

Núm. 17/ Curs 2011-2012

Armonización europea del principio de libertad de testar y posición del supérstite

Maria Planas Ballvé

QUADERNS DE RECERCA (Bellaterra)
MÀSTER UNIVERSITARI EN INTEGRACIÓ EUROPEA

Núm. 17

Curs 2011-2012

© Institut Universitari d'Estudis Europeus

© Maria Planas Ballvé

ISSN 2014-153X

**Coordinadora de la col·lecció: Dra. Susana Beltran Garcia, Universitat Autònoma de Barcelona
(Susana.Beltran@uab.es)**

Aquesta col·lecció recull una selecció d'investigacions dutes a terme per estudiants del Màster Universitari en Integració Europea. Previ a la seva publicació, aquests treballs han estat tutoritzats per professors amb grau de doctor de diverses especialitats i han estat evaluats per un tribunal compost per tres docents distints del tutor.

Les llengües de treball son castellà, català, anglès i francès

Esta colección recoge una selección de investigaciones realizadas por estudiantes del Máster Universitario en Integración Europea. Previo a su publicación, los trabajos de investigación han sido tutorizados por profesores con grado doctor de diversas especialidades y han sido evaluados por un tribunal compuesto por tres docentes distintos del tutor.

Les lenguas de trabajo son catalán, castellano, inglés y francés

This collection includes a selection of research by students of Master in European Integration. Prior to publication, the research papers have been tutored by teachers of with various specialties doctor degree and have been assessed by a commission composed of three different teachers tutor.

Working languages: Catalan, Spanish, English and French

Cette collection comprend une sélection de recherches par des étudiants de Master en intégration européenne. Avant la publication, les travaux de recherche ont été encadrés par des enseignants docteurs de diverses spécialités et après ont été évaluées par un tribunal composé de trois professeurs différents du tuteur.

Langues de travail: catalan, castillan, anglais et français

ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE TESTAR Y POSICIÓN DEL SUPÉRSTITE

Autora: Maria Planas Ballvé

Màster Universitari en Integració
Europea, UAB,

Edició 2011-2012

Tutora: Dra. Susana Navas Navarro

RESUMEN: Aun no disponiendo la Unión Europea de una competencia legislativa en el derecho de sucesiones, los Estados Miembros están aproximando sus respectivos ordenamientos, produciéndose como resultado elementos de armonización espontánea de esta rama del derecho civil. La protección del principio de libertad de testar y la mayor atribución de derechos sucesorios al cónyuge o conviviente supérstite son los principios a partir de los cuales los Estados inspiran sus modificaciones legislativas y, por ello, son los elementos centrales de la armonización del derecho de sucesiones europeo. Como consecuencia de la estrecha relación entre el derecho de sucesiones y el derecho de familia y por los avances respecto de la *comunitarización* del segundo, de entre las dos políticas legislativas, los Estados están priorizando la protección jurídica del supérstite, sin dejar de lado la libertad de testar.

RESUM: Tot i no disposar la Unió Europea d'una competència legislativa en dret de successions, els Estats Membres estan aproximant els respectius ordenaments jurídics, produint-se com a resultat elements d'harmonització espontània d'aquesta rama del dret civil. La protecció del principi de llibertat de testar i la major atribució de drets successoris al cònjuge o convivent supervivent són els principis a partir dels quals els Estats inspiren les seves modificacions legislatives i, per això, són els elements centrals de l'harmonització del dret de successions europeu. Com a conseqüència de la estreta relació entre el dret de successions i el dret de família i per els avanços respecte de la *comunitarizació* del segon, d'entre les dues polítiques legislatives, els Estats estan prioritant la protecció jurídica del supervivent, sense deixar de banda la llibertat de testar.

KEYWORDS: Derecho europeo de sucesiones, armonización del derecho de sucesiones, libertad de testar, protección jurídica del supérstite

PARAULES CLAU: Dret europeu de successions, harmonització del dret de successions, llibertat de testar, protecció jurídica del supervivent

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
PARTE I: LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO EUROPEO.....	15
I. El principio de libertad de testar	15
1. El concepto desde la perspectiva de los derechos nacionales.....	15
2. Los grados de protección en los diferentes ordenamientos de los Estados Miembros.....	19
2.1. Protección constitucional.....	20
2.2. Protección mediante la ley ordinaria.....	23
II. La flexibilización de las formalidades testamentarias.....	26
1. El testamento como expresión de la libertad de ordenar la sucesión <i>mortis causa</i>	26
2. Forma y formalidades en el testamento.....	28
3. La flexibilización de las formalidades con el objeto de reducir los casos de nulidad de los testamentos.....	31
III. La interpretación de los testamentos. <i>Favor Testamenti</i>	34
1. El principio del <i>Favor Testamenti</i>	35
2. La prueba extrínseca como un posible medio interpretativo.....	37
3. Criterios interpretativos introducidos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.....	40
PARTE II: LA POSICIÓN DEL SUPÉRSTITE EN EL MARCO DE LA LIBERTAD DE TESTAR.....	43
I. La situación jurídica del cónyuge y conviviente supérstite.....	43
1. El derecho a la legítima.....	43
1.1. Naturaleza jurídica: Derecho de crédito o <i>pars bonorum</i>	44
A. La legítima como un derecho de crédito.....	45
B. La legítima como <i>pars bonorum</i>	46
C. La legítima: ¿un derecho de crédito o un <i>pars bonorum</i> ?.....	46
1.2. Los legitimarios.....	47
1.3. Cuantía: cuota fija o variable.....	48
2. La posición en el orden sucesorio intestado.....	50
II. La horizontalidad del derecho de sucesiones en detrimento de la tradicional verticalidad.....	52
III. Los nuevos mecanismos jurídicos de protección.....	54
1. La inclusión del derecho a la legítima o su mayor participación (sistemas civiles).....	54
2. La posibilidad de reclamar la <i>potential claim</i> (sistema <i>common law</i>).....	56
2.1. Los requisitos de aplicación.....	58
2.2. Los sujetos legitimados para reclamar.....	58

2.3. Las categorías de prestación: el del cónyuge sobreviviente y el <i>maintenance Standard</i>	58
2.4. El impacto del <i>potencial inheritance claim</i>	60
CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	63

ABREVIATURAS

ADC – Anuario Derecho Civil

ADE – Anuario Derecho Europeo

art - Artículo

BV - Deutsch Verfassung

BGB – Bundesgesetzblatt de Alemania

BGBA – Bundesgesetzblatt de Austria

BOE – Boletín Oficial del Estado

BVerfGE – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán)

BW - Burgerlijk Wetboek de Países Bajos

CCB – Código Civil de Bélgica

CCC – Código Civil de Cataluña

CCE – Código Civil Español

CCF – Código Civil Francés

CCG – Código Civil de Grecia

CCH – Código Civil de Hungría

CCI – Código Civil de Italia

CCP - Código Civil Portugal

CE – Constitución Española

CEDH – Convención Europea de Derechos Humanos

CK – Civillikums de Letonia

DOGC – Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña

DOUE – Diario Oficial de la Unión Europea

EEMM – Estados Miembros

EJCL – Electronic Journal of Comparative Law

MJ – Maastricht Journal of European and Comparative Law

RDP - Revista de Derecho Privado

STS – Sentencia Tribunal Supremo

STSJC – Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS – Tribunal Supremo

TSJC – Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

TUE – Tratado de la Unión Europea

UE – Unión Europea

UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law

ZGB - Schweizerische Zivilgesetzbuch

INTRODUCCIÓN

La finalidad que persigue el presente trabajo, mediante un estudio desde la perspectiva del derecho civil comparado, consiste en el análisis de las legislaciones de los EEMM para ver si se están armonizando sus respectivos derechos de sucesiones y qué políticas legislativas adoptan a este respecto. ¿Se avanza hacia una mayor libertad de testar? O bien, ¿se está limitando como resultado de una mayor atribución de derechos sucesorios a los cónyuges y/o parejas de hecho? Analizaremos tales cuestiones y buscaremos sus respuestas.

Considero que el estudio de la armonización del derecho de sucesiones es relevante ya que, como veremos, no está claro si los EEMM están favoreciendo la libertad de testar o los derechos sucesorios del supérstite. Además, la UE no tiene competencia en derecho de sucesiones, con lo que su armonización será, por ahora, resultado de la voluntad de los EEMM de unificar sus legislaciones o de adoptar la misma política legislativa. Puede que estemos ante un fenómeno en el que los EEMM espontáneamente, es decir, sin seguir las directrices de las Instituciones de la UE, están unificando los respectivos derechos de sucesiones.

La armonización del derecho de sucesiones no es una tarea ni fácil ni presente en el orden del día de las Instituciones de la UE¹. Como sabemos estamos ante una de las ramas del derecho con un mayor arraigo histórico y cultural con la sociedad² y la UE está formada por 27 EEMM, cada uno con su propia tradición histórica y cultural con lo

¹ Según TERNER, P. (“Perpectives of a European Law of Successsion”, *MJ* 14-2, 2007, p.157) aún no se ha aprobado ninguna legislación derivada de las Instituciones de la Unión que afecte directamente al derecho de sucesiones. Por su parte VAN ERP, S., “New Developments in Succession Law” en *EJCL*, vol. 11.3 (December 2007), p.2) defiende que la armonización del derecho de sucesiones no está en la agenda de ningún *law-making body*.

² También de acuerdo con TERNER, P., (“Perpectives of a European Law ...”, p.158, Op. Cit.), las dificultades para la armonización del derecho de sucesiones son consecuencia de que esta rama del derecho sea de las más influenciadas por la propia historia y cultura de la sociedad de cada ordenamiento jurídico. En la misma línea, VAN ERP, S. (“New Developments in Succession Law”, p.1, Op. Cit.), afirma que el derecho de sucesiones se caracteriza por ser la rama de derecho más local, regional y/o nacionalmente, y que incluso puede formar parte del derecho eclesiástico. En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., (“New Developments in Spanish Succession Law”, *EJCL*, vol. 14.2 (October 2010), p.33) presenta como argumento a la presente no armonización del derecho de sucesiones el hecho de que la UE no tenga competencia de esta rama del derecho y que esta rama del derecho está basada en las tradiciones locales y fuertemente influencia por los caracteres socio-culturales de estas sociedades.

que la armonización deberá tener en cuenta las limitaciones propias de los caracteres de esta rama del derecho.

No obstante, la UE tiene una competencia exclusiva en derecho de familia con elementos de derecho internacional privado por medio de la base jurídica del artículo 81.3 del TFUE relativo a la cooperación judicial en materia civil, respecto de los aspectos del derecho de familia con repercusión transfronteriza y por medio del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Se puede interpretar que al disponer el art. 81.1 TFUE que *“esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”*, podrían darse estas medidas de aproximación en el derecho sucesorio a fin de proteger y hacer efectiva la cooperación judicial en materia civil, siempre que fuesen acompañados de la aprobación de un Reglamento de la UE sobre esta materia. Así, de acuerdo con el Dictamen 1/2003 del Tribunal de Justicia, de 7 de febrero de 2006, sobre la «Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil»³, la competencia de la UE para celebrar acuerdos internacionales no sólo puede derivarse de una atribución expresa en los Tratados, sino que también se puede derivar implícitamente de otras disposiciones de los Tratados o incluso de actos adoptados por las Instituciones tales como Reglamentos.

Además, debemos de tener en cuenta que el derecho de sucesiones se caracteriza por ser una rama especialmente conectada con el derecho de familia con lo que las decisiones de las Instituciones en el marco de sus competencias sobre el derecho de familia podrán acabar influyendo indirectamente en el derecho de sucesiones. Así pues, las decisiones de la UE podrán afectar al derecho de sucesiones desde dos perspectivas: en primer lugar, en el marco de la base jurídica del art. 81.1 TFUE relativo a la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales en la cooperación judicial en materia civil; y, también, por el hecho de que el derecho de familia influye especialmente al derecho de sucesiones y la armonización y comunitarización de esta

³ Dictamen 1/2003 del Tribunal de Justicia, de 7 de febrero de 2006, «Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», I 1149, 7.2.2006.

rama del derecho civil se encuentra en un estadio más avanzado que en derecho de sucesiones.

Respecto de las sucesiones con elementos internacionales debemos tener en cuenta las Conferencias de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; en concreto, la Convención de La Haya sobre el conflicto de leyes aplicables respecto de la forma de las disposiciones testamentarias de 1961 que entró en vigor el 5 de enero de 1964⁴ y para España entró en vigor el 10 de junio de 1988 y la Convención de La Haya sobre la administración internacional de patrimonios yacentes de 1973⁵ que no entró en vigor hasta el 1 de julio de 1993. Además también se adoptó la Convención relativa al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos (realizada en Basilea el 16 de Mayo de 1972)⁶ y la Convención de Washington sobre la uniformidad del derecho en los testamentos internacionales (adoptado en 1973 en el seno de la UNIDROIT)⁷.

Ahora bien, aún existiendo estas Convenciones, no se ha aprobado en la UE una política legislativa que afecte directamente al derecho de sucesiones. Lo que nos podemos plantear es que se produzca, como un caso de *lege ferenda*, una *comunitarización del derecho de sucesiones*, como sucedió para el derecho de familia⁸, en el cual se pasó de la competencia exclusiva de los Estados para firmar tratados y convenciones internacionales con terceros Estados a la previsión de la competencia exclusiva de la UE para, medio de reglamentos, concluir convenios internacionales con terceros Estados de derecho de familia.

Inicialmente el reconocimiento de las resoluciones, la ejecución y cooperación judicial

⁴ Este Convenio, así como la documentación correspondiente, se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net).

⁵ Ibid.

⁶ BOE núm. 239/1985, de 5 de octubre de 1985

⁷ Disponible en <http://www.unidroit.org/english/conventions/1973wills/main.htm>.

⁸ ARENAS GARCÍA, R., “Crisis matrimoniales internacionales: algunas propuestas”, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacionalmente)*, Imprenta Universitaria Campus universitario Sur, Santiago de Compostela 2009, p.41, CANO BAZAGA, E., “El derecho de familia comunitarizado: La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, *ADE*, Sevilla 2002, p.68 / McGLYNN, Clare, *Families and the European Union. Law Politivs and Pluralism*, Law in Context Series, Cambridge University Press 2006, p. 158.

en materia de responsabilidad parental, la protección de los menores, el reconocimiento de los matrimonios, los divorcios y las adopciones internacionales se regulaban por medio de tratados y convenciones internacionales entre los Estados: Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (entrada en vigor el 1 de enero de 2002)⁹, el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (entrada en vigor el 1 de mayo de 1995)¹⁰, el Convenio de La Haya, de 14 de marzo de 1978, relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio (entrada en vigor el 1 de mayo de 1991)¹¹ y el Convenio de La Haya, de 1 de junio de 1970, sobre el reconocimiento de divorcios y de separaciones legales (entrada en vigor el 24 de agosto de 1975)¹², entre otros.

El primer paso hacia la comunitarización del derecho de familia se produjo el Tratado de Maastricht de 1992. El Tratado constitutivo crea un nuevo pilar de disposiciones comunes de cooperación en asuntos de justicia interior. La cooperación judicial en materia civil comienza a ser uno de los objetivos de la UE en el marco del mercado común¹³.

Finalmente, por medio de una modificación del art. 65 del Tratado de Ámsterdam se traspasó una competencia exclusiva a la UE para concluir convenios internacionales con terceros Estados de derecho de familia. Se justificó esta modificación como una necesidad de protección del mercado interior común y del buen funcionamiento de los procedimientos civiles, especialmente de los que incluyan elementos trasnacionales, y

⁹ Este Convenio, así como la documentación correspondiente, se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net).

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Derecho de familia y sucesiones: la expansión comunitaria”, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacionalmente)*, Imprenta Universitaria Campus universitario Sur, Santiago de Compostela 2009, p.72.

la realización de un área judicial europea¹⁴. Esta disposición otorga la base jurídica a la UE para la competencia exclusiva en el derecho de familia, pasándose de la “*Matrimonial Convention*” a la “*Community Regulation*”¹⁵.

Como resultado se han aprobado el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, también conocido como Bruselas II¹⁶; el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000¹⁷; y el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁸. Así pues, podría producirse la armonización del derecho de sucesiones en el mismo sentido que se produjo para el derecho de familia: por medio de la comunitarización, es decir, mediante la aprobación de una norma primaria, esto es en los tratados, y por medio de la adopción de un Reglamento que supongan la atribución de una competencia exclusiva de la UE para concluir convenios internacionales con terceros Estados.

El proceso de comunitarización del derecho de sucesiones se inició por medio de la decisión de la Comisión en 2005 de la elaboración el Libro Verde de Sucesiones y Testamentos¹⁹. El objetivo del mismo era armonizar el derecho de sucesiones con un elemento internacional, ya sea porque el matrimonio o la unión estable este formada por personas de nacionalidad diferente o porque en la sucesión hay bienes en otro EEMM del que no son nacionales o en el que residen. No ha sido hasta 24 de febrero de 2012

¹⁴ Según CANO BAZAGA, E. (“El derecho de familia comunitarizado...”, p.68, Op. Cit.) el objetivo último de la comunitarización del derecho de familia es favorecer la libre circulación de la ciudadanía europea en el espacio judicial europeo.

¹⁵ McGLYNN, Clare, “*Families and the European Union...*”, p.159, Op. Cit.

¹⁶ DOUE 160 de 30.06.2000

¹⁷ DOUE C 203 E de 27.8.2002

¹⁸ DOUE 189 de 22.7.2010

¹⁹ GREEN PAPER: Succession and wills {SEC(2005) 270}, COM(2005) 65 final, Brussels, 01.03.2005. En la p.3 de este documento la Comisión declara que “there is a clear need for the adoption of Harmonised European rules”.

que el Consejo presentó la propuesta del Reglamento 650/2012 relativo a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo²⁰. De hecho, el pasado 7 de junio el Consejo de Ministros de Justicia dio el apoyo final a la Comisión para la aprobación de este Reglamento²¹ y, casi un mes más tarde, el 27 de julio de 2012, se publicó en el DOUE el texto²². De acuerdo con este Reglamento, el derecho aplicable a una sucesión transfronteriza será el del lugar de la residencia habitual del causante y se allana el camino para introducir un certificado sucesorio europeo con el que las personas podrán demostrar que son herederos o administradores sin más trámites en toda la UE.

