

1.4. Sucesiones

De nuevo las legítimas en el Código Civil español y novedades del Código Civil brasileño

Legitimates in the Spanish Civil Code and the new Brazilian Civil Code

por

CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ
Profesora de Derecho civil UNED

RESUMEN: En este trabajo hemos abordado las relativamente recientes reformas introducidas en el Código Civil español en materia de legítima de los descendientes con el objeto de beneficiar a los que hayan sido judicialmente incapacitados, analizando la incidencia de esta modificación en la ampliación de la libertad dispositiva del testador, comparando esta regulación con la contenida en el Código Civil brasileño.

ABSTRACT: *In this paper we tackle the recent legislative reforms that have been introduced in the Spanish Civil Code in the Law of inheritance, specifically the «forced heirship» or the system of the legitimates of the descendants, aimed to benefit the descendants that have been judicially disqualified or incapacitated. We analyze how this modification affects on the enlargement of the testamentary freedom of the decedent, and, finally, we compare this regulation with the Brazilian legislation in its Civil Code.*

PALABRAS CLAVE: Legítima. Incapacitado. Discapacidad. Libertad testamentaria. Cuota.

KEY WORDS: *Legitimate system. Incapable. Disable. Testamentary freedom. Share.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A FAVOR DE UN DESCENDIENTE INCAPACITADO CON UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ANTES DE LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD. 2. SITUACIÓN TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA EN EL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY ANTERIORMENTE REFERIDA. 3. REQUISITOS PARA EL GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A FAVOR DE UN INCAPACITADO. 4. ¿CÓMO AFECTA EL GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA A LA LIBERTAD DEL TESTADOR PARA DISPONER DEL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN?—III. LEGÍTIMA Y LIBERTAD DE TESTAR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Muchos son los retos jurídicos que el siglo XXI afronta y, en particular, el Derecho de Familia y el Derecho de sucesiones han de adaptarse a esta realidad cambiante.

Como el propio título del trabajo indica, nosotros nos centraremos en el Derecho sucesorio y, concretamente en las reformas de las que ha sido objeto en fechas relativamente recientes. Como estas afectan a distintos aspectos y, dada la limitación de espacio, vamos a concretar el artículo en la relativa a la legítima y a la consiguiente ampliación de la libertad de testar (por cierto, muy escasa) pues esta institución, de gran tradición histórica en el Derecho español, limita en gran medida la libertad dispositiva del testador. Esta modificación le permite unas posibilidades de las que antes carecía y que desarrollaremos a lo largo del artículo, comparándolo con la regulación contenida en el Código Civil brasileño, más generoso con esa libertad del testador que el español, pues la cuota legitimaria es menor.

II. GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA ERICTA A FAVOR DE UN DESCENDIENTE INCAPACITADO CON UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1. LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ANTES DE LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

En la redacción originaria del Código Civil, uno de los dos tercios que conforman la legítima de los descendientes o legítima estricta, necesariamente había de ser dividida en partes iguales entre todos los hijos¹. En caso de premuerte del progenitor legítimo o incapaz para suceder por indignidad o desheredación, procede la división entre sus descendientes, que se convierten así en legitimarios por derecho de representación², si bien estos heredan por estirpes, con lo que la cuota no es igual que la de sus tíos, con quienes concurren. Reciben, exclusivamente, la parte correspondiente a su progenitor.

De modo que, la parte de la legítima o legítima estricta queda, absolutamente, fuera del ámbito de autonomía de la voluntad del disponente y a ella no pueden acceder otras personas que los hijos o, en su caso, los descendientes que sean legitimarios. Y tampoco admite ningún tipo de gravamen³. Así, el artículo 782 del Código Civil español dispone: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima» y, a continuación, tras la reforma operada por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, sigue diciendo: «salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808».

El otro tercio, el de mejora, ha de ir también a hijos y descendientes, pues se puede mejorar a los nietos viviendo los hijos, lo que implica ya una relativa disponibilidad sobre el mismo. Decimos relativa porque solo puede ir destinada a descendientes. Si se utiliza este tercio para mejorar, no es necesario que se disponga de todo, puede disponerse solo de una parte, integrándose la porción de que no hubiese dispuesto en la legítima, lo que supone una ampliación de la llamada legítima corta o estricta. Además este tercio está gravado con la legítima del cónyuge viudo, que consiste en un tercio en usufructo.

El tercio restante es de libre disposición que puede utilizarse para mejorar a algunos hijos o descendientes o destinarlo a cualquier otra persona. Al cónyuge, por ejemplo, para mejorarlo respecto de la escasa legítima que el Código Civil le reconoce: el usufructo de un tercio de herencia si concurre con descendientes, pero con independencia de con quien concurra, su legítima siempre será en usufructo.

