

REFLEXIONES SOBRE LA CONSERVACIÓN O SUPRESIÓN
DE LA CUOTA LEGÍTIMA EN LA FUTURA REFORMA DE
SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL*

*REFLECTIONS ON THE CONSERVATION OR SUPPRESSION
OF THE COMPULSORY SHARE IN THE FUTURE REFORM OF
SUCCESSIONS OF THE CIVIL CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 374-413

* Este trabajo ha sido cofinanciado gracias a la colaboración del Programa Operativo FEDER Aragón 2014-2020, "Construyendo Europa desde Aragón". Grupo de Investigación ECONOMIUS-J. Código de Referencia S07_I7D.



Rafael
BERNAD
MAINAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Ante una eventual reforma del Código civil en materia de sucesiones cobra interés la libertad o la limitación para disponer de los bienes mortis causa, aspecto que entronca con el de la libertad de testar, respecto del cual se plantea si esta debe operar en sentido absoluto, o debe restringirse a través de un sistema de legítimas, más o menos amplio. Se pretende abordar el dilema tomando en consideración diversos factores, como la procedencia o no de una institución jurídica de honda raigambre histórica en la sociedad actual; las tendencias legislativas predominantes en el ámbito del derecho foral y del derecho comparado; el parecer de la jurisprudencia; la aparición de nuevas situaciones en la realidad de nuestros días; o, incluso, la posibilidad de recurrir a otras instituciones jurídicas, ya para suplantarla, ya para completarla.

PALABRAS CLAVE: Libertad de testar; legítima; derecho foral; derecho comparado; reforma del código civil.

ABSTRACT: *Before an eventual reform of the Civil Code in the matter of inheritance, the liberty or the limitation to dispose of the mortis causa goods is of interest, aspect that connects with that of the freedom to test, with respect to which it is posed if this should operate in an absolute sense, or it must be restricted through a system of legitimate, more or less broad. It is intended to address the dilemma taking into consideration various factors, such as the origin or not of a legal institution with deep historical roots in today's society; the predominant legislative tendencies in the area of statutory law and comparative law; the opinion of the jurisprudence; the appearance of new situations in the reality of our days; or, even, the possibility of resorting to other legal institutions, either to impersonate it or to complete it.*

KEY WORDS: *Of make a will; compulsory share; regional law; comparative law; reform of the civil code.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.- III. ARGUMENTOS EN UN SENTIDO Y EN OTRO.- IV. PANORAMA GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO.- V. NUESTRA OPINIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

El derecho civil patrimonial se integra principalmente por las reglas relativas a los bienes, obligaciones y contratos, y sucesiones, al margen de que algunos aspectos del derecho de familia, mas no otros, puedan también adscribirse al ámbito patrimonial.

Algunas instituciones jurídicas propias del derecho civil patrimonial están estrechamente imbricadas, tal como sucede, por ejemplo, con la propiedad y la sucesión mortis causa, dado que, a través de la segunda, se asegura la transmisión y continuidad de la primera, con todo lo que ello implica desde un plano sociológico y económico, amén del estrictamente jurídico.

Precisamente, uno de los tópicos que siempre ha suscitado interés al mismo tiempo que polémica es el concerniente a la libertad o la limitación para disponer de los bienes mortis causa, problema que entronca directamente con el de la libertad de testar, respecto del cual se plantea, a su vez, si esta debe operar en sentido absoluto, o bien debe restringirse a través de un sistema de legítimas, más o menos amplio.

La diatriba subsiste en la actualidad y no obstante haber transcurrido varios siglos del debate, buena parte de los argumentos que en su día se esgrimieron de un lado y de otro pueden ser traídos a colación en pleno siglo XXI.

De ahí que lo que pretendemos abordar aquí es el dilema en torno al mantenimiento o supresión de la figura ante una eventual e hipotética reforma de nuestro Código civil, para lo cual tomaremos en consideración diversos factores a la hora de realizar un pronunciamiento, entre los cuales destacaremos la procedencia o no de una institución jurídica de honda raigambre histórica en la sociedad actual; las tendencias legislativas predominantes en el ámbito del derecho foral y del derecho comparado; el parecer establecido por la jurisprudencia; la aparición de nuevas situaciones en la realidad que nos circunda que recomendarían

• **Rafael Bernad Mainar**

Profesor Contratado Doctor. Director del Grado en Derecho, Universidad San Jorge. Correo electrónico: rbernad@usj.es

reconsiderar su formulación; así como también la posibilidad de recurrir al auxilio de otras instituciones jurídicas, bien sea para suplantar la legítima, o bien para complementarla.

Todo ello encaminado a tomar un posicionamiento frente al reto que representa una eventual reforma del Código civil en materia de sucesiones, premisa esta que hace resurgir, entre otros tópicos y discusiones, el tratamiento de la institución jurídica de la legítima por lo que al derecho sucesorio se refiere, no sólo circunscrito a la polémica sobre su subsistencia o supresión, sino, fundamentalmente, con miras a replantear su posible actualización mediante una reformulación más acorde con los nuevos tiempos y las nuevas situaciones que emergen de un contexto social caracterizado por el incremento de una población cada vez más longeva que requiere mecanismos tuitivos en aras de la protección de los intereses en juego, más aun cuando la condición de vulnerabilidad a la que se exponen ciertos sectores de la población puede poner en entredicho el respeto a unos valores reputados de orden público, cuya inobservancia pudiera irrogar graves perjuicios, tanto a los individuos y a la familia en particular, cuanto a la sociedad en general.

II. BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA¹

El Derecho primitivo romano consagra abiertamente en la Ley de las XII Tablas una libertad de testar casi ilimitada². Incluso bien avanzada la época republicana, en una clara manifestación de consolidación del principio de libertad testamentaria, el testador podía instituir heredero a cualquier persona dotada de la *testamenti factio passiva*, así como desheredar a los herederos sui. En este sentido, la jurisprudencia de la época republicana va a incentivar la libertad del testador al convertir el testamento en un acto jurídico complejo, en el cual no sólo se incluye la ineludible institución de heredero, sino que también tienen acogida instrumentos sucesorios tales como las sustituciones hereditarias, los legados, los fideicomisos, el nombramiento de tutor, e, incluso, la liberación o manumisión de esclavos. Durante la época del Principado el principio de libertad de testar no sólo se consolida, sino que también se intensifica, toda vez que, siguiendo la tendencia generalizada observada por el Derecho privado romano hacia su espiritualización y flexibilización, el testador se verá despojado de las formalidades

1 Un estudio histórico de la legítima romana y la reserva familiar germánica en BERNAD MAINAR, R.: "De la legítima romana a la reserva familiar germánica", *RIDROM* núm. 14, 2015, pp. 1-63.

2 Al respecto, Tabla V, 4 y 5 de la Ley decemviral que proclama la regla "*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*".

Aun así, surgen dudas sobre si la libertad del testador en las XII Tablas fue completa o sufrió alguna restricción, tal como afirma MARGADANT, G.F.: *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª ed., 6ª reimpression, Esfinge, Naucalpan, México, 2007, p. 485.

que anteriormente tenía que observar para disponer de su patrimonio mortis causa.

No obstante la consagración del principio de libertad de testar en Roma, paulatina y progresivamente van a ir apareciendo una serie de limitaciones, tanto en el ámbito de los legados, como en el de la facultad de desheredar, hasta el punto de gestar la consolidación de una tercera modalidad de sucesión, la legítima o contra el testamento³, que completará la nómina constituida inicialmente por la sucesión testada y la legal o intestada. En efecto, la legítima romana surge con base en el deber ético (*officium pietatis*) que recae sobre el paterfamilias de proteger a los parientes más próximos frente al riesgo de ser preteridos. Será el derecho pretorio el que comienza a reconocer tal figura y la transformará en un deber de carácter legal, consumando la conversión de una legítima formal en una legítima real. Por fin, la legislación justiniana (Novelas 18 y 115) reafirmará la institución, conservando algunos de sus precedentes legislativos, e introduciendo novedades significativas en aspectos tales como su cuantía, los beneficiarios –legitimarios– y las justas causas para desheredar.

La legítima romana, en cuanto a ascendientes y descendientes, constituyó una *pars hereditatis*, puesto que se prohibía la preterición o desheredación entre ellos, sin que se debiera entender satisfecha porque se les hubiera dejado en el testamento la *portio debita* por cualquier otro concepto (legado, donación, o fideicomiso). Con relación al resto de legitimarios, que sí podían recibir su respectiva *portio debita* por cualquier título (heredero, legatario, donatario o fideicomisario), la legítima pudo ser considerada más bien como *pars* o *quota bonorum*, de manera que se otorga a los legitimarios la titularidad sobre una parte de la herencia preestablecida.

A su vez, la reserva familiar germánica es una consecuencia de la concurrencia de varios factores ligados con principios consuetudinarios propios del Derecho germánico: el derecho hereditario emana del parentesco, de los vínculos de sangre; la prohibición de testar; la afección del derecho hereditario al cumplimiento de deberes familiares y políticos; la copropiedad familiar.

Tras la convivencia de los bárbaros con los romanos, aquellos adoptan el testamento como instrumento de ejecución de mandas pías y benéficas, circunstancia que, unida a la visión de la copropiedad familiar germánica, hará surgir la figura de la reserva familiar con la finalidad de conservar para la familia una porción considerable de los bienes inmuebles propios a favor de los hijos y, en defecto de estos, de los parientes de la línea de procedencia de los bienes, según

3 Un resumen sobre la legítima romana, GARCÍA BERNARDO LANDETA, A.: *La legítima en el Código Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, pp. 166, 167.

el viejo adagio "*paterna paternis, materna maternis*". Constituye una *pars hereditatis*, esto es, una cuota de la herencia que se debe en propiedad y libre de cargas.

A veces esta reserva resultaba insuficiente para proteger los derechos de los hijos y, para limitar este poder absoluto con el que contaba el padre de familia, se acudió a la legítima romana, de tal manera que ambas figuras coexistieron y se influyeron recíprocamente.

Portanto, el fundamento de la reserva familiar germánica era preservar la unidad o la hidalguía de la familia sobre la base de la primogenitura⁴, razón por la cual se admitió el nombramiento de heredero en forma contractual para fijar la jefatura en la posición de la familia, siendo ocupada por lo general por el primogénito. A través de la reserva familiar se pretende limitar las liberalidades mortis causa, puesto que, sólo por excepción, algunas de las costumbres medievales limitaron los actos gratuitos inter vivos. A tales fines, el patrimonio tomado en cuenta era el que el *de cuius* dejaba al momento de su muerte. No obstante, para contar con el derecho a la reserva era indispensable ser heredero, de tal manera que quien renunciaba a la herencia carecía de este beneficio. Tal presupuesto configuraba la institución de la reserva familiar en una parte de la herencia (*pars hereditatis*), que debía ser atribuida en propiedad y libre de cargas. En efecto, por su través se alude a una parte de la herencia sustraída de la facultad de disposición mortis causa del *de cuius*, esto es, una herencia abintestato, una transmisión hereditaria *ex lege*, emanada de la costumbre, cuya composición no podía modificarse mediante testamento.

El Derecho feudal fue precisando la institución, si bien presentará variedades locales, sobre todo en lo que concierne al quantum (desde las cuatro quintas partes, hasta los dos tercios del total de los bienes inmuebles propios del causante)⁵, de tal manera que serán de libre disposición para el causante, además del resto de los bienes inmuebles propios excluidos de la reserva (un cuarto o un tercio, según el uso local), todos los bienes inmuebles adquiridos y todos los bienes muebles.