La comunitarización de las sucesiones con elementos de derecho internacional privado no es el objetivo central de este trabajo con lo que no se desarrollará esta tesis. El estudio se centrará en la armonización espontánea del derecho de sucesiones, es decir, cómo los Estados están yendo hacia una misma dirección que es la de proteger el principio de libertad de testar y fortalecer la posición del supérstite.

²⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, Brussels, DG H 2A 2009/0157 (COD), 24.2.2012.

²¹ Los proyectos de la Comisión Europea para aligerar los trámites de las sucesiones transfronterizas se convierten en normas jurídicas, Comunicado de prensa de la Comisión Europea, IP/12/576, 7.6.2012.

²² DOUE L201/107 de 27.7.2012

PARTE I: LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO EUROPEO

En esta primera parte del presente trabajo se presentará el principio de libertad de testar (I.), se seguirá con la flexibilización de los requisitos de forma de los testamentos (II), en tercer y último lugar, se centrará en la interpretación de los testamentos (III) con la finalidad de analizar qué y cómo los EEMM están llevando a cabo la política legislativa consistente en una mayor atribución de la libertad de testar al causante.

I. El principio de libertad de testar

Se debe empezar el presente estudio analizando qué se entiende por libertad de testar y su fundamento (1.), para proceder a analizar cómo se encuentra regulado en los diferentes Estados ya sea por medio de la respectiva Constitución (2.1.) o a través de la ley ordinaria (2.2.).

Como es sabido, desde 2007, la UE está formada por 27 EEMM, cada uno de los cuales con su tradición jurídica, aunque parten de un mismo principio sucesorio, común en los ordenamientos jurídicos de la UE²³, el de libertad de testar, que, como veremos, goza de diferentes grados de protección según su regulación.

1. El concepto desde la perspectiva de los derechos nacionales

El concepto del principio de libertad de testar es común en tanto que se encuentra presente en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de la UE. Además, este principio supone la posibilidad del causante de llevar a cabo un mismo grupo de actos jurídicos. Concretamente, de forma general, supone que el causante pueda disponer²⁴

²³ CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.”, p. 1218, Op.Cit / VAQUER ALOY, A., “La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa” en *Obligaciones y sucesiones en el derecho comparado*, ARA Editores, Perú, 2008, p. 185. Según WAAL, M.J., (“A Comparative Overview”, REID, K. / WAAL, M.J / ZIMMERMANN, R., *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh Studies in Law, Edinburgh 2007, p.14) no hay duda de que todos los ordenamientos jurídicos de los Estados desarrollados están basados en el principio de libertad de testar.

²⁴ El poder de disposición sobre un derecho lo suele tener el titular del mismo y consiste en la posibilidad de que éste lleve a cabo los actos que versan sobre ese derecho. De hecho, según ALBALADEJO, M., *Derecho Civil: I Introducción y parte general, Volumen 2º: La relación, las cosas y los hechos jurídicos*,

libremente *mortis causa* de su patrimonio, es decir, puede nombrar herederos, ordenar legados, si le conviene puede tratar de una manera desigual a sus descendientes y revocar sus actos dispositivos *mortis causa*²⁵.

Algunos de los artículos del CCE en los que se puede apreciar dicha libertad son el art.667 (“*El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.*”), art.668 (“*El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o legado.*”), art.670 (“*El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación (...) al arbitrio de un tercero, ni hacer por medio de comisario o mandatario*”). En el CCC se regulada esta libertad en art. 421-1 (“*La successió testada es regeix per la voluntad del causnat manifestada en el testament atorgat d'acord amb la llei*”), en el art. 421-2 (“*En testament, el causant ordena la seva successió mitjançant la institución d'un o més hereus i pot establir llegats i altres disposicions per a després de la seva mort*”), o en el 431-1.1 (“*En pacte successori, dues o més persones poden convenir la successió per causa de mort de qualsevol d'elles, mitjançant la institución d'un o més hereus i la realització d'atribucions a títol particular*”). Por lo que respecta al CCI, el principio de libertad de testar está prevista, por ejemplo, en el art. 587.1, relativo al *Testamento* (“*Il testamento è un atto revocabile (679 e seguenti) con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse (978, 1920, 2821).*”). También en el BGB en el §2087.1, relativo a la atribución del patrimonio, o

Librería Bosch, Barcelona 1989, p.16, constituye una parte del contenido de todo derecho subjetivo. FLUME, F., *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p.180, conceptualiza la disposición y el poder de disposición. Respecto al primer término establece que la misma supone una modificación de la posición jurídica de su anterior titular del derecho. Por su parte, el poder de disposición es aquel poder que existe respecto de un derecho para transmitirlo modificarlo, gravarlo, etc. a través de un negocio jurídico. Según BADOSA COLL, F., “El poder de disposición en el dret civil català. La constitución i la transmissió negocials dels drets reals”, en *La adquisición y la transmisión de derechos reales*, BADOSA COLL, F./GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.) / GINEBRA MOLINS, E. / NAVAS NAVARRO, S. (coord.), 2010, p. 43, tener poder de disposición supone tener legitimidad para llevar a cabo actos dispositivos eficaces sobre el derecho patrimonial en cuestión sobre el que recaiga ese poder. Identifica dos componentes de este poder: el objetivo y el subjetivo. Sobre el elemento objetivo afirma que es la disponibilidad de ese derecho patrimonial para ser objeto de un negocio jurídico dispositivo. En cambio, el elemento subjetivo hace referencia a la posibilidad de que el autor de ese negocio jurídico tenga esa facultad de disposición que le permite llevar a cabo ese poder. Estamos hablando de la libertad de disposición de un derecho, que en nuestro caso es el de propiedad.

²⁵ RÖTHEL, A., *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán* (traducción de VAQUER ALOY, A.), Bosch, Colección Notariado Hoy, Barcelona 2008, p.25 / VAQUER ALOY, A. “La convergencia espontánea..”, Op. Cit., p. 185. OSAJDA, K., “An overview of fundamental principles of polish succession law in the light of eventual unification of succession law in the European Union”, *International Conference: The Perspectives of Europeanization of Law of Succession*, Riga, 2009, p.43.

una porción de éste o de determinados bienes (“*Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist.*”).

Con estas disposiciones relativas a la libertad de testar se deduce la libertad de testar supone que el causante puede hacer con su patrimonio lo que quiera²⁶ para después de su muerte, con las limitaciones legales previstas.

El principio de libertad de testar constituye una materialización de la libertad de todo individuo, especialmente la de organizar su patrimonio, para después de su muerte, con total libertad. Limitarlo por medio de disposiciones legales, tales como la legítima, supone una privación del contenido de este principio y del poder de disposición del individuo. Queremos estudiar si los legisladores de la UE están apostando, a través de las recientes reformas legislativas, por una ampliación o una limitación de este principio y si dicha tendencia se está llevando a cabo de una forma generalizada pudiendo dar lugar a una armonización espontánea²⁷ del derecho de sucesiones. Este proceso de armonización es espontáneo en el sentido de que, como se ha apuntado en la introducción del presente trabajo, la UE no cuenta con una competencia, ni siquiera compartida, en derecho de sucesiones sin elementos internacionales. Con lo que esta aproximación legislativa será resultado de la voluntad de los EEMM, por medio de decisiones políticas consistentes en la aprobación de reformas de los respectivos códigos civiles o, según el caso, leyes especiales sucesorias.

En tanto de que los individuos disponen de una plena libertad de disposición sobre el derecho de propiedad durante su vida, se puede pensar que no tiene sentido que, por el contrario, se limite la misma por medio de disposiciones legales cuando se trata de la

²⁶ Según VAQUER ALOY, A., (“The Law of Successions”, en BUSSANI, M. y WERRO, F. (Ed.), *European Private Law: A Handbook*, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, 2009, p.557) el principio de libertad de testar supone que el causante pueda decidir el destino de su patrimonio para después de su muerte. También hace uso de la expresión hacer con su patrimonio lo que quiera RÖTHEL, A., *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Op. Cit., p.52.

²⁷ De entre los autores que utilizan la expresión de “armonización espontánea” se encuentran PINTENS, W., “Need an opportunity of convergence...”, Op. Cit./ p.8, CÁMARA LAPUENTE, S., Derecho Privado Europeo, Op. Cit., p.1199 / VAQUER ALOY, A. “La convergencia espontánea..”, Op. Cit., p.185.

libertad de disponer *mortis causa*²⁸. Ahora bien, afirmar con total rotundidad esta idea puede ser cuestionado porque el derecho además de proteger los intereses particulares, tiene una función social y debe respetar el interés público. Se trata de ponderar entre ambos intereses, el particular y el público, teniendo en cuenta que el interés público y la función social de las normas imperativas relativas al derecho sucesorio no son siempre las mismas sino que evolucionan conforme la sociedad va adquiriendo nuevos valores y va exigiendo según el contexto que se le proteja por medio del derecho determinados intereses.

El principio de libertad de testar tiene un importante y positivo impacto en la utilidad económica y social de la sociedad²⁹. Es decir, el disponer de una plena libertad de testar tendrá como consecuencia que se destine el patrimonio del causante al fin que éste considere conveniente, satisfaciendo la última voluntad del causante. Por ejemplo, en la sucesión de las empresas familiares³⁰, disponer de una gran libertad de testar supondrá que la sucesión de este tipo de empresas sea más ordenada y eficiente, facilitando, de esta forma, que se conserven y puedan seguir con su actividad económica y de esta forma se podrán seguir aportando beneficios a la sociedad, tales como puestos de trabajo además de los *outputs* finales que introduce en el mercado esa empresa.

En todo estudio jurídico no se debe dejar de tener en cuenta la realidad socio-económica del momento ya que el derecho se debe adaptar a sus necesidades. El derecho debe evolucionar de acuerdo con la evolución que experimente la sociedad. Por ejemplo, tal y como se prevé en el preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del CCC, relativo a las sucesiones³¹, el objetivo de la revisión del derecho sucesorio, en este caso catalán, es:

“...adecuar el contenido a las transformaciones de la economía, la sociedad y las familias en los últimos decenios y aprovechar la experiencia profesional y jurisdiccional

²⁸ MAGARIÑOS BLANCO, V., “La libertad de testar”, en *RDP*, N. 9-10 (setiembre – octubre 2005), p.15.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Tal y como afirma NAVAS NAVARRO, S. (“Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción (aproximación desde el Derecho de sucesiones catalán)”, en *ADC*, tomo LXVI, 2011, fasc. I, p.43), hoy en día aún no se ha establecido un concepto legal de empresa familiar, no existiendo tampoco un concepto unitario de la misma en la doctrina.

³¹ DOGC núm. 5175, de 17.7.2008

acumulada para modificar o suprimir reglas dudosas, suplir alguna necesidad y facilitar la aplicación extrajudicial.”

Precisamente una importante parte de la doctrina defiende que la sociedad europea está solicitando un cambio legislativo en el derecho de sucesiones consistente en una mejor libertad de testar³². El concepto de familia está cambiando. Como consecuencia de las nuevas relaciones familiares, se está produciendo un distanciamiento entre padres e hijos, los primeros han aumentado su esperanza de vida contribuyendo al mantenimiento de los segundos durante mucho más tiempo. Además, cada vez más, debido a ese aumento de la esperanza de vida, los descendientes del causante heredan de él a mayor de edad, muchas veces cuando sus necesidades de independencia económica ya han sido suplidas. En definitiva, la sociedad está reclamando una mayor protección de la libertad de testar del causante para destinar su patrimonio con unas mayores garantías a los individuos que estime pertinente³³.

2. Los grados de protección en los diferentes ordenamientos de los Estados Miembros

³² MAGARIÑOS BLANCO, V. (“La libertad de testar”, Op. Cit., p.2) afirma que “este sentimiento de rechazo está bastante extendido (...) porque tal limitación ya no cuenta hoy con el soporte tradicional de una familia que se mantenía durante toda la vida de los padres como núcleo de convivencia y de protección recíproca”. También en PINTENS, W., (“Need an opportunity of convergence in European Succession Laws”, Op. Cit., p.17). De acuerdo con BOUCKAERT, B., (“Law and Economics”, CASTELEIN, C./ FOQUE, R. / VERBEKE, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p.95), una mayor libertad supone tres ventajas desde un punto de vista económico: maximiza el valor del caudal relichto, optimiza la gestión de la herencia yacente y supone un estímulo para los herederos de edad más avanzada de poder mantener su nivel adquisitivo junto con las pensiones que les correspondieran. CÁMARA LAPUENTE, S. (“New Developments in Spanish Succession Law”, Op. Cit., p. 28) argumenta que la abolición de instituciones que limitan la libertad de testar como la legítima contribuyen a facilitar el mantenimiento del patrimonio unido y su productividad.

³³ MAGARIÑOS BLANCO, V., (“La libertad de testar”, Op. Cit., p.18-19) argumenta que la sociedad está reclamando esta mayor protección en base a que el valor y significado del patrimonio en relación con la familia ha variado, la relación entre ascendientes y descendientes está sufriendo un distanciamiento físico y afectivo y la legítima ya no cumple la función social que podía limitar la libertad de testar. PEREZ ESCOBAR, M., (“Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro”, en ADC, LX-4, Octubre 2007, p. 1655 y 1657), cuando afirma que el tradicional fundamento de la legítima, que constituye una limitación del principio de libertad de testar, del deber de asistencia de los padres respecto de sus descendientes es hoy en día incoherente. En Alemania, de acuerdo con RAUSCHER, T. (“Recent Developments in German Succession Law”, EJCL, vol. 14.2 (October 2010) p.10), también se está produciendo una pérdida de la aceptación generalizada de que los padres, el cónyuge o conviviente y los descendientes deben tener la expectativa de que recibirán una porción de la herencia del causante.

Ya se ha avanzado que el principio de libertad de testar está vigente en los Estados Miembros de la UE. Ahora bien, como consecuencia de las diferentes realidades jurídicas de los mismos, especialmente, en el derecho de sucesiones, por tratarse de una de las ramas del derecho con más arraigo histórico y tradiciones locales³⁴ y, también, por el hecho de que la UE no tenga competencia legislativa en dicha materia, el principio de libertad de testar no encuentra un regulación homogénea. Se va a estudiar cómo se encuentra regulado y de qué grados de protección goza en dichos ordenamientos jurídicos. En primer lugar, se hará referencia al máximo nivel de protección, éste es el constitucional (2.1.) y, seguidamente, se analizará la protección de dicho principio en algunos Estados mediante la ley ordinaria (2.2.).

2.1. Protección constitucional

El máximo nivel de protección se encuentra en Estados como Alemania, España o Inglaterra, donde el principio goza de la máxima protección: la protección constitucional.

En el derecho alemán, el principio de libertad de testar se encuentra doblemente regulado en el art. 14(1) de la BV y en el BGB. Dada la singularidad de encontrarse previsto en la Constitución, nos centraremos en la misma por tratarse de la norma suprema y la que consecuentemente proporciona más protección. Se puede pensar que por el hecho de que se prevea el principio en la Constitución y que por gozar de la protección máxima por su posición Alemania sea un estado con una plena libertad de testar. Ahora bien, al mismo tiempo que se regula dicho principio en la BV también se prevé el derecho a la *Pflichtteil* (legítima) que constituye, precisamente, una limitación al principio de libertad de testar³⁵.

Además el BVerfGE afirmó en 2005, a través de las sentencias de 19 de abril³⁶ que el principio de libertad de testar se encuentra limitado por el derecho a la legítima y que

³⁴ PINTENS, W., (“Need an opportunity of convergence...”, Op. Cit., p.17), afirma que la convergencia del derecho del derecho de sucesiones no tiene porque suponer una pérdida de la cultura de los Estados, si no una necesidad para alcanzar los beneficios derivados del derecho comparado.

³⁵ Es más, de acuerdo con SCALISE, R., (“Undue Influence and the Law of Wills...”, Op. Cit., p.17) la *Pflichtteil* es la limitación más importante de la libertad de testar.

³⁶ BVerfGE, 19 de abril 2005 – 1 BvR 1644/00 y 1 BvR 188/0, BVerfGE 112, 332, 349.

ésta, al menos para el caso de los descendientes, también goza de protección constitucional, no pudiendo ser eliminada por la ley y es independiente de las necesidades económicas y/o circunstancias personales de esos descendientes³⁷. El BVerfGE argumentó esta protección en base a los principios de solidaridad familiar y de protección a la familia y cierra la puerta a la evolución de la *Pflichtteil* para los descendientes del causante³⁸.

En uno de los casos que nos ocupa, el causante convivía con su hijo que sufría esquizofrenia y en algunas ocasiones había agredido a su madre, motivo por el que ésta había previsto en su testamento que no tenía derecho a la legítima e instituía como heredero a su hermano. Meses más tarde de que la causante hubiese otorgado este testamento murió asesinada por su hijo. El tribunal nacional no lo declaró culpable por haber actuado preso de su psicosis y por este motivo solicitó su derecho a la legítima. Como contrapartida, el heredero universal, su hermano, interpuso una demanda ante el BVerfGE por violación del art. 14 GG³⁹.

En España no se regula expresamente en la Constitución este principio pero se puede derivar de los artículos 10 y 33 de la CE⁴⁰ relativos al libre desarrollo de la personalidad y al derecho de propiedad privada y a la herencia, respectivamente. Si el causante goza de plena libertad de testar, consecuentemente se está desarrollando plenamente su personalidad al poder disponer libremente de su patrimonio para después de su muerte, pudiendo de esa forma destinar *mortis causa* de acuerdo con sus intereses sus bienes a un determinado fin. De acuerdo con el derecho a la propiedad privada se

³⁷ ARROYO AMAYUELAS, E., “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret*, 1/2010, Barcelona, p.6 / PINTENS, W., “Need an opportunity of convergence in European Succession Laws”, Op. Cit, p.17 / RAUSCHER, T., “Recent Developments in German Succession Law”, Op. Cit. / p.6; RÖTHEL, A., *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Op. Cit., p.7 / SCALISE, R., “Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative analysis”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Fall 2008, p.18.

³⁸ PINTENS, W., (“Need an opportunity of convergence in European Succession Laws”, Op. Cit., p.17) / WERNEBURG, M., (“The Fundamental Principles of the German Law of Succession”, *International Conference: The Perspectives of Europeanization of Law of Succession*, Riga, 2009, p.39).