En este aspecto ha sido más generoso el legislador brasileño que sin reconocerlo en ningún precepto concreto, del conjunto de su articulado se desprende que la legítima del cónyuge es en plena propiedad, y así lo reconocen BROHADO TEIXEIRA Y LEITE RIBEIRO⁴, al decir que «el usufructo correspondiente al viudo en la vetusta legislación, ha perdido todo su sentido, siéndole atribuido ahora una reserva hereditaria en plena propiedad».

El artículo 1831 del Código brasileño reconoce al cónyuge viudo, además de lo que le corresponda en la herencia, un derecho real de habitación sobre el inmueble destinado a residencia de la familia, si esta es la única vivienda existente en la herencia⁵. Pero hay que destacar que no solo reconoce derechos hereditarios al cónyuge, sino también al compañero. En este sentido el artículo 1790 dispone que el compañero o compañera participará en la sucesión del otro en los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la unión estable, llegando incluso a adquirir toda la herencia en caso de inexistencia de ascendientes y descendientes.

Este artículo 1790 y más concretamente el párrafo IV que atribuye toda la herencia al compañero, ha sido objeto de varios comentarios por parte de la doctrina y, por supuesto de distintas interpretaciones que trataremos en el lugar oportuno. También, hay que decir que en el capítulo II relativo a los herederos necesarios, no se le menciona como tal, sino solo al cónyuge. Del compañero se habla como heredero legítimo; esto es, intestado. Esta desigualdad de trato existente entre compañero y el cónyuge ha sido duramente criticada por la doctrina brasileña, por considerar que hay una desigualdad de trato entre el cónyuge y el compañero estable⁶. De hecho, algún autor⁷, reconoce que el compañero no es heredero necesario y, en su opinión, el compañero sobreviviente de una unión estable es un heredero facultativo y, como tal, puede ser excluido de la herencia por disposición testamentaria.

2. SITUACIÓN TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA EN EL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY ANTERIORMENTE REFERIDA

Con esta Ley se modifica, entre otros, el artículo 808 del Código Civil español que ha añadido un tercer párrafo, pasando el actual tercero a ser el cuarto. El citado apartado dispone lo siguiente: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados judicialmente y fideicomisarios los coherederos forzosos».

La sustitución fideicomisaria se caracteriza por establecer un orden sucesivo en el llamamiento y disfrute de los bienes hereditarios (art. 781 del Código Civil). Con ello, como se ha puesto de manifiesto más arriba, la tradicional intangibilidad de la legítima estricta desaparece para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados⁸. Teniendo en cuenta que el fideicomiso puede ser normal, esto es, teniendo el fiduciario la obligación de conservar los bienes fideicomitidos para

que, a su fallecimiento, los reciban los fideicomisarios (art. 783 del Código Civil, en el que también se establece que tal sustitución debe ser expresa), también cabe la posibilidad de establecer un fideicomiso de residuo en el que el testador autoriza al fiduciario a disponer en determinadas circunstancias o sin ningún tipo de limitación, de los citados bienes, pues el artículo anteriormente citado deja a salvo que el testador pueda disponer otra cosa, en cuyo caso el fideicomiso más que gravar, puede convertirse en una privación de la legítima⁹, aunque la mayoría de la doctrina, cuya opinión compartimos, considera que en este caso debería tratarse de un fideicomiso normal¹⁰, pues de lo contrario podría suponer una desheredación de los colegitimarios fideicomisarios.

Otra cuestión relevante es que cuando el fideicomiso se establezca a favor de un descendiente (nieto, por ej.) este debe ser legítimo¹¹. En nuestra opinión no cabe la posibilidad de establecerlo, como ocurre con la mejora, a favor de un nieto incapacitado viviendo sus padres, pues se trata de disponer de la legítima estricta que la Ley ha reservado a los, según nuestro parecer, mal llamados herederos forzosos¹², pues la legítima puede pagarse por cualquier título (art. 815 del Código Civil), no solo a título de heredero. También el Código Civil brasileño utiliza una expresión equivalente al denominarlos «herederos necesarios» (entre otros, artículo 1789, 1845 del Código Civil brasileño), cuando de su articulado se desprende que, al igual que en el Código español, puede pagarse la legítima por cualquier título.

Respecto de la sustitución fideicomisaria, nos ha llamado la atención la regulación que de ella hace el legislador brasileño, pues el artículo 1952 del Código Civil dispone que la sustitución fideicomisaria solo se permite a favor de no concebidos al tiempo de la muerte del testador. El párrafo único dice, a su vez, que si al tiempo de la muerte del testador, ya hubiera nacido el fideicomisario, adquirirá este la propiedad (en nuestro Derecho, nuda propiedad, aunque también la doctrina utiliza la expresión nuda propiedad)¹³ de los bienes fideicomitados, convirtiéndose en usufructo el derecho del fiduciario, regulación criticada por la doctrina por la gran limitación que supone para disponer un fideicomiso, lo que hace que la figura prácticamente no se utilice¹⁴.