Por lo que atañe a la reserva germánica, constituye una *pars hereditatis*, esto es, una cuota de la herencia que se debe en propiedad y libre de cargas, es decir, quien perteneciera al linaje tendría derecho a la reserva en caso de aceptar la sucesión e, incluso, quedaría obligado por las deudas del difunto más allá de lo que recibiera (*ultra vires*), por lo que el reservatario es un verdadero heredero sobre la cuota que le corresponde de los bienes relictos, sin que sobre la misma el

4 HERMANOS MAZEAUD, H.; J.: *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Cuarta, vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1965, p. 233.

5 LEPOINTE, M.G.: *Les successions dans l'Ancien Droit*, Domat-Montchrestien, Paris, 1945, pp. 159, 160, 190, 191, 238-240, 246, 247.

testador pueda establecer gravámenes ni condiciones que la limiten para defraudar su finalidad.

La reserva familiar germánica no sólo pretendía alcanzar la igualdad relativa entre los coherederos protegiéndolos contra las liberalidades recibidas por uno de ellos excedentes de la parte de libre disposición (el quinto de los bienes propios), sino que, además, su objetivo era lograr la igualdad absoluta⁶, toda vez que, a través de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada, se fijaba imperativamente la parte correspondiente a cada coheredero, de tal manera que el causante no podía desconocerla ni siquiera mejorando a uno de ellos mediante una liberalidad, aun cuando fuera con cargo a su porción disponible. Frente a ello, la legítima romana pretende evitar que la herencia pueda ser distribuida por el testador sin limitación alguna, con la consiguiente preterición de ciertos parientes allegados al causante.

Vemos, pues, que el proceso histórico de la legítima romana y la reserva familiar germánica, tras el período de mutua y recíproca influencia enriquecedora, concluye con la fusión de ambas⁷ y el surgimiento de un *tertium genus*, fruto de la suma de las dos, que constituye el exponente de la legítima presente en el Code francés, el cual sirvió de modelo para otros muchos ordenamientos jurídicos. Así es, la legítima moderna es incorporada al Código civil francés (artículos 913-930) y, en puridad, representa una fusión equilibrada entre la original legítima romana y la reserva familiar germánica, dos tradiciones históricas⁸ cuyo resultado híbrido se ha erigido en modelo legislativo para la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de la familia romanística del Derecho.

Así pues, aunque la legítima romana y la reserva germánica parten de dos polos opuestos, en ambas instituciones, ya evolucionadas, se observa un elemento común: ser una verdadera restricción a la voluntad del testador, ya que por medio de ambas se pretende proteger a los parientes más próximos con relación a la herencia familiar. A pesar de ser numerosos los aspectos que las distinguen (origen, beneficiarios, título, fundamento, cuantía, objeto, contenido, naturaleza jurídica, finalidad, ámbito de aplicación y proyección) y, tras un período de mutua y recíproca influencia enriquecedora, culmina la fusión de ambas y el surgimiento de un *tertium genus* incorporado al Código civil francés (artículos 913-930), que representa un equilibrio entre la original legítima romana y la consuetudinaria reserva familiar germánica.

6 JOSSERAND, L.: *Derecho civil*, Tomo III, vol. III, EJE, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1951, p. 269; HERMANOS MAZEAUD, H.; J.: *Lecciones*, cit., p. 232.

7 PÉREZ SERRANO, N.: *Dictámenes t. I. Derecho Civil*, Dossat S.A, Madrid, 1965, p. 461; POLACCO, V.: *De las sucesiones*, EJE, Buenos Aires, 1982, pp. 293 y 294; JOSSERAND, L.: *Derecho*, cit., p. 269.

8 BERMEJO PUMAR, M.M.: "Atribuciones legales (legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas. Reservas. Parte Primera, La legítima (función y estructura)", *Instituciones de Derecho Privado* (coord. J.F. DELGADO DE MIGUEL), Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 44-48.

El pueblo visigodo, claramente romanizado, aplicó la libertad de testar establecida en el derecho romano posclásico (*Codex Theodosianus*), razón que llevará al Rey Chindasvinto a tratar de paliar los abusos de tan amplia libertad mediante una ley (*Dum illicita*)⁹ que lograra conciliar el sistema de amplia libertad de testar de los hispanorromanos con la sucesión forzosa germánica conocida y aplicada por los visigodos.

A medida que la Reconquista avanza durante la Alta Edad Media el sistema legitimario experimenta un proceso de germanización¹⁰, en cuya virtud el legitimario lo era *ope legis* y heredaba toda la herencia, de la cual solo podía detraerse como mandas el quinto (1/5) y la mejora, tendencia que se mantendrá tanto en el Fuero Juzgo (versión romanceada del *Liber Iudiciorum*)¹¹, como en el Fuero Real¹², de tal manera que el testador gozará de la facultad de disponer del quinto (1/5), así como de mejorar a cualquiera de los hijos con un tercio (1/3) de los cuatro quintos (4/5), si bien no se permite la acumulación en un mismo descendiente del tercio (1/3) de mejora y el quinto (1/5) de libre disposición. Las Partidas¹³ recogieron el influjo del derecho romano en sede de preterición, desheredación y legítimas, incluyendo la acción de complemento, si bien al regir más como derecho supletorio que como ley vigente, no llegaron a influir en lo que a la cuantía de la legítima de los descendientes se refiere, que siguió manteniendo la cuota visigoda. Al influjo del derecho romano y canónico habrá que sumar en esta materia el del derecho real y el del *ius commune*, con el consiguiente tinte romanístico de la figura, que se evidencia posteriormente en las Leyes de Toro¹⁴, resultado de una evolución histórica impregnada, tanto de derecho romano como germánico, al incorporar este último al sistema legitimario la mejora de origen germánico, según la cual el testador podía mejorar a uno o varios de sus legitimarios,

9 Una de las 99 leyes dictadas por Chindasvinto que se reproducirán en el *Liber Iudiciorum* (ley 1, título IV, libro IV), en que se establece la legítima de los cuatro quintos (4/5) para los descendientes, así como el décimo (1/10) de mejora, que fue elevado a un tercio (1/3) por el Rey Ervigio. Ya en aquella época se plantearía si la cuantía destinada a la mejora (1/10; 1/3) se computaba de la cuota legítima (4/5) o del total del haber hereditario (5/5).

No existía legítima para los ascendientes, aun cuando eran llamados a la sucesión intestada en defecto de descendientes legítimos.

10 Así se constata, por ejemplo, en algunas prácticas como la cuota pro anima en los diplomas astures y leoneses; la observancia de la copropiedad familiar germánica (*Wartrech*); la imposición de la figura de la colación en el Fuero de Cuenca; la prohibición establecida a los hijos en el Fuero de Zamora de vender en vida de sus padres los bienes que estos les hubieran donado. Al respecto, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral* t. VI, vol. 2º, Reus, Madrid, 1979, pp. 500, 501.

11 Ley 1, Título V, Libro IV.

12 Ley 9 y 10, Título V, Libro III.

13 Ley 18, Título I, Partida VI. En su virtud, se concede un tercio (1/3) de reserva del haber hereditario si concurren cuatro o menos legitimarios; un medio (1/2), de concurrir más de cuatro hijos o descendientes legítimos; y un tercio (1/3) a favor de los ascendientes, en defecto de descendientes.

14 Las Leyes de Toro (Ley 27) restauran el sistema de los quintos (5/5) de origen visigodo, de tal manera que se establece la legítima de los cuatro quintos (4/5) en favor de los descendientes, y de un quinto (1/5) de libre disposición, con la posibilidad de mejorar en un tercio (1/3) dentro de los cuatro quintos (4/5). A su vez, a falta de descendientes, la legítima de dos tercios (2/3) corresponde a los ascendientes.

siempre que respetara la legítima corta entre ellos¹⁵: “La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El Derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue regulador de la medida. El Derecho romano, en su fase justinianea, explicó su naturaleza”¹⁶.

Así pues, el esquema legitimario de la visigoda Ley *Dum Inlicita*, mantenido en el Fuero Juzgo, Fuero Real y las Leyes de Toro (no en las Partidas) se conservará por más de mil doscientos años hasta la promulgación del Código Civil en 1889.

Ante la existencia de los mayorazgos propios de la Edad Media y el Ancien Régime se planteará en pleno siglo XVI, bajo los efluvios del iusnaturalismo cristiano, si el reconocimiento del sistema de legítimas podría sustentarse en el Derecho natural¹⁷ como verdadero antídoto a la discriminación e injusticia que los mayorazgos y el sistema feudal habían propiciado.

Ya en época codificadora, tenemos que destacar el Proyecto de Código Civil de 1851 (Proyecto García Goyena o isabelino)¹⁸, que en materia de legítimas incluye a los descendientes y ascendientes legítimos como herederos forzosos: su cuantía en el caso de descendientes es de cuatro quintos (4/5) o dos tercios (2/3), según concurrieran dos o más descendientes, o uno solo, respectivamente; en tanto que la de los ascendientes, a falta de descendientes, era de dos tercios (2/3) o de la mitad (1/2), según concurrieran dos o más, o uno solo, respectivamente. Como sabemos, el Proyecto, dado su carácter unitario y afrancesado¹⁹, no gozaría de buena acogida, lo que propiciaría el fracaso de la iniciativa, un desenlace que, entre otras razones, se debería a la diatriba suscitada y alimentada al calor de la discusión mantenida al respecto entre el derecho foral, más proclive al principio de libertad de testar, y el derecho común, partidario de conservar el sistema de legítimas, sin perjuicio de reconocer algunas variantes en cuanto a su extensión.

Tras este revés, la codificación civil española deberá esperar hasta 1880 cuando, a instancias del Ministro de Gracia y Justicia del momento, D. Saturnino Álvarez

15 DE BARRÓN ARMICHES, P.: *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs Ed., Barcelona, 2001, p. 321.

16 VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Apuntes de derecho sucesorio*, 1ª parte, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955, p. 19. Una matización del principio, BERMEJO PUMAR, M.M.: “Atribuciones legales”, cit., p. 61.

17 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho*, cit., p. 486.

18 Este fue uno de los puntos de fricción que acompañaría al Proyecto de Código Civil de 1851, presentado por Florencio García Goyena. En efecto, (Libro III, título I, capítulo 6, sección I): “Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos, por ser un artículo constitucional (...) Opino, por lo tanto, que en la inevitable alternativa de haber de optar entre la absoluta libertad de los padres, según los Fueros, y el señalamiento de la legítima, según las leyes de Castilla, debemos decidarnos por las segundas”, en GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Impr. Sociedad tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/concordanciasDelCodigoCivilI1.pdf> (consultado con fecha 15/03/2019).

19 BARO PAZOS, J.: *La Codificación del Derecho Civil en España, 1808-1889*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 18.

Bugallal, se reorganiza la Comisión General de Codificación²⁰ a fin de proceder a la elaboración de un Código Civil, si bien no será hasta 1885 cuando, merced a la actuación del Ministro D. Francisco Silvela, se propone realizar un Proyecto de Ley de Bases para elaborar un Código Civil, que se plasmará con éxito en la Ley de Bases de 1888, a la sazón embrión del futuro Código Civil²¹.

Precisamente, con anterioridad a la promulgación de nuestro Código civil de 1889, cuando se aborda la confección de la Ley de Bases, ya se evidenciaron dos grupos netamente diferenciados en torno a la institución jurídica de la legítima: uno favorable a su inserción y regulación en el futuro cuerpo legal, encabezado por el ilustre jurista Manuel Alonso Martínez²², y otro que se mostró reacto a su incorporación y, en aras de la implantación del principio de la libertad de testar, se manifestó partidario de su erradicación del Código civil, liderado por Gumersindo de Azcárate y Menéndez²³.