³⁹ PINTENS, W./SEYNS, S., “Comparative Law – Germany” en CASTELEIN, C./ FOQUÉ, R./ VERBEKE, A. (eds), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford –Portland 2009, p.172)

⁴⁰ BOE, nº. 311.1, de 29 de diciembre de 1978

debería conceder libertad, al igual que para las disposiciones *inter vivos*, para disponer *mortis causa*⁴¹. Ahora bien, se debe tener en cuenta que en el segundo apartado del mismo se establece que el contenido dicho derecho será limitado por la función social. En consecuencia, se debe analizar si la función social justifica la limitación del principio de libertad de testar como materialización del derecho a la propiedad privada.

No le corresponde la calificación de derecho fundamental puesto que no forma parte de los preceptos relativos a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no tiene las garantías derivadas del artículo 14 CE propias de este tipo de derechos⁴². Ahora bien, como consecuencia de la pluralidad de ordenamientos jurídicos vigentes en España, el principio dispone de una diferente regulación según el derecho aplicable que corresponda, en cada caso, por lo que el contenido de la libertad de testar puede variar según la legislación aplicable al causante.

Aún no proveyéndose expresamente en la Constitución de Inglaterra, debemos hacer referencia a este Estado por tratarse del que prevé una libertad de testar más amplia. El derecho sucesorio inglés, regido por el *common law*⁴³, se basa en el principio de libertad de testar⁴⁴. A diferencia de los sistemas civiles no se reserva una porción del caudal hereditario para determinados sujetos con una especial relación con el causante, estableciéndose sólo la posibilidad de reclamar en unos supuestos concretos una determinada porción, esta es la *potential claim*. Se hará especial referencia a esta institución, como sistema opuesto al de la legítima, en el apartado III del capítulo 2 relativo a la posición del cónyuge y conviviente supérstite en el marco de la libertad de testar.

⁴¹ Según MAGARIÑOS BLANCO, V. (“La libertad de testar”, Op. Cit., p.15), uno de los argumentos a favor de la libertad de testar es la falta de sentido, en tanto que la libertad del derecho de propiedad no se encuentra limitado en vida del individuo, de limita el derecho de propiedad para disponer *mortis causa*.

⁴² Así lo afirmaba VAQUER ALOY, A., “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” en *InDret* 3/2007, p.12.

⁴³ Nótese que cuando hacemos referencia al *Common Law*, estamos hablando del derecho de Inglaterra y de Gales, quedando al margen, por disponer de otro ordenamiento jurídico Irlanda y Escocia.

⁴⁴ Son numerosos los autores que destacan este principio: MATTHEWS, P. (“Comparative Law – United Kingdom” en CASTELEIN, C./ FOQUE, R. /VERBEKE, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p. 151), KERRIGE, R. (“Freedom of Testation...”, p.141), HIRAM, H., “New Developments in UK Succession Law”, en *EJCL*, vol. 10.3 (December 2006), p.9) y WERNEBURG, M. (“The Fundamental Principles of the German Law of Succession”, Op. Cit., p. 37).

2.2. Protección mediante ley ordinaria

El otro gran nivel de protección es el de la ley. Esta protección proviene del hecho de que la libertad de testar en sus orígenes se configuraba como un principio general del derecho, que, a lo largo de los años se ha ido codificando o regulando expresamente por medio de la ley.

En este apartado se comentará cómo se regula este principio en los respectivos ordenamientos jurídicos de algunos de los EEMM: Francia, Italia, Países Bajos, Hungría y Polonia.

Es especialmente relevante el caso de Francia porque la reforma del CCF⁴⁵, en 2006, suponía, entre otros, una mayor libertad de testar del causante⁴⁶. Un ejemplo de ese mayor nivel de libertad de testar es cuando el legislador elimina a los ascendientes como sujetos susceptibles de cobrar la legítima en el caso de que el causante haya dejado descendencia y/o cónyuge o pareja de hecho⁴⁷, flexibilizando la misma y, en consecuencia, también el principio de libertad de testar. Esta reforma se puede encontrar prevista en el artículo 12 de la *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*, concretamente se deroga el antiguo artículo 914 CCF:

Art. 914 CCF :“Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs descendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne. Les biens ainsi réservés au profit des descendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder: ils

⁴⁵ JO n°303 du 31 décembre 2006.

⁴⁶ De acuerdo con VAN ERP, S., (“New Developments in Succession Law”) en *EJCL*, vol. 11.3 (December 2007), p.6, uno de los principales objetivos de la reciente reforma del CCF es, precisamente, el proporcionar un mayor grado de libertad de testar al causante. Por su parte, FERRAND, F.,(“Comparative Law – France” en CASTELEIN, C., FOQUE, R. y VERBEKE, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p.195), afirma que dicha reforma supone una atribución de una mayor libertad de testar. También SAGAUT, J-F., “Présentation de la loi réformant le droit français des libéralités et des successions”, en *EJCL*, vol. 14.2, (October 2010), p.3, afirma que la reforma del CCF está inspirada en tres objetivos: ofrecer un mayor grado de libertad al causante para organizar su sucesión, facilitar la gestión de la herencia yacente y simplificar y acelerar la sucesión. Según DELFOSSE, A./PENIGUEL, J-F., (*La réforme des successions et des libéralités*, Lexis Nexis, París 2006, p.) la supresión de la legítima a los ascendientes constituye un reforzamiento de la libertad de testar.

⁴⁷ RONALD, J. y SCALISE, J., “Undue influence and the law of wills: a comparative analysis”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, Fall 2008, p. 17.

auront seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.”

Los argumentos en los que se basó el legislador francés para justificar esta abolición son el hecho de que la sociedad francesa no ofrece el mismo apoyo a los ascendientes que a los descendientes del causante para ser beneficiarios de una legítima, la legítima para los ascendientes constituye un obstáculo al dinamismo económico de la transmisión de los patrimonios entre generaciones y, también, el otorgamiento de este derecho a los ascendientes provoca en muchos casos un clima tenso entre el cónyuge o pareja sobreviviente y los ascendientes del causante⁴⁸.

En el ordenamiento jurídico de los Países Bajos, en el que también se regula el principio de la libertad de testar⁴⁹, se llevó a cabo una reforma del libro 4º del BW en 2003⁵⁰. Esta reforma supuso una limitación de esta libertad por medio de la aprobación de una serie de normas imperativas, estas son el art. 4:10 BW relativo a la legítima o el 4:28 BW relativo al derecho de usufructo del cónyuge supérstite. Dichas normas se basan en la protección de la familia, especialmente del cónyuge o conviviente supérstite⁵¹, que, como consecuencia de los valores de esta sociedad, tienen una gran relevancia e importancia. Este es el Estado donde el cónyuge o conviviente goza de un mayor grado de protección⁵², lo que va en detrimento de los derechos de los descendientes y, consecuentemente, el causante tiene un menor grado de libertad de testar⁵³.

⁴⁸ DELFOSSE, A./PENIGUEL, J-F., *La réforme des successions et des libéralités*, Lexis Nexis, París 2006, p.). También FERRAND, F., (“Comparative Law – France”, Op. Cit., p.195) que afirma que esta reforma es lógica con la realidad social y supone una ampliación de los derechos sucesorios del cónyuge o pareja de hecho superviviente

⁴⁹ MILO, J.M., “Acquisition of Property by Succession in Dutch Law”, en ANDERSON, M./ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p. 205.

⁵⁰ Ley de reforma del Libro 4º del BW, relativo al derecho de sucesiones. Kamerstukken nos 27245, de 1 de enero de 2003 <http://wetten.overheid.nl/>

⁵¹ Vid. al respecto REINHARTZ, B.E., “Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?”, en *EJCL*, vol. 11.3 (December 2007), p.4 y en VAN ERP, S., “The new Dutch Law... p. 199.

⁵² Algunos autores afirman esta tesis con la expresión “the spouse takes all”: VAN ERP, S., ”The new Dutch Law of Succession” Op. Cit., p.206 / WERNEBURG, M., “The Fundamental Principles of the German Law of Succession” Op. Cit., p.38.

⁵³ En este momento no nos detendremos a analizar estos derechos a favor del cónyuge o pareja de hecho porque los abordaremos con especial atención en la parte II relativa a la posición del supérstite en el marco de la libertad de testar.

Italia es otro de los Estados en los que el principio de libertad se encuentra regulado en el *Codice Civile Italiano, en el Libro Secondo, delle Successioni*. Algunos de los preceptos a través de los cuales podemos encontrar protegida la libertad de testar son art.587 CCI, relativo al *Testamento* o el art.558 CCI relativo a *Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare*. Este es también uno de los Estados en los que la libertad de testar está más limitada. Esto es así porque el sistema de legítimas italiano es uno de los más conservadores y aún cuando se ha presentado alguna propuesta por parte de la doctrina italiana de limitación de ésta, no ha prosperado. Además, el derecho sucesorio italiano no permite la desheredación y dispone de un régimen muy limitado de sucesión contractual (art. 458 y siguientes CCI).

Otros Estados que debemos tener en cuenta son el de los de la Europa del Este. Este es el grupo de Estados que se ha adherido a la UE en los últimos años⁵⁴ y que comparten en su historia contemporánea la instauración del comunismo por parte de sus gobiernos prosoviéticos. Durante estos años, el derecho de sucesiones tuvo un papel poco relevante. No ha sido hasta los años 90 que, con la caída del comunismo y con la devolución de las propiedades a los individuos, el derecho de sucesiones ha vuelto a adquirir la importancia que lo caracteriza y que está presente en los otros EEMM. Estos Estados también se caracterizan por regular el principio de libertad de testar mediante leyes ordinarias, estas son los respectivos códigos civiles y por estar fuertemente influenciados por el sistema civil germánico⁵⁵.

En Hungría, donde sigue vigente el Código Civil de 1959, el principio de libertad de testar también es un elemento básico de su ordenamiento⁵⁶. La constitución sólo prevé en su sección 8 §2 el derecho a suceder como derecho constitucional, careciendo de la

⁵⁴ Polonia, República Checa, Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, la República Eslovaca y Eslovenia firmaron su Tratado de adhesión el 16 de abril de 2003 en Atenas (DOUE n° L 236 de 23 septiembre 2003) y, tras los respectivos procedimientos de ratificación, se adhirieron oficialmente a la UE el 1 de mayo de 2004. Por otro lado el 1 de enero de 2007 se adhieren Bulgaria y Rumanía por medio del Tratado adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea firmado en Luxemburgo el 25 de abril de 2005 (DOUE n° L 157 de 21 junio 2005).

⁵⁵ ZALUCKI, Mariusz, “Inheritance Law in the Republic of Poland and Other Former Eastern Bloc countries: Recodification of the Circle of Statutory Heirs”, en *EJCL*, vol. 11.3 (December 2007), p.1.

⁵⁶ CSEHI, Zoltan, “The Law of Succession in Hungary”, en ANDERSON, M./ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.170.

protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, no debemos confundir el derecho a la herencia que se deriva en última instancia del derecho de propiedad, con el derecho a testar. La sucesión será testada o intestada, según el caso, y con la constitución sólo se está protegiendo constitucionalmente el derecho a suceder una herencia.

Otro ejemplo es el de Polonia donde el respectivo Código Civil se adoptó en 1964. Recientes propuestas de modificación del mismo se han estado gestando en el Libro Verde del Código Civil Polaco de 2006, una de ellas consistente, precisamente, en otorgar un mayor grado de libertad al causante para disponer *mortis causa* de sus propiedades⁵⁷. Finalmente el 2 de abril de 2009 se aprobó por parte del Parlamento el texto y entró en vigor el 28 de junio de 2009, incluyendo, entre otras reformas, el otorgamiento de una mayor libertad de testar al individuo.

II. La flexibilización de las formalidades testamentarias

Una vez presentado el principio de libertad de testar se analizará cómo se puede regular en los ordenamientos jurídicos esta libertad de modo que pueda otorgue una mayor protección.

En primer lugar, se aportará el concepto de testamento (1.) a modo de introducción. El análisis se centrará en este negocio jurídico *mortis causa* por tratarse del negocio que mejor materializa la libertad de testar del testador. Se procederá explicando las solemnidades de este negocio jurídico (2.) y, finalmente, en la flexibilización de las formalidades testamentarias como técnica legislativa a favor de la protección del principio de libertad de testar (3.) y del principio del *favor testamenti*.

1. El testamento como expresión de la libertad de ordenar la sucesión *mortis causa*

Se puede definir al testamento como aquel negocio jurídico de última voluntad, en virtud del cual una persona ordena el destino de su patrimonio y relaciones jurídicas

⁵⁷ ZALUCKI, Mariusz, “Inheritance Law....”, Op. Cit., p.5.

para después de su muerte⁵⁸. El testamento es un negocio jurídico *mortis causa* formal (art. 687 CCE, art. 606 CCI, art. 422-1.1 CCC, §2231 BGB, art. 4:44 BW), unilateral (art. 669 CCE, art. 591 CCI, art. 967 CCF, art. 421-2 CCC, art. 4:42 BW), personalísimo (art. 670 y 671 CCE, art. 631 y 632 CCI, art. 968 CCF, art. 421-1 y 421-2 CCC, art. 1789 CCG, §2064-2065 BGB, art. 3:33 BW) y esencialmente revocable⁵⁹ (art. 737 CCE, art. 587.1 CCI, art. 895 CCF, art. 422-8.1 CCC, art. 2311 CCP, §2253 BGB, §716 BGBA, art. 3:33 BW).

El testamento es el negocio jurídico, junto con el codicilo (art. 421-20 CCC, art. 4:97 BW)⁶⁰ y las memorias testamentarias (art. 421-21CCC)⁶¹, a través del cual se satisface, de una forma más efectiva, la libertad de testar del causante⁶². Se debe tener en cuenta que los codicilos y las memorias testamentarias son negocios jurídicos que son más admitidos en los sistemas germanistas y anglosajones que en los romanistas⁶³. En tanto que a través de estos negocios jurídicos se satisface la libertad de testar, una de las

⁵⁸ DIEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10^a Edición, Tecnos, Madrid 2006, p.322 y ss. / MILO, J.M., “Acquisition of Property by Succession in Dutch Law”, Op. Cit., p.218 / ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, en *ADC*, N° LIX-3, Julio 2006, p.1253.

⁵⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. *Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., p.1227 / VAQUER ALOY, A., “The Law of Successions.” Op. Cit., p.558. En el CCE en POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona 2009, p. 59 – 62. Para el caso de las normas relativas al testamento en los Países Bajos, MILO, J.M., “Acquisition of Property by Succession in Dutch Law”, Op. Cit., p.218. Para Italia, FUSARO, A., (“Freedom in Italy”, en ANDERSON, M. y ARROYO AMAYUEAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p. 193).

⁶⁰ El codicilo es también un negocio jurídico *mortis causa* de última voluntad mediante el cual se pueden otorgar disposiciones a título particular. Mediante el codicilo se puede disponer sobre los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adicionar algún elemento al testamento, reformar parcialmente un testamento y, ante la falta de un testamento, dictar disposiciones sucesorias a cargo de los herederos *ab intestato*. Esta institución se debe otorgar con las mismas solemnidades externas que los testamentos. Tal y como afirma (MARSAL i GUILLAMET, J., *El testament*, Estudis de dret privat català, Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia, Barcelona 2000, p.77), podemos diferenciar el codicilo del testamento en el hecho de que el primero tiene un carácter accesorio respecto del segundo que goza de plena autonomía.

⁶¹ Por su parte, las memorias testamentarias son un negocio jurídico *mortis causa* que se caracterizan principalmente por disponer de un contenido limitado, este es que sólo se puede disponer sobre el funeral del causante, de sus órganos y/o tejidos, de sus objetos personales (ej. joyas) y relativas a dinero, siempre que este no exceda del 10% del caudal hereditario. A diferencia de los codicilos, no se pueden ordenar legados por medio de dicha institución jurídica. (MARSAL i GUILLAMET, J., *El testament*, Op. Cit., p.77).

⁶² Véase dicha tesis en VAQUER ALOY, A., “La convergencia espontánea...” Op. Cit., p.187.

⁶³ CÁMARA LAPUENTE, S. *Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., p.1227)

formas de proteger este principio es a través de la modificación las normas relativas a los testamentos, por ser estos los instrumentos jurídicos a través de los que se expresa la última voluntad del causante y con ellos su libertad de testar. El testamento es, también, un negocio jurídico solemne, es decir, para que sea válido se requiere una forma concreta *ab solemnitatem* (art. 687 CCE, art. 606 CCI, art. 422-1.1 CCC o art. 4:44 BW).

El estudio se centrará las solemnidades de los testamentos porque por medio de una flexibilización de las mismas se puede conseguir dar una mayor protección al principio de libertad de testar.

2. Forma y formalidades en el testamento

La forma puede convertirse en uno de los elementos esenciales del negocio jurídico cuando la ley exige la misma como elemento de validez de estos. Ciertamente, el testamento, presente en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de la UE, es un negocio jurídico *mortis causa* que requiere para su validez que la voluntad del causante se haya expresado con las solemnidades que establece la ley para cada tipo de testamento. El porqué de la exigencia de unas determinadas solemnidades se encuentra en el hecho de que nos encontramos ante la última declaración de voluntad del individuo sobre el destino de su patrimonio con lo que, a efectos de seguridad jurídica, se requiere que la misma sea veraz, reflexionada, libre de la captación de terceros⁶⁴. La consecuencia que se deriva de la falta de respeto a los requisitos de forma de los testamentos es la configuración de ese testamento como atípico y la nulidad del mismo por defecto de forma y la apertura del orden sucesorio intestado.

Las formalidades requeridas varían según el tipo de testamento y del ordenamiento jurídico del que se trate. Primero, se apuntaran algunas de las formalidades requeridas para los testamentos en un sentido general y, luego, se procederá a analizar las del testamento notarial abierto, el testamento ológrafo y el testamento cerrado.

⁶⁴ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...* Op. Cit., p.329.

Con carácter general se requieren como formalidades de todo tipo de testamento la firma del testador conforme esa es su última voluntad, la fecha y lugar de otorgamiento del mismo y que se exprese en el idioma oficial del Estado⁶⁵. En España, por ejemplo, de acuerdo con el art. 684 CCE, si el testamento no se otorga en la lengua oficial se requerirá un intérprete⁶⁶.

Respecto del testamento notarial abierto⁶⁷, tipología propia de los sistemas romanos y germanos pero no vigente en el *common law*, se establece como formalidades el otorgamiento ante notario⁶⁸ y en, determinados ordenamientos jurídicos, ante testigos. Es obligatoria la presencia de dos testigos en Francia (art. 971 CCF), en Bélgica (art. 971 CCB) y en Italia (art. 606 CCI). En Grecia se exigen tres testigos (art. 1724 CCG). En España sólo será obligatorio el otorgamiento ante testigos del testamento cuando el testador declare que no puede o que no sabe firmar el testamento y/o cuando sea ciego o no sepa leer por sí mismo este negocio jurídico (art. 697 CCE). Por su parte, en Alemania su presencia es excusable (§ 2237 BGB)⁶⁹. Ahora bien, tanto en Alemania como en Austria, se permite que el testador otorgue el testamento ante el juez (§ 2231 BGB y § 584 BGBA).

