

## LA LEGÍTIMA EN LA LEY 5/2015 DE DERECHO CIVIL VASCO: SUS CARACTERES

Diego M<sup>a</sup> Granados de Asensio, Notario de San Sebastián

*(Texto de la Ponencia presentada el 2 de marzo 2016 en la Jornada celebrada en la Diputación Foral de Gipuzkoa)*

Al tratar de la legítima la primera cuestión que nos planteamos es si tiene sentido el mantenimiento de la legítima en los tiempos actuales, en la medida en que supone una limitación a las facultades dispositivas, máxime si, como dice su Exposición de Motivos, la Ley Vasca parte del principio de libertad y del carácter dispositivo de las leyes.

Establecer o eliminar la legítima es un criterio de política legislativa. Que la ley determine la obligatoriedad de una legítima mayor o menor, o de que la legítima sea en propiedad o en usufructo, o que se pudiera establecer, por ejemplo, una legítima colectiva para los hijos del primer matrimonio y otra para los del segundo, dependerá del criterio del legislador en cada lugar y momento histórico, atendidas las circunstancias sociológicas y económicas, de moralidad social dominante, régimen familiar, organización de la propiedad, etc.

El Código civil de 1889 fundamenta especialmente la legítima en la estructura e institución familiar. Pero, en 1889, la familia era extensa, la esperanza de vida corta, la prematura muerte del cabeza de familia la dejaba desprotegida. Por otra parte, la economía era predominantemente agrícola y la legítima, desde el punto de vista económico y social, podía suponer una salvaguarda del patrimonio, conseguido con el esfuerzo de varias generaciones.

Pero, desde entonces, los modelos de familia se han transformado: prácticamente ha desaparecido la familia extensa y ha aumentado la movilidad geográfica de sus miembros, ha perdido estabilidad la institución familiar al incrementarse las separaciones y divorcios, así como los segundos o ulteriores matrimonios - a cualquier edad -, y las uniones de hecho han recibido, no solo reconocimiento, sino también, regulación legal. En definitiva, se ha producido una transformación social de la familia y de los modelos de convivencia a las que el Derecho no puede ser ajeno.

Hoy día, pensamos que la mejor legítima que se puede dejar a los hijos no es tanto una parte de un patrimonio, sino más bien una buena educación o preparación para el futuro. Existe una mayor esperanza de vida. Las

pensiones y prestaciones sociales que nos proporciona el Estado del bienestar eliminan la función asistencial que la legítima y la herencia podían satisfacer en el pasado; hoy, los descendientes, muchas veces cuando heredan, lo hacen con su vida ya resuelta, y no necesitan tanto de la herencia para labrarse un futuro, a diferencia de lo que ocurría anteriormente.

Estas consideraciones y otras más estrictamente jurídicas, como las de aquellos que consideran su posible inconstitucionalidad por atentar contra el derecho de propiedad, o los principios de igualdad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones, hacen que la institución de la legítima se encuentre cada día más criticada, abogándose incluso por su eliminación y sustitución por un derecho sucesorio de alimentos.

La LDCV, aunque seguro que tentada de extender la libertad de testar del Fuero de Ayala a todo el País Vasco, ha preferido mantener la institución, pero moderándola y haciéndola más flexible.

Y así:

1.- Reduce el grupo de legitimarios, **no incluyendo a los ascendientes** en este grupo, como ya van haciendo las legislaciones más modernas, lo cual es consecuente con el criterio de la mayor esperanza de vida antes apuntado. Ahora, según el art. 47 LDCV solo *“son legitimarios los hijos o descendientes en cualquier grado... y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria...”*

Así pues, solo existen dos legítimas, que no se excluyen, sino que pueden concurrir en una misma sucesión: la de los descendientes y la del cónyuge viudo, equiparado por la LDCV con la pareja de hecho inscrita en el Registro administrativo correspondiente.

2.- En cuanto a la **legítima de los descendientes**, son seis los puntos o caracteres que considero necesario destacar para su delimitación:

Primero.- La legítima es colectiva para los hijos y descendientes.- Según el art. 51.1, *“el causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos”*, es decir, el causante puede elegir entre el grupo de hijos y descendientes quiénes percibirán la legítima y en qué proporción, apartando a los no designados (art. 48.2).

Segundo.- El apartamiento y supresión de la legítima formal.- El apartamiento puede ser expreso o tácito, por lo que suprime la legítima formal: ya no es preciso nombrar a todos los legitimarios, por lo que

quedan obviados los problemas de la preterición: los preteridos se consideran apartados de la herencia. *La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito* (art. 48.3) y *la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento* (48.4).

No obstante, habrá que tener en cuenta que apartamiento o preterición no equivale a desheredación, pues, según el art. 51.2, “*la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial*”. Si se quiere excluir a todos los legitimarios o al único legitimario, habrá que recurrir a la desheredación, de la que no se ocupa la Ley, por lo que será de aplicación el Código civil (arts. 853, causas de desheredación de los descendientes, y 855, causas de desheredación del cónyuge). La LDCV solo dice que *los hijos premuertos al causante o desheredados serán sustituidos o representados por sus descendientes* (art. 50).