3. REQUISITOS PARA EL GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA ERICTA A FAVOR DE UN INCAPACITADO

Para que la sustitución fideicomisaria pueda gravar el tercio de legítima estricta correspondiente a los descendientes, excepcionando así la regla de absoluta intangibilidad de la legítima, es requisito *sine qua non*, que el descendiente beneficiario esté incapacitado judicialmente. Pese a que esta norma se ha introducido en una Ley protectora de la discapacidad¹⁵, esta situación por sí sola no es suficiente para ello, salvo que además de discapaz, la persona esté incapacitada, pues es evidente que en una misma persona pueden darse ambas circunstancias¹⁶. Como dice DÍAZ ALABART¹⁷, «la incapacitación del fiduciario sería una *conditio iuris* resolutoria, implícita en la institución». Si el fiduciario recupera la capacidad, la condición que si no se cumple no permite crearlo, si una vez creado deja de cumplirse, tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso, en cuyo caso al desaparecer, los bienes que componían el fideicomiso recuperan su naturaleza: vuelven a estar libres de gravamen, el tercio de legítima estricta del testador¹⁸. En tal caso, como el fideicomiso que recae sobre el tercio de legítima estricta corresponde por igual a todos los hijos del testador, deberá ir a parar por igual a todos los descendientes legitimarios, incluido el incapacitado

cuya capacidad ha recuperado, en la parte que le corresponda, pues es un legítimo más¹⁹. Opinión distinta sostiene PEREÑA VICENTE²⁰ quien mantiene que si el incapacitado recupera la capacidad antes del fallecimiento del testador, la sustitución queda sin efecto, pero si la recupera con posterioridad, salvo que el testador haya impuesto esa condición, los fideicomisarios tendrán que esperar al fallecimiento del fiduciario para recuperar los bienes fideicomitidos.

Teniendo en cuenta la situación actual; es decir, el objeto de reforma ha sido el tercio de legítima estricta que, a diferencia de lo previsto con anterioridad, ahora admite gravamen —si bien en un caso muy concreto, a favor de un descendiente judicialmente incapacitado— los tercios de mejora y libre disposición no se han tocado, por lo que puede darse la circunstancia de que el testador deje al incapacitado, además del fideicomiso sobre la legítima estricta, la nuda propiedad del tercio de mejora si concurre con el cónyuge viudo, pues esta, como ya se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, aparte del usufructo del cónyuge viudo, siempre se pudo disponer de ella a favor de descendientes y, por supuesto, el tercio de libre disposición, con lo cual, si así lo manifiesta el testador, todos sus bienes pueden ir a parar al incapacitado, si bien algunos, no de forma definitiva²¹. Como dice PEREÑA VICENTE²², «esta situación en la práctica puede generar conflictos entre coherederos, lo que puede redundar en una crispación familiar que en nada beneficia al incapacitado tan necesitado de protección».

En definitiva, poco beneficio va a obtener el incapacitado con esta reforma, pues si este gravamen no se hubiera establecido, el testador siempre podría dejarle, además de su porción de legítima, el tercio de mejora en plena o nuda propiedad dependiendo de la concurrencia o no con el viudo o viuda, y el tercio de libre disposición en plena propiedad, evitando de esta manera que los colegitimarios tengan que esperar al fallecimiento del incapacitado para poder adquirir los bienes de la herencia²³. Incluso puede darse la circunstancia de que alguno de los coherederos fallezca antes que el incapacitado, caso en el que se vería privado de su legítima sin causa legal para ello, lo que en la práctica equivaldría a una desheredación, aunque cuando fallezca el discapacitado, la parte que debería recibir el hermano premuerto vaya a sus descendientes²⁴, si los tiene, naturalmente.

4. ¿CÓMO AFECTA EL GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA A LA LIBERTAD DEL TESTADOR PARA DISPONER DEL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN?

Otro problema es la posibilidad de disposición con que cuenta el testador con respecto al resto de su herencia. Hemos dicho más arriba que otorgar al testador la posibilidad de gravar el tercio de legítima estricta, aunque sea para un caso muy concreto, cosa antes impensable, supone una ampliación de la libertad de testar, siquiera mínima. El tema es, ¿qué ocurre con el tercio de mejora y el de libre disposición? ¿puede disponer de ellos libremente o, como parece más razonable, debe dejarlo también al incapacitado? Sobre este debate se han manifestado dos posturas, si bien no son tan contradictorias como en un principio podría parecer: la de DÍAZ ALABART²⁵ y ESPEJO LERDO DE TEJADA²⁶, entre otros. Mientras que la primera sostiene que no hay nada que impida, según la Ley, al testador disponer libremente del tercio de libre disposición y, por supuesto del tercio de mejora, eso sí, a favor de descendientes, el segundo sostiene que según el espíritu de la Ley, la intención del legislador es dejarle al incapacitado la mayor cantidad de bienes posibles, cosa que también defiende DÍAZ ALABART, pues

no considera razonable que se le permita gravar el tercio de legítima estricta y conservar libertad de disposición sobre el resto de la herencia, pero reconoce que tal como está redactada la Ley, es perfectamente posible, mientras que ESPEJO LERDO DE TEJADA opina que desplazar a los legitimarios, estableciendo una sustitución fideicomisaria sobre su tercio de legítima para, posiblemente favorecer a un extraño, está fuera de los designios del legislador que lo que desea es que la mayor parte de sus bienes vayan a parar al descendiente incapacitado.

