; SÁNCHEZ FUENTES, J.: *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Cinca, Madrid, 2015, p. 42.

importancia y prima ante todo el individualismo. En estos países se permite una casi completa libertad para testar, pero se está dando el proceso contrario al de los países de tradición continental al restringir esta libertad para plantear incluso la introducción de un sistema de legítimas. Al final vamos viendo a lo largo de nuestra investigación como la solución intermedia aristotélica es la mejor opción de todas, pues tanto la libertad completa como una restricción total de la misma son opciones desaconsejables para cualquier régimen sucesorio.

Volviendo a la cuestión que nos atañe, cabe ahora analizar las propuestas de COBAS, las vías que según ella hay en la reforma de la legítima en el marco de una reforma global del Derecho de Sucesiones⁷⁵. Las tesis se reducen a dos posiciones: “bien que las legítimas (...) se vinculen a la protección de los menos solventes o más necesitados (...) dentro del círculo familiar, menores e incapacitados o bien que se amplíe la libertad de testar disminuyendo la cuantía tan alta que en la actualidad ostentan los herederos forzosos o que quizás la legítima como institución desaparezca del ordenamiento jurídico español”.

Son las dos propuestas que hemos venido comentado a lo largo de nuestra investigación, es decir, la de recudir la cuantía de la legítima o la de darle mayor utilidad destinándola a personas que realmente lo necesiten. Esto como ya hemos dicho, se debe a que es una institución que ya no cumple con la función para la que fue concebida (servir de inicio para la vida independiente del legitimario). El sistema actual de legítimas es arcaico, anticuado y no se adecúa a la realidad social, pues como señala VALLADARES RASCÓN: “el sistema sucesorio español no ha cambiado, en lo fundamental, desde que se promulgó el Código Civil. Sigue dirigiéndose a una sociedad agraria, y a unos ciudadanos que se caracterizan por ser propietarios de la tierra”. Esta es la razón por la que desde estas líneas vamos a intentar abogar por un sistema novedoso que cumpla con alguna finalidad útil en la actualidad. Así, nos adscribimos a la corriente doctrinal que propugna una mayor libertad de testar para el causante.

COBAS aboga por una combinación de ambas reformas, es decir, por un sistema legitimario con una mayor libertad para testar pero que a su vez de protección a aquellos parientes (entendiendo englobado aquí también al cónyuge) que lo necesiten. Para ello dice, “cabría establecer (...) condiciones como sucede en materia de alimentos respecto de las legítimas”⁷⁶. Es una idea sin duda interesante y que merece ser objeto de análisis y reflexión. La propia autora nos expone las ventajas que tendría la reforma cuando nos dice: “El testador podrá gozar de una amplia libertad de testar, a la vez se mantendrían

⁷⁵ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., pp. 17-25.

⁷⁶ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., pp. 18-19.

a salvo intereses tanto de los menores como de los incapacitados o incluso al propio cónyuge viudo (evitando de esa forma injusticias) (...) estableciéndose soluciones legislativas que se adapten a los tiempos actuales”.

Procede ahora comparar esta propuesta con los sistemas de otros países, pues siempre a la hora de hacer propuestas al legislador conviene antes examinar la normativa de los países de nuestro entorno y de panorama internacional en general. Empezamos con el Derecho Civil cubano, que ha introducido una figura novedosa en el Derecho de Sucesiones: la de los herederos especialmente protegidos⁷⁷. Se define de la siguiente manera: “Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; b) el cónyuge sobreviviente; y c) los ascendientes”⁷⁸. Así vista, parece una figura interesante que tal vez podríamos llegar a encajar en el Código Civil.

Otra propuesta interesante nos llega desde Costa Rica. El Código Civil de este país propugna la libertad de testar específicamente si han sido cubiertos los alimentos del hijo. De esta manera, dispone: “El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten”⁷⁹.

Ya hablamos anteriormente de las similitudes que presentaban ambas instituciones (legítimas y alimentos) pese a no ser en absoluto iguales. Como podemos ver, ambas se pueden complementar para garantizar al mismo tiempo la libertad de testar y asegurar a los hijos su derecho de alimentos.

Concluye COBAS en sus reflexiones finales que las mejores propuestas para la reforma en sede sucesoria de la legítima son las que implican un término medio entre las posturas radicales, los extremos. Al igual que hemos estado nosotros defendiendo a lo largo de toda la investigación, considera que las opciones a tener en cuenta por el legislador deberían ser las siguientes: “la primera podría estar encaminada a la reducción de la cuota tan alta de la legítima, ampliando la libre disposición y con ello la libertad de testar, disminuyendo los 2/3 (...),

⁷⁷ Artículo 492.1 del Código Civil cubano: “La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegido. 2.- El testador no podrá imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos”.

⁷⁸ Artículo 493.1 del Código Civil Cubano.

⁷⁹ Artículo 595 del Código Civil de Costa Rica.

la segunda, estaría encaminada a establecer amplia libertad de testar con determinados límites los cuales solo serían obligatorios de presentarse determinadas circunstancias que siempre estarían en relación a personas discapacitadas, incapacitados y menores”⁸⁰.

2. Contrato sucesorio.

El contrato o pacto sucesorio se define de la siguiente manera: “todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo”⁸¹. Por tanto, se trata de un negocio jurídico mortis causa que puede ser bilateral o plurilateral, mediante el que se ordena el destino total o parcial de la herencia, de manera que la voluntad del ordenante y futuro causante queda vinculada a otra voluntad (sin que aquel pueda revocar unilateralmente la ordenación acordada sobre su herencia).

Sus características son las siguientes: es un acto jurídico inter vivos, bilateral, oneroso o gratuito y unilateralmente irrevocable. Así, ¿cuáles serían las diferencias entre el testamento y el contrato sucesorio? Encontramos dos diferencias principales, que son las siguientes: por un lado, el testamento es un acto unilateral y el contrato es bilateral (o puede ser incluso plurilateral, como ya se ha dicho); por otro, el testamento puede ser revocado y el contrato no (salvo acuerdo entre las partes).

La sucesión contractual responde a una triple tipología: puede ser por un lado un pacto de institución o de suceder a un determinado causante; por otro lado un pacto de no suceder o de renuncia a la sucesión; y por último un pacto sobre la sucesión de un tercero.

⁸⁰ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 22.

⁸¹ Artículo 3.1.b) del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Este tipo de contrato está prohibido explícitamente por el Código Civil en sus artículos 1271⁸² y 635⁸³, relativos al objeto de los contratos y a las limitaciones de las donaciones respectivamente. Estos preceptos no permiten pues que la herencia futura sea objeto de pacto alguno. Sin embargo, es llamativo que el artículo 658⁸⁴ del Código Civil relativo a las sucesiones no mencione nada en relación a los contratos sucesorios. Es por esto por lo que se utiliza como argumento de que no están permitidos el artículo 1271.

Sin embargo, el contrato sucesorio sí que está admitido por los distintos Derechos Forales⁸⁵, y podríamos decir incluso que goza de una tradición muy consolidada en aquellos territorios (no es el caso de la Comunidad Valenciana, pues pese a que también los permitía, esto era en su derogado Derecho Foral). Además, en esta Comunidad existía la propuesta recogida en el Anteproyecto de Ley de sucesiones de 2009. Pero el recorrido de este tipo de contrato no se detiene aquí, sino que incluso en el Código Civil existen 3 excepciones que permiten hacer pactos que afectan a la herencia. Estas excepciones son:

En primer lugar, la promesa de mejorar en capitulaciones matrimoniales contemplada en el artículo 826: “La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto”.

En segundo lugar, la mejora irrevocable hecha en capitulaciones matrimoniales o en contrato oneroso celebrado con un tercero, regulada en el artículo 827: “La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero”.

⁸² Artículo 1271 del Código Civil: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”.

⁸³ Artículo 635 del Código Civil: “La donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación”.

⁸⁴ Artículo 658 del Código Civil: “La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”.

⁸⁵ Leyes 150, 156 y 172 a 183 FNN. Artículos 67 a 100 Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña. Artículos 118 a 135 Ley de Derecho Civil de Galicia. Artículos 62 a 89 Ley sucesión por causa de muerte en Aragón. Artículos 72 a 77 Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

La última excepción es la relativa a la donación de bienes futuros para el caso de muerte celebrada entre los cónyuges, artículo 1341: “Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes. Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada”.

Además, pese a estar prohibido el contrato sucesorio, sí que se puede hacer en cambio un protocolo familiar (por ejemplo en el supuesto en que dos hermanos que han fundado una empresa quieren tener ordenada la sucesión para el momento en el que fallezcan). ¿Por qué pasa esto? Porque el legislador del Código Civil está pensando en la autonomía de la voluntad del testador. Además, si el que hace el contrato es un nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea donde sí que está reconocida esta figura (como Alemania o Suiza), España tendrá que reconocerlo.

Si goza de aceptación en varias partes del territorio nacional así como en distintos países de la Unión Europea, ¿por qué lo prohíbe el Código Civil entonces? Va siendo hora de dejar a un lado las críticas a esta figura y asumir de una vez por todas que enriquecer el instrumental de los negocios que tienen por objeto la herencia de una persona siempre es positivo. Que el Derecho regule distintas figuras e instrumentos legales no obliga al sujeto a utilizarlos, sino que simplemente brinda la posibilidad a aquellos que tengan interés en hacerlo. Conviene pues atender a la experiencia en materia de pactos sucesorios que tienen los Derechos Civiles forales, así como la procedente del Derecho comparado⁸⁶.