Tercero.- Su cuantía.- Reduce cuantitativamente la legítima de los descendientes a un tercio de la herencia (art. 49), fijándose dicha cuota de legítima de acuerdo con el procedimiento de los art. 58 y sigs de la Ley. El art. 58.2 dispone, a este respecto, que “*las donaciones a favor de los legitimarios solo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso*”.

Cuarto.- Su naturaleza.- La delimita cuantitativamente, al configurarla como valor económico, el art. 48.1 : “*La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo*”.

La RDGRN de 29 de diciembre de 2014 estima necesario el consentimiento del legitimario habiendo ordenado el testador su pago en metálico. En el mismo sentido, la STS de 22 de octubre de 2012. Es discutible si estos criterios serán aplicables o no a la nueva legítima del Derecho Civil Vasco.

Quinto.- Posibilidad de renuncia. A diferencia de lo dispuesto en el art. 1271 CC, el art. 48.5 LDCV señala que “*la legítima puede ser objeto de renuncia, aun antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre el causante y el legitimario. Salvo renuncia del todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquellos que no la hayan renunciado*”.

Sexto.- Posibilidad de gravamen.- En cuanto a la intangibilidad de la legítima, a diferencia del art. 813 CC se contempla, ex art 56 LDCV, la posibilidad de gravamen, en ciertos casos:

a) 56.1: “no podrá imponerse a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos”

b) 56.2: “no afectarán a la intangibilidad de la legítima, los derechos reconocidos al cónyuge viudo, - o sea el derecho de habitación sobre la vivienda conyugal - ni el legado de usufructo universal a favor del mismo”.

Confirma la posibilidad de gravar la legítima con el usufructo a favor del viudo, el art. 57 LDCV, al añadir que el causante podrá disponer a favor de su cónyuge ... (o pareja) ...del usufructo universal de sus bienes, y, si dispusiere a su favor alternativamente de la parte de libre disposición, la elección corresponderá al cónyuge viudo; a diferencia de lo que ocurría hasta ahora con la *cautela socini*, habitualmente incluida en los testamentos, conforme a la cual los hijos podían negarse a aceptar el usufructo universal del cónyuge viudo y exigir su legítima libre de ese gravamen.

3.- En cuanto a la **legítima del cónyuge viudo o pareja de hecho** (pues la LDCV equipara cónyuge y pareja de hecho inscrita en el Registro administrativo correspondiente):

1.- Su legítima continúa siendo en *usufructo vitalicio*, pero su cuantía, regulada en el art. 52, queda incrementada con respecto al CC, pasando del usufructo de 1/3 a 1/2 si concurre con descendientes, o 2/3 si no concurre con descendientes, reconociéndole, además, el *derecho de habitación* sobre la vivienda conyugal. Aparte del aspecto cuantitativo y cualitativo, también considero conveniente destacar otras características de esta legítima del cónyuge viudo:

2.- Conmutación: la posibilidad de satisfacer al cónyuge viudo o al miembro superviviente de la pareja de hecho su usufructo a través de diferentes procedimientos. Dice el art. 53.1 que “*los herederos podrán satisfacer al cónyuge viudo o al miembro superviviente de la pareja de hecho su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial*”.

En mi opinión, esta conmutación no es una operación meramente particional, sino que es una facultad de los herederos, y, por ello, el contador-partidor no puede conmutar el usufructo del cónyuge viudo, pues excede de sus facultades. Esta alteración solo puede ser el resultado de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio, como indica la RDGRN de 17 de mayo 2002, pueda prescindirse de la intervención de los herederos.

3.- Afección de los bienes de la herencia a su pago: “*mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho*” (art. 53.2).

4.- Regulación de los supuestos en los que el usufructo recaiga sobre dinero o fondos de inversión: art. 53.3.

5.- Posibilidad de atribuir el usufructo universal de sus bienes por parte del causante – ex art 57-. Este usufructo universal es incompatible con el legado de la parte de libre disposición, salvo que el causante haya dispuesto lo contrario, en cuyo caso caben ambas atribuciones, sin que ello, suponga ruptura de la intangibilidad de la legítima.

Como se ha dicho anteriormente, *si el causante los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho* (art. 57).

6.- La extinción de la legítima por las causas que marca el art. 55. “*salvo disposición expresa del causante, carecerá de derechos legitimarios y de habitación en el domicilio conyugal o de la pareja de hecho, el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente - pérdida originaria -, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona*” -pérdida sobrevenida -.

¿Puede conmutarse el usufructo y/o dejar sin efecto la condición de no contraer ulterior matrimonio, en contra de lo dispuesto por el testador? A mi juicio, siguiendo la doctrina de la RDGRN de 8 octubre de 2013, referida precisamente a un problema de derecho foral vasco, y la STS de 23-2-2002, si todos los herederos integrantes de la comunidad hereditaria prestan su conformidad junto con el viudo, no parece que pueda negarse la posibilidad, toda vez que la atribución de los bienes al viudo libres de la condición supone la renuncia de los herederos al derecho que les asiste a un potencial acrecimiento del derecho de usufructo a extinguir por cumplimiento de la condición resolutoria.