En nuestra opinión, si bien reconocemos con DÍAZ ALABART que según la Ley esto es posible, nos inclinamos más por la otra postura y, haciendo una interpretación adecuada, aunque la redacción de la Ley deje que desear, el espíritu de la misma, y la intención del legislador ha sido favorecer al incapacitado, cosa que no ocurriría si pudiese disponer libremente de los dos tercios restantes de su herencia, pues de lo contrario únicamente perjudicaría a los colegitimarios sin ningún beneficio para el incapacitado, cosa totalmente carente de sentido.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, esta reforma realmente amplía la libertad dispositiva del testador, o la restringe en exceso²⁷, en la medida que la única libertad que se le concede es gravar la legítima estricta, pero le «impide» disponer del resto de su herencia, aunque se supone que su voluntad es beneficiar a su descendiente incapacitado, pues la Ley no le obliga a ello, sino que dice que *podrá* hacerlo, esto es, gravar la legítima a su favor.

III. LEGÍTIMA Y LIBERTAD DE TESTAR

Dice CARRASCO PERERA²⁸, que «la legítima sucesoria castellana de hijos y descendientes, no goza en el siglo XXI de buena reputación, y el legislador no deja pasar ocasión de recortarla, aprovechando la reforma de textos legales que poco o mucho tienen que ver con el derecho hereditario». Y, ciertamente, como pone de manifiesto la generalidad de la doctrina, la legítima de los descendientes establecida en el Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en los derechos forales²⁹, es muy elevada: «dos tercios», lo que limita mucho la capacidad dispositiva del testador.

En la sociedad actual en que la expectativa de sobrevivencia es bastante alta, cuando los padres fallecen, los hijos ya se han labrado su propio futuro y tienen su vida resuelta, la mayor parte de veces, gracias a los esfuerzos que los padres han hecho para proporcionarles una formación, en muchos casos universitaria que les permita vivir con holgura³⁰, con lo cual, estos hijos ya han recibido en vida de sus padres bienes suficientes como para haber colmado toda su expectativa sucesoria. Cuando los padres fallecen, los hijos están más cerca de los 50 años que de los treinta y quien a esta edad no tiene ya resuelta su vida, será difícil que lo haga con la herencia que pueda recibir de sus progenitores³¹. De ahí que la doctrina, al menos una gran parte de ella, abogue por la reducción de la cuota legitimaria, e incluso de las personas con derecho a legítima³², y los más radicales, proponen la supresión de la misma³³. Como dice VALLADARES RASCÓN³⁴, «La herencia ya no tiene la función de transmitir de padres a hijos los medios de sustento de la familia, sino que suele ser un bienvenido complemento a la jubilación».

En el Derecho civil brasileño, destaca el artículo 1789 del Código Civil, cuyo tenor literal prevé «habiendo herederos necesarios, el testador solo podrá disponer de la mitad de su herencia». De lo cual cabe deducir que la legítima la constituye la mitad del caudal relictivo. Por su parte, el artículo 1846 del Código Civil

brasileño dice que a los herederos necesarios, de pleno derecho, le pertenece la mitad de los bienes de la herencia, constituyendo la legítima.

Debemos poner de manifiesto que en Brasil son herederos necesarios, en nuestra terminología, legitimarios, los descendientes, ascendientes y el cónyuge³⁵ (art. 1845), al igual que en el Código Civil español, pero a diferencia de este, su cuota legitimaria es menor: la mitad de la herencia, frente a los dos tercios de nuestro derecho para los descendientes.

La práctica notarial revela la existencia de un cambio sustancial en la realidad social y, como consecuencia, en la intención de los testadores a la hora de disponer de su patrimonio para cuando ocurra su fallecimiento, pues no en vano los notarios son los redactores de la mayor parte de testamentos que se otorgan en nuestro país y, por lo tanto, son buenos conocedores de la realidad actual, poniendo de manifiesto el choque existente entre la regulación de las legítimas, sobre todo en el derecho común y la realidad social que, al decir de algunos está demandando un cambio radical en el régimen sucesorio en orden a la libertad de testar³⁶.

En la mayoría de los casos los cónyuges se ganan un patrimonio con su esfuerzo y no escatiman apoyo personal ni económico en formar a sus hijos para que puedan ganarse la vida por sí mismos. Cuando llega el momento, acuden al Notario con la intención de nombrar heredero universal a su cónyuge o usufructuario universal para que en los años de viudez el sobreviviente pueda vivir con cierta holgura y con los menores agobios posibles, pues es muy probable que su edad sea avanzada y necesite cuidados y asistencia, cosa que no siempre los hijos proporcionan a sus padres mayores, quienes con frecuencia suelen suponerles una carga.

