

nos casos es discutible: ¿un robot como agente fiduciario?; ofrece mayor dificultad de encajar el fenómeno en la doctrina representativa, pero la discusión excede estas páginas.

En el anexo final con la jurisprudencia y exposición de los fundamentos jurídicos se encuentra la precisa referencia en las sentencias citadas, base del razonamiento jurídico sobre cuestiones controvertidas. Reflexionar y razonar acerca de cuestiones jurídicas buscando la *ratio iuris* de la cuestión es de suyo una aportación encomiable, tanto en el ámbito didáctico como de interpretación y aplicación del derecho. Se advierte cómo en el Derecho privado los temas Derecho y Patrimonio atraen a la deliberación jurídica los principios y reglas enraizados de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados a que se refirió Rafael Domingo, expresivos de un Derecho nuevo que garantice la libertad en la solución de casos complejos. María Néida Tur Faúndez, en su libro sobre *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, publicado en cuadernos de Aranzadi Civil, enfoca también la lealtad y buena fe a partir de la mayoría de las sentencias del TS, muestra de un Derecho vivo que supera el texto legal.

La bibliografía es abundante, en cantidad y calidad, la jurisprudencia citada enriquece el panorama en la vida práctica en cada uno de los presupuestos en que se basan las reglas y principios referidos en el texto, el anexo final es un resumen autorizado con el elenco de materias sobre las que versa este libro. Una obra que ofrece un panorama y unos materiales para reflexionar.

Jose Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra

VIVES VELO DE ANTELO, M.^a Patricia: *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Fundación Notariado, Madrid, 2024, 475 pp.

En los últimos años son muchas y, con frecuencia muy interesantes, las aportaciones de distinta procedencia sobre una de las eternas disputas presentes en Derecho civil español. Desde luego, lo es si el punto de partida para valorar la eternidad se sitúa en la Codificación, pues ya en el largo y convulso periodo que antecedió a la publicación del Código civil de 1889 el de la libertad de testar frente a la legítima fue uno de los temas discutidos con singular pasión por quienes, como tantas otras veces en nuestra historia, no parecían entender de matices y preferían optar o bien por una negación absoluta de la legítima en aras de la sacrosanta libertad, o por una afirmación sin límites de las bondades de una institución destinada a frenar la facultad de disponer del testador, quien habitualmente sería un ser caprichoso o injusto.

Tras recogerse en el Código civil un sistema legitimario fuerte y bastante rígido, que otorgaba un derecho muy potente a los parientes más cercanos del causante –hijos y descendientes por un lado; ascendientes por otro, y en mucha menor medida y sin otorgarle el título expreso de legitimario, cónyuge viudo–, a la par que limitaba extraordinariamente la libertad dispositiva de ese mismo causante, el debate nunca llegó a apagarse del todo, si bien es cierto que no fue hasta finales del siglo XX cuando volvió a adquirir un fragor entre los especialistas en Derecho de sucesiones y en Sociología jurídica en buena

medida parangonable al de la época codificadora. Me parece que no exagero si digo que ya entrado el siglo XXI ese fragor no ha hecho sino aumentar.

Citaré, a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, entre lo más recientes, las monografías de Victorio Magariños Blanco, *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, y de Rafael Verdera Servet, *Contra la legítima*, ambas publicadas en 2022, cuyos títulos son suficientemente expresivos como para no necesitar mayores explicaciones sobre la opinión de ambos autores acerca de la legítima del Código civil español. Con una postura bastante más favorable al régimen codificado, en la que no se elude la defensa de su virtualidad para el futuro, llamo la atención sobre la pequeña, a la vez que densa, obra de Manuel Espejo Lerdo de Tejada, cuyo título es también muy significativo: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*. Pues bien, el libro del que aquí me hago eco y sobre el que pretendo hacer algunas reflexiones en las páginas que siguen se sitúa en ese mismo contexto; lo hace, otra vez más, con un título suficientemente explícito: *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, si bien con algunas diferencias respecto de las de tres obras antes citadas. La primera que destaco es que las precedentes están firmadas por especialistas en Derecho de sucesiones de larga carrera, mientras que la autora de esta es una joven civilista, no exenta de valentía, que decidió en su día que la legítima en el Código civil sería el tema de su Memoria doctoral. En un momento en que no son frecuentes los trabajos de investigación profundos, y mucho menos lo son aquellos que se encaran con temas civiles clásicos como el presente, creo que M.^a Patricia Vives Velo de Antelo merece ya, por ello, una primera felicitación.

