

OSSERVATORIO SUL DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES

(Profesora Agregada de Derecho Privado en la Universidad de Lleida)

LA LIBERTAD DE TESTAR EN LA TERCERA EDAD Y EL INSTITUTO DE LA DESHEREDACIÓN*

SOMMARIO: **1.** La familia y los mayores en la realidad social española. Los diversos sistemas sucesorios vigentes en el estado español. – **2.** La desheredación en los sistemas de legítima individual y en los sistemas de legítima colectiva. – **3.** Las causas de desheredación que afectan a la libertad de testar de las personas mayores. – **3.1.** El intento de manipulación del “testador vulnerable”: causa de indignidad y causa de desheredación y causa de nulidad del testamento por vicio de la voluntad. – **3.2.** El abandono emocional y la falta voluntaria de trato familiar con el causante. – **3.3.** Algunas conclusiones sobre la posición que ocupa en la actualidad el principio de la libertad testamentaria en los vigentes sistemas sucesorios españoles.

1. La familia y los mayores en la realidad social española. Los diversos sistemas sucesorios vigentes en el estado español

Todos los sistemas sucesorios vigentes hoy día en el Estado español – salvo el Fuero de Ayala y el derecho navarro que contempla una legítima meramente nominal –, regulan la institución de la legítima, de modo que, por ministerio de la ley, determinados parientes del causante ostentan un derecho sucesorio en la herencia de su causante. También, aunque con diferentes formulaciones según el caso, estos

* Trabajo realizado dentro de las actividades de investigación del grupo de investigación consolidado 2014SGR223, y para el Proyecto nacional financiado por el MINECO DER2015-70636-C2-1.

ordenamientos permiten al causante desheredar a todos o a algunos de estos parientes. Esto es así en una realidad social que ha evolucionado sustancialmente desde la segunda mitad del siglo pasado.

En efecto, la esperanza de vida ha aumentado en más de treinta años desde 1940, lo cual unido al descenso de los nacimientos hace que en España haya más de 2 millones de personas de más de 80 años, más de la mitad de las cuales tiene, a partir de entonces, dificultades para realizar sus actividades cotidianas y necesitan del auxilio material y afectivo de personas más jóvenes. De los casi 3 millones de personas que viven solas en España, cabe destacar que 450.000 tienen más de 80 años. En concreto, la cifra de ancianos que viven solos entre los 85 y los 89 años es de 140.000, una cifra que asciende a los 250.000 en el caso de las personas que tienen entre 80 y 84 años¹. Por el contrario, y de conformidad con los datos del Banco de España, la riqueza neta alcanza el máximo para los hogares en los que el cabeza de familia tiene entre 55 y 64 años de edad, es decir que por lo general el derecho a la legítima nace en el momento de mayor riqueza del legitimario². Estos datos fácticos nos interrogan sobre la verdadera función económica y social de la legítima hoy día³. Además, el concepto de familia ha

¹ Fuente: INE. También pueden consultarse las tablas con la esperanza de vida en hombres y mujeres actualizada hasta 2014, en: http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=d01001.px. OMS, Envejecimiento y ciclo de vida, en: <http://www.who.int/ageing/about/facts/es>; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea*, en Moretón Sanz y López Peláez (Coord.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pp. 363-383; Á.L. REBOLLEDO VARELA, *Problemas prácticos de la desheredación de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono de los mayores*, en Rebollo Varela (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2010, pp. 381 ss.. Por su parte, los economistas López López, González Hincapié y Sánchez Fuentes muestran en su trabajo el incremento de la esperanza de vida entre los años 1991 y 2013 y concluyen que para los hombres ha pasado de 73,5 años a 80,17, y para las mujeres de 80,6 a 85,7 años de vida M.T. LÓPEZ LÓPEZ, V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ, A.J. SÁNCHEZ FUENTES, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Madrid, 2015, p. 35.

² Véase por ejemplo el trabajo publicado por el Banco de España, *Dinámica de la renta y la riqueza de las familias españolas: resultados del panel de la encuesta financiera de las familias (EFF) 2002-2005* en: <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeridadas/DocumentosOcasionales/08/Fic/do0810.pdf>.

³ M.A. PARRA LUCÁN, *Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, 13, p. 483.

cambiado mucho y es necesario que el Derecho de sucesiones se adapte a estos cambios. El causante medio, en la actualidad, considera familia a quienes pertenecen al más reducido ámbito de su vida cotidiana, la llamada familia nuclear. Se ha producido una verticalización de las relaciones familiares, cuyo origen está en un aumento de familias con menor número de hijos y en el que padres y abuelos viven cada vez más años⁴.

En este contexto, se pone de manifiesto una preocupación constante por la tutela jurídica y económica del cónyuge sobreviviente, ahora también del conviviente en pareja estable, en detrimento de la posición de los hijos⁵. Estos, por lo general son dotados de una formación o de un medio de vida, a través de diversos mecanismos de transmisión de la riqueza en vida de sus padres, por lo que una vez realizada esta tarea, las normas sobre la legítima de los hijos, con frecuencia se interpretan como verdaderos impedimentos para la libertad de testar⁶.

Influyen de modo significativo en las decisiones sucesorias los cambios familiares que se derivan del significativo incremento del divorcio⁷, tales como la concurrencia de hijos de diversos matrimonios o la presencia en la herencia de un viudo que no es el progenitor de los descendientes legitimarios. También es relevante en la actualidad la necesidad o el deseo manifestado por las personas, de poder “discriminar” a los descendientes favoreciendo a aquél que se considera más necesitado, cuestión que se manifiesta especialmente

⁴ M.T. LÓPEZ LÓPEZ, V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ y A.J. SÁNCHEZ FUENTES, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, cit., p. 43.

⁵ Según el trabajo de campo realizado por la graduada en Derecho por la Universidad de Lleida, Dña. Mariona Bosch Serrano con ocasión de la elaboración de su Trabajo de Fin de Grado, (pendiente de publicación), de los 152 testamentos analizados, una mayoría notoria (el 77,48%) contienen institución de heredero a favor del cónyuge, en algunos casos con previsión de sustitución vulgar en favor de los hijos, (datos obtenidos por gentileza de la empresa BFM Outsourcing que, manteniendo el más absoluto respeto por la privacidad de sus clientes, ha permitido, además, el análisis de 198 escrituras de aceptación de herencia).

⁶ Certifican esta situación algunos notarios que ejercen en diversos puntos del territorio español. Así, en el artículo de C. OROZCO *La legítima: voces a favor, voces en contra*, en *Escritura Pública*, julio-agosto 2016, pp. 26-29, se hace eco de la opinión del notario Jose Manuel García Collantes, y cita los datos publicados por el notario Ramón García Torrent, Francisco Rosales y Jorge López Navarro, entre otros.

⁷ M.T. LÓPEZ LÓPEZ, V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ, A.J. SÁNCHEZ FUENTES, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, cit., p. 33.

en los casos en los que hay en la familia algún miembro que padece una discapacidad.

Por último, no cabe olvidar la tremenda incidencia de la soledad en las últimas decisiones de las personas. El llamado *testador vulnerable* aparece cada vez con más frecuencia en nuestra sociedad, la persona mayor que se siente sola, que no siempre está atendida directamente por sus familiares de sangre y que, o bien es manipulado por quienes le cuidan para que teste en contra de su verdadera voluntad, o bien considera que su verdadera familia no es la de sangre con la que ya no se siente afectivamente vinculado, de modo que experimenta un cierto constreñimiento de su libertad por el límite que representa la atribución legal de la legítima⁸.

A partir de todo lo expuesto, abordaré en los apartados siguientes, en primer lugar el papel del instituto de la desheredación cuando opera en los sistemas de legítima individual y cuando lo hace en los sistemas de legítima colectiva y, en segundo lugar, algunas de las causas legales que permiten la desheredación de los legitimarios, aquellas que pueden ponerse en relación con la libertad de testar, prescindiendo por tanto, de las causas legales que se encuadran claramente en el concepto de sanción civil por conducta penalmente culpable del legitimario.

2. La desheredación en los sistemas de legítima individual y en los sistemas de legítima colectiva

La libertad de testar material puede considerarse como una manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad aplicado al derecho de sucesiones. Testar es una forma de *autorealizarse*⁹. El derecho a la propiedad privada y a la herencia

⁸ Se hace eco de esta situación fáctica a través del relato de concretas situaciones que conoce por su ejercicio profesional como notario de Tarragona, Martín Garrido Melero: véase M. GARRIDO MELERO, *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña. La planificación sucesoria*, 1, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 333. También lo hace el notario de Barcelona Jou Mirabent (L. JOU MIRABENT, *Institucions successòries a la pràctica notarial dels darrers anys*, en ARNAU RAVENTÓS y ZAHÍNO RUIZ (Eds.), *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán: principios, legítima y pactos sucesorios*, Barcelona, 2015, p. 131.

⁹ T.F. TORRES GARCÍA y M.P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, Madrid, 2014, p. 42.

encuentran su amparo constitucional en el art. 33 de la Constitución española¹⁰, que reconoce un ámbito de poder del individuo sobre sus bienes, no sólo en vida sino también más allá de su muerte, de modo que la Constitución considera la garantía de la herencia como una consecuencia del reconocimiento de la propiedad privada. La posición de *propietario* incluye la facultad de disponer de los bienes ínter vivos y también la de disponer para después de la propia muerte¹¹. Esta es la fundamentación principal de la libertad de testar en nuestra tradición jurídica.

A partir de aquí, en los diferentes regímenes sucesorios que contemplan la institución legitimaria, la libertad del causante no aparece como una facultad absoluta y su concreción es dispar, como también lo son los diferentes ordenamientos. Se considera la libertad testamentaria como una facultad eminentemente personal que permite conceder beneficios a otras personas, básicamente a través de la posibilidad de decidir el contenido del instrumento sucesorio empleado (qué bienes dejar en favor de quién).

La garantía de la herencia en nuestra Constitución es un corolario del reconocimiento de la propiedad privada, no un instrumento de protección de la familia. A pesar de ello, es evidente que la legítima constituye un límite a la libertad de testar, seguramente uno de los más importantes¹², en virtud del cual el legislador impone al causante que sus descendientes u otros parientes participen en su herencia. No obstante, que se trate de un límite legal a la libertad de testar material no

¹⁰ Á.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La garantía institucional de la herencia*, en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, 1997, pp. 703-725.

¹¹ A. VAQUER ALOY, *Libertad de testar y condiciones testamentarias*, en *InDret*, 2015, p. 3. Este autor menciona, además, el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (BOE n° 184, de 31.7.2008), según el cual toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos, y a legarlos.

¹² Ya he mencionado el caso del Derecho foral navarro en el que no hay legítima pero sí otras limitaciones a la libertad de disponer, también cabría referirse a los derechos de viudedad que contempla el Código Foral Aragonés (Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en adelante, CFA) en el Título V del Libro II, o la troncalidad que regula el Derecho civil vasco (art. 68 y ss. de Ley 5/2015, de 25 de junio, en adelante LDCPV). En Cataluña hasta el 2008, además de la legítima también se regulaban las reservas como un límite a la libertad de disponer para después de la muerte (arts.387 y ss. de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del *Codi de Successions de Catalunya*).

convierte automáticamente a la legítima, como figura sucesoria, en una institución de orden público en el Estado español¹³. La existencia del Fuero de Ayala, que no contempla legítimas – mantenido por decisión expresa en la reciente Ley 5/2015 del País Vasco –, lo demuestra. A *sensu contrario*, en los ordenamientos jurídico-civiles en los que sí hay legítima, el legislador interviene determinando qué cuotas de la herencia o valores patrimoniales han de destinarse a qué personas relacionadas con el causante. Que se trate de una legítima individual o colectiva, de una u otra cuantía, y en favor de unos o de otros parientes del causante, constituyen decisiones de política jurídica que encuentran su razón de ser dentro de la peculiar evolución jurídica de cada ordenamiento. Lo cual no quiere decir, necesariamente y a priori, que la legítima sea una institución arbitraria, falta de fundamento, porque responde a una realidad social incontestable como es la familiar, célula básica de nuestra sociedad¹⁴.

En este contexto, la desheredación proporciona al causante un margen de discrecionalidad al poder prescindir de alguno de los legitimarios.

¹³ Algunos autores han tratado esta cuestión, haciendo especial referencia al régimen jurídico alemán, a partir de la famosísima sentencia de su Tribunal Constitucional, de 19 de abril de 2005. Destaca a este respecto, A. VAQUER ALOY, *Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima*, *InDret*, 2007, 3, p. 14, cuando dice: “(...) la regulación de la legítima actualmente vigente en España es adecuada a la Constitución, pero también lo sería otra distinta en que no hubiera legítimas, siempre que se satisficieran las exigencias que se derivan de la Constitución española. Estas exigencias, a mi parecer, son las siguientes: la libertad de disponer mortis causa (art. 33.1) y la protección de la familia (art. 39, especialmente apartado 3º, 35.1 y 50)”. Por su parte J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Autonomía privada y Derecho de sucesiones*, en Prats Albentosa (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, I, Madrid, 2012, p. 520, señala atinadamente: “La explicación de la herencia como consecuencia de una propiedad previa del grupo familiar, y de la libertad de disponer como permiso limitado que excepciona el destino familiar de los bienes entendido como regla común, es tan propia de la tradición germánica (también francesa) como ajena a la castellana (y catalana...) y a todas las derivadas del tronco romano”.

