

# **LA LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES**

Antoni VAQUER ALOY  
María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ  
Esteve BOSCH CAPDEVILA  
(coords.)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

# Índice

	Pág.
LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE TESTAR, por <i>M.ª Paz Sánchez González</i> .....	7
I. Introducción.....	7
II. Antecedentes.....	13
III. El artículo 33 dentro del texto constitucional.....	15
IV. La «función social» como delimitadora del contenido del derecho a la herencia.....	19
V. ¿Qué debe entenderse por «herencia» en el artículo 33.1.º CE? Contenido esencial de la herencia en el texto constitucional.....	22
VI. Protección constitucional de la familia y derecho a la herencia.....	28
VII. Principio de no discriminación <i>versus</i> libertad del testador.....	36
FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA TUTELA DEI LEGITTIMARI E PROSPETTIVE DI RIFORMA, por <i>Emanuele Bilotti</i> .....	39
I. L'esigenza di chiarire il fondamento razionale di una tutela successoria minima dei più stretti congiunti del defunto.....	39
II. Le prospettive di una nuova conformazione della tutela successoria minima dei più stretti congiunti del defunto in vista dell'assolvimento di una funzione meramente assistenziale .....	42
III. La riaffermazione della necessità di una tutela successoria minima dei più stretti congiunti del defunto indipendente dallo stato di bisogno nella giurisprudenza del <i>bundesverfassungsgericht</i> e in alcuni recenti interventi riformatori.....	46
IV. Il fondamento costituzionale della tutela successoria minima dei più stretti congiunti del defunto tra garanzia d'istituto del diritto ereditario e promozione della famiglia.....	49
V. L'insufficienza del riferimento alla <i>erbrechtsgarantie</i> : la tutela successoria minima dei più stretti congiunti del defunto come <i>familienförderndes gesetz</i> .....	51
VI. La garanzia costituzionale di stabilità dei rapporti giuridici familiari: la famiglia come istituzione e la sovraordinazione dell'interesse della famiglia agli interessi particolari dei suoi componenti .....	54
VII. La norma personalista e la concezione istituzionale della famiglia: funzione sociale della famiglia e funzione realizzatrice della perso-	

	Pág.
na. Per una riforma della tutela successoria minima dei più stretti congiunti del defunto compatibile con la promozione della famiglia come istituzione .....	57
<b>DERECHO A LA LEGÍTIMA E INTERESES SUBYACENTES, por Antoni Vaquer Aloy .....</b>	<b>63</b>
I. Introducción .....	63
II. Reformas recientes y sentencias discrepantes .....	64
III. La legítima y su fundamento en la familia.....	66
IV. La solidaridad intergeneracional .....	67
V. La importancia del fundamento de la legítima .....	70
VI. ¿La falta de relación familiar elevada a causa de desheredación constituye una concreción de la solidaridad como fundamento de la legítima? .....	73
VII. ¿Qué solución resulta más eficiente? .....	75
VIII. ¿Y el cónyuge? .....	78
IX. Reflexiones finales.....	79
<b>LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS VULNERABLES, por Isabel Zurita Martín.....</b>	<b>83</b>
I. Introducción: vulnerabilidad y testador vulnerable.....	83
II. El testamento otorgado por personas incapacitadas e incapaces naturales.....	85
1. La capacidad para testar .....	85
2. Requisitos necesarios para la testamentifacción de incapacitados e incapaces naturales.....	86
3. La validez del testamento otorgado por personas incapaces.....	90
III. Los mecanismos de disposición del testador vulnerable y sus limitaciones .....	92
1. Las disposiciones a favor de los cuidadores del testador.....	92
1.1. Limitaciones para disponer a favor de ciertas personas .....	92
1.2. Disposiciones a favor de quien cuida al testador y designación de heredero o legatario bajo condición o modo .....	95
2. Protección del testador vulnerable frente a los herederos forzosos: la desheredación por maltrato de obra .....	100
2.1. La interpretación amplia del maltrato de obra como causa de desheredación: maltrato psicológico y abandono emocional .....	101
2.2. La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar como causa legal de desheredación .....	104
2.3. La aplicación judicial de la nueva doctrina jurisprudencial sobre el maltrato psicológico y de la causa legal de desheredación en el CCCat.....	106
2.4. Causas de desheredación objetivas y otras alternativas a la imposición de la legítima .....	110