SÁNCHEZ ARISTI ha elaborado su propia propuesta de reforma del Código Civil, donde añade un nuevo Capítulo II bis en el Título III del Libro III, bajo el epígrafe “De la sucesión contractual”. Dicho Capítulo se compone de un total de 8 artículos, que comienzan con el número 911 bis y finalizan con el 911 novies, organizados en tres secciones. A lo largo de toda su propuesta propone admitir tres tipos de pactos sucesorios⁸⁷: en primer lugar los pactos institutivos, que “son aquellos por los cuales el causante de una herencia ordena, por acuerdo con otra persona, una o varias instituciones de heredero, o uno o varios legados”; en segundo lugar los pactos renunciativos, que “son aquellos, celebrados antes de la apertura de una sucesión, en virtud de los

⁸⁶ SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios”, en AA. VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 490.

⁸⁷ SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Propuesta para”, cit., pp. 491-492.

cuales uno de los intervinientes renuncia, total o parcialmente y gratuita u onerosamente, a los derechos que le pudieran corresponder en la herencia del otro”. Por último recoge los pactos dispositivos, que define como “aquellos por los que los otorgantes realizan un pacto respecto de bienes pertenecientes a la herencia de una tercera persona, todavía viva, en el entendimiento de que se espera recibirlos de ella por título hereditario, de tal modo que el causante no es nunca parte en este tipo de actos”.

Como vemos, las propuestas en este sentido no son ni mucho menos ideas vagas y abstractas, sino que un sector de la doctrina ha realizado un trabajo serio y meticuloso redactando incluso un posible texto para que el Código Civil lo recoja en su articulado. Creemos que ha llegado el momento de incluir estas y otras propuestas en un debate que termine por recoger un modelo de sucesión contractual que, como ya ha hecho SÁNCHEZ ARISTI, enumere y defina los distintos tipos de pactos, establezca los requisitos generales para su validez, señale los efectos que producen dichos pactos y, finalmente, retoque todos aquellos preceptos del Código Civil que, a consecuencia de la admisión de la figura, deban ser puestos en armonía con la nueva regulación.

3. Testamento mancomunado.

El testamento mancomunado o de hermandad “es el otorgado por dos o más personas en un solo acto y en un mismo instrumento”⁸⁸. Esta modalidad de testamento está prohibida por el Código Civil⁸⁹, pero no así por los Derechos Civiles Forales, que lo contemplan y practican con total cotidianeidad.

¿Qué razones se alegan para prohibir este recurso sucesorio? Básicamente son dos: por un lado, la prohibición asegura la libertad en el otorgamiento; por otro, asegura también la revocabilidad de los actos de última voluntad⁹⁰. Respecto a la primera razón, se argumenta que al otorgar testamento conjuntamente con otra persona se puede coaccionar la libertad del testador,

⁸⁸ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 723. Lo define en los mismo términos el artículo 3.1.c) del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁸⁹ Artículo 669 del Código Civil: “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

⁹⁰ GARCÍA VICENTE, J. R.: “El testamento mancomunado. Razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil”, en AA. VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 291.

pues la falta de secreto a la hora de elaborarlo puede hacer que éste se sienta presionado a testar de una determinada manera. En cuanto a la segunda razón, se dice que la posible revocación que hiciera uno de los testadores de sus propias disposiciones podría frustrar las expectativas del otro.

Sin embargo, del mismo modo que se dan argumentos en contra del testamento mancomunado se pueden dar también a favor, u ofrecer también contraargumentos a los ya ofrecidos que abogan por su prohibición. En cuanto a los argumentos a favor, se dice que “con su admisión se ofrece otro mecanismo para ordenar la sucesión, del que los particulares pueden, o no, hacer uso”⁹¹. Esta es una premisa con la que estamos completamente de acuerdo, y que hemos mencionado en varias ocasiones a lo largo de nuestro trabajo. El hecho de regular nuevos mecanismos sucesorios no obliga a ningún sujeto a utilizarlos, pero en cambio sí que faculta a hacerlo a aquellas personas que prefieren hacer uso de estos instrumentos legales. La introducción del testamento mancomunado no restringe derechos, pero sí proporciona nuevos. También se argumenta que previamente a la entrada en vigor del Código Civil (1889) se otorgaban testamentos mancomunados en territorios no forales sin que se presentara ningún problema.

Vamos a centrarnos ahora en contrarrestar los argumentos que defienden su prohibición, explicando por qué regular este mecanismo no supondría ninguna amenaza a la libertad ni a la revocabilidad. En el primer caso, se alega que otras formas de testamento también generan riesgos (como el ológrafo por ejemplo) pero que para ello ya se dispone del mecanismo de los vicios de la voluntad testamentaria del art. 673 del Código Civil, que precisamente se disponen para reprimir este tipo de comportamientos. Además, añade GARCÍA VICENTE que se debería abogar por la forma notarial abierta para su otorgamiento, para prevenir así cualquier tipo de riesgo. En cuanto al segundo argumento, se dice que existen suficientes mecanismos para evitar los peligros de la revocación, como por ejemplo imponer la publicidad de la revocación unilateral.

Vemos por tanto como existen posturas a favor y en contra, pero vemos también como en la práctica se dan este tipo de testamentos en otros sistemas sucesorios, lo que pone de manifiesto que se puede hacer uso de este mecanismo con las debidas garantías.

⁹¹ GARCÍA VICENTE, J. R.: “El testamento”, cit., p. 293.

4. Testamento por comisario.

También conocido como testamento al arbitrio de tercero, “es el testamento cuyo contenido es dejado por el testador para ser establecido, en todo o en parte, por un tercero, comisario o mandatario, designado por el mismo testador”⁹². El Código Civil es muy claro al prohibir esta clase de testamento cuando en su artículo 670 dispone: “El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

Sí que se admite en cambio, como señala FERNÁNDEZ MARTÍNEZ⁹³, que el testador encomiende a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas de personas (como por ejemplo a parientes o personas pobres), y la elección de las personas o establecimientos a que deben aplicarse.

Como ya es habitual con este tipo de figuras, frente a la prohibición del Código Civil se alzan los Derechos Civiles Forales, que sí que admiten el testamento mancomunado como forma de sucesión testamentaria, lo que una vez más supone el contraste entre los distintos Derechos de ámbito nacional. Al igual que con otras propuestas, en relación al testamento por comisario surgen voces tanto a favor como en contra. Como venimos diciendo supra, no supone un atentado al sistema sucesorio el ampliar la libertad de testar para ofrecer al causante un amplio repertorio de instrumentos jurídicos entre los que elegir, sino que por contra, las reformas legislativas en pro de ampliar derechos de los individuos siempre contarán con nuestro respaldo. Queda por tanto clara la postura que mantenemos al respecto de su inclusión como mecanismo sucesorio en el Código Civil.

5. Desheredación.

Vamos a tratar aquí un tema en el que profundizaremos en gran medida por varias razones: en primer lugar por el interés que nos suscita, ya que se trata de una figura que, de utilizarse, puede llegar a generar una gran repercusión en el ámbito familiar; en segundo lugar por la actualidad de esta institución, pues

⁹² FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 723.

⁹³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 723.

hoy en día siguen dándose en los Tribunales numerosos conflictos familiares relacionados con causas de desheredación; por último, por la aparición de nuevas causas como consecuencia de los nuevos modelos de familia que han aparecido con el desarrollo de la sociedad.

La desheredación⁹⁴ es por tanto “aquella disposición testamentaria por la que se priva de su legítima a un heredero forzoso en virtud de una justa causa de las que taxativamente señala la ley”⁹⁵. En la propia definición vemos como las causas que señala la ley son tasadas, *numerus clausus*, pues de no hacerse por una de estas causas legales estaríamos ante una desheredación injusta. Continúa FERNÁNDEZ MARTÍNEZ aclarando que “desheredar no es privar del título de heredero (que existe cuando uno es llamado como sucesor universal por la ley o por testamento) sino simplemente privar de la legítima, por lo que solo pueden ser desheredados los legitimarios”. A esto añadimos que las personas que pueden desheredar son las que tienen capacidad para testar.

Su naturaleza es pues la limitación de la autonomía de la voluntad del testador. Para poder hacer esto se exigen 4 requisitos, a saber: que la desheredación se haga en el testamento; que se funde en una causa legal, cierta y expresa; que se desherede respecto de toda la herencia; y que se haga puramente.

En cuanto a las causas de desheredación, las encontramos reguladas en los siguientes artículos: las comunes en el art. 756 CC, para hijos y descendientes en el art. 853, para padres y ascendientes el art. 854, y finalmente para el cónyuge el art. 855. Por último, en lo relativo a los efectos, ha que diferenciar entre: la desheredación justa (art. 857 CC), que de producirse se pierde el derecho a la legítima y a la participación en la herencia, y se pierde el derecho a participar en la sucesión intestada. Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar por el derecho de representación. Por otro lado, tenemos la desheredación injusta (art. 851 CC), que se da cuando no concurre causa legal y anulará la institución de heredero de aquello que perjudique al desheredado.

Una vez introducida la institución, vamos a proceder a abrir el debate acerca de las nuevas causas de privación de la legítima y a comparar el sistema del Código Civil con otros sistemas de desheredación. Algunas de las propuestas que consideramos oportunas serían:

⁹⁴ Se encuentra regulada en los artículos 848 a 857 del Código Civil.

⁹⁵ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 270.

A) Primera propuesta: desheredación y libertad de testar.

