

¿SE ESTÁ MODIFICANDO EL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?

ADELA LÓPEZ PEDREIRA

*Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid*

La Ley 41/2003 de 18 de noviembre de *protección patrimonial de las personas con discapacidad* ⁽¹⁾ con el objeto de paliar la desigualdad que, a pesar de la declaración formal del artículo 49 de la *Constitución española* viven los discapacitados, ha querido mejorar su situación desde el punto de vista patrimonial, concediendo a las familias, principal núcleo de protección de los mismos, una serie de vías para la afectación de recursos económicos que garanticen su subsistencia, especialmente una vez que sus progenitores hayan fallecido. Con dicho objetivo esta normativa ha creado un *patrimonio especialmente protegido* (artículos 3 ss.), y ha modificado distintos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la legislación tributaria (IRPF, Impuesto de Sucesiones), y distintos preceptos del Código civil en materia de alimentos, contrato de mandato, tutela, introduciendo la nueva figura de la autotutela, y asimismo ha reformado ciertos preceptos del Derecho de sucesiones, entre los que introduce una nueva causa de indignidad para suceder respecto a los parien-

⁽⁹⁴⁾ Dig. 49,14,3,6 (Call. *de iur. fisc.*): *Valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint.*

⁽⁹⁵⁾ Dig. 32,39pr. (Scaev. 20 *dig.*); Dig. 31,67,10 (Pap. 19 *quaest.*); Advertida de interpolación precisamente en *satis inhumanum*, LEVY, E. — RABEL, E., *Ind. Interp.*, 2, 267.

⁽⁹⁶⁾ SANFILIPPO atribuye la introducción del *favor libertatis* al estoicismo. SANFILIPPO, C., *Istituzioni*, 116 citado in CASTELLO, C., *In tema di 'favor libertatis'*, SDHI 22 (1956), 349, n. 5.

tes que no hayan atendido debidamente al discapacitado (apartado 7.º del artículo 756); da un trato favorable a la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual en favor del legitimario discapacitado que viva con el donante o testador (artículo 822); concede al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto (artículo 831), y asimismo permite al testador gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta en beneficio de hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

Concretamente y dada su trascendencia vamos a referirnos a esta última reforma que se contiene en los siguientes artículos:

Artículo 782 del Código civil: *“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.”*

Artículo 808 del Código civil, párrafo tercero: *“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos.”*

Artículo 813 del Código civil, párrafo segundo: *“Tampoco podrá establecer sobre ella (legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos y descendientes judicialmente incapacitados.”*

Esta ley está permitiendo que los padres, que tengan algún hijo o descendiente judicialmente incapacitado, puedan dejarle en su testamento, además de lo que le corresponda por legítima (amplia, es decir incluyendo la mejora) y el tercio de libre disposición, la legítima estricta de sus hermanos, también herederos forzosos del testador, aunque gravando esta última parte con una sustitución fideicomisaria en favor de tales herederos forzosos, lo que nos plantea el problema de si por primera vez se está afectando la legítima estricta de los descendientes que podría dejar de ser intangible, pues es posible que con los adelantos médicos y la calidad de vida actual, el hijo incapacitado sobreviva a sus hermanos de manera que estos no lleguen a percibirla nunca, pasando a sus descendientes si es que los tienen, y en otro caso acreciendo a los demás fideicomisarios.

Esta cuestión nos ha llevado a analizar si el Código civil español está modificando la naturaleza y los principios inspiradores de una institución centenaria como es la de la legítima y si está eliminando un freno existente a lo largo de muchos siglos a la libertad del testador, lo que por otra parte está siendo demandado por un amplio sector de la sociedad actual.

LA LIBERTAD PARA DISPONER *MORTIS-CAUSA* EN EL DERECHO ROMANO

La libertad para disponer *mortis-causa* tiene su origen en el Derecho Romano, aunque se discute entre los romanistas si esta libertad existió ya en la época arcaica o se introdujo en un momento posterior. Los primeros se apoyan en la norma 5.3 de las XII Tablas, “*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (2)” que estaría reconociendo al testador la amplia facultad para disponer libremente de sus bienes y del cuidado de sus cosas en favor de cualquier persona, de manera que en el testamento comicial se podría incluir, además de la transmisión de la soberanía familiar al *suus heres* como sostiene Bonfante (3), y a partir de su teoría siguen también entre otros autores Betti (4), Solazzi (5), La Pira (6), otras disposiciones como nombrar tutor, hacer legados..., como indica Pomponio, libro V, *ad Quintum Mucium*, D.50.16.20: “*Verbis legis duodecim Tabularum his: Uti legassit suae rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustum est vel legum, vel auctoritate iura constituentium.*” O en igual sentido afirma Gayo 2.224: “*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque*

(97) Dig. 34,9,12 (Pap. 16 *quaest.*), cit.