Sobre el testamento ológrafo⁷⁰, presente en todos los ordenamientos jurídicos de la UE, se exige que sea manuscrito y firmado⁷¹ por el causante. En Italia, de acuerdo con el art.

⁶⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., *Derecho Privado Europeo*, Op.Cit., p.1227

⁶⁶ De acuerdo con MARTOS CALABRUS, M^a.A. (*Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Comares, Granada 2000, p.46), se requerirá de un intérprete cuando el notario desconozca la lengua en la que el testador presta su declaración de voluntad.

⁶⁷ El testamento notarial abierto es aquél que se otorga ante notario de palabra o por escrito y en el que este último lo redacta respetando la declaración de voluntad del testador. Para un estudio exhaustivo del mismo puede consultarse la obra de MARTOS CALABRUS, M^a.A. (*Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Op. Cit. P.,219) que hace un detallado análisis de las solemnidades de esta forma de testamento, del juicio de la capacidad del testador y de la nulidad por falta de formalidad, entre otros.

⁶⁸ En España, por ejemplo, desde la reforma del CCE por medio la de Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamento (BOE núm. 19 de 22/01/1991), la única formalidad que se exige es la de otorgación ante notario, suprimiéndose la obligatoriedad de contar con la presencia de testigos. Esta reforma, tal y como afirma MARTOS CALABRUS, M^a.A. (*Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Op. Cit., p.219), se justifica en el hecho de que la presencia de un notario es suficiente para probar que esa declaración de voluntad es la del causante.

⁶⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., *Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., p. 1227.

⁷⁰ El testamento ológrafo es el testamento que se escribe con puño y letra por parte del testador y en que no participa ninguna autoridad pública, permaneciendo el contenido del mismo secreto.

602 CCI, este tipo de testamento debe ser escrito a mano y firmado por el testador. En cambio, en algunos ordenamientos jurídicos se requiere la presencia de testigos, esto es en Irlanda, Países Bajos (4:95 BW)⁷² e Inglaterra (sección 9 del Wills Act 1837)⁷³.

Respecto de la exigencia de que conste la fecha y el lugar de escritura del mismo también hay diferencias entre los ordenamientos jurídicos. Algunos en los que se exigen tales formalidades son España (art. 688 CCE), Francia (art. 960 CCF), Grecia (art. 1721 y 1723 CCG) y Cataluña (art. 421-17.2 CCC). Por otro lado, en Alemania (§§ 2125 y 2247 BGB) y Austria (§ 578 BGBA) el lugar y la fecha son formalidades prescindibles. Ahora bien, la exigencia de que haya sido manuscrito en su totalidad por el testador, es un requisito común de todos los EEMM.

Por último, el testamento cerrado⁷⁴ es un tipo que no se encuentra presente en todos los EEMM. Esta forma se prevé en los ordenamientos jurídicos de España, Francia, Italia, Portugal, Grecia, Luxemburgo y Países Bajos. En España se permite que sea escrito por cualquier medio, ya sea manuscrito o mecanografiado y que esté firmado por parte del causante en todas las páginas del mismo (art. 706 CCE). En Italia, si es escrito por un individuo diferente al causante este último deberá firmar todas las páginas del testamento y entregarlo al notario ante la presencia de dos testigos (art. 604 CCI). La norma de Grecia se asemeja a la Italiana porque en Grecia se exigen las mismas formalidades que en Italia, con el añadido de que otorgue ante tres testigos (art. 1738 CCG).

Una vez analizadas las formalidades de los testamentos desde un punto de vista general y por tipología en los diferentes EEMM, se puede estudiar como éstos, a través de las

⁷¹ El caso más flexible es el de Inglaterra donde se permite al testador firma con un pseudónimo o marca, por ejemplo una huella dactilar (ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, Op. Cit., p. 1258).

⁷² MILO, J.M., “Acquisition of Property by Succession in Dutch Law”, Op. Cit., p.220

⁷³ En Inglaterra dicho testamento es conocido como el *homemade will*, se puede escribir a través de cualquier medio pero es frecuente el uso de formularios (ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, Op. Cit., p. 1256).

⁷⁴ El testamento cerrado se caracteriza por el hecho de que, aun interviniendo en el mismo un fedatario público, el contenido del mismo permanece en secreto porque no se entrega con un sobre cerrado. La función del fedatario es la de protocolizarlo. (CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.” Op. Cit., p.1228).

correspondientes reformas legislativas, están apostando por una flexibilización de los requisitos que hemos estudiado con el objeto de proteger la voluntad del causante, esto es su libertad de testar, reduciéndose los supuestos de nulidad de los testamentos para evitar que se abra la sucesión intestada.

3. La flexibilización de los requisitos de forma y de las formalidades con el objeto de reducir los casos de nulidad de los testamentos

No se debe confundir los requisitos de forma con los formalismos. La forma es un elemento esencial del testamento en el sentido de que el testamento sólo se puede materializar en una de las formas previstas en los ordenamientos (testamento notarial abierto, testamento notarial cerrado, testamento ológrafo o testamento secreto), no pudiéndose otorgar un testamento atípico. Las formalidades derivan del carácter solemne de este negocio jurídico y son aquellos requisitos que exige la ley, para cada forma de testamento, que se cumplan en el otorgamiento del testamento⁷⁵ (constancia del lugar de otorgamiento, la fecha, la firma del causante, etc.).

Tanto ante el incumplimiento del elemento de la forma de los testamentos, esto es por medio del otorgamiento de un testamento con una forma atípica, como ante el incumplimiento de una formalidad, dicho negocio deviene, por regla general, nulo (art. 687, 705 y 715 CCE)⁷⁶. Esto es así por el hecho de que la forma y las formalidades son en los testamentos un elemento *ad solemnitatem* con lo que los tipos son tasados por la ley no habiendo, en consecuencia, libertad de forma. Esta es la regla general en el sentido de que no siempre se derivará la nulidad del negocio jurídico ante el incumplimiento de alguna de las formalidades.

⁷⁵ MARSAL, J., (*El testamento*, Op. Cit., p.211 y 283) habla de las formalidades del otorgamiento como los actos necesarios para que exista la declaración de voluntad testamentaria. MARTOS CALABRUS, M.^a.A. (*Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Op. Cit., p.3) define a las formas como los vehículos para expresa la declaración de voluntad y a las formalidades como las que proporcionan certidumbre a esa declaración de voluntad.

⁷⁶ Una de las causas de nulidad previstas en los ordenamientos de los Estados de los testamentos es la existencia de defectos en las formalidades y en la falta de forma. Según MESTRE RODRIGUEZ, M.^a, (*La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil*, Colección Estudios de Derecho, Murcia, 2003, p.160) la nulidad del testamento es consecuencia de la falta de uno de los elementos esenciales, en nuestro caso de la forma, y, por tanto, no hay negocio jurídico. También lo afirma MARTOS CALABRUS, M.^a.A. (*Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Op. Cit., p.258), cuando dice que ante estos defectos formales se puede hablar de inexistencia de testamento. Por su parte, de acuerdo con MILO, J.M. (“*Acquisition of Property by Succession in Dutch Law*”, Op. Cit., p.220), en el derecho holandés el no respeto de alguna de las formalidades de los testamentos requeridas no necesariamente supondrá la nulidad del mismo.

Consecuencia de la nulidad del testamento es la apertura del orden sucesorio intestado⁷⁷ por lo que la última voluntad de testador materializada en un testamento nulo no podrá ser cumplida. La falta de respeto de la última voluntad del testador supone un no respeto del principio de libertad de testar que, supone que el causante puede hacer con su patrimonio *lo que quiera*⁷⁸. Por lo tanto, si los legisladores de la UE son más flexibles con los requisitos de forma de los testamentos, se evitará que los mismos devengan ineficaces por defectos de forma y, en consecuencia, que no devengan nulos y que no se produzca la apertura del orden sucesorio intestado. Si se salva la necesidad de abrir la sucesión intestada, supondrá que al declaración *mortis causa* es eficaz y, con ello, que se ha respetado la libertad de testar, ordenándose la sucesión por el orden sucesorio testado o contractual.

A continuación se presentan algunas de las recientes modificaciones legislativas en el derecho de sucesiones que han llevado a cabo los EEMM que han tenido como objetivo, precisamente, una flexibilización de los requisitos de forma con el objeto anteriormente razonado.

En Cataluña, el legislador ha previsto en el CCC, que ante la falta del lugar y/o fecha del otorgamiento del testamento ológrafo, si estos elementos formales se pueden deducir por otros medios, tales como, por ejemplo, la impresión en el documento del logo del hospital, se consideraran como requisitos no esenciales. Esta norma se encuentra regulada en el art. 422-1.2 CCC y es resultado de la jurisprudencia del TSJC. Este es un supuesto en el que el legislador se ha valido de la jurisprudencia a la hora de modificar sus leyes.

⁷⁷ Se hará una comparación de los órdenes sucesorios legales de los EEMM en la parte II, título 1, apartado 2., relativo a la posición en el orden sucesorio intestado.

⁷⁸ KERRIGE, R. (“Freedom of Testation in England and Wales”, en ANDERSON, M. y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.) *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.141), define el principio de libertad de testar como la posibilidad del causante de discriminar destinando *mortis causa* su patrimonio a quien quiera. También RÖTHEL, A., (*El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Op.Cit., p.52) establece que el causante puede hacer lo que quiera con su patrimonio para después de su muerte. Por su parte, VAQUER ALOY, A., (“The Law of Successions”, en BUSSANI, M. y WERRO, F. (Ed.), *European Private Law: A Handbook*, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, 2009, p.557) afirma que el principio de libertad de testar supone que el testador decida libremente el destino de su patrimonio. Por su parte, RÖTHEL, A., (*El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Op.Cit., p.52) establece que el causante puede hacer lo que quiera con su patrimonio para después de su muerte.

La sentencia que ha tenido de base el legislador catalán para introducir, en el CCC, esta norma es la STSJC 10/1998, de 23 de abril. Los hechos de este caso se pueden resumir en que el señor Luis M. murió en agosto de 1992 en el Hospital de Barcelona dejando como testamento dos documentos manuscritos en los que declaraba su última voluntad pero en estos documentos no se había hecho constar el lugar de otorgamiento. Aún y así, en el papel utilizado estaba impreso el logo “SCIAS- Hospital de Barcelona”. El Tribunal acabó fallando que estos documentos reunían las formalidades de los testamentos ológrafos en tanto que, aún no habiéndose escrito el lugar de otorgamiento, el mismo se acreditaba que era Barcelona por medio del logo del papel y de las pruebas aportadas de que se encontraba ingresado en ese lugar en esas fechas:

“... en el cas del recurs es donen unes proves convinents de que la disposició testamentaria es va atorgar a la ciutat de Barcelona. Ho accredita (...) la indicació impresa que apareix al paper “SCIAS- Hospital de Barcelona” (...) i també el fet de que el testador es trobava ingressat en la data de l’atorgament del testament en aquest hospital i que el cap de pocs dies va morir sense haver-ne sortit. (...) Hem de concloure que ens trobem aquí en un cas d’incompliment d’una simple formalitat, que a més a més s’ha superat de forma satisfactòria de manera indirecta” (Fundamento de derecho 7º).

Con la aprobación de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del CCC⁷⁹, relativo a las sucesiones, el legislador ha introducido esta jurisprudencia en la legislación a través del artículo 422-1.2 CCC⁸⁰, relativo a la nulidad de los testamentos:

“La falta de indicación o la indicación errónea del lugar o la fecha de otorgamiento del testamento que puedan afectar a su validez se salvan si pueden acreditarse de alguna otra forma. La falta de indicación de la hora no anula el testamento si el testador no ha otorgado ningún otro el mismo día.”

Con esta norma se protege más ampliamente la última voluntad del causante porque, como en el caso presentado, con esta reforma se evita que, en los casos en los que no habiéndose escrito expresamente el lugar y la fecha de otorgamiento de ese testamento, se declare el testamento nulo por defecto de forma y no se abra la sucesión intestada.

⁷⁹ DOGC nº5175, del 17 de julio de 2008

⁸⁰ En ANDERSON, M., (“Article 422-1”, a EGEA FERNANDEZ, J./FERRER RIBAM, J. (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, 2009, p. 262-264) se afirma que tales elementos, aunque no determinen la nulidad del negocio jurídico, son relevantes a efectos de, para la fecha, de determinar, la capacidad de testar del causante o la preterición y, respecto del lugar, para determinar la ley aplicable, si se trata de una sucesión internacional.

Por su parte, el legislador alemán, también ha flexibilizado los requisitos de forma de los testamentos notariales para los casos en los que el causante no puede escribir ni hablar. En estos supuestos, tal y como establecen los §§ 2232 y 2233 BGB, al causante que reúna dichas carencias, se le permite que otorgue un testamento en cualquier forma aceptable, siempre que se pueda demostrar ante un notario de una forma clara y segura que lo transcrita en el testamento es su última voluntad⁸¹. De acuerdo con el § 2232 BGB no se requiere que la declaración de última voluntad sea otorgada de forma verbal sino que se permite, al individuo que no puede hablar que declare sus intenciones por cualquier otro medio, incluso por medio de una declaración de un tercero. Por su parte, en el § 2233 BGB se exigía, antes de la reforma, que para el testador que no pudiese hablar que expresara su declaración de voluntad de forma escrita. Actualmente esta formalidad se ha suprimido.

Con estas medidas se consigue que se dé un mayor peso y importancia a la declaración de voluntad del testador que a los requisitos formales que establece la ley⁸². La flexibilización de estos requisitos supone que el testamento no devenga nulo por defecto de forma y con ello se evita que la sucesión abierta sea la intestada con lo que la sucesión se ordena por la vía testamentaria. No se trata de no dar relevancia a estos requisitos esenciales para la seguridad del tráfico jurídico sino que, en los casos que se han presentado, ante la falta de estas formalidades el negocio jurídico *mortis causa* siga siendo eficaz. Son supuestos en los que se ha otorgado un testamento que expresa una determinada declaración de voluntad con lo que el dar por válido el negocio jurídico que adolece de algunos defectos formales supone el respeto de esa declaración de voluntad, protegiéndose su la libertad de testar.

III. La interpretación de los testamentos. *Favor testamenti*

El tercer apartado de esta parte versa sobre la interpretación de los testamentos. Es importante esta técnica porque, en determinados casos, cuando la voluntad del causante no es suficientemente clara será clave la interpretación de lo expresado en el testamento

⁸¹ VAN ERP, S., “New Developments in Successions Laws”, Op. Cit., p.13 / RAUSCHER, T., *Recent Developments in German Succession Law*, Op. Cit., p.2.

⁸² VAN ERP, S., “New Developments in Succession Laws” Op. Cit., p.13.

para respetar la voluntad del causante y, con ello, su libertad de testar. Primero se conceptualizará al principio de *favor testamenti* (1.). Se seguirá con el uso de la prueba extrínseca como un posible medio interpretativo (2.). Finalmente se analizará el criterio interpretativo introducido por el TEDH (3.) que constituye un mecanismo más de armonización del derecho sucesorio europeo.

La interpretación de cualquier negocio jurídico es una técnica jurídica que consiste en, ante la falta de un claro conocimiento del contenido de ese negocio, la indagación de la verdadera voluntad⁸³. En otras palabras, es la captación del sentido de una norma o institución jurídica. De acuerdo con el §133 BGB cuando se interprete una declaración de voluntad “ha de investigarse la voluntad real y no atender al sentido literal de la expresión”.

1. El principio del *favor testamenti*

El principio *favor testamenti* es esencial porque por medio de este se puede proteger, en el marco de la interpretación, el principio de libertad de testar⁸⁴. Este principio jurídico, presente en todos los ordenamientos jurídicos de los EEMM⁸⁵, supone que, a la hora de interpretar, la técnica interpretativa se deberá llevar a cabo, cumpliendo con los requisitos legales, en el sentido más favorable para que produzca efectos, es decir, de la forma que suponga la eficacia de la voluntad del testador. Se está estudiando cómo proteger la libertad de testar y el principio *favor testamenti* es otro medio, en el marco de la interpretación, que tiene por objeto proteger esta libertad al exigir que la interpretación de la disposición testamentaria se lleve a cabo de la forma que salve la voluntad del causante y evitar la apertura de la sucesión *ab intestato*.

En el derecho sucesorio alemán está regulado este principio en el § 2084 del BGB,

⁸³ REGLERO CAMPOS, L.F. (“Sentencia del Tribunal Supremo de, 29 de diciembre de 1997. Interpretación del testamento”, *Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil*, nº 47 abril/agosto 1998, Civitas, Madrid) diferencia entre la interpretación del contrato y del testamento y afirma que esta última debe tener como objetivo “*la averiguación de los verdaderamente querido por quien emitió la declaración de voluntad*”.

⁸⁴ Tal y como afirma OSAJDA, K., (“An overview of fundamental principles of polish succession law in the light of eventual unification of succession law in the European Union”, Op. Cit., p.45), el principio de libertad de testar se protege por medio de otros principios de los cuales uno de ellos es el principio *favor testamenti*.

relativo a la interpretación que favorezca la efectividad del negocio jurídico *mortis causa* (*Auslegung zugunsten der Wirksamkeit*):

“Lässt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.” (Si el contenido de un testamento puede tener diferentes interpretaciones, la interpretación que debe ser preferentemente utilizada debe ser aquella que sea exitosa.)

En el *common law* de Inglaterra también rige este principio, concretamente el *case law*, lo configura como un principio necesario para evitar la apertura de la sucesión intestada y dar eficacia a la voluntad del testador plasmada en la disposición testamentaria⁸⁶.

Ante el caso de que la declaración de voluntad del causante no haya quedado lo suficientemente clara y se requiera interpretarla para conocer la verdadera voluntad del causante, la técnica interpretativa debe tener por objeto proteger la libertad del causante que se ha plasmado en esa declaración con lo que se debe interpretar en aquél sentido que tenga como consecuencia la producción de los efectos deseados por el causante en esa sucesión. Por ejemplo, la STS 902/2006, de 29 de setiembre, declara que la intención del testador es el elemento más relevante en la interpretación de las disposiciones testamentarias y se debe atender a las circunstancias jurídicas y sociales del momento del otorgamiento del testamento.