En su virtud, es difícilmente entendible que no puedan dejar su herencia al cónyuge porque se lo impide el sistema de legítimas existente en el Código Civil³⁷ o, sencillamente, dejar sus bienes a la persona que le haya atendido y proporcionado las atenciones que haya necesitado en su vejez, sea hijo (excluyendo a los otros), pariente o extraño, y la legítima del cónyuge concurriendo con descendientes es solo de un tercio de usufructo, a diferencia de lo que ocurre en Brasil en donde la legítima del viudo es en plena propiedad, como ya se ha puesto de manifiesto más arriba y, además, le reconoce un derecho real de habitación sobre el inmueble destinado a vivienda familiar (art. 1831).

De lo expuesto hasta el momento, resulta claro que el legislador brasileño (no en vano su Código es considerablemente más reciente que el nuestro) ha sido más respetuoso con la libertad del testador, no solo estableciendo una cuota legitimaria menor, sino también con el cónyuge viudo, pues aparte de reconocerle la legítima en propiedad, le concede un derecho de habitación, cosa que a muchos testadores españoles les habría gustado que el cónyuge supérstite disfrutara hasta el fin de sus días de la vivienda familiar, pues en muchos casos este es el único bien de valor existente en el matrimonio, y no una copropiedad con los descendientes y siempre a expensas de que alguno de los herederos ejercite la acción de división, si ha existido durante el matrimonio el régimen de gananciales y, en caso de separación de bienes, si la vivienda era privativa del premuerto, únicamente le corresponderá un tercio de usufructo sobre la misma. Realmente la situación del cónyuge, tal como están reguladas las legítimas, es muy precaria.

Como también se apuntó en su momento, el Código Civil brasileño reconoce derechos sucesorios al compañero o compañera, pero solo respecto de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en las siguientes condiciones: artículo 1790. I. Si concurre con hijos comunes, tiene derecho a una

cuota equivalente a la que por Ley le corresponde al hijo. II. Si concurre con descendientes solo del causante de la herencia, le corresponde la mitad de lo que le correspondería a cada uno de los descendientes no comunes. III. Si concurre con otros parientes necesarios, tendrá derecho a un tercio de la herencia. IV. No existiendo parientes de los mencionados en el apartado anterior, tendrá derecho a la totalidad de la herencia.

Partiendo de que el conviviente no es legitimario, sino que solo se le reconocen derechos sucesorios en la sucesión intestada, esta regulación es muy similar a la establecida en nuestro Código Civil para el cónyuge, si bien en nuestra opinión, su situación es más favorable, pues si bien su cuota es variable dependiendo de con quién concorra a la herencia, le corresponde una cuota superior y en plena propiedad, de la que nuestro derecho le reconoce al cónyuge, cuya porción legitimaria también es variable dependiendo de las personas con quienes concurren.

Como es lógico, este artículo ha sido objeto de comentario por la doctrina y también de críticas. Unos consideran el artículo inconstitucional por el distinto trato dispensado al compañero estable respecto del cónyuge como si la familia formada por una unión estable fuese de segunda categoría; y lo consideran inconstitucional, porque la Constitución Federal dispone que la familia debe ser protegida con independencia de que tenga su origen en el matrimonio o en una unión de hecho³⁸.

Otro punto objeto de interpretación es el relativo a los bienes correspondientes al compañero superviviente, pues cuando concurre con legitimarios, le corresponde una cuota determinada, pero solo de los bienes adquiridos por el premuerto durante la vigencia de la unión estable a título oneroso. Sin embargo, si no existen legitimarios, dispone el apartado IV del artículo 1790, que le corresponde la totalidad de la herencia. Esto, en nuestra opinión, está muy claro, la totalidad de la herencia comprende, al menos según nuestro del Código Civil, todas las relaciones jurídicas que en vida correspondían al causante. En este sentido GABRIELA TUSA³⁹ considera que la totalidad de la herencia comprende todos los bienes que componen el acervo hereditario, sin las limitaciones previstas en el primer apartado del artículo objeto de comentario que limita su participación a los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable⁴⁰. No obstante, otros autores son de la opinión de que el inciso IV, debe ser interpretado en consonancia con el apartado I, que limita la adquisición a los bienes obtenidos durante la unión a título oneroso, y en este sentido, si el compañero sobreviviente concurre con otros legitimarios, su cuota de participación deberá ser calculada sobre esos bienes, no sobre todos los existentes en la herencia. El problema se plantea cuando no existen otros legitimarios con los cuales debe concurrir ¿le corresponde la totalidad de la herencia o solo la totalidad de los bienes adquiridos onerosamente durante la unión estable? Algún autor comparte esta última postura⁴¹, pese a que en este caso, el resto de bienes de la herencia, al no existir otros parientes, le corresponderían al Municipio por considerarse vacantes, porque consideran que todos los apartados de un mismo artículo deben ser interpretados en consonancia. No obstante, la mayoría de la doctrina defiende la opinión contraria por considerar que tal interpretación llevaría al absurdo de discriminar al compañero a favor del poder público⁴².

En nuestra opinión, y partiendo del limitado conocimiento del Derecho civil brasileño, cuando el párrafo IV del artículo 1790 dice que el compañero recibirá toda la herencia del premuerto, se refiere a toda la herencia, no solo a un determinado grupo de bienes. El hecho de que el precepto limite la adquisición del compañero a determinados bienes del premuerto si concurre con otros legi-

timarios, no significa contradicción con lo dispuesto en el párrafo IV, pues en este, concurre solo a la herencia, y no nos parece razonable que parte de los bienes del fallecido los reciba el Municipio en perjuicio del conviviente, pues este ha compartido una vida con el *de cuius* y con toda seguridad le ha asistido en su última enfermedad o, al menos, le ha acompañado hasta el final de sus días, cosa que, evidentemente, no ha hecho el poder público para que se beneficie de parte de los bienes del causante en perjuicio del compañero, máxime cuando la propia Constitución protege la familia con independencia de su origen: bien sea en el matrimonio o en una unión de hecho.

Como conclusión a lo expuesto hasta el momento, y por lo que al Derecho español se refiere, teniendo en cuenta que la realidad social del momento dista mucho de la existente en la época de redacción del Código Civil (desmembramiento de la unidad familiar, cada vez mas concentrada en la familia nuclear, los cambios en la composición del patrimonio, con progresiva pérdida del significado de la casa, el mayor peso que se otorga a la libertad individual, etc.)⁴³, el sistemas de legítimas de los descendientes debe ser objeto de una profunda reforma que amplíe la libertad dispositiva del testador⁴⁴, bien reduciendo la cuota legitimaria de los descendientes, o incluso suprimiendo las legítimas, si bien esta última solución nos parece un poco radical teniendo en cuenta que en determinados casos, y pese a la gran esperanza de vida de las personas, puede ocurrir que al causante le queden hijos de corta edad o que aún no hayan concluido su formación siéndole necesarios los bienes dejados por su progenitor fallecido.

La doctrina propone soluciones alternativas al sistema de legítimas que, como es obvio, no pueden ser expuestas aquí por evidentes razones de espacio, como es la constitución de un derecho de alimentos que los legitimarios que tengan derecho a ellos puedan reclamar de los sucesores del causante en proporción a los bienes recibidos⁴⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2008.
- BARRIO GALLARDO, A., Atemperar la rigidez de la legítima, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, 2007.
- BENEDITO DE OLIVEIRA, E., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Derecho civil*, vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.
- BROCHADO TEIXEIRA, A. C. y PEREIRA LEITE RIBEIRO, G. (coord.), *Manual de Direito das famílias e das Sucessões*, Mandamentos editora, Brasil, 2008.
- CAHALI, F., Comentario al artículo 1845, *III Jornada de Direito civil*, Centro de Estudios Judiciarios, Brasil, 2005.
- CALATAYUD SIERRA, A., Consideraciones acerca de la libertad de testar. Ponencia presentada en la Academia Sevillana del Notariado el día 23 de marzo de 1995. *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. IX, 1995.
- CARRASCO PERERA, Acoso y derribo de la legítima, *AC*, núm. 580, 2003.
- CARVALHO, L. P. V., O novo Código Civil: a nova ordem da vocação hereditária, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 15, julio-septiembre, 2003.
- COBAS COBIELLA, M. E., Hacia un nuevo enfoque de las legítimas, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación

- de Profesores de Derecho civil. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia
- DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la intangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2006.
- La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente. (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *RDP*, mayo-junio, 2004.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 53, 2005.
- FUENTESECA, C., Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, *Libro homenaje al Profesor Albaladejo García*, t. I.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, VII, Marcial Pons, 2010.
- LÓPEZ NAVARRO, J., Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado, *Dictalaw. Notarios y Registradores.com*.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., La libertad de testar, *RDP*, 2005.
- MORETÓN SANZ, M. F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: Igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI*, núm. 723, 2011.
- Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria, *RCDI*, núm. 722, 2010.
- NEVARES, A. L. M., *A tutela sucessória de cônyuge e do companheiro na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro, 2004.
- PEREIRA GIL, F., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil*, vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.
- PEREÑA VICENTE, M., El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, *La Ley*, miércoles 18 de febrero de 2004.
- PIANOVSKI, C. E., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil*, vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 3, Bosch, Barcelona, 1991.
- REZENDE DANTAS JÚNIOR, A., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil*, vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.
- RIVERA ÁLVAREZ, J. M., La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes, *Libro homenaje al Profesor Albaladejo García*, t. II.
- RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*. Bosch, Barcelona, 2009.
- ROCA SASTRE, R. M.^a, *Estudios sobre sucesiones*, t. II. Instituto de España, Madrid, 1981.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones*, t. I. Bosch, Barcelona, 1995.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *AC*, 2004-1.