(1) Esta Ley distingue la situación de aquellas personas discapacitadas considerando como tales a aquéllas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 a las que dirige ciertos preceptos con independencia de que concurra en ellas la declaración judicial de incapacidad, y por otra parte la situación de aquéllas que están judicialmente incapacitadas, a las que se dirigen otros preceptos como los relativos a la afectación de las legítimas que fundamentalmente vamos a estudiar.

(2) *Ep. Ulp.* 11-14.

(3) P. BONFANTE, *Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno*, en *BIDR*, VII, 1984, 153 ss.; *L'origine dell'hereditas e dei legata*, en *BIDR*, IV,

lex XII tabularum permitttere uidebatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: Uti legassit suae rei, ita ius esto."

De esta forma existiría una libertad inicial ⁽⁷⁾ que luego se vería limitada por la ley y por la autoridad de quienes elaboran el Derecho como indicaba Pomponio y así se iría imponiendo el principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*. (Tit Ulp. 22.14).

Por el contrario otro sector doctrinal representado por Jörs y Kunkel ⁽⁸⁾, Perozzi ⁽⁹⁾, Arangio-Ruiz ⁽¹⁰⁾, Voci ⁽¹¹⁾, Biondi ⁽¹²⁾..., y en España por Torrent ⁽¹³⁾, Varela ⁽¹⁴⁾, Ortuño ⁽¹⁵⁾, Ribas-Alba ⁽¹⁶⁾, entienden que la regla "*Uti legassit...*" ⁽¹⁷⁾ está permitiendo únicamente que el testador disponga

1891, 142 ss.; *La gens e la familia*, en *Scritti Giuridici Varii I*, Torino, 1916; *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)* en *Scritti Giuridici Varii, II*, Torino, 1926.

⁽⁴⁾ E. BETTI, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla famiglia romana arcaica*, en *SDHI*, XVIII, 1952, 152 ss.

⁽⁵⁾ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, Napoli, 1932, 158 ss.

⁽⁶⁾ G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro el testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 7, n. 4.

⁽⁷⁾ Entre los autores que tratan de la *querela inofficiosi testamenti* afirman la libertad para testar en la época arcaica L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti, Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 2 ss.; G. SUÁREZ, *Derecho procesal civil de legítimas*, Orense, 1999, 15 ss.

⁽⁸⁾ JÖRS-W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, traducción española de la 2.^a ed. alemana, Barcelona, 1965, 136 ss.

⁽⁹⁾ S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Roma, 1928, 602, n. 2.

⁽¹⁰⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914, 61; *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli, 1987, 536 ss.

⁽¹¹⁾ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1963.

⁽¹²⁾ B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. española M. Fairén, Barcelona, 1960, 9.

⁽¹³⁾ A. TORRENT, *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966, 46 ss. Basa su teoría en los fragmentos de las *Institutiones* de Gayo (3.154a, 154b) acerca del *consortium ercto non cito*, descubiertos en Egipto en 1933 y publicados en *Papiri Greci et latini*, Florencia, XI, n. 1182. Gai. 3.154a: "*Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olid enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso; erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur; ciere autem dividere est, unde caedere et secare, [et dividere] dicimus.*" 3.154b: "*Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat. Item unus rem communem mancipando.*"

libremente de la *pecunia*, es decir de sus bienes personales o bienes de cambio, pues de la *familia* (entendida en su acepción patrimonial), no tiene poder de disposición ya que debería pasar a los *sui* a los que en realidad ya pertenecía en vida del testador, de manera que la muerte de éste lo único que hace es transmitirles el poder de administración que hasta entonces desempeñaba el *pater familias*, Paulo *ad Sabinum* en D.28.2.11:” ... *Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.*” (18)

Sólo cuando el *pater* no tenía *sui* acudiría al *testamentum calatis comitiis* que no era un verdadero testamento sino una *adrogatio* sujeta a la condición de la muerte del adrogante sin dejar descendientes, y si no ha acudido tampoco a este negocio jurídico se aplicarán las reglas 4-5 de la Tabla V de las XII Tablas “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*”, de forma que se atribuirían los bienes familiares a los agnados y en su defecto a los *gentiles*.

Esta segunda tesis es la que aquí suscribimos (19) aún resultando extraño que el *pater familias* que tenía un poder absoluto sobre los sujetos a su *patria potestas*, que llegaría hasta la venta de los hijos, o hasta un *ius vitae ac necis* (20) no pueda disponer libremente de ese patrimonio del que él figura como único titular, pero entendemos que ello se debe a la originaria vinculación entre los *cives* y la tierra, y el *ius civile* romano iba dirigido a una clase social, la de los terratenientes, para los cuales la conservación de la hacienda familiar era de vital importancia, no sólo dentro, sino también fuera de la familia en cuanto que representaría el fundamento de su poder político y social y su adscripción a una clase determinada en el censo. Por ello entendemos que no podrá empezar a hablarse en nuestra opinión de verdadera libertad para testar hasta la desaparición del *consortium ercto non cito*, lo que tendría lugar hacia

(14) E. VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, en *Estudios Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, 535 ss.