¹⁴ Concluyen M.T. LÓPEZ LÓPEZ, V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ, A.J. SÁNCHEZ FUENTES, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, cit., p. 42, que “la familia continúa siendo, y no puede no serlo, la principal institución para el bienestar de la persona, además resulta imprescindible para lograr una sociedad cohesionada, estable y con un crecimiento económico sostenido”.

Los orígenes de la desheredación se remontan al Derecho Romano clásico, el testador debía instituir herederos a ciertos familiares (los sui), o desheredarlos. La desheredación pretendía mantener la disciplina en el interior de la familia robusteciendo la autoridad del testador. En un primer momento no se requería causa alguna, es decir, en la práctica, la libertad de desheredar y por tanto de testar era absoluta, hasta que se introdujeron en época del emperador Justiniano las causas que permitían desheredar cuya inobservancia podía dar lugar a la invalidez total o parcial del testamento mediante la “*querella inoficiosi testamenti*”¹⁵.

En la actualidad, la desheredación está presente en los sistemas de origen romano, con la destacada excepción del *Codice civile* italiano y el *Code* francés, que no contemplan la institución de la desheredación porque han optado por un “sistema puro”, en el que la legítima, en tanto que derecho ligado al parentesco, no puede suprimirse sea cual sea el comportamiento observado por el heredero forzoso, salvo que incurra en una causa de indignidad¹⁶. En Italia, la noción del derecho a la legítima blindo al legitimario frente a cualquier intención del causante de privarle de su porción legal¹⁷.

En España, los sistemas legitimarios regulados en el Código Civil español (CCE), en el Código civil de Cataluña (CCCat), en la Ley de Derecho civil del País Vasco (LDCPV), en la Ley de Derecho civil

¹⁵ J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil*, V, Madrid, 2007, p. 311.

¹⁶ Cfr. arts. 726 y 727 Code, y art.463 Codice sobre indignidad que también puede afectar al heredero forzoso.

¹⁷ Véase V.E. CANTELMO, *Fondamento e natura dei diritti del legittimario*, Camerino, 1972, pp. 61 ss; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, en (id.) *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XLIII, 2, Milano, 2000, pp. 60 ss.; M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, en R. CALVO y G. PERLINGIERI, *Diritto delle successioni*, 1, Napoli, 2008, p. 450; R. CAMPAGNOLO, *Le successioni mortis causa*, 2011, pp. 327 ss.; A. ALBANESE, *Il Codice Civile. Commentario. Artt. 565-586*, Milano, 2012, p. 39; F. GALGANO, *Commentario compatto al Codice civile*, Piacenza, 2012, p. 734; A. FUSARO, *Freedom of Testation in Italy*, en Anderson y Arroyo i Amayuelas (eds.), *The Law of Succession: Testamentary freedom*, Barcelona, 2011, p. 195; E. MOSCATI, *Patto di familia e tutela dei legittimari*, en *Studi Giuridici Europei*, Torino, 2013, p. 261. Sin embargo, se observa un significativo cambio en la doctrina que, cada vez más, se plantea la necesidad de respetar la voluntad del testador dejando de considerar nula la cláusula de desheredación de un legitimario, aunque ello no signifique privar al desheredado de su derecho a ejercitar la acción de reducción en defensa de su legítima. Cfr., en este sentido, V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, en *Fam., Pers. Succ.*, 2012, pp. 764 ss.

de Galicia (LDCG), en el Código foral de Aragón (CFA), y en la Compilación de Derecho civil de Baleares (CDCIB) contemplan la desheredación, que queda definida como un acto formal por el que el causante priva al legitimario de la condición de tal y de la posibilidad de solicitar lo que por legítima le hubiera correspondido, por haber incurrido en alguna de las causas legales que lo autorizan. La existencia o no de la desheredación en un testamento o en otro instrumento sucesorio, depende absolutamente del causante: en primer lugar, ejercerá su libertad cuando, existiendo la causa legal tipificada, decida a pesar de ello no desheredar al legitimario. También lo hará si articula el perdón por la actuación del legitimario, o se reconcilia con él. Pero si lo que decide es desheredar a uno o a varios legitimarios, tendrá que ser capaz de “encajar” la situación que está viviendo y las conductas que achaca a su legitimario, dentro del estrecho margen de la tipificación legal de las causas que permiten desheredar. Tendrá que observar, además, todas las formalidades previstas en la ley.

Dentro de este planteamiento común es necesario distinguir entre los sistemas españoles de legítima individual (CCE, LDCG, CDCIB, y CCCat) y los sistemas de legítima colectiva (LDCPV y CFA), puesto que el instituto de la desheredación adquiere matices importantes en unos u otros. Así, son características comunes de la desheredación en los sistemas de legítima individual:

- a. Es una sanción civil privada que debe hacer valer el causante sólo si concurre una causa legal; este estrecho margen para la libertad del causante implica que no caben otras vías indirectas para privar a los legitimarios de su derecho¹⁸.
- b. Debe constar en testamento o, en su caso, en otro instrumento sucesorio¹⁹. No cabe, por tanto, desheredar en acto entre vivos²⁰.

¹⁸ Así, señala el art. 423-10.2 CCCat que “la exclusión de un sucesor que tiene la condición de legitimario deja subsistente su derecho a reclamar la legítima”, luego no sería eficaz intentar privar de la legítima mediante el llamamiento a los herederos que determinan las reglas de la intestada excepto al legitimario que se quiere dejar fuera. Véase también la STSJ Galicia, MP: D. José Antonio Ballesteros Pascual, RJ\2005\7545, en la que se enjuicia una donación y un contrato de vitalicio señalando que no cabe encubrir una desheredación sin causa bajo otro negocio simulado que no cumpla los requisitos legales del 849 CCE

¹⁹ Art. 451-18 CCCat. Se puede desheredar en codicilo o en pacto sucesorio.

²⁰ No obstante, en el Derecho civil de las Islas Baleares, cuyo régimen en materia

Esta limitación en cuanto a los mecanismos que permiten ejercitar la desheredación también constriñe el *modus operandi* que ha de seguir el testador y pretende evitar, en todo caso, una exclusión, de facto, del legitimario.

- c. La cláusula desheredatoria debe designar nominalmente al legitimario excluido, o por lo menos designarlo de forma individual e inequívoca, porque la naturaleza formal del desheredamiento impide que sea un acto genérico²¹. Tiene que expresarse la causa legal de desheredación, es decir, encajar la situación personal que se está viviendo en alguno de los preceptos legales que describen las causas de desheredación²². Por tanto, estas causas deben existir en el momento en que el causante deshereda. Además, hasta fechas muy recientes, la jurisprudencia ha considerado que se trata de causas tasadas no susceptibles de ampliación por vía de analogía, en ningún caso²³. Sin embargo, la misma jurisprudencia matizaba

de desheredación es el del CCE, dada la especial naturaleza de la donación universal de bienes presentes y futuros (art. 8 CDCIB), la doctrina entiende que sí sería válida una cláusula de desheredación contenida en este instrumento jurídico, véase M.P. FERRER VANRELL, *La legítima en el Derecho civil de las Islas Baleares*, en Torres García (Coord.), *Tratado de Legítimas*, Barcelona, 2012, p. 322.

²¹ Sólo el CCCat regula expresamente la exigencia de la designación nominal del legitimario desheredado, aunque este requisito es extrapolable a todos los sistemas legitimarios, porque se deduce de la propia naturaleza de la institución, como así lo han señalado los tribunales (SAP Salamanca, 1^a, 27.05.2015, MP: D. Ildefonso García del Pozo, JUR 2015\147629).

²² Art. 849 CCE, 262.2 LDCG, 46.4 CDCIB, y art. 451-17.2 CCCat. Cfr. SAP Castellón de la Plana, 3^a, 30.09.2015, MP: D. José Manuel Marco Cos, JUR 2015\27102; SAP Cáceres, 1^a, 19.03.2015, MP: D. Juan Francisco Bote Saavedra, JUR 2015\105487, en estos dos casos el tribunal considera nula la cláusula de desheredación contenida en el testamento, por no especificar la causa legal a la que se acoge el testador para sancionar a su legitimario.

²³ La paradigmática STS, 1^a, 28.06.1993, MP: D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, RJ 1193\4792 señalaba: “Ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legítimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de «*minoris ad maiorem*»”. Vid. también STS, 1^a, 14.03.1994, MP: D. Jesús Marina Martínez Pardo, RJ 1194\1777, y STS, 1^a, 04.11.1997, MP: D. Jesús Marina Martínez Pardo, RJ 1997\7930. La SAP Alicante (sede de Elche), 9^a, 24.10.2014, MP: D. Vicente Ataulfo Ballesta Bernal, JUR 2015\55942, mucho más reciente, aún mantiene esta tradicional interpretación restrictiva, como la única posible. Sobre el cambio de tendencia de

que no es necesario que el causante cite literalmente la causa de desheredación, con las mismas palabras con las que aparece en el texto legal²⁴, lo cual posibilita una interpretación más flexible de los supuestos de hecho que pretendan incardinarse en la norma, en cada caso. Un pequeño margen de libertad para que el causante interprete lo que está sucediendo en su casa, y sopesa si es o no causa de desheredación legal. Después él ya no estará para saber si, una vez abierta la sucesión, se impugna tal causa de desheredación o no, por ello lo que sí puede hacer es preconstituir prueba de lo que está sucediendo, relatar en el propio testamento los hechos con datos y referencia a pruebas suficientes para que el heredero pueda defender los motivos por los que el causante decidió desheredar, si esto fuera necesario.

- d. En cuanto a los requisitos legales, una vez abierta la sucesión, que el derecho sustantivo regula para reglamentar el conflicto entre el heredero obligado al pago de la legítima y el legitimario desheredado, el legislador determina que si el legitimario impugna la desheredación por inexistencia de causa o bajo la afirmación de que ésta es incierta, será el heredero quien deba probar que la causa concurre, o que concurría en el momento en que el causante decidió desheredar. Luego lo que se presume es la “inocencia” del desheredado y lo que debe probarse es su “culpabilidad”²⁵. Si lo que el legitimario alega es el perdón o reconciliación con el causante,

la jurisprudencia en fechas recientes, véase J. BARCELÓ DOMÉNECH, *Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2016, 4, p. 293.

²⁴ Cfr. STS, 1ª, 25.09.2003, MP: D. Alfonso Villagómez Rodil, RJ 2003\6442 que cita entre otras la STS, 1ª, 15.06.1990, MP: D. Jesús Marina Martínez-Pardo, RJ 1990\4760: “(...) pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista (S. 4-2-04), puesto que la certeza puede ser contradicha por el desheredado y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa (art. 850)”.

²⁵ Antoni Vaquer concluye precisamente lo contrario, porque entiende que lo que se presume es la desheredación justa, pues no se admite ninguna demanda de reclamación de la legítima hasta que el desheredado no impugne la causa de desheredación: A. VAQUER ALOY, *La legítima en Cataluña*, en Solé Resina (coord.), Gete-Alonso y Calera (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones: código civil y normativa civil autonómica; Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, II, Navarra, 2011, p. 2058.

para el caso de que se estime probada la causa, la carga de la prueba la tiene él para acreditar dicha circunstancia²⁶.

Por otra parte, es necesario que el legitimario desheredado actúe simultáneamente ejercitando la acción de declaración de nulidad de la cláusula de desheredación y la de reclamación de la legítima, por la mutua necesidad de ambas acciones y por el plazo de vigencia de la primera de ellas, más breve que el previsto para la segunda²⁷. Si caduca la acción de impugnación de la desheredación no podrá reclamarse cantidad alguna en concepto de legítima.

e. Los efectos de la desheredación son comunes a los cuatro sistemas de legítima individual: la desheredación, si el legitimario desheredado es único, extingue la legítima y si hay otros legitimarios no da lugar al acrecimiento, luego aumenta la porción de herencia de la que el causante puede libremente disponer, salvo que el desheredado tuviese descendientes, en cuyo caso éstos devienen legitimarios por derecho de representación²⁸. Dicho con otras palabras, la desheredación justa contribuye eficazmente a convertir al causante en promotor de buenas conductas por parte de los legitimarios, porque tiene en su mano el ejercicio o no de este mecanismo sancionatorio, siendo el resultado del mismo una mayor porción de patrimonio hereditario del que podrá disponer libremente, sin restricciones por causa de pretendidos deberes hacia sus más allegados, salvo que opere la representación. Incluso podría suceder que todos los legitimarios fueran susceptibles de ser desheredados conforme a la ley y no se dieran las circunstancias para que opere el derecho de representación. En este caso desaparecería la legítima, y el causante sería absolutamente libre para decidir el futuro de su

²⁶ Art. 850 CCE, 262.2 LDCG, 46.4 CDCIB, y art. 451-20 CCCat. Cfr. SAP de Pontevedra, 28.09.2010, 1ª, MP: D. Jacinto José Pérez Benítez, JUR\2010\354339, SAP Pontevedra, 6ª, 02.12.2015, MP: D. Jaime Carrera Ibarzábal, JUR 2016\9252.

