

La exclusión del hijo en la herencia del testador.

(Una visión actualizada de la
dasheredación en el Código Civil)

*The exclusion of children from
the testator's inheritance.
(An updated view of disinheritance
in the Civil Code)*

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Córdoba

RESUMEN: El instituto de la desheredación ha sido tratado tradicionalmente como una sanción al heredero forzoso que, inciso en alguna de las causas que establece el Código Civil, queda privado, por voluntad del testador, de lo que le correspondería en concepto de legítima.

Como ocurre en tantas otras materias propias del Derecho de Sucesiones, el hecho de que el Código mantenga prácticamente intacta su redacción original hace necesaria, casi un siglo y medio después de su promulgación, una interpretación o reinterpretación de las normas afectantes a la desheredación, así como dar respuesta a algunas cuestiones no resueltas entre las que se incluye la llamada desheredación parcial, la desheredación condicional, el destino de los bienes negados al desheredado, y los problemas de toda índole que plantea el

artículo 857 al señalar a los descendientes del desheredado como beneficiarios de la porción dejada vacante por este, así como la reciente admisión por vía jurisprudencial del maltrato psicológico como nueva causa de desheredación inclusa en la del maltrato de obra sí recogida expresamente por el Código.

ABSTRACT: Disinheritance has traditionally been treated as a type of penalty imposed on forced heirs, who, subject to any of the causes established by the Civil Code, are deprived by the testator of the legal portion of inheritance to which they are entitled.

As in so many other inheritance law matters, the fact that the Civil Code has remained virtually unchanged with respect to its original wording makes it necessary to, almost one hundred and fifty years after it came into force, interpret or reinterpret the rules governing disinheritance, and answer some unresolved questions including the matter of so-called partial disinheritance, conditional disinheritance, the destination of the estate not awarded to the disinherited party, and all the problems envisaged in Article 857 resulting from the identification of the descendants of the disinherited party as the beneficiaries of the unclaimed estate left by the latter, as well as the recent acceptance, based on case law, of psychological abuse as new grounds for disinheritance, including the acceptance of physical abuse itself, which is expressly enshrined in the Code.

PALABRAS CLAVE: Desheredación. Legítima. Herederos forzados.

KEY WORDS: Disinheritance. Legal portion of inheritance. Forced heirs.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTO DE LA DESHEREDACIÓN DE DESCENDIENTES.—III. CONCEPTO, REQUISITOS Y CONTENIDO. ¿DE QUÉ PRIVA LA DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN? DISTINCIÓN ENTRE LEGÍTIMA Y CUALIDAD DE LEGITIMARIO.—IV. ¿QUÉ PUEDE HACER EL TESTADOR PARA EXCLUIR A UN HIJO DE SU HERENCIA? UN CIERTO APERTURISMO EN LA CONSIDERACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN.—V. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR PARCIAL Y CONDICIONALMENTE: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA DESHEREDACIÓN PARCIAL. LA CUESTIÓN DE SU ADMISIBILIDAD. 3. LA DESHEREDACIÓN PARCIAL CUANDO LA DESHEREDACIÓN RESULTA INEFICAZ. 4. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR CONDICIONALMENTE.—VI. LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA A LOS DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO. EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO. 3. EL DESCENDIENTE DEL DESHEREDADO NO ES LEGITIMARIO.—VII. OTROS PROBLEMAS: 1. ¿QUÉ RECIBE EL DESCENDIENTE DEL

DESHEREDADO? 2. ¿QUÉ OCURRE SI EL NIETO BENEFICIADO PREMUIERE SIN DESCENDENCIA AL PADRE DESHEREDADO? 3. LA ATRIBUCIÓN CUANDO LOS DESCENDIENTES SON MENORES. 4. SI EN LA HERENCIA SOLO HAY PASIVO ¿SE APLICA EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL? 5. DESHEREDACIÓN HECHA EN FRAUDE DE ACREDITORES.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Para sancionar al descendiente que incurre en alguna de las causas legalmente tasadas, el Código contempla la institución de la desheredación. Desde sus albores, esta figura ha sido considerada como un castigo que el testador prevé en su última voluntad para reprobar el agravio sufrido, mediante la privación de la cuota que por legítima le correspondería al descendiente.

Sin embargo, transcurrido casi un siglo y medio desde su promulgación, las modificaciones operadas en los preceptos que regulan la desheredación han sido pocas y de poca entidad, por lo que se advierte una falta de correspondencia entre estas normas y la realidad social. Dejando a un lado la posibilidad de desheredar a otros sujetos, como el cónyuge o los ascendientes, este trabajo se centra en la desheredación de los descendientes. En concreto, uno de los aspectos que se abordan es que el Código se está refiriendo a la desheredación de hijos y no de nietos, pues mientras vivan los primeros estos siguen siendo legítimos y esta cualidad no se transmite a los segundos por el hecho de la desheredación.

Es necesario adaptar las normas a la realidad de hoy, al menos aplicando un criterio interpretativo que difiera del de entonces, cuando la esperanza de vida no llegaba a los cuarenta años y no eran, por tanto, frecuentes las situaciones de abandono o indiferencia hacia padres mayores que, duplicada hoy esta esperanza de vida, se suceden por desgracia con habitualidad en nuestros días. Aunque el Tribunal Supremo ha manifestado un cierto criterio aperturista en la consideración de las causas de desheredación, hay otras cuestiones que merecen atención, como la desheredación parcial y condicional o los numerosos interrogantes que plantea el artículo 857 del Código Civil.

Desde que se permite que la legítima no sea necesariamente atribuida a título de heredero —pues esta porción puede ser satisfecha en virtud de un legado, o quedar cubierta con donaciones hechas en vida por el causante¹—, el legítimo, se entiende, no es necesariamente heredero, por lo que podría plantearse si se puede, desheredado un hijo, hacerle una atribución patrimonial por otra vía, o no desheredarlo en todo lo que le correspondería como legítimo. Resulta lógico plantearse que un padre pueda querer privar al hijo de algo, pero no de todo.

Esta cuestión nos conduce a considerar la posibilidad de la denominada desheredación parcial, muy discutida históricamente por la mayoría de los autores, negada por muchos y admitida por los menos, precisamente porque el Código Civil no contiene disposición alguna sobre la desheredación parcial y

porque las dificultades que ofrece su admisibilidad explican que gran parte de la doctrina la entiendan como imposible.

Estas y otras preguntas serán objeto de estudio en este trabajo, desde una perspectiva que pretende, cuanto menos, plantear y orientar posibles soluciones a los problemas que en la práctica plantea este instituto a los operadores jurídicos encargados de su aplicación.

II. FUNDAMENTO DE LA DESHEREDACIÓN DE DESCENDIENTES

En ocasiones resulta especialmente difícil para el notario explicar al testador que acude a su despacho para determinar el destino de sus bienes *mortis causa*, que su voluntad no es soberana, sino que está constreñido por una serie de disposiciones legales que determinan quien o quienes van a ser beneficiarios de al menos una parte de su patrimonio.

Frente a la libertad de testar que tenía el *pater familias* en el Derecho Romano antiguo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen en materia sucesoria restricciones a la voluntad del causante en orden a la disposición de sus bienes *mortis causa*.

En general, los sistemas de derecho sucesorio optan por el sistema de legítimas que, con diversas variantes (en relación al cónyuge sobreviviente y a las cuantías), obliga a deferir el patrimonio del testador a favor de sus descendientes, permitiendo favorecer a unos sobre otros con la ampliación de la cuota legitimaria estricta pero, en definitiva, previendo el destino del todo o parte de los bienes del fallecido, haya o no otorgado testamento.

Desde hace décadas hay una fuerte corriente doctrinal que aboga por la modificación o supresión del sistema de legítimas entendiendo que, cuando cumple los requisitos de capacidad establecidos, la voluntad del testador ha de ser soberana y se le debe permitir dar a sus bienes el destino que deseé, máxime cuando, por distintos motivos, no es infrecuente que el testador no quiera nombrar heredero a algún hijo. Las relaciones padres-hijos resultan en ocasiones complicadas y, cuando estos últimos tienen la posibilidad de abandonar el domicilio familiar y sostenerse económicamente por sí solos se produce el abandono de los padres, que muchas veces son relegados a la vida en una residencia y otras permanecen en el domicilio sin la asistencia mínima que los hijos deberían dispensarles. ¿Es que no es suficiente motivo para no favorecer a un hijo el hecho de que haya olvidado afectivamente a sus padres?

Hace un siglo la esperanza de vida no llegaba a los cuarenta años en hombres y mujeres. Hoy se ha duplicado. Ello significa que, en aquel momento, serían excepcionales las situaciones en las que los hijos tuvieran que atender a sus padres mayores, circunstancia que, hoy día, es la regla general. Esta seguramente, es la explicación del por qué el Código Civil regula las obligaciones

de los padres respecto de los hijos pero no a la inversa. ¿Por qué es causa de desheredación el abandono de hijos por los padres (art. 756.1 del Código Civil) y no lo es el abandono de los padres por los hijos? Debe haberse supuesto por el legislador que los padres son adultos desde que son padres y por tanto pueden valerse por sí mismos, pero olvida que también es posible que se llegue a una situación en que los padres necesiten de la asistencia de los hijos para sobrevivir. Es más, en muchos aspectos el legislador considera al mayor como sujeto vulnerable y le dispensa una protección especial.

De la misma manera, el artículo 854 prevé la posibilidad de desheredar al progenitor por las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad (art. 170 del Código Civil) como consecuencia de sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma que son los que recoge el artículo 154 del Código Civil: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

Bien es cierto que ninguna norma legal recoge estos deberes ni otros parecidos en relación a los hijos respecto de los padres, pero creo que no cabe ninguna duda que, moralmente, existe al menos el deber de velar por los padres cuando la vejez o la enfermedad, o ambas, les impiden hacerlo por sí mismos².

Esta obligación puede presumirse incluida en el deber de alimentos que sí tienen los hijos respecto de sus progenitores, donde la asistencia médica a la que se refiere el artículo 142 del Código Civil podría, en este caso, entenderse como asistencia genérica de todo tipo, sin que forzosamente sea de tipo médico. Nada dice el Código Civil al respecto. Mucho menos de otras posibles causas, como la inexistencia de relación familiar alguna o, simplemente, la existencia de una mala relación.

Tradicionalmente se ha entendido que si bien el principio de libertad de testar respeta la autonomía jurídica del sujeto, deja indefensa a la familia, para quienes los deberes y sentimientos son incompatibles con el principio exclusivo de disposiciones arbitrarias³.

SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1095) encuentra el fundamento de la desheredación en el hecho que, de suprimirla, se desposee al ascendiente, y sobre todo al padre, de uno de aquellos medios de más eficaz garantía, por el estímulo humano del interés individual, que representa la facultad de desheredar con justa causa, para mantener la disciplina y la justicia familiares, ya que, el padre ejerce facultades de juez cuando premia y castiga, con motivo de su sucesión, por medio de las mejoras y de la desheredación, respectivamente.

Lo cierto es que la voluntad del testador tiene un alcance limitado⁴, aunque se le permite, mediante el instituto de la desheredación, privar de lo que le correspondería a un hijo cuando concurra una de las causas que el Código señala. La voluntad del testador supone, también aquí, un factor esencial para que opere la institución, voluntad que solo puede desenvolverse dentro del

testamento que la invoca, cuando ha tenido lugar una falta o atentado grave contra él, cuando el perjudicado no la niega y además puede probarse. La ley reconoce ciertos derechos a los legitimarios que pueden serle negados cuando exista causa que lo justifique⁵.

Pretender que la sustracción de todo margen de actuación al determinar el destino de nuestros bienes beneficia a alguien, carece hoy de fundamento social, jurídico y moral.

Dice O'CALLAGHAN (2015)⁶ que no tiene sentido modificar o ampliar la desheredación, que es una expresión mínima y poco frecuente de la legítima. Lo que el Código Civil debe hacer y decir es que la legítima queda eliminada y consagrada la libertad de testar. Las razones que abonan esta conclusión se desprenden de la propia realidad, realidad social, económica, física y jurídica.