Es bastante probable que la Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2019 por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y de libertad de testar, que los cuatro libros mencionados conocen, haya contribuido a revitalizar un asunto que en realidad nunca ha dejado de estar en discusión. De hecho, la propia Orden se hace eco de lo mucho que se ha escrito sobre el tema y de las dos posiciones contrapuestas: «la de mantenimiento del actual sistema legitimario del Código civil en sus líneas básicas, añadiendo los retoques que el paso del tiempo haya hecho convenientes o imprescindibles, por un lado, y la de la absoluta libertad de testar, por otro». Dice también la Orden que «razones para optar por aquel o por este no faltan en ninguno de los dos sectores doctrinales», por lo que «la Sección Primera de la Comisión General de Codificación deberá profundizar lo que sea necesario en los pros y contras de las opciones expuestas y de todas cuantas puedan parecer merecedoras de estudio por los expertos»; todo ello se pide con el objetivo de incorporar «sendas Propuestas que, con el debido rigor técnico, sirvan de la mejor manera posible a la sociedad, de modo que, se opte por una u otra, esté disponible un texto articulado a partir del cual iniciar la futura reforma». Como miembro de esta Comisión, y precisamente en un momento en que sus componentes estamos tratando de dar cumplimiento al mandato contenido en esta Orden de 2019, no puede extrañar que el libro de la Dra. Vives me haya suscitado un marcado interés y que haya disfrutado mucho con su lectura.

La autora tiene la honestidad intelectual de manifestar, ya en la introducción de su obra, que su postura sobre la conveniencia de mantener o no la institución de la legítima no es la misma que tenía cuando acometió el empeño. Literalmente manifiesta que «en contra de lo que suponíamos al comienzo de esta investigación, a raíz de lo estudiado no podemos afirmar que la

institución de la legítima haya perdido todo su fundamento ni razón de ser hoy en día», lo que no le impide considerar imprescindible una reforma profunda del sistema legitimario, en la línea de incrementar la libertad de disposición, para lo que será preciso configurar una legítima más laxa y flexible de la que actualmente se recoge en el Código civil español. Anticipo mi conformidad con este pensamiento general, sobre el que incluiré comentarios que, según mi consideración, merecen algunas partes de su trabajo y, singularmente, los susceptibles de ser introducidos en la propuesta de *lege ferenda* que la Dra. Vives incluye como último capítulo del libro.

Para llegar a ese capítulo propositivo, en el sentido retórico de la palabra, la autora desarrolla un discurso en el que su eje fundamental es el de encontrar «un fundamento jurídico sólido» que permita ganar con argumentos definitivos el debate sobre el mantenimiento o no de la institución. Con ese objetivo en mente, desarrolla las razones históricas que han servido para justificar la legítima, remontándose a los orígenes romanos, desgranando los avatares seguidos en los diferentes cuerpos normativos que fueron construyendo el Derecho castellano bajo la doble influencia romana y germánica, hasta llegar a la época codificadora, con las consiguientes reglas legales plasmadas en el Código civil. Deja también constancia la Dra. Vives, en un capítulo separado, de las respectivas leyes civiles de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, donde ya se da cuenta de una regulación actual de la legítima que trata de responder, en cada caso, a sus propias tradiciones.