Finalmente, con la promulgación del Código civil se da carta de naturaleza al criterio de dividir el haber hereditario en tres partes iguales²⁴: legítima estricta de los hijos, mejora, y cuota de libre disposición. Además, se reduce la legítima de los ascendientes a la mitad del haber hereditario; se asigna una cuota a los hijos naturales reconocidos; y se introduce la legítima del cónyuge viudo traducida en un derecho de usufructo. Las reformas del Código civil de 1958 y 1970 modifican respectivamente lo atinente a los beneficiarios y las cuantías de la legítima; la de 13 de mayo de 1981 adapta las sucesiones, entre ellas lo atinente a la sucesión forzosa, a los dictados del texto constitucional de 1978, fundamentalmente por lo que al principio de igualdad concierne, tanto en lo atinente a la igualdad de sexos entre el hombre y la mujer, cuanto en lo relativo a la igualdad de los hijos ante la ley, al margen de su carácter matrimonial o extramatrimonial; la Ley 41/2003 (18 de noviembre), a los fines de dar cabida también en cuanto a la legítima a la necesidad de proteger desde el punto de vista patrimonial a las personas con discapacidad; la Ley 15/2005 (8 de julio), en la medida que se modifican algunos aspectos en

20 En virtud del R.D. de 2 de febrero de 1880 se reorganiza la Comisión, añadiendo un vocal por cada una de las regiones forales, y con el fin de agilizar los proyectos al eliminar su revisión y aprobación por el pleno. Al respecto, LASO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación en España. El procedimiento civil*, Reimp. Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1999, p. 132.

21 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *La Codificación Civil en España*, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1890, p. 43.

22 El argumento decisivo esgrimido por el jurista para conservar la legítima era que “no es justo y bueno en sí, un sistema que permita enriquecer a un extraño a expensas de la familia”. Al respecto, VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: “Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar”, *Anuario de Derecho Civil*. 1967, pp. 14-16.

23 En pro de la libertad de testar el referido jurista señala que dicha libertad “robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto sobre la elección del heredero o en la distribución de la herencia, estimula la cooperación y el esfuerzo de los hijos, conserva la familia evitando la liquidación, mantiene el espíritu y las tradiciones familiares, es escuela de cumplimiento de los deberes familiares, de los que se inviste el heredero”, VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: “Significado”, cit., pp. 14-16.

24 Sobre las modificaciones introducidas por el Código civil en sede de legítimas, BERMEJO PUMAR, M.M.: “Atribuciones”, cit., pp. 61 y ss.

materia de separación y divorcio que inciden en la regulación de la legítima; y, por fin, la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2017 (28 de junio), que incide en algunos preceptos²⁵ relacionados con la sucesión forzosa del cónyuge viudo y el pago de la porción hereditaria en casos especiales.

III. ARGUMENTOS EN UN SENTIDO Y EN OTRO

Al hilo de la institución jurídica de la porción legítima se ha entablado una interesante y enconada polémica²⁶ en torno a si resulta más conveniente un sistema en el que rija una amplia libertad del *de cuius* para disponer de sus bienes, o bien es preferible que el ordenamiento jurídico imponga que una parte de los bienes del causante deban destinarse a los parientes más próximos, principalmente a los descendientes, estableciéndose en este caso una limitación a la libre disposición mortis causa de los bienes por parte de su titular (extensible también a la libertad de donar)²⁷. Lo que se está barajando en esta disquisición, entre otros aspectos, es la vinculación de la sucesión con la institución familiar²⁸ que, bajo esta consideración y no obstante la superación en nuestros días de su concepción más tradicional, entiende la necesidad de hacer prevalecer la familia como institución básica de la sociedad sobre el plano meramente individual del sucesor.

Ello nos lleva de antemano a recalcar el distinto contexto sociológico de la familia existente en la época codificadora respecto del que rige en la actualidad²⁹, toda vez que en nuestros días la familia no se ciñe exclusivamente a un modelo clásico cuyo eje es el matrimonio; ya ni siquiera cuenta generalizadamente con el sostén de la economía agrícola, ganadera, artesanal, ni basada en la actividad industrial de carácter doméstico; sin olvidar que, fruto de los progresos derivados del bienestar y el aumento de la calidad de vida, la edad de las personas tiende a prolongarse mucho más en el tiempo hasta el punto de que la longevidad de la población constituye una de las señas de identidad que preside la sociedad de los países desarrollados.

Todas estas razones ya justificarían sobradamente la necesidad de una reforma legislativa al efecto en el Código civil español, tal como se ha venido realizando en la legislación comparada de nuestro entorno, al igual que en las legislaciones forales que conforman el crisol jurídico español.

25 Artículos 834, 835 y 843 del Código civil, respectivamente.

26 VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "Significado", cit., pp. 11 y ss.

27 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho*, cit., pp. 485 y ss.

28 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil. Tomo V: sucesiones*, 4ª. ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 311.

29 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., p. 311.

Por lo que se refiere a los argumentos que se han presentado tradicionalmente en contra de la legítima y, por ende, en favor de la libertad absoluta de testar se esgrimen, principalmente, los siguientes³⁰:

Se alegan derechos fundamentales en su defensa³¹, como el principio de la libertad que es, a su vez, presupuesto básico del derecho de propiedad, en la medida que trasciende de la vida del propietario –post mortem–; incluso se esgrime el derecho al desarrollo de la personalidad del individuo, a los fines de cumplir post mortem, según su criterio, con los deberes que ha asumido en vida.

En todo caso y, a título de reflexión sobre la absoluta libertad de testar y disponer, hemos de reconocer que la invocación sistemática al principio de la libertad constituye un argumento lábil, viscoso, dado su carácter inmensurable, hasta el punto de convertirse en una suerte de comodín, un adminículo que sirve para todo, de tal manera que los fines que por su través hipotéticamente se alcanzan, se pueden fácilmente invocar al mismo tiempo para justificar prácticamente todo lo contrario.

También se aducen razones de índole familiar³², tales como el ejercicio de la autoridad y potestad paterna (hoy, evidentemente, extensible a la materna); la necesidad de que el jefe de la familia sea autónomo en el cumplimiento de unos deberes cuyo ámbito sólo él puede apreciar certeramente; el hecho de que los posibles abusos que se pudieran cometer en el seno familiar con relación a los parientes más próximos son casos aislados, que no pueden justificar el recorte del derecho a la libertad; la superación actual de la vieja concepción de la unidad familiar; que justificaba la necesidad de conservar el patrimonio de la familia como premisa inexcusable de su continuación, un trasunto de épocas pasadas y civilizaciones primitivas; e, incluso, desde una perspectiva sociológica y ética, la consideración de que, cuanto más grado de moralidad impregna una sociedad, menor es la regulación que debe existir. Así pues, la libertad de testar robustecería la autoridad familiar, estimularía la cooperación y el esfuerzo de los hijos, y contribuiría a mantener el espíritu y las tradiciones de la familia.

Otro factor que se arguye en pro de la libertad de testar es el de la utilidad social y económica³³, en la medida que evita pleitos entre los herederos, al mismo

30 BERMEJO PUMAR, M.M.: "Atribuciones", cit., pp. 31 y ss.

31 En virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE) de 19 de abril de 2005 (Drucksache 16/8954), la legítima de los descendientes constituye un valor protegido constitucionalmente del que no se puede privar a los beneficiarios con base en los artículos 14, I y 6, I de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Grundgesetz).

32 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho*, cit., pp. 487, 488.

33 DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, A.: "Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión", *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, La Coruña, Colegio Notarial de la Coruña, Madrid, Colegios Notariales de España, 2002, p. 1103.

tiempo que erradica el riesgo de la excesiva fragmentación de la propiedad, partiendo de la premisa de la superación del concepto de la comunidad familiar; a su vez, la pretendida libertad del *de cuius* constituye un espaldarazo al fomento del trabajo y el ahorro por parte de aquel, dado que, gozará de la libertad suficiente para disponer *mortis causa* de sus bienes, asignándoles el destino que tuviera conveniente. Con ello se garantiza la conservación del patrimonio de la familia, ya que mediante el ejercicio de esta libertad se puede implantar el sistema de heredero único, que ayuda a evitar la excesiva fragmentación del patrimonio familiar, sobre todo si cuenta con reducidas dimensiones.

En un plano jurídico, se recela de una pretendida igualdad algebraica y matemática que sobre el papel aportaría el sistema de legítimas; más aún cuando en el seno familiar no hay razón para aplicar la reciprocidad conmutativa de las prestaciones –do ut des–, toda vez que el derecho de alimentos cumpliría una función similar a la de la legítima³⁴. Sobre la base de este argumento se invocaría un pretendido interés económico colectivo familiar prevalente al principio de igualdad como valedor del sistema legitimario.

A mayor abundamiento se traen también a colación para hacer valer la libertad del causante otros principios y valores de carácter extrajurídicos³⁵, tales como la honestidad, la utilidad, y el respeto al orden público.

Distintos son los argumentos que abogan por el mantenimiento de la legítima, entre los cuales podemos destacar los que siguen a continuación:

Se abandera también el propio respeto a la libertad del testador, en la medida que, merced a la legítima, el testador puede hacer uso de su libertad al favorecer a sus parientes más próximos, argumento este que, en una primera impresión, supone una paradoja en sí misma considerada, dado que en principio la legítima constituye un freno a la libertad absoluta. Bajo esta perspectiva y con miras a superar la aparente contradicción podríamos decir que el sistema legitimario tendería a reconducir y orientar la libertad del causante³⁶ para después de sus días en lo que atañe a su patrimonio.

También se alegan razones derivadas de la paternidad y maternidad, rayanas con el derecho natural³⁷, de tal modo que por su través los padres podrían exceder la atribución que por derecho de alimentos les corresponde a sus descendientes. Por ello se reivindica la legítima recurriendo a la lógica y la naturaleza de las cosas, al

34 COSTA, J.: “Conferencia sobre la libertad de testar y las legítimas”, en *La Libertad civil y el Congreso de jurisprudencias aragoneses*, vol. I°, Guara editorial, Zaragoza, 1981, pp. 495 y ss.

35 BERMEJO PUMAR, M.M.: “Atribuciones”, cit., pp. 34, 35.

36 BERMEJO PUMAR, M.M.: “Atribuciones”, cit., p. 35.

37 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho*, cit., p. 490.

ser entendida como la expresión de la continuación de los parientes más próximos respecto de lo que les pertenece; o invocando que, por medio de ella, se propicia la exclusión de la codicia a cargo de los extraños a la herencia. La existencia misma de la familia y las relaciones familiares o parafamiliares que de ella surgen se abanderan como uno de los estandartes del sistema legitimario, sobre la base de un pretendido vínculo preexistente entre el *de cuius* y los legitimarios, que emanaría de una relación espontánea. Por tal razón, se trae a colación la existencia de una copropiedad virtual entre los bienes de la familia³⁸ que aconsejaría la necesidad de conservación del patrimonio familiar.

Se afirma en pro de las legítimas el papel que presta el sistema legitimario en la conformación del derecho de propiedad³⁹, aun reconociendo que este derecho cuenta con otras y numerosas modalidades de configuración.