²⁷ "Es forzoso que prospere la de impugnación, aunque no se haya nominado expresamente en la demanda, para que la de reclamación de legítima tenga éxito, pues lo contrario es jurídicamente imposible. No cabe la reclamación sino en base a ostentar la cualidad de legitimario, y ésta sólo se puede alcanzar destruyendo la disposición testamentaria por la que se deshereda al legitimario (...) no tienen la condición de legitimarios al no haber impugnado el testamento en que se les desheredaba, concretando que la acción para impugnar la desheredación ha caducado" (SAP Barcelona, 14ª, 07.05.2015, MP: D. Vicente Conca Pérez, JUR 2015\187943).

²⁸ Art. 929 CCE, arts. 238,1 y 261 LDCG, art. 83.1 CDCIB, y art. 451-3.2 CCCat.

entero patrimonio hereditario. Ante lo cual cabe plantearse que pasa entonces con la solidaridad intergeneracional ¿y si alguno de los hijos legalmente desheredados se encontrara en una situación real de necesidad?

A mi juicio, es necesario repensar el concepto de *solidaridad intergeneracional* tal y como se aplica en el ámbito de los ordenamientos jurídico-civiles²⁹. Se ha afirmado que la solidaridad intergeneracional es el fundamento de la existencia de la institución legitimaria. Pero si partimos de que, técnicamente, para poder ejercer la solidaridad es precisa una situación previa de necesidad, deberíamos concluir que este fundamento solo lo es en los casos en que se prevé un derecho de alimentos sucesorios, lo cual solo ocurre en España en los sistemas de legítima colectiva.

Por el contrario, en el resto de ordenamientos la legítima sólo responde a razones de parentesco o de la relación que nace del matrimonio o de la pareja, no hay ningún acto de solidaridad entre generaciones que la justifique, y ello por varios motivos: primero, por una razón fáctica a la que ya me he referido, que hoy día la legítima se transmite generalmente a la siguiente generación en un momento en que los legitimarios ya cuentan con medios económicos suficientes para su sustento³⁰, y segundo porque la legítima se atribuye con independencia de las necesidades económicas de los legitimarios, por ello, como acabo de mencionar, si se diera el supuesto de una desheredación con causa justa y hubiera una situación de necesidad en el legitimario desheredado, esta circunstancia no activaría ningún tipo de mecanismo de solidaridad que condujera a emplear la herencia del causante para solucionar dicha situación de necesidad. Aquél que con su comportamiento ha merecido la desheredación, sea cual sea su situación económica, queda fuera de la herencia de su causante.

²⁹ Otras acepciones bien distintas de este concepto, pueden encontrarse en el estudio realizado por la Cátedra Extraordinaria de Políticas de Familia, AFA-UCM sobre personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia, M.T. LÓPEZ LÓPEZ, V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ, A.J. SÁNCHEZ FUENTES, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, cit., p. 79.

³⁰ Véase nota 3 de este trabajo, datos del Banco de España que acreditan que, por lo general, el derecho a la legítima nace en el momento de mayor riqueza del legitimario.

Los sistemas que regulan una legítima colectiva, también llamada legítima de libre disposición, son el País Vasco y Aragón. El causante tiene una obligación legal para con sus parientes más cercanos, pero al mismo tiempo dispone de la facultad de elegir entre ellos aquél o aquellos que efectivamente percibirán la legítima material. Son legitimarios los descendientes, pero el causante puede elegir entre cualquiera de ellos, aunque sean de un grado más lejano³¹. También es legitimario en el País Vasco el cónyuge, en régimen de usufructo.

En primer lugar, con respecto a la desheredación llamada “apartamiento” en el nuevo sistema legitimario vasco, reformado en 2015, hay que decir que afecta únicamente a la legítima de los descendientes, y sólo si son más de uno³². El apartamiento supone que haya varios legitimarios en la línea recta descendente o, en su caso, varios parientes tronqueros de la misma línea, y no tiene que ser motivado, ni causal, ni condicionado, y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad del testador libremente emitida³³.

Parece que la ley vigente en el País Vasco pretende ampliar aún más la libertad del causante, pues expresamente señala que la omisión del apartamiento es lo mismo que un apartamiento tácito y que la preterición, sea o no intencional, de un descendiente equivale a su apartamiento. Por tanto, el apartamiento, ya sea expreso o tácito, la omisión del apartamiento y la preterición, intencional o no, de un descendiente legitimario surten los mismos efectos. Por tanto, el único límite real a la libertad del causante vasco se concreta en que no le es posible dejar fuera de la herencia a todos o al único legitimario. La legítima se fundamenta en el parentesco y esa porción de la herencia debe ser para un legitimario, un heredero forzoso. Así, habiendo sólo un hijo no se puede hacer elección, o sea, apartamiento, y si se prescinde de atribuir algo a este descendiente hablaríamos de desheredación, justa o injusta, o de preterición intencional.

³¹ Art. 51.1 LDCPV: “El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos”; vid. también art. 486 CFA.

³² No se puede apartar al viudo, pues no hay posibilidad de elección de otro legitimario de igual derecho. J. FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ (2015), *El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho civil vasco* en el libro que recoge las Jornadas celebradas el 2 y 3 de noviembre de 2015: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus Desarrollos Futuros*, Bilbao, 2015, p. 429.

³³ STSJPV, 1ª, 15.05.2007, MP: D. Antonio García Martínez, RJ 2008\618.

Según el art. 51.2 LDCPV la preterición total (de todos los legitimarios) hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial. A partir de la plena equiparación que el legislador ha realizado del apartamiento y de la preterición, hay que entender que cualquiera de ambos mecanismos, cuando deja fuera de la herencia a todos o al único legitimario, hace nulo el testamento y, en su caso, puede derivar en la apertura de la sucesión intestada³⁴.

No deja de resultar sorprendente esta decisión legislativa que aboca a la delación *ab intestato* del entero caudal hereditario en el caso de que el causante decida que ninguno de los legitimarios resulte beneficiado en la herencia. Solución bien distinta a la de los demás sistemas legitimarios españoles, que en los casos de preterición intencional determinan que el testamento queda incólume, aunque el legitimario pueda reclamar su derecho. Y también distinta solución de la que se derivaría en el País Vasco de la desheredación sin justa causa – supuesto ciertamente similar al de la preterición intencional de todos los legitimarios, ya que en este caso habría que recurrir a lo dispuesto en el CCE, que actúa como derecho supletorio³⁵, esto es, habría de aplicarse lo dispuesto en el art. 851 CCE: reducción de la institución hereditaria y del resto de disposiciones voluntarias en lo necesario para cubrir la legítima del desheredado.

Queda así apuntada una clara manifestación del encaje, o más bien de la falta de encaje, entre la figura del apartamiento y la de la desheredación en el País Vasco. Al tratarse de una figura no regulada pero que coexiste con el apartamiento dentro de un sistema de legítima colectiva, las consecuencias de una y otra se tornan en ocasiones contradictorias.

El legislador ha perdido una valiosa oportunidad de clarificar el funcionamiento de ambas al permitir la remisión al CCE – un sistema de legítima individual bien diferente –, en materia de desheredación. Y es que no tiene sentido que la preterición intencional, si es total, derive

³⁴ Por el contrario, la preterición del viudo dará derecho únicamente a que reclame su usufructo legal (art. 52 LDCPV).

³⁵ Art. 3 LDCPV. En efecto, la existencia de desheredación en el nuevo Derecho civil vasco ha de inferirse de la remisión que la LDCPV hace al CCE como norma subsidiaria dado que no se regula ni sobre las causas legales que justifican la desheredación, ni sobre el funcionamiento de la institución. Junto a ello, la dicción del art. 50 LDCV, cuando regula el derecho de representación, presupone la desheredación.

en la delación *ab intestato* de la herencia y, en cambio, la desheredación injusta o sin causa sólo permita al desheredado reclamar la legítima colectiva que no tiene un contenido patrimonial individual para el legitimario, máxime cuando parece que el legislador vasco ha querido aproximar las otras dos figuras a través de las cuales el causante ejercita su libertad de testar con respecto a la obligación legitimaria: la preterición intencional y el apartamiento sin causa.

Solo resulta lógico entender que la desheredación injusta debe equipararse al apartamiento y a la preterición intencional: la ausencia en el ordenamiento civil vasco de una legítima material individual impide la aplicación literal y sin matices del art. 851 CCE, aunque a ello nos aboque su condición de derecho supletorio en defecto de norma expresa. Por tanto, si un legitimario, de entre los varios existentes, es desheredado injustamente o es apartado, los efectos son los mismos: pierde todo derecho material a percibir un bien concreto dentro de la legítima colectiva, pero conserva sus derechos frente a terceros, así como el derecho a heredar a su causante en el supuesto de que finalmente se abriera la sucesión intestada³⁶.

Con respecto a la desheredación justa – aquella en la que concurre alguna de las causas tasadas en el CCE, derecho supletorio –, se convierte en el único medio por el que podría extinguirse absolutamente el derecho de legítima, tanto formal como material, para todos los legitimarios. Por último cabe destacar el art. 21.1. a) LDCPV que, aunque escueto en su expresión, parece conferir un derecho de alimentos sucesorios en beneficio de los hijos y descendientes, exigible con cargo al caudal hereditario cuando la situación de necesidad traiga causa de la exclusión de los legitimarios de la herencia: “1. Se pagarán con cargo al caudal relicto: a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas”³⁷. De manera

³⁶ Tanto es así que el causante puede decidir favorecer inter vivos al descendiente apartado, con la consecuencia de que las donaciones en las que medie apartamiento no son computables ni colacionables. Art. 59.2 LDCPV. Cfr. SAP Vizcaya, 4ª, 15.06.2015, MP: Dña. Lourdes Arranz Freijo, JUR 2015\207037 y SAP Vizcaya, 4ª, 19.04.2013, MP: Reyes Castresana García, JUR 2014\148499.

³⁷ Art. 21.1.a) LDCPV: Galicia critica la ubicación sistemática de esta disposición dentro de la ley, señalando que le correspondía aparecer en el segundo capítulo del título II, en sede de sucesión forzosa, G. H. GALICIA AIZPURÚA, *La sucesión forzosa: planteamiento general*, en el libro que recoge las Jornadas celebradas el 2 y 3 de noviembre

que, en este caso, si la libertad del causante deriva en una situación que hace necesaria la solidaridad entre generaciones, el ordenamiento responde arbitrando un derecho de alimentos con cargo a la herencia, en favor del descendiente necesitado³⁸.

En Aragón la legítima, que solo corresponde a los descendientes y ha sido siempre una legítima colectiva, abarca la mitad de la herencia³⁹. El carácter colectivo de la legítima aragonesa es, en realidad, una forma de expresar la libertad de que goza el causante para distribuirla entre el grupo de descendientes, pero no se deriva de él un derecho colectivo o del grupo. El conjunto de legitimarios carece de personalidad y no puede ser titular de derecho alguno⁴⁰. A diferencia del País Vasco, el CFA sí regula expresamente la preterición, la desheredación y la exclusión, por este orden, en sus arts. 503 y siguientes. Esta disposición sistemática de los preceptos en la norma aragonesa acerca estas instituciones y permite su operatividad conjunta, por cuanto como decía Vallet de Goytisolo el apartamiento guarda una semejanza importante, en el orden práctico, con la desheredación salvo en el hecho de que no exige causa para el apartamiento de la herencia⁴¹.

Se distinguen dos tipos de exclusión del legitimario en Aragón, primero, la exclusión voluntaria de los descendientes, tras la que el heredero forzoso apartado conserva sus derechos frente a terceros,

de 2015: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus Desarrollos Futuros*, Bilbao, 2015, p. 395.

³⁸ También la fórmula de las *family provisions* de los sistemas del *common law* – en los que rige la más absoluta libertad de testar – asegura la solidaridad intergeneracional, caso por caso, por la vía de la reclamación de unos alimentos a cargo de la herencia del causante ya fallecido. La diferencia fundamental estriba en que, además de los parientes más cercanos, pueden reclamar estos alimentos personas no vinculadas al causante por razón de parentesco, pero que pueden acreditar haber tenido una situación de dependencia económica del causante: H. HIRAM, *The Scots Law of Succession*, Kent 2002, p. 81; W.R. (BILL) ATKIN, *Family and Succession Law in New Zealand*, Netherlands, 2012, p. 140; B. PATTERSON, *Law of Family Protection and Testamentary Promises*, Wellington, 2013, p. 205; R. KERRIDGE, *Parry&Clark The Law of succession*, London, 2002, pp. 153 ss.

³⁹ Art. 486 CFA. La reducción de la cuantía de la legítima colectiva, de dos tercios a la mitad del caudal hereditario, se produjo por obra de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

⁴⁰ M.Á. PARRA LUCAN y A. BARRIO GALLARDO, *La legítima en Derecho aragonés*, en Torres García, *Tratado de legítimas*, Barcelona, 2012, p. 362.

⁴¹ J. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, en *Las legítimas. Tratado Práctico y crítico de Derecho civil*, LVIII, 1, Madrid, 1974, p. 650.

caso de existir infracción cuantitativa de la legítima colectiva, y segundo, la exclusión absoluta, que implica la pérdida de todo derecho no sólo en la sucesión testada sino también en la sucesión legal *ab intestato*, así como de la posibilidad de ejercitar la acción por lesión de la legítima colectiva. Salvo que la exclusión absoluta afecte a todos los legitimarios o al único legitimario, en cuyo caso se les considera sujetos a exclusión simple o voluntaria⁴². Es decir, que la legítima no puede extinguirse absolutamente y para todos por la mera voluntad del causante en Aragón igual que ocurre en el País Vasco.