Como en otros trabajos similares, también en este se hace un recorrido por el Derecho comparado más cercano y más significativo para el debate que nos empeña. Así, se detiene, por un lado, en la angloesfera, tradicionalmente considerada paladín de la libertad de testar. En este marco la Dra. Vives nos da cumplida cuenta de los principales rasgos de dos ordenamientos especialmente significativos: el inglés (entiendo que se alude a Inglaterra y Gales) y el norteamericano, mostrando que en ambos la absoluta libertad de testar está seriamente restringida a través de figuras de naturaleza asistencial que incluso pueden llegar a sustituir la voluntad del testador por la decisión de la autoridad judicial. Respecto de los Estados Unidos, cuyo régimen hereditario es fundamentalmente estatal, hubiera enriquecido el panorama la inclusión de una exposición sucinta del Código civil de Luisiana, al tratarse del único estado norteamericano que, a pesar de las fuertes presiones sufridas en las últimas décadas para que abandonase su tradición legitimaria de inspiración hispano-francesa, ha mantenido la legítima. Es cierto, no obstante, que ha abandonado su histórica protección constitucional *tout court* y desde finales del siglo pasado la regula como una legítima asistencial, reconocida solo para los hijos menores o iguales de veintitrés años y para los de cualquier edad que por razones físicas o mentales fueran incapaces de modo permanente de cuidar de sí mismos o de su patrimonio.

Como envés de este sistema de raigambre anglosajona, mal llamado de libertad de testar, la autora realiza una exposición de algunos de los ordenamientos continentales más significativos en la defensa de una figura de atribución legal imperativa de derechos sucesorios en favor de los más próximos parientes. En concreto, se refiere primero al italiano, con su legítima como forma de sucesión necesaria. Traigo aquí a colación la opinión al respecto del Profesor Vincenzo Barba, que le fue solicitada para la preparación de los trabajos de la Comisión General de Codificación a los que ya he tenido ocasión de aludir y para quien «El sistema de protección de los legitimarios en Italia no sólo constituye una fuerte limitación a la autonomía negocial *post*

mortem, no sólo constituye un límite a la aplicación misma de las normas sobre la sucesión intestada, sino que, lo que es aún más significativo, supone una grave limitación a la circulación jurídica», conclusión que le hace abogar, en la línea de otros especialistas de su país, por una fuerte modificación del Código civil italiano en esta materia.

Se exponen a continuación en el libro las características principales del régimen francés de la reserva, cuyas reformas más o menos recientes interesan especialmente a la autora, de cara a una eventual modificación de nuestro Código civil. En este punto se detiene en algunas de las modificaciones operadas en la institución por la Ley de 23 de junio de 2006. Conviene advertir, como añadido, que existe un extenso *Rapport du Groupe de Travail sobre La réserve héréditaire* remitido al Ministerio de Justicia en diciembre de 2019, que no se recoge en el libro que estoy comentando, y que me parece de singular interés en la medida en que él se vuelve a abordar una posible reforma en profundidad de la reserva y se someten a cuestión algunos de los cambios operados en 2006; entre ellos el de la sustitución de la reserva de los ascendientes por un derecho de alimentos, que según el mencionado *Rapport*, no ha resultado bien. El texto que menciono parece también partidario de excluir al cónyuge viudo del grupo de los reservatarios (en la actualidad lo es, pero solo en defecto de descendientes), sin perjuicio de reconocerle derechos legales o voluntarios por otras vías de naturaleza más familiar que sucesoria, al considerarlos más adaptados al fin de permitir que el sobreviviente mantenga sus condiciones concretas de vida y conservar su nivel. Es oportuno asimismo señalar que el citado *Rapport* se muestra totalmente contrario a introducir causas de pérdida de la reserva basadas en la voluntad del testador y expresamente descarta la derivada del abandono o la pérdida de la relación entre el causante y el reservatario. Además, los autores del *Rapport* también consideran que una de las estrellas de la reforma de 2006, la renuncia anticipada a la acción de reducción, no está siendo muy utilizada en la práctica, por lo que plantean la necesidad de modificar la figura para convertirla en un verdadero pacto de familia. Creo que son consideraciones a sumar a las ya recogidas en el libro comentado.