(15) M. E. ORTUÑO, *La institución de heredero en el Derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999, 46 ss.

(16) J. M. RIBAS-ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho Romano*, Granada, 1998, 98 ss.

(17) Esta regla tiene otras posibles redacciones, “(*Pater familias*) *uti super familia pecuniaque sua legassit* “tal como aparece en Cicerón, *De invent.* 2.50.148, *Rhet. ad Her.*1.3.23, o simplemente “*Uti legassit suae rei ita ius esto*” como aparece en Gayo 2.224, pero en realidad todas parecen destacar con el adjetivo *sua* el tratarse únicamente de bie-

los siglos IV-III a.C. coincidiendo con el desarrollo económico de Roma que dejaría de ser una sociedad agrícola con los bienes familiares claramente afectados a la tierra, para empezar a destacar como una potencia comercial en la que se impone la economía de intercambio, y que se va a traducir desde el punto de vista sucesorio en la aparición del *testamentum per aes et libram* ⁽²¹⁾, pues a partir de ese momento se admite que el testador pueda instituir a los *sui* o bien desheredarles instituyendo a extraños si bien todavía con ciertas limitaciones, pues el hecho de que la desheredación deba ser expresa, y en el caso de los hijos varones deba realizarse *nominatim* ⁽²²⁾, implica una nueva presión psicológica a favor de la institución de los *sui*.

Pero aunque el *ius civile* consagre esa libertad para testar, la realidad social no sigue esa línea ya que no hay que olvidar que la familia, aunque venga regulada por unos criterios rígidos de *potestas*, tiene un componente natural y unas connotaciones éticas, sociales o religiosas que empiezan a ser valoradas primero como *officium* ⁽²³⁾ sin más consecuencia para su incumplimiento que la mera reprobación social aunque vaya adquiriendo con el tiempo repercusión jurídica.

Realmente ya se venían imponiendo una serie de limitaciones a la atribución libre del patrimonio familiar a extraños desde diferentes vías. La *Lex Cincia* (plebiscito del año 204 a.C.) imponía una serie de límites a las donaciones salvo las que se hiciesen en favor de las *personae exceptae*, considerando como tales a los *cognati* hasta el 5.º grado, cónyuges, novios..., si bien no imponía la nulidad de las que superasen ese *modus donationis* sino que frente a la reclamación del donatario podía el donante oponer una *exceptio legis cincia* ⁽²⁴⁾ para revocar esa donación hecha de manera irreflexiva.

nes personales del testador.

⁽¹⁸⁾ Esto explicaría también que ya las XII Tablas reconociesen la figura de la prodigalidad tal como aparece en D.27.10.1.pr.; Ulp. 12.2.

⁽¹⁹⁾ En igual sentido nos manifestamos en A. LÓPEZ PEDREIRA, *La sustitución pupilar: del Derecho Romano al artículo 775 del Código civil español*, Dykinson-URJC (en prensa).

⁽²⁰⁾ ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica del "ius vitae ac necis"*, en *Scritti Ferrini*, Milano, 3, 1948, 343 ss.

⁽²¹⁾ Gayo, 2.103.

⁽²²⁾ Gayo 2.123; 2.127.

⁽²³⁾ CREMADES, *El officium en el Derecho Privado Romano*, León, 1988, 14 ss., señala que existen diferentes sentidos que cabe atribuir al sustantivo *officium* pero aparece en él una idea central como comportamiento adecuado, típico, ajustado a las relaciones

En la misma línea se dictó para los testamentos en fecha incierta (se cree que entre los años 203-169 a.C.), la *Lex Furia Testamentaria* que para no perjudicar a los *sui heredes* prohíbe que se hagan legados o donaciones por causa de muerte en una cantidad superior a 1000 ases:

Gayo 2.225: “*Itaque lata est Lex Furia, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortuissime causa capere permissum non est.*”

No obstante, puesto que existían formas de burlar esta prohibición, se dictará el año 169 a.C. una *Lex Voconia* por la que “*ne cui plus legatorum nomine mortuissime causa capere liceret, quam heredes caperet*”, Gayo 2.226, si bien ante los inconvenientes derivados de que el testador hiciese tan gran número de legados de escasa cuantía que lo que dejase al heredero fuese tan reducido se dictará finalmente la *Lex Falcidia* del año 40 a.C. por la que se estableció “*ne plus ei legare liceat quam dodrantem; itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat.*”

De esta legislación deducimos dos hechos relevantes: primero, que además de la preocupación de dejar bienes a los herederos para evitar la caída del testamento se impone la preocupación social de dejar necesariamente bienes a los *sui heredes* que no deben verse perjudicados por las disposiciones en favor de extraños.