También la jurisprudencia del TSJC se ha valido del argumento de protección al principio *favor testamenti* para acabar declarando válidos determinados negocios testamentarios, algunas de las sentencias son la STSJC 10/1998, de 23 de abril y la STSJC de 25 de noviembre de 1996. Cuando se interpretan disposiciones testamentarias, el objeto debe ser, precisamente, la de buscar, esclarecer la voluntad del causante⁸⁷.

El principio *favor testamenti* implica que se debe otorgar la máxima eficacia a la última declaración de voluntad del causante plasmada en el testamento porque tiene por objeto

⁸⁶ VAQUER ALOY, A., *La interpretación del testamento*, Colección Jurídica General, Ed. Reus Madrid 2008 p.69.

⁸⁷ MEDINA ORTIZ, J., “Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH”, Op. Cit., p.8.

proteger la libertad de testar de éste y, además, responde a un interés público en la eficacia de los testamentos⁸⁸.

2. La prueba extrínseca como un posible medio interpretativo.

Los medios interpretativos son aquellas técnicas que permiten analizar el contenido de un negocio jurídico con el objetivo de esclarecer la declaración de voluntad que se ha plasmado en el mismo. Para el caso de los medios interpretativos de los testamentos no existe una lista *numeris clausus* de los mismos, esto es así, entre otros motivos, porque no se debe dejar de tener en cuenta que el objeto de la interpretación es, precisamente, aclarar la voluntad del testador y con ello satisfacer la misma y dar seguridad jurídica (art. 4:46 BW)⁸⁹. Limitando el número de medios interpretativos con una lista *numeris clausus* se estarían cerrando las puertas a la interpretación, que será diferente en cada caso y con los medios que se requieran ante cada supuesto.

Algunos de los medios interpretativos son el elemento literal⁹⁰, el lógico-sistemático⁹¹ y el teleológico⁹². Tal y como indica el título de este apartado el objetivo es centrarse en la prueba extrínseca. Muchas veces los elementos literal, lógico-sistemático y/o teleológico no son suficientes para esclarecer la voluntad del causante y se requieren otros elementos, estos son los extrínsecos, para conocer el contenido de la declaración de voluntad.

⁸⁸ VAQUER ALOY, A., *La interpretación del testamento*, Op., Cit., p.70.

⁸⁹ VAQUER ALOY, A., *La interpretación del testamento*, Op. Cit., p. 70 y ss. Para el derecho holandés, MILO, J.M., “Acquisition of Property by Succession in Dutch Law”, Op. Cit., p. 222.

⁹⁰ Dicho medio también se conoce como el gramatical y consiste en llevar a cabo la interpretación del mismo en base a las palabras por las que se ha valido el testador, es decir, solo se analiza e interpreta la declaración de voluntad del causante plasmada en el testamento.

⁹¹ Por su parte, el medio lógico-sistemático, entra en juego cuando nos encontramos ante una contradicción entre las palabras del testador. Según de acuerdo con VAQUER ALOY, A. (*La interpretación del testamento*, Op. Cit., p.65 y ss.), el mismo ante una contradicción entre dos o más cláusulas testamentarias prevalecerá aquella que se ha otorgado más recientemente, esto es la que sea más próxima a la muerte del causante.

⁹² Cuando el medio interpretativo es teleológico el negocio jurídico se interpreta teniendo en cuenta el espíritu y finalidad del mismo, que en este caso es destino del patrimonio del causante para después de su muerte.

La prueba extrínseca es aquel medio interpretativo que se basa en el análisis de elementos externos al negocio jurídico objeto de interpretación. Algunos de estos elementos pueden ser una prueba testifical, un testamento nulo, un testamento puramente revocatorio, unos diarios personales, la correspondencia, un boceto de un testamento o incluso un documento explicativo⁹³.

La admisibilidad de este tipo de prueba como medio interpretativo ha sido discutida a lo largo de la historia y de los Estados, entre otros motivos, porque algunos autores⁹⁴ creían, equívocamente, que usarlos podría suponer un no respeto de los requisitos *ab solemnitatem* que se requerían para ese negocio jurídico y que la voluntad de testador debía buscarse exclusivamente por el propio contexto sin consultar elementos externos⁹⁵.

Actualmente este medio interpretativo es ampliamente aceptado por algunos EEMM⁹⁶, mientras que algunos otros lo aceptan con determinadas limitaciones, como en el caso de Francia donde el recurso a este medio interpretativo está supeditado a que previamente se haya utilizado el medio interpretativo lógico y literal sin esclarecer la verdadera voluntad del causante.

⁹³ De hecho, tal y como explica BOSCH CAPDEVILA, E., “Carta o testamento? Comentari a la STSJC núm. 21, 16.9.2002”, en *InDret* nº.6, juliol 2003, p. 6, los documentos explicativos, aun no teniendo la validez de un negocio testamentario, puede servir como elementos extrínsecos interpretativos. También en REGLERO CAMPOS, L.F. (“Sentencia del Tribunal Supremo de, 29 de diciembre de 1997. Interpretación del testamento”, Op. Cit., p.615).

⁹⁴ Algunos de los autores que no admiten la prueba extrínseca son OSSORIO MORALES, Manual de sucesión testada, Madrid 1957, p. 407 y DE DIEGO, Instituciones de derecho civil español, Tomo III, Madrid 1959, p.269.

⁹⁵ Algunas de las STS que se manifiestan en contra de la admisión de la prueba extrínseca son la STS de 11 de abril 1956: “El criterio rector que ha de presidir la exigencia de una disposición de última voluntad ha de tomar como base el testamento (...) cuyo sentido y alcance no aconseja acudir a los llamados medios de prueba extrínseca”.

⁹⁶ De acuerdo con VAQUER ALOY, A., (*La interpretación del testamento* Op. Cit., p.73 y “The Law of Successions”, Op. Cit., p.562) en muchos casos “sin el uso de elementos extrínsecos puede no llegarse a conocer la voluntad real del causante.”. Aún no siendo objeto de análisis del presente trabajo, apuntaremos que otro ejemplo de región en la que se acepta la prueba extrínseca como medio interpretativo es EUA, en que, de acuerdo con VAN ERP, S., (“New Developments in Succession Law”, Op. Cit., p.13) la prueba extrínseca es la regla básica de interpretación ante ambigüedades o contradicciones.

De entre los EEMM que aceptan sin restricciones la prueba extrínseca como medio interpretativo de los negocios jurídicos *mortis causa* se encuentra Austria (§ 552, Rn. 8.), Alemania (§ 2084 BGB), España (art. 773 CCE), Italia, Portugal (art. 2187.2 CCP), Inglaterra (sección 90 de la *Succession Act* de 1965) y los Países Bajos (art. 4:46 BW).

En el sistema *common law*, por medio de la sección 21 de la *Administration of Justice Act de 1970*⁹⁷ se codifican tres tipologías de prueba extrínseca: pruebas relativas a los elementos externos relacionados con el causante en el momento de otorgamiento de testamento, pruebas acerca de la intención dispositiva del causante y pruebas sobre el lenguaje que usaba el testador.⁹⁸

En España desde que el TS dictó la STS de 8 de julio de 1940⁹⁹ en la que aceptaba la prueba extrínseca como medio interpretativo del testamento, se ha dado un antes y un después respecto de la aceptación de esta prueba por los tribunales españoles¹⁰⁰:

“...no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos).”

Por su parte, la doctrina¹⁰¹ defiende que el art. 773 CCE tiene por objetivo determinar quién es el instituido como heredero y que para ello se podrá recurrir, si es necesario, a medios de prueba extrínsecas al testamento. También en Cataluña se ha defendido la validez de este medio de prueba extrínseco en la interpretación de los testamentos¹⁰².

⁹⁷ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1970/31?view=plain>

⁹⁸ ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho sucesorio inglés”, Op. Cit., p.25 / KERRIGE, R. KERRIGE, R., “Freedom of Testation in England and Wales”, Op. Cit. p.141 / VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, Op. Cit., p.88.

⁹⁹ BOSCH CAPDEVILA, E., “Carta o testamento?...”, Op. Cit., p.6 / JORDANO BAREA, J.B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999, p.101/ REGLERO CAMPOS, L.F. (“Sentencia del Tribunal Supremo de, 29 de diciembre de 1997. Interpretación del testamento”, Op. Cit., p.610.

¹⁰⁰ Otras sentencias del TS que también han admitido la prueba extrínseca como medio interpretativo: STS de 3 de junio de 1942, STS de 8 de marzo de, STS de 5 de octubre de 1970, STS de 29 de enero de 1985, STS de 9 de junio de 1987, STS de 6 de octubre de 1994, STS de 30 de enero de 1997, STS de 21 de enero de 2003 y la STS de 19 de diciembre de 2006.

¹⁰¹ MESTRE RODRIGUEZ, M.ª, (*La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil*, Colección Estudios de Derecho, Murcia, 2003, p.155) afirma que el art.773 es flexible en cuanto a la admisión de la prueba extrínseca. También JORDANO BAREA, J.B., (*El testamento y su interpretación*, Comares, Granada 1999, p.103) que defiende que la exclusión de este medio de prueba supondría una frustración, en muchos casos, de la declaración de voluntad del causante.

Así pues, la doctrina mayoritaria acepta este tipo de prueba¹⁰³. Con la admisión de la prueba extrínseca se consigue proteger el principio de libertad de testar porque, en muchos casos, si no es por el uso de elementos extrínsecos, para conocer el contenido de la declaración de voluntad, esta se acabaría frustrando y, con ello, también no respetando la libertad de testar. En definitiva, en tanto que los legisladores europeos deben proteger el principio de libertad de testar, limitar el uso de la prueba extrínseca supondría ir en contra del mismo y que la última voluntad del causante no fuera eficaz por no haberse podido llevar a cabo una efectiva interpretación de la misma.

3. Los criterios interpretativos introducidos por el TEDH

El TEDH ha introducido por medio de su jurisprudencia, unos nuevos criterios interpretativos de los testamentos que también constituyen un mecanismo de armonización del derecho sucesorio de los EEMM, en concreto de las técnicas interpretativas de las disposiciones testamentarias.

Estos nuevos criterios se introducen por medio de la jurisprudencia que se deriva de la Sentencia Pla i Puncernau vs. Andorra de 13 de julio de 2004. El asunto en cuestión versa sobre la interpretación de una cláusula testamentaria de un testamento otorgado en Andorra por la señora Carolina Pujol Oller el 12 de octubre de 1939:

«El que arribi a ésser hereu legítim haurà forçosament de transmetre l'herència a un fill o nétil de legítim i canònic matrimoni, al que no obstant podrà posar les condicions que cregui convenientis. I si mor sense fills ni néts de legítim i canònic matrimoni passarà l'herència als fills o néts dels demés instituïts o substituts en la clàusula número 8 i amb el mateix ordre que en ella s'estableix».

El heredero de Carolina, Francesc-Xavier Pla Pujol, adoptó junto a su esposa a Antoni Jesús Pla Puncernau y otorgó el 3 de julio de 1995 testamento notarial abierto en el que instituía heredera a su esposa y ordenaba el legado de determinados bienes a favor de su hijo adoptivo. Después de que falleciera el 12 de noviembre de 1996, las hermanas

¹⁰²ANDERSON, M., (“Article 422-1”, Op. Cit., p.264) sugiere que un testamento nulo puede ser un elemento de interpretación de la voluntad del testador.

¹⁰³REGLERO CAMPOS, L.F. (“Sentencia del Tribunal Supremo de, 29 de diciembre de 1997. Interpretación del testamento”, Op. Cit., p.612) afirma que prácticamente la totalidad de la doctrina y jurisprudencia está a favor de la admisión de la prueba extrínseca.

Carolina y Isabel Serra Areny interpusieron una demanda ante la Batilla de Andorra, alegando que ellas eran las parientes más próximas de F-X Pla Pujol y solicitando la declaración de nulidad de su testamento otorgado por fallecer sin dejar hijo o nieto de legítimo y canónico matrimonio¹⁰⁴.

Después de que el caso pasara por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional Andorrano, Roser Puncernau Pedro y Antonio Jesús Pla Puncernau interpusieron una demanda ante el TEDH por posible vulneración del artículo 8 y/o 14 de la CEDH. El TEDH acabó resolviendo que cuando se lleva a cabo una interpretación de una cláusula testamentaria debe primar el principio del *favor testamenti* pero que, excepcionalmente, y sólo en el caso de que la misma fuese otorgada habiendo transcurrido un largo periodo de tiempo en el que durante se hubieran producido grandes cambios sociales y/o culturales, los tribunales deberán tener en cuenta estos cambios a la hora de llevar a cabo una interpretación y se deberá hacer de acuerdo con las disposiciones de la CEDH, en ese caso, respetando la igualdad entre hijos de filiación biológica y adoptiva¹⁰⁵. Es interesante reproducir el párrafo 62 de esta sentencia para comprender mejor la tesis del TEDH:

«(...) así, aun reconociendo que la disposición testamentaria en cuestión requiriese una interpretación por los tribunales internos, esa interpretación no podría ser hecha exclusivamente a la luz de las condiciones sociales existentes cuando fue hecha o al momento de la muerte de la testadora, ocurridos en 1939 y 1949, particularmente cuando un período de cincuenta y siete años ha transcurrido entre la fecha en que el testamento fue hecho y la fecha en que se abrió la sucesión. En presencia de un intervalo de tiempo tan largo, durante el cual ha habido profundos cambios sociales, económicos y legales, los tribunales no pueden ignorar esas nuevas realidades. Lo mismo es cierto en relación con los testamentos: cualquier interpretación, si es que la interpretación necesita ser realizada, tiene que buscar cuál ha sido la voluntad del testador y el efecto buscado por él, respetando el espíritu de que «no puede presumirse que el testador ha querido lo que no ha dicho», sin olvidar de conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con la Convención como es interpretada por la jurisprudencia del Tribunal».

En definitiva, a través de este caso el TEDH impone un control sobre la técnica interpretativa, tanto de las cláusulas testamentarias como de todo el derecho privado en

¹⁰⁴ Comentada por KERRIGE, R., (“Freedom of Testation in England and Wales”, Op. Cit., p.139) y MEDINA ORTIZ, J., (“Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TECH”, en *La Notaria*, N° 10/2004, octubre 2008, p.6).

¹⁰⁵ MEDINA ORTIZ, J., “Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TECH”, Op. Cit., p.17 y PINTENS, W., “Need an opportunity of convergence in European Succession Laws”, Op. Cit., p.19.

toda su amplitud, a los Estados que forman parte de la CEDH¹⁰⁶, que tiene como límite a esa interpretación las disposiciones de la CEDH.

El art. 6.2 del TUE y el Protocolo 8 sobre el apartado 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales prevén la adhesión de la UE al CEDH, es decir, la UE dispone de una competencia exclusiva para concluir este Convenio. Además, por medio del art. 47 TUE se establece el reconocimiento formal de la UE de su personalidad jurídica que le permite, entre otras manifestaciones, concluir Convenios internacionales.

Con este criterio interpretativo introducido por el TEDH se está configurando otra vía de armonización del derecho privado, en este caso de las normas relativas a la interpretación de cláusulas testamentarias y con ello se fomenta la armonización de los derechos sucesorios de los EEMM que estarán supeditados al cumplimiento de la jurisprudencia del TEDH y que deberán adaptar las respectivas legislaciones para respetar esta jurisprudencia. Los testadores deberán respetar los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH y en sus constituciones, aun cuando este respeto suponga una limitación de la libertad de testar.

Este es un caso en el que el derecho público está invadiendo la esfera de la autonomía de la voluntad. Se están imponiendo los límites del derecho público en el derecho privado, en el sentido de que los particulares deberán respetar el cumplimiento de la CEDH, siendo esta una Convención de derecho público. Concretamente es un supuesto en que la libertad de testar del causante se puede ver limitada por disposiciones de naturaleza pública, en el sentido de que los particulares deberán manifestar su autonomía con los límites de este margen jurídico.

¹⁰⁶ CHEREDNYCHENKO, O., “The harmonisation of contract law in europea by means of the horizontal effect of fundamentals rights?”, en *Erasmus Law Review*, Volume 01 Issue 01, p. 42 y siguientes.

PARTE II: LA POSICIÓN DEL SUPÉRSTITE EN EL MARCO DE LA LIBERTAD DE TESTAR

En la segunda parte, relativa a la posición del cónyuge y conviviente supérstite en el marco de la libertad de testar, se estudiará en primer lugar su situación desde un punto de vista jurídico (I). Se proseguirá con la evolución de los ordenamientos jurídicos de los EEMM de la UE hacia una mayor universalidad del derecho de sucesiones y, en consecuencia, de un debilitamiento de la tradicional verticalidad (II). En tercer lugar los nuevos mecanismos jurídicos de protección del cónyuge y supérstite (III). Por último como esta mayor protección del cónyuge o pareja de hecho tiene como contrapartida un menor libertad de testar (IV).

I. Situación jurídica del supérstite

La posición jurídica en la que se encuentra el cónyuge y conviviente supérstite en el derecho de sucesiones no ha sido siempre la misma, sino que ha ido evolucionando al ritmo que lo hacía la sociedad. Actualmente los legisladores están apostando por conceder una mayor protección jurídica a estas personas. Se comenzará con la regulación del derecho a la legítima (1.) y luego con su posición en el orden sucesorio intestado (2.).

1. El derecho a la legítima

La legítima se configura como el derecho de origen legal que tiene un determinado pariente o parientes del causante para obtener un determinado valor patrimonial de la herencia¹⁰⁷. Por ejemplo, en el art. 451-1 CCC se dispone que *la legítima es el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial*. El BGB dispone en su § 2303 (1) relativo a la *Pflichtteilsberechtigte: Ist ein Abkömmling des Erblassers durch*

¹⁰⁷ CASTELEIN , C., (“Introduction and Objectives”, en CASTELEIN, C./ FOQUÉ, R./ VERBEKE, A. (eds), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford –Portland 2009, p.30) conceptualiza la legítima y la divide en tres tipologías: una *stronge reserve* en tanto que se configura como un derecho cuya naturaleza jurídica es de *par bonorum*, una *hollowed out reserve* para los casos en los que es un derecho de crédito y la *no reserve*, en los ordenamientos en que no existe tal institución (sistemas del *common law*). Sobre el derecho italiano FUSARO, A., (“Freedom in Italy”, Op. Cit., p.195) la *legittima* es un derecho de determinados miembros de la familia del causante a una porción fija del caudal relicto.

Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von dem Erben den Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (será legitimario un descendiente del causante excluido de la sucesión por disposición testamentaria. La legítima alcanza la mitad del valor de la herencia legal). Este derecho sucesorio se configura, según el Estado del que se trate a favor de unos determinados parientes del causante, estos son sus descendientes, cónyuges y/o ascendientes.

Esta institución jurídica supone una limitación al principio de libertad de testar¹⁰⁸ en tanto que tiene un carácter imperativo y, según el alcance establecido por cada ordenamiento jurídico, esta limitación será más o menos relevante.

Se puede definir la legítima como una cuota fija o variable y no como un derecho con carácter alimenticio porque su razón de ser es independiente a la situación económica del sus beneficiarios¹⁰⁹. Es decir, sólo disponen de este derecho aquellos parientes que tengan una determinada relación de parentesco con el causante, careciendo de relevancia su nivel adquisitivo.

1.1.Naturaleza jurídica : derecho de crédito o *pars bonorum*

En Europa, la legítima tiene una naturaleza jurídica doble: algunos EEMM la configuran como un derecho de crédito y otros como un derecho sobre una parte de los bienes de la herencia, esto es como *pars bonorum*.

¹⁰⁸ En Cataluña, en el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del CCC, relativo a las sucesiones se afirma que se trata de *una atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar*. Algunos de los autores que afirman que la legítima supone la limitación más importante de la libertad de testar son BOSCH CAPDEVILA, E., (“Testamentary Freedom and Its Limits”, en ANDERSON, M. y ARROYO AMAYUEAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.75) / PEREZ ESCOBAR, M., (“Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérsite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro”, en ADC, LX-4, Octubre 2007, p.1655) / VAQUER ALOY, A., (“La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa”, Op. Cit., p. 194). En Hungría, CSEHI, Z. (“The Law of Succession in Hungary” Op. Cit., p.180) define la legítima como una institución de derecho privado que restringe la libertad de testar.

¹⁰⁹ POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona 2009, p. p.385, VAQUER ALOY, A., “La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa” Op. Cit., p.196. Según RÖTHEL, A., (*El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Op. Cit., p. 54), el BVerfGE ha confirmado que la situación patrimonial del legitimario es independiente al derecho a la legítima, por ser este independiente a toda necesidad.

A. La legítima como derecho de crédito

La legítima, cuya naturaleza jurídica, es un derecho de crédito se construye siguiendo el esquema teórico de los derechos de crédito. En la legítima intervienen, normalmente, dos sujetos, estos son el heredero y legitimario.

El legitimario ocupa la posición de acreedor en la relación de crédito puesto que es el sujeto que tiene derecho a recibir el pago de la legítima (de la deuda). Por su parte, el heredero es el deudor, estando obligado al pago de la misma y quedando liberado de su deuda con el pago o renuncia por parte del legitimario a su crédito. Los titulares de este derecho de crédito son, pues, los legitimarios. En definitiva, los legitimarios se configuran como acreedores de un derecho de crédito, este es la legítima, del que es deudor el heredero¹¹⁰.

De entre los ordenamientos jurídicos que configuran a la legítima como un derecho de crédito encontramos el de Alemania (§ 2303 BGB), Austria, Cataluña (art. 451-1 y 451-5 CCC), Hungría (art. 672 (I) CCH) , Letonia (art.425 CK), Países Bajos, y Suecia¹¹¹.

Como se trata de un derecho de crédito se debe hacer referencia a su valor. Es decir, cuánto representa este derecho de crédito respecto del valor total de la herencia. En Alemania, el valor de la legítima (§ 2303, apartado 1, BGB) asciende a la mitad de la cuota hereditaria. En Cataluña, de acuerdo con el art. 451-5 CCC ésta representa una cuarta parte del caudal hereditario, habiéndose aplicado las reglas para el cálculo de la misma.

Es relevante el caso de los Países Bajos porque la configuración como un derecho de crédito de la legítima es nueva¹¹². De hecho constituye una decisión de política legislativa que se ha materializado en la reforma de 2006.

¹¹⁰ LARRONDO LIZARRAGA, J., *El nuevo derecho sucesorio catalán*, Bosch, Barcelona 2008, p.163.

¹¹¹ De acuerdo con CSEHI, Z. (“The Law of Succession in Hungary”, Op. Cit., p.183), el CCH dispone expresamente que el beneficiario de la legítima recibirá en concepto de la misma una cantidad de dinero. RÖTHEL, A. (*El derecho de sucesiones*, Op. Cit. p.54), en Alemania la legítima confiere el derecho a reclamar una determinada cantidad de dinero al heredero. VAQUER ALOY, A., “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, Op. Cit., p.4.

B. La legítima como *pars bonorum*

La legítima como *pars bonorum* implica que su naturaleza jurídica sea la de un derecho real para el legitimario. Los derechos reales suponen la posibilidad de satisfacción de su titular, un poder directo, inmediato y autónomo sobre una cosa que genera una relación directa con la misma, por ejemplo sobre un bien inmueble.

Los EEMM que configuran a la legítima como un derecho *pars bonorum* son Bélgica, Chequia, Eslovenia, España (art. 806 CCE), Italia (art. 536 CCI)¹¹³; esta configuración supone que el legitimario tenga derecho a recibir una porción de los bienes del caudal relicito¹¹⁴ y no, como cuando se configura como un derecho de crédito, de recibir una determinada cantidad dineraria.

En España, el CCE, es aplicable en aquellas comunidades autónomas en las que se aplica el derecho común. Precisamente el CCE la define en el art.806 CCE como *la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos*. Este precepto nos puede hacer pensar que, a diferencia del caso anterior, no nos encontramos ante un beneficiario de un derecho de crédito, sino de un heredero forzoso, en tanto que es llamado por la ley. Ahora bien, no podemos atribuir tal calificación al legitimario porque la legítima no equivale a una cuota de la herencia sino que es la obligación de efectuar determinadas atribuciones patrimoniales al legitimario¹¹⁵. Así, se configurará como un derecho *pars bonorum* en aquellas comunidades autónoma en las que sea aplicable el derecho civil común.

C. La legítima: ¿un derecho de crédito o un *pars bonorum*?

¹¹² VAQUER ALOY, A., (“Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, Op. Cit., p.4) afirma que el cambio de naturaleza jurídica de la legítima en los Países Bajos podría considerarse como un punto de inflexión hacia una nueva tendencia de configurar la legítima como un derecho de crédito.

¹¹³ De acuerdo con FUSARO, A., (“Freedom in Italy”, Op. Cit., p.197) la *legittima* no es un crédito sino el derecho a una cuota de la herencia del causante.

¹¹⁴ PEREZ ESCOBAR, M., “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español...”Op. Cit.,p.1664

¹¹⁵ De acuerdo con DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., (*Sistema de Derecho Civil. Volumen IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Op. Cit., p.417)

Llegados a este punto, se debe hacer una reflexión respecto de cual de las naturalezas jurídicas supone una menor limitación de la libertad de testar. La legítima es una de las limitaciones a la libertad de testar más significativas, pero el alcance de esta limitación variará según el ordenamiento jurídico vigente en cada EM entre otros motivos por la naturaleza jurídica que la configure. Además no se observa una clara tendencia mayoritaria hacia la configuración de una u otra naturaleza jurídica¹¹⁶

Si la naturaleza jurídica es la de un derecho de crédito, el heredero podrá hacer frente a esta obligación dineraria con el pago en metálico o, si lo prefiere, con la entrega de un bien. En cambio, cuando es un *pars bonorum*, la legítima se deberá hacer efectiva con la entrega de un determinado bien o con una porción del mismo del caudal relichto, puesto que se tratará de un derecho real.

La legítima como *pars bonorum* supone una mayor limitación de la libertad de testar porque el deudor está sujeto a una obligación real. Saldará su deuda con la entrega de determinado bien o una porción de ese. No tiene la libertad de saldar la deuda con dinero o de escoger el bien que quiere enajenar para cubrir con su valor la legítima¹¹⁷. Permitir el pago de la legítima en metálico, configurándola como un derecho de crédito permitiría al causante disponer *mortis causa* de sus bienes más libremente. Además, el heredero sólo estaría gravado por un crédito que se podría saldar con su dinero, con el que haya heredado o solicitando un préstamo; quedando al libre arbitrio del deudor el origen de los fondos para hacer efectivo el cumplimiento de su obligación crediticia.

1.2. Los legitimarios

Los legitimarios son los beneficiarios del derecho a la legítima, estos son los acreedores de este derecho de crédito o *pars bonorum*, según el caso. Cada EEMM establece en su

¹¹⁶ De acuerdo con VAQUER ALOY, A., (“Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, Op. Cit., p.7) “no se observa una tendencia dominante en Europa”.

¹¹⁷ PEREZ ESCOBAR, M., “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español...”, Op. Cit., p.1665 / VAQUER ALOY, A. (“La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa”, Op. Cit., p.198 y “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, Op. Cit., p.189), proponen como medio de fortalecimiento de la libertad de testar, precisamente, la configuración de la legítima como un derecho de crédito.

ordenamiento jurídico quienes son estos sujetos. En algunos de ellos sólo lo son los descendientes, en otros el cónyuge y en algunos los ascendientes o una combinación de ambos¹¹⁸.

De entre los EEMM que establecen que sólo podrán ser legitimarios los descendientes encontramos a Luxemburgo, Suecia, Finlandia y República Checa¹¹⁹.

Alemania (§ 2303 BGB), Austria (§ 762 BGBA), Bélgica (art. 915 bis CCB), Dinamarca 25 Arveloven), Francia (desde la reforma del 2001)¹²⁰, Grecia, Hungría, Italia, Noruega, Polonia (art. 991 CCPO) y Portugal (art. 2157 CCP), prevén que el cónyuge supérstite sea también sea un beneficiario de la legítima.

Los ascendientes tienen derecho a la legítima, normalmente en defecto de los descendientes, en Alemania (§ 2309 BGB)¹²¹, Austria (§ 762 BGBA), Bélgica (art. 915 CCB), España (art. 810 CCE), Grecia (art. 1825(1) CCG), Hungría (661 CCH), Italia (art. 538.1 CCI), Letonia (art. 423 CCL), Polonia (art. 991 CCPO), y Portugal (art. 2161 CCP).

1.3. Cuantías cuota fija o variable

El valor de la legítima puede ser o bien una cuota fija, es decir, una determinada porción del caudal relicito (una mitad, un cuarto, etc.) o variable, con lo que según las circunstancias de la sucesión (número de descendientes, sobrevivencia del cónyuge o pareja de hecho) la porción adquirirá uno u otro valor.

En la mayoría de los EEMM la legítima es una cuota fija que alcanza la 1/2 del caudal relicito. Esto es en Austria (§765), Alemania (§2303), Grecia (art. 1825), Hungría

¹¹⁸ VAQUER ALOY, A., (“Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, Op. Cit., p.4) / (“La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa”, Op. Cit., p.198).

¹¹⁹ VAQUER ALOY, A., “La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa”, Op. Cit., p.196.

¹²⁰ DELFOSSE, A./PENIGUEL, J-F., (*La réforme des successions et des libéralités*, Lexis Nexis, París 2006, p.144) / SCALISE, R., (“Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative analysis” en Duke Journal of Comparative & International Law, Fall 2008, p. 17)

¹²¹ SCALISE, R., “Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative analysis” Op. Cit., p.18.

(art.665), República Checa (art. 479) y Suiza (art. 471)¹²². En otras regiones, también se configura con una cuota fija pero con un valor más bajo, esto es en Cataluña (art. 451-5) y Dinamarca (5 Inheritance Act) donde ésta representa un 1/4 del caudal relichto¹²³, con lo que la libertad de disponer del causante es mucho más amplia en estas regiones por tratarse de una porción de la mitad del valor que en los otros EEMM.

Por otro lado, de entre los EEMM que configuran la legítima como una cuota variable tenemos a España (art. 808 CCE), Bélgica (art. 913, 914 y 915 CCB), Francia (art. 913 y 914 CCF), Italia (art. 537, 540 y 542 CCI) y Portugal (art. 2159 CCP).

En España la legítima supone 2/3 del caudal relichto (legítima estricta) que a su vez es dividida en dos partes: 1/3 (legítima corta) se reparte a partes iguales entre los descendientes y el otro (mejora de la legítima) el causante podrá repartirlo libremente entre todos o algunos de sus descendientes¹²⁴. Así, la mejora permite al causante decidir a quién y cómo otorgar este tercio, hecho que la flexibiliza: una porción más del caudal relichto de la que el causante podrá disponer libremente.

Respecto del CCB de Bélgica (art. 913, 914 y 915 CCB) la cuota disponible para el causante variará según el número de descendientes. Si el causante sólo tiene un descendiente la legítima supondrá la 1/2 de la herencia, ante dos un 1/3 y un 1/4 a partir de tres descendientes. Si el causante no ha dejado descendientes, la legítima de los ascendientes será la 1/2 de la herencia en el caso de que le sobrevivan los ascendientes maternos o paternos y, si sobreviven los de ambas líneas, será un 1/4 para cada línea (la materna y la paterna)¹²⁵.

Por su parte, en Francia (art. 913 y 914 CCF), la legítima para los descendientes será 1/2 si sólo deja a uno, 2/3 si deja a dos descendientes y 3/4 para tres o más

¹²² PINTENS, W., “Need an opportunity of convergence in European Succession Laws”, Op. Cit., p.12.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., “New Developments in Spanish Succession Law”, Op. Cit., p. 24.

¹²⁵ CASMAN, H., “Comparative Law – Belgium”, CASTELEIN, C.,FOQUÉ, R., VERBEKE, A (eds), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p.155 / VAQUER ALOY, A. (“La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa”, Op. Cit., p.198).

descendientes. Respecto del cónyuge supérstite, éste tiene derecho a un 1/4 de la herencia, para el caso de que no le haya sobrevivido ni descendencia ni ascendencia¹²⁶.

En Italia (art. 537, 540 y 542 CCI), si el causante deja a un descendiente, éste tendrá derecho a una legítima que ascenderá a 1/2 de la herencia. Ante más de un descendiente la legítima será de 2/3. Si le sobreviven el cónyuge y un descendiente la legítima será de 2/3, en cambio si lo hacen el cónyuge y más de un descendiente será de 3/4. Por otro lado, si sólo le sobreviven ascendientes, la legítima supondrá 1/3, y ante ascendientes y cónyuge, los primeros tendrá derecho a 1/4 y el cónyuge a ½ del caudal relichto¹²⁷.

Por último, en Portugal (art. 2159 CCP), la legítima, si sobreviven al causante los ascendientes y el cónyuge, será de 2/3 de la herencia. En el caso de que sólo le sobrevivan los ascendientes, la legítima será 1/2 de la herencia¹²⁸.

2. La posición en el orden sucesorio intestado

La sucesión legal o intestada se abre cuando el causante muere sin dejar un heredero o si el nombrado como heredero no puede llegar a serlo (art. 912 CCE, art. 441-1 CCC, art. 565 CCI, art. 4:10 BW)¹²⁹. Ante esta situación es la ley la que nombra a heredero porque todo patrimonio debe ser susceptible de sucesión para dar seguridad jurídica en el tráfico jurídico. Esta sucesión es subsidiaria a la sucesión contractual o a la testada: si no se otorga un negocio jurídico *mortis causa*, o se otorga este negocio pero es inválido o, aún siendo válido es ineficaz, por ejemplo, porque el heredero ha repudiado a la herencia o ha sido declarado indigno.

Según los EEMM el orden sucesorio intestado estará regulado de una determinada manera que se basará, en todos los casos, en la relación de parentesco con el causante.

¹²⁶ DELFOSSE, A./PENIGUEL, J-F., (*La réforme des successions et des libéralités*, Op. Cit., p.146 y 147) / SCALISE, R., (“Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative analysis” Op. Cit., p. 17).

¹²⁷ FUSARO, A., “Freedom in Italy”, Op. Cit., p.195.

¹²⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.” Op. Cit., p.1223.

¹²⁹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., (*Sistema de Derecho Civil. Volumen IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Op. Cit, p.469) / FUSARO, A., (“Freedom in Italy”, Op. Cit., p.194) / MARSAL i GUILLAMET, J. (*El testament*, Op. Cit., p.24).

A continuación se presenta el orden sucesorio intestado de algunos de los EEMM.

En Bélgica, en primer lugar heredaran los hijos y otros descendientes, en segunda posición lo harán el cónyuge o pareja de hecho o los hermanos y, a falta de todos ellos, los ascendientes (art. 731-745 CCB)¹³⁰.

En Italia primeramente los hijos y sus descendientes, en segundo lugar el cónyuge, si lo hay, a partes iguales con los hijos. Si no hay hijos ni cónyuge los ascendientes y hermanos; si hay cónyuge y ascendientes y/o hermanos el primero heredará 2/3 partes de la herencia (art 565 CCI)¹³¹.

En España las categorías de herederos legales son, en primer lugar, los hijos o descendientes, después los ascendientes, el tercero el cónyuge viudo y finalmente los parientes colaterales (art. 930 y siguientes CCE)¹³².

En los Países Bajos hereda el cónyuge la totalidad de la herencia y, en el caso de que hubiese dejado descendencia, éstos tendrán derecho a una cuota monetaria que no recibirán hasta la muerte del cónyuge supérstite o hasta que se le declare en quiebra (art. 4:10 y 13 BW)¹³³. A falta de hijos y/o cónyuge heredarán, en segundo lugar, los padres y hermanos y, en tercero, los abuelos (art. 4:2 BW)¹³⁴.

En Alemania, los herederos de primer orden son los descendientes (hijos y nietos), los de segundo son los ascendientes y los hermanos y sobrinos (§§1924-1929 BGB). Para el cónyuge o conviviente se le atribuye una cuota sucesoria (§1931 BGB y §10 Ley de Parejas Registradas) que será de un $\frac{1}{4}$ si concurren con descendientes y de $\frac{1}{2}$ si concurren padres, hermanos y/o sobrinos del cónyuge¹³⁵.

¹³⁰ CASMAN, H., “Comparative Law – Belgium”, Op. Cit., 2009, p.154.

¹³¹ FUSARO, A., “Freedom in Italy”, Op. Cit., p.194.

¹³² DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Op. Cit., p. 469-475.

¹³³ REINHARTZ, B.E., “Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?”, Op. Cit., p.4 y 12.