Todavía en el marco de los sistemas continentales, resulta llamativo que la Dra. Vives no haga alusión alguna a la *Pflichtteil* alemana, sobre la que existen decisiones recientes de los más altos tribunales del país, las cuales hubieran aportado algunos argumentos aprovechables también para nuestro empeño. Muy conocida entre nosotros es la Sentencia del *BVerfG* de 19 de abril de 2005, que reconoce la protección constitucional de la legítima en aquel país. Con menos eco en el nuestro, pero igualmente importante, es la más reciente sentencia del *BGH* de 29 de junio de 2022, que, confirmando una decisión previa del *OLG* de Colonia de 22 de abril de 2021, considera que la aplicación del Derecho hereditario inglés, elegido lícitamente por el causante, viola el orden público alemán si significa la privación a los hijos del testador de su legítima, con independencia de su necesidad y de si existe con ellos suficiente relación. Con seguridad también hubiera aportado ideas de interés el estudio de las recientes reformas de los Códigos civiles de Bélgica, en 2017 y Suiza, en 2023, donde se han dado nuevas respuestas a muchas de las cuestiones que planean en torno a la posible reforma de nuestra legítima.

En la parte en la que la autora de la obra reflexiona sobre la situación en la que se halla la legítima del Código civil español en el momento presente, se combinan con gran acierto, de un lado, el análisis de las circunstancias que parecen haber conducido a un paulatino proceso de debilitación de la institu-

ción legitimaria tal y como se recogió en 1889, y de otro, un estudio de naturaleza empírica que pretende calibrar su arraigo en la sociedad en la que se inserta.

La introducción de esta última perspectiva ha sido demandada con frecuencia por quienes entienden que cualquier reforma de la legítima debe de ir precedida de un análisis sociológico riguroso sobre lo que piensan las personas sobre el mejor destino que han de tener tras su muerte los bienes que en vida les pertenecen. Existen ya diferentes trabajos de esta índole (algunos muy recientes como el financiado por la Fundación BBVA en 2021, a cargo del Catedrático de Sociología de la Universidad de Málaga, Luis Ayuso), a los que se añade ahora el contenido en este libro.

En este caso estamos ante una encuesta de opinión que la autora dirigió en 2021 al notariado español –operadores jurídicos especialmente cualificados, en sus propias palabras– y que también según esas mismas palabras se erige en instrumento fundamental para comprobar qué clase de reglas podrían atender mejor a las necesidades de la práctica. Aunque la encuesta no pretende tener valor estadístico, el cuidado con el que se ha hecho, la extensión de los encuestados y las respuestas obtenidas, de la que derivan los resultados expuestos de modo ordenado, constituyen, sin duda, un valioso instrumento de trabajo para ayudar en la reflexión que ocupa a la Dra. Vives.

Los resultados de la encuesta que, por esperados, escasamente sorprenderán al lector, reflejan las siguientes opiniones: el sistema legitimario del Código civil vigente no se adapta a la realidad social actual; más en concreto, se estima que la legítima de los 2/3 a favor de los descendientes es excesiva y debería reducirse su cuantía; para la mayoría de los encuestados la flexibilidad que representa la mejora no es suficiente para entender que no hace falta reducir la legítima de los descendientes; la opinión notarial está muy dividida en relación a la conveniencia de establecer una legítima variable en función del número de hijos, como también lo está respecto a si, de mantenerse la legítima de los descendientes, deberían o no tenerse en cuenta los gastos invertidos por los progenitores en la formación a los efectos de disminuir la cuantía de la legítima; la mayoría de los encuestados son partidarios de consagrar una futura legítima como un derecho de crédito contra la herencia; también son mayoritariamente partidarios de fortalecer la posición del cónyuge viudo, aunque no existen opiniones comunes sobre cómo hacerlo concretamente, más allá de buscar una garantía para que continúe en el uso de la vivienda familiar; parecen, asimismo, partidarios de suprimir o al menos reducir la legítima de los ascendientes; finalmente, de las respuestas obtenidas se deduce que una buena parte de los notarios se inclinan, bien por la eliminación de la legítima, bien por la introducción de una legítima de carácter meramente asistencial, a favor de determinados parientes especialmente vulnerables.

La parte final de la encuesta muestra la práctica notarial en puntos tales como que frecuentemente el testador reparte su herencia entre sus hijos, a salvo la cuota que le deja a su cónyuge; que la inmensa mayoría de los testadores no nombra heredero a un extraño, dejando a sus hijos o a su cónyuge únicamente lo que por legítima le corresponde; que no es infrecuente que el testador quiera desheredar a uno o varios hijos por abandono emocional o falta de trato y encuentre dificultades para hacerlo con la legislación vigente; y que tampoco es nada infrecuente que los cónyuges acudan juntos a la notaría para testar de la misma forma, aunque en instrumentos separados, dada la imposibilidad de hacerlo de forma mancomunada.

Sin duda, las respuestas obtenidas en esta trabajada encuesta son casi siempre las esperadas por quienes se han cuestionado la necesidad o no de modificar el régimen jurídico de las legítimas en el Código civil vigente; con todo, a la Dra. Vives le corresponde el mérito de sacar fuera de las notarías esta rica experiencia, haciéndolo además de modo ordenado y claro, y cubriendo, al menos en parte, las lagunas en torno a los datos sociológicos que demandan los juristas.

Con los avíos previos, en el capítulo VII del libro se vuelve a reflexionar sobre el fundamento de la legítima, tratando de verlo exclusivamente desde la perspectiva de hoy en día. Desde el punto de vista formal, la autora pone de manifiesto que nuestra Constitución, a diferencia de la alemana en la interpretación del *BVerfG* a la que más arriba he tenido ocasión de aludir, no contiene una garantía institucional de la legítima. Desde luego, como la mayor parte de los que se han pronunciado al respecto, concuerdo con esta postura, a la que añadiré que tampoco cabe considerar que la legítima sea en nuestro Derecho una institución de orden público, ni interno, ni internacional, a diferencia de lo que han considerado, por ejemplo, los tribunales franceses y alemanes respecto a sus respectivas cuotas forzosas.

Respecto al fundamento sustancial hace bien la autora en diferenciar su búsqueda en función del grupo de legitimarios, en la medida en que estos ni han sido nunca, ni pueden serlo actualmente, homogéneos. Precisamente por ello cabe cuestionar también que el fundamento tenga que ser uno solo y el mismo para descendientes que para ascendientes o para el cónyuge viudo.

En relación con la legítima de los descendientes, la Dra. Vives descarta que ese fundamento se halle ni en la igualdad aritmética entre los hijos, ni en un hipotético vehículo para la conservación del patrimonio familiar (más bien, reconoce, todo lo contrario). Tampoco entiende que exista en todos los casos un deber moral frente a los hijos que el Estado deba reconocer con independencia de su comportamiento. Se centra así en la fórmula más utilizada en la doctrina moderna para justificar la pervivencia de la legítima, que no es otra que la apelación a un principio de solidaridad familiar cuyo exacto significado, como muy bien pone de manifiesto la autora, no es, ni mucho menos, unívoco. En su opinión, la solidaridad familiar supone un sólido fundamento de la institución de la legítima si aquella se entiende como una relación de ayuda mutua entre los miembros de la familia, afirmación que parece sustentar con carácter general. Aplicada a los descendientes, ello conlleva la garantía de un mínimo de cuota patrimonial de la herencia que deberán recibir de su ascendiente, garantía que funciona sobre todo cuando ese mínimo se quiere quebrar, señaladamente en el caso de familias desestructuradas; no obstante, tal garantía exigirá que el descendiente en cuestión haya cumplido con sus deberes y obligaciones familiares respecto de su causante, subrayando el factor de reciprocidad que subyace en la así entendida solidaridad familiar. A partir de lo expuesto, justifica también la autora su rechazo a un (mal llamado) sistema de libertad de testar, en el que se elimine la legítima para sustituirla por unas provisiones de índole alimenticia que, por un lado, cambian la atribución legal por la discrecionalidad judicial, y por otro, pueden conducir en la práctica a resultados de menor libertad dispositiva.

Se defiende en el libro que el principio de solidaridad familiar, tal y como se ha descrito, justifica, a pesar de la tendencia contraria manifestada en el Derecho comparado y en la propia encuesta realizada por la autora, el mantenimiento de una legítima en favor, sino de todos los ascendientes, sí al menos de los padres (padre y madre), que en su opinión contribuiría a paliar la situa-

ción de necesidad que suele generar la vejez, aunque no termina de considerar que se haya de tratar como una legítima asistencial.

Se cuestiona, en fin, el fundamento de la institución en el caso del cónyuge viudo, y tras contrastar las opiniones dispares de los autores, estima la Dra. Vives que la concesión por ley de derechos sucesorios al cónyuge superviviente está ligada a unas consideraciones mínimas de justicia y equidad, para garantizarle la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual, así como una cierta prolongación del deber de ayuda y socorro mutuo entre los cónyuges, tomando en consideración además su participación en la creación o incremento del patrimonio familiar. Aunque de nuevo concuerdo con gran parte de las afirmaciones vertidas por la autora, incluso compartiendo la tesis de la existencia de un principio de solidaridad, en este caso conyugal, que se podría extender, con muchos matices, *post mortem*, no deja de ser cuestionable que la atribución de una cuota legitimaria abstracta (en propiedad, preferiblemente en mi opinión) sea la mejor manera de asegurar que la viuda (así ha sido históricamente y así lo sigue siendo en la actualidad en la mayor parte de los casos) mantiene tras la muerte de su consorte sus condiciones de vida anteriores, en particular en lo que afecta a su vivienda, cuestión sobre la que volveremos en pocas líneas.

Me hubiese gustado que las reflexiones de la Dra. Vives, tan bien construidas, la hubiesen llevado a calibrar la conveniencia o no de extender las atribuciones legales previstas para el cónyuge viudo a la pareja de hecho sobreviviente, al menos cuando esta pareja está formalizada de alguna manera. Sabido es que este es un tema controvertido en nuestro ordenamiento, con respuestas diferentes según el sistema autonómico de referencia. Se trata de un asunto en el que se ha de contar con una sentencia del Tribunal Constitucional muy controvertida, cuya tesis pronto tendrá que ser objeto de refrendo o de revocación por el mismo tribunal, al estar pendiente una cuestión de inconstitucionalidad donde se pregunta por la conformidad con la ley fundamental de la norma catalana que atribuye derechos sucesorios legales a la pareja sobreviviente. Precisamente por esa controversia y porque la tipología familiar a la que tan íntimamente está ligada a la legítima ha cambiado radicalmente en las últimas décadas, hubiera sido interesante que la autora, que tanto y tan bien ha ahondado en el fundamento de la legítima, se hubiera pronunciado al respecto.

Quizás el último capítulo de la obra, en el que la intrépida autora se atreve a incluir una propuesta de *lege ferenda* sobre la legítima, sea el más atractivo para el lector que se acerca al libro buscando algo distinto de los precedentes. Si me lo permite quien haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí, dedicaré los párrafos que me quedan a analizar alguna de esas propuestas. Aunque los deberes de confidencialidad debidos a la Comisión General de Codificación me impiden ser más explícita, sí debo señalar la similitud o proximidad de algunas de las propuestas de la Dra. Vives con algunas de las debatidas en el seno de la Sección Primera.