Y en segundo lugar que la *Lex Cincia* contempla el parentesco ya no por agnación sino por cognación, es decir por vínculos de sangre, lo que indica el reconocimiento de una relación distinta de la *potestas* que implicará una serie de deberes basados precisamente en esos vínculos.

De esta forma si el *pater* no quiere vulnerar el *officium pietas* respecto de sus parientes más próximos deberá no sólo mencionarlos, sino también dejarles algo en su testamento a menos que concurra una causa que la conciencia social estime digna para la *exhereditatio*. Por ello el pariente que estime que sin merecerlo ha sido excluido de la herencia del testador podrá alegar su *iniuria* ante el pretor y ante un tribunal que habría surgido para resolver las nume-

de carácter ético-social; o bien, otras veces acompañado de un adjetivo, de un posesivo, o de un genitivo determinado significa regla de comportamiento ajustado a la propia condición personal. En este caso que nos ocupa podríamos estar hablando de un *officium* del *paterfamilias*. Por otra parte, sigue diciendo el autor, *officium* es un proceder exigido no por el Derecho sino por la *pietas* o la *pudicitia*. Se trata de un actuar aconsejado por la virtud.

(²⁴) ASCOLI, *Sulla legge Cincia*, BIDR, 6, 1893, 173 ss.; CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origine della donazione romana*, Milano, 1960; A. LÓPEZ

rosas reclamaciones que plantean las cuestiones hereditarias, *centumviri* ⁽²⁵⁾, y que tendría carácter colegiado posiblemente dado el interés público de las cuestiones hereditarias o por imitación, como señala Ribas-Alba ⁽²⁶⁾ de la actividad judicial de las asambleas.

Este tribunal se encargaría de examinar la pretensión del reclamante excluido y su supuesto mejor derecho frente al que ha sido instituido en su lugar, con el objeto, en su caso, de declarar la inoficiosidad de dicho testamento que está vulnerando dicho *officium pietas* dictándose una sentencia con plena eficacia civil, si bien para no dañar la memoria del testador, lo que era una de las grandes preocupaciones de la sociedad romana, se decía que éste lo había hecho *insaniae mentis*.

D.5.2.5, *Marcelo, libro III, Digestorum*:

“Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, quum et de matris testamento agant, et obtinere assidue soleant. Huius autem verbi ‘de inofficioso’ vis illa, ut dixi, est, docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum; resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, quum testamentum inique ordinaret.”

D.5.2.2, *Marcianus libro IV, Institutionum*:

“Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.”

Este último texto es importante porque está estableciendo una distinción

PEDREIRA, *La exceptio legis cinciae*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León, 1998, 219-230.

⁽²⁵⁾ L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origine e competenze*. Milano, 2002, sitúa este Tribunal en la época preaugustea a partir de textos de Cicerón y de Valerio Máximo. Indica que actuaría a través del procedimiento de *legis actiones*, incluso aún después de iniciarse el procedimiento formulario, pero el carácter pecuniario de la *condemnatio* de éste último se adaptaría mal a una cuestión en la que predominan intereses religiosos y familiares y en la que se preferiría la toma de posesión efectiva de los bienes. Después con Adriano se verá afectado por el procedimiento *cognitorio* en el que ya

entre el *ius civile* y el *officium pietas* cuya vulneración es lo que se está invocando con esta querela ⁽²⁷⁾ que precisamente recibirá el nombre de *inofficioso testamenti* porque el testamento, así realizado, aunque sea legal, no es conforme a los deberes de piedad que deben existir entre aquéllos unidos por lazos familiares (D.5.2.4-5).

Sobre estas reclamaciones existen muchas referencias en las fuentes. Una de las más relevantes es la que narran Valerio Máximo 7,7,1 y Cicerón, *De orat.* 1.38.175 ⁽²⁸⁾ acerca de un padre que creyendo que su hijo ha muerto en la guerra deja en testamento sus bienes a sus otros herederos, de manera que al volver el militar tras la muerte de su padre, encuentra que no puede volver a su casa puesto que los otros herederos no se lo permiten alegando que él no figuraba en el testamento paterno. Este hijo recurre ante los *centumviri* saliendo vencedor por la opinión general y por unánime veredicto.

Similar a este supuesto de hecho se habrían planteado muchas reclamaciones ante los *centumviri* ⁽²⁹⁾ que irían examinando cada caso particular determinando si el testador ha actuado de manera injusta con el querellante, dictando una sentencia con plenos efectos civiles (D.5.2.17.1) en la que, tras comprobar los méritos que concurren en los distintos instituidos, se atribuye en su caso lo que estiman que le corresponde al preterido o injustamente desheredado. Por ello se va consagrando la idea de que el testador tiene que cumplir unos deberes, y concretamente la atribución material de algo en su testamento en favor de ciertas personas, que no tienen que coincidir necesari-

actuaría un juez único o los *septemviri* iniciándose el procedimiento modificador de las instituciones sucesorias civiles o pretorias por otras vías distintas, senadoconsultos, codificación del Edicto del Pretor...; J. M. RIBAS-ALBA, *La desheredación injustificada...*, *op. cit.*, 158 señala que su origen es anterior, vinculado a la aparición del *testamentum per aes et libram* y la transformación general de la herencia que ello supuso, así como por la mayor complejidad de los procesos hereditarios que requerirían la existencia de unos jueces estables.