- TORRES GARCÍA, T., Derecho de sucesiones, presente y futuro. *XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*. Santander, 9 a 11 de febrero de 2006.
- TUSA, G., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Derecho civil*, vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.
- VALLADARES RASCÓN, E., Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil. *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, t. II.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. *Apuntes de Derecho sucesorio*. Instituto nacional de estudios jurídicos, del ADC, Madrid, 1955.
- VAQUER ALOY, A., Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2007.

NOTAS

¹ Hay que destacar que entre los hijos se comprenden tanto los habidos por naturaleza como adoptivos, pues estos se equiparan a todos los efectos a los primeros y tienen exactamente los mismos derechos que los consanguíneos. En este sentido *vid.* el trabajo de MORETÓN SANZ, M.^a F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: Igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI*, núm. 723, 2011.

² En este sentido, *vid.*, el artículo de MORETÓN SANZ, M.^a F., Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria, *RCDI*, núm. 722, 2010.

³ Véase por todos, ROCA SASTRE, R. M.^a, *Estudios sobre sucesiones*, t. II, Instituto de España, Madrid, 1981, 39.

⁴ *Ob. cit.*, 695.

⁵ En este sentido, cfr. BROCHADO TEIXEIRA, A. C. y PEREIRA LEITE RIBEIRO, G. (Coords.) *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Mandamentos editora, Brasil, 2008, 695.

⁶ Cfr. NEVARES, A. L. M., *A tutela sucessória de cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro, 2004, p. 176; CARVALHO, L. P. V., O novo Código Civil: a nova ordem da vocação hereditária, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 15, julio-septiembre, 2003, p. 123.

⁷ CAHALI, F. J., Comentario al artículo 1845, *III Jornada de Direito civil*, Centro de Estudios Judiciarios, Brasil, 2005, p. 425.

⁸ Como dice LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, 6.^a edición, ed. Marcial Pons, 2010, p. 203, la LPPD altera el principio de intangibilidad de la legítima en defensa de los incapacitados mediante la posibilidad de existencia de una sustitución fideicomisaria que grave el propio tercio de legítima estricta.

⁹ Cfr. DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2006, 4 y 6; La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *RDP*, mayo-junio de 2004, 261. También LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, 203 opina que el testador podrá disponer un fideicomiso normal o de residuo. Igualmente PEREÑA VICENTE, M., El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, *LA LEY*, miércoles 18 de febrero de 2004, p. 2. LÓPEZ NAVARRO, J., Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado, *Dictalaw. Notarios y Registradores. com*, 14, en principio también comparte la opinión de que el incapacitado no puede disponer, ni siquiera con aplicación del principio de subrogación y ni siquiera en los casos de necesidad o utilidad manifiesta, pero se plantea qué ocurre en aquellos bienes fideicomitidos que no producen frutos o renta; en su opinión, el incapacitado con las correspondientes autorizaciones, puede disponer, si hay consentimiento del fideicomisario, pero no, si falta el mismo. A nosotros nos ha llamado la atención que no haya tenido en cuenta la posibilidad

de que el propio testador le haya autorizado para disponer, cosa que le permite el Código. Otra cuestión es este supuesto concreto que nos planteamos en el que, si se autoriza una disposición de los bienes objeto del fideicomiso, en la práctica supone una desheredación en contra de lo dispuesto en los artículos 848 y siguientes del Código Civil. Ahora bien, la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad al autorizar la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, no le impuso ninguna limitación al testador a la hora de establecerlo, con lo cual, en principio, con la Ley en la mano, puede establecer el fideicomiso que tenga por conveniente, esto es, normal, con obligación de reservar. De residuo, en su doble vertiente de que los fideicomisarios reciban lo que quede, de lo que necesariamente algo debe quedar (*de eo quid supererit*), o que reciban lo que quede, si es que algo queda (*si quid supererit*), caso en el que el fiduciario puede disponer libremente de dichos bienes: *inter vivos*, *mortis causa* e incluso a título gratuito (en este sentido, cfr. ROCA SASRTE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones*, T. I, ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 523. También RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, ed. Bosch, Barcelona 2009, p. 308. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 276). Quede claro que nosotros no compartimos esta opinión, pero según está redactada la Ley, esa posibilidad existe.

¹⁰ En este sentido, RIVERA ÁLVAREZ, J. M., «La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes», *Libro homenaje al Profesor Albaladejo García*, T. II, p. 4187; COBAS COBIELLA, M. E., Hacia un nuevo enfoque de las legítimas, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006.

¹¹ Cfr. DÍAZ ALABART, S., «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima... *op. cit.*, 5. También LÓPEZ NAVARRO, J., *op. cit.*, 12.