	Pág.
PONDERACIÓN DE LA DESHEREDACIÓN COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA LIBERTAD DE TESTAR. EL SISTEMA DE LEGÍTIMAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS MAYORES, por <i>Paloma de Barrón Arniches</i> .....	113
I. La familia y los mayores en la realidad social española. El ejercicio de la libertad de testar a partir de los ochenta .....	113
II. El fundamento de la legítima en los sistemas vigentes en el Estado español, o cómo cohonestar la legítima con la realidad social y familiar actual.....	118
III. El funcionamiento de la desheredación en los derechos civiles españoles .....	122
1. Su difícil encaje con el apartamiento en los sistemas de legítima colectiva .....	124
1.1. País Vasco .....	124
1.2. Aragón .....	128
2. Su escasa viabilidad en los casos en que la desheredación no se fundamenta en actuaciones graves penalmente sancionables del legitimario.....	130
2.1. La rigidez de la norma legal .....	131
2.2. La atribución de la carga de la prueba, y las posibilidades reales de que el causante facilite a su heredero la defensa de la desheredación practicada.....	134
2.3. El alcance del cambio de tendencia jurisprudencial y de la reforma del régimen catalán, en los casos de maltrato psicológico y de falta de relación familiar con el causante .....	137
IV. Conclusiones .....	145
EL CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES EN LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES, por <i>Esteve Bosch Capdevila</i> .....	147
I. Introducción .....	148
II. La cuantía de la legítima de los descendientes .....	148
1. Sistemas de libertad absoluta de testar: Ayala y Navarra.....	148
1.1. Navarra .....	149
1.2. Valle de Ayala .....	149
2. Sistemas de legítima individual.....	150
2.1. Legítima global fija con independencia del número de legitimarios: Cataluña y Galicia.....	150
2.2. Legítima global variable en función del número de legitimarios: Baleares.....	151
3. Sistemas de legítima colectiva .....	151
3.1. Aragón .....	151
3.2. País Vasco.....	152

	Pág.
4. Sistema de legítimas y mejoras: el Código Civil español.....	153
III. Naturaleza de la legítima .....	153
1. La legítima desde la óptica del causante: un límite a la libertad de disponer .....	154
1.1. Sistemas de legítima global .....	154
1.2. Sistemas de legítima formal .....	155
2. La legítima desde la óptica del legitimario: el derecho a obtener un determinado valor patrimonial en la sucesión de ciertos parientes.....	155
2.1. Satisfacción de la legítima por el causante.....	156
2.2. No atribución de la legítima por el causante: la naturaleza del derecho del legitimario .....	157
2.2.1. El legitimario como titular de un derecho de crédito para reclamar un determinado valor patrimonial.....	157
2.2.2. Derecho de crédito con afección real .....	158
2.2.3. Derecho a la reducción de ciertos actos dispositivos realizados por el causante a título gratuito ...	159
IV. Cálculo de la legítima. La computación legitimaria .....	162
1. El <i>relictum</i> .....	163
1.1. La valoración del caudal <i>relictum</i> .....	163
1.1.1. Valoración de los bienes en el momento de la muerte del causante .....	163
1.1.2. Valoración de los bienes en el momento de la liquidación.....	164
1.2. Saldo negativo del <i>relictum</i> .....	165
1.3. Bienes dudosos que pueden integrar o deducirse del <i>relictum</i> .....	165
2. El <i>donatum</i> .....	167
2.1. Presentación .....	167
2.2. Bienes que integran el donatum .....	169
2.3. La valoración del <i>donatum</i> .....	170
2.3.1. Valoración en el momento del fallecimiento del causante.....	170
2.3.2. Sistemas de actualización del valor de los bienes donados .....	171
V. Legítima global y legítima individual. La determinación de la legítima individual .....	171
1. La premoriencia de algún legitimario. Consecuencias.....	172
1.1. Consecuencias de la premoriencia .....	172
1.2. El trato al declarado ausente.....	173

	Pág.
2. Renuncia, desheredación o declaración de indignidad de un legitimario .....	174
VI. La imputación legitimaria .....	175
1. Imputación y colación .....	175
2. Sistemas de legítima individual y reglas generales.....	175
2.1. La imputación de la institución heredero y los legados hechos a un legitimario .....	176
2.2. La imputación de donaciones .....	177
2.2.1. Introducción .....	177
2.2.2. La necesidad o no de declaración expresa para la imputación de las donaciones .....	177
2.3. Valoración de las donaciones .....	180
2.4. Imputación y derecho de representación en la legítima..	180
3. Sistemas de legítima colectiva .....	182
4. Sistemas del Código Civil español: legítima y mejora .....	182
4.1. Imputación de donaciones .....	182
4.1.1. Donaciones a legitimarios sin ninguna regla sobre imputación.....	183
4.1.2. Donaciones a legitimarios con declaración de imputación a la legítima .....	184
4.1.3. Donaciones a legitimarios con declaración de imputación a la mejora .....	184
4.2. Imputación de la institución de heredero y de los legados.....	185
4.2.1. Imputación de legados con declaración expresa del carácter de mejora.....	185
4.2.2. Imputación de legados sin declaración de imputación .....	185
4.2.3. Imputación de la institución de heredero .....	186
VII. Reducción de disposiciones inoficiosas.....	186
1. Las causas de la reducción: preterición, desheredación injusta, o atribuciones insuficientes .....	187
2. Orden de reducción.....	187
3. La acción de reducción: plazo y legitimación .....	188
3.1. Plazo .....	189
3.2. Legitimación .....	189
3.2.1. Código Civil español.....	189
3.2.2. Sistemas en que la legítima es un derecho de crédito: el CCCat .....	189
VIII. CONSIDERACIONES FINALES.....	190