A su vez se esgrime el atentado contra el principio de igualdad, y la consiguiente rémora que ello representa para la unidad de la familia, pues, a su amparo, podrían cometerse abusos e injusticias entre los hermanos que se dilucidarían muy probablemente ante los tribunales⁴⁰. Y es que por muy aislados que fueran estos abusos, su sola consideración ya constituye un elemento digno de consideración⁴¹ a los fines de pronunciarse a favor del sistema legitimario. Se contrarresta esta afirmación arguyendo que la igualdad de derecho no se compadece con “la igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria”, al no existir principio de justicia alguno que la legitime.

Incluso y, a mayor abundamiento, se invocan otras razones de distinta naturaleza a favor del sistema de legítimas⁴².

En todo caso, la posición doctrinal favorable al sistema legitimario no resulta exento de críticas, puesto que el pretendido fundamento familiar que lo cobija, no siempre debe empoderar la noción de utilidad, más aún cuando se hace a costa de restringir la libertad.

38 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho*, cit., p. 490.

39 CIMBALI, E.: *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1893, pp. 135 y ss.

40 “La naturaleza —declama Alonso Martínez— ha hecho esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos”. A esto contesta Vallet de Goytisolo, si bien refiriéndose a un tipo particular de familia y patrimonio, que esta igualdad aritmética entre los hijos es injusta, pues “es puramente cuantitativa, sin matices cualitativos. Si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los del padre para educar y colocar a los demás hermanos, no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y las tierras que éste trabajó y de las que marcharon los demás, que sólo trabajaron para sí, y, tal vez, gracias a carrera estudiada o un oficio aprendido con el esfuerzo y el sacrificio económico de la casa”, en LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., p. 310.

41 BERMEJO PUMAR, M.M.: “Atribuciones”, cit., p. 34.

42 COSTA, J.: “Conferencia”, cit., p. 501.

IV. PANORAMA GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

A partir de un análisis, tanto de la legislación foral existente en nuestro país, que se ha visto reformada en los últimos tiempos como consecuencia de las competencias de conservación, modificación y desarrollo que el artículo 149, I, 8 de la CE atribuye a estos territorios (Aragón, Galicia, Navarra, Baleares, País Vasco, Cataluña), cuanto de las modificaciones habidas en las legislaciones europeas y latinoamericanas, podemos obtener una idea más aproximada de cuáles son las tendencias actuales sobre la materia, lo que nos permitirá tener una información más completa a la hora de emitir un juicio y presentar nuestra opinión.

Veamos lo anteriormente señalado en cada uno de los territorios con Derecho foral a través de sus particularidades:

Aragón. Por medio del 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 (CDFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas se reproduce, entre otros textos legislativos, la regulación de la institución de la legítima de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte en sus artículos 171 y siguientes⁴³. En efecto, en los artículos 486 y siguientes del nuevo texto legal se reduce la legítima colectiva a favor de los descendientes a la mitad del caudal hereditario, que puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo y, de no haberse 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. Precisamente, en virtud del artículo 488, son reputados legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes, si bien no tendrán esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a su legítima.

Resulta evidente que la legítima no se configura como *pars hereditatis*, pues los herederos pueden recibir lo que les reste para cubrir su legítima colectiva como herederos o legatarios, sin precisar que ninguno de ellos sea instituido heredero. Así pues, en la medida que para cubrir el faltante de la legítima colectiva, una vez computadas las donaciones imputables en ella, debe atribuirse en bienes relictos, no resultaría suficiente a tal fin la mera atribución de un mero derecho de crédito –*pars valoris*–, por infringir el deber de su cumplimiento en bienes relictos, razón por la cual la legítima se configura como *pars bonorum*, lo que se confirma claramente cuando el artículo 487 del CDFA, en sede de títulos de atribución,

43 SERRANO GARCÍA, J.A.: "La legítima en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XVI, IFC, Zaragoza, 2010, pp. 67-134.

prescribe que la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo y que la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir heredero a un extraño, de forma clara y explícita.

Sin embargo, en otra serie de casos distintos y, a título excepcional, la legítima abandona su esencia de *pars bonorum* y se torna un mero derecho de crédito (*pars valoris*)⁴⁴. Así sucede, por ejemplo, a la hora de practicar la reducción, si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de bienes que no admitan cómoda división, supuesto en el que ambas partes podrán compensarse en metálico como convengan y, a falta de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, quedará para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico (artículo 496, 3 CDF); o en el cumplimiento de reducción de liberalidades sobre bienes relictos hechas en favor de no descendientes, que no podrá afectar al cónyuge viudo (artículo 497, 3 CDF); y en las consecuencias de la preterición no intencional, pues el legitimario preterido no intencionalmente tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél, porción que se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico (artículo 508, 1 CDF).

Galicia. Respecto a Galicia, aun cuando la Compilación del Derecho especial de Galicia de 1963 sólo regulaba algunas instituciones (foros, subforos y otros gravámenes; compañía familiar; aparcería; derecho de labrar y poseer; y algunas formas especiales de comunidad), la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia regula en el Capítulo V del Título X las legítimas (artículos 238 y ss.)⁴⁵.

En su virtud, se reputan legitimarios los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos y el cónyuge viudo no separado legalmente, o de hecho, teniendo en cuenta que, a pesar de no tener la condición de legitimarios, los apartados, los que repudiaran el llamamiento legitimario, así como sus descendientes hacen número para el cálculo de las legítimas (artículos 238 y 239). Se observa, pues, que los padres o ascendientes no son considerados legitimarios en la sucesión de sus descendientes.

44 BRUN ARAGÜÉS, J. J.: "Intangibilidad cuantitativa de la legítima", en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel 2005*, Zaragoza, 2006, pp. 411-417.

45 CARBALLO FIDALGO, M.: "La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia", *Actualidad Civil* núm. 4, 2001, pp. 1558-1578; "La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006 de Derecho Civil de Galicia", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José María Lete del Río* (coord. M.P. GARCÍA RUBIO), Madrid, 2009, pp. 139-164.

Constituye la legítima de los descendientes, en virtud del artículo 243 de la Ley, la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.

En cuanto al cónyuge viudo, los artículos 253 y 254 disponen que, si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario; y si no concurriera con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital.

En la media que, según prescribe el artículo 240 de la Ley, los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley; que el artículo 255 permite que el causante podrá satisfacer la legítima del cónyuge viudo atribuyéndole por cualquier título, en usufructo o propiedad, bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión; y, por fin, que el artículo 249, I niega al legitimario toda acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor, podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la legítima gallega es *pars valoris*, esto es, un derecho de crédito frente a los herederos.

Navarra. La Ley Foral 5/1987, de 1 abril, modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra de 1973 y, aun cuando mantiene la versión original de la Ley 267 respecto al concepto de legítima, sin embargo, la Ley 268 presenta alguna reforma⁴⁶: así es, en testamento y pactos sucesorios deberán ser instituidos en la legítima foral los hijos matrimoniales, los no matrimoniales y los adoptados con adopción plena y, en defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes de grado más próximo⁴⁷. La institución en la legítima foral podrá hacerse para todos los legitimarios en forma colectiva, institución que no será necesaria cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les atribuyera cualquier liberalidad a título mortis causa, o los hubiere desheredado por justa causa, o cuando ellos hubieran renunciado a la herencia de aquél, o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima. Serán justas causas de desheredación las comprendidas en los artículos 852 y 853 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio del usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, que ahora se extiende al otro miembro de la pareja estable reconocida por ley, sobre

46 HUALDE MANSO, V.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, Ley 267*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 791 y ss.

47 DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La legítima y el pacto de non sucedendo en el Derecho foral de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 223-232.

todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento⁴⁸.

Baleares. Una de las novedades que introduce el 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, es que se presenta una normativa diferente en lo relativo a la condición de legitimarios, la cuantía y la naturaleza jurídica de la porción legítima para las Islas de Mallorca y Menorca, por un lado, y las Islas de Ibiza y Formentera, por otro⁴⁹.

En efecto, en Mallorca y Menorca son legitimarios, con arreglo al artículo 41 de la Compilación reformada, los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos; en su defecto, los padres, por naturaleza o adopción; y el cónyuge viudo que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto. Sin embargo, en Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no es legítimario, según señala el artículo 79, toda vez que solamente son legitimarios los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos; y, en defecto de los anteriores, los padres, por naturaleza y adopción.

48 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.

Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley.

Ley personal. El usufructo de fidelidad se dará en favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo de su fallecimiento.

Inalienabilidad. Este derecho es inalienable; no obstante, los nudopropietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo. Renuncia. Es válida la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad otorgada en escritura pública, antes o después del matrimonio.

(La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en su artículo 11, 1 señala modificaciones en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo: Se añade un segundo párrafo a la Ley 253 con la siguiente redacción: Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley).

Ley 255. Extensión. El usufructo se extiende a los bienes y derechos pertenecientes al cónyuge premuerto, aunque estén afectos a llamamiento, reversión o restitución, con excepción de los siguientes: Bienes excluidos

1. Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario.
2. Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal.
3. Los bienes que el cónyuge premuerto hubiere recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de fidelidad.
4. Los bienes que hubieren sido objeto de donación mortis casusa.
5. Los legados piadosos o para entierro y funerales.
6. Los legados para dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se hallare obligado a datar.
7. Y los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado.

49 POLO ARÉVALO, E.M.: "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad", *RIDROM (on line)*. 10-2013, ISSN 1989-1970, 2013, pp. 357-361.

A tenor de los artículos 42, 43 y 45⁵⁰ de la Compilación, en Mallorca y Menorca constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos⁵¹, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número; en defecto de los anteriores, constituye la legítima de los progenitores la cuarta parte del haber hereditario; y en lo que respecta al cónyuge viudo, concurriendo con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario, en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios y, en los demás supuestos, el usufructo universal. No obstante, en Ibiza y Formentera, tal como prescribe el artículo 79 del texto legal referido, la legítima de los descendientes coincide en cuantía con la de Mallorca y Menorca (la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad de la herencia si excediesen de este número); en tanto que con relación a cuantía de la legítima de los padres se remite al Código civil (artículos 809 y 810, I), siempre que ello no contradiga lo preceptuado en este Capítulo, razón por la cual su legítima se cifra en la mitad del haber hereditario de sus hijos y descendientes.

Por fin, por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la legítima, mientras que en Mallorca y Menorca, según establecen los artículos 48 y 47, respectivamente, de la Compilación, se configura como *pars bonorum*, puesto que la legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario, debe ser pagada en bienes de la herencia y puede ser atribuida por el testador en virtud de cualquier título; sin embargo, en Ibiza y Formentera se torna *pars valoris bonorum*, es decir, un derecho de crédito garantizado con un gravamen real que afecta a todos los bienes hereditarios, pagadero con bienes que conformen el caudal relicto, tal como resulta del artículo 81 y siguientes de la propia Compilación.

País Vasco. Tras la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCPV), queda derogada la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Álava de 1959 y se establece una nueva regulación sobre el particular. Más tarde la Ley 5/2015, de 25 de julio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), actualmente en vigor, deroga la Ley precitada de 1992 y su reforma posterior de 1999.

50 Artículo afectado por la Reforma de la Compilación de 1990 (Ley 7/2017, de 3 de agosto):

“1. El cónyuge que, al morir el consorte, no se encuentre separado legalmente, ni se hayan iniciado, por parte de ninguno de los cónyuges, los trámites regulados a tal efecto en la legislación civil del Estado, será legitimario en la sucesión de este.

2. Si entre los cónyuges separados ha habido una reconciliación debidamente acreditada, el superviviente conservará sus derechos.

3. En concurrencia con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios, y, en los otros supuestos, el usufructo universal”.

51 No obstante, el artículo 44 de la Compilación, aplicable solamente a Mallorca y Menorca, declara que “los hijos adoptivos y sus descendientes no serán legitimarios en la sucesión de sus padres y ascendientes por naturaleza, ni éstos en la de aquéllos, salvo en el supuesto de que un consorte adopte al hijo por naturaleza de otro, el cual tendrá, juntamente con el adoptante derecho a legítima. En este supuesto el hijo adoptivo y sus descendientes serán legitimarios en la sucesión del padre por naturaleza o ascendiente”.

En efecto, en el territorio donde está vigente el Fuero de Ayala⁵² rige el principio de plena libertad de testar, según prescribe el artículo 89 de la LDCV, compatible con la figura del usufructo poderoso del artículo 91 y ss. de la LDCV.

En el resto del territorio vasco donde no rige el Fuero de Ayala, según los artículos 47 y siguientes de la Ley de 2015, la sucesión forzosa⁵³, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiende a los hijos y descendientes en cualquier grado. A tenor del artículo 48 de la LDCV se configura como una porción del caudal neto relicto a pagar con los bienes del mismo (*pars valoris bonorum*), no obstante lo cual, el testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas, 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.

La legítima de los hijos o descendientes se halla constituida por un tercio del caudal hereditario, a tenor de lo establecido en el artículo 49 de la LDCV, sin olvidar el carácter de legitimario del cónyuge viudo o miembros supérstite de la pareja de hecho por lo que respecta a su cuota usufructuaria (la mitad del haber total del causante si concurriera con descendientes y, en defecto de estos, dicha cuota se eleva a los dos tercios de los bienes, de conformidad a lo establecido en el artículo 52 de la LDCV, que concreta el reconocimiento como legitimario que le atribuía en su cuota usufructuaria el mencionado artículo 47 de la LDCV.

Por lo que se refiere a la ordenación sucesoria del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa⁵⁴, el artículo 96 de la LDCV remite a las normas de la LDCV, sin perjuicio de las formas, instituciones y principios tradicionales de dicho territorio histórico.

Cataluña. La nueva regulación sobre el particular, concretamente, el Título V, Capítulo I de la Ley 10/2008, de 10 de julio, en el Libro IV del Código civil de Cataluña, sobre las sucesiones⁵⁵, en su artículo 451-I establece que la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante

52 Fuero cuyo origen data del siglo XIV cuyo ámbito territorial se extiende a los municipios de Amurrio, Okondo y Aiara Mendieta, así como a los pueblos de Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, pertenecientes al municipio de Artziniega.

53 Al respecto, GALICIA AIZPÚRUA, G.H.: *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Valencia, 2002.

54 Con relación al caserío guipuzcoano, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: "La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipúzcoa", *Iura Vasconiae*, 2009, pp. 849-891; LANDER FERNÁNDEZERNÁNDEZ, N.: "El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones* (coords. J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE Y E. RAJOY BREY), t. 2, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1305-1356; SANZ DE HOYOS, C.: La transmisión sucesoria del caserío en Guipúzcoa, en *Derechos civiles de España* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS), Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 473-513.

55 SIMÓN MORENO, H.: "XXI Jornadas Jurídicas. La Codificación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 1, 2000, pp. 377-380.

un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma. Es tomada en consideración como *pars valoris* o derecho de crédito frente a los herederos. En el mismo precepto (451-3) son reputados legitimarios todos los hijos del causante y, en su defecto, los progenitores y la cuantía de la legítima es la cuarta parte (451-5). Para determinar el importe de las legítimas individuales, hacen número el legitimario que sea heredero, el que ha renunciado a la misma, el desheredado justamente y el declarado indigno de suceder, pero no lo hacen ni el premuerto ni el ausente, salvo que sean representados por sus descendientes (451-6).

Así pues, tras un recorrido por el Derecho civil español y foral, si bien algunos territorios implantan el principio de plena libertad de testar (Navarra y parte del País Vasco, donde rige el Fuero de Ayala), hay que constatar que en la mayoría de ellos se admite y reconoce la institución jurídica de la legítima:

a) Aun cuando en algunos ordenamientos se reputan legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge viudo (Código civil español, Mallorca y Menorca, País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala), ya no estamos ante una regla tan general como hemos podido comprobar en el análisis comparado anterior, puesto que algunas legislaciones forales incluyen particularidades: en efecto, en Cataluña, en las islas más pequeñas de Baleares (Ibiza y Formentera), el cónyuge viudo no es tenido por legitimario; en Aragón, solo son legitimarios los descendientes; en tanto que en Galicia, son legitimarios los hijos y descendientes, así como el cónyuge viudo, en calidad de usufructuario, pero no los ascendientes. Vemos, pues, más disparidad y particularismo en las legislaciones forales a la hora de establecer quiénes cuentan con la cualidad de legitimarios.

b) Respecto al quantum de la porción legítima, también observamos una situación más equilibrada: mientras que algunas legislaciones reconocen una cuota variable de porción legítima (Código civil español; Baleares), otras, por el contrario, mantienen una porción fija (Cataluña, Aragón, Galicia y el País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala).

c) En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuota legítima y, no sin poner de manifiesto el debate doctrinal que la materia arroja, constatamos una diversidad más que notoria. En efecto, el Código civil español mantiene la concepción tradicional de la legítima como *pars hereditatis*, si bien con reservas, al poderse reputar también como *pars bonorum*. Sin embargo, en el resto de las legislaciones, la variedad sobre el particular es lo más destacable: ya por entender que constituye un derecho de crédito frente a la herencia —*pars valoris*— (Cataluña, Galicia), ya por admitirse como una porción de bienes —*pars bonorum*— (Aragón, Mallorca y Menorca), o ya, finalmente, por considerarse como un derecho de crédito garantizado con un gravamen real que afecta a todos los bienes hereditarios

–*pars valoris bonorum*– (Ibiza y Formentera, y en el País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala).

Una vez analizados los derechos forales, realizamos también un recorrido por el Derecho comparado europeo y latinoamericano:

Francia. El Código civil francés consuma la fusión de la legítima romana y la reserva familiar germánica, hasta el punto que la llamada legítima adquiere los caracteres de la reserva germánica⁵⁶. No obstante lo afirmado, podemos sostener que, aun así, tanto se aleja de la legítima romana (pues se atribuye a los ascendientes y a los descendientes; por su atribución colectiva a todos los legitimarios, y no individualmente a cada uno de ellos), como se aleja de la reserva germánica (ya que solo se atribuye a los herederos en línea recta; recae sobre todos los bienes de la herencia indistintamente; protege frente a las disposiciones de última voluntad y a las donaciones realizadas por el difunto; e, incluso, varía su monto en función del número de hijos y de la concurrencia o no de ascendientes)⁵⁷. Todo ello permite concluir que el Código francés representa una transacción entre las diversas instituciones tradicionales francesas y el nuevo Derecho revolucionario, lo que llevará a conciliar, por un lado, el principio de libertad de testar y, por otro, la protección en la sucesión de los derechos pertenecientes a la línea recta.

La Ley 2006-728 de 23 de junio de 2006 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2007)⁵⁸ constituye una reforma importante del Código civil en sede de sucesiones y liberalidades, de tal manera que modifica la regulación sobre la materia. Tras la reforma de 2006, sólo son legitimarios los descendientes y el cónyuge en una porción que, en el caso de los descendientes, mantiene un monto variable dependiente del número que concurra en la sucesión, siguiendo el criterio de versiones anteriores (a mayor número de hijos, mayor cuota legítima y, por ende, menor la cuota disponible): la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo; dos tercios, si deja dos hijos; y tres cuartos, si deja tres o más; y que, en el caso del cónyuge, a falta de descendientes, es de una cuarta parte del caudal hereditario.

Italia. En Italia, el sistema adoptado por el Codice civile de 1865 incluye una cuota legítima invariable⁵⁹, con independencia del número de herederos: de concurrir hijos o descendientes, el testador no puede disponer más de la mitad de sus bienes; de no dejar hijos o descendientes, pero sí ascendientes, podía disponer

56 PÉREZ SERRANO, N.: *Dictámenes*, cit., p. 461.

57 AUBRY, C y RAU, C.: *Cours de Droit civil français*, 5ª ed., t. 11º, Marchal et Billard, Paris, pp. 14 y 15.

58 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "Recientes reformas del Derecho de sucesiones en Derecho francés", *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/odel/document.php?id=405> (consultado con fecha 4/04/2019).

59 POLACCO, V.: *De las sucesiones*, cit., pp. 289 y ss.

de los dos tercios de la herencia (artículos 805 y 807); además, el cónyuge supérstite contaba con el derecho a una legítima en usufructo (artículos 812-814).

El Código civil de 1942⁶⁰ en sus artículos 536 y siguientes concibe la porción legítima, no como una cuota de la herencia, sino como *pars bonorum*, es decir, como un valor económico, siendo irrelevante que los legitimarios lo obtengan en calidad de herederos, o como simples legatarios o donatarios.

Son legitimarios el cónyuge; los hijos legítimos (a los que se equiparan los adoptivos) y naturales, respecto de los cuales opera el derecho de representación para los descendientes de unos y otros; y los ascendientes legítimos⁶¹.

La cuota legítima que corresponde a los legitimarios, ahora variable, es la que sigue: para los hijos legítimos y naturales, la mitad o los dos tercios de la herencia, según sobreviva un solo hijo o más de un hijo, respectivamente; para los ascendientes legítimos, en defecto de los anteriores, un tercio de la herencia, que se dividirá por mitad entre la línea paterna y materna; respecto del cónyuge no separado por sentencia firme, si concurre en solitario, la mitad del patrimonio.

En el supuesto de que se produzca el concurso entre ellos, habrá que distinguir los siguientes supuestos: si concurre el cónyuge y un hijo, un tercio para cada uno; si concurre con más de un hijo, la mitad para los hijos y un cuarto para el cónyuge; de concurrir el cónyuge con ascendientes legítimos, el cónyuge cuenta con la mitad, en tanto que los ascendientes tienen la reserva de un cuarto, divisible este por mitad entre la línea paterna y materna.

Todo ello, al margen de otros derechos reservados al cónyuge⁶², a tenor de lo establecido en los artículos 540, 2 y 548 del Codice civile, en cuya virtud, tiene también a su favor los derechos reales de habitación sobre la casa usada como residencia familiar y el uso de los muebles que la integran, ya sea ésta propiedad del causante o común de ambos, teniendo en cuenta que el cónyuge cuya separación no haya sido decretada por una sentencia definitiva tiene los mismos derechos de herencia que los cónyuges no separados, si bien el cónyuge que hubiera ocasionado la causa de la sentencia firme de separación sólo tendrá derecho a una pensión vitalicia si, en el momento de la apertura de la sucesión, estaba disfrutando de alimentos a expensas del cónyuge fallecido, pensión que deberá ser proporcional al patrimonio hereditario, calidad y número de herederos legítimos, pero que, en ningún caso, podrá superar la cuantía de la prestación alimenticia existente al tiempo de la apertura de la sucesión.

60 AA.VV. (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI): *Diritto Civile*, 4, *Le successioni a causa di morte*. UTET, Torino, 1997, pp. 233 y ss.

61 GAZZONI, F.: *Manuale di Diritto Privato*, 8ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Roma, 2000, pp. 463-464.