Puede que en un futuro no muy lejano haya otra solución y, a la luz del nuevo Reglamento Europeo de Sucesiones, cuya entrada en vigor está prevista para agosto de 2015, acogerse el testador a la posibilidad que la norma ofrece de elegir el criterio de la residencia habitual del causante (última residencia declarada o ejercida) para determinar la Ley que va a regir su sucesión. La legislación anglosajona (Inglaterra, Escocia, Irlanda del Norte y Gales), permite una libertad total en la disposición de los bienes. Se trata de «paraísos hereditarios» que harían posible que todos los padres mal avenidos que quieran disponer de su herencia libremente puedan hacerlo sin traba alguna.

III. CONCEPTO, REQUISITOS Y CONTENIDO. ¿DE QUÉ PRIVA LA DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN? DISTINCIÓN ENTRE LEGÍTIMA Y CUALIDAD DE LEGITIMARIO

Aunque el Código Civil no dice qué es la desheredación, de los preceptos que le dedica, la doctrina ha extraído conceptos muy similares en los que la esencia la constituye la privación de la legítima, aunque, a consecuencia de esta falta de definición en el derecho positivo, lo que efectivamente incluya o, mejor dicho, excluya la desheredación, plantea muchos interrogantes.

Para MORENO QUESADA (2012, 647) desheredar es privar a un heredero forzoso, por medio de una disposición testamentaria y en virtud de una causa prevista por la ley, de la legítima que como tal le corresponde. Desheredar, decía ROYO MARTÍNEZ (1951, 247) es privar de la legítima por causa grave, justificada y demostrable a quien por razón de parentesco tendría derecho a ella. SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1103) escribió que la desheredación es una institución de Derecho Civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquellos que debieran heredarle; y, tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que, por su conducta o por las ofensas que le haya causado, se haga

indigno de sucederle. VALLET DE GOYTISOLO (1, 1982, 505), quien se ha ocupado profundamente de esta institución, la define como el acto formal por el cual el testador, invocando una causa legal y cierta, excluye de su derecho a un legitimario. RIVAS MARTÍNEZ (1992, 435), reproduce esta misma definición.

De la lectura detenida de estas expresiones, aunque semejantes, surgen matizadas y dudas porque parece que, al menos doctrinalmente, es posible tomar como base del concepto de desheredación, bien la exclusión del legitimario en aquella atribución patrimonial que le hubiera correspondido en concepto de legítima de no haber sido desheredado; bien en lo anterior, más en aquellos derechos y facultades que, como legitimario, le pertenecerían de no haber sido excluido.

La cuestión tiene su importancia, porque el heredero forzoso, además de ser tributario de la porción legítima que, en proporción al número de colegitimarios y dependiendo del hecho de que el testador haya hecho uso o no de la facultad de mejorar la correspondencia, es una pieza poderosa en la herencia, pues le asisten derechos y facultades de vital importancia, como el de intervenir en la partición, la posibilidad de ejercitar la acción de derecho al complemento o la de exigir la reducción por inoficiosidad. Y como además, si el desheredado tiene descendientes, dice el Código que estos *ocuparán su lugar* (art. 857 del Código Civil), es de vital trascendencia determinar qué pierde el desheredado, pues será esto lo que aquellos reciban.

Históricamente la desheredación privaba de la herencia. En Roma los *exheredados* se contraponían a los instituidos herederos⁷. Quedaba a la libertad del testador exheredar sin necesidad de alegar o justificar causa alguna. Posteriormente, la Novela CXV estableció la necesidad de que estuviera fundada en una justa causa y la prueba por el heredero en caso de ser negada por el desheredado.

El Derecho Justiniano fue recibido en las Partidas (Partida 6.^a, Título VII), que recogieron las justas causas de desheredación de los descendientes, de los ascendientes y del hermano. En cuanto a los descendientes, explicaba que «*Si el padre deshereda a su hijo por alguna razón cualquier de las que diximos en las leyes antes de esta, si fuere provada, dezimos que deue perder por ende el hijo la heredad del padre*».

El artículo 813.1 del Código Civil dice que «El testador no podrá privar a los herederos *de su legítima* sino en los casos expresamente determinados por la ley» y, después, en los artículos 848 a 857, regula la desheredación. No determina, sin embargo, si la desheredación priva de la herencia, de la legítima, o de la condición de legitimario con todos los derechos y facultades que le son inherentes.

Pudiera ser que la clave esté en el propio artículo 857: «Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de los herederos forzados respecto a la legítima». No dice que atribuya a los hijos y descendientes «sus derechos como legitimarios», sino que conservarán los derechos de herederos forzados «*respecto a la legítima*». Solo (MARTÍNEZ

DE AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, 133) los que se refieren a la legítima, pero no todos sus derechos como herederos forzosos, como el derecho a no ser preterido, por lo que concluye que esta «representación» queda restringida en los supuestos de indignidad y desheredación a aquellos derechos dirigidos a obtener su porción legitimaria, con exclusión de los referentes a la preterición.

Por el contrario, se puede entender que nuestro sistema de derecho sucesorio deja a la libre determinación del causante la disposición de la legítima dentro de los límites legales, pero no la condición de legitimario, porque las atribuciones que le competen no dependen de lo que el causante quiera, por lo que en cuanto acto de privación, la desheredación solo puede privar de aquello que se tiene con independencia de la voluntad del causante. En definitiva, de aquello que tiene derecho a exigir por su condición de tal.

Como dice BERMEJO PUMAR (2005, 518), la desheredación niega lo que cada sistema concede al legitimario. Si se entiende que priva de la condición de legitimario, podría concluirse —señala— que debe computar lo que en otro caso no debe y que lo recibido por el que sea desheredado se asigna a la porción de libre disposición, lo que supone una restricción a la libertad de disposición del testador. Para poder hacer alguna atribución al desheredado, el testador solamente podría imputarla al tercio libre, lo que no tendría que ser así si entendemos que la desheredación no priva de la cualidad de legitimario, porque podría hacerse la imputación al tercio de legítima y no se perjudicaría la libertad de atribución del causante.

La interpretación lógica y sistemática de los preceptos de la desheredación avalan esta idea: la cualidad de legitimario es indisponible; la atribuye la Ley y lo hace sin excepción. El testador no puede retirar la consideración de legitimario al hijo; puede privarle de su atribución que, por efecto del artículo 857 del Código Civil, pasará a los descendientes directos de este, pero seguirá siendo legitimario porque el artículo 807 del Código Civil le concede esta cualidad por los lazos de parentesco que le unen con el causante.

La voluntad del causante es excluir a quien no se puede excluir si no es desheredando, o desheredando sin causa, ya que es heredero forzoso. Si esta voluntad queda manifestada en el testamento y, cumpliendo los requisitos que exige el Código, no es contradicha o siéndolo resulta probada, habrá que concluir también que en el supuesto que en una misma sucesión convivan la testada y la intestada, por no haber dispuesto el causante de todos sus bienes en el testamento, o por existir en el momento de la apertura de la sucesión más bienes de los que formaban su patrimonio en el momento del otorgamiento, desheredado un legitimario en la primera lo será también en la segunda⁸.

La exclusión del desheredado de la sucesión intestada es (VALLET, 3, 1978, 569) un reflejo de la voluntad del causante manifestada al desheredar que, si quiere privar al que deshereda de lo que forzosamente le era debido, es evidente que tanto más le quiere excluir de aquello que solo depende de su voluntad dejárselo o no dejárselo.

Ignacio CASSO (1940, 5-6) estudió la exclusión de herederos en la sucesión legítima. Esta, entiende, puede hacerse de modo legal o voluntario. Al primer supuesto hace referencia la tradicional desheredación tal y como la entendemos en nuestro derecho positivo, es decir, la privación de la cuota legítima de los herederos forzados. Sin embargo, la exclusión voluntaria, hecha libremente a arbitrio del testador, sin traba ni predeterminación legal alguna, supone la privación de la herencia de los llamados por ley a la sucesión intestada. Es la denominada *Enterbung* germánica: «la exclusión total o parcial y mediante acto de última voluntad de un heredero llamado a la herencia legítima». Señala como los medios más frecuentes de hacerla:

La que denomina desheredación tácita de herederos forzados, de manera que la persona con herederos legítimos llamados a sucederle *ab intestato*, no los excluye expresamente de su herencia, pero en su testamento llama a otros herederos.

Un segundo supuesto en el que el testador no instituye ningún heredero en su acto de última voluntad; simplemente excluye de su herencia, en todo o en parte, a alguno o algunos de sus herederos llamados a sucederle *ab intestato*. Hay exclusión expresa del heredero legítimo apartado y hay, además, un testamento que podría llamarse puramente negativo, por no contener disposición alguna positiva.

Dado que en ambos casos es necesario que, si se trata de un legitimario, no se le prive de la cuota hereditaria que le corresponde legalmente, esta exclusión no es posible en nuestro Derecho, pues no da lugar a los efectos propios de la desheredación y, además, no es legal la exclusión tácita.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir la desheredación para que pueda tener lugar, señala el Código:

Ha de hacerse en testamento (art. 849 del Código Civil). El testamento puede ser de cualquier clase, aunque no es válida la remisión a otros documentos a no ser que estos puedan ser eficaces como testamento ológrafo.

Es preciso que la designación sea clara e indubitada, por lo que serán de aplicación en este punto, aunque expresamente no lo diga el Código los artículos 772 y 773 del Código Civil en cuanto a la designación de la institución de heredero.

Se ha de expresar la causa legal en que se funde (849 del Código Civil), no siendo imprescindible que se precisen los hechos constitutivos.

La STS de 9 de junio de 1947, recogiendo la doctrina sentada por STS de 4 de noviembre de 1904, señaló que no es precisa su reseña circunstanciada, siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad de impugnarla, pues la acreditación de su realidad y circunstancias en juicio incumbe al heredero cuando la otra parte la contradiga, siendo válida la expresión del hecho constitutivo aunque no se exprese la causa legal en que se funde⁹.

Se admite el señalar una causa genérica que puede comprenderse en alguna o varias de las legalmente tipificadas¹⁰. Además, aunque no se precise ni el hecho ni la causa, si las palabras del testador son lo suficientemente explícitas para hacer entender que se refirió a los hechos ocurridos, calificados por la ley como causa de desheredación, la disposición es válida.

En el supuesto de existir una causa de indignidad de uno de los herederos al tiempo de otorgar testamento, la figura de la desheredación impide que el silencio del testador se tome como remisión tácita o que, en otros casos, en la falta de prueba de la indignidad, ese silencio se tome como preterición.

IV. ¿QUÉ PUEDE HACER EL TESTADOR PARA EXCLUIR A UN HIJO DE SU PARTICIPACIÓN EN LA HERENCIA? UN CIERTO APERTURISMO EN LA CONSIDERACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN

La desheredación del descendiente plantea, a mi juicio y, entre otros muchos interrogantes, dos cuestiones eminentemente prácticas: la primera, que la rigidez del elenco de causas del 853 lleva a situaciones injustas; la segunda, que una vez que concurre y se prueba la existencia de la causa es un «todo o nada», es decir que, en principio (aunque intentaré explicar que puede no ser así) o se deshereda en todo o no se deshereda, pero que no se prevé, al menos en el Código Civil, que el testador quiera y pueda privar al legitimario de algo, o de mucho, pero no de todo.

Nuestro derecho común, en relación al derecho sucesorio, establece un sistema de legítimas cuya excepción es la desheredación. Si el testador, por tanto, quiere excluir a un legitimario, lo único que puede hacer es desheredarlo. El sistema es inflexible: la desheredación solo puede tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley. Además de las recogidas en los apartados 2, 3, 5 y 6 del artículo 756 del Código Civil que, por su gravedad, no son frecuentes en la práctica, las que recoge el 853 del Código Civil en sus apartados 1 y 2: haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda o haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra¹¹. Téngase en cuenta que la concurrencia de alguna de estas circunstancias habrá de probarse por los herederos si es que el desheredado la niega (art. 850 del Código Civil), porque si no se puede probar anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado y también las demás disposiciones que perjudiquen la legítima (art. 851 del Código Civil).