	Pág.
LA DESHEREDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO A LA LUZ DE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA EN MATERIA DE FILIACIÓN, por <i>Veronica Bongiovanni</i> .....	193
I. La evolución histórica de la desheredación en el sistema jurídico italiano .....	193
II. La cuestión debatida sobre la admisibilidad de la cláusula de desheredación en el contexto de la « <i>successione legittima</i> » .....	195
1. La perspectiva de la naturaleza atributiva del testamento y la consiguiente invalidez de la desheredación .....	197
2. La tesis jurisprudencial de la institución implícita: una solución de compromiso .....	199
3. La validez de la desheredación calificada como acto patrimonial típico, en virtud de la compatibilidad de un testamento dispositivo con una voluntad privativa.....	202
III. La desheredación de los herederos legitimarios en el marco de la « <i>successione necessaria</i> » .....	204
IV. El nuevo art. 448 bis CC y la posibilidad de calificar en términos de desheredación la figura de la exclusión de la sucesión prevista en los casos de privación de la patria potestad.....	207
1. Los sujetos legitimados para ejercer la facultad de desheredación ...	210
2. El ámbito de aplicación objetivo de la disposición .....	212
3. Analogías y diferencias entre la desheredación y la indignidad, como instrumentos de reacción contra las violaciones de las obligaciones familiares .....	216
LIBERTAD DE TESTAR Y PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO O CONVIVIENTE SUPÉRSTITE, por <i>Ana Giménez Costa y Cristina Villó Travé</i> .....	221
I. La protección del cónyuge viudo en el Derecho civil español .....	222
1. La protección del cónyuge desde el Derecho de sucesiones.....	222
1.1. La legítima del cónyuge viudo .....	222
1.2. La sucesión intestada .....	224
2. La protección del cónyuge desde el Derecho de familia.....	224
2.1. El ajuar de la vivienda habitual .....	224
2.2. Atribuciones preferentes del régimen de gananciales.....	225
2.3. Derecho de alimentos del sobreviviente en el régimen de gananciales.....	227
II. La protección del cónyuge viudo en el Derecho civil aragonés .....	227
1. Protección desde el Derecho de sucesiones.....	228
1.1. La fiducia sucesoria. Especialidades cuando el nombrado fiduciario sea únicamente el cónyuge .....	228
1.2. Sucesión legal .....	228
2. Protección desde el Derecho de familia.....	229

	Pág.
2.1. El usufructo de viudedad .....	229
2.1.1. Aspectos generales .....	229
2.1.2. Doble fase .....	231
2.1.3. Repercusión.....	233
2.2. Derechos del conviviente supérstite .....	233
III. La protección del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en el Derecho civil catalán .....	233
1. La protección del cónyuge viudo y del conviviente supérstite desde el Derecho de sucesiones.....	234
1.1. La cuarta vidual.....	234
1.2. La sucesión intestada .....	237
2. La protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite desde el Derecho de familia .....	240
2.1. El derecho al ajuar de la vivienda.....	240
2.2. El derecho al año de viudedad.....	241
2.3. Derecho reconocido en el régimen económico de separación de bienes .....	242
IV. La protección del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en el Derecho civil gallego .....	244
1. La legítima del cónyuge viudo.....	244
2. La sucesión intestada del cónyuge viudo y del conviviente supérstite .....	246
3. El usufructo del cónyuge viudo.....	247
V. La protección del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en el Derecho civil balear .....	247
1. Derechos viduales en Mallorca y Menorca .....	247
1.1. Derecho a la legítima.....	247
1.2. Derecho de predetracción .....	249
1.3. Derechos del cónyuge viudo y del conviviente en la sucesión intestada.....	250
2. Derechos viduales en Ibiza y Formentera .....	250
2.1. Derecho a la legítima.....	250
2.2. Derechos del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en la sucesión intestada .....	251
2.3. Usufructo universal capitular .....	251
3. Derechos del conviviente supérstite en Derecho civil balear.....	251
VI. La protección del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en el Derecho civil navarro .....	252
1. El usufructo legal de fidelidad .....	252
2. La sucesión legal .....	255
VII. La protección del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en el Derecho civil vasco .....	257



	Pág.
1. La legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho .....	258
2. Beneficios viduales derivados del régimen de comunicación foral de bienes .....	259
3. El nuevo legado de habitación sobre la vivienda habitual .....	260
4. Legado de usufructo universal .....	261
5. Fuero de Ayala .....	261
6. Derechos del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en la sucesión legal .....	263
VIII. Conclusiones .....	264
 LIBERTAD DE TESTAR Y CONDICIONES TESTAMENTARIAS, por <i>M.<sup>a</sup> Amalia Blandino Garrido</i> .....	 267
I. Libertad de testar y determinaciones accesorias de la voluntad del testador .....	267
II. Disposiciones <i>mortis causa</i> condicionales.....	269
1. La facultad de condicionar las disposiciones por causa de muerte ...	269
2. Alcance y modalidades .....	271
2.1. Validez de las condiciones potestativas .....	271
2.2. Régimen aplicable a las condiciones resolutorias .....	272
2.3. La condición relativa a hechos ocurridos con anterioridad al fallecimiento del testador .....	273
III. Distinción de figuras afines .....	275
1. El llamamiento sometido a modo o carga .....	275
2. La institución sujeta a condición resolutoria y la sustitución fideicomisaria.....	277
IV. El cumplimiento de la condición.....	279
1. La situación <i>pendente conditione</i> .....	279
2. Presupuestos y efectos derivados del cumplimiento .....	280
V. Límites legales a la facultad de condicionar las disposiciones testamentarias.....	284
1. Las condiciones imposibles, ilícitas e inmorales.....	284
2. Las disposiciones realizadas bajo condición «captatoria».....	287
3. La condición de no contraer matrimonio .....	288
3.1. La prohibición de la condición absoluta de no contraer matrimonio.....	288
3.2. Licitud cuando se impone al viudo por el cónyuge premuerto, sus ascendientes o descendientes .....	290
3.3. El legado de usufructo y otros derechos temporales bajo condición de permanecer soltero o viudo .....	292
VI. La colisión con la libertad y los derechos fundamentales de los sucesores.	293
1. La preeminencia de la libertad de testar.....	293
2. Condiciones <i>mortis causa</i> y derecho a la igualdad y a la no discriminación .....	295