62 AA.VV. (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI): *Diritto*, cit., pp. 242-243.

Alemania. La recepción del Derecho justiniano en Alemania se produce en calidad de Derecho común, con la influencia propia del Iusnaturalismo que se introduce a través del ALR prusiano y el ABGB austriaco⁶³, lo que configura la legítima como una pretensión sobre el valor de la herencia, esto es, un derecho de crédito –*pars valoris*– del legitimario frente a los herederos testamentarios consistente en una parte de la porción que por sucesión legal le correspondía. El BGB sigue ese espíritu, sobre la base de los Códigos prusiano y austriaco⁶⁴, si bien limita la libertad de disposición del causante a la cuota no reservada a sus herederos, esto es, a la cuota libre; así como restringe la relación de legitimarios, al excluir a los hermanos del difunto y reducir el beneficio en la línea ascendente a los padres.

Así pues, son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge viudo (parágrafo 2303, I)⁶⁵, de tal manera que si son excluidos de la herencia tienen derecho a reclamar su legítima en calidad de acreedores, que no de herederos, puesto que la legítima no deriva de la institución de heredero, salvo que otra cosa se disponga. El monto es fijo, la mitad de lo que les correspondería en la sucesión legal o intestada (parágrafo 2303, I), a diferencia del criterio justiniano de cuota variable.

La reforma de mínimos habida sobre la materia⁶⁶ en 2010⁶⁷ no modifica la naturaleza de la institución jurídica (*pars valoris*); no cuestiona el fundamento de la figura; mantiene su cuantía, así como los legitimarios (descendientes, padre, cónyuge). Sin embargo, respeta el tenor de la Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19/04/2015, según la cual la legítima de los descendientes constituye un valor protegido constitucionalmente, sobre la base de los artículos 14,1,I y 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Grundgesetz), con base en los principios de la solidaridad familiar y de protección a la familia⁶⁸, unos principios que, sin extenderlos el Tribunal Constitucional, se hacen valer por el legislador alemán para mantener la legítima de los padres y del cónyuge.

Suiza. El Código civil suizo de 1907 amplía considerablemente en los artículos 470 y 471 el ámbito de los herederos forzosos⁶⁹, pues incluye a los descendientes, los padres, hermanos y al cónyuge supérstite. La cuantía de la legítima resulta

63 WESENBERG, G.; WESENER G.: *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 135 y ss.

64 ENNECERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, t. V., *Derecho de Sucesiones I*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 78.

65 EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 615 y ss.

66 ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania*, Indret, Barcelona, enero 2010, pp. 4, 5.

67 Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción (Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts), de 24/09/2004, con fecha de entrada en vigor de 1/01/2010.

68 ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La reforma*, cit., p. 6.

69 COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, 2ª ed., Reus, Madrid, 1949, p. 503.

variable, sin tener en cuenta el número de legitimarios, sino más bien la vinculación familiar de estos con el de cuius: en efecto, representa las $\frac{3}{4}$ de su derecho a la herencia para los descendientes; la $\frac{1}{2}$ para los padres; la $\frac{1}{4}$ para los hermanos; y con relación al cónyuge supérstite, si concurre con otros herederos legales, la legítima consistirá en todos sus derechos de herencia en propiedad, y de la $\frac{1}{2}$ de ese derecho, si el heredero fuera único.

Varias reformas han modificado la versión original señalada⁷⁰: por un lado, la Ley Federal de 5 de octubre de 1984 (en vigor desde el 1 de enero de 1988), que suprime la referencia a los hermanos como legitimarios en el artículo 470; y, por otro, la Ley de 18 de junio de 2004 (en vigor desde el 1º de enero de 2007) sobre la pareja de hecho registrada entre personas del mismo sexo, que incorpora a la relación de legitimarios la pareja de hecho sobreviviente registrada, en situación de igualdad respecto a la del cónyuge sobreviviente, de manera que a ambos se les concede una cuota legítima de la mitad de sus derechos en la sucesión legal, según lo prescrito, respectivamente, en los artículos 470 y 471 del ZGB.

Austria. En virtud de la reforma practicada sobre la materia en el país transalpino en 2015 (entra en vigor en 2017)⁷¹, son legitimarios los hijos y sus descendientes por derecho de representación, así como también el cónyuge del causante, perdiendo tal carácter de los ascendientes, sobre la base de que en el caso de longevidad de estos y sobreviven a sus descendientes, por regla general, su patrimonio es superior al *de cuius*.

Portugal. El Código luso en su versión original de 1867 sólo incluyó entre los herederos legitimarios a los descendientes y ascendientes⁷², con una cuota legítima de las dos terceras partes de la sucesión cuando el difunto dejara descendientes o padres, y la mitad, en el caso de concurrir otros ascendientes distintos de los padres (artículos 1784, 1786 y 1787).

El nuevo de Código de 1967, que deroga el anterior, regula la sucesión legitimaria en los artículos 2156-2167. Esta materia, como muchas otras, fue adaptada a la Constitución portuguesa de 1976 a través del Decreto-Ley 496/77, de 25 de noviembre, que introduce modificaciones al Código civil, lo que se traduce en un fortalecimiento de la posición jurídica del cónyuge sobreviviente

70 Información obtenida en la página web de la Confédération suisse, <http://www.admin.ch> (consultado con fecha 26/03/2019).

71 CHRISTIANL, G.: *La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales*, Congreso Internacional Presente y futuro del Derecho de sucesiones: las legítimas y la libertad de testar (dir. F. CAPILLA RONCERO; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA; F.J. ARANGUREN URRIZA), Sevilla, noviembre-diciembre, 2017.

72 COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso*, cit., p. 502.

al ser incluido dentro de los legitimarios⁷³, puesto que se mantiene la redacción original en cuanto a la legítima de los descendientes o ascendientes, por separado.

Parte de la consideración de que la legítima constituye una porción de bienes de la que no puede disponer el testador por estar destinada legalmente a los herederos legitimarios, esto es, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, según el orden y las reglas establecidas en la sucesión legal. En tal virtud, la legítima se configura como una parte de la herencia –*pars hereditatis*- y los legitimarios son reputados como herederos.

Por lo que se refiere a la cuantía de la porción legítima de la que goza el cónyuge, hay que distinguir varias situaciones: si concurre en solitario, ni con descendientes ni con ascendientes, la cuantía es la mitad de la herencia; si concurre con hijos, la legítima conjunta para ambos –cónyuge e hijos- son las dos terceras partes de la herencia; la misma porción conjunta que cuando concurre con ascendientes.

En cuanto a la porción legítima de los descendientes, en defecto de cónyuge supérstite, será de la mitad o dos tercios de la herencia, según exista un solo hijo o más de un hijo, respectivamente. Si se trata de descendientes de segundo grado y siguientes, cuentan con la porción que le correspondería a su ascendiente, con fijación de la porción de cada uno según las reglas de la sucesión intestada.

Por fin, si el causante carece de descendientes y cónyuge, la legítima de los ascendientes es de la mitad o un tercio de la herencia, conforme son llamados los padres o los ascendientes de segundo grado y siguientes.

Holanda. En Holanda se ha abandonado la tradicional figura de la reserva francesa y se ha pasado al modelo de legítima alemana, como un derecho de crédito –*pars valoris*- y tiende a una disminución importante de los derechos de los legitimarios⁷⁴: únicamente los descendientes del fallecido (hijos o, si estos ya han fallecido, sus hijos) tienen derecho a la legítima, en tanto que el cónyuge y los ascendientes no tienen derecho a la legítima. El monto de la legítima equivale a la mitad de la herencia (artículo 4:64 del Código Civil, BW, 1994)⁷⁵.

Bélgica. Con motivo de la “Loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette

73 La información sobre el Código civil portugués ha sido obtenida en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewjG__X5qqDhAhUTAWMBHZAiDOAQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.igac.gov.pt%2Fdocuments%2F20178%2F358682%2FC%25C3%25B3digo%2BCivil.pdf%2F2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991&usg=AOvVaw2vwfB2Pnlug5s925VPsVJJP (consultado con fecha 26 de marzo de 2019).

74 Información obtenida en <http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/1544-legitima-material-y-legitima-formal-0-9796865787167909> (consultado con fecha 26/03/2019).

75 Información obtenida en https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-nl-es.do#toc_3 (consultado con fecha 26/03/2019).

matière" (31/07/2017)⁷⁶, se modifican algunos preceptos del Código Civil belga, entre los cuales destacamos respectivamente por afectar a la materia aquí tratada los artículos 913, 915bis y 916, en cuya virtud se limitan las liberalidades, ya por actos inter vivos, ya por testamento a la mitad de la masa hereditaria, en el caso de que el causante dejara a su muerte uno o varios hijos, entendiéndose por tales los descendientes de cualquier grado, si bien en el caso de sustitución por representación solo se contarán en la parte de quien sustituyeran; tanto el viudo como el conviviente supérstite cuenta con el derecho al usufructo de la mitad de la masa hereditaria; en defecto de uno y otros, las liberalidades por actos inter vivos o testamentarias podrán comprender la totalidad de los bienes. Así pues, fruto de esta reforma señalada, los ascendientes pierden el carácter de legitimarios.

Common law. De manera generalizada se puede afirmar que en los ordenamientos jurídicos adscritos a la familia anglosajona del derecho (principalmente Inglaterra, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda) no existe la institución jurídica de la legítima, en aras de la consagración del principio de libertad de disposición mortis causa⁷⁷. Como salvedad se pueden citar los casos de Escocia⁷⁸, Irlanda⁷⁹, Jersey, o la isla de Man⁸⁰, que sí la reconocen.

Aun así, el derecho anglosajón reconoce una provisión alimenticia denominada "family provision"⁸¹, una institución jurídica similar al derecho de alimentos del derecho continental o civil law.

En el ámbito latinoamericano, tal como vamos a poder comprobar, frente a algunos ordenamientos jurídicos que ignoran la institución de la legítima (México, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá) y lo compensan con el reconocimiento de un derecho de alimentos a ciertos parientes próximos, otros adoptan el sistema de cuota variable, ya en función del número de legitimarios, de la categoría de los legitimarios, o de ambos factores al unísono (Chile, Argentina, Colombia), en tanto que los hay de cuota fija (Venezuela y Brasil).

Chile. El Código civil de Chile de Andrés Bello consagra en el artículo 1181 que la legítima es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas

76 Información obtenida en <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (consultado con fecha 27/03/2019).

77 PARRA LUCÁN, M.A.: Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 13. 2009, p. 487.

78 BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el Common law inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 199, 200.

79 RENTERÍA AROCENA, A.: "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 726, 2011, p. 2100.

80 YBARRA BORES, A.: "La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2015, p. 227.

81 BARRIO GALLARDO, A.: *El common law en la actualidad: un ejercicio de prospectiva*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 291; RENTERÍA AROCENA, A.: "La libertad", cit., pp. 2095 y ss.

personas llamadas legitimarios, de tal manera que los legitimarios son por consiguiente herederos, lo que convierte a la porción legítima en *pars hereditatis* y no en *pars bonorum*.

Tras la Ley 19585 de 13 de octubre de 1998 que modifica el Código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación⁸², el artículo 1182 prescribe que son herederos legitimarios los hijos, personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes, y el cónyuge sobreviviente. Sin embargo, no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del Artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que, por culpa suya, haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal. El inciso final del artículo 203 señala que “sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que esté privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante”.