Pero, ¿es que no existen otros motivos para desheredar a un hijo? ¿No lo sería el dejar de hablar a los padres durante años, o el ingresarlos en una residencia contra su voluntad, o simplemente negarles el afecto que durante toda nuestra vida nos dieron ellos? Entiendo que justificar la ampliación de la

lista del 853 no es difícil, más al contrario, lo es entender que solo son esas las causas para desheredar a un hijo.

Señala acertadamente MIQUEL GONZÁLEZ (2002, 153-190)¹² que es dudoso que una voluntad valorada como injusta por el ordenamiento jurídico, sea valorada como justa para otro efecto. Es decir, que si el testador deshereda por una causa que el ordenamiento considera insuficiente —como pudieran ser las expuestas en el párrafo anterior— pero cierta, puede decirse que tuvo voluntad de no dejar nada al legitimario, pero que al no estar valorada como suficiente por el Ordenamiento, no puede valorarse adecuadamente. Hay —señala— demasiados elementos sociales en la constitución de esa voluntad del testador, que, además, no siempre están en consonancia con los principios constitucionales.

Sin embargo, entiendo que en ocasiones sí que lo están, y por eso la Jurisprudencia viene últimamente manteniendo una línea aperturista en este sentido.

En palabras de VALLET, el alcance que deba darse a la libertad de testar depende del clima social y moral que exista en cada momento histórico y en cada país «todas las circunstancias de tiempo y lugar: el clima social y moral de la época y país, costumbres y usos vividos, objeto y contenido de la herencia, netamente influidos por la geografía física, económica y social concreta». Y, lo cierto es que, el notario, por regla general, se pregunta por qué no puede prevalecer la voluntad del progenitor que cumple los requisitos de capacidad que exige el Código Civil para disponer de sus bienes, sobre el encorsetamiento de la escueta lista de causas del artículo 853 del Código Civil.

No se comprende, por ejemplo, por qué es causa de desheredación el abandono de hijos por los padres (art. 756.1 del Código Civil) y no lo es el abandono de los padres por los hijos. ¿Olvida el legislador hoy lo más frecuente es que se llegue a una situación en que los padres necesiten de la asistencia de los hijos para sobrevivir y no a la inversa?

Del limitado elenco que recoge el artículo 853 del Código Civil, se pueden extraer conclusiones que realmente sí que afectan al principio de igualdad que consagra nuestra Constitución, como que es causa expresa de desheredación de un hijo el maltrato o injuria al padre pero no es causa de desheredación el maltrato o injuria al hijo, si bien la remisión al 170 del Código Civil lo permitiría pero en el caso del hijo no es necesaria sentencia y en la del padre sí.

Quizá el Código debería contemplar la necesidad de que existan unas mínimas relaciones entre parientes, pues la excesiva rigidez de la lista del 853 puede llevar y, de hecho, lleva, a situaciones injustas. Resulta desolador que un padre quiera desheredar a un hijo porque ni le coge el teléfono o porque no sabe nada de él desde hace años, y no pueda hacerlo. La desheredación socialmente es vista no solamente como una privación de la legítima, sino como una especie de deslealtad a los lazos de sangre.

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre de 1975 indicó que las causas de desheredación son de interpretación estricta. Por tanto, *numeris clausus*,

sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva, aunque resulta indubitable que existen otras causas de mayor entidad. Algo, sin duda, difícil de defender cuando, además, el Código no dice que estas causas se deban interpretar restrictivamente.

A favor de la interpretación restrictiva y de la aplicación estricta del elenco del 853 del Código Civil se argumenta que es el único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de arbitrariedad, porque de otra forma se daría al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos (RIVAS MARTÍNEZ, 1992, 441). Esta afirmación, que no comarto, coloca a la intangibilidad de la legítima por encima de la voluntad del testador, lo que creo que no es acertado. Sería inaceptable entender (SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, 2011, 539-558) que la legítima «a todo evento» es un derecho absoluto, innegable, derivado de la pura generación biológica y en el que ni cabe la graduación y ponderación ni influyen las circunstancias de las personas ni las conductas de los protagonistas. Predica la interpretación restrictiva de las propias legítimas, y no de la excepción a este principio. Respetar las legítimas es importante, pero lo fundamental es el principio de que la herencia se rige por la voluntad del testador.

El Derecho no solo regula la vida en sociedad sino que además es producto de esta, vive y se desarrolla con esta para servir en favor de una mejor convivencia (orden) social (interpretación sociológica de las normas); de ahí que su interpretación no se puede realizar ajena a la influencia del contexto social en el que será aplicado (ALBALADEJO GARCÍA, 1989, 41).

Las paterno filiales son, sin duda, relaciones habituales, y el Derecho debería contemplar también los supuestos en que entran en crisis. Pero es que, además, el propio Código impone en el artículo 675 la interpretación literal de las disposiciones testamentarias «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento». Este criterio debe completarse con el criterio general de interpretación conforme a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas que se contiene en el artículo 3.1 del Código Civil.

Como se ha indicado, este encorsetamiento legal de las posibles causas de desheredación ha dado lugar durante décadas a injustas situaciones, manifestándose una cierta tendencia aperturista, aunque el Tribunal Supremo no engrosa el elenco legal, pero entiende subsumido el maltrato psicológico en el maltrato de obra.

El Tribunal Supremo ha entendido incluido el maltrato psicológico en el maltrato de obra, hasta hoy en dos sentencias de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015. En la primera de ellas, la sentencia de Instancia desestima la pretensión de los legitimarios desheredados, que entienden que han sido desheredados injustamente por el testador solicitando la nulidad de la cláusula testamentaria por la que se les desheredó, la de la institución de heredero en cuanto les perjudique y se reconozca su derecho a percibir la legítima con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario. En apelación, la AP confirma la resolución de Instancia. Los interesados interponen recurso de casación ante el

TS basado en un único motivo: la infracción de los artículos 850, 851 y 853 del Código Civil, entendiendo que los hechos imputados no son subsumibles en el último artículo citado, injurias o insultos que, dada la interpretación restrictiva de la institución, no tienen entidad suficiente para provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental de los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica.

El TS entiende que aunque las causas de desheredación son solamente las que expresamente señala la ley, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, *ello no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley deba ser apreciada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Los malos tratos o las injurias graves de palabra deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.*

En la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión que encierra el maltrato de obra. La inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales y su proyección su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral de la Violencia de Género.

Esta argumentación la refuerza el TS con el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no solo como canon interpretativo sino también como principio general del derecho que, en el marco del derecho de sucesiones se proyecta en el principio del «favor testamenti».

Junto al pretendido abandono emocional, los hijos incurrieron en un maltrato psíquico y retirado contra su padre del todo incompatible con los deberes de respeto y consideración que derivan de la filiación. Situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios.

Esta doctrina se reitera en la STS de 30 de enero de 2015.

V. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR PARCIAL Y CONDICIONALMENTE

1. PLANTEAMIENTO

Una cuestión que tradicionalmente ha preocupado a la doctrina —dado que el Código Civil guarda silencio en este punto— es la de si es posible desheredar

parcialmente, lo que significaría una reducción de la porción de la que se priva al legitimario desheredado y, por tanto, asignación en algo¹³.

En general se acepta que, aunque el Código no lo diga, es indudable que la desheredación ha de ser total y no parcial, asumiendo como de todo punto inaceptable que, teniendo su fundamento esta institución en la existencia de un sentimiento profundo de agravio por el desheredado en la persona del testador o en su honor, no hay posibilidad de fraccionar este sentimiento, aplicando una desheredación parcial, contraria a la economía jurídica de la desheredación (SÁNCHEZ ROMÁN, 1910, 1109).

En el supuesto de la desheredación condicional las referencias son confusas, pues no se detalla qué es o puede ser esta figura.

En términos generales se dice que hace referencia a que el testador deje prevista en testamento la desheredación para el supuesto que el legitimario incurra con posterioridad en una causa de desheredación. Dado que dicha causa ha de venir recogida en el testamento (art. 849 del Código Civil), en principio hay que entender que no es posible desheredar ahora bajo la condición de que la causa concurra después.

2. DESHEREDACIÓN PARCIAL. LA CUESTIÓN DE SU ADMISIBILIDAD

Para defender su admisibilidad se suele decir que si queda al arbitrio del causante imponer la pena o no —aunque la causa de desheredación exista— debe permitirse también a este atenuarla, privándolo de todo como heredero forzoso pero convirtiéndolo en heredero voluntario.

VALLET¹⁴ admite la desheredación parcial, la attenuación de una pena que en materia penal se permite a las autoridades judiciales, y que entiende que debe permitirse también al padre que deshereda a un hijo.

BATLLE VÁZQUEZ (1951, 63-69) que, en el propio título de su estudio anuncia su imposibilidad, pues los preceptos del Código Civil están redactados sobre la base de la desheredación total, cesando incluso la obligación alimenticia (art. 152.4), entiende que se comprenden en este concepto de desheredación parcial dos supuestos: hacer una manda o legado cuando se deshereda en lo demás y excluir al heredero en un fundo o bien concreto.

Recoge los textos históricos que apoyan la invalidez de la desheredación parcial, en particular, las palabras de SCAEVOLA, que tacha de inmoral el ejercicio parcial de la facultad que tiene el testador de imponer o no la pena de la desheredación. El perdón, entiende SCAEVOLA, no puede ser parcial. Admite que la idea de desheredar desaparezca en la conciencia del testador, pero no que desaparezca en una parte y que continúe viva en otra, base necesaria para que pudiera permitirse desheredar en parte solamente.

Apunta que puede parecer extraño que el testador que puede privar del todo no pueda hacerlo de una parte, pero que hay que situarse en la aprecia-

ción conjunta del sistema hereditario del Código que rechazó la doctrina de la libertad de testar y estableció un sistema de sucesión con disposición limitada, en la cual hay un máximo de restricción de la voluntad, la legítima estricta. Si al padre le fuera lícita una distribución distinta y pudiera disponer según los méritos de los hijos, sin los límites prefijados, sobrarían estos.

Y concluye que con este rigorismo se han querido buscar más dificultades para la desheredación «si la persona ofendida tuviera facultad para regular por partes su ofensa y su derecho, se decidiría con más facilidad a usar de él que no sabiendo que tiene que optar entre el todo y la nada, en cuya situación es mucho más difícil la decisión y la misma dificultad hace que para la determinación preceda mayor deliberación y con ella mayor grado de perfección en el juicio».

Lo primero que llama la atención en este punto es la disparidad de opiniones sobre lo que sea esta figura, pues para unos se trata de reducir lo que al desheredado le correspondería como legítima estricta y, para otros, se trata de efectuar algún tipo de atribución patrimonial al margen de dicha legítima, imputándola, por ejemplo, al tercio libre. Es cierto que no tiene mucho sentido desheredar por un lado y atribuir por otro, pero puede que esta segunda vía sea la correcta para llegar a la primera: conseguir, a efectos patrimoniales, no desheredar en toda la legítima, privando nominalmente de toda porque eso es lo único que permite el Código, pero asignando bienes fuera de ella. Sería tanto como poder, a voluntad del testador, modular los devastadores efectos de la desheredación.

La determinación de su posibilidad va a depender de lo que entendamos que el desheredado queda privado al hacer uso el testador de esta sanción: privación de la condición de legitimario o privación de lo que le correspondería al legitimario por el hecho de serlo.