⁽²⁶⁾ J. M. RIBAS-ALBA, *loc. cit.*

⁽²⁷⁾ Esta palabra deriva del verbo *quaerere* que podría significar reclamar, indagar, instruir un proceso sobre la muerte de uno, en clara referencia a los *quaestores parricidii*. MARRONE, *Querella inofficiosi testamenti*, *NNDI*, XIV, 1967, 672, señala que esta *querella* se habría planteado por algunos en su origen como un incidente de la *actio petitio hereditatis* mientras que otros entienden que se habría formado ya a través de la praxis de los *centumviri*.

⁽²⁸⁾ Cicerón, *De orat.*, 1,38,75: “*Quid ; si ne parvae quidem causa sunt, sed saepe maxime, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior quam illius militis, de cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamen-*

riamente con las que las XII Tablas señalaban como sucesores intestados ⁽³⁰⁾ sino aquéllas que tienen unos vínculos de sangre ⁽³¹⁾ (se admite la reclamación del hijo respecto de su madre, lo que en el *ius civile* no se admitirá hasta el siglo II d.C. con el senadoconsulto *Orficiano*, o del padre natural con respecto al hijo dado en adopción) y que empezarán a llamarse herederos forzosos, estableciéndose distintos grados de ellos, descendientes, ascendientes y hermanos. En realidad no se estableció ningún sistema claro de legitimación activa aunque sí se decía que los colaterales más allá de los hermanos tienen menos posibilidades de salir victoriosos, por lo que se les aconseja, aunque no se les prohíbe, que no gasten dinero en esas cuestiones, si bien ya Diocleciano (año 294-300) los excluye de esa posibilidad de reclamar (C.3.28.21).

D.5.2.1, *Ulpianus libro XIV ad Edictum*:

“Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas; omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultr fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinere spem non haberent.”

D.5.2.14, *Papinianus, libro V, Quaestionum*:

“Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit; emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit; in quaestione de inofficioso testamento praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet; quod si contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur, et suam intentionem implere potest.”

C.3.28.21, *Imp. Diocletianus et Maximianus A.A. et C.C. Alexandro (a. 294-300)*: *“Fratris vel sororis filii, patru vel avunculi, amitae etiam et materterae testamentum inofficiosum frustra dicunt, quum nemo eorum, qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admittatur. De falso sane per accusationem criminis queri non prohibentur.”*

Pero en el siglo I a.C. no existía todavía una porción fija que hubiese que

tum mutasset et, quem ei vissum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento ex heres filius? Nempe in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.

dejarse a estos herederos forzosos ⁽³²⁾, se decía que había que dejarles algo, lo que los *centumviri* estimasen justo en función de las circunstancias de cada caso, si bien para evitar arbitrariedades se va pensando en atribuirles una cuota fija que se concretará, por imitación de la *Quarta Falcidia*, en una cuarta de lo que les habría correspondido en la sucesión intestada, aunque como señala Sanguinetti ⁽³³⁾ esta cuota, *pars debita*, actuará únicamente como requisito de admisibilidad de la *querela* pues si el querellante ha percibido ya esa *quarta parte* no se admite a trámite su reclamación ⁽³⁴⁾, pero ello no quiere decir que sea esa la cantidad que se deba recibir puesto que es posible que el que ha recibido menos de esa *quarta*, ejercite victoriosamente la *querela inofficiosi testamenti* y cayendo con ello todo el testamento perciba, no solo la *quarta parte*, sino todo lo que le correspondería en la sucesión intestada.

En cualquier caso la función de este tribunal es ir determinando si el reclamante tiene mejor derecho a percibir una cuota que la o las personas que han sido instituidas. Si estiman que tiene mejor derecho el querellante, excluyen al instituido, lo que en principio implicaba la caída de la institución de heredero y con ello de todo el testamento dando paso a la sucesión intestada, si bien en el caso de que hubiese varios instituidos contra los que se reclama puede ocurrir que el querellante venza contra alguno de ellos pero no contra todos, en cuyo caso se rescinde la institución de éste y se atribuye al querellante la intestada pero se mantienen las instituciones de los demás, por lo que sería éste un supuesto especial de compatibilidad de sucesión testada y la intestada.

D.5.2.28, *Paulus, libro singulari de septemviralibus iudiciis*:

“*Quum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento*

⁽²⁹⁾ Valerio Máximo VII.8.2; VII. 7.3-4-5; Cicerón, *De officiis*, III,10.43; *Verr.* 2.1.42.107.

