

el mencionado art. 84, que se retoca, pero no se mejora, y ello desnaturaliza y desprestigia el sistema.

La obra finaliza con unas valiosas conclusiones, que contiene además numerosas propuestas de *lege ferenda*, que también se advierten ampliamente a lo largo de todo el trabajo, con una reflexión de lo que debería haber supuesto una reforma de carácter estructural y de simplificación legislativa, y de las evoluciones que debería conocer nuestro ordenamiento en breve en el ámbito del mercado inmobiliario. No falta el complemento de una abundante jurisprudencia que tanto ha pretendido cambiar el panorama, acompañado con una excelente bibliografía especialmente extranjera. En definitiva, una obra referente y referencia en la materia.

Javier PLAZA PENEDÉS,  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Valencia

**VAQUER ALOY, Antoni: *Libertad de testar y libertad para testar*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, 197 pp.**

1. Ningún jurista avezado en Derecho de sucesiones a nivel estatal desconoce la producción científica del Dr. Vaquer. Sus aportaciones en la materia constituyen un referente imprescindible en el panorama doctrinal actual, afirmación que, lejos de ser huera, probablemente no permita captar cuán trascendente ha sido su influjo en este ámbito. Tal impacto se debe en buena medida a la calidad técnica de sus escritos, aspecto este (el de la técnica) de imprescindible dominio si se desea abordar con una mínima garantía de éxito el estudio de cualquier institución o figura sucesorias. Pero, en mi opinión, el valor de su producción reside no solo ahí, sino asimismo en otros dos factores que la marcan y singularizan, como son, de un lado, una aguda mirada sociológica y, de otro, un inteligente empleo del recurso al Derecho comparado.

En efecto, el Dr. Vaquer ha hecho gala siempre de una extraordinaria intuición y de una especial habilidad (poco comunes entre juristas) a la hora de detectar y denunciar las disfunciones que nuestros ordenamientos sucesorios y, principalmente, el Código civil español, presentan a causa de su estancamiento e inadecuación a los cambios que ha ido experimentando a lo largo del tiempo la sociedad española. En este sentido, se puede decir que es ya todo un clásico su artículo de *InDret* 3/2007 titulado «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», trabajo en el que el autor realizó un diagnóstico absolutamente preciso de las fallas e inadaptaciones del sistema legitimario del Código y en el que, no conforme con ello, dibujó además toda una serie de alternativas, adecuadamente sopesadas y argumentadas, que el legislador tendría a su disposición si decidiese acometer su reforma. Este documento conserva, aún hoy, una frescura y actualidad plenas por motivo precisamente de la inacción de los poderes normativos, y es, desde luego, de lectura obligada para cualquier investigador que desee aventurarse por tales derroteros. Pero el Dr. Vaquer ha vuelto a demostrar otra vez esa perspicaz mirada en trabajos posteriores, como, por ejemplo, en «La protección del testador vulnerable» (*Anuario de Derecho Civil*, n.º 2, 2015, pp. 327 y ss.) o en «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal» (*Revista de Derecho Civil*, n.º 4, 2017, pp. 211 y ss., en coautoría con Noelia Ibarz López). En estos artículos,

el análisis jurídico aparece trufado de datos sociológicos que si, de un lado, permiten al lector hacerse una cabal idea de cuál es la distancia que media entre la realidad normativa y la realidad social, de otro, facilitan al propio autor la tarea de indicar cuáles son las modificaciones que deberían realizarse y la dirección que las mismas deberían tomar a fin de estrechar o eliminar dicha distancia. Este modo de abordar los temas hace posible revisitarlos para, dándoles otra vuelta de tuerca, profundizar en la esencia y en el sentido de las instituciones sucesorias, y así ocurre con los límites legitimarios en su trabajo «Acerca del fundamento de la legítima» (*InDret* 4/2017) a partir de la actual descomposición de las relaciones familiares motivada por el distanciamiento o la ausencia de trato entre padres e hijos.