Para ROYO MARTÍNEZ (1951, 253), la desheredación produce como efecto la privación total de participación en la herencia. Dada la naturaleza punitiva y rigurosa de la desheredación, entiende obvio que ha de ser estimada inadmisible e ineficaz la desheredación parcial, es decir, que aun mediando causa legal demostrable, no podrá el testador ampararse en ella para, sin privar totalmente de la legítima, reducir lo que en concepto de tal debiera corresponder al legitimario. En consecuencia, resulta también incompatible con la desheredación cualquier atribución de bienes por vía de donación o legado, ya que la asignación de una u otro llevaría implícito el perdón.

Por su parte, VALLET (1, 1982, 108), que ha ido contracorriente en este punto, entiende que para resolver la cuestión de la posibilidad de la desheredación parcial hay que partir de la modificación del concepto de desheredación operado en el Código Civil, puesto que desheredar ya no es excluir del título de heredero por el cual, conforme al derecho anterior, debía atribuirse la legítima. Eliminada la prohibición romana y de las Partidas, ya no es necesario que la legítima sea otorgada a título de heredero. Se puede, por tanto, ser desheredado y a la vez, heredero.

Desheredar parcialmente puede ser señalar que se deshereda en parte, y también hacer alguna atribución por otra vía, lo que supone, finalmente, que la desheredación sea solo parcial.

Puede también entenderse que desheredar parcialmente consiste en reducir la cuota del desheredado parcialmente o privarle de alguna de las facultades que al legitimario le corresponden por razón de ella y por el hecho de serlo, como el derecho al complemento o la posibilidad de pedir la reducción por inoficiosidad (BERMEJO PUMAR, 2005, 519), aunque para llegar a esta conclusión deberíamos admitir que el desheredado no deja de ser legitimario o que, al menos, no deja de serlo del todo.

Admitir la desheredación parcial, por tanto, supondría que la cuantía de aquello de lo que se priva al desheredado sería variable por voluntad del causante. Se podría privar solamente de alguno o algunos de los bienes que, de no haber sido desheredado, corresponderían al legitimario a quien, de ser desheredado parcialmente, eso sí, se le priva de la posibilidad de pedir el complemento a la legítima o del ejercicio de otras acciones que competen al legitimario, pues deja de serlo¹⁵.

Las Partidas recogieron la prohibición de desheredar parcialmente (ley 3, título VII, de la Partida VI). Esta prohibición no se recibió en el Código Civil, lo que ha llevado a autores como VALLET a considerar posible la desheredación parcial.

SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1109) sostiene que el legitimario nunca pierde la condición de hijo y, por tanto, de la condición de acreedor del derecho a alimentos, por lo que defiende la validez de las atribuciones del causante al hijo desheredado, aunque no considera posible la desheredación parcial: «No cabe desheredación parcial: ni los precedentes legales la abonan, ni el Código la autoriza ni la razón la consiente». Si el desheredante puede proveer de alimentos al desheredado y, a dicho fin, puede aplicarle algunos bienes hereditarios, ¿dónde están los límites? en la cuantía de los alimentos y en el modo —directo o indirecto— de atribuirlos (VALLET DE GOYTISOLO 1, 1982, 108). En cuanto a la forma de hacer la asignación propone la fórmula modal de LACRUZ o el legado. Más incorrecto es expresar que se deshereda solo en parte o que se instituye en menos de la legítima a quien previamente se ha desheredado, aunque no se puede hacer depender la validez de la institución de la forma en que se expresa, prescindiendo de cuál es su esencia.

Las causas de desheredación también lo son de privación del derecho a alimentos. El Código señala como causa de cese de la obligación de dar alimentos el hecho de que el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna de las causas que dan lugar a desheredación (152.4.º del Código Civil). Ello supondría que, por causa del alimentista, otro se vería obligado a prestar los siguiendo el orden de prelación del 144 del Código Civil. Solución a todas luces injusta, pues otros parientes se verían perjudicados con la obligación de atender al alimentista en este sentido.

Entiendo, en consecuencia, que debe ser válido el legado de alimentos a favor del desheredado¹⁶. Alimentos, eso sí, que sean debidos al alimentista con posterioridad al momento de fallecimiento del ascendiente, y que deben imputarse a la legítima, porque como señala VALLET (2, 1978, 511), no hay razón para que la desheredación merme el tercio de libre disposición. Sin embargo, si se admitiera que la desheredación priva de la condición de legitimario y de todo lo que ello conlleva, no se puede concluir que el desheredado pueda recibir bienes del testador y que estos sean imputables a su legítima. Recibir bienes, sí, pero no en concepto de heredero forzoso.

Esta posible contradicción la solventa ALGABA ROS (2002, 107 y 219) argumentando que el legitimario no pierde esta condición sino solo «el derecho a reclamar lo que por legítima le corresponda, pero conserva su cualidad de legitimario para el cálculo de la legítima y a efectos de imputación. Si ello no fuese así la desheredación perjudicaría la libertad de disposición del testador respecto del tercio libre». Estos bienes serían imputables a la legítima del desheredado aunque este no tendría la posibilidad de solicitar lo que por legítima le corresponda.

De lo que se ha asignado al desheredado parcialmente (sea una parte de la cuota o sean alguna de las facultades del legitimario) queda el resto, que según el artículo 857 corresponde a la estirpe. Pero ¿qué comprende ese «resto»?

En epígrafe aparte se estudian los problemas que plantea el artículo 857 del Código Civil, pero en este punto, si entendemos posible la desheredación parcial, aflora el inconveniente de determinar en qué posición queda el desheredado respecto a sus descendientes favorecidos por el 857, pues aquel recibiría la atribución que quiera el testador (una donación o un legado) y estos aquello en lo que efectivamente hubiera sido desheredado su ascendiente: «ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». No jugaría el 857 en su totalidad, sino que en el mismo puesto concurrirían el desheredado y sus descendientes, cada uno de ellos en lo que le resulte asignado, al primero en el testamento y, a los segundos, por el juego del artículo 857.

Como acertadamente señala BERMEJO PUMAR (2005, 522), habría tres partes en el mismo puesto: la que se asigna al desheredado, la que recibe la estirpe y la que aumenta la porción de los demás legitimarios.

Pensemos que el testador deshereda a uno de sus tres hijos y a los demás los instituye «por partes iguales» (o que dice algo así como que instituye a los tres por partes iguales y deshereda a uno, al que no obstante lega una cantidad que imputa al tercio libre). El desheredado lo ha sido en más de lo que le correspondería por legítima estricta (legítima más mejora), pero por otra parte recibe una atribución. ¿Qué reciben sus descendientes por aplicación del mecanismo del 857 del Código Civil? Si la desheredación es una sanción que va dirigida a uno de los legitimarios, y se le priva de su cuota en la totalidad de la herencia, ¿reciben los descendientes solamente la legítima estricta? Y, si así

fuerá, lo que excede de esa legítima estricta ¿debería asignarse a la masa de reparto entre los demás legitimarios?, porque el 857 se refiere a «los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima»¹⁷.

En conclusión, entiendo que el silencio del Código Civil es la confirmación de la posibilidad de la desheredación parcial. Siendo soberana la voluntad del testador y sin contradecir nuestro derecho positivo, se debe admitir la posibilidad de graduar los efectos de la desheredación que, por otra parte, ha de ser siempre de interpretación restrictiva por la privación de derechos que entraña.

Dijo VALLET (2, 1978, 510 y 511) que al desaparecer el principio «nadie puede morir en parte con testamento y en parte sin él o nadie puede morir en parte testado y en parte intestado», (la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada), solo queda en pie la cuestión de si el padre puede graduar la pena, reduciéndola o si, por el contrario, solo puede excluir totalmente las consecuencias de la desheredación, reconciliándose.

Si las autoridades judiciales pueden tener en cuenta circunstancias atenuantes para reducir la pena, ¿Por qué el padre ha de ser de peor condición? Puede, dice, imputarse al tercio de legítima un bien asignado al desheredado. No lo obstaculiza el 857, ya que los hijos ocupan el lugar de su padre desheredado, pero únicamente para recibir aquello de que efectivamente sea privado su padre por la desheredación. Y, por tanto, deberá deducirse de la correspondiente legítima cuanto el desheredado haya recibido o reciba del desheredante, si este no hubiese ordenado cosa diferente o se dedujera que fue otra su voluntad, y en tanto lo deducido sea —conforme a las reglas normales de la imputación— imputable a la cuenta de la legítima.

3. DESHEREDACIÓN PARCIAL CUANDO LA DESHEREDACIÓN RESULTA INEFICAZ

El artículo 851 del Código Civil señala que la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa que no se probare o que no sea una de las señaladas por el Código, anulará la institución de heredero porque en esta no se ha tenido en cuenta al desheredado que después resulta no serlo, aunque valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen dicha legítima.

La STS de 23 de enero de 1959¹⁸ fija las consecuencias jurídicas y económicas de la improcedencia de la desheredación, interpretando lo que nos quiere decir el del Código Civil cuando señala «anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen dicha legítima». En el supuesto de hecho que resuelve la sentencia, el testamento no contenía disposición alguna en cuanto a mejoras y legados. La sentencia recurrida entendía la nulidad absoluta de la institución por este motivo; en el recurso, conforme

a la sentencia de instancia, se sostiene que la nulidad es solo eficaz en cuanto perjudique a los desheredados, perjuicio concretado a la participación en la legítima estricta de la herencia.

La desheredación solo anula la institución cuando perjudica al desheredado; en caso contrario es válida. Se pregunta dónde empieza y acaba el perjuicio del desheredado, en qué consiste tal perjuicio. Atribuir la ineficacia total y absoluta de la institución es consecuencia de la preterición, y no de la desheredación, en la que hay una voluntad declarada del testador.

Hay que examinar hasta donde llegan las facultades de disposición testamentaria del padre en relación a los hijos y cuáles sean los derechos absolutos e intangibles de estos frente a aquel en la sucesión hereditaria.

Atendiendo a la normativa del Código Civil los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de estos, que a la legítima estricta. El otro tercio de la herencia y todo lo demás depende de su soberana voluntad con las limitaciones en cuanto a la mejora.

La sentencia entiende que el 851 del Código Civil no solamente salva las mandas y mejoras que el testamento contenga, sino todas las demás disposiciones en lo que no perjudiquen la legítima, la misma institución de heredero en cuanto no afecte a esta.

Debe entenderse por tanto excluido de la mejora y del tercio de libre disposición, puesto que la institución de heredero prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto.

4. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR CONDICIONALMENTE

Hace referencia a que el testador, ante la fundada sospecha de que el legítimo incurra en una causa de desheredación, deje prevista en el testamento la desheredación para caso que efectivamente concurre. En principio hay que entender que no es posible desheredar ahora bajo la condición de que la causa concurre después.

Podría, no obstante, el testador, tener certeza de la existencia de la causa, y condicionar la desheredación a que resulte aquella probada con posterioridad. Este supuesto sí sería admisible, porque el artículo 850 del Código Civil señala que la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare. En realidad no se está condicionando la concurrencia o no de la causa, sino su prueba, lo que el Código no exige para desheredar, sino solamente en el supuesto que sea contradicha.

En este sentido, entiende VALLET (2, 1978, 514)¹⁹ que la elevación de esa *conditio iuris* a condición expresa —ni aún ampliando su supuesto al caso de no haber sido contradicha la certeza— pueda invalidar la desheredación. La certeza

no es requisito subjetivo del testador, que puede variar según el temperamento de este y es además muy difícil de calibrar.

También podría admitirse es la posibilidad del perdón sometido a condición, es decir, el perdón supeditado a la enmienda o arrepentimiento del desheredado²⁰.

VI. LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA A LOS DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO. EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Históricamente se ha entendido que la desheredación, al tratarse de una pena que impone el testador en cuanto recae sobre el verdadero culpable, suponía una injusticia que afectaba a los hijos del desheredado, dejándoles en el abandono, por lo que era preciso que este inconveniente desapareciera de nuestro Derecho. Al no admitirse la representación de una persona viva, si el desheredado sobrevivía al testador, los hijos de aquél no le podían representar, por lo que si a causa de la desheredación faltaban los herederos forzosos, los bienes de la familia pasaban a una persona extraña. Este efecto se remedió en el Código con el artículo 857 (MANRESA Y NAVARRO, 1921, 649 y sigs.).