En el libro se apuesta por una disminución en de la cuota de legítima de los descendientes, que pasaría de los $\frac{2}{3}$ actuales a ser de $\frac{1}{4}$ en presencia de un hijo y de $\frac{1}{3}$ en presencia de dos o más, con desaparición de la mejora. Concuerdo del todo con la autora: creo que esa cuantía variable es más sensata que bajar en todo caso la cuota a $\frac{1}{4}$, como sucede en la actualidad en Galicia y en Cataluña, pues en presencia de varios hijos lo recibido por cada uno de ellos al repartir igualmente ese cuarto sería, en la mayor parte de

las herencias, prácticamente irrelevante, con lo perdería sentido el mantenimiento la institución.

La autora considera un pilar esencial de su propuesta la ampliación de las causas de desheredación, mostrándose muy partidaria de introducir entre ellas tanto el maltrato psicológico como la ausencia de trato familiar; incluso propone un concreto texto para ambas situaciones, donde se trata de evitar lo que llama «conceptos genéricos». Al respecto diré que, en mi opinión, la pérdida de la entidad - sobre la que volveré- y de la extensión de la legítima, tal y como se propone y con la que estoy conforme, hace perder también importancia objetiva al tema de la desheredación, puesto que lo que está en juego ya será, en cualquier caso, menos de lo que está hoy con el régimen vigente. Añadiré también que, a diferencia de la autora, no soy partidaria de introducir causas de desheredación demasiado concretas en su tipificación, por varias razones de las que solo mencionaré aquí dos: la primera, que los comportamientos familiares y sociales son aceleradamente cambiantes y pretender tipificarlos como sancionables puede dejar la norma obsoleta en muy poco tiempo; la segunda, que introducir términos como sufrimiento o impugnación respecto a la ausencia de trato, con seguridad rayana en la certeza, será garantía de controversia y de judicialización de la sucesión. En lo que estoy de acuerdo es en la conveniencia de cambiar la regla tradicional, poniendo la carga de la prueba de la desheredación en manos de quien la recibe, al menos cuando los sucesores la nieguen y advirtiendo de la importancia de un buen asesoramiento notarial al desheredante para que deje en el testamento perfecta constancia de los hechos en los que se funda su decisión.

También me parece acertada la propuesta de cambiar la legítima *pars bonorum*, que es la general en el sistema actual del Código, por una *pars valoris* que permita, como derecho de crédito que es, obviar los problemas derivados de la intervención necesaria del legitimario en la partición y favorecer su satisfacción a través del pago del citado crédito de la forma más conveniente para el heredero. En este punto, relativo a la cuantía y pago de la legítima la autora es partidaria de seguir el modelo alemán-catalán de computar solo las de los últimos años, en los que es más probable el propósito defraudatorio, decisión además pragmática puesto que cuanto más alejadas en el tiempo estén, más difícil será probar las liberalidades. En este punto, llamo la atención sobre un tema que apenas aparece en la obra y que resulta del máximo interés en el momento actual, cual es el de considerar el trato que ha de darse a los instrumentos de previsión y ahorro de naturaleza contractual en los que el beneficiario es un tercero distinto del causante, tal vez un legitimario, a los efectos de computación, imputación y pago de la legítima. La cuestión no es ni mucho menos baladí, su conflictividad creciente y la respuesta en el ámbito comparado muy diversa.

Apuesta la autora por conservar la legítima de los ascendientes, pero solo para los progenitores, fijada en un cuarto del valor la herencia y siempre a falta de descendientes. Aparte de considerar que también pueden ser desheredados por maltrato o ausencia de relación, deja pendientes cuestiones de interés tales como el acrecimiento o no entre ambos progenitores en caso de premuerte, renuncia o desheredación de uno de ellos, y si resulta o no necesario hacer referencia a la situación de necesidad para acreditarla.