Todo lo que de positivo se acaba de destacar en esta vertiente es predicable de la segunda. El Derecho comparado no se emplea como simple elemento de contraste para comprobar qué diferencias hay entre la experiencia ajena y la propia. No se usa como mero frontón. Se recurre a él para integrar las instituciones foráneas en el análisis del ordenamiento autóctono y, muy singularmente, para sondear alternativas de solución a las que son seguidas, bien a nivel estatal, bien a nivel autonómico. Esta asunción crítica de lo que se hace fuera puede llevar a plantear la conveniencia de emular a la doctrina extranjera o, antes bien, a rechazar sus enseñanzas. Ejemplo de lo primero podría ser el tratamiento sucesorio dispensable a las familias reconstituidas, es decir, aquellas formadas por los cónyuges o convivientes y los hijos de estos nacidos de relaciones anteriores, pues el modelo extranjero (v. gr., el californiano) sugiere la oportunidad de reformar el régimen de la delación intestada del Código para reconocerles en ella un derecho sucesorio, siempre bajo ciertas cautelas y condicionantes. Ejemplo de lo segundo sería, por el contrario, la doctrina de la *undue influence* de los países de *common law*, utilizada en ellos para proteger al testador vulnerable que, no habiendo padecido ningún específico vicio del consentimiento al instante de otorgar testamento, lo haya hecho sin embargo con una voluntad dominada por una tercera persona que haya ejercido sobre él cierta influencia o sugestión con el fin de obtener cualesquiera beneficios mortis causa. Dicha construcción no ha de importarse (entiende Vaquer) por cuanto los Derechos civiles españoles ya articulan suficientes herramientas al objeto de dispensar tal protección al testador (control de la capacidad, indignidad, prohibiciones de suceder, etc.), aparte de que la configuración normativa y jurisprudencial del dolo y de la intimidación no dejan resquicio teórico por donde quepa deslizar una sugestión del causante que quede a salvo.

2. El libro que aquí se recensiona está parcialmente confeccionado a partir de las aportaciones más recientes del Dr. Vaquer, y así, además de las tres anteriormente citadas (publicadas entre los años 2015 y 2017), que integran los capítulos 3 («Acerca del fundamento de la legítima»), 4 («Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal») y 6 («La protección del testador vulnerable»), se incluyen otras dos en los capítulos 5 («Libertad de testar, condiciones testamentarias y derechos y libertades fundamentales») y 7 («Libertad de testar y solemnidades testamentarias»), que se corresponden asimismo con sendos artículos («Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret* 3/2015, y «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho Civil*, n.º 4, 2016, pp. 9 y ss.). En fin, la obra se completa con un capítulo primero titulado «Libertad de testar y libertad para testar» y otro segundo consagrado a «Los límites de la autonomía privada en el Derecho de sucesiones».

Como bien puede deducirse de las rúbricas transcritas, la obra no se centra solo (ni siquiera principalmente) en el debate sobre la supresión o la minoración de la legítima (o su mantenimiento), sino que busca ofrecer un completo panorama y en todas las perspectivas posibles de la libertad de testar. Y es que, en palabras del autor, el afán por reducir esta cuestión a dicha polémica «ni ofrece una perspectiva suficientemente amplia de todas las implicaciones sucesorias, teniendo en cuenta la complejidad técnica de esta rama del derecho, ni permite centrar la atención en los intereses subyacentes que el legislador legítimamente trata de proteger». De ahí que, como directamente indica el título del libro, el Dr. Vaquer proponga la distinción entre una libertad *de* testar y una libertad *para* testar, empleando cada una de ambas locuciones para nominar realidades distintas (capítulo 1).

Más concretamente, a través de la primera se estaría haciendo alusión a la facultad que se reconoce a los particulares de decidir el destino de sus bienes con prioridad a la designación que realiza el legislador, la cual operaría entonces de forma subsidiaria. En este sentido, la libertad de testar es, ante todo, libertad para ordenar la sucesión por causa de muerte mediante testamento o cualquier otro negocio jurídico similar (v. gr., pacto sucesorio) y, en consecuencia, constituye un medio para evitar el reparto igualitario al que aboca la delación intestada. Cosa distinta, aunque relacionada con ella, es la mayor o menor extensión de tal libertad o, dicho de otro modo, hasta dónde llega la facultad de la persona para decidir el contenido del testamento; en definitiva, cuáles sean los límites a la autonomía de la voluntad (capítulo 2). En particular, el causante puede ver restringida su libertad de disposición por la existencia de legítimas u otros deberes a satisfacer respecto de determinados familiares o gozar, por el contrario, de la posibilidad de destinar incluso todos sus bienes a sujetos o fines extraños a su círculo más próximo. En cualquier caso, cuál sea el verdadero fundamento de la legítima es una interrogante que permanece aún abierta (capítulo 3), dilema de cuyo examen resulta la escasa capacidad de la figura de adaptarse a las nuevas realidades familiares, como la que viene representada, por ejemplo, por las familias reconstituidas (capítulo 4). Además, cabe identificar otros límites a la libertad testamentaria de carácter más general, como el que puede comportar la eficacia transversal de los derechos fundamentales en orden a la imposición de determinadas condiciones a instituciones hereditarias o legados (capítulo 5).