	Pág.
3. Condiciones atinentes a la libertad religiosa del sucesor.....	300
4. Condiciones no previstas en el art. 793 del Código Civil que afectan a la libertad de contraer matrimonio.....	302
 UNA MIRADA A LA FIDUCIA SUCESORIA, A TRAVÉS DE SU NUEVA FORMULACIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA APDC, por <i>Margarita Castilla Barea</i> .....	307
I. El punto de partida: un somero apunte sobre la situación actual de la fiducia sucesoria <i>ex art.</i> 831 del vigente Código Civil .....	308
II. Contextualización de la fiducia sucesoria en la PCC: principales novedades del Derecho sucesorio que se propone .....	310
1. La admisión de la sucesión contractual o los pactos sucesorios .....	312
2. La ruptura con el carácter personalísimo del testamento en sentido material .....	313
3. La admisión del testamento mancomunado .....	315
4. La modificación y reducción de las cuotas legitimarias.....	316
III. Fundamento de la fiducia sucesoria y presupuestos necesarios para su eficacia.....	316
IV. El elemento personal de la fiducia sucesoria: los sujetos y sus vínculos familiares .....	317
1. El fiduciante, el fiduciario y la existencia de un matrimonio válido y vigente entre ellos como presupuesto de la fiducia .....	318
2. La imposibilidad de encomendar la fiducia al conviviente <i>more uxorio</i> o al mero coprogenitor de la descendencia del causante: contraste con la regulación del Código Civil actual.....	320
3. Los beneficiarios de la fiducia.....	322
IV. El encargo fiduciario: caracteres y contenido.....	324
1. Caracteres .....	324
2. Contenido .....	325
2.1. La designación de los sucesores y el concepto sucesorio... ..	326
2.2. Establecimiento de cuotas o porciones en que se sucede y atribución de bienes concretos, respetando las legítimas.. ..	327
2.3. Mejoras.....	328
2.4. En particular, la disposición de los bienes comunes.....	328
2.5. La administración de la herencia .....	331
V. La delimitación negativa de las facultades del fiduciario en virtud de «otras salvedades que se deriven de la presente regulación» .....	331
1. La incolumidad de las disposiciones efectuadas por el causante y la fuerza vinculante de las instrucciones dirigidas al fiduciario.....	332
2. Ante el silencio del causante, ¿puede el fiduciario desheredar o declarar indigno a un sucesor .....	333
VI. El elemento formal: instrumentos jurídicos para ordenar y ejecutar la fiducia.....	336
VII. Causas de extinción de la fiducia.....	336

	Pág.
1. La libertad del causante en punto al diseño de las causas de extinción de la fiducia .....	337
2. La revocación del encargo fiduciario.....	338
3. La expiración del plazo.....	339
4. Muerte, declaración de fallecimiento, imposibilidad o incapacidad del cónyuge fiduciario .....	339
5. Crisis del matrimonio: presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad y separación de hecho de los cónyuges .....	339
6. Nuevo matrimonio del fiduciario o relación análoga a la conyugal, salvo disposición distinta del causante.....	340
7. Renuncia del fiduciario .....	340
8. Incurrir el fiduciario en causa de desheredación o indignidad para con el causante o sus descendientes.....	341
9. Eficacia temporal de las causas de extinción: el art. 464-11.2 de la PCC .....	342
VIII. A modo de conclusión: ¿lograría la figura implantarse en el ámbito del Derecho común de aprobarse la propuesta de Código Civil de la APDC?.....	343
HACIA UNA REGULACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, por <i>Héctor Simón Moreno</i> .....	345
I. Introducción .....	345
II. La regulación de los pactos sucesorios en los ordenamientos jurídicos españoles.....	346
1. En el Código Civil español .....	346
2. En Aragón .....	348
3. En las Islas Baleares.....	350
4. En Cataluña .....	351
5. En Galicia.....	353
6. En Navarra.....	355
7. En el País Vasco.....	357
III. Hacia un nuevo marco de los pactos sucesorios en el Código Civil: algunas reflexiones.....	359
1. La justificación de una nueva regulación de los pactos sucesorios en el CCE: ¿constituyen realmente un límite a la libertad de testar?.....	359
2. La regulación de los pactos sucesorios en el CCE: propuestas de <i>lege ferenda</i> .....	367
2.1. El pacto sucesorio y su relación con el resto de modalidades para deferir la sucesión .....	368
2.2. La naturaleza jurídica del pacto sucesorio.....	368
2.3. Modalidades de pacto sucesorio .....	371
2.4. Los requisitos de forma y capacidad de los otorgantes.....	372
2.5. Los efectos entre las partes.....	373
IV. A modo de conclusión .....	373

	Pág.
LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LA LIBERTAD DE TESTAR, por <i>Andrés Miguel Cosialls Ubach</i> .....	375
I. Introducción .....	375
II. La libertad de testar .....	376
III. La partición de la herencia .....	378
1. La partición contra voluntad del testador.....	381
2. El testador como adjudicador de la herencia .....	390
3. La partición por el contador-partidor designado testamentaria- mente.....	398
IV. El límite a la partición de la explotación agrícola: su desmerecimiento...	401
V. Una figura al servicio de la sucesión agrícola: el pacto sucesorio .....	404
VI. Conclusiones.....	406
 LIBERTAD DE TESTAR Y TRANSMISIÓN <i>MORTIS CAUSA</i> DE LA EMPRESA, por <i>María José Puyalto Franco</i> .....	 409
I. Delimitación del objeto de la transmisión <i>mortis causa</i> : la empresa...	409
II. La transmisión <i>mortis causa</i> de la empresa cuando su titular es un empresario mercantil individual.....	420
1. Capacidad para suceder <i>versus</i> capacidad para ser empresario....	421
2. El problema del mantenimiento de la unidad de la empresa y del respeto a las legítimas: en particular, la facultad del art. 1.056.2 CCE.....	425
III. La sociedad mercantil como herramienta que facilita la transición intergeneracional de la empresa familiar .....	428
1. Sobre la elección del tipo societario más adecuado como titular de una empresa familiar .....	428
2. La «personalización» de los estatutos de la SRL familiar.....	433
3. Los pactos parasociales: en particular, el protocolo familiar .....	440
 LA RESIDENCIA HABITUAL EN EL REGLAMENTO (UE) 650/2012 COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR: PROBLEMAS Y PAUTAS PARA SU DETERMINACIÓN, por <i>Diana Marín Consarnau</i> .....	 445
I. Introducción .....	445
II. La residencia habitual y la libertad de testar .....	446
III. La importancia del ámbito de aplicación temporal para acudir a la conexión de la residencia habitual.....	448
IV. El tránsito de la nacionalidad a la residencia habitual: orden público y libertad de testar .....	455
V. La residencia habitual como ley aplicable a la sucesión <i>mortis causa</i> . 1. El alcance de la apuesta por la residencia habitual como criterio de vinculación.....	463
2. Residencia habitual, pautas y casos complejos .....	467
3. La cláusula de excepción en favor de la ley que presente unos vínculos manifiestamente más estrechos.....	471
VI. Reflexión final.....	473

	Pág.
LIBERTAD DE TESTAR Y PLANIFICACIÓN TESTAMENTARIA, por <i>Ángel Serrano de Nicolás</i> .....	475
I. Preliminar .....	475
II. Libertad de forma y partición: tasadas formas testamentarias y singularidades en la partición, sea como escapatoria a la unanimidad o para alterar la del testador .....	476
III. Libertad delimitada por la propia tipología de la institución y opciones eficientes: cautela sociniana, renunciaciones en vida, derechos del cónyuge viudo y fideicomiso de residuo, usufructo de disposición o prohibición de disponer .....	480
IV. Libertad para atribuir al cónyuge, dos parientes o terceros la determinación de los herederos o legatarios y en lo que suceden, e incluso si suceden .....	484
1. Ámbito de la posible intervención del cónyuge o dos parientes fiduciarios, e incluso de terceros herederos o legatarios de confianza .....	484
2. Ámbito de actuación de los herederos, legatarios o incluso de terceros de equidad en el ámbito de los legados .....	491
V. Libertad de donar incluso con efectos <i>post mortem</i> y límites derivados del propio régimen sucesorio .....	493
VI. Libertad de disponer al margen del testamento o disposición <i>mortis causa</i> , para adquirir <i>iure proprio</i> (seguros, estipulaciones o favor de terceros, etc.).....	494
1. Cuestiones más relevantes de los seguros de capitalización, con o sin prima única, al momento de planificar la herencia.....	495
2. Posibilidad de constituir una renta vitalicia a título gratuito con inembargabilidad de las cuotas a percibir por el beneficiario ....	496
VII. Libertad de disponer en otros supuestos concretos y los límites derivado de quienes pueden ser beneficiarios o del propio régimen del bien: obras benéficas, animales, etc., Sucesión anómala (VPO y negocios sujetos a autorización) y constitución de sociedades, comunidades indivisas de bienes o fundaciones por testamento .....	498
VIII. Conclusiones .....	499
FREEDOM OF DISPOSITION IN AMERICAN SUCCESSION LAW, por <i>Robert H. Sitkoff</i> .....	501
I. Introduction .....	501
II. Intestacy: An Estate Plan by Default.....	502
III. Wills .....	504
1. Authenticity-Formalities and Forms .....	504
2. Voluntariness-Capacity and Contests .....	506
3. Meaning-Ambiguity, Mistake, and Changed Circumstances.....	508
IV. Trusts .....	510
1. Separating Legal and Equitable Title .....	510
2. Fiduciary Administration.....	510

	Pág.
3. Alienation or Modification of the Beneficial Interest.....	513
V. Nonprobate transfers.....	516
VI. Limits on Freedom of Disposition.....	517
1. Protection of Spouse and Children.....	517
2. The Rule Against Perpetuities and Trust Duration.....	519
3. Wealth Transfer Taxation .....	522

# Límites constitucionales a la libertad de testar

M.<sup>a</sup> Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES.—III. EL ARTÍCULO 33 DENTRO DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.—IV. LA «FUNCIÓN SOCIAL» COMO DELIMITADORA DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA HERENCIA.—V. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR «HERENCIA» EN EL ARTÍCULO 33.1.º CE? CONTENIDO ESENCIAL DE LA HERENCIA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.—VI. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA Y DERECHO A LA HERENCIA.—VII. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN *VERSUS* LIBERTAD DEL TESTADOR.