En lo que atañe al viudo o viuda –cuya posición en la herencia de su cónyuge ha estado históricamente unida a la situación de las mujeres, y en buena medida lo sigue estando, sobre todo en el caso de las viudas mayores, como vuelvo a recordar– las propuestas de la autora tratan de garantizar, por enci-

ma de todas las cosas, que continúe en el disfrute de la vivienda familiar tras la muerte del causante. El instrumento que elige a este fin es el de conceder al supérstite un derecho legal de usufructo sobre la vivienda habitual de la familia, adicional a otras atribuciones que haya podido recibir, se entiende que voluntarias, por parte del causante. La propuesta no termina de ser convincente, porque como ella misma reconoce, las situaciones pueden ser muy distintas en unos casos que en otros. La vivienda puede ser propiedad del causante, común de ambos o incluso ser propiedad exclusiva de la persona sobreviviente, en cuya hipótesis la cuota se queda en nada; lo mismo si la vivienda es propiedad de un tercero y se disfrutaba en arrendamiento, por ejemplo. Si la herencia es lo suficientemente cuantiosa, tal vez la cuota en usufructo de la vivienda sea insuficiente para acreditar una hipotética solidaridad conyugal *post mortem*; y si, como ocurrirá en la mayor parte de los casos, la vivienda es el principal activo de la herencia y la persona viuda concurre con descendientes, quedará afectada la legítima de estos, situación especialmente complicada cuando, por añadidura, no lo son del viudo o viuda. Para evitar esta situación la idea pergeñada por la Dra. Vives es que la cuantía máxima de ese usufructo sea un tercio del haber hereditario, con la opción en caso de exceso de esa cuota, de que el sobreviviente abonase dicho exceso a los herederos o legitimarios. La propia autora, consciente de la disparidad de situaciones que pueden producirse, incluye más excepciones a la regla que presenta, como la posibilidad de que el causante excluya el mencionado usufructo en el caso de matrimonios de corta duración.

Recapitulando sobre la situación del viudo o viuda, si la legítima se considera la vía adecuada para procurar que continúe utilizando, si lo desea, la vivienda familiar que compartía con el causante, me parece más seguro establecer una cuota legitimaria fija, en propiedad o en usufructo, y permitir que sea el sobreviviente el que decida si quiere que su derecho se satisfaga con el uso de la vivienda; siempre con la posibilidad de pagar en metálico a los herederos la diferencia de el valor de este uso supera el de la legítima viudal o de exigir la diferencia en caso contrario. Claro que también cabe cuestionarse si la mejor manera de proteger la situación de la viuda prototípica es la de otorgarle una cuota abstracta en la herencia del difunto. Al menos nos deberíamos preguntar si sería preferible, en la línea de algunas experiencias comparadas, reconocerle derechos de naturaleza estrictamente familiar, en particular sobre la vivienda, derechos que deberían estar ligados al régimen económico del matrimonio y en los que tuviera un peso fundamental la voluntad de ambos cónyuges, pues conviene recordar que en vida pueden romper el vínculo matrimonial en cualquier momento y por su sola voluntad y sin alegar causa alguna, con lo que resulta coherente que también juegue un papel fundamental la voluntad *post mortem*.

Para ir terminando, comparto la preocupación de la Dra. Vives porque quede garantizada la libre voluntad del causante cuando redacta su testamento, aunque el contraste con la experiencia de la mayor parte de los países de nuestro entorno pone de manifiesto que la práctica habitual española de hacer testamento notarial garantiza, más que ninguna otra, esa libertad. No en vano, el notario es una persona independiente y especialmente formada para detectar las eventuales captaciones de voluntad y para dar el mejor cauce a los deseos del testador.

Concluyo, en fin, estas líneas con un breve colofón sobre la obra que he tenido la satisfacción de leer y de recensionar: la autora que la firma merece reconocimiento y felicitación por su valentía, por su rigor y por sus aporta-

ciones que, sin lugar a dudas, ayudarán en un debate que sigue abierto. Se trata de buscar las normas jurídicas más adecuadas para conjugar los importantes y crecientes cambios en las familias con los valores y principios básicos de nuestra sociedad igualmente cambiante, pero en el que las instituciones jurídicas tradicionales, como la legítima, también han jugado y pueden seguir jugando un papel de cohesión y de continuidad.

M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