Siempre habrá al menos un legitimario que pueda concurrir a la intestada si este tipo de sucesión se abriera, porque la legítima encuentra su razón de ser en el parentesco. Es aquí donde la desheredación se hace necesaria, para extinguir absolutamente el derecho de legítima, tanto formal como material, lo que solo podrá conseguirse en caso de que concurra alguna de las causas tasadas para que la desheredación se considere justa⁴³, y no haya otros descendientes que conserven la condición de legitimarios.

Desde la perspectiva de la libertad de testar, el fundamento de la existencia de instituciones como la exclusión – e incluso de la preterición intencional o la desheredación arbitraria de alguno de los legitimarios – es diametralmente opuesta a la razón de ser que justifica la existencia de la desheredación con justa causa. Porque la exclusión no comporta sanción civil alguna: la libertad de testar no se ejercita necesariamente sobre la base de un juicio moral que el causante realiza de la conducta que observa en sus legitimarios y, por ello, cuando decide apartar a uno o a varios no les está condenando por su mal comportamiento, sino decidiendo libremente repartir de forma desigual la legítima, ya sea porque considera que los legitimarios tienen desiguales necesidades, o por cualquier otra razón. La libertad distributiva se concede al causante en tanto que instrumento hábil para propiciar un reparto *post mortem* de su patrimonio acorde con sus intereses y los de su entorno familiar, pero no para convertir en extraño al separado, ni para sancionarlo por un comportamiento previo. De ahí que el excluido esté legitimado para reclamar frente a terceros si el causante dispuso de sus bienes más allá de los límites legales, y en perjuicio de la cuota global legitimaria.

⁴² Art. 513.3 CFA.

⁴³ Las causas recogidas en el Art. 510 CFA no difieren demasiado de las que aparecen en otros sistemas legitimarios españoles, si bien han sido cercenadas.

En el sistema aragonés la regulación de la legítima concluye con el art. 515 CFA, dedicado al único derecho de contenido patrimonial individual que corresponde al legitimario de grado preferente: el derecho de alimentos. El legislador que ha concedido una primacía a la voluntad del causante, a través de la institución de la exclusión simple o absoluta de legitimarios, al mismo tiempo, trata de proteger a los hijos asegurándose de que no les falte lo necesario para su subsistencia en caso de que el ejercicio de esta libertad del causante les coloque en situación real de necesidad. Aunque no es una norma exenta de críticas⁴⁴, lo cierto es que este sistema ha resultado inspirador para muchos autores, que entienden que una necesaria reforma de los sistemas legitimarios debería plantearse con estos parámetros⁴⁵. Los alimentos no son un remedio ante la “discriminación” que, en su caso, pudiera efectuar el causante entre unos legitimarios y otros, sino únicamente un remedio ante las situaciones objetivas de necesidad económica de los parientes más cercanos, un mecanismo impulsado por el deber de solidaridad entre generaciones⁴⁶.

⁴⁴ Parra Lucán ha criticado el art. 515 CFA, por su carácter esencialmente subsidiario que lo condena a la inaplicabilidad en la práctica (M.Á. PARRA LUCAN y A. BARRIO GALLARDO, *La legítima en Derecho aragonés*, cit., p. 411): “destaca hoy la subsidiariedad de esta prestación respecto de otras de naturaleza análoga, como se cuida de precisar el Preámbulo del CFA. Según el art. 515.2 estos alimentos solo procederán cuando no se encuentre obligados a prestarlos el viudo usufructuario (arts. 253 y 298) o los parientes del alimentista conforme a la legislación general. Su carácter residual hace difícil concebir un supuesto en que quepa su reclamación”.

⁴⁵ Esther Arroyo y Esther Farnós refiriéndose a la nueva cláusula que contiene el CCCat, afirman: “La necesidad de incrementar la libertad de testar exige derogar la legítima y allanar el camino hacia su conversión en un derecho de alimentos. Cualquier intento de debilitarla mediante la actualización de las causas de desheredación genera más problemas que los que pretende solucionar” (E. ARROYO y AMAYUELAS y E. FARNÓS AMORÓS, *Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?*, en *InDret*, 2015, 2, p. 22).

⁴⁶ He mencionado al comentar el art. 21 de la LDCPV las *family provisions* de los regímenes del *common law*, podría mencionarse también el sistema cubano de legítima de tipo asistencial, sólo a favor del descendiente necesitado, y con las características de un derecho sucesorio de alimentos. En este régimen la legítima mira más hacia la necesidad del individuo que a la parentalidad, que es lo que vienen haciendo hasta ahora los ordenamientos jurídicos de raíz latina. L.B. PÉREZ GALLARDO, *Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial*, consultable en <file:///C:/Users/g3057597/Downloads/>

La dicción del art. 515 CFA, permite entender que la condición de alimentantes la tienen todos los sucesores y no solo el legitimario que sí ha resultado materialmente favorecido, y que la tienen en proporción a los bienes recibidos. Ni existe jerarquía entre los obligados ni se detalla si la responsabilidad es solidaria, aunque parece lógico pensar que el causante que ejercita su libertad de apartar a alguno de sus hijos, imponga después como carga un deber de alimentos a favor de éste a sus sucesores, sin necesidad de sujetarse a las prescripciones generales sobre alimentos entre parientes⁴⁷. Alimentistas sólo pueden serlo en Aragón los legitimarios de grado preferente al tiempo de la apertura de la sucesión, es decir, los hijos por derecho propio, pero también quienes pasen a ocupar su lugar por efecto de la sustitución legal⁴⁸.

Por tanto, el hijo excluido sin causa por la mera decisión del causante adquiere, si concurren los requisitos legales, un derecho de alimentos frente a los sucesores de su causante, tanto el legitimario o legitimarios favorecidos con la mitad de la herencia como el heredero y el legatario que hayan percibido bienes o derechos de la otra mitad.

Sin embargo, el hijo que ha sido desheredado con una causa legal (también el indigno) carece de derecho de alimentos, siendo acreedores de los mismos sus descendientes si es que los tiene. Y ello porque han sido privados de la condición de legitimarios, a diferencia de los hijos apartados o excluidos de la legítima material los cuales formalmente siguen siendo legitimarios. En este punto, como ocurría en el caso de los sistemas de legítima individual, hay que sostener que la desheredación justa de todos o del único legitimario anula, en el régimen aragonés, la finalidad asistencial o de solidaridad intergeneracional, primando por encima de ésta la finalidad sancionatoria ante determinados comportamientos del legitimario. ¿No sería más lógico y adecuado a la realidad social vigente en nuestros días, llevar este sistema legitimario

Legítimaydeiscapacidad.pdf, 2015, p. 1; véase también Y. ALFARO GUILLÉN, *Delación forzosa, preterición y legítima asistencial: análisis en los ordenamientos cubano y español (I)*, REDUR 9, diciembre 2011, pp. 217-243, consultable en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero9/alfaro1.pdf>, p. 232.

⁴⁷ Lacruz sugería poner a disposición del alimentista los mecanismos de protección de la legítima, incluida la reducción por inoficiosidad, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, XXI, 3, p. 528.

⁴⁸ Art. 339.1 CFA.

hasta un punto de absoluta libertad de testar – permitiendo la exclusión sin causa de todos o del único legitimario –, y asegurando al mismo tiempo a todos los excluidos un derecho sucesorio de alimentos, si concurren los requisitos de necesidad?

3. Las causas de desheredación que afectan a la libertad de testar de las personas mayores

3.1. *El intento de manipulación del “testador vulnerable”: causa de indignidad y causa de desheredación y causa de nulidad del testamento por vicio de la voluntad.*

Ya me he referido al hecho de que nuestra sociedad ha generado un modelo de *testador vulnerable*, muchos ancianos viven sin la atención de su familia y absolutamente dependientes de personas con las que no les une ningún vínculo de parentesco. La realidad muestra un incremento del deseo de desheredar a quienes por ley quedarán beneficiados en la herencia y, directamente relacionado, del deseo de premiar a otras personas quizá ajenas a la familia, los nuevos herederos de nuestro tiempo: las personas que realizan tareas asistenciales, o simplemente proporcionan afecto o compañía a las personas mayores en el último tramo de su vida⁴⁹. Quiero diferenciar el término *libertad de testar* al que me he referido reiteradamente hasta ahora, respecto al concepto de *libertad para testar*, que es más preciso para definir las circunstancias de la libre determinación de la voluntad que deben rodear al causante en el momento de otorgar cualquier instrumento sucesorio, esto es, las circunstancias que hacen posible que ejercite plenamente su libertad de testar⁵⁰.

⁴⁹ Véase la explicación de estas situaciones por M. GARRIDO MELERO, *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña. La planificación sucesoria*, cit., p. 333, y L. JOU MIRABENT, *Institucions successòries a la pràctica notarial dels darrers anys* cit., p. 131, y las notas 7, 8, y 9 de este trabajo.

⁵⁰ P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña, Derecho de Sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013, p. 60; más tarde T.F. TÓRRES GARCÍA y M.P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, cit., p. 17, completan este concepto señalando que la libertad para testar “implica la posibilidad de tomar las

La causa de indignidad recogida en el art. 756,5º CCE, y de forma muy similar en el resto de sistemas sucesorios españoles⁵¹, considera incapaz para suceder a su causante por resultar indigno a quien, con amenaza, fraude o violencia obligare al causante a otorgar alguna disposición mortis causa, o a modificarla o revocarla. El legislador catalán añade que también es indigno el que conociendo estos hechos se aproveche de ellos⁵². La jurisprudencia ha tenido ocasión de definir las actuaciones de intimidación y manipulación de personas mayores y desvalidas, que afectan a su libertad para testar, resultando ciertamente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de abril de 2010⁵³, en la que el que el llamado según el penúltimo testamento de la causante demanda a la beneficiada en el último testamento, y logra acreditar la existencia de manipulación a la causante a la hora de redactar éste el cual, por tanto, adolece de vicios de la voluntad testamentaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 422 CCCat. Además, el demandante solicita la declaración de la indignidad de la demandada: *“(...) podemos decir que hay fuerza moral cuando se inspira a una persona el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave si no accede a las pretensiones de otra, de tal forma que produce una inhibición de su voluntad y el pronunciamiento o exteriorización de otra distinta, debiendo abondarse para calificar la intimidación como de grave o no grave, a la edad y a la condición de la persona pues la capacidad de influir en la toma de decisiones no depende solo de los concretos y objetivos actos realizados sino de la posibilidad de influir con ellos en la formación de la voluntad. En este sentido no será igual ni pueden valorarse del mismo modo presiones ejercidas en personas jóvenes o saludables, con posibilidad de desenvolverse por sí mismas, que las dirigidas a personas mayores y desvalidas”*. Así las cosas, los presupuestos de esta causa de indignidad serían los siguientes:

propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean”.

⁵¹ Art. 412.3g) CCCat, Ley 153 del Derecho civil de Navarra, art. 328, f CFA. Los demás sistemas contemplan esta causa por aplicación del CCE como régimen supletorio.

⁵² Hay que considerar que esta última expresión amplía bastante el círculo de personas que pueden ser consideradas indignas y hace necesaria, evidentemente, una interpretación del caso concreto por parte de los tribunales. F. GÓMEZ POMAR, *Comentario al art. 412-3 CCCat*, en Egea Fernández y Ferrer Riba (dirs.), *Comentari al Llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, I, Barcelona, 2009, p. 112.

⁵³ STSJ Cataluña, 08.04.2010, MP: Dña. María Eugenia Alegret Burgues, RJ 2010\3617.

- a. Que la conducta del indigno sea tendente a lograr la manipulación o captación de la voluntad del testador, viciando la misma. Que esta inducción haya sido hecha de forma ilegal, es decir, no es preciso que se trate de conductas constitutivas de una infracción penal pero sí ha de ser calificable de antijurídica.
- b. Que el otorgamiento, revocación o modificación del testamento, o en su caso la falta de estos actos, en contra de la verdadera voluntad del causante, sea consecuencia directa o inmediata de dicha conducta torticera del indigno. Por tanto, es necesaria la relación de causalidad entre la conducta del transgresor y el efecto impeditivo de la expresión genuina de la voluntad mortis causa del causante manipulado⁵⁴.

Por su parte, los artículos de las diferentes normativas sucesorias que regulan las causas de desheredación incluyen entre ellas las causas que son determinantes de la indignidad sucesoria⁵⁵. Por tanto, esta causa de indignidad por manipulación del causante se traslada al ámbito de su propia actuación: se pretende por el legislador la protección de la integridad de la voluntad testamentaria⁵⁶, el castigo de toda conducta contraria a la libertad del testador para expresar su última voluntad⁵⁷. Violentar la libertad para testar puede ser sancionado directamente por quien lo padece, constituye una razón válida para ordenar la privación del derecho a la legítima. Obviamente, como sanción tiene carácter personalísimo (no afecta a los sucesores del legitimario indigno que ocuparán la posición de éste en calidad de legitimarios⁵⁸) y es una causa

⁵⁴ SAP Barcelona, 13^a, 27.07.2009, MP: Dña. María Ángeles Gomis Masque, JUR 2009\417006.