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro del ámbito sucesorio, desde hace unos años el debate se viene centrando, doctrinal y jurisprudencialmente, en la conveniencia de la modificación del sistema codificado. Y el núcleo de esa discusión suele ubicarse en la libertad de testar y la posible derogación (o reinterpretación) de los actuales factores que condicionan la libre disponibilidad de sus bienes por parte del testador. En efecto, la facultad de la persona para decidir el destino que habrán de seguir sus bienes tras su muerte se encuentra constreñido por una pluralidad de elementos que coadyuvan a restringir la libertad de quien decide ordenar su sucesión. Así, se ha dicho que constituye un importante límite a esa libertad la exigencia de determinadas formas para instrumentalizar la voluntad del testador<sup>1</sup>. También tendría idéntica virtualidad restrictiva el necesario respeto a los posibles pactos sucesorios previos válidamente acordados. Pero, indiscutiblemente, el elemento con mayor peso y protagonismo en orden a limitar la li-

---

<sup>1</sup> A. DE LAMA AYMÁ, «Principios de Derecho sucesorio europeo: libertad de testar y protección de la familia», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2016, pp. 67 a 83, concur. p. 69. En sentido opuesto se manifiesta A. VAQUER ALOY («La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre de 2016, pp. 9-34, concur. p. 10): «Las solemnidades que se exigen al otorgamiento del negocio de última voluntad no restringen la libertad de testar [...]. Antes al contrario, las solemnidades son una garantía de la libertad de testar, porque su finalidad es la de asegurar la libre expresión de la declaración de última voluntad y su conservación futura hasta, por lo menos, el fallecimiento de su autor».

bertad del testador viene constituido por el actual sistema de legítimas. En tal sentido, son muchos los que se han pronunciado a favor de la conveniencia de la modificación del régimen vigente. Y esas opiniones se han manifestado tanto individualmente<sup>2</sup>, como de forma colectiva mediante su exposición en congresos y jornadas. Dentro de estas últimas, cobran especial relieve las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en las que, bajo el tema genérico *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro*, se abordó a través de distintas ponencias y comunicaciones la situación del Derecho sucesorio español y la conveniencia y posibles vías de modificación<sup>3</sup>. También los notarios, reunidos en su Congreso Nacional celebrado en Barcelona el 14 de mayo de 2005, propusieron en sus conclusiones la necesidad de acometer reformas legislativas en las que se revisase «las rigideces derivadas del sistema de legítimas...»<sup>4</sup>.

Las críticas al actual régimen de legítimas son múltiples, cuestionándose la conveniencia de su mantenimiento desde distintos ángulos. Pero antes de entrar en el relato de las mismas, conviene indicar que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, las discrepancias doctrinales planteadas en torno al sistema de legítimas no son, ni mucho menos, una cuestión novedosa. De hecho, en muchos de los trabajos actuales en los que sus autores se posicionan en torno a la pervivencia de las legítimas o de la concesión de un mayor protagonismo a la libertad de testar, los argumentos empleados constituyen una reproducción actualizada de la polémica que se planteó sobre esta materia con carácter previo a la aprobación del Código civil<sup>5</sup>.

Dicho lo anterior —y retomando el discurso previo sobre las críticas formuladas al actual sistema de legítimas— se ha afirmado que el régimen vigente supone una restricción de ciertos derechos que correspon-

<sup>2</sup> A ellas nos iremos refiriendo a medida que avancemos en el desarrollo del contenido de nuestra aportación. En palabras de E. GARCÍA LÓPEZ, «Libertad total para testar, cada vez más cerca», *Inversión & Finanzas*, núm. 1041, 2017, pp. 58 y 59, concr. p. 58, «obtener en España total libertad para testar es una demanda que notarios, abogados y ciudadanos reclaman desde hace años y más si se tiene en cuenta que desheredar en nuestro país es casi una misión imposible».

<sup>3</sup> Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006. Más recientemente, en diciembre de 2017, ha tenido lugar en la Universidad de Sevilla un congreso internacional que bajo el título *Presente y futuro del Derecho de sucesiones: las legítimas y la libertad de testar*, ha abordado la problemática del actual sistema de sucesión forzosa, así como posibles vías de reforma.

<sup>4</sup> V. MAGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre de 2005, pp. 3-30, concr. p. 20. Por su parte, el Tribunal Supremo no se ha mantenido por completo ajeno a esta corriente tendente a ampliar la autonomía de la voluntad del causante, adoptando en su STS 422/2015, de 15 de julio, una posición más flexible en la estimación de las causas de desheredación y de revocación de donaciones. Sobre el particular, *vid.* M. E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «Legítimas y libertad de disposición del causante (1)», *La Ley*, núm. 8865, 2016, pp. 1-15, concr. pp. 4 y 5. En este sentido, conviene recordar, tal como hace la autora recién citada, que las legítimas limitan la libertad del disponer del causante no solo *mortis causa*, sino, también *inter vivos*: no solo restringen la libertad de ordenar testamentariamente la sucesión, sino también la libertad de donar.