¹³⁴ CÁMARA LAPUENTE, “¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.”, Op. Cit., p.1216

¹³⁵ RÖTHEL, A., *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Op. Cit., p.19-23.

Por último, en Inglaterra, el cónyuge o conviviente goza de una situación privilegiada al disponer de derechos como a los *personal chattels*, el *statutary legacy* y los descendientes, en su caso, recibirán el remanente de esa sucesión, con lo que en muchos casos ese remanente no existe porque se ha destinado a los derechos sucesorios intestados del cónyuge superviviente (*Administration of Estates Act 1925*)¹³⁶.

II. Horizontalidad del derecho de sucesiones en detrimento de la tradicional verticalidad

El derecho de sucesiones se caracteriza por ser una de las ramas del derecho civil más influenciadas por la historia, la cultura y el desarrollo económico-social de la sociedad que es propio. La sociedad europea está evolucionado y estos cambios están influyendo en la evolución del derecho de sucesiones y nos encontramos ante un nuevo modelo¹³⁷.

Se ha pasado de un sistema familiar basado en la concentración del patrimonio en la familia y en el que sus miembros se mantienen muy unidos, a una familia cada vez más fraccionada, diversa e incluso nuclear. Las formas de familia anteriormente conocidas como no tradicionales, como resultado de los cambios sociales, cada vez son más evidentes, comunes y hay más libertad para desarrollarlas¹³⁸.

Tradicionalmente el papel del cónyuge era secundario, es decir, el objetivo de toda familia era que el patrimonio siguiera unido generación tras generación¹³⁹. Los derechos

¹³⁶ ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, Op. Cit., p.1250 / CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.”, Op. Cit., p.1217 / HIRAM, H., “New Developments in UK Succession Law”, en *EJCL*, vol. 10.3 (December 2006), p.11.

¹³⁷ Según CÁMARA LAPUENTE, S. (“¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.” Op. Cit., p.1199), existen dos orientaciones comunes en las últimas décadas: la igualdad entre cónyuges y descendientes y el fortalecimiento de la posición del cónyuge o pareja de hecho superviviente. VAN ERP, S. (“New Developments in Succession Law”, Op. Cit., p. 7-9) compara el modelo del siglo XIX con el del XX que se caracteriza por la mayor importancia de los vínculos entre el matrimonio, la aceptación de otras formas de convivencia diferentes a la del matrimonio, el rechazo a la discriminación, el aumento de la esperanza de vida, la instauración del Estado del Bienestar y el auge de las familias monoparentales.

¹³⁸ Según McGLYNN, Clare (*Families and the European Union. Law Politivs and Pluralism*, Op. Cit., p.27), cada vez son más visibles las nuevas formas de familia como consecuencia de la tolerancia por parte de la sociedad y de su oficial reconocimiento por parte de los EEMM.

¹³⁹ FOBLETS, M.C. (“Legal anthropology”, CASTELEIN, C./FOQUÉ, R./VERBEKE, A., *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p.48), argumenta

sucesorios del cónyuge abundaban en ausencia. Por ejemplo, en Francia, con la reforma de 2006 (*Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*) se atribuyen más derechos sucesorios a los cónyuges y convivientes al derogarse la legítima de los ascendientes liberándolos de hacer frente el pago de la legítima¹⁴⁰. Respecto del conviviente, no sólo no tenía derechos de sucesiones sino que no se reconocía su estatus¹⁴¹. En Alemania no fue hasta el 2001, por medio de la Ley de Parejas Registradas del 1 de agosto de 2001 (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*)¹⁴², que se pueden constituir parejas de hecho del mismo sexo y que, desde el punto de vista sucesorio, se les equipara a los cónyuges al considerarlos también herederos legales y su cuota hereditaria se corresponde con la de los cónyuges (§10, apartados 1-3 Ley de Parejas Registradas)¹⁴³. También en Noruega, hasta el 2008, con la inclusión de un nuevo capítulo III A (*sim sim 28 a -28 g*) de la Inheritance Act¹⁴⁴, los convivientes no tenían derecho a suceder al causante ni a la “*uskifte*”¹⁴⁵. En Bélgica, desde 2007, por medio de la *Loi du mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal: Aspects civils*¹⁴⁶, los cohabitantes legalmente registrados son

que la propiedad de la tierra tiene una gran importancia en esa época y que las sucesiones era un elemento esencial de transmisión de propiedad de las tierras. Además, afirma que se tenía la convicción de la propiedad de la tierra se debía mantener en manos de los hombres. También NAVAS NAVARRO, S. (“Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, Opus cit, p.54), respecto de la sociedad catalana, estaba social y económicamente organizada alrededor del patrimonio familiar y la familia, siendo el *mas* el elemento central.

¹⁴⁰ FERRAND, F., “Comparative Law – France” Op. Cit., p.195.

¹⁴¹ Según Mc GLYNN (*Families and the European Union*, Op. Cit., p.114), ni la UE ni los EEMM deben priorizar una forma de familia, sino que todas las formas de familia, estén o no formados por personas del mismo sexo, casadas no, deberán ser tratadas y tener derechos similares.

¹⁴² BGBI. I S. 266

¹⁴³ WERNEBURG, M., “The Fundamental Principles of the German Law of Succession”, Op. Cit., p, 39.

¹⁴⁴ Marriage Act de Noruega, (2008-06-27-53 from 2009-01-01), disponible en: <http://archive.equal-jus.eu/681/>

¹⁴⁵ ASLAND, J., “Balancing interests – How much Freedom of Testation”, en BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SHERPE, J.M. (eds), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2011, p. 235/ HAMBRO, P., “The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse’s Position and Irrevocable Wills”, en ANDERSON, M. y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.235.

¹⁴⁶ Revue trimestrielle de droit familial (Bruxelles, Belgique) nº1 (2008), p. 7-40.

considerados como herederos legales teniendo derecho al usufructo de la vivienda habitual y a su ajuar doméstico¹⁴⁷.

Se están produciendo transformaciones socio-culturales que implican, junto con el reconocimiento del estatus y derechos del conviviente, un fortalecimiento de los derechos del cónyuge y pareja de hecho superviviente¹⁴⁸. Cada vez tiene menos importancia el mantenimiento del patrimonio familiar unido generación tras generación: el principio de troncalidad del patrimonio se basa, cada vez más, en su horizontalidad en el sentido de que los sujetos que están ganando derechos y protección jurídica son los cónyuges o convivientes supérstites a costa de los de los descendientes y ascendientes que se caracterizaban, tradicionalmente, por ser los sujetos que el derecho sucesorio más protegía.

III. Nuevos mecanismos jurídicos de protección

En tanto que la sociedad europea ha experimentado una evolución consistente en una preferencia de la protección desde un punto de vista horizontal de la familia, en contra de la tradicional verticalidad que caracterizó durante muchos siglos nuestros ordenamientos jurídicos, los legisladores han previsto nuevos mecanismos jurídicos de protección. Se analizará la inclusión de los cónyuges o convivientes supérstites al derecho a la legítima o su mayor participación para el caso de los EEMM que se rigen por el sistema civil (1.); y se seguirá con el estudio de la posibilidad reclamar la *potencial claim* en los Estados con el sistema *common law* (2.)

1. Inclusión del derecho a la legítima o su mayor participación (sistemas civiles)

Como resultado de la nueva concepción del derecho de sucesiones derivado de la evolución de la sociedad europea, los EEMM han llevado a cabo reformas en los respectivos ordenamientos jurídicos que han supuesto una mayor participación o mejor posición en la legítima del supérstite. Este fenómeno normativo consiste en la

¹⁴⁷ CASMAN, H., “Comparative Law – Belgium”, Op. Cit., p.160.

¹⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. (“¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.”, Op. Cit., p.1200), afirma que existe una clara corriente en los EEMM de mejorar la posición del cónyuge viudo, y los derechos de los hijos resultan perjudicados.

materialización en las leyes de esta nueva concepción en la que derecho de sucesiones ha pasado de basarse en la tradicional verticalidad a la actual horizontalidad de la sucesión del patrimonio familiar.

En primer lugar se hará referencia a la ya comentada reforma de la legítima llevada a cabo por el legislador francés. Francia ha eliminado el derecho a la legítima de los ascendientes con la reforma de 2006¹⁴⁹, siendo un caso en el que indirectamente se está protegiendo al cónyuge o conviviente porque, aunque no se le atribuye una mayor participación, se le está liberando de hacer pago de la legítima a los ascendientes del causante en los casos en los que la pareja sea el heredero. Con lo que se les permite heredar, en el caso de que no haya descendencia, libre de la carga del pago de la legítima y, en consecuencia, el caudal neto que sucede será más grande.

En Alemania, el 1 de enero de 2010 entró en vigor la Ley de Modificación del Derecho de sucesiones y de la prescripción, de 24 de setiembre de 2004¹⁵⁰ que introdujo reformas en el derecho de sucesiones. Esta reforma era una necesidad para adecuar el derecho de sucesiones a la evolución social consistente en un incremento de las parejas de hecho, de hijos no matrimoniales, de las familias reconstituidas, de un aumento de la esperanza de vida y de la movilidad de la población¹⁵¹.

De entre las reformas aprobadas se hará una especial referencia a las nuevas causas de privación de la legítima previstas en § 2333 BGB, relativo a la privación de la legítima, y la derogación del § 2334 BGB, relativo a la privación de la legítima de los ascendientes y el § 2335 BGB, relativo a la privación de la legítima de los cónyuges porque son los cambios más importantes y que suponen una protección de la libertad de testar. El nuevo § 2333 BGB regula conjuntamente todas las causas de privación de la legítima, desapareciendo la tradicional diferenciación según el grado de parentesco con el causante. Así pues se consideran causas de privación el atentado contra la vida del causante, su cónyuge o pareja; la comisión de un delito grave y doloso contra el causante, su cónyuge o pareja; el incumplimiento de mala fe del deber legal de prestar

¹⁴⁹ Loi n°2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités

¹⁵⁰ Gesetz zur Änderung des Erb und Verjährungsrechts, BGBI I, 31-42-3144.

¹⁵¹ ARROYO AMAYUELAS, E., “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret*, 1/2010, Barcelona, p.5.

alimentos al causante; el ingreso en prisión como consecuencia de un delito doloso grave fallado en sentencia; y, el internamiento en un hospital psiquiátrico como consecuencia de una sentencia firme por un hecho grave y doloso.¹⁵² Anteriormente, se regulaban como causas de privación a la legítima la vida inmoral, la prostitución, el proxenetismo, los juegos de azar, entre otros.

Por otro lado, aun no siendo un EM, en Suiza a los descendientes no se les entrega la cuota legitimaria hasta que el supérstite haya fallecido (art. 471 ZGB)¹⁵³. Este es otro ejemplo en el legislador está protegiendo al cónyuge o conviviente porque no deberá hacer frente al pago de la legítima ni deducirse su cuota hasta después de su muerte.

También los Países Bajos, con la reforma de 2006 del cuarto libro del BW, el cónyuge o pareja superviviente heredará la totalidad del patrimonio y no deberá hacer frente al pago de la legítima de sus descendientes (art. 4:10 BW). No será hasta su muerte que los descendientes cobrarán su derecho¹⁵⁴. Esta es otra reforma que implica que el supérstite se le atribuya una mayor protección jurídica.

El derecho catalán también es importante porque prevé en el art. 451.17.2e) CCC la posibilidad de excluir la legítima de los descendientes si no existe relación por culpa del legitimario, esta es una de las causas de desheredamiento que regula el legislador catalán. Esta norma supone una ampliación de la libertad de testar al causante, que podrá, si demuestra una ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre él y el legitimario por causa imputable a éste último, privarle del derecho a la legítima

2. Posibilidad de reclamar la *potential claim* (sistema *common law*)

¹⁵² De acuerdo con ARROYO AMAYUELAS, E. (“La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, Op. Cit., p.10 y 11) esta reforma supone una puesta al día de las causa de privación de la legítima, una ampliación de los posibles afectados de acuerdos con las nuevas estructuras familiares y su uniformización para todos los legitimarios con independencia de un grado de parentesco con el causante. RÖTHEL, A. (*El derecho de sucesiones...* Op. Cit., p.63-66) califica la anterior regulación de las causas de desheredación de la legítima como inconsecuentemente trasnochada y valora muy positivamente la nueva regulación y su moderada ampliación.

¹⁵³ PINTENS, W., “Need an opportunity of convergence in European Succession Laws”, Op. Cit., p.12

¹⁵⁴ MILO, J.M., “Acquisition of Property by Succession in Dutch Law”, Op. Cit., p.226, / REINHARTZ, B.E., “Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?”, Op. Cit, p.4.

En Inglaterra no está vigente el sistema de legítimas sino que se aplica el de la *potential claim*. La *potential claim* es la posibilidad de determinados sujetos de reclamar ante el juez su derecho a una porción de la herencia. Este sistema supone una mayor otorgación de libertad de testar para el causante que el de los sistemas civiles.

La *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*¹⁵⁵ supone la posibilidad que determinados sujetos, próximos al causante por diferentes naturalezas, reclamen por vía judicial que se les destine una porción del caudal relicito en aras de subsistencia y manutención, con lo que deberá ser el sujeto que la reclame el que deba demostrar ante el juez la pertinencia y necesidad de recibir esta porción¹⁵⁶.

Además de conceder una mayor libertad de testar para el causante, esta normativa también supone unos derechos sucesorios más amplios puesto que, a diferencia de los sistemas civiles, el heredero no deberá hacer frente *ex lege* al pago de una porción de la herencia a los beneficiarios de la *potencial claim*. La limitación a la libertad de testar es relativa por dos motivos: porque es una *potencial* porción, siendo el juez quien determina, caso por caso, su procedencia; también por el hecho de que su impacto en la práctica es, como veremos en el apartado 2.4., muy reducido.

La naturaleza jurídica de la *potential claim* es la de un derecho de crédito a obtener un determinado valor del caudal hereditario, no siendo posible, en consecuencia, obtener un derecho de una parte o de un bien determinado. Como se ha comentado para el sistema civil, el derecho de crédito, por definición, supone tener derecho a una determinada cantidad monetaria. El hecho de que se configure un derecho de crédito supone otorgar un mayor grado de libertad al causante para testar porque sus bienes no estarán afectos ni deberían entregarse a los solicitantes de la provisión¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63/contents>

¹⁵⁶ Tal y como afirma OSAJDA, K. (“An overview of fundamental principles of polish succession law in the light of eventual unification of succession law in the European Union”, Op. Cit., p.46) / KERRIGE, P. (“Testamentary Freedom in England”, Op. Cit, p. 146) / MATTHEWS, P. (“Comparative Law – United Kingdom” en CASTELEIN, C., FOQUÉ, R., VERBEKE, A. (eds), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, p.138), el tribunal analizará caso por caso y, si procede, declarará si el individuo que ha solicitado a la *potencial claim* tiene o no tal derecho.

¹⁵⁷ HIRAM, H., “New Developments in UK Succession Law”, Op. Cit., p.10 / VAQUER ALOY, A., “La Convergencia Espontánea del Derecho de Sucesiones en Europa” Op. Cit., p.203 y p.196.

2.1. Requisitos de aplicación

La ley es flexible respecto al lugar de presentación de esta solicitud, pudiéndose presentar ante distintos órganos jurisdiccionales. Ahora bien, la ley establece un plazo relativamente corto, este de seis meses desde la obtención del *probate* o las *letters of administration*.

Se precisa para su aplicación que la distribución del patrimonio del causante por medio del *will* o, a falta de éste, por las reglas de la sucesión intestada, no sea conforme con las necesidades objetivas de su solicitante. El juez, examinará la capacidad económica del solicitante, de otros posibles solicitantes y/o beneficiarios, sus incapacidades físicas o mentales, deudas gravadas por el caudal relicto, entre otros elementos¹⁵⁸.

2.2. Sujetos legitimados para reclamar

La ley prevé seis categorías de legitimados activamente para llevar a cabo la reclamación. Se debe tener en cuenta que esta lista se ha ido configurando a lo largo de los años en sucesivas modificaciones de las leyes sucesorias¹⁵⁹.

Así, actualmente están legitimados activamente para solicitar ante los tribunales esta porción: el cónyuge o la pareja de hecho superviviente, el ex- cónyuge y el que contrajo matrimonio nulo, el conviviente, los hijos del causante, los menores o los adultos con los que el causante tuvo trato por razón de matrimonio y los dependientes del causante.

2.3 Categorías de prestación: el del cónyuge supérstite y el *maintenance standard*

¹⁵⁸ ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho sucesorio inglés” Op. Cit., p.1276.

¹⁵⁹ En el 1995 fue modificada por la *Law Reform (Succession) Act 1995* que introdujo a las parejas de hecho y las equiparó a los matrimonios y posteriormente por la *Civil Partnership Act 2004* se da este derecho a las parejas homosexuales (KERRIGE, P., “Testamentary Freedom in England”, Op. Cit, p.147 / HIRAM, H., “New Developments in UK Succession Law”, Op. Cit., p.9 y / MATTHEWS “Comparative Law – United Kingdom”, Op. Cit., p.139).

Aunque la ley prevé seis categorías de solicitantes, existen sólo dos categorías de prestación o *standards*: la del cónyuge o conviviente supérstite y la de los otros sujetos.

Para el primer caso, la provisión que se solicita deberá ser la razonable en cualquier circunstancia, independientemente de si es requerida o no para su mantenimiento. Por el contrario, para el resto de categorías de sujetos, la provisión deberá ser la necesaria para su mantenimiento¹⁶⁰. El *standard* de la pareja es más amplio porque no se precisa que el causante hubiese, por ejemplo, antes de su muerte, asumido el cargo de mantener al mismo, hecho que si que se exige en las otras cinco categorías de sujetos.

El juez a la hora de decidir si procede o no conceder una provisión al solicitante, sea o no del *maintenance standard*, deberá tener en cuenta factores como las necesidades económicas presentes y futuras del solicitante y, si los hay, las de los otros solicitantes; la importancia económica del caudal hereditario del causante; la minusvalía física y/o psíquica del solicitante; la edad del solicitante; la duración del matrimonio o de la pareja de hecho; y la contribución que hizo el solicitante al bienestar del causante y a la inversa¹⁶¹.