⁽³⁰⁾ D.5.2.6.1, *Ulpianus, libro XIV ad Edictum*: “*Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit — nemo enim eum repellit —, et casu obtinuerit, non ei proficit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem; nam intestatum patremfamilias facit.*”

⁽³¹⁾ Plinio el joven, *epist.* 5.1; D.5.2.5; D.5.2.15.

⁽³²⁾ Séneca, *Controversiae*, 9.5.15.

⁽³³⁾ SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima*, Milano, 1996, 51.

⁽³⁴⁾ Plinio, *epist.* 5.1-9-10: “*Rogant me ut cum Curiano loquar. Convenimus in aedem Concordiae. Ibi ego ‘si mater’ inquam, ‘te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius*

heredes alios instituisset, Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur; nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.”

D.5.2.24, *Ulpianus, libro XLVIII ad Sabinum:*

“Circa inofficiosi querelam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur; quid enim, si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quodsi fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.”

Igualmente ya a finales de la época clásica se va acordando que por el ejercicio de la *querela inofficiosi testamento* no debía caer todo el testamento cuando por error se hubiese atribuido al heredero forzoso menos de la *portio debita*, y ya con Constancio, año 361, se establece que la cuota del heredero necesario se complete al arbitrio de buen varón si resultase inferior a la debida, hasta que Justiniano, el año 528 crea la *actio ad supplendam legitimam* en virtud de la cual el heredero necesario sólo puede exigir el complemento de la *portio debita*, que ahora se llama *portio legitima*, aunque el testador no dispusiese que se le reintegrase *arbitratu boni viri*, ya que está fundada en la ley, siendo la propia ley la que evita la caducidad del testamento por inoficiosidad parcial, es decir, por la no asignación íntegra de la *portio legitima*.

C. Th. 2.19.4, Imp. Constantius A. Et Caesar Olybiro:

“Cum scribit moriens, ut arbitratu boni viri, si quid minus filiis sit relictum quam modus quartae, qui per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagiat, id ipsum ab herede iisdem in pecunia compleatur, manifestum est nullam iam prorsus nec super testamento nec super donationibus querellam remanere, praesertim cum universam eandem repellat et reprimat, quae ad pecuniam redigit, iusta taxatio.”

C.3.28.30, Imp. Iustinianus A. Mennae P.P:

“Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus...; ut, sive adiiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testa-

mentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere.”

C.3.28.31, *Idem A. Mennae P.P. a. 529:*

“Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus, ut ratione Falcidiae, minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, tantum repleatur, exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servamus, etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus.”

Es decir con Justiniano los casos de inoficiosidad se reducen pues cuando se haya atribuido al heredero necesario una cuota o bienes de valor inferior a su legítima, aunque el testador no prevea que se le entregue el complemento, no se admite el ejercicio de la *querela* sino que tendrá lugar la *actio ad supendam legitimam*.

Tampoco procede su ejercicio en los supuestos de actos a título gratuito a favor del legitimario, que sean imputables a su *portio legitima*, si sumado el valor de esos actos a lo dejado en el testamento o por donación *mortis-causa* supera o iguala el valor de la *portio legitima*. Y asimismo añade Justiniano una limitación cualitativa consistente en que los bienes deben dejarse libres de cargas (*modus*), gravámenes, condiciones y plazos que se tienen por no puestos en el testamento.

C.3.28.32, *Idem A. Mennae P.P. a. 529:*

“Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.”

La cuota en principio sigue siendo la cuarta parte de lo que habría reci-

bido en la sucesión intestada y sólo con la Novella XVIII, Capítulo I de Justiniano, del año 536 se amplía a un tercio o a un medio según que los legitimarios fuesen respectivamente cuatro o menos, o más de cuatro.

“... *ut si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium, vel quatuor, non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est uncias quatuor... Si vero ultra quatuor habuerit filios mediam eis totius substantiae relinqui partem...*”

Vemos de esta manera como el Derecho Romano fue conciliando la libertad de testar con los deberes *post mortem* del causante para con sus parientes más íntimos, primero a través de un *officium* exigido únicamente por la conciencia social, después a través de una *portio debita* reconocida por los *centumviri* o luego *septemviri*, y finalmente en una *portio legitima* cuya cuantía venía determinada por la ley y que se declaraba intangible (C.3.28.32)

LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Frente a esta idea romana de la legítima como un freno a la libertad del testador que de otra manera sería ilimitada, el sistema germánico partía de la idea de la comunidad doméstica y por tanto en él lo excepcional sería la libertad de testar por lo que configura la legítima como una reserva ⁽³⁵⁾, en su parte estricta como una porción indisponible, cuatro quintas partes de ésta ⁽³⁶⁾, aunque se introducirán elementos visigodos como la *mejora*, porción o cuota de los bienes del causante que necesariamente debe pasar a los descendientes, aunque dicho causante puede repartirla a su voluntad entre ellos, y finalmente por influencia de la Iglesia la *propia portio*, es decir, parte de libre disposición.