La libertad *de* testar debe completarse con la libertad *para* testar, es decir, con la libertad en la formación y expresión de la voluntad *mortis causa*. Con mayor exactitud, se trata de que esta se genere de manera espontánea, sin vicios y sin hipotéticas sugerencias o captaciones, problema especialmente delicado en aquellas sociedades, como las occidentales, en las que la esperanza de vida hace que los testadores alcancen edades propectas; por ello, merece una singular atención y debe ser objeto de especial protección todo aquel causante que se halle en situación de vulnerabilidad por razón de su estado físico y mental (capítulo 6). Las solemnidades testamentarias establecidas por el legislador conforman, en esta dirección, un elemento de primer orden a la hora de apuntalar la libertad para testar, puesto que, al garantizar la libre expresión de la voluntad *mortis causa*, aportan altas dosis de seguridad jurídica; de ahí que cualquier intento de relajación de las mismas (como el que se aprecia en la doctrina jurisprudencial más reciente) sea objeto de crítica y deba ser visto con desconfianza (capítulo 7).

3. La metodología que el autor adopta en el estudio de las instituciones mencionadas le sirve para extraer jugosas conclusiones que, a su vez, consti-

tuyen valiosísimos elementos de reflexión de las reformas normativas que en los últimos tiempos se han realizado en España en materia sucesoria y de las que han de seguirse sin duda en el futuro.

Algunas de ellas ya han sido reveladas anteriormente. Pero existen otras muchas que cabría destacar aquí. Así, por ejemplo, y en lo que dice a los límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho de sucesiones y la mayor o menor extensión de la libertad de testar, una visión holística de los mismos permite al autor poner de relieve cómo su angostura o su amplitud dependen, en realidad, de una multiplicidad de factores, sin que sea suficiente por tanto con atender a aquella que es considerada la restricción por excelencia: la legítima. En efecto, las lindes de dicha libertad no se dibujan únicamente en función de cómo estén normativamente conformadas las legítimas (extensión, naturaleza jurídica, grupo de beneficiarios, causas de desheredación...), sino también en virtud de todo otro conjunto de límites impuestos a la facultad de disponer mortis causa en sede de responsabilidad hereditaria y deudas y cargas, llamamientos fideicomisarios, reservas, protección del cónyuge superviviente, etc. De esta guisa, aunque en Navarra, verbigracia, la legítima de descendientes sea puramente formal (sin contenido económico material), acontece que la libertad de disposición del causante está constreñida por otras restricciones no precisamente menores, como serían, de un lado, el usufructo de fidelidad que grava toda la herencia en favor del viudo y, de otro, el deber de igualación entre los hijos de distintas nupcias. Además, una mirada atenta a las limitaciones a la libertad de testar y a su fundamento lleva a concluir que, siendo la voluntad del causante ley de la sucesión, estas han de basarse siempre en un interés digno de protección, interés que puede ser de naturaleza pública o privada, pero que ha de tener entidad bastante para contrapesar aquella. En fin, otra conclusión que se extrae es la de que los límites a la autonomía privada en Derecho de sucesiones no son inmutables, sino que, por el contrario, son susceptibles de flexibilización, como ha ocurrido de un tiempo a esta parte a raíz de la supresión de las reservas en los Derechos civiles autonómicos y de la profunda revisión que estos han abordado de sus respectivos sistemas legitimarios. Así, mientras la legítima de los descendientes ha sido reducida notablemente en casi todos los casos, la de los ascendientes ha ido desapareciendo paulatinamente del panorama autonómico (Galicia, País Vasco, etc.), y tanto el legislador como la jurisprudencia se muestran proclives a facilitar la desheredación cuando el causante no recibe un trato familiar por parte del pariente con derecho a ella. En palabras del autor, es esta una tendencia, «la de relajar los límites a la libertad de testar, que no parece que vaya a remitir en el futuro próximo, ya que idéntica preocupación se hace evidente en los derechos civiles de nuestro entorno cultural».