<sup>5</sup> Sobre el particular, entre otros muchos, *vid.* M. E. COBAS COBIELLA, «Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pp. 49-65, concr. pp. 59 y 60. También, J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, Murcia, Asociaciones de profesores de Derecho civil, 2006, pp. 13-171, concr. pp. 89 y 90.



den a la persona (en este concreto supuesto, al testador) tales como el derecho a la libertad y libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho de propiedad<sup>6</sup>. En relación con el primero de los derechos citados, se ha señalado que «el hombre necesita independencia económica para poder desarrollar su proyecto vital, en cuyo proyecto está incluido el destino de sus bienes para después de su muerte. La libertad de testar se manifiesta así como una proyección de la libertad del hombre, principio o valor fundamental para que pueda realizarse el de libre desarrollo de la personalidad, y del cual es derivación el de propiedad»<sup>7</sup>. En cuanto a este último, aun cuando, ciertamente, el derecho de propiedad en su concepción actual dista mucho de tener un carácter absoluto, el reconocimiento constitucional del mismo que se efectúa en el art. 33 CE y la función social de su contenido determina que esas limitaciones que puedan imponerse deban tener una finalidad social y no de tutela exclusiva de intereses estrictamente individuales, como son los que pudiera corresponderles a las personas de los legitimarios<sup>8</sup>.

Por otra parte, desde una perspectiva no ya personal, sino netamente familiar, se ha dicho que el significado del patrimonio en relación con la familia ya no es el mismo que en épocas pretéritas, en el sentido de que han desaparecido buena parte de las razones que justificaban el mantenimiento del patrimonio dentro del núcleo familiar. Así, por ejemplo, la vivienda no tiene hoy el carácter estable, estrechamente vinculada a la familia, que antaño le correspondía. En este mismo orden de consideraciones, se ha producido, también, la práctica extinción de unos oficios artesanales que se transmitían de padres a hijos y que justificarían la correlativa transmisión de los elementos patrimoniales (dependencias, herramientas) propios del mismo. En términos más generales, la doctrina habla de una «ausencia de vínculos socio familiares en relación con el patrimonio»<sup>9</sup>.

De otro lado, la atribución *ex lege* de una porción de los bienes hereditarios a determinados familiares origina la erosión del principio de solidaridad *intra* familiar, en el sentido de que los legitimarios, sabiendo

---

<sup>6</sup> J. VALLET DE GOYTISOLO, «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1966, pp. 3 a 44, concr. pp. 11 y 12; T. TORRES GARCÍA, «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, Murcia, Asociaciones de profesores de Derecho civil, 2006, pp. 173-227, concr. p. 220. P. DE LA ESPERANZA, «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», publicado en *Libro homenaje a D. Ildelfonso Sánchez Mera*, t. I, Madrid, 2002, pp. 1097-1116, concr. pp. 1109 y 1110, habiéndose eco de las tesis de Sánchez Román, alude a cómo «la naturaleza racional del hombre hace necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones jurídicas destinadas a sobrevivirle, sin que puedan ser objeto de limitaciones legales más o menos arbitrarias».

<sup>7</sup> V. MAGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar», ob. cit., p. 23. Por su parte, M. E. COBAS, «Hacia un nuevo enfoque...», ob. cit., p. 65, afirma que la libertad de testar y la autonomía de la voluntad en materia testamentaria constituyen una consecuencia ineludible de la libertad civil.

<sup>8</sup> P. DE LA ESPERANZA, «Perspectiva de la legítima...», ob. cit., p. 1110. La incidencia del art. 33 CE sobre la libertad de estar, por ser la cuestión central de la presente aportación, será tratada con detalle más adelante.

<sup>9</sup> V. MAGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar», ob. cit., pp. 20 y 21.

que por imperativo legal les corresponde una porción de la herencia (de la que no pueden ser privados más que en caso de concurrencia de determinadas circunstancias muy concretas que son, además, objeto de interpretación estricta), no asumen sus obligaciones asistenciales de cuidado o compañía con el mismo grado de diligencia que emplearían si no existiese ese derecho a la legítima. Según VALLET<sup>10</sup>, la libertad de testar «robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto en la elección del heredero o en la distribución de la herencia, estimula la cooperación y el esfuerzo de los hijos, conserva las familias evitando su liquidación y mantiene el espíritu y las tradiciones de la familia y es escuela de cumplimiento de los deberes familiares de los que se inviste el heredero»<sup>11</sup>. Además, la rigidez del sistema de cuotas actual —en el que, haciendo abstracción de su situación económica real, las atribuye en determinada cuantía a los descendientes— restringe la función asistencial que pudiera corresponder a la herencia en favor de otros posibles destinatarios, más necesitados de la misma, como podría ser el cónyuge viudo<sup>12</sup>.