A través de los distintos Fueros ⁽³⁷⁾ la legítima llega al Código civil espa-

apud te quam quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo. Scis te non subscripsisse mecum et iam biennium transisse omniaque, me usucepisse. Sed ut te coheredes mei tractabiliorem experiantur, utque tibi nihil abstulerit reverentia mei, offero pro mea parte tantumdem’.” Señala Plinio que si tu madre te hubiese declarado heredero de una cuarta parte, o te instituye *ex asse* aunque te grave con legados de modo que a ti te quede una cuarta parte, entonces la institución sería correcta. De la misma forma se excluiría en los casos de la *exhereditio bona mente* en que eres desheredado pero percibes una cuarta parte de otros herederos, D.28.2.18; D.38.2.12.2.

⁽³⁵⁾ G. DE VALDEAVELLANO, *Estudios medievales de Derecho Privado*, Universidad de Sevilla, 1977, 330.

ñol que la define como “aquella porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos” (artículo 806), por lo que parecería seguir la idea germánica de la legítima ⁽³⁸⁾, aunque ello se desvirtúa después con otros artículos, como el artículo 815 que permite atribuir la legítima *por cualquier título*, la libertad testamentaria del artículo 763..., por lo que queda abierta toda una polémica acerca de la naturaleza de la misma (*pars hereditatis, pars valoris, pars bonorum, pars valoris bonorum...*) ⁽³⁹⁾ aunque sí salvo una serie de excepciones ⁽⁴⁰⁾ se venía afirmando su intangibilidad cuantitativa que debía ser pagada con bienes de la herencia.

Lo que sí se afirmaba de manera imperativa era la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta de la que no se podía privar a ninguno de los herederos forzosos (artículos 806, 808, 813), señalando éste último artículo como única excepción el tercio de mejora que podría verse afectado por el usufructo del viudo. Sin embargo estas normas que constituían la base del sistema legitimario del Derecho común español y que constituían el mínimo inalterable, se han visto afectadas por la nueva ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad que bajo este título genérico y sin más concreción está haciendo una modificación radical al permitir gravar la legítima estricta de los herederos forzosos del testador con una sustitución fideicomisaria en beneficio de otro heredero forzoso que haya sido incapacitado judicialmente, y que tendrá el

⁽³⁶⁾ *Liber Iudiciorum*, ley 1, Título IV, Libro IV.

⁽³⁷⁾ El Fuero Real, Ley IX, Título V, Libro III establecía que ningún hombre que tuviere hijos o nietos que hayan de heredar, no puede mandar ni dar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes; pero si quiere mejorar a alguno de los hijos o de los nietos puede mejorarlos en la tercera parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puede dar por su alma o en otra parte donde quisiere y no a ellos. Las Partidas acogen la idea romana de la legítima si bien de nuevo con las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación se observa la influencia germánica de la mejora que pasará también al Código civil.

⁽³⁸⁾ J. M. ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima (teoría de la debita pars valoris bonorum)*, en *R.D.P.*, 1944, 187-193 destaca en esta definición la idea de porción de bienes, indisponibilidad testamentaria, reserva por ministerio de la ley y no *portio debita*, atribución del carácter de heredero que serían las características de la legítima germánica.

⁽³⁹⁾ Sobre la naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho español cabe citar muchos estudios de distintos autores. Simplemente mencionaremos algunas aportaciones de J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Significado jurídico y social de las legítimas y de la liber-*

carácter de fiduciario respecto de tales bienes.

Artículo 808 del Código civil, párrafo tercero: “*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos.*”

Esta norma de especial trascendencia nos obliga a examinar los presupuestos para su ejercicio así como las consecuencias y el balance de la misma.

Lo que está pretendiendo el legislador español es permitir que el testador que tenga un hijo judicialmente incapacitado (no sólo discapacitado), pueda mejorar la situación económica de éste atribuyéndole no sólo su legítima, mejora y el tercio de libre disposición, sino también la legítima estricta de los demás coherederos forzosos aunque gravada con un fideicomiso. Por tanto presupuesto para la aplicación de este artículo sería la existencia de algún hijo o descendiente judicialmente incapacitado sin que basten las meras minusvalías que señala la ley en su artículo 2.º ⁽⁴¹⁾, sin importar el régimen de tutela o guarda al que haya quedado sometido. Además es necesario que ese estado de incapacidad se mantenga al tiempo de la apertura de la sucesión pues de lo contrario el gravamen se tendría por no puesto, de la misma forma que si el fiduciario muriese antes que el testador si los descendientes que acceden a la condición de legitimarios por derecho de representación no están incapacitados. Y asimismo se exige que los fideicomisarios sean los coherederos forzosos del testador, más allá de los cuales no se puede extender el gravamen de la sustitución fideicomisaria ⁽⁴²⁾.