En virtud del artículo 1183, los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada; y el artículo 1184 preceptúa que la mitad de los bienes se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada, de modo que lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa. A tal efecto, habrá que distinguir, puesto que, no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio; por el contrario, habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes se dividirá en cuatro partes, dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas, otra cuarta parte, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y la otra cuarta, de la que ha podido disponer a su arbitrio.

Vemos, pues, que el Código chileno adopta el sistema previsto en el Proyecto de Código civil español de 1851, conocido como García Goyena, en el que, junto a la legítima rigurosa, se contempla el derecho a mejorar a uno o más de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, sean o no legitimarios, una cuota de mejora cifrada en la cuarta parte de la herencia.

82 Una información de la mencionada reforma legal obtenida en <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf> (consultado con fecha 27/032019).

Colombia. El Código civil de Colombia⁸³, siguiendo el modelo del Código Andrés Bello, define en su artículo 1239 la legítima como la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios, los cuales son, por consiguiente, herederos. Vemos, pues, que la legítima se erige en *pars hereditatis* o parte de la herencia, y los legitimarios son reputados herederos.

El artículo 1240 en su versión original consideraba legitimarios a los hijos legítimos personalmente, o representados por su descendencia legítima; los ascendientes legítimos; los hijos naturales personalmente, o representados por su descendencia legítima; y los padres naturales. Este precepto resulta subrogado por el artículo 9 de la Ley 29 de 1982, que origina un nuevo texto en cuya virtud son legitimarios los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial; los ascendientes; los padres adoptantes⁸⁴; los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple. Así pues, el cónyuge no es legitimario en el Derecho colombiano, no obstante cuente con el derecho a una asignación forzosa consistente en la porción conyugal⁸⁵ cuando carece de lo necesario para su congrua subsistencia.

A su vez, el artículo 1241 señala que los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada⁸⁶; el artículo 1242, modificado por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936⁸⁷, establece que la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigurosa.

83 VALENCIA ZEA, A.: *Derecho civil*, VI, *De las Sucesiones*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1980, pp. 322 y ss.

84 Numeral 3º declarado exequible por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-831-06 de 11 de octubre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Información obtenida en <http://www.oas.org/dil> (consultado 04/04/2019).

85 Así lo establece el artículo 1226 del Código civil y se desarrolla en los artículos 1230-1238.

86 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-641-00 del 31 de mayo de 2000 de Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Información obtenida en <http://www.oas.org/dil> (consultado 04/04/2019).

87 Texto original del artículo 1242 del Código Civil: "La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 1016, y las que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa.

No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio". Artículo declarado exequible, excepto la palabra "legítimos" tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-105-94 del 10 de marzo de 1994, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, razón por la cual es tachado inexecutable el último párrafo del mencionado artículo. Información obtenida en <http://www.oas.org/dil> (consultado 04/04/2019).

De no haber descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio; y habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras⁸⁸ con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios; y la otra cuarta parte de la que ha podido disponer a su arbitrio.

Argentina. En el caso de Argentina, el artículo 3591 del Código Civil de 1869 definía la legítima de los herederos forzosos como un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. Vélez Sarsfield sigue en este punto el criterio adoptado por el Código civil francés, razón por la cual se configura como parte de la herencia (*pars hereditatis*), lo que atribuye al legitimario la condición de heredero.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015) mantiene la misma naturaleza de la legítima y reputa legitimarios en el artículo 2444 a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. El artículo 2445 regula el monto de las porciones legítimas: de los descendientes, dos tercios; de los ascendientes, un medio; y la del cónyuge, un medio. En el artículo 2446 se contempla el supuesto de concurrencia de legitimarios, de tal suerte que, si concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas, mientras que, si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor.

Venezuela. Por lo que respecta a Venezuela⁸⁹, la legítima constituye una parte alícuota del patrimonio del causante –*pars hereditatis*–, no un legado ni un derecho de crédito a favor del legitimario –*pars bonorum*–, lo que convierte al legitimario en un heredero del causante. Son herederos legitimarios los descendientes, ascendientes y el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes. La cuantía de la porción legítima es fija (la mitad de los respectivos derechos de estos en la sucesión intestada), con aplicación de las reglas de esta sucesión en cuanto al orden de suceder, el concurso entre varios de ellos, exclusión y derecho de representación, a tenor de lo previsto en los artículos 883 y 884 del Código civil.

Brasil. En Brasil, el Código Civil de 1916 estableció como herederos necesarios, con exclusión del cónyuge y de los parientes colaterales, solamente a los

⁸⁸ VALENCIA ZEA, A.: *Derecho*, cit., pp. 329 y ss.

⁸⁹ LÓPEZ HERRERA, F.: *Derecho de Sucesiones*, t. I. Publicaciones UCAB, Caracas, 2003, pp. 259 y ss.

descendientes y, en su defecto, a los ascendientes, a quienes atribuye como porción legítima la mitad de los bienes de la herencia (artículos 1721-1725)⁹⁰.

Tras la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 2002, se une a la nómina de herederos necesarios, junto a los descendientes y ascendientes, el cónyuge, tal como se establece en los artículos 1845-1850. Pertenece a los herederos necesarios, de pleno derecho, la mitad de los bienes de la herencia, que constituye la legítima.

México. El Código de 1870, claramente influido por el Código civil francés y el Proyecto de Código civil español de García Goyena, regulaba profusamente la porción legítima a favor de herederos en línea recta –descendientes y ascendientes–, hasta el punto que le dedicaba treinta y seis artículos (3640 y ss.)⁹¹. Sin embargo, el Código de 1884, no sin polémicos debates, adopta el principio de libertad absoluta de testar y la consiguiente supresión de la institución de la legítima sobre la base del ensanche de la libertad individual y el complemento necesario al derecho de propiedad, según lo establecido en el artículo 3242, con el único límite de la obligación de dejar alimentos a los ascendientes, al cónyuge superviviente y a los descendientes.

Tras la revolución de inicios del siglo XX acaecida en México, surge un nuevo Código civil, hijo del movimiento revolucionario. En su seno se mantiene la supresión de la legítima, eso sí, bajo otros argumentos, puesto que, por un lado, el principio de la autonomía de la voluntad deja paso al de "sujeción de la actividad humana a los imperativos ineludibles de interdependencia y solidaridad social creados por la división del trabajo y la comunidad de necesidades"⁹²; y, por otro, el derecho de propiedad pierde su versión individualista y casi absoluta del Derecho romano para presentarse con un tinte más progresista, como un medio para cumplir una función social a la que está ineludiblemente llamado.

Así pues, y a modo de conclusión, tras el examen de varios ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romanística del Derecho, si bien los hay que no reconocen la institución de la legítima y tratan de compensar su falta con derechos alimenticios (así, por ejemplo, los países centroamericanos y México), la mayoría de ellos la contemplan, premisa a partir de la cual nos podemos hacer algunas consideraciones:

90 DE BARROS MONTEIRO, W.: *Curso de Direito Civil*, vol. 6º, *Direito das Sucessões*, Saraiva, Sao Paulo, 1971, pp. 199 y ss.

91 Porción que varía para los hijos en función de categoría: 4/5 partes para la descendencia legítima o legitimada; 2/3 partes para los hijos naturales; la 1/2 para los hijos espurios. Al respecto, GONZÁLEZ, M. R.: *Estudios sobre la historia del Código civil en México durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos núm. 12, UNAM, México, 1981.

92 PAZIS, H.: *La portio legitima: origen romano y problemas de interpretación a la luz de principios modernos*, Seminario de Derecho Romano, XXXV Aniversario, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2007, p. 292, en <http://cdigital.uv.mx/handle/123456789/39117> (consultado con fecha 06/04/2019).

a) Existe una coincidencia bastante generalizada en las personas que cuentan con derecho a la legítima (descendientes, ascendientes y cónyuge), aun cuando en algún caso –Colombia- el cónyuge no es legitimario, y en otros –Suiza, Alemania, Bélgica- la figura también se extiende a los miembros de la pareja de hecho. La progresiva incorporación del cónyuge viudo a la cualidad de legitimario ha sido una tendencia bastante generalizada. En algunos casos, los ascendientes dejan de serlo (Francia, Alemania, Austria, Holanda, Bélgica).

b) Respecto al quantum de la porción legítima, mientras que la mayoría de los ordenamientos analizados cuentan con una cuota variable (Francia, Italia, Suiza, Portugal, Chile, Colombia), hay otros, los menos, que admiten una legítima de cuota fija (Alemania, Bélgica, Holanda, Brasil, Argentina y Venezuela).

c) En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuota legítima y, sin perjuicio de las discusiones doctrinales que al respecto se presentan, la mayoría de las regulaciones abordadas la reputan como *pars hereditatis* o parte de la herencia, otorgando al legitimario la condición de heredero (Suiza, Portugal, Chile, Argentina, Colombia, Venezuela, Bélgica), en tanto que, a título excepcional, constituye ya un derecho de crédito o *pars valoris* (caso de Alemania, Austria, Holanda), ya un valor económico, siendo irrelevante que los legitimarios lo obtengan en calidad de herederos, o como simples legatarios o donatarios, esto es, se considera una *pars bonorum* (Italia).

De todo lo anterior, podemos concluir que se observa una tendencia dirigida a la reducción del monto de la legítima, que no a su supresión, más aún si enarbolamos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán que consagra la legítima de los descendientes como un derecho fundamental sobre la base de los principios de solidaridad familiar y protección a la familia.

V. NUESTRA OPINIÓN

En la medida que nos hallamos ante una discusión de vieja data, constatamos que se trata de una polémica de viva actualidad, más aún cuando la reforma del derecho de sucesiones en nuestro Código civil se avizora en el horizonte. Prueba de lo afirmado, podemos señalar que en el seno de la Comisión General de Codificación existen dos grupos parejos en número y bien delineados en uno y otro sentido. Con el fin de aportar algunas luces a la diatriba doctrinal con miras a lograr una solución *de lege ferenda*, proponemos tomar en consideración las siguientes reflexiones:

I. A la hora de abordar el tema aquí debatido tenemos que partir de una premisa indispensable, y para ello debemos encajar debidamente el fin que se

pretende alcanzar con la implantación⁹³, bien del sistema de libertad absoluta de testar, bien del sistema legitimario, respectivamente.

2. Debemos tener en cuenta ineludiblemente los profundos cambios sociológicos, económicos, culturales y jurídicos producidos desde la promulgación del Código civil, que permiten corroborar el desfase existente en torno a la regulación de las legítimas en este cuerpo legal⁹⁴. Todas estas novedades exigen una nueva concepción del derecho sucesorio que permita acometer la reforma de su normativa, incluido también el sistema legitimario, en el que vuelve a resurgir el eterno debate entre mantener la legítima como límite a la facultad de disposición del propietario sobre sus bienes, con requisitos y modulaciones o, por el contrario, proponer de forma categórica su total desaparición.

3. A su vez son elementos dignos de tener en cuenta a los efectos de determinar y configurar la porción legítima en la sucesión la posición del legitimario, el cálculo de la masa hereditaria, así como la relación con las demás partes de la herencia⁹⁵, elementos claramente interrelacionados.

4. Con carácter generalizado las tendencias legislativas se orientan hacia una reducción de la legítima, pero no a su total supresión, lo cual hemos de considerarlo como un indicio más que significativo, a mi juicio, fundado en el temor, la prudencia o la inseguridad⁹⁶.

En todo caso, tanto en países del Common Law, como en el territorio español, Navarra y la tierra de Ayala, rige la libertad de testar, sin que ello signifique ni haya ocasionado ningún tipo de alarma social al respecto. En abono de esta amplia libertad se arguye que el testador actúa siempre con libertad de conciencia y a sabiendas de su actuación y pensamiento, de tal suerte que, si en su disposición mortis causa excluye a sus parientes más próximos, lo hará en virtud de fundadas razones para hacerlo.