⁵⁵ Art. 852 CCE, art. 451-17.2.a) CCCat, art. 263 LDCG, art. 510 CFA, art. 46 CDCIB. Cfr. el análisis que sobre la recíproca interrelación entre indignidad y desheredación realiza F. JORDANO BAREA, *Indignidad sucesoria y desheredación*, Granada, 2004. Este autor se alinea con los que abogan por un único régimen sancionador dentro del Derecho de sucesiones, unificado sobre la base de la actual indignidad sucesoria, aplicable a los legitimarios y a los que no lo son (véase ob. cit., p. 10).

⁵⁶ M.P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO, *Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder*, en Sole Resina (Coord.), Gete-Alonso y Calera (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones: código civil y normativa civil autonómica; Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. I, Navarra, 2011, p. 260.

⁵⁷ L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 2012, p. 10.

⁵⁸ Art. 761 CC, art. 451-3.2 CCCat, art. 336.1 CFA.

de desheredación relativa, esto es, sólo respecto de un determinado y concreto causante. La pregunta que cabe formularse aquí es relativa a la efectividad de esta causa de desheredación, ¿es aplicada con frecuencia, en la práctica? La respuesta es que no, muy pocos testadores desheredan a “sus manipuladores” y ello es así precisamente porque lo más común es que se trate de testadores “vulnerables”, carentes de fuerza moral ni física para enfrentarse a su intimidador o incluso, manipulados afectivamente por él hasta el extremo de no ser conscientes del engaño al que se les está sometiendo⁵⁹. Por el contrario, los casos que suelen darse son los de declaración de nulidad del testamento otorgado por el causante por existencia de intimidación, así como consiguiente declaración de indignidad para suceder del beneficiado por el testamento nulo, por la misma causa.

Parece que esta causa de indignidad, también causa de desheredación, es más eficaz como lo primero que como lo segundo⁶⁰. Y es que el legitimario que no es capaz para suceder al causante por causa de indignidad, sin necesidad de justa desheredación por el causante ofendido, está ya privado de su legítima. Sin embargo, en orden a la eficacia de ambas figuras claramente interrelacionadas, hay que hacer notar que la eficacia de la indignidad sólo aparece tras la correspondiente impugnación posterior a la adquisición sucesoria del indigno, y siempre que tal impugnación se realice temporáneamente⁶¹. Mientras que la justa desheredación conduce siempre a la exclusión del desheredado de su derecho a la legítima, una privación anticipada, ordenada ya en vida por el causante, que impide al legitimario consumir la adquisición de esta atribución legal⁶². Pero si el causante no tiene fuerza moral ni física para enfrentarse a su intimidador, no es de esperar que lo desherede aunque la ley le permita hacerlo.

⁵⁹ Cfr. SAP Barcelona, 17^a, 19.02.2015, MP, Dña. María Sanahuja Buenaventura, JUR 2015\227987.

⁶⁰ Según J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil*, cit., p. 408, el funcionamiento independiente de la indignidad, a diferencia de lo que ocurre en otros códigos como el francés o el italiano en los que la indignidad sustituye a la desheredación, permite cubrir las lagunas que dejaría la justa desheredación, si se tratara del único régimen sancionador sucesorio aplicable a los legitimarios.

⁶¹ Plazo de caducidad de cinco o de cuatro años según los casos, cfr. Art. 756 CCE, art. 412-7 CCCat, art. 333 CFA.

⁶² J. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, cit., 1974, p. 653.

En definitiva, parece necesario recurrir a otros mecanismos que buscan dificultar la posibilidad de manipular a las personas mayores, puesto que la vía de la desheredación no siempre es suficiente para garantizar su libertad para testar. Hay que resaltar, por ejemplo, la opción del legislador catalán ante el creciente número de ancianos que son atendidos por cuidadores profesionales fuera del ámbito estrictamente familiar. Así es, en su reforma de 2008 estableció la cautela de que si alguien desea favorecer *mortis causa* a su cuidador profesional debe otorgar testamento notarial o pacto sucesorio, es decir, haciendo preceptiva la intervención de un notario que evaluará la capacidad y la voluntad libre del causante. Dice el texto literal del art. 412-5.2 CCCat: “Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que de ellos dependen, que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante en virtud de una relación contractual, solo pueden quedar favorecidos en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio”⁶³. Se sigue con esta opción legislativa una tendencia internacional precisamente como consecuencia de la creciente longevidad de las personas⁶⁴. En Estados Unidos, también en la jurisprudencia inglesa⁶⁵, es muy conocida la doctrina de la *undue influence*, cuya función originaria es la de proteger la autonomía de la voluntad invalidando aquellos testamentos que no son fruto de su libérrima voluntad. Así, cuando se dan los supuestos de relación de confianza entre el testador y el favorecido en el testamento, que esta persona de confianza haya intervenido de alguna manera en la elaboración del testamento, y que el testador sea vulnerable en el sentido de influenciado a tenor de sus circunstancias de salud, edad, y condiciones mentales y físicas, los tribunales pueden declarar nulo el testamento y con él la atribución que el causante hubiera dispuesto a

⁶³ P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña, Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 123-124; J.C. SONNEKUS, *Freedom of testation and the Ageing testator*, en Reid, De Waal, Zimmermann (eds.), *Exploring the law of succession*, Edinburgh, 2007, pp. 82 ss.

⁶⁴ Cabe señalar la *HeimGesetz* alemana o la sección 21350 of the *California Probate Code*, que sancionan de nulidad absoluta cualquier disposición a favor del cuidador profesional o el centro residencial.

⁶⁵ R. KERRIDGE, *Parry&Clark The Law of succession*, London, 2002, p. 69; C. SPIVACK, *Why the testamentary Doctrine of Undue Influence Should be Abolished*, consultable en: https://law.ku.edu/sites/law.drupal.ku.edu/files/docs/law_review/v58/1_Spivack_Final.pdf, 2010, p. 247; P. RIDGE, «*Equitable Undue Influence and Wills*», en *Law Quarterly Review*, 120, 2004, p. 621.

favor de su cuidador o persona de confianza en el último tramo de su vida.

La crítica que se ha formulado a este mecanismo⁶⁶ (que se aplica caso por caso mediante decisión judicial) es que, más que proteger la libertad para testar en ocasiones lo que hace es coartarla, dando primacía a la protección de los intereses de los familiares más próximos del causante en perjuicio de quienes no tenían un vínculo de parentesco pero habían sido libremente beneficiados por el causante, como agradecimiento por el afecto que le habían dispensado, pongamos por caso. En este sentido la norma catalana propugna una solución más equilibrada cuando da juego a la actuación cautelar del notario para que valore si se aprecia o no captación de voluntad, de modo que el causante pueda disponer a favor de su cuidador si tal es su voluntad libremente formada⁶⁷.

3.2. *El abandono emocional y la falta voluntaria de trato familiar con el causante.*

El concepto de maltrato de obra, constitutivo de causa de desheredación, se encuentra en plena evolución a tenor de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo⁶⁸, y la de algunos Tribunales Superiores⁶⁹, así como de las Audiencias Provinciales,

⁶⁶ C. SPIVACK, *Why the testamentary Doctrine of Undue Influence Should be Abolished*, cit., p. 246.

⁶⁷ Señala Vaquer: “El papel del notario es fundamental, pues él puede detectar si el testador está sometido a alguna presión o sugestión; una entrevista a solas con preguntas sobre el contenido de su testamento y las razones de ese contenido pueden aflorar la existencia de una voluntad captada. Los tribunales norteamericanos, en cambio, en un sistema sin legítima a favor de los descendientes, son mucho más proclives al reparto igualitario y a que los bienes queden para la familia; podría decirse que por la vía de la impugnación del testamento por *undue influence* garantizan la legítima en un sistema que la desconoce”; cfr. A. VAQUER ALOY, *La protección del testador vulnerable*, en *ADC*, t. 68, 2015, II, p. 368.

⁶⁸ SSTS 3.06.2014, MP: Javier Orduña Moreno, JUR181499; y 30.01.2015, MP: Javier Orduña Moreno, RJ\2015\639.

⁶⁹ STSJ Cataluña, 1ª, 28.05.2015, MP: D. Carlos Ramos Rubio, RJ 2015\3761: «A los efectos anunciados, estamos de acuerdo con el TS, por un lado, en que los malos tratos o injurias graves de palabra, como causas justificadas de desheredación y de acuerdo con su naturaleza, 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, y, por otro lado, en que 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 o dinamismo conceptual que encierra el

que empiezan a adherirse a una nueva interpretación del maltrato de obra⁷⁰.

Los tribunales se hacen eco del momento de cambio en el que se encuentra nuestra sociedad en relación con el proceso sucesorio, y reclaman nuevas reformas en nuestros sistemas legitimarios. Un aspecto esencial en esta reforma consiste en la introducción o modificación de las llamadas causas “abiertas” para desheredar, aquellas que por su expresión legal permiten un margen de interpretación y en las que la libertad de testar del causante tiene un mayor protagonismo: el ejemplo paradigmático es el de la conducta inmoral del legitimario,

maltrato de obra como causa de desheredación, tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitucional, basado en “la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales” (art. 10 CE); como porque así viene requerido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004, de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del TS y de esta Sala, “no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 827/2012 de 15 enero) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de *favor testamenti* (STS 624/2012 de 30 octubre)».

⁷⁰ SAP Santiago de Compostela, 6ª, 27.11.2014, MP: d. Ángel Pantín Reigada, JUR 2015\79445: «Ha de asumirse como postura interpretativa adecuada la expresada por la reciente y difundida STS nº 258/2014 de 3/6/2014 pues, aunque no nos hallamos en el ámbito normativo del derecho común como luego se desarrollará, la identidad de la regulación legal del presupuesto de la desheredación en la norma gallega hace que tal pauta interpretativa, en ausencia de jurisprudencia propia y distinta del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre la cuestión, deba guiar la interpretación de la norma autonómica, en especial dada la primacía de la voluntad del causante y la restricción de la extensión de la legítima introducidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006. Dicha resolución considera que la imposibilidad de analogía o de interpretación extensiva de las causas de desheredación no equivale a un criterio valorativo rígido o sumamente restrictivo, sino que ha de permitir una “interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”, para considerar que “el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”, para concluir, que “fuera de un pretendido “abandono emocional”, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre (...)».

presente en muchos ordenamientos de nuestro entorno⁷¹. Por ejemplo, en el Derecho alemán el descendiente legitimario podía ser privado de la legítima, entre otros motivos, si llevaba una vida deshonrosa o inmoral contra la voluntad del causante (parágrafo 2333 BGB). En la reforma que entró en vigor en 2010 se suprimió la referencia a la vida deshonrosa o inmoral, y se sustituyó por la causa consistente en haber sido condenado en sentencia firme a un mínimo de un año de prisión por un delito doloso, cuando suponga un hecho intolerable para el testador. De modo que, a pesar de la delimitación de la causa en un claro intento de proporcionar seguridad jurídica, el legislador alemán deja a la libertad del causante decidir qué comportamientos delictivos (de los que llevan aparejados al menos un año de condena), son una causa suficiente para él por resultarle intolerables, para desheredar a su legitimario⁷².

Volviendo a nuestro país, los supuestos fácticos enjuiciados por las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015 revelan una serie de circunstancias que se dan cada vez con más frecuencia la sociedad actual: en ambos casos se trata de una situación de “abandono emocional”, de abuso por parte del descendiente y de ausencia de asistencia personal y económica al testador. En ambos casos, éste decide desheredar al descendiente que le ha dejado en tal estado. Se plantea, entonces, el Tribunal Supremo la doctrina jurisprudencial aplicable en la actualidad a la causa de desheredación contenida en el art. 853.2 CCE, y qué ha de entenderse por maltrato de obra (psicológico) a estos efectos⁷³.

⁷¹ La causa de desheredación consistente en una conducta inmoral se regula en numerosos países: como Austria (§ 768.4 ABGB), Grecia (art. 1840 CC), Croacia (art. 85 de la Ley de Sucesiones), la República Checa (§ 1646 CC) o Finlandia (Cap. 15, Sec. 4.1 CC).

⁷² En contra, Esther Arroyo y Esther Farnós entienden que el alemán es un sistema rígido en la determinación de las causas de desheredación (E. ARROYO Y AMAYUELAS y E. FARNÓS AMORÓS, *Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?*, en *InDret*, 2015, II, p.4).

⁷³ La doctrina se ha hecho eco de la importancia de estos nuevos planteamientos del Tribunal Supremo, y han proliferado los comentarios y análisis de las referidas sentencias: A. SALAS CARCELLER, *Sobre la desheredación*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4 (BIB 2014/3659), 2014; S. ALGABA ROS, *Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación*, en *InDret*, 2015, II; E. ARROYO Y AMAYUELAS y E. FARNÓS AMORÓS, *Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?*,

Así, señala literalmente el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de enero de 2015: *“Se denuncia la infracción del art. 853.2 del Código Civil, y de la jurisprudencia de esta Sala (...), en relación con la interpretación y significado que en conjunto confieren a la expresión haberle maltratado de obra como causa de desheredación de un padre respecto a alguno de sus hijos. Considera la recurrente que el maltrato psicológico que las sentencias de ambas instancias ha considerado probado es de tal entidad que debe entenderse incluido en el concepto de maltrato de obra reseñado en el Código Civil, ya que de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala no es necesario el empleo de violencia física para configurar la situación de maltrato de obra que da pie a entender aplicable la aludida causa de desheredación. Ha quedado probado que la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación que, engañada, le obligó a hacerle a él y a sus hijos, ante notario, con inevitable afeción en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social en la que resulta altamente reprochable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre”*. Es sumamente revelador analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial de la que trae causa este recurso de casación⁷⁴. Resultó probado que la madre solo quería donar un inmueble a su hijo, pero que éste confabuló para que en la escritura se incluyeran otras fincas. Este supuesto fáctico recuerda bastante a la situación de manipulación de las personas mayores a la que me refería en el apartado anterior, como causa de indignidad y también de desheredación. Sólo que en este caso, la causante reúne las fuerzas necesarias para volverse contra el hijo manipulador e interesado y se decide a, por una parte, interponer acción de revocación de la donación y, por otra, otorgar un testamento desheredando al hijo (aunque alegando la causa del 853.2, y no la del 756,5º CCE). La Audiencia no vio en estos hechos el maltrato de obra: *“por muy reprochable y grave que*

cit.). Señalan atinadamente Arroyo y Farnós que no solo la doctrina, sino también el conjunto de la sociedad ha aplaudido el nuevo enfoque que plantea el Tribunal Supremo frente al obsoleto sistema legitimario del CCE (Véase notas 26 y 27 de su trabajo en las que mencionan algunos de los artículos periodísticos que se publicaron en fechas próximas a las de las sentencias: “Desheredar, misión imposible”, en El País de 31 de agosto de 2014; “Desheredación y libertad de testar”, en El Mundo de 2 de septiembre de 2014 y “Quiero desheredar a mi hijo”, en El País de 18 de abril de 2015. También en El Mundo de 26 de marzo de 2014, “Piden a Gallardón ampliar las causas para desheredar a hijos o padres cuando no haya afecto”).

⁷⁴ SAP Castellón, 3ª, 24.7.2013, MP: D. Rafael Giménez Ramón, JUR 2013\324441.

resulte dicho comportamiento, con el añadido además de la prolongada litigiosidad instaurada en el seno familiar por tal motivo, y consiguiente afectación profunda de la testadora que cabe inferir, no consideramos que estemos ante el maltrato de obra que se prevé como causa de desheredación". Sin embargo, el Tribunal Supremo con una técnica interpretativa algo dudosa, decidió dar por buena la causa alegada y considerar justa la desheredación efectuada.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de junio de 2014, que es la que inició la tendencia aperturista en la interpretación jurisprudencial del art. 853.2 CCE, contemplaba un supuesto de hecho aún más "psicológico", o "nada maltratante", puesto que no había despojo económico de ninguna clase al causante sino que lo que el TS imputa a los hijos es: "(...) *quedó probado que los hijos abandonaron al padre durante los últimos siete años de vida, donde, ya enfermo, quedó al amparo de su hermana*". Se pone más el acento en la soledad del padre en sus últimos 7 años de vida, que en los insultos proferidos por ambos hijos con anterioridad, o en la agresión física sufrida a manos de uno de ellos mientras convivían.

Lo que se produjo no fue un maltrato ni físico ni psicológico, sino un desamparo afectivo que traía causa en su origen, tal y como resultó probado en el procedimiento, de la separación matrimonial del causante y su mujer, la madre de los legitimarios, separación en la que éstos habían tomado partido por su madre. La Audiencia concluye que hay un maltrato psicológico que los actores conscientemente causaron a su padre.

El Tribunal Supremo confirma esta tesis y, al admitir que también puede considerarse maltrato de obra el psicológico, parece sugerir que es preferible un sistema que se limite a reconocer como motivo de desheredación un genérico "maltrato", y que después sea el juez, en cada caso, el que aprecie o no la existencia de una infracción grave de los derechos y deberes familiares⁷⁵.

Ello sin ahondar en un dato importante cuál es el de la responsabilidad por el desafecto familiar, el TS no se pregunta en ningún momento ¿a quién es imputable esta nueva forma de maltrato consistente en el desafecto y el abandono emocional de los progenitores?

⁷⁵ Algunos autores entienden, sin embargo, que estas dos sentencias del TS no están convirtiendo el abandono emocional o la falta de relaciones familiares en una nueva causa de desheredación, sino que – en una interpretación más flexible del concepto de maltrato de obra – se incluye dentro de éste el abandono emocional, siempre que tenga como consecuencia un grave menoscabo psíquico del causante abandonado; M.P. REPRESA POLO, *op. cit.*, 2016, p. 149.

Creo que no es satisfactoria la solución que proporciona el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de junio de 2014. Me refiero a lo forzado de su interpretación de la norma contenida en el CCE. Se fuerza en primer lugar para encajar dentro del concepto legal “maltrato de obra” el maltrato que no es de carácter físico. Y se fuerza también para entender como tal maltrato el hecho del abandono y la falta de atención y de relación familiar.

Cierto es que el Tribunal Supremo identifica este comportamiento con una serie de acciones “que determinan un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima”, esto es con actitudes que tienen consecuencias dañinas reales en el progenitor abandonado emocionalmente. Apela a la necesidad de una interpretación flexible, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que los hechos se producen.

Sin embargo, a mi juicio no tener relación familiar, obviar, olvidar a los mayores puede ser causa legal para desheredar, no sólo porque suponga un maltrato para el causante, o no sólo cuando lo suponga, sino simplemente porque tal olvido atenta contra la propia razón de ser de la legítima, contra el cumplimiento de los deberes familiares que debe predicarse no sólo en sentido descendente sino también a la inversa, de los hijos hacia sus padres⁷⁶.

A priori, el CCE parece aludir a este deber recíproco de auxilio entre generaciones de una misma familia, sólo cuando regula la obligación de prestar los alimentos legales entre parientes, obligación que sí es recíproca, como también lo es la posibilidad de desheredar por incumplir este deber. Pero en el caso de los hijos, el art. 852 CCE, al enumerar las causas generales de desheredación, permite a los hijos desheredar a los padres no solo por esta casusa sino también cuando los padres les hubieran abandonado.

La falta constante de relación familiar con los hijos es fácilmente encuadrable dentro de la causa de desheredación por abandono de hijos. Sin embargo, el art. 854 CCE, al regular la desheredación de descendientes, no contempla el abandono de los padres por los hijos como causa legal (de desheredación). Esta falta de reciprocidad rompe

⁷⁶ A. VAQUER ALOY, *La legítima en Cataluña*, cit., p. 2033; M. PÉREZ ESCOLAR, *Causas de desheredación y flexibilización de la legítima*, en Domínguez Luelmo y García Rubio (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones, Liber Amicorum T.F. Torres García*, Madrid, 2014, p. 1144.

la coherencia del sistema jurídico civil, dado que en el ordenamiento jurídico tanto la infancia como la ancianidad son dos etapas en la vida de las personas que precisan de especial protección⁷⁷. ¿No deben ser los deberes familiares, y por tanto su sanción por incumplimiento, siempre recíprocos? Entre otras cosas, porque esto es lo que justificaría que se pueda invocar la solidaridad intergeneracional como fundamento de la protección constitucional de la familia.

El abandono de los padres mayores no es encuadrable dentro de la causa legal de desheredación consistente en la negativa a cumplir el deber legal de alimentos favorable a los ascendientes, por dos razones: en primer lugar, porque para que exista una obligación legal de prestar alimentos es presupuesto que el alimentista tenga una situación de necesidad, cosa que puede no suceder y sí existir situación de falta de relación familiar y, en segundo lugar, porque el alcance de la obligación legal de prestar alimentos comprende la manutención del alimentista y en ningún caso obliga al alimentante a mantener una relación familiar.

Por estas causas el TS se ha visto obligado a “forzar” otra causa de desheredación, la del maltrato de obra recogida en el art. 853.2 CCE, para sancionar el abandono del causante por parte de sus descendientes. Es relevante constatar, además, que la interpretación más laxa del concepto de maltrato grave empieza a aplicarse por la jurisprudencia también a supuestos de revocación de donaciones inter vivos: *“En efecto, en el marco interpretativo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante”*⁷⁸. Ello indica, por una

⁷⁷ De ahí que se regule tanto el acogimiento de menores en situación legal de desamparo, a través del desarrollo que se hace por las CCAA de la Ley de protección del menor, como el acogimiento de las personas mayores, incluso dentro de otra familia que no es la natural. Véase por ejemplo, la Ley 22/2000, y la 11/2001 del Parlamento Catalán de acogida de personas mayores, o la Ley foral 34/2002 de Navarra.

⁷⁸ STS, 1^a, 20.07.2015, MP: D. Francisco Javier Orduña Moreno, RJ 2015\4460, continúa señalando el Tribunal Supremo: “De acuerdo con la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTTS de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014) y de 30 de enero de 2015 (núm. 59/2015) la interpretación del sistemática del art.

parte la coherencia del Alto Tribunal a la hora de constatar los cambios sociales y de aplicar las nuevas doctrinas jurisprudenciales y, por otra parte, produce un acercamiento del derecho sucesorio al de la pura liberalidad, puesto que no hay ningún caso en el que se esté obligado a realizar una donación. Así pues, aun siendo la legítima de derecho necesario, ya no es sostenible que el causante esté siempre obligado a observar este derecho, si su legitimario se ha comportado de forma ingrata o lo ha abandonado culpablemente.

En cuanto a la jurisprudencia menor, lo cierto es que las contradicciones entre las resoluciones de las Audiencias se suceden: mientras algunas Audiencias se alinean con esta nueva versión del maltrato de obra, otras en cambio siguen esgrimiendo la doctrina anterior del Tribunal Supremo. Dentro del primer grupo, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de diciembre de 2014⁷⁹ señala que los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, de acuerdo con su naturaleza, 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. La inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y 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. Y añade que la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador tiene

648.1 del Código Civil, en cuanto al maltrato de obra o psicológico se refiere, debe realizarse conforme a las siguientes directrices o criterios de interpretación. En primer lugar, y en orden a la caracterización de la figura, debe precisarse que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (art. 648 del Código Civil), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.

⁷⁹ SAP Málaga, 6ª, 26.12.2014, MP: Dña. Nuria Auxiliadora Orellana Cano, JUR 2015\194097.

una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de “favor testamenti”⁸⁰.

En el segundo grupo, el de la interpretación restrictiva de las causas de desheredación, estaría la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 13 de marzo de 2015⁸¹: *“Entendemos que la recurrente, en sustento de sus tesis en cuanto postula que se trata de un desheredamiento justificado, parte de una premisa que no podemos compartir, cual es que la causa de desheredamiento debe ser interpretada correctamente y en un sentido laxo al amparo de la voluntad de los testadores, quienes, según se alega, no desheredaron a sus nietas porque no les prestaran alimentos en sentido estricto, sino que el desheredamiento se fundaba en la falta de relación absoluta entre abuelos y nietas. Ello no es así. Los desheredamientos constituyen una institución que se manifiesta como una excepción al régimen de intangibilidad de la legítima, de modo que, insistimos, no cabe realizar interpretaciones extensivas, como la que propone el recurrente, sino que debe estimarse justificado únicamente cuando concurra una de las causas taxativamente dispuestas en la normativa aplicable. En suma, la desheredación ha de expresar*

⁸⁰ En el mismo sentido, SAP Santa Cruz de Tenerife, 3ª, 10.3.2015, MP: Dña. Concepción Macarena González Delgado, AC 2015\554 (Se considera maltrato psicológico la negativa de la hija, a abandonar la casa sobre la que no tenía más derecho de ocupación que el que derivara de la libre voluntad de su padre, quién le había manifestado querer disponer para sí de la vivienda: acción reivindicatoria del padre: actos consumados de ocupación y disposición de la vivienda cuyo usufructo correspondía al padre); SAP Castellón, 3ª, 12.02.2015, MP: Dña. Adela Bardón Martínez, AC 2015\537 (Causa justa para desheredar: maltrato psicológico y de obra durante los últimos diez años hacia su madre); SAP Lugo, 1ª, 22.10.2015, MP: D. José Antonio Varela Agrelo, JUR 2015\ 257457: “Si bien la valoración probatoria efectuada por el juzgador “a quo” no es ni ilógica, ni irracional no va a ser compartida por la Sala al no tomar en consideración en esa tarea la reciente jurisprudencia del T.S. que establece la posibilidad de desheredación por maltrato psicológico (...) Tras las sentencias del T.S. de 3 de Junio de 2014 y 30 Enero de 2015 se abre la vía a una interpretación extensiva del concepto de maltrato que abarca no solo el de obra sino el psicológico. En efecto, las causas de desheredación son tasadas y no cabe su extensión pero sí puede efectuarse dentro de las existentes una interpretación extensiva de acuerdo con la realidad social (art. 3 del C. Civil) y de los principios de autonomía de la voluntad y de validez del negocio jurídico que en el caso podrían expresarse como favor testamenti. Así, si bien la ruptura emocional pasiva no es causa de desheredación, cuando se producen actos u omisiones que junto a tal ruptura provocan un sufrimiento o perturbación en el causante se estaría rebosando la tenue frontera entre la nula o mala relación y el maltrato psicológico suficiente para integrar la dicción legal”.