Comenzaremos aquí definiendo qué entendemos por libertad de testar: “puede considerarse como una manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad aplicado al Derecho de sucesiones”⁹⁶. Pese a que la legítima es una norma de Derecho necesario, en algunos sistemas existen una serie de mecanismos tanto unilaterales como plurilaterales para evitar (o al menos rebajar) su carácter imperativo. Como ejemplos de mecanismos plurilaterales podríamos mencionar:

En primer lugar los pactos sucesorios de renuncia o apartamiento del legitimario, que consisten en que el causante paga de forma anticipada al legitimario la parte de legítima que le corresponde, y éste se compromete a no pedir más cantidad por ese concepto (extinguiéndose por tanto la figura). En segundo lugar la apartación en pactos sucesorios. Es una figura del Derecho Civil de Galicia que consiste en, como su propio nombre indica, apartar de la herencia a un legitimario y a sus descendientes. En tercer lugar, el pacto de renuncia al suplemento de legítima del Derecho civil catalán, que consiste en que el descendiente, a cambio de recibir una serie de bienes o dinero por parte de su ascendiente, renuncia al posible suplemento de la legítima. Sin embargo, queremos destacar que esto no es desheredar en todos los casos, pues si el causante ofrece un anticipo de la herencia al legitimario (que además lo prohíbe el Código Civil) no le está desheredando.

Hemos de recordar aquí que ninguno de estos mecanismos está permitido por nuestro Código Civil. En cuanto a los mecanismos unilaterales de los cuales dispone el causante para imponer su voluntad, esta vez sí recogidos en el Código Civil, tenemos: la preterición intencionada de legitimarios, lo cual no supone privar de la herencia a los legitimarios (que podrán reclamarla legalmente) y la elección de la forma de pago de la porción legitimaria.

Pero sin duda un mecanismo que presenta un amplio margen de discrecionalidad al causante es el de la desheredación. Queremos llamar un momento la atención en torno a ciertos sistemas en los que no existe esta figura que consideramos necesaria: hablamos de los Códigos Civiles italiano y francés. Nos parece extraño que ambos textos no contemplen esta figura, pese a venir todos de un tronco común que es el Derecho romano. Así, como dice DE BARRÓN, en ellos “el causante no tiene la posibilidad de privar de la legítima por causa del comportamiento del legitimario”⁹⁷. Volviendo al tema que nos concierne, cabe señalar que la existencia o no de una cláusula de desheredación

⁹⁶ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., p. 6.

⁹⁷ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., p. 10.

en el testamento dependerá de la voluntad del causante. Pero ahora queremos hablar de una figura que solo está presente en los sistemas de legítima colectiva (País Vasco y Aragón), y es la figura del apartamiento. La novedad que ha supuesto esta reforma la hemos podido ver por ejemplo en que el pasado mes de enero los diarios nacionales se hacían eco de esta nueva posibilidad en el sistema sucesorio vasco⁹⁸.

La nueva Ley de 2015 para el País Vasco unificó el sistema sucesorio estableciendo para todo el territorio una legítima colectiva pero reduciendo su cuantía a 1/3 del caudal hereditario, privó a los ascendientes de la legítima y dio al cónyuge superviviente (o pareja de hecho) la condición de legitimario en concepto de usufructo. La libertad de testar en el Derecho sucesorio vasco es más amplia que en el resto de Derechos Forales, pues el apartamiento supone la libertad de elección del legitimario.

En este sentido, DE BARRÓN dice que el apartamiento “supone que haya varios legitimarios en la línea recta descendente o, en su caso, varios parientes tronqueros de la misma línea, y no tiene que ser motivado, ni casual, ni condicionado y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad del testador libremente emitida”. Además, continúa diciendo que la nueva Ley de 2015 “pretende ampliar aún más la libertad del causante, pues expresamente señala que la omisión del apartamiento es lo mismo que un apartamiento tácito y que la preterición, sea o no intencional, de un descendiente equivale a su apartamiento”⁹⁹. Como vemos, el legislador vasco ha hecho un gran esfuerzo por aumentar la libertad de testar y destaca sobre todos los Derechos sucesorios del panorama nacional.

Sin embargo, esta gran libertad que hemos expuesto tiene un límite: el causante no puede apartar de la herencia a todos los legitimarios, puesto que el fundamento último de la legítima es la familia. Así, deberá dejar al menos un heredero forzoso para que reciba la herencia, o en caso de haber solo un único descendiente no podrá hacer uso de esta facultad. Nos parece una buena idea el establecer límites a la completa libertad de testar, pues como ya hemos expresado en otras ocasiones consideramos que las posturas extremas (tanto de una parte como de la otra) no son positivas en ningún aspecto del Derecho (y de la vida en general).

⁹⁸ El País. Menos mal que ya puedo desheredar a mis hijos [en línea]. [Madrid]: El País, 3 enero 2017. http://politica.elpais.com/politica/2016/12/28/actualidad/1482942580_264590.html [Consulta: 4 junio 2017].

⁹⁹ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., p. 20.

En el caso de que se quisiera prescindir de atribuirle la herencia al único legitimario, estaríamos ya entrando en el terreno de la desheredación. La desheredación justa se convertiría en el único método que tiene el causante para extinguir totalmente el derecho de legítima. Así, el apartamiento guarda una semejanza con la desheredación, salvo que éste no requiere causa para excluir de la herencia (a diferencia de la desheredación que tiene las causas tasadas). Recordemos que en todo momento nos estamos refiriendo a la legislación del País Vasco.

Para finalizar con el análisis del apartamiento, decir que a éste se le impone otro límite y es el de un derecho de alimentos en beneficio de los hijos y descendientes con cargo al caudal hereditario cuando a raíz de la exclusión de la herencia se haya generado una situación de necesidad¹⁰⁰. Definitivamente el legislador vasco ha estado muy acertado y ha pensado en todos los escenarios que podían darse.

Refiriéndonos ahora a la exclusión en Aragón, decimos que existen dos tipos¹⁰¹: una exclusión voluntaria, tras la que el heredero forzoso que ha sido apartado conserva sus derechos frente a terceros; y una exclusión absoluta, que supone la pérdida de todo derecho.

La legítima, al igual que en el País Vasco, no podrá extinguirse por completo por la mera voluntad del causante, que decide apartar a todos los herederos forzosos. Siempre deberá haber pues al menos un legitimario, y al igual que antes si se quiere extinguir por completo el derecho habrá de recurrirse a la desheredación. El legislador aragonés trata también de proteger a los hijos del causante concediéndoles un derecho de alimentos en caso de que se encuentren en situación de necesidad¹⁰².

Al respecto, DE BARRÓN dice una frase que nos parece muy relevante y que elogia el tipo de reformas que se han llevado a cabo en estos Derechos sucesorios: “este sistema ha resultado inspirador para muchos autores, que entienden que una necesaria reforma de los sistemas legitimarios debería plantearse con estos parámetros”¹⁰³. Entiende por tanto que las reformas que en un futuro pueda hacer el legislador del Código Civil deben seguir la estela de los Derechos vasco y aragonés, por considerar que han acertado a la hora de entender el sentido que tiene la legítima en nuestros tiempos.

¹⁰⁰ Artículo 21.1. a) de la Ley de Derecho Civil del País Vasco.

¹⁰¹ DE BARRÓN ARNICHEs, P.: “Libertad testar”, cit., p. 24.

¹⁰² Artículo 515 del Código del Derecho Foral de Aragón.

¹⁰³ DE BARRÓN ARNICHEs, P.: “Libertad testar”, cit., p. 26.

Otro comentario que nos resulta interesante es el de ESTHER ARROYO y ESTHER FARNÓS refiriéndose a la nueva cláusula que contiene el Código Civil de Cataluña: “la necesidad de incrementar la libertad de testar exige derogar la legítima y allanar el camino hacia su conversión en un derecho de alimentos. Cualquier intento de debilitarla mediante la actualización de las causas de desheredación genera más problemas que los que pretende solucionar”¹⁰⁴.

Cerramos este apartado con una reflexión de DE BARRÓN y que supone a la vez la propuesta de un modelo sucesorio en la línea con todo lo que hemos visto: “¿No sería más lógico y adecuado a la realidad social vigente en nuestros días, llevar este sistema legitimario hasta un punto de absoluta libertad de testar -permitiendo la exclusión sin cusa de todos o del único legitimario-, y asegurando al mismo tiempo a todos los excluidos un derecho sucesorio de alimentos, si concurren los requisitos de necesidad?”¹⁰⁵. Sin duda, se trata de una buena propuesta.

B) Segunda propuesta: privar de la herencia a los maltratadores.

Esto es una cosa que ya se ha llevado a cabo, pero debido a que nos parece una medida de gran trascendencia vamos a comentarla brevemente. Dados los evidentes criterios morales que tiene hoy en día la sociedad en torno a estas personas, se trató de modificar el Código Civil para que los maltratadores no heredasen a sus víctimas. Hay que recordar que los casos más graves de violencia de género (tales como el asesinato o el mero intento del mismo) ya los recoge el Código como causa de indignidad¹⁰⁶.

Vamos a hacer un paréntesis para distinguir aquí la indignidad para suceder de la desheredación. La indignidad es una causa de exclusión de una herencia por ley, respecto de personas que han cometido actos especialmente reprobables sobre la persona del causante (que los padeció). Así, estas personas quedan inhabilitadas para suceder excepto que el causante los rehabilite. Se aplica tanto en la sucesión testada como intestada, y tanto a sucesores voluntarios como a legitimarios. El Código Civil recoge las causas de indignidad en su artículo 756. De este artículo vamos a destacar como novedad que ha incluido en su párrafo

¹⁰⁴ ARROYO I AMAYUELAS, E.; FARNÓS AMORÓS, E.: “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2015, núm. 2, p. 22

¹⁰⁵ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., p. 27.

¹⁰⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 5.

primero el maltrato psicológico, cuando dice: “Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1.º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar (...)”.