5. No nos parece razón suficiente para excluir el sistema de legítimas el hecho de que en la mayor parte de los casos los legitimarios cuando heredan tienen su vida resuelta y, en muchas ocasiones, cuentan con mayor patrimonio incluso que su causante, no hay razón de ser legítima. Al margen de la posición económica y de la edad de los legitimarios, la razón de ser de la legítima hunde sus raíces en consideraciones de tipo antropológico, ético, filosófico y de justicia, por su conexión intrínseca con la idea de familia. Conforme al actual artículo 815 del Código Civil la legítima constituye un deber, al margen de cuál sea su título, en

93 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho*, cit., p. 491.

94 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., p. 311.

95 BERMEJO PUMAR, M.M.: "Atribuciones", cit., pp. 36-38.

96 PARRA LUCÁN, M.A.: "Legítimas", cit., p. 487.

favor de determinadas personas, con la particularidad de que en el Derecho común la mejorar permite tanto la elección de personas dentro de un círculo mayor, cuanto de elección del título que lo sea.

6. No entendemos como términos excluyentes la noción de libertad y la existencia de la legítima, pues la libertad da cobertura a la existencia de normas, lo cual justificaría la determinación *ex lege* de una porción hereditaria con destino a ciertas personas en aras de contrarrestar y neutralizar cualquier atisbo de arbitrariedad.

7. Así pues, nos pronunciamos afirmativamente a favor de la legítima, si bien abogando por la conciliación con la libertad para configurarla. En esa línea de trabajo proponemos las siguientes recomendaciones:

a) Observancia de los principios de solidaridad familiar y protección a la familia, en sintonía con la posición del tribunal Constitucional alemán.

b) Establecimiento de un máximo y un mínimo para fijar la porción legítima. Con relación al mínimo, se alega que bastaría un mero derecho de alimentos (algunos solo lo reconocen en el caso de indigencia), pues por su través se satisfaría la misma necesidad de prestar la solidaridad. Sin embargo, en nuestra opinión, ello es cuestionable, toda vez que de ningún modo representaría la misma cuantía, y ello podría infringir una quiebra del principio de protección familiar.

c) Dado que en muchas ocasiones el patrimonio individual se integra en su mayor parte por la vivienda familiar como principal activo, aconsejaríamos su exclusión de la porción legítima, puesto que, de no ser así, surgen graves problemas de distribución, imputación y pago de la legítima.

VI. CONCLUSIONES

1. Uno de los tópicos por antonomasia que ha suscitado la polémica es el concerniente a la libertad o la limitación para disponer de los bienes mortis causa, respecto del cual se plantea si debe operar la libertad de testar en sentido absoluto, o bien debe restringirse a través de un sistema de legítimas, con mayor o menor amplitud. Una diatriba que subsiste en la actualidad a pesar de haber transcurrido varios siglos del debate, y que en pleno siglo XXI se hace más que necesaria ante la eventual reforma del Código civil sobre la materia.

2. En esta disquisición se baraja, entre otros aspectos, la vinculación de la sucesión con la institución familiar; esto es la necesidad de hacer prevalecer la familia como institución básica de la sociedad sobre el plano meramente individual del sucesor. Y en esta consideración debemos recalcar el contexto sociológico de

la familia en la actualidad, que no se ciñe exclusivamente al modelo clásico cuyo eje es el matrimonio; que ni siquiera cuenta con el sostén de la economía agrícola, ganadera, artesanal, ni basada en la actividad industrial de carácter doméstico; y que, fruto de los progresos derivados del bienestar, la longevidad de la población constituye una de las señas de identidad que preside la sociedad de los países desarrollados. Razones que justificarían una reforma legislativa del Código civil español, tal como se ha venido realizando en la legislación comparada y en las legislaciones forales que conforman el crisol jurídico español.

3. Tras un recorrido por el Derecho civil foral, algunos territorios implantan el principio de plena libertad de testar (Navarra y parte del País Vasco, donde rige el Fuero de Ayala); sin embargo, hay que constatar que en la mayoría de ellos se admite la institución jurídica de la legítima. Se detecta más disparidad y particularismo a la hora de establecer quiénes son legitimarios y respecto al quantum de la porción legítima, observamos una situación más equilibrada, puesto que mientras algunas legislaciones reconocen una cuota variable (Baleares), otras, por el contrario, mantienen una porción fija (Cataluña, Aragón, Galicia y el País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala).

4. Fuera de España, asistimos a la progresiva incorporación del cónyuge viudo a la cualidad de legitimario como tendencia bastante generalizada. En algunos casos, los ascendientes dejan de serlo (Francia, Alemania, Austria, Holanda, Bélgica). Respecto al quantum de la porción legítima, mientras que la mayoría de los ordenamientos analizados cuentan con una cuota variable (Francia, Italia, Suiza, Portugal, Chile, Colombia), hay otros, los menos, que admiten una legítima de cuota fija (Alemania, Bélgica, Holanda, Brasil, Argentina y Venezuela).

5. Existe tendencia a reducir el monto de la legítima, pero no a su supresión. Al respecto es digno de mención el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán que consagra la legítima de los descendientes como un derecho fundamental con base en los principios de solidaridad familiar y protección a la familia.

6. Nos pronunciamos a favor de la legítima, si bien realizamos algunas recomendaciones: el respeto a los principios de solidaridad familiar y protección a la familia; la fijación de un máximo y un mínimo en la porción legítima, sin que baste, a nuestro juicio un mero derecho e alimentos en cuanto al mínimo exigible; y la exclusión de la vivienda familiar de la porción legítima ante los graves problemas que ello acarrea en torno a la distribución, imputación y pago de la legítima.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania*, Indret, Barcelona, 2010.

AUBRY, C.; RAU, C.: *Cours de Droit civil français*, 5ª ed., t. 11º, Marchal et Billard, Paris, 1919.

AA.VV. (coord. M.G. ALTAVA LAVALL): *Lecciones de Derecho Comparado*, Universitas, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2003.

AA.VV. (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI): *Diritto Civile*, 4, *Le successioni a causa di morte*, UTET, Torino, 1997, pp. 233 y ss.

BARO PAZOS, J.: *La Codificación del Derecho Civil en España, 1808-1889*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el Common law inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011.

BARRIO GALLARDO, A.: *El common law en la actualidad: un ejercicio de prospectiva*, Dykinson, Madrid, 2012.

BERMEJO PUMAR, M.M.: *Atribuciones legales (legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas. Reservas. Parte Primera. La legítima (función y estructura)*, Instituciones de Derecho Privado (coord. J.F. DELGADO DE MIGUEL), Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 17 y ss.

BERNAD MAINAR, R.: "De la legítima romana a la reserva familiar germánica", *RIDROM* núm. 14, 2015, pp. 1-63.

BRUN ARAGÜES, J.J.: "Intangibilidad cuantitativa de la legítima", *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel 2005*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006. pp. 411-417.

CARBALLO FIDALGO, M.: "La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia", *Actualidad Civil* núm. 4, 2001, pp. 1558-1578.

CARBALLO FIDALGO, M.: "La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006 de Derecho Civil de Galicia", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José María Lete del Río* (coord. M.P. GARCÍA RUBIO), Madrid, 2009, pp. 139-164.

CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. VI, vol. 2º, Reus, Madrid, 1979.

CIMBALI, E.: *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1893.

COLIN, A.; CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil* t. VII, 2ª ed., Reus, Madrid, 1949.

COSTA, J.: "Conferencia sobre la libertad de testar y las legítimas", *La Libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, Guara editorial, Zaragoza, 1981.

DE BARRRON ARNICHES, P.: "La legítima y el pacto de non sucedendo en el Derecho foral de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 223-232.

DE BARRRON ARNICHES, P.: *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs Ed., Barcelona, 2001.

DE BARROS MONTEIRO, W.: *Curso de Direito Civil*, vol. 6º, *Direito des Succesões*, Saraiva, Sao Paulo, 1971.

EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

ENNECERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones I*, Barcelona, Bosch, 1976.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: "La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipúzcoa", *Iura Vasconiae*, 2009, pp. 849-891.

GALICIA AZPURUA, G.H.: "La sucesión forzosa en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de sucesiones* (dir. M.C. GETE-ALONSO Y CALERA), vol. 2, Thomson Reuters España, 2011, pp. 2173-2232.

GARCÍA BERNARDO LANDETA, A.: *La legítima en el Código Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

GARCIA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Impr. Sociedad tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GAZZONI, F.: *Manuale di Diritto Privato*, 8ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Roma, 2000.

GONZÁLEZ, M. R.: *Estudios sobre la historia del Código civil en México durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, núm. 12, UNAM, México, 1981.

HUALDE MANSO, V.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, Ley 267*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 791 y ss.

JOSSERAND, L. *Derecho civil*, t. III, vol. III, EJEA, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1951.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil*, t. V. *Sucesiones*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

LANDER FERNÁNDEZ, N.: "El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco", en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones* (coords. J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE y E. RAJOY BREY), t. 2, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1305-1356.

LASO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación en España, El procedimiento civil*, Reimp. Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1999.

LEPOINTE, M.G.: *Les successions dans l'Ancien Droit*, Domat-Montchrestien, Paris, 1945.

LÓPEZ HERRERA, F.: *Derecho de Sucesiones I*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2003.

MARGADANT, G.F.: *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea* 26ª ed., 6ª reimpr., Esfinge, Naucalpán, México, 2007.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: Recientes reformas del Derecho de sucesiones en Derecho francés, *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=405> (consultado con fecha 4/04/2019).

MAZEAUD, H.; L.: *Lecciones de Derecho Civil. Parte Cuarta*, vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1965.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554.

PAZIS, H.: *La portio legitima: origen romano y problemas de interpretación a la luz de principios modernos*, Seminario de Derecho Romano, XXXV Aniversario, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2007, en <http://cdigital.uv.mx/handle/123456789/39117> (consultado con fecha 06/04/2019).

PEREÑA VICENTE, M.: "La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, Madrid, 2003, pp. 2855-2878.

PEREZ SERRANO, N.: *Dictámenes*, t. I, Derecho Civil, Dossat S.A, Madrid, 1965.

POLACCO, V.: *De las sucesiones*, EJEA, Buenos Aires, 1982.

POLO AREVALO, E.M.: "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad", *RIDROM (on line)*. 10-2013, Universidad de Castilla La Mancha, 2013, pp. 331-376.

RENTERÍA AROCENA, A.: "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, 2011, p. 2095-2128.

SANCHEZ ROMAN, F.: *La Codificación Civil en España*, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1890.

SANZ DE HOYOS, C.: La transmisión sucesoria del caserío en Guipúzcoa, *Derechos civiles de España* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS), Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 473-513.

SERRANO GARCIA, J.A.: "La legítima en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés* núm. XVI, IFC, Zaragoza, 2010, pp. 67-134.

SIMÓN MORENO, H.: "XXI Jornadas Jurídicas. La Codificación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código civil", *Anuario de Derecho Civil* vol. 64, núm. 1. 2000, pp. 377-380.

VALENCIA ZEA, A.: *Derecho civil. VI. De las Sucesiones*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1980.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar*, ADC, 1967, pp. 3 y ss.

WESENBERG, G.; WESENER, G.: *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y Europa*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

YBARRA BORES, A.: La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2015, pp. 226-254.