⁸¹ SAP Barcelona, 17ª, 13.03.2015, MP: Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez, JUR 2015\121032.

*de forma clara la causa legal en que se fundamenta y, en caso de ser negada, la prueba de los hechos corre a cargo del heredero*⁸². Por su parte, la Sentencia de la Audiencia de Lleida de 24 de julio de 2014⁸³ aboga por la interpretación restrictiva de la causa de maltrato grave del Codi de Successions, pero la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 28 de mayo de 2015⁸⁴ estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la referida sentencia y acuerda que se practique la prueba denegada en la instancia tendente a acreditar la falta de relación familiar. Es claro que defiende una interpretación más laxa y acorde con la realidad social del concepto de “maltrato grave” contenido en el art. 370.c) CS, para dar entrada en él a supuestos que ahora hallan encaje en la nueva causa de falta de relación familiar catalana. Sin embargo, devueltos los Autos a la Audiencia Provincial de Lleida, y tras practicarse la prueba primero denegada y después admitida por el tribunal superior, la Sentencia de 22 de abril de 2016⁸⁵, entiende que el resultado de la misma conduce a la conclusión de que no ha habido en el caso analizado ningún tipo de maltrato grave al causante que justifique la desheredación de su legítimo: “En la sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, se consideró que tenía la consideración de maltrato de obra, como causa de desheredación, el maltrato psíquico y reiterado de los hijos con su padre, con una conducta de menosprecio y abandono familiar durante los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieren contacto alguno. En el presente caso, sin embargo, no puede considerarse que haya existido ese maltrato psicológico. De la prueba practicada en el presente proceso, concretamente de la documental aportada y de la testifical practicada tanto por escrito como en el acto de la vista celebrada en esta alzada, no se deduce que haya existido un abandono familiar ni una actitud de menosprecio por parte del demandante hacia sus abuelos. Lo único acreditado es que a consecuencia del fallecimiento del padre del actor, hijo de la causante, se produjo un distanciamiento entre el actor y su abuela que propició que la relación entre ambos no fuese muy fluida ni frecuente”.

⁸² En el mismo sentido, la SAP Albacete, 2ª, 27.05.2014, MP: D. Jesús Martínez-Escribano Gómez, JUR 2014\186114, repite: “estamos ante un mero desamparo moral, falta de relación afectiva o de comunicación, o un abandono sentimental, o ausencia de interés por el causante, que solo están sometidas al tribunal de conciencia”.

⁸³ SAP Lleida, 2ª, 24.07.2014, MP: María del Carmen Bernat Álvarez, JUR 2014\235982.

⁸⁴ STSJ 28.05.2015, JUR 2015/183361, cit.

⁸⁵ SAP Lleida, 2ª, 22.04.2016, MP: María del Carmen Bernat Álvarez, JUR 2016\135525.

Es evidente que los tribunales están haciendo un claro esfuerzo de interpretación de las normas conforme a la realidad social. Y cuando se recurre a la interpretación de las normas conforme a la realidad social, el aplicador del derecho procede a su concreción⁸⁶. El resultado en las audiencias hoy día no es pacífico, es necesaria una actuación urgente del legislador en la reforma del CCE. Todo lo cual enlaza con el análisis de la respuesta que ha dado el legislador catalán en la reforma del año 2008 a estas situaciones, que trato en el siguiente apartado.

En Cataluña encontramos una causa de desheredación abierta muy relacionada con todo lo expuesto hasta aquí. El art. 451-17.2 e) CCCat establece que se puede desheredar a los legitimarios por: «*La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario*».

El legislador catalán, que defiende el mantenimiento de esta clásica institución romana de la legítima, opta junto a ello por buscar un punto de equilibrio entre los conceptos de libertad de testar, sucesión y protección de la familia. Se pretende enlazar con alguna justificación, por una parte el mantenimiento de la legítima y por otra, su evolución, en consonancia con la de nuestra sociedad, todo ello sin ignorar lo que está ocurriendo en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, el sistema legitimario y las causas de desheredación reguladas en el vigente Código civil catalán suponen un claro acercamiento a los sistemas de reconocimiento de derechos sucesorios basado en el comportamiento.

En este contexto, algunos sistemas norteamericanos como el de Oregón y el de California han llevado hasta el extremo este planteamiento y consideran premuerto y que por tanto, pierde todo derecho hereditario al descendiente que actúe maliciosamente contra

⁸⁶ Según explica el profesor Miquel, las cláusulas generales aportan al juez una medida, una directiva para la búsqueda de la norma de decisión, son así una técnica de formación judicial del derecho: La cláusula general se caracteriza con su indeterminación o imprecisión. “La imprecisión aquí no se limita a los lugares periféricos del concepto sino a su mismo núcleo que se hace lingüísticamente inaprensible de modo que la incertidumbre se extiende en el concepto en su totalidad (...) Con ello se corren riesgos pero también se obtienen ventajas como la de cambiar “el color del ordenamiento” adaptando las normas a las nuevas circunstancias sociales” (J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Cláusulas Generales y desarrollo judicial del derecho*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, I, p. 306).

su causante, o ejerza sobre él una influencia indebida, o abuse de su situación de ancianidad o dependencia⁸⁷.

Sin llegar a tanto, el art. 1621 A (8) del Código Civil de Luisiana prevé una causa de desheredación similar a la del Código civil catalán, pues permite al progenitor desheredar a un hijo si éste, una vez alcanzada la mayoría de edad y con capacidad para mantener el contacto con su progenitor, no lo ha hecho sin justa causa durante dos años. El siguiente artículo, el 1622, permite al abuelo desheredar al nieto en similares circunstancias, con independencia de que el nieto cometiera la ofensa contra el padre o el abuelo⁸⁸.

Esta causa existe desde el año 1985 en un sistema – el único de Estados Unidos que combina elementos del *Civil Law* del *Common Law* – que reconoce la legítima a los hijos pero en el que, progresivamente, se ha buscado la erosión y el debilitamiento de la institución. Y uno de los mecanismos clave para lograrlo es la inversión de la carga de la prueba con respecto a lo dispuesto en los sistemas legitimarios españoles: la causa expresada por el testador se presume cierta y es el legitimario quien debe probar que no han pasado dos años consecutivos sin relación; que no sabía cómo contactar con él; que no contactó debido a una justa causa; o, sencillamente, que fue perdonado por el testador o que ambos se habían reconciliado⁸⁹. La jurisprudencia americana lleva años ya enfrentándose a la interpretación de esta causa de desheredación abierta⁹⁰, reconociendo que hay falta de trato familiar en los casos en que el hijo no es capaz de probar que ha realizado algún intento de contacto con su progenitor en el referenciado plazo de dos

⁸⁷ Cfr. Sección 112.465 de las leyes del Estado de Oregón (*Oregon Statutes*), consultable en https://www.oregonlegislature.gov/bills_laws/lawsstatutes/2013ors112.html ; Sección 259 del *California Probate Code*, consultable en http://www.leginfo.ca.gov/.html/prob_table_of_contents.html . En la misma línea, o incluso más, se encuentra el art. 7.3 y concordantes de la Ley de Sucesiones de la República Popular China, consultable en <http://english.dbw.cn/system/2009/12/07/000184279.shtml>.

⁸⁸ Véase Código civil de Luisiana consultable en <http://lco.law.lsu.edu/?uid=60&ver=en#60>; A. BARRIO GALLARDO, *La evolución de la libertad de testar en el common law inglés*, Pamplona, 2011, p. 285.

⁸⁹ Arts. 1624 y 1625 CC de Luisiana.

⁹⁰ Véase el trabajo de Farnós y Arroyo y las sentencias de la *Court of Appeals* de Luisiana que referencian en sus notas 61 a 66: E. ARROYO y AMAYUELAS y E. FARNÓS AMORÓS, *Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?*, cit, p. 15.

años⁹¹. En Europa encontramos el Código Civil austriaco⁹², en el que en 1989, el legislador introdujo la posibilidad de que el causante redujera la legítima a la mitad si nunca había existido con los legitimarios el trato familiar que normalmente se dispensan los padres y los hijos. Después ha habido dos reformas de la ley dirigidas a eximir al legitimario cuando la falta de trato familiar fuera imputable al progenitor⁹³.

Así pues no se trata de privar de la legítima sino de reducir su cuantía, parece que el legislador pretende, con esta solución “descafeinada”, salvaguardar un mínimo (la mitad de la cuantía de la legítima) que en todo caso irá para los legitimarios. En Chequia, son causas de desheredación el comportamiento del descendiente que no presta la atención necesaria al causante que lo requiera por causa de enfermedad, edad u otras circunstancias serias, y cuando de manera duradera no le ha mostrado el interés que correspondería en su condición de descendiente⁹⁴. El derecho de sucesiones de Croacia establece entre las causas de desheredación la lesión grave de una obligación familiar legal o moral hacia el causante, como no atenderle o cuidarle cuando lo necesita⁹⁵.

También en países con un modelo social y económico bien diferente al nuestro aparecen normas de este carácter: el Código civil de Brasil establece como causa de desheredación el desamparo del causante en estado de enajenación mental o enfermedad grave⁹⁶. El Código civil de Perú señala la causa de desheredación consistente en haber negado sin motivo alimentos al causante o haber abandonado al ascendiente

⁹¹ J.C. SONNEKUS, *Freedom of testation and the Ageing testator*, cit., pp. 82 ss.

⁹² ABGB, parágrafo 773 a.; E. ARROYO y AMAYUELAS y E. FARNÓS AMORÓS, *Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?*, cit., p. 12. Sobre la autonomía de la voluntad y la protección a la familia en el derecho de sucesiones de los estados europeos ha escrito A. BONOMI, *Testamentary freedom or forced heirship? Balancing Party Autonomy and the protección of family members*, en Anderson y Arroyo y Amayelas (eds.), *The Law of Succession: Testamentary freedom*, Barcelona, 2011, pp. 27 ss.

⁹³ (WELSER, 2008, p. 178).

⁹⁴ M. HRUSÁKOVÁ, *Czech Republic*, en *Internacional Encyclopaedia of Laws*, 2002, n. 530.

⁹⁵ I. GLIHA, *Croatia*, en *Internacional Encyclopaedia of Laws*, I, n. 10, The Hague, London, Boston, 2005, n. 442. Respecto a Holanda, se han formulado algunas propuestas en la misma dirección: C. CASTELEIN, R. FOQUÉ, A.L. VERBEKE (Eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society. Five Perspectives*, Oxford, 2009, pp. 214 ss.

⁹⁶ CC de Brasil de 2002, art. 1962 (apartados IV y V).

encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo⁹⁷. El Código civil de Bolivia considera justo motivo para desheredar, negar sin motivo la asistencia familiar⁹⁸. Por último, existen disposiciones en los Códigos civiles de Colombia, Chile y Ecuador⁹⁹, que permiten desheredar por no haber socorrido en estado de demencia o desvalimiento, pudiendo hacerlo, al causante.

Así pues, el derecho catalán no se mantiene aislado frente a esta corriente de pensamiento jurídico que propugna valorar el comportamiento del legitimario en la sucesión de su causante. Se utiliza instrumentalmente el derecho de sucesiones con finalidades que van mucho más allá del mero destino *mortis causa* de los bienes, pues buscan que ese destino sirva para alcanzar metas de bienestar y de equidad en el reparto de los bienes, en función del comportamiento observado por el sucesor en relación con el causante.

La causa de desheredación del art. 451-17.2. e) es coherente con el modelo familiar actual, más sustentado en los vínculos afectivos que en los estrictos de parentesco. Puede decirse que se pretende entrar en el “plano moral o social” de las relaciones familiares¹⁰⁰. Por ello entiendo

⁹⁷ CC de Perú, art. 744.2°.

⁹⁸ CC de Bolivia, art. 1173.

⁹⁹ CC de Colombia (art. 1266.2°), Chile (art. 1208.2°) y Ecuador (art. 1231.2°).

¹⁰⁰ No todos los autores consideran suficiente u oportuna esta reforma que el legislador catalán abordó en 2008. Así señala Albert Lamarca: “*Des de les III Jornades de Tossa l'any 1984 – fa quasi un quart de segle – s'han aixecat veus que propugnen la supressió de la llegítima o bé la seva modificació estructural canviant – ne els subjectes beneficiaris i els requisits per tenir – hi dret. Aquest és un debat recurrent en molts ordenaments que en l'aprovació del llibre IV del CCCat no s'ha abordat a fons. En la meua opinió, no suposa cap decisió incoherent i poc fonamentada mantenir una llegítima curta com la catalana, en un sistema presidit per la llibertat de testar que no propugna la igualtat dels fills, i no aprecio que pogués comportar especials beneficis en el context de les relacions familiars la seva supressió o modificació (...) considero que les alternatives plantejades, siguin en forma de supressió o de modificació, no representen cap millora significativa en termes de benestar social en relació amb el règim vigent. Pel que fa a la supressió total de la llegítima, penso que podria generar més conflictes familiars que els beneficis derivats d'una pretesa llibertat de testar absoluta pel causant?*” (A. LAMARCA I MARQUÈS, *Relacions familiar i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al Llibre IV del Codi Civil de Catalunya*, en Àrea de Dret Civil – Universitat de Girona (UdG) (Coord.), *El nou dret successori del codi civil de Catalunya*, Girona, 2009, p. 263). Entre la doctrina catalana véase también la opinión recelosa respecto de la nueva causa de desheredación expresada por J. RIBOT IGUALADA, *Comentari a l'article 451-17*, en Egea Fernández y Ferrer Riba (dirs.), *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, II, Barcelona, 2009, p.

especialmente importante el requisito de la imputabilidad de la causa al legitimario, que pueda probarse una actitud culpable motivadora de la ausencia de trato familiar con el causante. Así, volviendo al caso analizado por la Sentencia del TS de 3 de junio de 2014 en el que la ruptura familiar trae causa en su origen de la separación de los padres, se echa en falta que el tribunal indague sobre las causas, los motivos por los que el progenitor acabó sus días viviendo con su hermana y sin noticias de sus hijos: ¿a quién era imputable realmente esta situación? No está del todo clara la responsabilidad de los legitimarios por la ausencia de trato familiar, y en ningún caso esta situación responde al concepto de maltrato.