En el Proyecto de Código Civil de 1851, el artículo 673 señalaba: «Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden». En el Real Decreto de 24 de julio de 1888, por el que se publica el Código Civil, se decía que «los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima, pero el padre desheredado no tendrá el usufructo y la administración de los bienes de la misma». La Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo la palabra descendientes y eliminó el segundo párrafo como consecuencia de la supresión del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos (art. 165 del Código Civil), conservando su redacción de entonces hasta el día de hoy.

El artículo 857 del Código señala, como efecto inmediato de la desheredación justa que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Lógicamente, el precepto se quiere referir a la posición del desheredado antes de haberlo sido, estableciendo una especie de ficción para aplicar un criterio de favor hacia sus hijos respecto a su derecho a la legítima perdido por la desheredación. Si el desheredado tiene descendientes, por tanto, tiene lugar este llamamiento legal que no puede alterarse por voluntad del testador.

Son muchos los problemas e interrogantes que plantea este precepto. Además de las cuestiones teóricas, como la determinación de si se trata de un verdadero

derecho de representación, se plantean muchas cuestiones prácticas. Me refiero, a continuación, a algunas de ellas.

2. DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO

El primer problema que plantea la ambigua redacción del artículo 857 es que se refiere a los hijos y descendientes del «desheredado», pero no aclara en qué casos es de aplicación o si lo es para cualquier desheredado. Es decir, que como además de a los descendientes se puede desheredar a un ascendiente y al cónyuge, podría darse la paradoja que el lugar del cónyuge desheredado lo ocupen hijos o descendientes de este pero que no lo sean del testador, aunque dado que la legítima del cónyuge viudo es personal e intransmisible, no hay razón alguna para que pasen a los hijos del cónyuge desheredado sus derechos en la sucesión del causante, porque habrían de ser legitimarios del desheredado y también del testador desheredante. En cuanto al supuesto que el desheredado fuera un ascendiente, recordemos que este llamamiento, por el mecanismo de su aplicación, se ha encuadrado en el derecho de representación, porque además, el artículo 929 del Código Civil señala que no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad²¹. El artículo 925 del Código Civil, además, impide que la representación opere en la línea recta ascendente, pero a mi juicio no estamos ante un derecho de representación normal o común, porque la conclusión de que podría serlo solamente tiene acomodo en la vía excepcional de aplicación que permite el 929. Lo cierto es que la interpretación literal del artículo 857 permitiría que los hijos de un ascendiente desheredado, que no sean legitimarios del testador se vean beneficiados con la cuota vacante dejada por aquél.

Se argumenta que no es un derecho de representación, porque el desheredado nunca tuvo aquello que tiene derecho a recibir su estirpe²². El derecho de representación opera en la sucesión intestada, pero no en la testada, fuera de los supuestos del 814.3 del Código Civil²³. En cualquier caso, el representante sucede al representado «en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar» (art. 924 del Código Civil); el beneficiado por la atribución del artículo 857 del Código Civil ocupa el lugar del progenitor desheredado en cuanto a «los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

En el caso que exista un descendiente desheredado que sea el único descendiente del testador, o se haya desheredado a todos los hijos de este, si hay padres o ascendientes y aceptamos el llamamiento como legitimarios de estos (porque el 807.2 del Código Civil dice «a falta de»), podría pensarse que serían destinatarios de la porción legítima que hubiera correspondido al desheredado como subsidiariamente llamados, a falta de los anteriores, que han sido desheredados, dando lugar a la denominada *successio graduum et ordinum* o concurrencia en el mismo puesto.

Entiendo, sin embargo, que dado que el artículo 857 del Código Civil no hace referencia a los ascendientes, no cabe la aplicación del precepto respecto de estos, por lo que recibirían la atribución patrimonial que les corresponda según las normas del Código Civil, de manera que pasaría a integrar la parte disponible y dependiendo de si concurren con el cónyuge supérstite o no, pero en ningún caso la porción dejada vacante por el desheredado por aplicación del artículo 857 del Código Civil. Pero además, defendiendo la idea que el desheredado no pierde su condición de legitimario por este hecho, no podríamos decir que se cumpla el presupuesto de «a falta de» que impone el Código.

Así, señala VALLET (3, 1978, 568-574), que esta posibilidad, que situaría como ascendientes legitimarios a los ascendientes supérstites, no es posible precisamente porque la designación de los ascendientes como legitimarios es subsidiaria «a falta de los anteriores» y tan solo se prevé para el supuesto de inexistencia de descendientes legítimos, pero no para los casos de repudiación y desheredación o indignidad de estos. En este orden de cosas, la RDGRN de 13 de septiembre de 2001²⁴, concluyó que, a falta de colegitimarios y dado que no debe tener lugar la *successio graduum et ordinum*, la parte del desheredado que no deje descendientes legítimos, integrará el caudal hereditario libremente disponible, deferido conforme las normas del testamento del desheredante o, en cuanto lo que este deje vacante, según las normas de la sucesión intestada.

3. EL DESCENDIENTE DEL DESHEREDADO NO ES LEGITIMARIO

El fundamento de la desheredación tiene su base en la concesión al testador de la posibilidad de, cumpliendo los requisitos que marca el Código, excluir a uno o varios herederos forzosos de la cuota que le corresponde por legítima. Esta exclusión se ampara en la gravedad de las circunstancias concurrentes en la relación testador-heredero forzoso, estrictamente contempladas en la norma y que han sido recientemente ampliadas vía jurisprudencial con la inclusión del maltrato de obra dentro del maltrato físico²⁵.

Es necesario preguntarse si, en la práctica, no será frecuente que, concurriendo causa de desheredación entre padre e hijo, se vea afectada directamente la relación abuelo-nieto. Abuelos que, a consecuencia de su mala relación con sus hijos, ni siquiera conocen a sus nietos o si, atípicamente, estos adoptan una postura cercana a la de su progenitor y relegan igualmente al ostracismo al abuelo testador. Y posible puede ser, también, que haya sido el nieto partícipe del hecho en el que se funda la causa de desheredación. En este último caso, lo que se hace es desheredar al hijo y al nieto, práctica habitual que entiendo incorrecta e innecesaria, pues desde mi punto de vista, viviendo el hijo, el nieto no es legitimario y, en consecuencia, no es necesario desheredarlo para excluirlo de la sucesión del abuelo.

La SAP de Pontevedra de 16 de febrero de 2001²⁶ entendió que, aun siendo de aplicación al supuesto de hecho el artículo 857 del Código Civil, (cuando el legitimario desheredado tiene hijos o descendientes), hay discrepancias doctrinales sobre si la desheredación de un hijo significa la preterición de su estirpe en el caso de que el causante no la mencione expresamente. Otros sostienen, después de la reforma de 13 de mayo de 1981, que los hijos o descendientes del desheredado justamente —si el testador no los tiene en cuenta en el testamento— son preteridos, pudiendo ser tal preterición errónea o intencional, con las consecuencias que a dichas categorías corresponden.

Desde este punto de vista, entonces, lo que está señalando la sentencia es que debería el testador mencionar expresamente el destino de los bienes a la estirpe, pues en otro caso debería entenderse que desea excluirla de la sucesión.

Esta idea me parece interesante, por cuanto entiendo que debería plantearse como real y además viable jurídicamente, que el abuelo no quiera que la porción legítima de la que resulta privado el hijo desheredado beneficie tampoco al nieto. ¿No debería, en consecuencia, ser voluntad del testador que entre en juego o no la norma del artículo 857 del Código Civil? ¿No es perfectamente posible y comprensible que, siendo la voluntad del testador desheredar al hijo, lo sea también excluir al nieto? Piénsese en un abuelo maltratado de palabra o de obra por su hijo y por su nieto. Al primero lo deshereda, pero ¿puede desheredar al segundo no siendo legitimario puesto que vive el padre? Si la respuesta es positiva, no habría que plantearse nada más. Si entendemos que no, debería permitirse simplemente excluirlo de la sucesión, no diciendo nada o haciéndolo expresamente.

La cuestión de fondo es que desheredado solo puede serlo un legitimario. Esto es así por principio pero además, porque aquel en quien no recaiga la condición de heredero forzoso puede ser excluido de la sucesión sin necesidad de ser desheredado. El nieto no es legitimario respecto del abuelo si vive el padre porque cuando el 807 del Código Civil dice «hijos y descendientes» está estableciendo un orden de prelación: nietos si no hay hijos, porque el causante no puede excluir al hijo y beneficiar directamente al nieto, sino que está obligado a salvar la legítima del descendiente de grado más próximo, y el nieto no lo es respecto del abuelo si vive el padre. Sin desheredación el abuelo puede hacer uso del tercio de mejora para beneficiar al nieto, pero no está obligado a hacerlo. ¿Por qué, entonces, tiene que resultar atribuido el nieto o nietos si concurre en el progenitor causa de desheredación? Mejorar es una facultad del testador, pero no una obligación.

Si los nietos no son legitimarios del abuelo viviendo el padre, sin desheredación, tampoco pueden llegar a serlo por el hecho de que su padre resulte desheredado. Legitimarios son los que dice el 807 del Código Civil y no hay posibilidad de adquirir esta cualidad por otros medios.

Sin embargo, se acepta doctrinal y jurisprudencialmente²⁷ que, desheredado un hijo, sus descendientes adquieren la cualidad de legitimarios. El Tribunal Supremo se pronuncia poco en esta materia, siendo la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales la que unánimemente toma esta postura.

Los hijos ocupan la porción del padre desheredado pero no adquieren la cualidad de legitimarios, sino que son destinatarios de una porción que ha quedado vacante a consecuencia de la desheredación de su progenitor. En la práctica dudo que tengan que ser llamados a la herencia para estar presentes en la partición y dar su consentimiento, como intervención que es típica del legitimario.

En principio, las posibles causas de desheredación del padre, serán claramente inaplicables a los nietos, quienes incluso pueden ser menores, careciendo de la capacidad legal exigible para ser desheredados. La desheredación es una pena que precisa de ciertos requisitos de imputabilidad²⁸.

La atribución del 857 despliega sus efectos «*ope legis*»²⁹, independientemente de la voluntad del testador, lo que resulta incomprensible cuando se trata de una atribución a un no legitimario. ¿No sería más lógico que el testador decidiera que operase esta atribución o que, por el contrario, prefiriera que, aun existiendo descendientes del desheredado, la cuota vacante acreciera a los demás colegitimarios?

La RDGRN de 12 de julio de 2013³⁰ entiende que el nieto menor de edad es legitimario respecto del abuelo. Se trataba de determinar si era inscribible una escritura de dación en pago efectuada por el administrador nombrado al menor en el testamento del abuelo, quien había señalado expresamente en el mismo, a la vez que instituía heredero al nieto y nombraba administrador de sus bienes al padre, que se eximía de pedir autorización judicial para cualquier acto o negocio jurídico. La registradora suspende por dos veces la inscripción, calificación confirmada por la registradora sustituta y suscrita igualmente por el Centro Directivo, que entiende que no cabe que el régimen de administración impuesto por el causante pueda incidir en la modificación de las reglas dispositivas de los bienes de menores «cuando el menor es al mismo tiempo legitimario, como ocurre en este concreto supuesto». Dado que el padre del menor renuncia a su legítima estricta, sin estar prevista sustitución vulgar, dice la DG que ello supone que se activen las normas sobre imputación de bienes a los tercios ordenadas por el causante, es decir, a la imputación a la legítima.