Hay autores que defienden la recíproca interrelación entre indignidad y desheredación, como por ejemplo JORDANO BAREA¹⁰⁷. Vemos por tanto que existe una corriente doctrinal que aboga por la existencia de un único régimen sancionador dentro del Derecho de Sucesiones (otra posible propuesta para el legislador), unificado sobre la base de la actual indignidad sucesoria, y que se aplicara tanto a los legitimarios como a los que no lo son.

Quedaría por recoger pues por el Código los malos tratos sin muerte, que suponen un número mucho más elevado de casos. En el supuesto de que tras una sentencia condenatoria no se rompiera la convivencia entre los sujetos... ¿Cabe la prescripción? ¿El perdón? ¿Se debe asimilar el hecho de seguir conviviendo con el perdón del ofendido? Y en el supuesto de maltratadores unidos no por matrimonio, sino por pareja de hecho con la víctima... ¿Qué sucede aquí? E aquí una serie de cuestiones destinadas al debate legislativo en torno a este tema. Destacar que recientemente, la jurisprudencia ha dado un giro en este sentido.

Así, es necesario comentar dos sentencias del Tribunal Supremo que han sentado una doctrina jurisprudencial aplicable al respecto. La primera de ellas es la STS 3 junio 2014¹⁰⁸, en la que la cuestión de fondo es la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil en relación con el maltrato psicológico como justa causa de desheredación. Dicho precepto dice de la siguiente manera:

“Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: (...) 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”.

En este sentido destaca la sentencia que aunque las causas de desheredación, como señala el artículo 848, sean únicamente las que expresamente señala la ley (una enumeración taxativa y por tanto sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva) no obstante eso no significa que la interpretación de la causa concreta, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido. En la actualidad, continua la sentencia, el maltrato psicológico

¹⁰⁷ JORDANO BAREA, F.: *Indignidad sucesoria y desheredación*, Comares, Granada, 2004..

¹⁰⁸ STS 3 junio 2014 (RAJ 2014, 258).

como acción que determina un menoscabo de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en el concepto que encierra el maltrato de obra.

La segunda sentencia, la STS 30 enero 2015¹⁰⁹, viene a reiterar la doctrina establecida en la STS 258/2014 y ratifica su interpretación del artículo 853.2 del Código Civil en relación al maltrato psicológico. El propio Tribunal reconoce que “de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala no es necesario el empleo de violencia física para configurar la situación de maltrato de obra que da pie a entender aplicable la causa de desheredación”.

Vemos pues como con estas dos sentencias el alto Tribunal deja claro que el maltrato psicológico es equiparable al maltrato de obra, y a nuestro juicio nos parece una decisión muy acertada. Muchas veces las leyes e incluso las propias personas en nuestro día a día nos preocupamos principalmente por la salud y el buen estado físico, cuando la salud y estabilidad mentales son, sino más, igual de importantes que la salud física. Consideramos por tanto que el Supremo ha dado un buen paso en el reconocimiento de la protección a la salud mental, sobre todo cuando se pone en jaque en un momento tan vulnerable como son los últimos años de la vida de una persona.

C) Tercera propuesta: protección del denominado “testador vulnerable”.

Primero de todo hemos de preguntarnos: ¿qué entendemos por testador vulnerable? Estaríamos hablando de aquella persona mayor que se siente sola, que no siempre está atendida directamente por sus familiares de sangre y que, o bien es manipulado por quienes le cuidan para que teste en contra de su verdadera voluntad, o bien considera que su verdadera familia no es la de sangre con la que ya no se siente afectivamente vinculado, de modo que experimenta un cierto constreñimiento de su libertad por el límite que representa la atribución legal de la legítima¹¹⁰.

Por desgracia esta situación se da cada vez con más frecuencia, y las personas ancianas que se encuentran en el ocaso de su vida se ven en numerosas ocasiones desatendidas por sus parientes. Es por esto por lo que se está dando un incremento en estas personas del deseo de desheredar a sus familiares que no los han atendido debidamente, pero no solo eso, sino que el deseo va más allá y busca premiar a las personas que han estado con ellos en los últimos años

¹⁰⁹ STS 30 enero 2015 (RAJ 2015, 59).

¹¹⁰ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., p. 5.

de su vida. Hoy en día, estas personas son cuidadores que realizan tareas de asistencia o que simplemente prestan lo que más necesitan las personas mayores en sus últimos años: compañía.

A primera vista podemos pensar que este supuesto ya está cubierto por el Código Civil como causa de indignidad en su artículo 756.5º, cuando dice: “Son incapaces de suceder por causa de indignidad: (...) 5.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo”. En relación a este precepto, debemos comentar que en el Código Civil catalán va todavía más allá y añade que también es indigno para suceder el que conociendo estos hechos se aproveche de ellos (podría ser una propuesta para mejorar el CC imitar al legislador catalán añadiendo este párrafo al articulado).

Así, la persona que ve violentada su libertad para testar puede sancionar directamente a quien lo esté haciendo, y es además una causa de desheredación relativa. Pero la pregunta es: ¿este mecanismo se aplica realmente en la práctica? DE BARRÓN¹¹¹ nos dice que la respuesta es que no, y que en la práctica son muy pocos los testadores que desheredan a las personas que les manipulan. Como razón, alega que “precisamente porque lo más común es que se trate de testadores vulnerables, carentes de fuerza moral ni física para enfrentarse a su intimidador o incluso, manipulados afectivamente por él hasta el extremo de no ser conscientes del engaño al que se les está sometiendo”.

Hemos de recordar que la desheredación justa se da cuando el causante, en vida, ordena en su testamento que el legitimario que le ha maltratado no pueda acceder a la parte de legítima que le corresponde. Sin embargo, si se trata de un testador vulnerable que, como hemos dicho, no tiene fuerza moral ni física para hacer frente a esta persona, lo más probable es que tal desheredación nunca llegue a darse. Es aquí donde el legislador tiene posibilidad de mejorar la regulación actual, y suplir esta carencia de la Ley que no contempla estos supuestos entre su articulado.

En este sentido, tenemos que traer nuevamente el Código Civil catalán como referente a nivel nacional para ofrecer con su texto propuestas de reforma al legislador central. Así, como la desheredación no parece suficiente para garantizar que no se va a manipular al testar vulnerable, el CCCat recurre a otras vías para intentar prevenir esta situación. La que nos ha parecido una muy buena idea y que representa además una tendencia internacional es la opción que adoptó en la reforma del año 2008 de comparecer ante notario. Así, si un testador de avanzada edad desea favorecer a la persona o personas

¹¹¹ DE BARRÓN ARNICHEs, P.: “Libertad testar”, cit., p. 30.

que le han acompañado en sus últimos años de vida deberá acudir a la notaría a otorgar testamento notarial o pacto sucesorio, para que así el notario evalúe si el anciano se encuentra con plena capacidad de testar y no es, por contra, vulnerable a las influencias de su cuidador.

La labor del notario, como señala VAQUER ALOY¹¹², sería la siguiente: “El papel del notario es fundamental, pues él puede detectar si el testador está sometido a alguna presión o sugestión; una entrevista a solas con preguntas sobre el contenido de su testamento y las razones de ese contenido pueden aflorar la existencia de una voluntad captada”.

Esta vía es también la que siguen los países anglosajones como Estados Unidos o Inglaterra por ejemplo, por lo que no podemos más que alabar al legislador catalán por su acierto en seguir esta tendencia y hacer intervenir al notario en la apreciación de la capacidad del testador. Al mismo tiempo, debemos criticar la actitud (o más bien la falta de ella) del legislador del Código Civil y del resto de Derechos Forales por no haber hecho nada al respecto para proteger al testador vulnerable, teniendo los tribunales que analizar caso por caso si hay o no captaciones de voluntad.

Por último, para cerrar este apartado, DELGADO ECHEVERRÍA¹¹³ nos trae un estudio comparado hecho en la Universidad de Edimburgo¹¹⁴ que viene a proponer una serie de iniciativas que se debatieron en diversos países en relación al problema del testador vulnerable. En concreto hablamos de 3 propuestas:

La primera de ellas viene a proponer “una inversión de la presunción de capacidad: si el testador tiene más de 70 años, su testamento podrá ser impugnado de modo que quien defienda su validez habrá de probar que el testador conservaba su capacidad natural de entender y querer y no estaba sometido a presiones”¹¹⁵. A priori no parece una mala propuesta, pero la misma resultaría del todo innecesaria si aprobásemos la comentada anteriormente que propugna la intervención del notario. De hacerlo, en vez de “curar” (que sería lo que estaríamos haciendo aquí) estaríamos previniendo que

¹¹² VAQUER ALOY, A.: “La protección del testador vulnerable”, *ADC*, 2015, tomo LXVIII, fasc. II, pp. 327-368.

¹¹³ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 10.

¹¹⁴ SONNEKUS, J. C.: “Freedom of testation and the ageing testator”, en *Reid, de Waal y Zimmermann, Exploring the law of succession*. Studies National, Historical and Comparative, Edinburgh University Press, 2007, pp. 78-98.

¹¹⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 10.

se diese la situación en la cual tuviera que ser impugnado el testamento del causante. Sin embargo, gran parte de la doctrina no comulga con esto.