Los jueces aunque deben seguir un determinado patrón para analizar los factores para determinar si procede o no la provisión, disponen de un gran poder discrecional. En los casos en los que el solicitante es el cónyuge/conviviente supérstite, los jueces suelen resolver aplicando las reglas previstas para la reclamación por divorcio. De hecho, son los mismos jueces que resuelven las crisis matrimoniales y de las sucesiones. Este proceso es conocido por la doctrina¹⁶² como el *imaginary divorce*. El juez simula que el supérstite ha solicitado el divorcio para establecer la cuantía de la provisión, usando las mismas reglas previstas para la disolución de los regímenes matrimoniales.

¹⁶⁰ MATTHEWS, P., “Comparative Law – United Kingdom”, Op. Cit., p. 141 / FOQUÉ, R./VERBEKE, A., “Towards an Open and Flexible Imperative Inheritance Law”, en CASTELEIN, C./ FOQUÉ, R./VERBEKE, A. (eds), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, p.215.

¹⁶¹ MATTHEWS, P., “Comparative Law – United Kingdom”, Op. Cit., p.141 y ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho sucesorio inglés”, Op. Cit., p.1276.

¹⁶² KERRIGE, R., “Freedom of Testation in England and Wales”, Op. Cit., p.147.

Por el contrario, en los restantes supuestos, los tribunales “preguntan” a los solicitantes porque deben recibir más de lo que el causante les ha asignado y analizan si el causante estuvo o no manteniendo al solicitante antes de su muerte. Este segundo procedimiento se conoce como “*maintenance test*”.

2.4- Impacto del *potencial inheritance claim*

Se ha avanzado que el impacto de este sistema en la práctica es reducido. Este hecho refuerza el argumento de que el derecho sucesorio del *common law* supone un mayor grado de libertad para el causante que los sistemas civiles.

Aunque no existen estudios científicos se estima¹⁶³ que aproximadamente entre el 1 y 2% de las sucesiones de Inglaterra son reclamadas en base al 1975 Act. Las causas de el poco impacto de esta normativa en la práctica son la poca tradición anglosajona de otorgar testamentos; los altos costes asociados al litigio que limitan el acceso a los tribunales de los individuos que no disponen de recursos necesarios; y el hecho de que existe el derecho a reclamar tal porción ante los tribunales, pero acaban siendo pocos los casos en los que se decide llevar a cabo esta acción y el conflicto se resuelve antes de llegar a los tribunales por medio de un acuerdo prejudicial.

Aun siendo un sistema muy particular, vigente en sólo un EM y con un limitado impacto en la práctica, no se debe dejar de tenerlo en cuenta como un modelo europeo alternativo al civil de sucesión. El sistema civil y el del *common law* parecen ser incompatibles con lo que se prevé que aunque se armonice espontáneamente el derecho de sucesiones este será dual¹⁶⁴.

¹⁶³ MATTHEWS, P., “Comparative Law – United Kingdom”, Op. Cit., p.147.

¹⁶⁴ VAN ERP, S., “New Developments in Succession Law” Op. Cit., p.15 / WERNEBURG, M., “The Fundamental Principles of the German Law of Succession”, Op. Cit., p.41.

CONCLUSIONES

Tal y como se adelantaba en la introducción, no se puede llegar a la conclusión de que la UE incluya de entre sus políticas legislativas la de la regulación del derecho de sucesiones a nivel europeo. Sólo se puede prever que, tal y como se ha producido en derecho de familia, se produzca una comunitarización del derecho de sucesiones con elementos internacionales. Este fenómeno jurídico se produciría por medio de la inclusión de una nueva base jurídica en los tratados constitucionales, por medio de la base prevista en el artículo 81.1 del TFUE o bien a través de la aprobación de un Reglamento. De hecho, tal y como se ha apuntado en la introducción, el pasado 27 de julio de 2012 se publicó en el DOUE el Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012, sobre el reconocimiento mutuo de testamentos, la adopción de una norma de conflicto sobre la ley aplicable de la sucesiones por causa de muerte y la inclusión de un certificado europeo de testamentos, siendo todas estas cuestiones relativas al derecho internacional privado.

Ahora bien, respecto de un derecho civil de sucesiones europeo sólo se pueden apreciar signos de armonización de los ordenamientos jurídicos de los EEMM espontáneas. Espontáneas en el sentido de que la UE no tiene competencia para aprobar reglamentos o directivas sino que son los EEMM los que modifican sus ordenamientos como resultado de unas políticas legislativas que parecen ser que van hacia una misma dirección: una mayor libertad de testar del causante y una mayor protección jurídica del supérstite. Siendo este fenómeno un elemento de integración jurídica europea.

Ambas políticas legislativas parecen ser incompatibles en el sentido de que, por definición, la atribución de una mayor protección jurídica al supérstite supone otorgar un menor grado de libertad de testar para el causante. Los EEMM, aun aplicando ambas políticas, están priorizando la atribución de una mayor protección del supérstite por medio de modificaciones o aprobaciones de preceptos civiles imperativos que, por la naturaleza jurídica de este tipo de normas, suponen una restricción de la libertad de testar del causante.

La prioridad de los EEMM de armonizarse espontáneamente con esta política se debería al hecho de que la protección jurídica del supérstite está íntimamente relacionada

derecho de familia, rama del derecho en expansión comunitaria, así los límites de ambas ramas parecen entrelazarse y por eso los EEMM ven la necesidad de acercar sus respectivas legislaciones. Es más fácil para ellos acercar posturas en materias en que la UE ya tiene competencia. Ahora bien, ello no supone que se deje totalmente de lado, como se ha demostrado, la armonización del principio de libertad de testar.

Además, la primacía cada vez más latente de una sucesión del patrimonio familiar basada en su horizontalidad y el hecho de que se generalice la aceptación social y jurídica de las nuevas formas de familia implica que los legisladores europeos centren sus políticas legislativas en la protección de este interés social por medio de atribución de una mayor protección jurídica al supérstite, dejando en un segundo plano la armonización europea del principio de libertad de testar del causante.

BIBLIOGRAFÍA

DISPOSICIONES Y DOCUMENTOS CITADOS

Tratados de la UE:

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE n° C 83 de 30.3.2010)
- Tratado relativo a la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, a la Unión Europea, de 16 de abril de 2003 en Atenas (DOUE n° L 236 de 23 septiembre 2003)
- Tratado relativo a la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, a la Unión Europea de 25 de abril de 2005 (DOUE n° L 157 de 21 junio 2005).

Reglamentos de la UE

- Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOUE n° L 160/19, 30.6.200)
- Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000 (DOUE n° L 338/1, 23.12.2003)
- Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE n° L 343/10, 29.12.2010)
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, Brussels, DG H 2A 2009/0157 (COD), 24.2.2012.
- Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE n° L 201/107, 27.7.2012)

Comunicaciones:

- GREEN PAPER: Succession and wills {SEC(2005) 270}, COM(2005) 65 final, Brussels, 01.03.2005.

- Los proyectos de la Comisión Europea para aligerar los trámites de las sucesiones transfronterizas se convierten en normas jurídicas, Comunicado de prensa de la Comisión Europea, IP/12/576, 7.6.2012.
- Dictamen 1/2003 del Tribunal de Justicia, de 7 de febrero de 2006, «Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», I 1149, 7.2.2006.

Convenciones internacionales:

- Convención de La Haya sobre el conflicto de leyes aplicables respecto de la forma de las disposiciones testamentarias de 1961. Entrada en vigor el 5 de enero de 1964.
- Convención de La Haya sobre la administración internacional de patrimonios yacentes de 1973. Entrada en vigor hasta el 1 de julio de 1993.
- Convención relativa al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos (realizada en Basilea el 16 de Mayo de 1972)
- Convención de Washington sobre la uniformidad del derecho en los testamentos internacionales (adoptado en 1973 en el seno de la UNIDROIT)
- Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Entrada en vigor el 1 de enero de 2002.
- Convención de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Entrada en vigor el 1 de mayo de 1995.
- Convención de La Haya, de 14 de marzo de 1978, relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio. Entrada en vigor el 1 de mayo de 1991.
- Convenio de La Haya, de 1 de junio de 1970, sobre el reconocimiento de divorcios y de separaciones legales. Entrada en vigor el 24 de agosto de 1975.

Leyes ordinarias de los EEMM:

- Administration of Justice Act de 1970, 29th May 1970, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1970/31?view=plain>
- Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. JO n°303 du 31 décembre 2006.
- Loi du mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal: Aspects civils. Revue trimestrielle de droit familial. (Bruxelles, Belgique). N° 1(2008), p.7-40.
- Marriage Act de Noruega, (2008-06-27-53 from 2009-01-01), <http://archive.equal-jus.eu/681/>
- Ley de reforma del Libro 4º del BW, relativo al derecho de sucesiones. Kamerstukken nos 27245, de 1 de enero de 2003, <http://wetten.overheid.nl/>
- Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del CCC, relativo a las sucesiones, DOGC núm. 5175, de 17.7.2008
- Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamento, BOE núm. 19 de 22/01/1991
- Ley de Modificación del Derecho de sucesiones y de la prescripción, de 24 de setiembre de 2004 (Gesetz zur Änderung des Erb und Verjährungsrechts), BGBI I, 31-42-3144.

- Ley de Parejas Registradas del 1 de agosto de 2001 (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) BGBl. I S. 266

JURISPRUDENCIA

- Sentencia Pla y Puncernau vs. Andorra, ECHR (2004), No. 69498/01
- Bundesverfassungsgericht, 19 de abril 2005 – 1 BvR 1644/00
- Bundesverfassungsgericht, 19 de abril 2005- 1 BvR 188/0
- STS de 3 de junio de 1942
- STS de 5 de octubre de 1970
- STS de 29 de enero de 1985
- STS de 9 de junio de 1987
- STS de 6 de octubre de 1994, RJ 8026/1994
- STS de 30 de enero de 1997
- STS 902/2006, de 29 de setiembre
- STS de 21 de enero de 2003
- STS 1302/2006, de 19 de diciembre de 2006, RJ 2006/9243
- STSJC 10/1998, de 23 de abril, RJ 1998/10053
- STSJC 979/1996, de 25 de noviembre de 1996
- STSJC 27/2002, de 16 de septiembre

DOCTRINA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil: I Introducción y parte general, Volumen 2º: La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona 1989.
 - *Derecho Civil. Vol.I: Introducción y parte general*, Edisofer libros jurídicos, Madrid 2004.
- ANDERSON, M., “Article 422-1”, a EGEA FERNANDEZ, J./FERRER RIBAM, J. (Dir), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, 2009, p.258-268.
- “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, en *ADC*, Nº LIX-3, Julio 2006, p.1244-1281.
- ARENAS GARCÍA, R., “Crisis matrimoniales internacionales: algunas propuestas”, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacionalmente)*, Imprenta Universitaria Campus universitario Sur, Santiago de Compostela 2009, p.39-64.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret*, 1/2010, Barcelona.
- ASLAND, J., “Balancing interests – How much Freedom of Testation”, en BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SHERPE, J.M. (eds), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2011, p. 229-250.
- BADOSA COLL, F., “El poder de disposición en el dret civil català. La constitución i la transmissió negocials dels drets reals”, en BADOSA COLL, F., GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.) / GINEBRA MOLINS, E. / NAVAS NAVARRO, S. (coord.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales*, 2010, p.34-73.

- BONINI BARALDI, M., “EU Family policies between domestic “good old values” and fundamental Rights: the case of same-sex families”, *MJ* 15-4, 2008, p. 517-551.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Derecho de familia y sucesiones: la expansión comunitaria”, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacionalmente)*, Imprenta Universitaria Campus universitario Sur, Santiago de Compostela 2009, p.65-90
- BOSCH CAPDEVILA, E., “Carta o testament? Comentari a la STSJC núm. 21, 16.9.2002”, en *InDret* nº.6, juliol 2003.
 - “Testamentary Freedom and Its Limits”, en ANDERSON, M. y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.73-88.
- BOUCKAERT, B., (“Law and Economics”, CASTELEIN, C., FOQUE, R. y VERBEKE, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p.91-106.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte.” en CÁMARA LAPUENTE, S. (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, COLEX, 2003, p.1185-1233.
 - “New Developments in Spanish Succession Law”, EJCL, vol. 14.2 (October 2010)
- CANO BAZAGA, E., “El derecho de familia comunitarizado: La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, *ADE*, Sevilla 2002, p.67-89.
- CASMAN, H., “Comparative Law – Belgium”, CASTELEIN, C. / FOQUÉ, R. / VERBEKE, A (eds), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p.153-166.
- CASTELEIN, C., “Introduction and Objectives”, en CASTELEIN, C. / FOQUÉ, R. / VERBEKE, A. (eds), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp –Portland 2009, p.1-38.
- CHEREDNYCHENKO, O., “The harmonisation of contract law in europea by means of the horizontal effect of fundamentals rights?”, en *Erasmus Law Review*, Volume 01 Issue 01, p. 37-57.
- CSEHI, Zoltan, “The Law of Succession in Hungary”, en ANDERSON, M. y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary*

Freedom. European Perspectives, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.167-190.

- DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil español*, Tomo III, Madrid 1959.
- DELFOSSE, A./PENIGUEL, J-F., *(La réforme des successions et des libéralités*, Lexis Nexis, París 2006, p.147-160.
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid 2006.
- FERRAND, F., “Comparative Law – France” en CASTELEIN, C. / FOQUE, R. / VERBEKE, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p.189-202.
- FLUME, F., *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998.
- FOBLETS, M.C., “Legal antrophology”, CASTELEIN, C. / FOQUÉ, R. / VERBEKE, A., *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 39-64.
- FOQUÉ, R./VERBEKE, A., “Towards an Open and Flexible Imperative Inheritance Law”, en CASTELEIN, C. / FOQUÉ, R. / VERBEKE, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009.
- FUSARO, A., “Freedom in Italy”, en ANDERSON, M. / ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.191-202.
- HAMBRO, P., “The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse’s Position and Irrevocable Wills”, en ANDERSON, M. / ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.229-240.
- HIRAM, H., “New Developments in UK Succession Law”, en *EJCL*, vol. 10.3 (December 2006).
- JORDANO BAREA, J.B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999
- KERRIGE, R., “Freedom of Testation in England and Wales”, en ANDERSON, M. / ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.) *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p.129-154.
- LARRONDO LIZARRAGA, J., *El nuevo derecho sucesorio catalán*, Bosch, Barcelona 2008.

- MAGARIÑOS BLANCO, V., “La libertad de testar”, en *RDP*, N. 9-10 (setiembre – octubre 2005), p.83-94.
- MARSAL i GUILLAMET, J., *El testament*, Estudis de dret privat català, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona 2000
- MARTOS CALABRUS, M.ªA., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Comares, Granada 2000
- MATTHEWS, P., “Comparative Law – United Kingdom” en CASTELEIN, C. / FOQUE, R. / VERBEKE, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, p.123-152.
- McGLYINN, Clare, *Families and the European Union. Law Politics and Pluralism*, Law in Context Series, Cambridge University Press 2006.
- MEDINA ORTIZ, J., “Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TECH”, en *La Notaria*, Nº 10/2004, octubre 2008, p. 63-90.
- MESTRE RODRIGUEZ, M.ª, *La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil*, Colección Estudios de Derecho, Murcia, 2003.
- MILO, J.M., “Acquisition of Property by Succession in Dutch Law”, en ANDERSON, M. / ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p. 203-228.
- NAVAS NAVARRO, S., “Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción (aproximación desde el Derecho de sucesiones catalán)”, en *ADC*, tomo LXVI, 2011, fasc. I, p.41-79.
- OSAJDA, K., “An overview of fundamental principles of polish succession law in the light of eventual unification of succession law in the European Union”, *International Conference: The Perspectives of Europeanization of Law of Succession*, Riga, 2009, p.42-49.
- OSSORIO MORALES, Manual de sucesión testada, Madrid 1957.
- PINTENS, W., “Need an opportunity of convergence in European Succession Laws”, en ANDERSON, M. / ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen 2011, p. 3-24.
- PEREZ ESCOBAR, M., “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérsite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro”, en *ADC*, LX-4, Octubre 2007, p.1642-1678.

- POZO CARRASCOSA, P. / VAQUER ALOY, A. / BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona 2009
- RAUSCHER, T., “Recent Developments in German Succession Law”, *EJCL*, vol 14.2 (October 2010).
- REGLERO CAMPOS, L.F. (“Sentencia del Tribunal Supremo de, 29 de diciembre de 1997. Interpretación del testamento”, *Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil*, nº 47 abril/agosto 1998, Civitas, Madrid), p.601-617.
- REINHARTZ, B.E., “Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?”, en *EJCL*, vol 11.3 (December 2007)
- RONALD, J. y SCALISE, J., “Undue influence and the law of wills: a comparative analysis”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, Fall 2008
- RÖTHEL, A., *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán* (traducción de VAQUER ALOY, A.), Bosch, Colección Notariado Hoy, Barcelona 2008.
- SAGAUT, J-F., “Présentation de la loi réformant le droit français des liberalités et des successions”, en *EJCL*, vol. 14.2, (October 2010)
- TERNER, P. “Perpectives of a European Law of Successsion”, *MJ* 14-2, 2007
- VAN ERP, S., “New Developments in Succession Law” en *EJCL*, vol 11.3 (December 2007)
 - “The new Dutch Law of Succession” en REID, K.G.C. / DE WAAL, M.J. / ZIMMERMANN, R., *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh Studies in Law, 2007, p.193-207.
- VAQUER ALOY, A., “La convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa”, en *Obligaciones y sucesiones en el derecho comparado*, ARA Editores, Perú 2008, p.183-204.
 - *La interpretación del testamento*, Colección Jurídica General, Ed. Reus, Madrid 2008.
 - “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” en *InDret* 3/2007.

- “The Law of Successions”, en BUSSANI, M. / WERRO, F. (Edi.), *European Private Law: A Handbook*, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, 2009, p. 555-586.
- WAAL, M.J., “A Comparative Overview”, REID, K./ WAAL, M.J / ZIMMERMANN, R., *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh Studies in Law, Edinburgh 2007, p.1-26.
 - WERNEBURG, M., “The Fundamental Principles of the German Law of Succession”, *International Conference: The Perspectives of Europeanization of Law of Succession*, Riga, 2009, p. 33-41.
 - ZALUCKI, M., “Inheritance Law in the Republic of Poland and Other Former Eastern Bloc countries: Recodification of the Circle of Statutory Heirs”, en *EJCL*, vol 11.3 (December 2007).



Universitat Autònoma de Barcelona
Edifici E1
08193 Bellaterra (Barcelona) Espanya
Tel. 93 581 20 16
Fax 93 581 30 63
web: www.iuee.eu
correu electrònic: iuee@uab.cat