Tratándose de un nieto, resulta dudoso que pueda imputarse a la legítima, y más coherente que se hiciera a la mejora. El nieto del testador solo podría ser legitimario si se entendiese que representaba a su padre como legitimario en la herencia del abuelo. En principio, no hay representación en la sucesión testada y además, el padre sobrevive al abuelo. Estamos ante un supuesto de renuncia, por lo que no existirá dicha representación en la condición de legitimario del padre. El artículo 985 del Código Civil señala «...si la parte repudiada fuera

la legítima sucederán en ella los coherederos por derecho propio, y no por el derecho de acrecer».

La renuncia del llamado no produce la representación de su descendencia, porque quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su estirpe, incrementándose las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio. La representación de persona viva solamente la permite el artículo 929 del Código Civil para los casos de desheredación (art. 857 del Código Civil) e incapacidad (MARIÑO PARDO, 2015).

Esta resolución, a mi juicio con un criterio erróneo, convierte en legitimario al nieto por renuncia de su ascendiente, en contra de las propias normas del Código Civil. El Tribunal Supremo lo ha dicho: La renuncia a la herencia por un legitimario no provoca la representación de su descendencia, sino que se incrementan las cuotas que por legítima individual corresponden a los demás legitimarios³¹.

Otro argumento a favor de esta idea, que niega la consideración de legitimario al hijo del desheredado, sería que de la misma manera que desheredado el padre en la testada se considera desheredado también en la intestada (cuando ambas conviven en la misma sucesión) porque prevalece la voluntad del testador sobre la ley y, por tanto, se permite eludir el requisito de que la desheredación tiene que hacerse en testamento, porque la voluntad del testador que deshereda es que su ofensor quede excluido de su herencia por cualquiera de las vías por las que pudiera acceder a ella, debería aplicarse al supuesto que tratamos y, en consecuencia, permitirse que prevalezca voluntad del testador en el sentido expuesto.

El precepto no dice que atribuya a los hijos y descendientes «sus derechos como legitimarios», sino que conservarán los derechos de herederos forzosos *«respecto a la legítima»*. Solo, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1991, 133), los que se refieren a la legítima, pero no todos sus derechos como herederos forzosos, como el derecho a no ser preterido, por lo que concluye que esta «representación» queda restringida en los supuestos de indignidad y desheredación a aquellos derechos dirigidos a obtener su porción legitimaria, con exclusión de los referentes a la preterición.

Además, una interpretación sistemática del precepto, considerando su ubicación en el Código, lleva a entender que no atribuye la cualidad de legitimario al descendiente del desheredado, sino que solamente prevé el destino de la porción vacante. Aún así puede quebrarse la voluntad del testador, si esta no es beneficiar a los nietos o a los nietos del desheredado.

La desheredación es una excepción a la obligación que tiene el causante de deferir una parte de su patrimonio a favor de ciertos parientes, tal y como impone nuestro sistema de legítimas. Es el medio que el testador tiene para excluir a un pariente de la cuota que, como heredero forzoso, le correspondería. La legítima es *«pars bonorum»*, una parte de los bienes, y la desheredación

consiste en privar de esta parte a quien o quienes de no haber sido desheredados le hubiese correspondido.

Entiendo que lo que pierde el desheredado es la porción legítima que le hubiera correspondido, la parte de bienes o de patrimonio que, por ser uno de los sujetos de la lista del 807 del Código Civil debería haber sido suya pero que, por haber mediado una causa de desheredación que no ha sido contradicha por los herederos o que, de haberlo sido, se ha probado, es motivo suficiente para excluirlo de tal porción por voluntad del testador.

El heredero forzoso privado de su legítima por la desheredación sigue siendo lo que la Ley dice que es: legitimario, pero sin atribución patrimonial.

Y entiendo que es así por lo siguiente:

Porque *la cualidad de legitimario es indisponible*; la atribuye la Ley y lo hace sin excepción. El artículo 807 del Código Civil dice: «Son herederos forzados...» y enumera los que son y por su orden. Lo son si están en esa lista y no dejan de serlo porque se les retire la atribución patrimonial que les corresponde por ello. Un hijo es legitimario de su padre aunque renuncie a la herencia o se le desherede. La cualidad de legitimario no se pierde nunca porque, en otro caso, el Código, al enumerarlos, hubiera probablemente aclarado en qué supuestos se deja de serlo. La legítima existe porque existe el legitimario y no a la inversa.

Dado que es una cualidad que se adquiere *ope legis* por el hecho de reunir ciertos requisitos de parentesco con el causante, no es posible excluir de esta cualidad por un acto voluntario de aquel como es la desheredación.

El artículo 857 del Código Civil, fuente de oscuridades, problemas, e interpretaciones contradictorias, nos dice que si el desheredado (hijo del testador, se entiende) tiene descendientes directos (porque aunque el Código no lo diga hay que interpretar que este descendiente ha de ser legitimario del padre desheredado y que lo sería además del abuelo testador si no viviera aquél), para evitar que las devastadoras consecuencias de la desheredación afecten a estos —que ninguna culpa tienen de la conducta de su progenitor desheredado—, «ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

Este precepto está situado en el Código después de los correspondientes al pago de la legítima, por lo que lo que nos está diciendo es qué se hace con la porción vacante que ha dejado el desheredado; su contenido es patrimonial y no personal; a quién hay que pagar la legítima del legitimario desheredado que nadie ha dicho que deje de serlo. Es decir que la legítima de «A», legitimario desheredado, se le va a pagar a «B», que no es legitimario, pero va a resultar beneficiado en esa cuota de bienes o de dinero porque el testador no quiere que el beneficiado sea «A». «B» no es legitimario porque vive «A» y no lo es porque el 807 del Código Civil establece una lista y un orden, que no nos podemos saltar, ni con desheredación ni sin ella, lo mismo que el abuelo no puede instituir legitimario al nieto saltándose al hijo. El padre, por tanto, sigue siendo legitimario, pero sin legítima, y el nieto resulta beneficiado por

esta, pero ello no quiere decir que se convierta en legitimario. Estamos, a mi juicio, ante un supuesto especial de pago de la legítima, pero no de atribución de cualidad de legitimario.

Precisamente porque el padre no pierde esta cualidad es por lo que se le tiene en cuenta para el cálculo de la legítima de los descendientes. Su porción se tuvo en cuenta a la hora de dividir.

Otro argumento que avala esta idea es que el propio artículo 813 párrafo 1.^º del Código Civil dice que «el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley», haciendo referencia a los supuestos de indignidad para suceder y desheredación. *De su legítima*, dice claramente, no de su cualidad de legitimario. Ni este ni ningún otro precepto en el Código Civil permiten esto.

La misma referencia hace el artículo 761 del Código Civil para el supuesto de exclusión de hijo o descendiente del testador por incapacidad, en cuyo caso, si aquél tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos «su derecho a la legítima».

Una vez que en una sucesión se determina quienes son los legitimarios, estos tienen derecho al pago de la legítima que, conforme al artículo 806 del Código Civil es una porción de bienes. El Código, por tanto, indica *con qué* se paga y *a quién* debe pagarse. Los artículos 841 a 847 del Código Civil, previos a los preceptos sobre la desheredación, hacen una excepción y permiten pagar en metálico la legítima. Si así lo determina el testador, el que recibe su atribución en metálico no deja de ser legitimario, aunque no se le pague con bienes de la herencia. Es una excepción a lo que el Código dice sobre «con qué se paga». Inmediatamente después el Código, en el artículo 857, establece una excepción a los sujetos «a quiénes se paga» que ordena el 807 del Código Civil, señalando a una persona distinta del legitimario para el caso de haberle privado de su legítima; en este caso, a los hijos o descendientes del desheredado.

En los dos supuestos citados, por tanto, se contemplan excepciones al pago de la legítima cuya aplicación depende, como característica común, de la voluntad del testador: ni deja de ser legitimario quien recibe su parte en metálico ni tampoco quien no recibe nada porque su porción la van a recibir sus descendientes.

En consecuencia: Si el nieto no es legitimario porque vive su padre y hay que respetar el orden del 807 del Código Civil, no debería ser necesario desheredarlo para excluirlo de la herencia, de la misma manera que se puede simplemente no nombrar a quien la ley no considera heredero forzoso. Seguramente se deshereda al nieto para evitar la aplicación del 857, que de otra forma opera por ministerio de la Ley, y con la única finalidad de no hacerlo merecedor de aquello de lo que tampoco fue su padre.

La voluntad del testador interviene para desheredar, porque aún concurriendo causa legal puede no hacerlo, pero el descendiente del desheredado recibe *«ope legis»* la porción vacante dejada por su progenitor, independientemente de cuál

sea el deseo del testador, que puede no querer favorecerlo. El nieto, que no es legitimario del abuelo viviendo el hijo de este y padre del primero, y que tampoco adquiere la cualidad de tal por el mecanismo del 857 debería, como nieto que es, ser favorecido por el abuelo a voluntad, de la misma manera que puede ser mejorado o no, facultad esta —la de mejorar— que es eso: una opción de la que el testador puede hacer uso si lo cree conveniente. Precisamente por eso, la cuantía de lo que recibe el hijo o descendiente del desheredado dependerá de si el testador ha hecho uso o no de la facultad de mejorar.

De *lege ferenda* debería proponerse que fuera una norma dispositiva. Entiendo como mucho más justo que se permitiera al notario (salvando la posibilidad de que se diga en un testamento ológrafo) preguntar al testador si quiere que se aplique este precepto, o bien que se aplicara en defecto de manifestación en contra, porque puede ser que, igual que quiere desheredar al hijo no quiera tampoco que la cuota pase a los nietos de esa estirpe que, por no ser legitimarios mientras viva el padre, no es preciso que concurra en ellos la causa de desheredación. De la misma manera que se permite mejorar o no mejorar, no tiene sentido que la porción vacante pase directamente al descendiente del desheredado sin intervención de la voluntad del testador.

En definitiva, respetar las legítimas es importante, pero lo fundamental es el principio de que la herencia se rige por la voluntad del testador.

IV. OTROS PROBLEMAS

1. ¿QUÉ RECIBE EL DESCENDIENTE DEL DESHEREDADO?

El desheredado deja de recibir lo que por legítima estricta le corresponde, pero habría que preguntarse si el descendiente beneficiado en virtud del artículo 857 del Código Civil recibe esta cuota de legítima estricta o lo que le hubiera correspondido a su ascendiente de no haber sido desheredado. Si el testador dice «Instituyo herederos a mis hijos por partes iguales y en virtud de la causa «X» desheredo a mi hijo «A». ¿Qué recibe el descendiente de «A», la legítima estricta o todo lo que le hubiera correspondido a «A»?

Por otro lado, dado que en la sucesión intestada sí opera el derecho de representación, ¿reciben los descendientes la legítima estricta en virtud del 857 del Código Civil, o por el contrario se colocan el lugar de su progenitor desheredado en sentido amplio, recibiendo todo lo que a este le correspondería de no haberlo sido?

Se trata de elegir: o derecho de representación que tiene cabida en la intestada y que permitiría al descendiente sucederle «en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar» (art. 924 del Código Civil), o aplicación del artículo 857 del Código Civil y sucesión «respecto a la legítima». Teniendo en

cuenta que la desheredación opera en la sucesión intestada, porque se traslada a esta la voluntad manifestada en testamento, no habría lugar al derecho de representación que operaría en esta clase de sucesión y que permitiría al nieto colocarse en el lugar del progenitor para representarlo en la cuota más amplia que le hubiera correspondido en la herencia del abuelo.

2. ¿QUÉ OCURRE SI EL NIETO BENEFICIADO PREMUERE SIN DESCENDENCIA AL PADRE DESHEREDADO?

En este caso sería legitimario el padre desheredado respecto de su hijo, en cuyo patrimonio estaría también lo recibido por haber sido desheredado el padre. Paradoja, sin otra solución, que pasaría por alto la voluntad del testador, debido al carácter imperativo del artículo 857 del Código Civil que se salvaría, igualmente, permitiendo a este decidir sobre la aplicación o no del precepto citado.