La segunda propuesta es del año 1971 y se debatió “introducir en el Derecho inglés una regla según la cual las disposiciones de las personas de edad avanzada a favor de los propietarios de la residencia en que viven se consideren *pro non scriptas*”¹¹⁶. La propuesta no nos acaba de convencer, pues supone coartar la libertad de testar del causante entendiendo por no escritas unas disposiciones que él ha querido que estén en su testamento. Está claro que el ánimo de la reforma es el de proteger al testador vulnerable, pero engloba en un mismo grupo a todas las personas de avanzada edad impidiéndoles testar a su parecer. Además, así se puede volver más vulnerable todavía. Lo que hay que hacer no es presuponer que todas esas personas no disponen de la capacidad suficiente para testar y por ende eliminar sus disposiciones testamentarias, sino que lo correcto sería evaluar dicha capacidad antes de que se interpongan las cláusulas (con la ayuda del notario, por ejemplo). Esta preocupación ya la tuvo presente el legislador catalán en la reforma del Libro IV del Código Civil Catalán.

Por último, la tercera propuesta (también inglesa) tiene que ver con el denominado “testamento judicial”. Éste viene a plantear “si no podrá el juez, a instancias de tutores o mandatarios, otorgar testamento en nombre de una persona incapaz, cuando en el caso concreto las reglas de la sucesión abintestato sean claramente inadecuadas”. Este supuesto ya no solo se aplicaría al testador vulnerable, sino que el ejemplo típico que se pone es el del “joven que queda incapacitado como consecuencia de accidente, que vive con otra persona con la que pensaba casarse, a favor de ella y evitando la aplicación de unas normas de sucesión intestada que la excluyen”. Bajo nuestro punto de vista se trata de una idea bastante arriesgada, un mecanismo que sin duda no deja a nadie indiferente. Gran parte de la doctrina está en contra de que sea el juez el que otorgue testamento por estas personas, pero también hay otro sector que lo considera una buena idea y opina que podría ser perfectamente factible (obviamente con las cautelas necesarias para no dejar al completo arbitrio del juez la redacción del testamento de la persona incapacitada o vulnerable). Sin embargo, a nuestro juicio el juez no debería tener tanto poder concentrado en su persona.

¹¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Qué reformas”, cit., p. 10.

D) Cuarta propuesta: las denominadas “causas abiertas para desheredar”.

Un aspecto esencial según DE BARRÓN en la reforma del sistema de legítimas consistiría en la introducción de las “causas abiertas para desheredar” (aunque si se flexibilizasen las legítimas evitaríamos tener que introducirlas, y tener que probar el porqué de la desheredación). Estas causas son aquellas que “permiten un margen de interpretación y en las que la libertad de testar del causante tiene un mayor protagonismo”¹¹⁷. El caso más llamativo es el del maltrato de obra del artículo 853.2 del Código Civil¹¹⁸. Se trata de situaciones que se dan cada vez con más frecuencia en nuestra sociedad, pues la realidad actual es que la falta de trato entre familiares está aumentando.

El supuesto de hecho es el siguiente: se da una situación de abandono emocional por parte del descendiente hacia el causante, así como una ausencia de apoyo personal y económico al mismo. Por estos motivos es por lo que el causante decide desheredar a su descendiente. La jurisprudencia todavía no tiene una posición unánime al respecto y los problemas de este tipo se resuelven ad casum. Además, tampoco se han resuelto las dudas que puede generar este tipo de situaciones. Por ejemplo: la responsabilidad del abandono emocional, ¿es siempre del legitimario? ¿En qué contextos podría ser responsabilidad del causante? A primera vista se nos ocurre un supuesto en el que podría ser, por ejemplo cuando el legitimario se había sentido previamente abandonado por el causante y su actitud es una reacción consecuencia de otra actitud previa.

Cabe preguntarse ahora: ¿el abandono emocional acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo entra dentro del concepto de maltrato de obra del artículo 853.2 del Código Civil, o requiere su propia cláusula de desheredación? En opinión de DE BARRÓN, el Tribunal Supremo ha forzado esta figura para tratar encajarla en la del maltrato de obra, alegando que “determinan un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima”. Sin embargo, nosotros sí que consideramos que en esas etapas de la vida en las que el testador es especialmente vulnerable el abandono por parte de un descendiente puede suponer un deterioro de su salud mental, por lo que no veríamos del todo mal que se equiparase el abandono emocional al maltrato de obra.

¹¹⁷ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad testar”, cit., p. 34.

¹¹⁸ El precepto reza: “Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”.

Vamos a mencionar una propuesta de reforma que plantea la autora en relación al abandono del que venimos hablando. Según nos expone, el art. 852 CC permite a los hijos desheredar a los padres tanto por maltrato de obra como por haberlos abandonado. Sin embargo, el art. 854 CC no contempla como causa de desheredación de descendientes el que los hijos hubieran abandonado a los padres. Hay una evidente falta de reciprocidad aquí que el legislador debería solventar cuanto antes, pues no solo la infancia es una etapa de la vida que merece especial protección, sino que también lo es la vejez.

Esta causa abierta de desheredación solo está vigente en Cataluña¹¹⁹, pero podría estarlo también en el Código Civil, y establece que “se puede desheredar a los legitimarios¹²⁰ por: la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”. Además, con esta coetilla final evitamos que surjan dudas como la comentada anteriormente de quién era la culpa del abandono emocional. El legislador catalán se sitúa con esta postura en un término medio, tal y como a nosotros nos gusta, entre los conceptos de libertad de testar, sucesión y protección de la familia; además de ir en consonancia con el resto de Derechos en el ámbito internacional que también optan por seguir esta corriente doctrinal.

E) Quinta propuesta: la reforma alemana como modelo.

Como ya hemos comentado en diferentes apartados de este trabajo, Alemania llevó a cabo una reforma de su Derecho de Sucesiones en el que abordaba distintos aspectos del mismo. Nos vamos a centrar ahora en las nuevas causas de privación de la legítima que reguló y los requisitos para hacerlas valer, con el objetivo de tomar ejemplo y tal vez elaborar propuestas para nuestro legislador.

En primer lugar se plantea el conflicto de derechos que siempre surge cuando hablamos de la desheredación, y es que si bien la privación de la legítima es una manifestación de la libertad de testar, el legitimario en Alemania (como ya vimos) tiene una posición protegida constitucionalmente¹²¹. Pero a pesar de esto, la reforma llevó a cabo cambios muy importantes en relación con la

¹¹⁹ Artículo 451-17.2 e) del Código Civil de Cataluña.

¹²⁰ Llamamos la atención a que dice “legitimarios”, no únicamente a los ascendientes.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005. BvR 1644/00, 188/03. Publicada en la recopilación del BVerfGE 112, 332 ss.; e igualmente, a JZ, 2005, núm. 20, 1001-1007 ss.

legítima, que como nos dice ARROYO I AMAYUELAS “tienen por objeto la puesta al día y la reformulación de las causas de privación; la ampliación del círculo de posibles afectados por el comportamiento del legitimario con la finalidad de adecuar la norma a las nuevas estructuras familiares (hijos del cónyuge o pareja de hecho, menores acogidos en la familia del causante); y la uniformización de las causas de privación para todos los legitimarios que, hasta la fecha, eran distintas en función del grado de parentesco (no se aplicaban a los padres)”¹²².

Esta reformulación de las causas de privación hace que muchas de las que había desaparecieran y que otras se subsumen en las nuevas causas que se recogen ahora. Así, por ejemplo, se suprime la causa de “maltrato físico doloso” (que apenas se daba en la práctica) para quedar subsumida en la causa de “comisión de un delito o falta grave y dolosa”. También desaparece la que aludía a la “vida deshonrosa o inmoral del descendiente” y es reemplazada por la “condena por sentencia firme y sin suspensión, por la comisión de un delito doloso, a una pena de privación de libertad de un año como mínimo”.

En esta última modificación el legislador alemán ha estado muy acertado, pues la causa que viene a sustituir la de vida deshonrosa proporciona una mayor seguridad jurídica al ser más concreta. Antes de la reforma, se podía llegar incluso a entender que por vida deshonrosa o inmoral podía ser mantener relaciones homosexuales por ejemplo, o ser aficionado a los juegos de azar, etc. Estos juicios de valor no se corresponden ya con los actuales modelos de familia sobre los que tanto hemos hablado, y parece más adecuado fundar las causas de privación de la legítima en comportamientos que constituyan hechos delictivos tipificados como tales. Sin embargo, hay un aspecto importante, y a nuestro juicio bastante curioso, que también se tiene que dar para que constituya una causa de privación de la legítima: la valoración subjetiva que tiene que hacer el testador, pues la participación en la herencia de este legitimario condenado tiene que ser algo inaceptable para él (contra sus valores). Si esto es así y por tanto desea desheredarle, ¿cómo lo tiene que hacer? Recogiéndolo de manera explícita en el testamento. Esta causa de desheredación guarda similitud con las que recoge el artículo 756 del Código Civil, con la salvedad del elemento curioso de dejar al arbitrio del testador, a partir del año de condena, de considerar si quiere o no desheredar al legitimario.

¹²² ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma”, cit., p. 10.

F) Sexta propuesta: inversión de la carga probatoria.

Las notarías son testigos de la cantidad de problemas que se generan cada día cuando el testador acude a ellas buscando desheredar a sus descendientes, de los que no ha recibido un buen trato, y descubre que no puede hacerlo (o si lo hace es sabiendo que la desheredación probablemente no vaya a tener éxito). ¿Por qué no prosperan las causas de desheredación? La consecuencia está en que la carga de la prueba es muy compleja¹²³.

La prueba de que la causa de desheredación es cierta corresponde al resto de herederos si el que ha sido desheredado niega la misma¹²⁴, lo que a priori puede resultar un tanto llamativo. Así, pese a que la causa fuera verdadera, si los herederos no consiguen probarla debidamente se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado¹²⁵.