Suponiendo que a la situación fáctica enjuiciada por el TS le fuera de aplicación la normativa del apartado e) del art. 451-17 CCCat, la dificultad más importante sería la de la prueba que, no ha de olvidarse, recae en los herederos del causante si el legitimario impugna la causa de desheredación.

El heredero contra el que demanda el desheredado por esta causa en Cataluña debe probar un hecho negativo: la ausencia de relación familiar, pero no cualquier falta de relación puesto que en la ley viene calificada con los adjetivos de “manifiesta”¹⁰¹ y “continuada”, lo cual implica una duración en el tiempo (¿cuánto tiempo?)¹⁰², y además su persistencia en el momento del fallecimiento del causante, y que se deba a actos serios y exteriorizados, esto es, que haya trascendido de la esfera íntima de la familia

Por último, debe probar que todos estos elementos que configuran la causa de desheredación son imputables exclusivamente al legitimario.

1402; J. FERRER I RIBA, *La successió per causa de mort: llibertat de disposar i interessos familiars*, en Florensa i Tomàs y Fontanellas Morell, *La codificación del Derecho civil de Catalunya*, Barcelona, 2011, p. 350; E. ARROYO Y AMAYUELAS y E. FARNÓS AMORÓS, *Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?*, cit., p. 20.

¹⁰¹ Según Farnós el requisito de la falta de relación manifiesta no exige que haya existido una convivencia previa entre las partes afectadas por esta ausencia de relación: E. FARNÓS AMORÓS, *Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?*, en Herrero Oviedo (coord.), Domínguez Luelmo y García Rubio (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, Madrid, 2014, p. 463.

¹⁰² La continuidad no se traduce en un tiempo mínimo de ausencia de contacto, cuestión que sí está regulada en Luisiana (art. 1621), que regula un plazo mínimo de dos años. No es lo mismo que pasen dos que diez años, y esta imprecisión facilita la arbitrariedad.

Y ello cuando el causante ya no está para explicar los hechos. Por ello puede resultar de gran ayuda para el heredero que el causante realice una exposición detallada de la situación en el instrumento sucesorio en el que deshereda a su legitimario, que detalle los motivos de su decisión y pre-constituya prueba, sobre todo de la responsabilidad del legitimario, para el caso de que éste impugne el testamento.

Debe reconocerse que el perfil de esta causa de desheredación es mucho más confuso que el de las otras que permiten al causante privar de la legítima, lo cual significa un mayor margen para la decisión del juez en cada caso, así que si la prueba no es suficiente la causa no prosperará en la práctica. Pienso que, para salvaguardar la libertad de privar de la legítima que se ha pretendido otorgar al causante, el legislador catalán hubiera hecho bien introduciendo la presunción de la validez de la causa salvo prueba en contrario, es decir, trasladando al legitimario la carga de la prueba de que existió relación familiar con el causante, o de que él no tuvo la culpa de la ruptura.

La interpretación jurisprudencial de esta causa de desheredación ya ha comenzado desde su entrada en vigor en 2009, aunque todavía de forma muy incipiente¹⁰³. Hay sentencias de 2015 que aún están aplicando el precedente legislativo del CCCat, por la fecha de defunción del causante¹⁰⁴.

Entre las que sí aplican el CCCat, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 14 de mayo de 2015 enjuicia un caso en el que el inicio de la falta de relación tiene lugar como consecuencia de la ruptura familiar que se deriva del divorcio de los padres de las desheredadas, y rechaza atribuir la responsabilidad de la ruptura a las legitimarias: *“ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre la*

¹⁰³ Decía Farnós en 2014: “De las poco más de 350 resoluciones de tribunales españoles (TS, TSJ y AP) que desde el 1 de enero de 2009, fecha de entrada en vigor del Libro cuarto del CCCat, discutían la desheredación, 40 se plantearon ante tribunales catalanes. De éstas, solo 3 discutían la causa concreta de desheredación del art. 451-17.2.e) CCCat, y otras 4 lo hacían indirectamente como causa de extinción de la obligación de alimentos [art. 237-13.1 e CCCat]. Solo en un caso prosperó la causa invocada” (E. FARNÓS AMORÓS, *Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?*, cit., p. 459).

¹⁰⁴ SAP Barcelona, 13.03.2015, MP: María del Pilar Ledesma Ibañez, JUR 2015\121032 y SAP Barcelona, 7.05.2015, MP: Vicente Conca Pérez, JUR 2015\187943.

testadora y sus nietas, a las cuales se les atribuye el mismo comportamiento que a su padre, esto es, que desde el mes de octubre del 2007, no la han visitado, ni tampoco la han saludado, ni dirigido la palabra, ni tan solo cuando se han cruzado por la calle, o han coincidido en los Juzgados o en la Iglesia. Aceptamos plenamente la argumentación jurídica que da el Juzgador respecto de esta causa de desheredación, especialmente en que la causa de desheredación sea imputable exclusivamente al legitimario, es claro que tal causa no está justificada, pues no puede imputarse a las nietas la falta de relación con su abuela, pues en el momento en que se otorgó el testamento tenían una seis años y diez meses y la otra cinco años, por lo que difícilmente puede imputárseles la falta de relación familiar a ellas, en su caso, tal falta de relación sería imputable al padre, que impide que su hijas se relacionen con la abuela, y dado que las causas de desheredación deben interpretarse restrictivamente...»¹⁰⁵.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de marzo de 2012¹⁰⁶ considera que la ausencia de relación sí es imputable al hijo mayor de edad porque, a pesar de los numerosos intentos del padre por mantener la relación, resulta que el hijo muestra “*un total desapego y desprecio por la figura paterna*” (entre otras cosas, se había cambiado los apellidos). La Audiencia estima que la negativa del hijo a mantener el trato con su padre no estaba justificada. Este parece ser el supuesto que el legislador catalán pretende sancionar y, por tanto, sólo en este caso el causante adquiere la libertad de privar de la legítima a sus parientes más cercanos.

3.3. Algunas conclusiones sobre la posición que ocupa en la actualidad el principio de la libertad testamentaria en los vigentes sistemas sucesorios españoles

Después de este recorrido por los sistemas legitimarios españoles y, en concreto, por sus disposiciones sobre el instituto de la desheredación, después de destacar algunos de los nuevos supuestos que presenta la realidad social de las personas mayores, conviene concluir, siquiera sea sucintamente, sobre la situación en que nos encontramos, es decir,

¹⁰⁵ SAP Girona, 2ª, 14.05.2015, MP: D. José Isidro Rey Huidobro, AC 2015\1007.

¹⁰⁶ Se trataba de un litigio sobre extinción del derecho de alimentos, pero el fundamento de la petición era el mismo que el de la privación de la legítima, la ausencia de trato familiar entre alimentante y alimentista, de conformidad con lo dispuesto en el art. 237.13.1 CCCat, (SAP Barcelona, 18ª, 15.03.2012, MP: M. Dña. Dolors Viñas Maestre, JUR 2012\195522).

sobre la efectiva libertad de testar de que goza el testador español en nuestros días.

En primer lugar, cabe señalar las destacadas diferencias existentes entre las regulaciones vigentes en materia de legítima. Desde la perspectiva de la libertad de testar del causante, parece que la legítima basada en el parentesco pero de carácter colectivo como la que presenta el régimen jurídico aragonés, resulta la más equilibrada aunque no exenta de problemas como ya se ha manifestado a lo largo del trabajo.

Una legítima que puede distribuirse desigualmente entre los legitimarios, los cuales en ningún caso quedarán en situación de necesidad, por cuanto las disposiciones legitimarias se complementan con un derecho sucesorio de alimentos para los descendientes del causante.

Sobre el testador vulnerable cabe señalar que, salvando el precepto citado del CCCat que ordena la institución por vía notarial cuando es a favor de los cuidadores profesionales, nada ha hecho el legislador español en el resto de los derechos civiles vigentes en nuestro territorio, para establecer mecanismos de protección. Y es que la solución no es fácil. Son los tribunales los que buscan soluciones a los casos concretos de posibles captaciones de la voluntad, ya sea amparándose en la falta de capacidad natural del testador para determinar la nulidad del testamento otorgado presumiblemente bajo presión¹⁰⁷, ya sea resolviendo este tipo de casos mediante las normas relativas a los vicios de la voluntad testamentaria¹⁰⁸.

En otras ocasiones hallan defectos formales para anular el testamento, y así no tener que entrar en cuestiones de más difícil prueba, como lo es la intimidación o la falta de libertad para testar de un causante cada vez más longevo y dependiente¹⁰⁹. Así pues, parece sensato confiar en el juzgador cuando busca la solución justa en el caso concreto.

Sobre el desafecto familiar hacia los mayores, y si es o no sancionable la falta de trato del legitimario hacia el testador, ya se ha indicado que la norma contenida en el art. 853 CCE sobre maltrato de obra no parece la más adecuada para abarcar este supuesto. También el art. 451-17.2 e) CCCat tiene sus pegas. De nuevo hay que buscar la solución en los tribunales.

¹⁰⁷ STS 26.04.2008, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ 2008\2680.

¹⁰⁸ STSJ Cataluña 08.04.2010, cit.

¹⁰⁹ STS, 1ª, 10.06.2005, MP: D. Román García Varela, RJ 2005\4365.

A mi juicio, en los litigios sucesorios que traen causa, en su origen, de la familia desestructurada que provoca el divorcio de los progenitores, es necesario extremar la prudencia en la interpretación y el análisis de la desheredación que después el causante ordena en el testamento. La pregunta que cabe formularse es la de la imputación de la responsabilidad al legitimario por el abandono emocional causado a un progenitor por el que previamente el descendiente se había sentido abandonado. La situación previa que sufren muchos hijos ante la ruptura sentimental de sus padres es el germen de una falta de relación familiar, de difícil solución, en la edad adulta¹¹⁰.

Junto a este supuesto, se da también con frecuencia el del abandono de los progenitores por causas como el propio progreso personal, profesional y económico de los hijos.

Los mayores, más si están enfermos, requieren de unos cuidados y atenciones. Ante lo cual es necesario hacerse eco del sentir de la sociedad actual, y equiparar los deberes familiares que, recíprocamente, se deben padres e hijos.

En este contexto, sería más fácil entender que el abandono

¹¹⁰ Acudiendo a la jurisprudencia menor, algunas resoluciones recientes de las Audiencias están enjuiciando frecuentemente situaciones de este tenor. SAP Badajoz, 3ª, 11.09.2014, MP: Dña. Juana Calderón Martín, JUR 2014\257300, tiene por acreditado “que las tres hijas del testador no mantuvieron contacto apenas con su padre desde 2002 o 2003 hasta su fallecimiento”, y califica los hechos como abandono emocional. Cita la STS de 3 de junio de 2014. Sin embargo, no estima que concurra causa de desheredación. La Audiencia Provincial entiende que existía una tensa situación familiar porque el causante se divorció de su esposa y madre de las desheredadas, por lo que cabe considerar que éste fue parte en el conflicto familiar origen del abandono. La SAP Toledo, 1ª, 21.3.2014, MP: D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro, AC 2014\596 nuevamente justifica la falta de relación familiar por el divorcio del causante y las malas relaciones familiares consecuencia de ello. Los hechos relatados en la SAP Pontevedra, 1ª, 15.12.2010, MP: D. Francisco Javier Méndez Estébanez, JUR 2011\55482 son sumamente ilustrativos de este tipo de conflictos familiares: “El régimen de visitas, establecido en la sentencia de separación y de divorcio no se cumplió. D. Balbino no instó el cumplimiento del régimen de visitas de su hijo, Jose Augusto, ni tampoco la modificación del régimen de visitas. Tras la separación, no mantuvo relación alguna con su único hijo, Jose Augusto. En el interrogatorio, D. Jose Augusto reconoció no haber visitado nunca a su padre y que su padre se refería a él como “error biológico”. Dña. Jerónima declaró que su marido “en el momento de la separación le dejó claro que no quería saber nada de su hijo, al que se refería como error biológico”.

emocional y la falta de trato familiar imputable al legitimario es una causa lícita para privar de la legítima a los hijos.

Además, la desheredación por esta causa permitiría al causante favorecer a aquel de sus descendientes, o al cónyuge o conviviente, que mejor le hubiera atendido. Todo lo cual contribuiría al fortalecimiento de la familia, ya que la legítima no sólo crearía deberes para el causante, sino también para los descendiente.