3. LA ATRIBUCIÓN CUANDO LOS DESCENDIENTES SON MENORES

Pensemos que no haya otro progenitor. Esta cuestión está resuelta por el artículo 164.2 del Código Civil que excluye de la administración paterna los bienes adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados. El padre desheredado está privado de la administración de los bienes que los hijos reciban por esta vía, que lo serán por la persona que el causante haya designado o por un administrador judicial. El problema sin embargo, surge si pensamos que —como legitimarios que se entiende mayoritariamente que son— debería contarse con ellos para todos los actos que les competen como tales, por lo que si se llevan bien con el progenitor desheredado pueden adoptar una postura incómoda y beligerante con el resto de los beneficiados.

4. SI EN LA HERENCIA SOLO HAY PASIVO, ¿SE APLICA EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL?

La legítima se calcula sobre la base de liquidar activo menos pasivo, por lo que si el resultado es negativo y no hay remanente no hay legítima y, por tanto, entiendo que tampoco es efectiva la desheredación porque en nada se puede desheredar.

Si al desheredado se le priva de cualquier participación en la herencia del testador, esta participación hay que entender que sea de cualquier tipo, ya como beneficiario del activo que hubiera, ya como perjudicado por el pasivo.

En cuanto a los descendientes, el tenor literal del 857 del Código Civil nos dice que «ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Parece claro que el descendiente no conservará en este caso ningún derecho respecto a la legítima, entendiendo como derecho la titularidad activa en una facultad o expectativa, pero también dice el Código que «ocupará su lugar». ¿Es posible entender que esta expresión se refiere a la obligación de atender al pago de las deudas si fuera nombrado heredero? Yo creo que en la práctica esta situación no se da, porque si solamente hay pasivo, el desheredado se excluye y también quedan excluidos los descendientes. Es decir, que no se plantea la aplicación del 857 para producir efectos negativos, sino solamente positivos: cuando el descendiente pueda beneficiarse de la cuota vacante dejada por el desheredado, pero no en otro caso. Solamente cuando haya saldo positivo y, por tanto, legítima.

5. DESHEREDACIÓN HECHA EN FRAUDE DE ACREDITORES

Junto a todas estas cuestiones me planteo otras, como si es posible desheredar en fraude de acreedores. Es decir, salvar al menos lo que le correspondería al hijo, desheredándolo y evitando la acción de los acreedores de este en favor del nieto, que por aplicación del artículo 857 del Código Civil sería beneficiario de la porción vacante. Debiendo, como en todos los casos, concurrir causa de las del 853 del Código Civil, cuya concurrencia podría haberse acordado, con esta finalidad, con el hijo legitimario.

VIII. CONCLUSIONES

I. Los preceptos que el Código Civil dedica a la desheredación precisan de una revisión e interpretación a la luz de la realidad social actual. La desheredación es una excepción a la obligación que tiene el causante de desheredar una parte de su patrimonio a favor de ciertos parientes, tal y como impone nuestro sistema de legítimas. Es el único medio que el testador tiene para excluir a un pariente de la cuota que, como heredero forzoso, le correspondería. La legítima es *«pars bonorum»*, una parte de los bienes, y la desheredación consiste en privar de esta parte a quien o quienes de no haber sido desheredados le hubiese correspondido.

II. Lo que pierde el desheredado es la porción legítima que le hubiera correspondido, la parte de bienes o de patrimonio que, por ser uno de los sujetos de la lista del 807 debería haber sido suya pero que, por haber mediado una causa de desheredación que no ha sido contradicha por los herederos o que, de haberlo sido, se ha probado, es motivo suficiente para excluirlo de tal porción

por voluntad del testador. El heredero forzoso privado de su legítima por la desheredación sigue siendo lo que la Ley dice que es: legitimario, pero sin atribución patrimonial. En consecuencia: la cualidad de legitimario es indisponible.

III. El silencio del Código Civil es la confirmación de la posibilidad de la desheredación parcial. Siendo soberana la voluntad del testador y sin contradecir nuestro derecho positivo, se debe admitir la posibilidad de graduar los efectos de la desheredación que, por otra parte, ha de ser siempre de interpretación restrictiva por la privación de derechos que entraña.

IV. El descendiente del desheredado no es legitimario si vive el primero. Es habitual desheredar al hijo y al nieto, práctica que entiendo incorrecta e innecesaria, pues desde mi punto de vista, viviendo el hijo, el nieto no es legitimario y, en consecuencia, no es necesario desheredarlo para excluirlo de la sucesión del abuelo.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS

- STS de 4 de noviembre de 1904
- STS de 20 de mayo de 1931
- STS de 9 de junio de 1947
- STS de 23 de enero de 1959
- STS de 6 de diciembre de 1963
- STS de 9 de julio de 1974
- STS de 20 de septiembre de 1975
- STS de 20 de febrero de 1981
- STS de 31 de octubre de 1995
- SAP de Pontevedra de 16 de febrero de 2001
- SAP de Vizcaya de 4 de diciembre de 2002
- STS de 10 de julio de 2003
- SAP de Zamora de 30 de junio de 2006
- SAP de Asturias de 12 de marzo de 2007
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de mayo de 2007
- SAP de Córdoba de 28 de septiembre de 2010
- STSJ de Aragón de 22 de septiembre de 2011
- SAP de Asturias de 14 de noviembre de 2011
- SAP de Alicante de 8 de febrero de 2012
- SAP de Alicante de 30 de enero de 2013
- SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2012
- STS de 3 de junio de 2014
- SAP de Alicante de 24 de octubre de 2014

- STS de 30 de enero de 2015

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- RDGRN de 13 de septiembre de 2001
- RDGRN de 31 de marzo de 2005
- RDGRN de 12 de julio de 2013

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, vol. I, *Introducción y Derecho de la Persona*, undécima edición, Barcelona: Bosch.
- ALGABA ROS, S. (2002). *Efectos de la desheredación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BATLLE VÁZQUEZ, M. (1951-52). Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho, *Anales de la Universidad de Murcia*, 63-69.
- BERMEJO PUMAR, M. A. (2005). «La legítima», tema 8, parte primera. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V. Sucesiones, vol. 3.º Las atribuciones legales. Navarra: Thomson-Civitas, Consejo General del Notariado, 19-598.
- BUSTO LAGO, J. M. (2009). Comentario del artículo 806 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona; Aranzadi, 963-966.
- CASSO ROMERO, I. (1940). La exclusión de herederos de la sucesión legítima, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 5-6.
- GARCÍA GARRIDO, M. J. (1986). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid: Dykinson.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª (1921). *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid: Reus.
- MARÍNO PARDO, F. (2015). Condición de legitimario del nieto. Renuncia y representación en la legítima. La resolución DGRN de 12 de julio de 2013. [En línea], disponible en www.iurisprudente.com. Consultado el 3 de junio de 2015.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1991). *Preterición y Derecho de Representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2014). El derecho de representación en la sucesión testamentaria. En: F. Lledó Yagüe (dir.) *El patrimonio sucesorio Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Consejo General del Notariado, Dykinson, 265-285.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Notas sobre la voluntad del testador. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 153-190.
- MORENO QUESADA, B. (2012). Desheredación y preterición. En: F. J. Sánchez Calero (coord.) *Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2015, Ref. 3814/2015.

- PASCUAL QUINTANA, J. M. (1958). La desheredación en el Código Civil Español, *Revista de Derecho Español y Americano*, número 12, marzo-abril de 1958, pp. 93-140.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (1992). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo II, segunda edición, Madrid: Dykinson.
- ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J. (2009). Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral. En *Estudios de Derecho Privado*. Navarra: Consejo General del Notariado Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 151-198.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951). *Derecho Sucesorio «mortis causa»*, Sevilla: Editorial Edelce.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, A. (2011). Elogio de la desheredación. *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXIX, pp. 539-558.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil, Derecho de Sucesión «mortis causa»*, Tomo sexto, vol. 2.º. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.
- TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2011). La legítima en el Código Civil. En: Gete Alonso y Calera, M. C. (dir.) *Tratado de Derecho de Sucesiones, Cap. 44*, Tomo II. Navarra: Civitas.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama del Derecho de Sucesiones, I Fundamentos*, Madrid: Civitas.
- (1978). Comentario del Artículo 849 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Edersa, pp. 509 a 514.
- (1978). Comentario del artículo 857 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Edersa, pp. 568-574.
- VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret*, [En línea], disponible en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf. julio de 2007, pp. 2-25.

NOTAS

¹ *Vid.*, sobre esta cuestión, BUSTO LAGO, J. M. (2009). «Comentario del artículo 806 del Código Civil». En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona; Aranzadi, 964. Es compatible también la existencia de legitimarios con la distribución de toda la herencia en legados. La personalidad del legitimario, a diferencia de lo que ocurre en caso del heredero, no se confunde con la del causante, puesto que la legítima *per se* no provoca la subrogación del legitimario en la titularidad activa y pasiva de los bienes del *de cuius*.

² Tan solo el artículo 68 del Código Civil parece acordarse de los mayores cuando hace referencia a la obligación de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

³ *Vid.*, PASCUAL QUINTANA, J. M. (1958). La desheredación en el Código Civil Español, *Revista de Derecho Español y Americano*, número 12, marzo-abril, 93-140. *Vid.*, sobre este tema, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Notas sobre la voluntad del testador. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, pp. 153-190. ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J. (2009). Naturaleza Jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral. En *Estudios de Derecho Privado*. Navarra: Consejo General del Notariado Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 151-198.

⁴ VAQUER ALOY, (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret*, [En línea], disponible en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf. julio de 2007, pp. 2-25. Ex-

plica que a pesar que la legítima ha sido cuestionada, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de abril de 2005 ha afirmado que la libertad de testar es un elemento determinante de la garantía del Derecho de sucesiones, como reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo; que no hay mandato constitucional —como ocurre en España— por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes. Es más, que la misma garantía, protección y rango constitucional del derecho a la propiedad privada merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima.

⁵ «El fundamento filosófico de esta institución se integra dentro de la familia; la potestad suprema del jefe hacia los miembros que la componen, a fin de que cumplan los deberes impuestos para su conservación, goza de la autoridad para castigar privándoles de aquellos bienes sobre los que la ley les tiene reconocido un derecho. Es una facultad inherente a la persona para sancionar la conducta de los que indignamente, en vida, se hubiesen comportado mal con él». Estas palabras de PASCUAL QUINTANA (1958), 96-97, a pesar de utilizar términos que hoy resultan obsoletos, como la consideración del padre como «jefe de la familia que goza de potestad suprema» resumen, en definitiva, el fundamento de la desheredación.

⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2015, Ref. 3814/2015.

La realidad social: «no me des dinero, enséñame a ganarlo»; no se piensa en lo ricos que podamos ser a la muerte de los padres (quizá fallezcan cuando yo esté cerca de la jubilación), sino en lo bien que nos gustaría vivir gracias a nuestra propia capacidad económica.

La realidad económica: la subsistencia no depende de la herencia. Los padres no piensan en que la economía de sus hijos vaya a depender de la parte de la herencia que constituye la legítima, sino que deben darles la formación adecuada para que sean ellos los que personalmente obtengan la suficiencia económica para subsistir dignamente.

La realidad física: es la actual longevidad de la vida humana. Es frecuente que actualmente la vida del ser humano se prolongue mucho más que antiguamente. Piénsese en 1889 cuando se promulgó el Código Civil. Dándose esta realidad, la transmisión de la herencia o legado que atribuyen la legítima, se dará con harta frecuencia cuando ya los hijos tengan la vida encarrilada. No deja de ser un sinsentido que una persona, por ejemplo de 50 años, tenga un derecho a exigir el abono de la legítima por la muerte de su padre o de su madre. Ello, con el perjuicio que puede ocasionar al padre o madre supérstite.

La realidad jurídica: no es otra que los frecuentes enfrentamientos y problemas. La normativa de la legítima es ciertamente complicada, tanto desde el punto de vista jurídico, como especialmente en su aplicación práctica. Las dificultades para la fijación de la herencia y no digamos para solventar los casos de inoficiosidad y la práctica de la colación, con la frecuente confusión con el cómputo.

Todo lo dicho hasta ahora ha venido referido a la *legítima de los hijos y descendientes*, con la cuantía —que ciertamente puede considerarse desmesurada— de dos tercios de la herencia del causante.

⁷ El *pater familias* romano que hacía testamento venía obligado a instituir herederos a los *heredes sui*, herederos de propio derecho, o desheredarlos. Para desheredar a un *suus* había que hacerlo nominalmente, pero la desheredación de los demás *sui heredes* podía hacerse con una disposición conjunta. La preterición o el no mencionar a los hijos varones anulaba el testamento. La preterición de los otros herederos de derecho propio, hijas o nietos, no lo anulaba, pero los preteridos concurrían a la herencia con los instituidos. *Vid.*, GARCÍA GARRIDO (1986, 129).

⁸ Señalan TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2011, 1894), que el desheredado queda excluido de toda participación en la sucesión intestada del causante, con arreglo al artículo 912 (STS de 9 de julio de 1974, *RJ* 1974, 3556 y RDGRN de 31 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 3483).

El TS ha señalado en sentencias de 6 de diciembre de 1963 (*RJ* 1963, 5207) y 20 de febrero 1981 (*RJ* 1981, 534) que la desheredación excluye al legitimario desheredado del

derecho a recibir su cuota legítima en la herencia del desheredante y a toda participación en la herencia de este (STS de 20 de mayo de 1931, *RJ* 1930-1931, 2054), tanto testada como intestada, así como de cualquier derecho sobre reservas hereditarias (art. 873.II) (BUSTO LAGO, 2009, 1028).

⁹ Doctrina jurisprudencial recogida por las AAPP en numerosas sentencias. *Vid.*, por más recientes: SAP Alicante 496/2014, de 24 de octubre; SAP Alicante 45/2013, de 30 de enero; SAP Alicante 63/2012, de 8 de febrero; SAP Asturias 394/2011, de 14 de noviembre; SAP Córdoba 169/2010, de 28 de septiembre y SAP Vizcaya 784/2002, de 4 de diciembre.

¹⁰ STS de 6 de diciembre de 1963, doctrina recogida en la SAP Vizcaya 784/2002, de 4 de diciembre.

¹¹ Aunque resulta paradójico que el progenitor que demanda alimentos tenga patrimonio suficiente para componer la porción legítima de sus herederos forzosos.

¹² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., (2002, 153-190). Hace estas reflexiones a propósito del que considera un efecto inadmisible de la desheredación injusta, cual es la atribución de la legítima estricta a quien se demuestra injustamente desheredado.

¹³ En algo que puede ser, como señala SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1110), con la asignación de alimentos al desheredado, o dejando al desheredado algo a título de libre disposición, aunque entiende que ello no significa la licitud de la desheredación parcial, que niega rotundamente.

¹⁴ Como se verá después, no ve inconveniente en, si el causante deja algún bien al desheredado, este se impute al tercio de legítima. A ello no obsta el artículo 857, pues lo que deben recibir los hijos del desheredado es lo aquello de lo que este hubiera sido privado por la desheredación.

¹⁵ Se contempla en el Código Civil suizo (art. 480), que permite la privación de la mitad de la legítima del que tiene ejecuciones pendientes, mitad que pasa a la estirpe. Este curioso precepto se rubrica como «Desheredación de un insolvente» y señala lo siguiente: «El descendiente que se encuentra en situación de insolvencia declarada puede ser desheredado en la mitad de su reserva, siempre que esta mitad sea atribuida a sus hijos nacidos o futuros. La desheredación pierde su eficacia a petición del desheredado si, al tiempo de la apertura de la sucesión no se encuentra en situación de insolvencia declarada o si las cantidades por las que resulta insolvente no exceden de la cuarta parte de su derecho hereditario».

¹⁶ En el mismo sentido, BERMEJO PUMAR (2005, 521). Si el legado comprende alimentos debidos antes del fallecimiento, no se pueden computar en la legítima ni serían un supuesto de desheredación parcial. En contra, PASCUAL QUINTANA (1958, 105) quien, sin embargo, aboga por una postura algo menos rigorista que la que mantiene el del Código Civil, desecharía la teoría de aquellos que ven en este supuesto una desheredación parcial, habida cuenta que jamás el desheredado adquiere sobre la porción de bienes asignados para alimentos un derecho que pueda exceder de su cometido.

¹⁷ Surge el inconveniente que esta posibilidad de desheredación parcial daría lugar no a una representación o sucesión de grado, sino a una concurrencia en el mismo puesto. Esto dificulta aplicar aquí el mecanismo de la representación.

Hay que saber cuál es la cuota del desheredado (que se asignaría a la masa de reparto entre legitimarios) y cuál es la cuota de la estirpe. Entiende muy discutible la idea de que la estirpe deba recibir la legítima mínima, la estricta. Que si la sanción es personal, no se comprende que sea así, cuando lo que se le atribuye al desheredado es el bien que se le atribuye, por lo que habría que justificar que no excede de una determinada legítima.

Todas estas dificultades explican que muchos autores la intuyan como algo imposible.

¹⁸ STS 118/1959.

¹⁹ Sobre la base de que «es menor injuria para el hijo desheredarle condicionalmente que desheredarle puramente», entiende que en la desheredación condicional entran los siguientes supuestos:

1. Desheredación condicionada a que en lo futuro incida un legitimario en causa de desheredación:

Posibilidad rechazada en base a que el 849 exige que en la desheredación se exprese la causa en la que se funda. Ello requiere que la causa se haya producido ya para poder fundamentarla.

2. Desheredación efectuada por el testador sin tener la certeza del hecho y condicionada a que este resulte probado.

No hay inconveniente para su validez. 3. Desheredación ordenada para el supuesto de que se produzca la sentencia que la fundamente como causa de desheredación.

Basta la existencia del hecho para ordenar la desheredación. Este hecho sirve de fundamento a la sentencia. La sentencia actúa como condición, del mismo modo que actúa como *conditio iuris* en los casos en que la ley la exija como causa de la desheredación.

4. Desheredación fundada en un hecho ocurrido con anterioridad al testamento, pero condicionándola a la posterior conducta o a un hecho ulterior del desheredado. Distinguir:

- a) que la desheredación se condiciona al arrepentimiento, rectificación de conducta o penitencia. Debe admitirse, equivalente a una remisión o perdón condicionado.
- b) igual solución cuando la condición pueda cumplirse después de la muerte del «de cuius». Conceptualmente es el mismo problema del legado condicional o institución de heredero condicional. Puede plantearse si durante la pendencia de la condición, después de la muerte del causante, se suspende la desheredación, o bien si esta se resuelve al cumplirse la condición. Estima que la desheredación es definitiva, pero que se halla en pendencia un llamamiento en lugar de la legítima, e imputable a ella, bajo la condición suspensiva de darse el hecho expresado como condicionante.
- c) Caso que la condición puesta por el testador se refiera a un hecho ajeno a la conducta y a los signos de arrepentimiento del desheredado, tanto si la condición es lícita o ilícita, la desheredación ha de estimarse por no hecha, ya que esas condiciones son contrarias a la esencia de un acto tan grave como la desheredación, a la que, por la falta de seriedad que significan, la desvirtúan e invalidan.

²⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J. Derecho de Sucesiones, común y foral, *cit.*, p. 439.

²¹ A favor de su consideración como derecho de representación, *vid.*, BUSTO LAGO (2009, 1028-1030). La cuota legítima se transmite a sus hijos o descendientes, recibiéndola estos por derecho de representación (STS de 31 de octubre de 1995. *La Ley* 17130-R/1995). Argumentos: 929 del Código Civil, representación de una persona viva, 925 del Código Civil, siempre en la línea recta descendente y 814.3 del Código Civil, los descendientes de otro descendiente (desheredado) representan a este en la sucesión del testador

²² Lo que, —señala BERMEJO PUMAR (2005, 538)— supone que sea discutible la aplicación del artículo 1038 del Código Civil en cuanto a todo aquello que hubiera tenido que colacionar el padre, operando el derecho de representación, cuando los nietos concurran con tíos o primos, así como la no necesidad de recurrir a las reglas de la preterición para fijar la legítima de la estirpe omitida

²³ *Vid.*, el interesante estudio de MINGORANCE GOSÁLVEZ (2014, 265-285).

²⁴ *La Ley* 456/2002.

²⁵ Sentencias del TS de 3 de junio de 2014 (*La Ley* 74491/2014) y 30 de enero de 2015 (*La Ley* 10075/2015).

²⁶ *La Ley* 38823/2001.

²⁷ SAP Zamora 30 de junio de 2006 (*La Ley* 87648/2006) y SAP Santa Cruz de Tenerife de 14 de mayo de 2007 (*La Ley* 130397/2007): «...la exclusión de un heredero forzoso de la herencia por desheredación hace que los descendientes del desheredado adquieran la condición de legítimarios respecto de la legítima...». «La declaración del derecho a ser tenidos por legítimarios del causante los hijos del desheredado carece de todo interés jurídico pues el mismo está expresamente reconocido en el citado artículo 857 del Código Civil». En idénticos términos, la SAP de Alicante, de 6 de noviembre de 2012 (*La Ley* 205225/2012). Además esta sentencia se refiere a la del TS de 31 de octubre de 1995: *En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 1995 (*La Ley* 17130-R/1995), estableciendo que impugnando el recurrente la desheredación de que fue objeto en la herencia*

de su padre según lo dispuesto por este en su testamento, son sus hijos, nietos del testador, los que ocupan su lugar en la legítima, son legitimarios que participan en aquella herencia por llamamiento que a ellos le hace la ley directa e inmediatamente (art. 857 del Código Civil). La SAP de Santander de 31 de enero de 2012 resuelve la procedencia de la causa de desheredación alegada por el causante quien, al otorgar testamento abierto deshereda a su única hija, la ahora demandante, y a los hijos de esta y nietos del testador, instituyendo herederos a sus sobrinas, hijas de su hermana. La sentencia resuelve a favor de la procedencia del maltrato de obra, sin cuestionarse si es posible desheredar a un nieto viviendo el padre.

²⁸ En la SAP Asturias 12 de marzo de 2007 (sentencia 92/2007) el abuelo deshereda en el testamento a su nieta (demandante ahora) y a su biznieta (había fallecido su hija). Resultando probada la negativa de la actora a prestar alimentos a su abuelo se la deshereda, con el consiguiente derecho de la biznieta a ser declarada heredera de su bisabuelo y con derecho a legítima, representada por los dos tercios de la herencia del citado y valiendo el testamento en todo lo demás (cuando el abuelo otorgó testamento esta tenía 7 años por lo que es patente que no pudo incurrir en ninguna de las causas de desheredación reflejadas en el testamento). Dice el Tribunal «El hecho de que se exija una interpretación restrictiva de la institución de la desheredación, no solo en cuanto proclamada por el artículo 848 del Código Civil, sino también por abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legitimaria, no puede ello significar una exigencia de tal calibre que en la práctica vengan a impedirse los efectos derivados de la desheredación, convirtiendo sus causas en algo más teórico que real a fin de respetar el derecho legitimario del heredero.

²⁹ Resulta, en este sentido, clarificadora (aunque referida a la Ley Aragonesa, 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte), la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) de 22 de septiembre de 2011 (sentencia 9/2011): «Conforme al artículo 25.1, por la sustitución legal, la condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley (sucesión directa con una vocación hereditaria propia, dice algún autor). El sustituido no llega a ser titular del *«ius delationis»* ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes («*si los tuviera»*) por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que este tenga descendientes sino que *los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido*».

³⁰ BOE núm. 229, 24 de septiembre de 2013.

³¹ STS de 10 de julio de 2003. *La Ley* 2639/2003.

(Trabajo recibido el 11-9-2015 y aceptado para su publicación el 22-9-2015)