Tal vez una posible solución a esta situación podría ser invertir la carga de la prueba, es decir, que sea el desheredado el que tenga que probar que no ha mantenido ninguna conducta ilícita que justifique su apartamiento de la herencia.

6. Sucesión en la empresa familiar y protocolos familiares.

En primer lugar debemos aclarar los conceptos que vamos a tratar en este apartado. Por empresa familiar entendemos “aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”¹²⁶. Seguidamente vemos que por sucesión de empresa¹²⁷ entendemos su transmisión, que según la jurisprudencia requiere de la concurrencia de ciertos elementos¹²⁸: por un lado, el cambio de titularidad del antiguo al nuevo empresario (que se puede hacer tanto por sucesión mortis causa como por actos inter vivos, pero aquí nos interesa la primera); por otro, un cambio de la titularidad de la empresa en su integridad, que permita la continuidad de la actividad empresarial.

¹²³ COBAS COBIELLA, M. E.: “Nuevo enfoque”, cit., p. 24.

¹²⁴ Artículo 850 del Código Civil.

¹²⁵ Artículo 851 del Código Civil.

¹²⁶ Preámbulo del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

¹²⁷ Regulada en el Artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

¹²⁸ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 706.

En cuanto al protocolo familiar, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ nos dice que se trata de una institución sajona que pretende introducirse en nuestro Derecho¹²⁹, por lo que hay que intentar prevenir la problemática que se avecina. Para el autor, “supone la búsqueda de un traje jurídico a medida de cada situación de pequeña empresa familiar según sus propias características y necesidades”. El protocolo contiene la ordenación de la empresa y es uno de los instrumentos más efectivos para regular su destino, objetivos y prevenir los conflictos que puedan darse. Se trataría por tanto de un acto inter vivos y de contenido abierto que supone en muchas ocasiones la modificación de los estatutos de las sociedades familiares afectadas por él.

Gran parte de la doctrina se ha posicionado en contra de estos protocolos, pues lo tachan de “contrato posmoderno, totalizador, incompleto, libre, poco jerárquico, informal (...)”¹³⁰ y un largo etcétera que deja clara la postura que mantienen estos autores, que rechazan su introducción en nuestro Derecho. Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que este mecanismo lograría “fomentar el desarrollo de la empresa familiar, y el sostenimiento de la misma, aún después de la muerte del fundador”¹³¹.

Así, COBAS considera que muchas de las deficiencias que se dan hoy en día en la empresa familiar se deben precisamente a esta falta de definición de los mecanismos legales para su desarrollo y protección, como por ejemplo el protocolo familiar (aunque no solo, pues el Derecho ofrece mecanismos diversos para la planificación sucesoria, como la cautela socini o las sustituciones hereditarias). La autora nos expone su postura cuando dice: “pretender desarrollar la empresa familiar debe pasar por la sistematización de la misma, en concreto el establecimiento de una normativa específica que regule las cuestiones básicas de la misma, que establezca principios y que guíe el camino, trazando objetivos de qué es lo que se quiere fomentar en sede de empresa familiar. Sistematización que debería ser una de las prioridades de los legisladores en la materia”¹³².

¹²⁹ Prueba de ello es que se ha hecho referencia al protocolo familiar en la Disposición Final 2ª de la Ley reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (Ley 7/2003, de 1 de abril). En dicha referencia se prevé el desarrollo reglamentario de las “condiciones, forma y requisitos” para su publicidad, así como “el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas” que recojan los mismos.

¹³⁰ GOMA LANZÓN citado por BALLESTER COLOMER. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 592.

¹³¹ COBAS COBIELLA, M. E.: “La sucesión mortis causa de la empresa familiar”, *Actualidad Civil: revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal*, 2016, núm. 7-8, p. 39.

¹³² COBAS COBIELLA, M. E.: “La sucesión”, cit., p. 39.

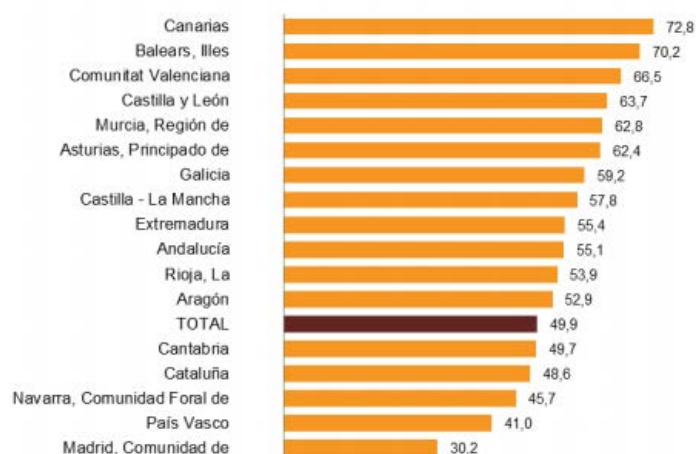
Vemos pues como autores abogan por una regulación en este sentido dada la gran importancia que suponen las empresas familiares para la economía de nuestro país. Estas empresas representan en relación al total de empresas de cada comunidad autónoma un porcentaje que varía entre un 77,9% de la Comunidad de Madrid y un 88,3% de Canarias¹³³.

Tabla 4. Empresas familiares, ocupados y facturación por comunidades autónomas. Porcentaje

	Empresas	Ocupados	Facturación
TOTAL	82,8	49,9	38,0
Andalucía	85,1	55,1	55,7
Aragón	83,4	52,9	40,9
Asturias, Principado de	84,4	62,4	42,0
Balears, Illes	83,7	70,2	69,9
Canarias	88,3	72,8	62,2
Cantabria	86,1	49,7	29,6
Castilla y León	85,9	63,7	54,4
Castilla - La Mancha	85,6	57,8	66,8
Cataluña	82,6	48,6	38,9
Comunitat Valenciana	81,8	66,5	67,4
Extremadura	86,7	55,4	64,4
Galicia	83,6	59,2	53,5
Madrid, Comunidad de	77,9	30,2	20,3
Murcia, Región de	81,1	62,8	62,8
Navarra, Comunidad Foral de	85,7	45,7	38,7
País Vasco	80,0	41,0	42,9
Rioja, La	78,7	53,9	54,6

Como vemos suponen un alto porcentaje del número de empresas en nuestro país. Además, a esto se suma que emplean a un amplio sector de la población:

Gráfico 4. Ocupados en empresas familiares por comunidades autónomas. Porcentaje



Por lo tanto, consideramos que la regulación de mecanismos como el protocolo familiar en el contexto de las sucesiones de empresa constituiría un

¹³³ Fuente: Estudio piloto sobre empresas familiares. INE (julio 2016).

instrumento de mucha utilidad para éstas. Actualmente existen muchos impedimentos en este ámbito, y el papel del protocolo es desconocido por una gran parte de las empresas, lo que pone en evidencia una preocupante falta de cultura empresarial. A esto se le suma, como nos recuerda COBAS, que la regulación de la legítima tampoco ha facilitado la transmisión de la sucesión de la empresa familiar, y la redacción del artículo 1056.2 del Código Civil¹³⁴ resulta insuficiente, pues choca con la rigidez del sistema legitimario. Una propuesta de reforma en ese sentido sería, por ejemplo, la delimitación de las normas imperativas que ponen trabas a la eficacia de este instrumento.

En conclusión, hoy en día el protocolo familiar resulta insuficiente por sí mismo, y requiere de otros instrumentos jurídicos que le complementen para ser eficaz¹³⁵. La razón de esto es precisamente la falta de regulación, cuestión a tratar por el legislador dados los evidentes beneficios que puede aportar al ámbito de la empresa en nuestro país.

V. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN.

A lo largo de toda la investigación hemos ido analizando y comentando el estado actual del Derecho de Sucesiones (tanto del Código Civil como de los Derechos Forales autonómicos), y hemos visto como en unos casos se han dado reformas que han sido a nuestro parecer muy positivas y en otros casos dichas reformas brillan por su ausencia. No es nuestra intención aquí repetir las sugerencias y propuestas que de forma transversal hemos ido comentando a lo largo del trabajo, a la vez que analizábamos las distintas figuras e instituciones. Lo que sí tenemos intención de hacer es una breve exposición de propuestas que no hemos visto con anterioridad y nos parecen, por su utilidad, necesarias en la próxima reforma que se lleve a cabo del Derecho sucesorio español. Así pues, procedemos a ver estas ideas:

¹³⁴ La nueva redacción del art. 1056.2 CC busca facilitar la sucesión en la empresa familiar permitiendo al testador dejar a uno solo de sus sucesores la empresa, con vistas a su conservación o al interés familiar, disponiendo que se abone a los demás legitimarios su parte en metálico.

¹³⁵ COBAS COBIELLA, M. E.: “La sucesión”, cit., p. 42.

1. El problema de las parejas de hecho.

Comenzamos con este asunto, pues pese a sí haberlo comentado al principio de nuestro trabajo creemos relevante hacer un último apunte respecto a este tema. Ya hemos dicho que no estamos a favor de la completa equiparación con la institución del matrimonio, pues carecería de sentido igualar dos figuras que, en el fondo, buscan diferenciarse la una de la otra. Sin embargo, sí que vemos imprescindible una regulación estatal de las parejas de hecho, pues son una figura cada vez más abundante en la realidad social y merecen estar dotadas de seguridad jurídica y de la protección adecuada para poder así hacer ejercicio de su libertad¹³⁶. Esta regulación debe ser cautelosa y tener en cuenta que afecta a múltiples ámbitos del Derecho en general y sucesorio en particular. Hacemos pues una llamada al legislador para que atienda esta acuciante necesidad social.

2. La colación de los gastos del cuidado del testador.

El supuesto de hecho en estos casos siempre es el mismo: familiares que cuidan de sus ascendientes, personas ancianas que ya no pueden valerse por sí mismas. Como dice ARROYO I AMAYUELAS: “A menudo, las personas mayores no son ingresadas en residencias geriátricas u hospitales y son atendidas en su casa por algunos familiares, probablemente sin contraprestación si se tiene en cuenta que el deber de asistencia es inherente al principio de solidaridad familiar”¹³⁷.

El problema viene cuando no se recompensa por parte del causante en su testamento el esfuerzo que han realizado estas personas frente al resto de legitimarios. Los familiares cuidadores sufren un perjuicio, pues han dedicado numerosos esfuerzos al cuidado de su familiar muchas veces dejando de lado su carrera profesional y sacrificando su vida personal. El legislador alemán se dio cuenta de esta realidad y en la reforma llevada a cabo en 2010 permitió que los descendientes que hubiesen cuidado al causante durante un largo periodo de tiempo exigieran la colación de los gastos al resto de herederos. Sin embargo, ARROYO Y AMAYUELAS nos recuerda que el legislador alemán pone a esto dos limitaciones: en primer lugar, tanto los cuidadores como el resto de herederos tienen que ser descendientes; y en segundo lugar que el cuidado por

¹³⁶ LLEBARÍA SAMPER, S.: “La sucesión intestada del conviviente homosexual”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, p. 11.

¹³⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma”, cit., p. 13.

parte del descendiente al causante le haya supuesto la renuncia a un salario o a percibir ingresos de actividades profesionales.

En relación a estas dos limitaciones, el legislador estuvo a punto de llevar a cabo una reforma plena y novedosa que habría supuesto a nuestro juicio un avance muy importante en relación a hacer justicia con estas personas que se dedican al cuidado de sus familiares ancianos. Sin embargo, la reforma finalmente se quedó a medias, aunque ello no significa que no suponga un avance de todas formas. Así, las novedades que no llegaron a materializarse fueron las siguientes¹³⁸:

En primer lugar, se planteó ampliar el deber de colación a todos los herederos independientemente de que fueran o no descendientes; así como ampliar el derecho a obtenerla a cualquier persona que hubiese cuidado del causante aunque no fuese su descendiente. Se tenía aquí en cuenta que muchas veces el causante que es asistido muere sin hijos, por lo que la persona que lo atiende es un familiar colateral u otro pariente (o incluso personas que no tienen vínculo de parentesco como por ejemplo hijos no biológicos o parejas de hecho).

En segundo lugar, también se debatió eliminar el requisito de la renuncia a los ingresos profesionales, pues con esta limitación se dejaba fuera a un grupo importante de personas que suelen ser las que cuidan de estos familiares que ya no pueden valerse por sí mismos: las amas de casa. Éstas nunca han trabajado fuera de casa (por lo que no han percibido ingresos de actividades profesionales) pero sin embargo asumen adicionalmente al trabajo que desempeñan en el hogar familiar la carga de atender a un familiar que requiere de tantas atenciones en ese momento de su vida. Además, sumado al favor que hacen a la familia, la atención que dispensan contribuye a que el patrimonio del asistido no mengue (debido a que se ahorra los gastos de tener que ingresarlo en una residencia o institución hospitalaria).

No quedan pues debidamente solucionados estos problemas, pero sin duda el legislador alemán nos ha dejado un buen modelo que tomar como referencia para cuando nuestro legislador se decida a llevar a cabo una reforma integral del Derecho sucesorio.

3. Mediación en la herencia.

¹³⁸ ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma”, cit., p. 13.

Entendemos por mediación aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. Pero antes de abordar el tema debemos preguntarnos: ¿es posible mediar en conflictos sucesorios? Hay que señalar que no es posible mediar en todos los conflictos, pero sin embargo sí que es posible mediar en determinados conflictos sucesorios.

En la actualidad, el uso de la mediación en general (y en el ámbito sucesorio en particular) no está todavía muy extendido pese a que se trata de un mecanismo muy útil para la resolución de conflictos. De hecho, es ampliamente recomendado por los profesionales, especialmente en situaciones donde el nivel de tensión del conflicto es elevado. Se da la situación que muchas veces en temas relacionados con la herencia se dan situaciones de tensión que acaban incluso por romper familias enteras, y más aún hoy en día que el grado de diversidad en las familias que existen es muy grande. Por ello, una solución interesante y alternativa a litigar en los juzgados sería someterse a un proceso de mediación con el objetivo de hallar soluciones que sean aceptables para todas las partes involucradas. Es tarea del legislador impulsar estos procedimientos que cada vez están más de actualidad en el panorama jurídico.

Una de las vías a seguir para impulsar su uso podría ser incluir una cláusula de mediación en el testamento (al igual que en otros instrumentos como el protocolo familiar), opción por la que apuesta un sector de la doctrina y por la que se decanta COBAS, pues “la inclusión de la citada cláusula no genera obligación alguna, ya que al ser la mediación un instituto voluntario, si los herederos o legatarios no quieren acudir a la mediación (...)” no tendrán por qué hacerlo¹³⁹. Nos parece un buen camino para impulsar esta herramienta que cada vez más va cobrando importancia en nuestro sistema jurídico y tiene expectativas de convertirse en una fase imprescindible del proceso.

En caso de no funcionar la mediación tendríamos como segunda opción el arbitraje, que puede pactarse directamente por los coherederos (por ejemplo antes de iniciar la mediación, de no funcionar ésta). Sin embargo, RODRÍGUEZ PRIETO pone en evidencia que este mecanismo no resulta tan propicio a la hora de solucionar conflictos en materia sucesoria. Según él, “la solución arbitral no es tan satisfactoria como la mediación, al imponerse por el árbitro la solución a la controversia, pero es mucho menos nociva en términos de tiempo, costes reales y deterioro de relaciones que el proceso judicial”¹⁴⁰. Diríamos pues que se trata de una vía intermedia entre la mediación y el litigio en los tribunales,

¹³⁹ COBAS COBIELLA, M. E.: “La sucesión”, cit., p. 46.

¹⁴⁰ COBAS COBIELLA, M. E.: “La sucesión”, cit., p. 44.

que pese a que en materia sucesoria no ha sido demasiado potenciado puede tener una gran importancia en el futuro.

4. Nuevas tecnologías.

Hoy en día no se puede vivir de espaldas a los avances tecnológicos que se dan constantemente. La ciencia avanza a pasos agigantados y prácticamente cada día podemos ver nuevos avances que cambian nuestro modo de vida y nuestra forma de ver el mundo. El Derecho en cambio es una disciplina a la que le cuesta adaptarse a estos cambios (prueba de ello es la dificultad que se está teniendo en los Juzgados de nuestro país para informatizar todo el proceso y llegar al objetivo del “papel cero”). Sin embargo, no podíamos concluir nuestro trabajo sin hacer mención a las propuestas que vienen de la mano del desarrollo de las nuevas tecnologías.

Ya hay otros países que lo aplican (Francia por ejemplo lo comenta) pero en España todavía no está permitido el uso del denominado “testamento electrónico”. Como sabemos, las clases de testamento que reguladas en nuestro Código Civil son *numerus clausus*¹⁴¹, por lo que no sirve la autonomía de la voluntad del causante para crear nuevas formas de testamento. Sin embargo, tal vez se debería abrir esta lista y dar cabida a nuevas formas de testar como la del testamento electrónico.

Lógicamente estas nuevas formas deben de gozar de las garantías que disponen las formas clásicas, y es aquí donde entra la firma electrónica. Mediante este mecanismo se podría comprobar la identidad del emisor del testamento y la autenticidad del mismo¹⁴², por lo que puede ser utilizada como medio de identificación del firmante¹⁴³. Sería entonces necesario establecer los mecanismos de comunicación necesarios con la notaría para poder autenticar el testamento y que dispusiera de completa validez. En otros países como Australia por ejemplo se despunta en esta materia, pues se ha llegado a dar plena validez por parte de un juzgado a un testamento que fue dejado en un archivo del teléfono móvil del finado.

Debemos tener en cuenta que nuestro Código Civil se promulgó en un contexto totalmente distinto al actual (como no podía ser de otra forma, al ser el año 1889), pero esto sucede con la mayoría de países del mundo por lo que

¹⁴¹ Vienen reguladas en los artículos 676 y ss. del Código Civil, bajo el título “De la forma de los testamentos”.

¹⁴² FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, cit., p. 334.

¹⁴³ Artículo 3.1 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de firma electrónica. Boletín Oficial del Estado, núm. 304, pp. 45329-45343 (2003).

no debe ser un lastre para la adaptación del Derecho. Tenemos por seguro que si el texto hubiera sido redactado hoy, incluiría sin ninguna duda el testamento electrónico como otra forma más de testar.

5. Uso de las ciencias sociales.

Ya por último vamos a comentar una idea interesante que lanzamos como propuesta al legislador por considerar que supone una herramienta de gran utilidad para la tarea que tiene que desempeñar. Incomprendiblemente, hoy en día las ciencias sociales se usan básicamente como una mera herramienta auxiliar de los estudios jurídicos¹⁴⁴, cuando a la hora de realizar cambios en la legislación debería ser un instrumento clave. Los datos empíricos que recogen los informes que se realizan suponen una valiosa fuente de información que debe ser utilizada, como es lógico, siempre con precaución. COTTIER propone un cambio en el modelo actual de colaboración entre el Derecho y las ciencias sociales, pues un modelo más adecuado permitiría trabajar, por ejemplo, con la herencia de una situación familiar compleja. Ya sabemos que los cambios en los modelos de familia que se han producido dificultan todavía más el ya de por sí complejo Derecho de Sucesiones, por lo que a la hora de hacer reformas en este aspecto el legislador debería contar con toda la información posible.