#### **4.- El nuevo derecho de habitación y sus características**

La LDCV establece *ex novo*, en su artículo 54, un derecho de habitación para el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho: “*el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga*

*vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho”.*

En torno a las características de este derecho de habitación cabe hacer unas precisiones:

1.- **Presupuesto de aplicación**: que exista la vivienda conyugal en la masa hereditaria, incluso en nuda propiedad. Y que no se le haya adjudicado la vivienda al viudo en usufructo o propiedad, pues estos derechos, más amplios y comprensivos de las facultades de goce, absorben el de habitación.

En este sentido, la RDGRN de 9 de julio de 2013 señala que el derecho de uso queda extinguido si la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho (se trataba de una liquidación de gananciales); y las Res de 10-10-2008 y 6-7-2007, 19-9-2007 señalan que carece de interés el reflejo registral del uso y disfrute si ya vienen atribuidos por el dominio pleno.

Si en la masa hereditaria solo se encuentra la nuda propiedad, porque el usufructo de la vivienda conyugal pertenece a un tercero (p.ej. los padres del causante), el derecho de habitación gravará la nuda propiedad y se deberá constituir con carácter sucesivo, es decir, se disfrutará una vez extinguido el usufructo.

Si es el usufructo lo que forma parte de la masa hereditaria, o se adjudica el usufructo de la vivienda a otro heredero, este usufructo quedaría gravado con el derecho de habitación, es decir, en este caso, tendría preferencia en el disfrute el derecho de habitación y el usufructo, en lo que fuera incompatible con el derecho de habitación, sería sucesivo al derecho de habitación.

A tenor de la RDGRN de 28 de mayo de 2005, el derecho de uso es compatible con el derecho de usufructo perteneciente a persona distinta, pues, siguiendo la doctrina del usufructo sobre la nuda propiedad, tal derecho de uso recae sobre la nuda propiedad. Ello significa que, si bien la utilización de la cosa podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible, al menos cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide la nuda propiedad; además, y, en todo caso, la constancia registral solicitada impedirá que el titular pueda verse afectado por un acto dispositivo hecho sin su consentimiento.

Si en la herencia solo hubiera una cuota indivisa, entiendo aplicables los mismos criterios anteriores.

El derecho de habitación, por último, como indica URRUTIA BADIOLA, recaerá sobre la vivienda conyugal sea esta de carácter privativo del causante o ganancial entre causante y superviviente, sin que sea obstáculo el hecho de que esta tenga naturaleza troncal, ya que el artículo 70.5 LDCV

señala que estos derechos reconocidos al superviviente no afectan a la intangibilidad de los bienes troncales.

2.- a) El derecho de habitación formará parte de los derechos sucesorios atribuidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, sea en la sucesión testada, contractual, o en la legal o intestada.

b) Es un derecho que corresponde al superviviente, además de su legítima.

c) Es un derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad, que se regirá por las normas generales que regulan este derecho.

3.- El fundamento del precepto es la protección del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, condicionada al hecho de que se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital, ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho, ya que en esos casos la ley deja de primar el interés del superviviente, al entender que no necesita la mayor protección que le brinda este derecho de habitación. No obstante, también considero que sería de aplicación la dispensa de los herederos y cancelación de estas causas de extinción del derecho de habitación, en virtud de los mismos argumentos señalados anteriormente para el usufructo viudal.

4.- La imputación habrá de realizarse, en principio, a la parte de libre disposición de la herencia, pudiendo gravar, en su caso, la parte de legítima colectiva que corresponde a los descendientes, dado que no afecta a la intangibilidad de la legítima, conforme al artículo 56 LDCV.

## CONCLUSIÓN

La ley de derecho civil vasco no ha ignorado la problemática histórica ni el cuestionamiento jurídico sobre la propia existencia de la legítima, pero, fiel a la tradición, ha preferido conservar la institución de la legítima, moderándola, modulándola, y concediendo una mayor flexibilidad y libertad para que una persona organice su sucesión. Especial trascendencia tiene esta mayor libertad a la hora de organizar la sucesión de personas que tienen a su cargo menores o incapacitados.

Ahora, una persona sujeta a la LDCV podrá organizar más libremente su sucesión debido a la admisión de los pactos sucesorios o a figuras como el testamento por comisario, la institución de heredero o donación condicional o pactada, la renuncia o gravamen sobre la legítima, instituciones que, con

la anterior regulación, tenían un encaje muy difícil, si no imposible, habida cuenta de la prohibición expresa de contratar sobre la herencia futura contenida en el art. 1271 del Código civil o del principio de intangibilidad de la legítima del art. 813.

Es un gran paso, con buena acogida por parte de los ciudadanos, y que, a buen seguro, seguirán otras legislaciones.