La normativa deja sin resolver toda una serie de cuestiones ⁽⁴³⁾ como el carácter de esa sustitución fideicomisaria aunque se supone que el fiduciario no podrá disponer de los bienes fideicomitados pues deberá transmitirlos a los fideicomisarios, si bien no se indica nada sobre qué ocurrirá con los bienes improproductivos, o que se deterioran o se deprecian...; si hay que realizar inven-

tad de testar, en A.D.C., 1966, 3 ss.; *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer: las legítimas*, 2 tomos, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974; *Estudios de Derecho sucesorio*. Vol. III, *Estudios dispersos sobre las legítimas*, Madrid, 1992; M. ALBALADEJO, *Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima*, en A.D.C., 1986, 3 ss.; *Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima*, en A.D.C., 1986, 833 ss. Asimismo la obra de A. REAL PÉREZ, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 1988, contiene mucha bibliografía sobre el tema.

⁽⁴⁰⁾ Artículo 841 Código civil o la nueva redacción del artículo 1056.

⁽⁴¹⁾ Sobre el sujeto destinatario de la ley, J. A. LUCINI NICÁS, *La ley 41/2003 de 18*

tario de los bienes fideicomitidos; si el fiduciario debe prestar fianza; problemas puede plantear la administración de este fideicomiso que puede coexistir en su caso con un patrimonio personal del incapacitado que administrará su tutor, y con un *patrimonio protegido* creado por la misma ley como patrimonio de destino y sin personalidad jurídica que a su vez deberá administrar un guardador o un administrador nombrado al efecto.

Pero al margen de estas cuestiones que pese a no tener una solución en la ley se podrían ir solventado con la práctica, lo que entendemos que merece atención es el alcance real de esta normativa y si ello justifica la vulneración de un principio que siempre se había mantenido inalterable. Entendemos que ha sido dictada el año 2003, declarado *Año Europeo de las personas con discapacidad* y por ello se ha realizado una modificación concreta para favorecer a los discapacitados sin determinar en qué medida ello puede afectar al resto de nuestro Derecho sucesorio. Además, en realidad, ampliar la legítima del discapacitado gravando el tercio de los demás no tiene por qué representar una sustancial mejora desde el punto de vista económico, y por el contrario puede representar un grave problema en cuanto a las relaciones personales con sus hermanos y demás coherederos forzosos del testador que se ven perjudicados con ese gravamen que incluso puede en algún caso, si estos mueren antes que el discapacitado, llegar a privarles totalmente de su legítima. Por ello entendemos que quizás, más que acudir a esta reforma parcial, se debería empezar a escuchar a aquellos sectores que consideran necesario realizar una revisión del régimen de legítimas del Derecho común español dando más libertad al testador por entender que es él quien conoce mejor que nadie cuales son las necesidades de sus descendientes como se ha hecho ya en algunos territorios forales⁽⁴⁴⁾. Además, en la situación actual los hijos viven mucho tiempo con

de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad, en *Actualidad Civil*, julio-2004, 1621 ss.

⁽⁴²⁾ J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*, en *Actualidad Civil*, febrero, 2004, 357 ss.

⁽⁴³⁾ S. DÍAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente*, en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2004, 259 ss.

⁽⁴⁴⁾ En los territorios forales encontramos diferentes sistemas. Desde un sistema de libertad absoluta de testar como ocurre en la Compilación de Navarra, Ley 149 que contiene sólo una atribución formal de “*cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierras en los montes comunes por inmuebles*” o en el Fuero de Ayala (artículo 134

sus padres por lo que a la hora de repartir la herencia podría tenerse en cuenta todo eso que ya han disfrutado viviendo con ellos, o no hay que olvidar tampoco el hecho de que algunos padres apenas tienen relación con sus hijos por lo que tener que dejarles un tercio obligatoriamente solo porque no concurren las desmesuradas causas para la desheredación no sería del todo justo ⁽⁴⁵⁾.

Por todo ello entendemos que con esta normativa el legislador ha optado simplemente por acelerar unos mecanismos para la protección del discapacitado a través de unas excepciones puntuales que aunque no desvirtúan las coordenadas del sistema legitimario español ⁽⁴⁶⁾ sí ponen de manifiesto una flexibilización de las mismas quizás debido a que la sociedad actual ya no precisa la regulación existente y que las restricciones a la libertad de testar del causante resultan difícilmente justificables en el umbral del siglo XXI.

“los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren”); o legítima colectiva en la mitad de la herencia como es el caso de Aragón que *“debe recaer en los descendientes de cualquier grado del causante pudiendo distribuirse con total libertad entre todos ellos, o bien atribuirse a uno solo”* (artículo 171); o legítima de cuota de valor en la cuarta parte de la herencia como se establece en Cataluña, artículo 355 del Código de Sucesiones por causa de muerte de 30 de diciembre de 1991.

⁽⁴⁵⁾ Este hecho es tenido en cuenta hoy en el Código civil austriaco que en su