COTTIER contrasta en este sentido las diferentes actitudes que mantienen los países anglosajones (en concreto Estados Unidos e Inglaterra) y los países germanos (como Alemania y Suiza). Así, pone ejemplos para ver como utilizan cada uno de ellos las ciencias sociales¹⁴⁵: por un lado el contexto anglo-estadounidense, en el cual las reformas que han llevado a cabo, si la base de la sucesión intestada es la intención de donar de la “persona promedio”, la metodología apropiada para establecer esto según su mentalidad anglosajona es una encuesta promedio de las actitudes de la población en general. Por otro lado, el punto de partida alemán es el contrario. En Alemania y Suiza el énfasis está en la normativa, con información sobre las actitudes a la hora de dejar herencia vista solo como un complemento que no justifica la argumentación de la norma. Sería esta una actitud similar a la que se mantiene en España.

Vemos por tanto como según la cultura política del país se desarrollan unas actitudes u otras a la hora de elaborar normas, pero la cultura no es estática y ante todo debe primar el uso de la razón cuando se está llevando a cabo una actividad tan importante como es legislar para el conjunto de la población.

¹⁴⁴ COTTIER, M.: “Adapting Inheritance”, cit., p. 197.

¹⁴⁵ COTTIER, M.: “Adapting Inheritance”, cit., p. 206.

Concluimos pues con una frase de WAGGONER¹⁴⁶ que resume a la perfección nuestra opinión al respecto de este tema y que traducida al castellano dice así: “las ciencias sociales son la apropiada fuente de conocimiento para justificar la necesidad para una reforma del Derecho de Sucesiones en vista de las cambiantes realidades sociales”.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Llegados a este punto y tras haber analizado en profundidad el Derecho de Sucesiones cabe preguntarse: ¿en qué punto nos encontramos? Parece a primera vista que el legislador no tiene intención de acometer reformas en sede sucesoria, pese a que hemos visto que en muchos aspectos es del todo recomendable acometerlas. Así, tras un intenso trabajo de investigación, llegamos a las siguientes conclusiones:

1ª. La primera y más evidente es la necesidad de reformar el Derecho sucesorio y actualizarlo a nuestros días. Las corrientes internacionales apuntan en esa dirección, pues tanto los países de nuestro entorno (Alemania) como los que no lo son tanto (los países anglosajones o los sudamericanos) están llevando a cabo o han realizado ya procesos de reforma de su sistema sucesorio para actualizarlo y dotar de una mayor protección a aquellos familiares que la necesitan. En ese sentido, nuestra recomendación es la de observar las tendencias que se dan a nuestro alrededor y tenerlas en cuenta, culminando con una reforma del Código Civil.

2ª. Parte de la doctrina ya está empezando a alzar su voz y a defender la necesidad de esta reforma, sea en un sentido o en el otro. Como en todo, existen diversas posturas: unas propugnan una mayor libertad de testar reduciendo el porcentaje que supone la legítima, otras abogan por su total abolición por considerarla una figura arcaica que carece de sentido en la actualidad, otras piensan que la mejor opción sería redefinir su significado para ayudar a los familiares que tengan ciertas necesidades... Como venimos diciendo a lo largo del trabajo somos partidarios de adoptar una postura intermedia, que abogue por una flexibilización en la libertad de testar que acabe de una vez por todas con la rigidez que caracteriza al sistema de legítimas, pero sin acabar con esta institución (pues su existencia se debe al ya mencionado principio de solidaridad familiar, que no debemos tampoco dejar de lado).

¹⁴⁶ WAGGONER, L. W.: “The Multiple-Marriage”, cit., pp. 223-224.

3ª. Las propuestas doctrinales ya no son meros toques de atención al legislador, sino que se concretan en propuestas reales de reforma sucesoria. Muchas de las analizadas en este trabajo serían perfectamente factibles en la práctica, y sin ninguna duda la mayoría de ellas mejorarían el actual sistema sucesorio (que se caracteriza por estar en parte desactualizado). Asimismo, la reforma más importante sería la de iniciar cambios en el sistema de legítimas. Ésta es sin duda el punto clave de la futura reforma que se dará en sede sucesoria, y si nuestro análisis no es erróneo sufriría una modificación a la baja en beneficio de una mayor libertad para testar. La postura contraria (es decir la idea de aumentar el porcentaje de legítima existente en la actualidad) no parece posible en absoluto. Además, tampoco sería acorde con los tiempos que corren dejar el sistema tal y como se encuentra en estos momentos.

4ª. En definitiva, quedan aún multitud de aspectos que tratar sobre la cuestión del Derecho sucesorio, y van surgiendo cada vez más nuevos debates conforme nuestra sociedad avanza y se va volviendo más compleja. Estas posturas dan ideas al legislador para iniciar un debate en sede parlamentaria en torno a la sucesión. Lo importante no es ahora debatir que idea es mejor o cuáles son los inconvenientes que traerá la postura contraria, lo importante ahora es abrir el debate. Sin un espacio donde poder presentar las propuestas y contraponer las unas con las otras no podremos apreciar los distintos puntos de vista ni llegar a conclusión alguna. Esa es, no cabe duda, una de las mejores recomendaciones que le podemos hacer al legislador.

Esperemos que tras haber realizado este trabajo de investigación, las propuestas que hemos recogido de distintas corrientes de autores así como de distintos países sirvan de alguna manera para hacer abrir los ojos a los lectores y concienciarlos de la necesidad de actualizar las normas por las que nos regimos. El Derecho tiene que ser un organismo vivo, en constante adaptación a las realidades que se van dando, y más hoy en día con los continuos avances que hacen de nuestra sociedad la más compleja que ha habido hasta el momento. Si de alguna forma hemos conseguido aportar aunque sea un granito de arena a esta causa, estaremos satisfechos.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, pp. 1-53.

Avezalia, legal outsourcing technologies. ¿Puedo hacer testamento electrónico? [en línea]. <http://www.avezalia.es/testamento-electronico/> [Consulta: 2 junio 2017].

COBAS COBIELLA, M. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17 (2), pp. 1-26.

COBAS COBIELLA, M. E.: “La sucesión mortis causa de la empresa familiar”, *Actualidad Civil: revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal*, 2016, núm. 7-8, pp. 38-51.

COTTIER, M.: “Adapting Inheritance Law to Changing Social Realities: Questions of Methodology from a Comparative Perspective”, *Oñati Socio-legal Series* [online], 2014, núm. 4 (2), pp. 196-221.

DE BARRÓN ARNICHEs, P.: “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2016, pp. 1-57.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, pp. 1-14.

BLASCO GASCÓ, F.: “La sucesión contractual”, en AA. VV.: *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 271-291.

BLASCO GASCÓ, F.: “La sucesión mortis causa”, en AA. VV.: *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 21-35.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: *Diccionario Jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

GARCÍA VICENTE, J. R.: “El testamento mancomunado. Razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil”, en AA. VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 289-298.

GIMÉNEZ CHORNET, V.; RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “El testamento nuncupativo: del Derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana”, *Derecho Civil Valenciano*, 2009, núm. 5, pp. 1-10.

LLEBARÍA SAMPER, S.: “La sucesión intestada del conviviente homosexual”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, pp. 1-13.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios”, en AA. VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 477-541.

WAGGONER, L. W.: “The Multiple-Marriage Society and Spousal Rights Under the Revised Uniform Probate Code”, *Iowa Law Review*, 1991, núm. 76 (2), pp. 223-224.

VIII. LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Código Civil de la República de Cuba (Ley núm. 59/1987, de 16 de julio). Gaceta Oficial de la República de Cuba (1987).

Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907 (Refundido el 1 de enero de 2012). Boletín Oficial suizo, pp. 1-334 (2012).

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Boletín Oficial de Aragón, núm. 67 (2011).

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. Boletín Oficial de las Islas Baleares, núm. 120, pp. 6097-6103 (1990).

Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra. Boletín Oficial del Estado, núm. 134, pp. 16902-16913 (1987).

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Diario Oficial de Galicia, núm. 124 (2006).

Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Boletín Oficial del Estado, núm. 39, pp. 13496-13530 (2012).

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Boletín Oficial del Estado, núm. 190, pp. 33735-33788 (2008).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Boletín Oficial del Estado, núm. 277 (2003).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 206, pp. 1889-4763 (1889).

Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 201, pp. 107-134 (2012).

IX. JURISPRUDENCIA RELEVANTE.

Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 19 de abril de 2005, n.º de procedimiento 1644/00, 188/03. Declara protegida constitucionalmente la legítima de los descendientes.

STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82). Boletín Oficial del Estado, núm. 131, pp. 35824-35847, referencia BOE-A-2016-5194. Declara inconstitucional y nula la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110). Boletín Oficial del Estado, núm. 170, pp. 50146-50171, referencia BOE-A-2016-6838. Declara inconstitucional y anula la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

STS 3 junio 2014 (RAJ 2014, 258). Roj: STS 2484/2014 - ECLI: ES: TS: 2014:2484, Id Cendoj: 28079110012014100297. Declara que el maltrato psicológico del heredero al testador es justa causa de desheredación.

STS 30 enero 2015 (RAJ 2015, 59). Roj: STS 565/2015 - ECLI: ES: TS: 2015:565, Id Cendoj: 28079110012015100082. Reitera la doctrina establecida en la STS 258/2014 y ratifica su interpretación del artículo 853.2 del Código Civil en relación al maltrato psicológico.