¹² Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Apuntes de Derecho sucesorio*, Instituto nacional de estudios jurídicos, ADC, Madrid, 1955, 26 y sigs. Al respecto pone de manifiesto PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. V, vol. 3.º, ed. Bosch, Barcelona, 1991, 9, que «a pesar de que el artículo 806 habla de herederos forzosos, no se encuentran propiamente herederos de esta clase en el Código Civil. Para que los hubiera, sería necesario que la Ley atribuyera de manera directa y forzosa una cuota de la herencia a los legitimarios y que este llamamiento prevaleciera por encima de la omisión del testador, o que en todo caso se impusiera al causante la obligación de dejar siempre la legítima a título de herencia. Pero no ocurre nada de esto. Hay la sucesión testada y la intestada, pero no una tercera forma que sería la sucesión hereditaria forzosa».

¹³ Cfr. BROCHADO TEIXEIRA y LEITE RIBEIRO, *op. cit.*, 741.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Una persona discapacitada, según el artículo 2.2 de la Ley que analizamos, es una persona afectada por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %, lo cual no implica incapacitación en los términos del artículo 200 del Código Civil, si bien pueden darse las dos circunstancias: que un discapacitado además incurra en causa de incapacitación, en cuyo caso sí podría establecerse la sustitución fideicomisaria a su favor, pero no solo a favor del discapacitado que no haya sido incapacitado. Véase por todos LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, 203 y bibliografía allí citada.

¹⁶ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, AC, 2004-1, 358 y 359.

¹⁷ El discapacitado y la tangibilidad de la legítima..., *op. cit.*, 5. En el mismo sentido, COBAS COBIELLA, M.A., *op. cit.*, 56. También FUENTESECA, C., Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, 1746.

¹⁸ DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima..., *op. cit.*, 262. Parece compartir también esta opinión RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. *op. cit.*, 363.

¹⁹ DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima..., *op. cit.*, 5.

²⁰ *Op. cit.*, 3.

²¹ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 53, 2005, 119.

²² *Op. cit.*, p. 2. DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria..., *op. cit.*, 268.

²³ Cfr. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 2; DÍAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria... *op. cit.*, 268; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, 119; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *op. cit.*, 362.

²⁴ Cfr. DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria..., *op. cit.*, 267.

²⁵ La sustitución fideicomisaria..., *op. cit.*, 267.

²⁶ *Op. cit.*, 121 y 122.

²⁷ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, 122.

²⁸ Acoso y derribo de la legítima, AC, núm. 580, 2003, 1.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, *vid.* Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, establece la legítima de los descendientes, en una cuarta parte de la herencia (art. 243).

³⁰ Cfr. CALATAYUD SIERRA, A., Consideraciones acerca de la libertad de testar. Ponencia presentada en la Academia Sevillana del Notariado el día 23 de marzo de 1995. *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. IX, 1995, 4. Enlazado como <http://poa36.uned.es/vid>

³¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, 125 y sigs.

³² Por ejemplo, en la Ley de Derecho civil de Galicia, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, no son legitimarios los ascendientes; únicamente lo son, los descendientes y el cónyuge viudo, y la cuota legitimaria es únicamente de una cuarta parte de la herencia.

³³ Cfr. VALLADARES RASCÓN, E., Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, t. II, *op. cit.*, 4895; CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, 1; COBAS COBIELLA, M. E., *op. cit.*, p. 50; BARRIO GALLARDO, A., «Atemperar la rigidez de la legítima», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, 2007, p. 6. MAGARIÑOS BLANCO, V., «La libertad de testar», *RDP*, 2005, 20 y sigs.; VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2007, 3.

³⁴ *Op. cit.*, 4900.

³⁵ Como puede observarse, este precepto no recoge al compañero sobreviviente como heredero necesario.

³⁶ MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.*, 20.

³⁷ Cfr. CALATAYUD SIERRA, A *op. cit.*, 5.; VALLADARES RASCÓN, E., *op. cit.*, 4899 y 4900.

³⁸ Cfr. REZENDE DANTAS JÚNIOR, A., «Comentario del artículo 1790 del Código Civil», en *IV Jornada de Directo civil*, vol. II, Centro De Estudios Judiciarios, 2007, 716. En el mismo sentido y en la misma obra anteriormente citada, PIANOVSKI, C. E., 724 y 725.

³⁹ *Op. ult. cit.*, 725.

⁴⁰ En el mismo sentido, EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 726.

⁴¹ En este sentido, *vid.* FLÁVIA PEREIRA GIL, *op. cit.*, 722.

⁴² Al respecto, *vid.*, EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, *cit.*, 727; GABRIELA TUSA, *cit.*, 725.

⁴³ VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴ Véase por todos, DÍAZ ALABART, S., «La sustitución fideicomisaria...», *op. cit.*, 269.

⁴⁵ Cfr. BARRIO GALLARDO, A., *op. cit.*, 14. TORRES GARCÍA, T., «Derecho de sucesiones presente y futuro». XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006, 222.