Sumándose a las anteriores críticas procedentes de los ámbitos personal y familiar, se unen otras que inciden en la dimensión social que, también, correspondería a esta facultad. Desde esta última perspectiva, se ha señalado que la creación de riqueza exige la circulación de los bienes y todo lo que limite o restrinja la libre transmisión de los mismos, la libre disposición de los bienes por parte de su titular —ya sea *inter vivos* o *mortis causa*—, supondría un escollo al progreso económico<sup>13</sup>. MAGARIÑOS expresa la idea indicando que «hoy no se pueden esgrimir razones de cohesión familiar, cuando no exista realmente, ni la necesidad social y económica de evitar la concentración de riqueza, consecuencia esta que se achacaba a la libertad de testar. Hoy, por el contrario, las limitaciones legitimarias constituyen un serio inconveniente para la continuación de la empresa y unas expectativas desincentivadoras del trabajo y esfuerzo personal»<sup>14</sup>. De este modo, la legítima, en cuanto limitación de la libertad del empresario e imposición de una distribución igualitaria de su empresa, supondría un obstáculo a la transmisión de la titularidad de la misma que, a la postre, podría desembocar en su desintegración<sup>15</sup>.

Por último, para un número de autores no desdeñable, el actual sistema puede dar lugar a unos resultados contrarios a la equidad, pues no parece justo que se atribuyan a determinados parientes, simplemente por serlo, una porción de los bienes hereditarios que, tal vez, deberían

<sup>10</sup> J. VALLET DE GOYTISOLO, «Significado jurídico-social...», ob. cit., pp. 14 y 15.

<sup>11</sup> Por su parte, E. FARNÓS AMORÓS, «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, 2014, pp. 451 a 478, concr. p. 476, habla de incrementar «el nivel general de utilidad».

<sup>12</sup> M. A. PARRA LUCÁN, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AF-DUDC*, núm. 13, 2009, pp. 481 a 554, concr. p. 483.

<sup>13</sup> P. DE LA ESPERANZA, «Perspectiva de la legítima...», ob. cit., p. 1110.

<sup>14</sup> V. MAGARIÑOS, «La libertad de testar», ob. cit., pp. 23 y 24.

<sup>15</sup> M. A. PARRA LUCÁN, «Legítimas, libertad de testar...», ob. cit., p. 484.

corresponder a quienes, sin estar unidos por vínculos de sangre, han estado más próximos al testador velando por sus necesidades. En palabras de CALATAYUD, «es una pena comprobar el desamparo en el que viven muchas personas mayores con hijos que bien podrían atenderlos mejor; y si quien se gana la herencia es la jovencita —o madurita— quizá no esté tan mal»<sup>16</sup>. Dejando de lado las implicaciones sexistas que presenta el texto reproducido, expresa una idea con la que se identifica una buena parte de la doctrina examinada. Y así, DELGADO, haciendo extensivo el argumento en relación con otras personas más necesitadas de protección, sean parientes o no, señala que «el sistema legitimario, con sus caracteres de generalidad y abstracción, dificulta que salten a la vista deberes concretos mucho más apremiantes, según la conciencia social, que la igualación mecánica entre parientes más próximos en línea y grado. Deberes específicos respecto de personas con discapacidad o, simplemente, menores o débiles, sean o no legitimarios; deberes también respecto de quienes —parientes o no— atienden a las personas mayores en los últimos años de su vida. También dificulta dar un tratamiento desigual a los hoy legitimarios, cuando sus necesidades y relaciones con el causante pueden justificarlo»<sup>17</sup>.

Las expuestas no agotan, ni mucho menos, el elenco de razones esgrimidas por la doctrina especializada en orden a la justificación de la supresión (o, cuanto menos, modificación restrictiva) del sistema de legítimas actualmente codificado. No obstante, creemos que son suficientes para esbozar a grandes líneas el panorama doctrinal que aboga por un cambio en el sentido indicado. Desde esta perspectiva, serían fundamentalmente razones de tipo histórico las que justificaría la pervivencia del sistema de legítimas. De hecho, en la argumentación de la práctica totalidad de la doctrina crítica con el instituto, sobrevuela la idea de que son los cambios sociales operados (movilidad de la familia, mayor esperanza de vida, etcétera) los que convierten hoy a las legítimas en poco menos que un anacronismo<sup>18</sup>. Resumiendo toda esa doctrina, ROCA, tras analizar los cambios sociales que se han ido produciendo, concluye que «el sistema actual que impide que el causante distribuya los bienes como estime más conveniente va resultando un sistema obsoleto que habrá que revisar, porque las necesidades han cambiado a todos los niveles»<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> A. CALATAYUD SIERRA, «Consideraciones acerca de la libertad de testar. Ponencia presentada en la Academia Sevillana del Notariado el día 23 de marzo de 1995», versión generada a través de Vlex, p. 5.

<sup>17</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Una propuesta de política...», ob. cit., p. 128.

<sup>18</sup> E. VALLADARES RASCÓN, «Por una reforma del sistema sucesorio del Código civil», en J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Murcia, pp. 4893 a 4902, concr. p. 4901; J. BRIONES, «Las legítimas: una parcela de libertad por redimir», *La Ley*, núm. 7460, 3 de septiembre de 2010, p. 2; R. BERNARD MAINAR, «La porción legítima en la familia del Derecho romano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, pp. 1765 a 1805, concr. p. 1785.

<sup>19</sup> E. ROCA I TRIAS, «Una reflexión sobre la libertad de testar», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, 2014, pp. 1246 a 1266, concr. p. 1266.