Si, como se ha expuesto, toda restricción a la libertad de testar debe basarse en un interés atendible que le dote de justificación suficiente, la detección de cuál sea este deviene crucial cuando se habla de la legítima. En este punto, y pese a que el consenso doctrinal ubique su fundamento en la solidaridad en el seno de la familia, entiende Vaquer que, al menos en los sistemas españoles de legítima individual, tanto su regulación en ciertos aspectos (categoría de legitimarios, causas de desheredación) como su interpretación y aplicación jurisprudenciales responden, en realidad, a una concepción de la misma como deber exclusivo del causante para con sus descendientes. O sea: no obstante localizarse por la *communis opinio* el fundamento de la legítima en el principio de solidaridad intergeneracional, esta termina siendo, en puridad, un derecho prácticamente inviolable de ciertos familiares que se impone al *de cuius* a

todo trance y aunque aquellos no observen para con él ninguna actitud que verdaderamente merezca el calificativo de solidaria. El Dr. Vaquer reconoce que el Derecho positivo ofrece argumentos sólidos en esta dirección, como el hecho de que la legítima no nazca de la necesidad del legitimario o el que ni siquiera su cuantía dependa de ella o que al desheredado le baste con negar la veracidad de la causa de desheredación para que se desplace al heredero la carga de probarla (arts. 851 CC y 451-20.1 CCCat.); pues estos datos pondrían de relieve, efectivamente, que el legislador sigue concibiendo la figura como un derecho del pariente que únicamente puede serle arrebatado de manera excepcional. Sin embargo, si la base de la institución se halla en el mencionado principio, parece necesario perfilar mejor en qué consiste esa solidaridad a fin de que su configuración normativa responda a ella y, a este respecto, el autor, con ayuda de la sociología, identifica como parámetros útiles los siguientes: el tiempo compartido, la estructura relacional y la ayuda mutua entre el causante y los legitimarios. «La coexistencia de estos tres parámetros permite dotar de elasticidad al concepto de solidaridad: el tiempo compartido y la ayuda mutua deben medirse por la estructura relacional y la necesidad de solidaridad en cada momento; no puede exigirse lo mismo a quien vive cerca que en la distancia ni en la salud que en la enfermedad». Por eso, la conducta del legitimario consistente en romper todo trato familiar con el causante ha de ser jurídicamente relevante al objeto de privarle de su derecho y ello, aun cuando no haya llegado a infligir al *de cuius* un auténtico maltrato físico o psíquico; es decir, aquellas conductas que supongan ausencia de relación familiar entendida como «ausencia de solidaridad familiar» deben ser invocables, sin necesidad de reforma legislativa, como causa eficiente de desheredación. Basta con objetivarlas a través de la fijación de algunos criterios jurisprudenciales: «la ausencia de trato familiar debe perdurar durante un tiempo significativo (parámetro: diez años) o debe manifestarse en una situación agravada (enfermedad, discapacidad), y no tiene que hallar su causa eficiente en el causante (nunca lo sería la mera crisis matrimonial entre los progenitores de los legitimarios)».

La conclusión es absolutamente coherente y está muy bien fundada. No obstante, como ya he dejado apuntado en otro lugar, se ha de ser consciente de que esta tesis, en algún modo reflejada en el art. 451-17.2.e) CCCat., obliga a los tribunales a entrar a conocer de los entresijos de las relaciones familiares en un plano que guarda escasa relación con lo jurídico, amén de inocular en el sistema una alta dosis de inseguridad y generar una indeseable judicialización de aquellas. Piénsese que, si de lo que se trata es de conferir libertad al causante para que, caso de no tratarse ya con sus allegados, pueda no asignarles nada o para que, en definitiva, pueda adecuar la distribución del caudal a su personal percepción de aquel que sea su entorno familiar, lo que quizás debería defenderse es, bien la erradicación de la legítima, bien, al menos, su articulación como colectiva.

La reciente STS de 19 de febrero de 2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz) asevera que la ausencia de relación familiar puede ser motivo de extinción del derecho de alimentos en favor de los hijos mayores de edad «por vía de una interpretación flexible de la causa 2.<sup>a</sup>» de desheredación del art. 853 CC «conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen», puesto que la solidaridad familiar e intergeneracional «late» como fundamento de aquel. No obstante, el Alto Tribunal no llega a aplicar tal doctrina en el caso de autos al no haberse acreditado la concurrencia de la que reputa premisa imprescindible suya, a saber, que se

pruebe que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos es imputable a estos «de modo principal y relevante».

4. En resumidas cuentas, el libro del Dr. Antoni Vaquer aborda el tema de la libertad de testar en todas sus vertientes y aristas y es, en este sentido, una obra redonda y plena, de imprescindible consulta para quien desee hacerse una cabal idea de cuál es el norte que ha guiado las reformas de los distintos Derecho sucesorios españoles en los últimos tiempos y cuál será su devenir futuro, así como de cuál es, a día de hoy, la inteligencia jurisprudencial de algunas de sus instituciones más relevantes.

Gorka GALICIA AIZPURUA  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea