

*Trabajo fin de grado:*

***Dereito de sucesións: elementos  
históricos e praxe civil,  
mercantil e internacional .***

Marta Astorgano Diez  
TUTOR: Miguel Ángel Pérez Álvarez  
4º Derecho  
Enero 2013

# 1. Identifique, describa, desarrolle y resuelva conforme Derecho los distintos problemas jurídicos presentes en el supuesto narrado.

En el presente caso práctico D. Benicio Fabricio Santos, nacido en Ourense en 1956, se casó con Matilde Ártabra Araprietos en 1976, también orensana. En 1978 Matilde dio a luz a Maita, y en 1980 a Feliciano. En 1982, fruto de una relación extramatrimonial, nació Aureliana, que fue aceptada como una más de la familia por la abnegada Matilde. En 1993 la familia abandona Ourense y fija su residencia en Madrid.

El matrimonio celebrado en Ourense entre Don Benicio y Doña Matilde se regirá por la Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Esta Ley establece en el artículo 171 que el régimen económico matrimonial será el convenido por lo cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales.

En este caso, aplicaríamos esta norma considerando que, como nada se dice, el régimen económico matrimonial será el de sociedad de gananciales. Según este régimen se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad.

La vecindad civil es la condición o cualidad de los españoles que determina la aplicabilidad, en cuanto ley personal, de alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país. El artículo 14.1 del Código Civil establece que *“la sujeción al Derecho civil común o al especial foral se determina por la vecindad civil”*.

De acuerdo con el artículo 9.1 del Código Civil, la vecindad civil designa la ley personal de los españoles que regirá para *“la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”*.

La vecindad civil puede adquirirse atendiendo a distintos criterios y ésta también puede cambiarse, como es el caso, por residencia.

El criterio principal en materia de atribución de la vecindad civil es la filiación. Sin embargo, el legislador tiene en cuenta la movilidad geográfica y la emigración, por lo que establece cauces para la adquisición de la vecindad correspondiente al territorio de residencia habitual pero, también, si se desea, la posibilidad de conservar la vecindad originaria.

El artículo 14.5 del Código civil establece que se adquiere la vecindad civil por residencia continuada en territorio al que corresponde distinta vecindad:

*“1.Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.*

*2.Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.*

*3.Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.”*

Benicio, Matilde, Maita, Feliciano y Aureliana se mudan de Ourense a Madrid y fijan allí su residencia en 1993.

Por filiación les correspondía la vecindad civil gallega y por tanto estaban sometidos al

Derecho civil de Galicia pero dicha vecindad cambió conforme a lo establecido en el artículo 14.5.2, es decir, por residencia continuada de diez años en Madrid sin declaración en contrario durante ese plazo. Por lo tanto, ahora están sometidos al Derecho civil Común y la capacidad, estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte se acogerán a lo establecido en el Derecho civil Común.<sup>1</sup>

La eficacia de los 10 años opera al margen de cualquier manifestación de voluntad de los interesados, salvo aquella que tiene como contenido directo la voluntad de conservar la vecindad civil que el sujeto ostenta. Lo que quiere decir que el cambio automático no se produce cuando durante los diez años transcurridos fuera del territorio cuya vecindad se ostenta no se ha permanecido en el territorio de una misma vecindad o se ha fijado la residencia fuera del territorio nacional<sup>2</sup>.

D.Benicio dedicó buena parte de sus esfuerzos a la venta de chocolate y porras madrileñas. A la pequeña cafetería que abrió en Lavapies pronto se unieron tres establecimientos más, todavía en funcionamiento a día de hoy. Emplea a 15 personas, es titular de la marca “ Las porras de Fabricio” (registrada en la OEPM) e incluso patentó en 1986 una trituradora antigrumos para el chocolate, que gozó de notable éxito en los años 90.

Se trata de una empresa familiar, que, aunque no hay un concepto típico de empresa familiar en nuestro ordenamiento jurídico, debe reunir para su existencia dos notas esenciales: en primer lugar, la existencia de un conjunto de elementos materiales e inmateriales dirigidos al desarrollo de una actividad económica productiva; y, en segundo lugar, con la titularidad, gestión y control dominado o reservado, o que se pretenda reservar al ámbito familiar.

La cafetería y los tres establecimientos más que se unieron debemos considerarlos como establecimientos comerciales, entendiendo como tales los locales y las construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinados al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma individual o en espacio colectivo, e independientemente de que se realice de forma continuada o en días o temporadas determinados.

Debemos entender por establecimiento mercantil el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil para el ejercicio de una o de varias actividades empresariales.

Entre los elementos del establecimiento mercantil se encuentra el local, que constituye el soporte físico del establecimiento mercantil. Este local puede ser propiedad del empresario individual o sociedad mercantil o pertenecer a un tercero.

---

1 STC 20 FEBRERO 1995 *“Las respectivas lecturas del desarrollo argumental del recurso y de la exposición razonada en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la de aquél en que el mero transcurso de los diez años opera “ipso iure” en punto a la adquisición de la vecindad civil, y a la del Tribunal “a quo”, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión, la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia, atendiendo a las reflexiones formuladas en el cutado fundamento, parece apoyarse de manera sustancial, en la dicción del párrafo segundo del artículo 225 del Reglamento del Registro Civil que establece que en el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona, pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el artículo 15.3.II del CC, en su redacción de 1889, y artículos 14.5.1 y 2 del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor el transcurso de los diez años confiere “ope legis” la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí, que resulta oportuno conceder a la tesis tel motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal “a quo” “.*

2 Véase al respecto, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, pág. 111

Se entiende por marca, tal y como establece el Artículo 1 de la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas, todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.

El Derecho a su uso exclusivo y, en consecuencia, su configuración como objeto susceptible de propiedad, se subordina al requisito de su registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas. El procedimiento de registro es de naturaleza administrativa pero se aplican los principios registrales clásicos. Este procedimiento de registro solo se pone en funcionamiento a requerimiento de los solicitantes o sus representantes. Además la solicitud ha de acompañarse de la documentación idónea según el asiento registral pretendido.

Rige también el principio de prioridad, es decir, la prohibición de registro como marca de algún signo coincidente o similar con otro ya registrado. Esto se determina por el momento de la presentación de la solicitud. Por último rige, el principio de calificación en virtud del cual una vez recibida la solicitud se realiza un superficial control formal y de legitimación del solicitante a cargo del órgano competente de la comunidad autónoma o de la Oficina Española de Patentes y Marcas. Cuando se supera esta calificación se adquiere la prioridad de fecha. Acto seguido, el órgano receptor remite el expediente a la Oficina Española de Patentes y Marcas para que ordene la publicación de la solicitud en el “Boletín Oficial de la Propiedad Industrial”. Una vez superados todos estos trámites, el solicitante obtiene la marca, acto que se se hará constar en la Oficina y también se insertará en el Boletín. Una vez registrada la marca, ésta se otorga por un periodo de diez años contados desde la fecha de su presentación. La marca es susceptible de renovarse por periodos adicionales de diez años.

Por tanto, debe considerarse que D.Benicio goza de ese derecho de uso exclusivo sobre la marca “Las Porras de Fabricio” ya que ha cumplido el requisito de su registro imprescindible para conseguir el uso exclusivo y su propiedad.

La marca puede ser objeto de negocios jurídicos, entre ellos se encuentra la transmisión que puede afectar tanto a la marca, una vez registrada, como a la que se halla en trámite de concesión.

La transmisión hereditaria se encontraría dentro del primer supuesto, es decir, la transmisión que afecta a la marca.

Tal y como dispone el artículo 47.1 de la Ley 17/2007 sobre la Marca *“1. La transmisión de la empresa en su totalidad implicará la de sus marcas, salvo que exista pacto en contrario o ello se desprenda claramente de las circunstancias del caso.”*

Se entiende por patente el derecho que se reconoce al inventor o su causahabientes para la explotación industrial en exclusiva, por sí o por otros y durante el plazo que marca la Ley, del resultado de su invención, ofreciendo en el comercio productos que la incorporan o sirviéndose del invento para producirlos.

El derecho a la patente, establece el artículo 10.1 de la Ley 11/1986, de 20 de Marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, que *“pertenece al inventor o a sus causahabientes y es transmisible por todos los medios que el Derecho reconoce”*.

Para gozar del derecho es necesario que antes de su difusión el titular del invento solicite y obtenga la inscripción a su favor en el registro público oficial (Oficina Española de Patentes y Marcas) que facilita al beneficiario el correspondiente título o documentos.

En este caso, D. Benicio no solicitó el registro de la trituradora antigrumos para el chocolate, el cual era un requisito necesario para su explotación industrial en exclusiva, por lo tanto, aunque se trate de un invento, no goza de ese derecho de patente sobre ella.

En 1999 Maita se independizó, y Benicio y su mujer le donaron en escritura pública una finca en la sierra madrileña con una casa habitable pero ya antigua. La finca con la casa tenía un valor de 70.000€ en el momento de la donación. En la escritura pública se hacía constar que la donación se consideraba no colacionable. En los años sucesivos Maita emprendió reformas en la casa, invirtiendo 30.000€ en efectuar mejoras. Además, la zona se revalorizó por la nueva red de comunicaciones, por lo que hoy en día la finca tiene un valor de 150.000€.

El artículo 618 del Código Civil define la donación como *“un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.”*

Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en la regulación específica relativa a la donación, tal y como establece el artículo 621 del Código Civil. Además el Código Civil nos dice que las donaciones se regirán por la ley nacional del donante y si el donante es español serán de aplicación las normas que correspondan de acuerdo con su vecindad civil.

En el presente caso Benicio y su mujer le donaron un finca en la sierra madrileña con casa habitable en escritura pública. Dicha escritura es un requisito esencial para las donaciones de bienes inmuebles en donde deben expresarse individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

En relación a la satisfacción de las legítimas, es importante señalar que ésta se calcula teniendo en cuenta no sólo los bienes que el causante deje a su muerte, sino también el valor de las donaciones. Si los bienes de la herencia no bastan para cubrir la legítima, deberán reducirse las donaciones por inoficiosas.

La donación hecha por Benicio y su mujer a Maita en 1999 en escritura pública consta como no colacionable<sup>3</sup>.

Colacionar consiste en integrar en la masa hereditaria las atribuciones patrimoniales que el causante hubiera realizado a favor de cualquiera de los herederos, es decir, consiste en la agregación a la herencia líquida de las donaciones otorgadas en vida por el causante a favor de los herederos forzosos con el fin de procurar la igualdad o proporcionalidad en sus respectivas cuotas hereditarias. El fundamento de la colación es la presumible voluntad del causante de que lo entregado en vida al heredero forzoso se hace como adelanto de legítima.

La doctrina le atribuye un fundamento doble: de una parte, la presunción de voluntad de que el causante, al atribuir ciertos bienes gratuitamente a un heredero suyo, lo hace como anticipo de lo que en la herencia le corresponderá; y de otra, la voluntad del legislador que quiere, objetivamente, que todos los herederos forzosos tengan iguales expectativas sobre el patrimonio familiar.

---

3 STS 17 marzo 1989: “Las diferencias que el código civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación, en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado CC”.

La jurisprudencia se inclina por el fundamento objetivo entendiendo que “la colación implica una ordenación (...) basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia”<sup>4</sup>.

La colación no podrá tener lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.

El deber de colacionar depende de la propia voluntad del donante-causante. El artículo 1036 del Código civil nos dice que existe deber de colacionar lo recibido intervivos y a título gratuito siempre que el donante no haya dispuesto lo contrario.

La dispensa de colación significa que el donante quiere que la donación se impute, en primer término, no a la legítima del donatario, sino a la porción libre. El donante puede realizar la dispensa de colacionar en el acto mismo de la donación, o posteriormente en acto inter vivos o en testamento<sup>5</sup>.

En 2005 Benicio acude al notario y otorga testamento.

El testamento se encuentra dentro de la sucesión voluntaria por causa de muerte ya que se rige por la autonomía de la voluntad del causante.

Los negocios jurídicos mortis causa se diferencian de los inter vivos en que la finalidad de los primeros es la de servir como instrumento para regular relaciones o situaciones jurídicas originadas esencialmente por la muerte de uno de los sujetos que lo celebran.

El artículo 667 del Código Civil define el testamento como “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*”. Está destinado a regular situaciones y relaciones jurídicas que se producirán después de la muerte del sujeto que lo celebra, el testador, y como consecuencia de dicho fallecimiento.

Las notas características del negocio jurídico del testamento en el Derecho común español vienen reguladas en el Código Civil:

Se trata, en primer lugar, de un negocio jurídico de carácter personalísimo. En este sentido el artículo 670 prohíbe que se deje su formación, en todo o en parte, al arbitrio de tercero o que se otorgue por medio de comisario o mandatario.

En segundo lugar, el testamento es un negocio jurídico de carácter unilateral. Su validez y eficacia se produce como consecuencia de la declaración de voluntad de la única parte del negocio, es decir, el testador, emitida en la forma prevista legalmente.

En tercer lugar, se trata de un negocio jurídico de carácter unipersonal ya que en el Derecho común español no es lícito otorgar conjuntamente un testamento por más de una persona.(Artículo 669 CC)

Se trata, también, de un negocio jurídico de carácter formal siendo la nulidad de pleno

---

4 Sentencia 19 de Julio de 1982

5 Véase al respecto ,Etelvina VALLADARES RASCÓN, *Comentarios al Código Civil*, cit, pág. 1218

Derecho del testamento la consecuencia de no otorgarlo con las formalidades necesarias (Artículo 687).

Por último, el testamento es de carácter esencialmente revocable. El testamento otorgado por el testador puede ser revocado, modificado o sustituido por una nueva declaración de voluntad testamentaria en cualquier momento (Artículo 737 CC).

Para otorgar testamento se necesita ser mayor de catorce años [excepto el ológrafo] y hallarse en su cabal juicio. La concurrencia de estos dos requisitos deberá ser apreciada por el notario (Artículo 663 CC).

El testamento que otorga Don Benicio en 2005 se encuadra dentro de lo que el artículo 676 del código Civil denomina testamentos comunes, los cuales son accesibles para cualquiera que desee testar.

Dentro de los testamentos comunes se trata de un testamento abierto. Este tipo de testamento lo define el artículo 679 CC como aquél testamento en el que *“el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.”* La persona encargada de autorizarlo es el notario dando lugar así al llamado testamento abierto notarial.

En este tipo de testamento el notario da fe de conocimiento y juicio de capacidad del testador, expresa la voluntad testamentaria por parte del testador, redacta el testamento, realiza una lectura del mismo y por último el testador manifiesta conformidad con el mismo y firma el testamento.

En primer lugar, en el testamento otorgado por Don Benicio ante notario se lega a Aureliana la empresa.

El legatario es un sucesor a título particular tal y como establece el artículo 660 del código civil. Se trata de una figura que sucede al causante únicamente en la titularidad de algún bien concreto y que no responde de las deudas del causante, sólo lo hará cuando su legado sea de una deuda. La existencia de legatarios es alternativa ya que viene determinada por la voluntad del causante y puede cederse.

El legado se adquiere automáticamente con la muerte del causante, aunque sea renunciable por el legatario. Además el legatario no adquiere la posesión civilísima de la cosa legada, teniendo que pedir la entrega de la misma.

En relación con lo expuesto, el artículo 881 del Código Civil establece que *“el legatario adquiere el derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo trasmite a sus herederos”*.

La doctrina entiende mayoritariamente que no es necesaria la aceptación de la herencia por el heredero ni la del legado por el legatario, porque el legatario adquiere “ipso iure” el legado, incluso aunque el legatario pueda renunciar a él. La aceptación del legado de la que habla en ocasiones el Código Civil es, en realidad, una renuncia al derecho de repudiar el legado, y aunque una parte de la doctrina hable de aceptación presunta, no hay tal aceptación sino adquisición por ministerio de la ley<sup>6</sup>.

---

6 Véase al respecto, Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ.DÍEZ, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 1056

En este supuesto el legado de la empresa encaja dentro del tipo de legado de cosa específica regulado en el artículo 882 del Código Civil. Este precepto establece que cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

El contenido del legado de Aureliana es la empresa familiar. La vía testamentaria facilita la sucesión de la empresa y en él se pueden incluir diferentes cláusulas para facilitar la continuidad de la empresa. En este caso, se elige a un descendiente para atribuir la empresa a título de legado.

El artículo 1056.2 del Código Civil ayuda al testador a preservar la indivisión de la explotación económica, en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia.

El citado artículo establece que *“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”*.

En este caso no sólo existe en el patrimonio del causante la empresa pero hay que considerar que, aunque el mecanismo del artículo 1056.II CC está inicialmente pensado para un patrimonio constituido únicamente por la empresa a transmitir, es posible que haya también otros bienes. En este escenario, considerando que los herederos forzosos tienen el derecho prioritario a recibir bienes de la herencia, primero debería abonárseles su parte asignándoles el patrimonio no empresarial. Sólo en lo que no alcance a cubrirse con dichos bienes, su legítima podría ser pagada en dinero <sup>7</sup>.

Este párrafo está redactado conforme a la disposición final primera, apartado 1 de la Ley 7/2003, 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En segundo lugar, en el testamento se indica que se considera satisfecha su legítima con la finca de la sierra que el testado califica como colacionable.

Aunque la donación se haya hecho con dispensa de colacionar, el donante puede revocar posteriormente la dispensa. Dicha revocación no afecta a la donación, que es irrevocable. Resulta de aplicación por analogía el artículo 827 del Código Civil.

Existen opiniones contradictorias sobre la revocación de la dispensa de colacionar. Por un lado, ROCA JUAN o VALLET consideran que es inútil prohibir la revocación de la dispensa, pues el donante puede obtener el mismo resultado disminuyendo la cuota hereditaria y que además la irrevocabilidad convertiría esta dispensa en un pacto sucesorio. Por otro lado, ALBADALEJO expone que no cabe la revocación de la dispensa efectuada al tiempo de la donación, salvo que ésta

---

<sup>7</sup> Véase al respecto, Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 1235

favoreciera a un heredero no forzoso y el causante ordenara su colación<sup>8</sup>.

El Código Civil en su artículo 1035 habla de la colación como una operación que sirve a la vez para el cálculo de las legítimas y para contar en la partición lo donado a los legitimarios del causante. El TS acentuó en su sentencia de 19 de Junio de 1978 esa defensa de la intangibilidad de la legítima y con ella, la igualdad de los legitimarios; después en la sentencia de 17 de marzo de 1989 distinguió “ la intangibilidad de la legítima, que garantiza el artículo 813 CC, y la colación” que “tiene como finalidad procurar entro los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones”.

Según LACRUZ BERDEJO, la colación ni defiende la legítima, ni necesariamente la igualdad. En realidad no se relaciona directamente con aquella, pues aún cuando los obligados a colacionar son, de modo exclusivo, los legitimarios, ésta es una circunstancia externa que no cambia la naturaleza de la operación: la ley, por consideraciones de conveniencia y oportunidad, les ha elegido para que colacionen pero este “ contar a parte” lo recibido por donación del de cujus que hace el colacionante, no es un instrumento de defensa de la legítimas.

En este caso, la donación fue hecha por Don Benicio y su mujer, Doña Matilde, por lo tanto, hay que tener en cuenta el artículo 1046 del Código Civil que establece “*La dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia*”.

Es importante el artículo 1045.I del Código Civil el cual establece que la donación al traerse a colación no debe ser las mismas cosas donadas, sino su valor, al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. También se tendrá en cuenta a efectos de la colación el aumento del valor del bien debido a la alteración jurídica no debida a la actividad del donatario. Por tanto, el valor que se tendrá en cuenta en el momento de llevar a colación la donación serán 150.000€.

En tercer lugar, a Feliciano se le deja, a título de heredero, un piso propiedad del matrimonio en Ginebra, 30 participaciones de Monaguillos, S.L y un derecho de crédito correspondiente a 30.000€ que Jonh Quesada, ciudadano norteamericano, perdió jugando póquer con Benicio en una de sus cafeterías.

El artículo 660 del Código Civil define al heredero como aquel que sucede a título universal al testador. Éste sucede en la totalidad o en una parte alícuota de la herencia viniendo a sustituir al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas. La cualidad de heredero es personalísima y no puede ser objeto de cesión.

Para algunos autores como SANCHEZ ROMÁN, BONET RAMÓN, DE DIEGO y CASTÁN TOBEÑAS, se deduce del artículo 660 que la cualidad de heredero no resulta de la mera intención del testador, es decir, de su voluntad de realizar una institución de heredero, sino del título universal, del llamamiento a la universalidad de la herencia o una parte alícuota.

Entienden otros autores como PUG BRUTAU, NUÑEZ LAGOS y VALLET, que es tal voluntad del testador la decisiva en el nombramiento de heredero, nombramiento que no puede abandonarse a una circunstancia no esencial, como la atribución de la universalidad o una cuota del patrimonio del causante, o bien de cosas determinadas. Por esta tesis subjetiva que expone se inclina también LACRUZ BERDEJO, entendiéndolo que lo esencial no es el uso de la palabra heredero, sino el designio del disponente de configurar un sucesor en la generalidad de los bienes,

---

<sup>8</sup> Véase al respecto, Etelvina VALLADARES RASCÓN, *Comentarios al Código Civil* cit, pág. 1219

obligado al pago de sus deudas, ejecutor de sus voluntades y curador de sus intereses extrapatrimoniales.<sup>9</sup>

La herencia se adquiere por el heredero después de la aceptación de ella (Artículo 999) y en el caso de que el heredero muera sin haber aceptado, lo que se transmite a los herederos de este último es el ius delationis o derecho hereditario, es decir, el mero derecho a aceptar o repudiar la herencia (Artículo 1006 CC). Además el heredero que acepta adquiere automáticamente la posesión de todos y cada uno de los bienes del causante en el mismo concepto que éste la tenía y responde ilimitadamente con su propio patrimonio de las deudas del causante.

Con referencia al piso en Ginebra, al tratarse de un bien que se encuentra en Suiza la sucesión será internacional y debemos determinar la Competencia Judicial Internacional y la Ley aplicable.

Respecto a la Competencia Judicial Internacional debemos mencionar un reglamento de sucesiones que aún no está en vigor.

El artículo 22.3 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial establece que, en materia de sucesiones, conocerán los Tribunales españoles siempre y cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España. Por tanto, se aplicará al caso y la Competencia Judicial Internacional corresponderá a los Tribunales españoles.

Respecto a la Ley aplicable, el artículo 1 b) de la Convención de la Haya de 1961 establece que una disposición testamentaria será válida si ésta responde a la Ley interna de la nacionalidad poseída por el testador sea en el momento en que dispuso o sea en el momento de su fallecimiento. Además este artículo nos hace presumir la capacidad del testador.

Por otra parte, el artículo 9.8 del Código Civil establece que *“La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”*.

En el caso que se nos presenta, se cumplen los requisitos establecidos en el Código civil ya que la Ley nacional del causante es la española. Aunque el piso de Ginebra sea una sucesión internacional, la ley aplicable a dicha sucesión es la Ley española.

También se le dejan en testamento a Feliciano 30 participaciones en Monaguillos S.L.

Cabe decir que tanto las acciones como las participaciones, a pesar de sus diversas formas de representación y de sus distintas aptitudes circulatorias, son por esencia transmisibles tal y como recoge el artículo 112 del Código Civil.

En los estatutos de las sociedades puede establecerse unas restricciones para la transmisión de acciones o participaciones. Para que estas restricciones afecten a las transmisiones mortis causa se requiere que así se prevea de forma expresa por los propios estatutos. A falta de previsión, las restricciones contenidas en los estatutos para las transmisiones inter vivos no serían aplicables y el heredero adquiriría la condición de socio. Se presume, como nada se dice, que en este caso no existe restricción a la transmisión mortis causa.

La transmisión de las participaciones sociales, al no estar documentadas, se exige que se

---

<sup>9</sup> Véase al respecto, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil V*, Madrid, pág 20-21

haga constar en documento público. El documento público no es forma esencial de la declaración de voluntad transmisiva, sino tan sólo la forma de hacer valer el negocio de transmisión en el tráfico. Complementariamente, la Ley dispone que las sucesivas transmisiones de las participaciones se harán constar en el libro-registro de socios que debe llevar la sociedad

Por último, se deja a Feliciano un derecho de crédito correspondiente a 30.000€ que Jhon Quesada, ciudadano norteamericano, perdió jugando al póquer en una de sus cafeterías.

Se denomina “derecho de crédito” al derecho subjetivo en virtud del cual un sujeto, el acreedor, puede exigir que otro sujeto, el deudor, realice en su favor una determinada conducta es decir, la prestación, de tal manera que, si el deudor incumple, responderá de las consecuencias del incumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros tal y como establece el artículo 1911 del Código civil.

Se trata de una obligación pecuniaria, considerando ésta como la que tiene como prestación la entrega de una cantidad de dinero. Aunque el dinero se materializa en monedas y billetes, no todas las obligaciones cuyo objeto es el traspaso posesoria de éstos son pecuniarias. No lo son, en concreto, aquellas en las que las monedas o los billetes se consideran en sí mismo singulares, como por ejemplo sería cuando un coleccionista adquiere una moneda por sus especiales características.

La obligación pecuniaria se caracteriza por tener por objeto la entrega de dinero. El dinero es un bien mueble, es una cosa fungible, consumible y productiva.

En este caso, la sucesión de este derecho de crédito es internacional y hay que determinar la Competencia Judicial Internacional y la Ley aplicable.

El Reglamento nº 593/2008, (Roma I) del Parlamento Europeo y del Consejo, de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales identifica el Derecho aplicable a los contratos internacionales. En primer lugar, el artículo 3 de dicho reglamento permite a las partes contratantes elegir el Derecho aplicable a su contrato internacional, pero en este caso nada se dice de que las partes lo hayan elegido. En defecto de este acuerdo de elección el Reglamento en su artículo 4 otorga al Tribunal y a las partes unos criterios para hallar el Derecho aplicable al contrato. Se trata de tres elementos: la prestación característica, los vínculos más estrechos y la cláusula de excepción.

Cada contrato posee una prestación que lo caracteriza y lo diferencia de los demás, por ejemplo en la compraventa la prestación característica es la entrega del bien.

En relación con lo anterior, el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento Roma I dice que: “2. *Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.*”

Pero hay casos, como en este supuesto de un derecho de crédito sobre una partida de póquer, en los que es difícil identificar la prestación característica. En estos casos para identificar la Ley aplicable se recurre a una cláusula de excepción establecida por el legislador, la de los vínculos más estrechos. El artículo 4.4 del Reglamento establece que, cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

La nacionalidad del titular del derecho de crédito es la española y el lugar de celebración de la partida de póquer es España, por tanto, siguiendo la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos debemos concluir que la Ley aplicable será el Derecho civil español y que los competentes serán los tribunales españoles por tener vínculos más estrechos con dicho país.

En nuestro Derecho existe una ley, la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. En su artículo 9.1 establece que: *“El ejercicio de las actividades no reservadas que son objeto de esta Ley queda sometido a la previa obtención del correspondiente título habilitante, en los términos previstos en los artículos siguientes. De conformidad con esta Ley son títulos habilitantes las licencias y autorizaciones de actividades de juego.”*. En este supuesto, nada se dice de que Don Benicio tuviese licencia o autorización de actividades de juego, por lo que se presume que no poseía tal licencia.

Tal y como establece el artículo 9.2 de la misma Ley, las actividades incluidas en el ámbito de esta Ley que se realicen sin título habilitante tendrán la consideración legal de prohibidas, y, además, quedarán sujetas a las sanciones previstas en la ley quienes la promuevan o la realicen.

Al ser un juego para el que es necesaria licencia o autorización y Don Benicio no la poseía, el derecho de crédito nacido contra Jhon Quesada considero que no es válido.

Por último, en el testamento otorgado por D.Benicio de su esposa Matilde nada se dice.

Matilde es legitimaria ya que son legitimarios los hijos y descendientes en línea recta del causante; en defecto de éstos, los ascendientes y; en todo caso, el cónyuge viudo, que puede concurrir con los demás legitimarios.

La legítima del cónyuge viudo consiste en un derecho de usufructo vitalicio sobre una parte de la herencia, cuyo quantum depende de los legitimarios con quienes concurra en la herencia. No se trata, por tanto, de la plena propiedad como la de los demás legitimarios.

Establece el artículo 834 que *“ el cónyuge al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”*.

La jurisprudencia duda sobre la calificación como heredero o como mero legitimario del cónyuge supérsite que recibe únicamente lo que por legítima le corresponde y/o, además, un legado. Se deduce que puede promover la partición de la herencia, aun cuando no resulta expresamente del artículo 782.1 LECiv, y concurrir al otorgamiento de la escritura pública en que se solemnice, debiendo participar en los gastos comunes que genere la partición. También está legitimado para impugnar las enajenaciones del causante cuando le perjudiquen y para ejercitar las acciones que corresponden al causante mientras la herencia esté indivisa, siempre que lo haga para la comunidad hereditaria y no en su provecho exclusivo. Sin embargo, no puede ejercitar el retracto de coherederos del artículo 1067, [en contra de esto está PEÑA] , pero sí el de los comuneros si la sociedad de gananciales sin liquidar integrase la herencia y se enajenase a un extraño una cuota hereditaria. Además el cónyuge supérsite no responde de las deudas hereditarias aunque sí debe ser citado al pleito en que se reclamen sin que en ningún caso responda “ultra vires”<sup>10</sup>.

Es necesario, por tanto que el cónyuge supersite no esté separado del causante, judicialmente o de hecho, al abrirse la sucesión de éste.

La cuantía de la legítima se calcula sobre una masa patrimonial ficticia integrada por el relictum más el donatum. El relictum está compuesto por el importe del activo hereditario,

---

10 JOSE MANUEL BUSTO LAGO, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 1007

deducidas las obligaciones del causante. El artículo 818 del Código civil establece que *“1. Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.*

*2. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.”*

El quantum de la legítima del cónyuge viudo depende de los legitimarios con quienes concurra en la herencia. Si éste concurre en la herencia con los descendientes o hijos, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora tal y como establece el artículo 834. Si no existen descendientes pero sí ascendientes, el artículo 837 del Código Civil establece que el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia. Por otra parte, el artículo 838 del Código Civil dice que no existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia.

En este caso, la viuda Matilde concurre con los hijos de Don Benicio y por tanto siguiendo lo establecido en el artículo 834, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

La legítima del cónyuge supérstite es conmutable por un capital en efectivo, por el producto de determinados bienes o por una renta vitalicia.

Como garantía de los derechos del cónyuge viudo, mientras la legítima no se haga efectiva, el artículo 839 del Código Civil establece la afección al pago de la misma de todos los bienes integrantes de la herencia, aunque éstos pasen a poder de un tercero, hasta que se constituya el usufructo a favor del cónyuge o hasta que se haga efectiva la conmutación.

En agosto de 2011 Benicio enferma gravemente. Pocas horas antes de morir, ante Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad, dicta un testamento (que Maita escribe a mano) en el que deja todos sus bienes a Maita y Feliciano, y el usufructo a Matilde. No se menciona a Auteliana. Benicio firma con sus débiles manos el testamento y fallece. En ese momento, constan en su patrimonio los siguientes bienes y derechos:

- La empresa, con activos por valor de 900.000€ y un pasivo de 60.000€.
- Dinero en una cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde (15.000€)
- El piso de Ginebra, valorado en 200.000€
- El derecho de crédito correspondiente a la partida de póquer.
- 15 participaciones de Monaguillos, S.L, con un valor razonable de 1000€ cada una

Se trata de un testamento abierto, entendiéndose como tal aquel en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. Este testamento es abierto en su modalidad especial de testamento en peligro de muerte. Este tipo de testamentos debe realizarse ante testigos instrumentales.

El artículo 700 del Código Civil regula este tipo de testamento señalando que: *“ Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario”*.

No basta que el testador esté en peligro inminente de muerte, sino que se precisa que a esta circunstancia se añada el no poder otorgar testamento ante Notario. Tal y como expone la STS de 22 de marzo de 1983, el Notario sólo deja de “ser necesario” cuando no es posible su intervención.

Debe realizarse, tal y como se ha señalado anteriormente, ante cinco testigos idóneos. El artículo 681 hace referencia a las personas que no podrán ser testigos en los testamentos: los

menores de edad, salvo los dispuesto en el artículo 701; los ciegos y los totalmente sordos y mudos; los que no entiendan el idioma del testador; los que no estén en su sano juicio; y, el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizando y quienes tengan con éste relación de trabajo.

Además, en este caso debemos de tener en cuenta el artículo 682 el cual establece que en el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

En el presente caso son testigos Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad. De entre ellos no son válidos los testigos de Maita y Feliciano ya que en este testamento se les deja todos los bienes y, como se ha mencionado, el artículo 682 del Código Civil dice que no podrán ser testigos en el testamento abierto los herederos y legatarios en él instituidos.

Aplicando el artículo 687 del Código Civil a este caso, el testamento sería nulo ya que no ha cumplido el requisito de los cinco testigos idóneos: *Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo* <sup>11</sup>.

Hemos hecho referencia al carácter ganancial del matrimonio celebrado entre D. Benicio y Matilde. Se trata del régimen económico matrimonial típico que produce el surgimiento entre los cónyuges de un patrimonio común legalmente determinado que coexiste con los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges.

El artículo 1344 del Código civil establece que *“mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”*.

Esta alusión a las ganancias o beneficios debe entenderse referida a aquello que obtienen los cónyuges con su trabajo o a los frutos o intereses que derivan de sus bienes privativos, como fuentes primordiales de ganancialidad.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia estiman actualmente que se trata de una comunidad germánica o en mano común, en la que está ausente la idea de cuotas o partes sobre los bienes concretos que la integran. Al tratarse de una comunidad germánica, no son de aplicación las reglas de gestión y disposición de los artículos 392 y ss, sino las contempladas en los artículos 1375 y ss. En defecto de norma específica, la doctrina es partidaria de aplicar analógicamente la re la regulación de la sociedad civil <sup>12</sup>.

La sociedad de gananciales tal y como establece el artículo 1345 CC empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales.

El código civil hace referencia en los artículos 1346 y 1347 a los bienes que tendrán carácter ganancial y los bienes que tendrán carácter privativo.

El primero de ellos, establece que: *“Son privativos de cada uno de los cónyuges:*

- 1.Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.*
- 2.Los que adquiera después por título gratuito.*

---

11 STS 28 DE OCTUBRE 1965: *“ ante el indiscutible hecho de ser uno de los tres testigos instrumentales del testamento, hijo político de la de en él instituida heredera, es indeclinable, acceder a la declaración de nulidad pretendida ya que, por estar supeditada la validez de los testamento al exacto cumplimiento de las solemnidades o formalidades que para cada uno exige el Código la intervención como testigo instrumental de quien le está prohibido intervenir; constituye patente inobservancia de formalidad que es causa de la nulidad del testamento.”*

12 Véase al respecto, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 1587.

3. *Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.*
4. *Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.*
5. *Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.*
6. *El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.*
7. *Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.*
8. *Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.*

*Los bienes mencionados en los apartados 4 y 8 no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.”*

Por otra parte, el artículo 1347 establece que: “*Son bienes gananciales:*

1. *Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.*
2. *Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.*
3. *Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.*
4. *Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.*
5. *Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354”*

Todos los bienes que quedan en el patrimonio a la muerte del causante debemos considerarlos de carácter ganancial.

Respecto a los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, declara la STC 20 noviembre 1991, que “la finca de reemplazo, adquirida a cuenta de dichos bienes comunes, también le afecta la consideración de ganancial en razón del principio de subrogación real”

Respecto a los gananciales, declara la STS 24 de octubre 1990 que “ no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal”.

En relación a la empresa debemos tener en cuenta el apartado 5 del artículo anterior, considerando que pertenece a la comunidad de gananciales ya que se trata de una empresa fundada durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges y presumimos, ya que nada se dice, que se ha hecho con bienes comunes.

Según la doctrina y la jurisprudencia, [STS 18 septiembre 1999], este apartado se refiere a la empresa individual y no a la societaria. Es confusa la alusión del precepto a los establecimientos, que debe ser interpretada no como mera base física o local de negocio sino como universalidad de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad<sup>13</sup>.

---

13 Véase al respecto, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 1593.

Para incluir en la sociedad de gananciales el derecho de crédito debemos tener en cuenta el artículo 1351 el cual establece que *“las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o en los procedentes de otras causas que eximen de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales. Este precepto se refiere a las ganancias del juego sin distinguir entre las que proceden de juegos lícitos o de las de juegos ilícitos.*

Respecto al dinero en la cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde por valor de 15.000€, nada se dice en el testamento por lo que se abrirá la sucesión intestada. Al existir línea recta descendente, serán llamados a heredar éstos en primer lugar tal y como establece el artículo 930 del Código Civil.

Con relación a las participaciones que D. Benicio deja en testamento a Feliciano debemos observar que, en un primer momento, cuando D. Benicio otorga testamento se le deja a título de heredero 30 participaciones en Monaguillos, S.L pero que, posteriormente, cuando D. Benicio fallece en su patrimonio constan solamente 15 participaciones con un valor de 1000€ cada una.

Pueden haber ocurrido dos cosas: en primer lugar, que antes de su fallecimiento, haya dispuesto de esas 15 participaciones por un acto inter vivos.

La LSRL dedica a los regímenes de libre transmisión y supletorio el artículo 29, comprendiendo aquellas transmisiones que tengan carácter inter vivos y naturaleza voluntaria.

Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta Ley (art.29.1 LSRL).

Serán por tanto los socios quienes al redactar los estatutos han de decidir si desean que las transmisiones enumeradas en el art. 29.1 resulten libres, por no estipular nada en contrario, y quienes a su vez determinen la regulación estatutaria de las transmisiones en general sin atenerse a más limitaciones específicas que las derivadas de las prohibiciones incluidas en el art. 30 LSRL, y las contenidas en el reglamento del registro mercantil.

La transmisión se considera, en principio, libre, dentro de un círculo de personas próximas al socio. Por lo tanto, respecto a terceros no incluidos en el ámbito del art. 29 LSRL, la transmisión no es que se presuma libre, sino que por el contrario ha de ser limitada, en consideración al carácter cerrado que define a la sociedad. El art. 30.1 de la Ley, que declara nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos. Sin embargo, en ningún caso las limitaciones a la transmisión pueden llegar a imposibilitarla, salvo que se reconozca el derecho del socio a separarse en cualquier momento (art. 30.3 LSRL).

Los estatutos han de contener, en definitiva, los mecanismos previstos para que la transmisión de participaciones sociales por actos inter vivos no resulte libre. Esta es una de las diferencias más relevantes que la Ley pretende establecer entre la sociedad anónima y la sociedad limitada, justificada por el carácter cerrado que de ésta se predica.

El art. 30.2 LSRL declara igualmente nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir u número diferente de las ofrecidas.

No obstante, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones

precedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución (art. 30.4).

El régimen supletorio se aplica a las transmisiones por actos inter vivos, a falta de previsión estatutaria al efecto. Respecto de la supletoriedad del régimen legal cabe plantear cuando será aplicable:

Para algunos autores como CABANAS TREJO, no se trata de normas supletorias que vengan a llenar las lagunas de un eventual régimen estatutario, sino de un sistema completo que queda desplazado en su totalidad tan pronto como los estatutos establezcan su propio sistema.

Sin embargo, para otros como SEQUEIRA, el régimen supletorio jugará, no únicamente cuando no exista régimen estatutario alguno, sino también en los supuestos de que la previsión estatutaria sea insuficiente, o nula por ser contraria a las prohibiciones impuestas por el art. 30 LSRL

Este régimen supletorio viene regulado en el apartado 2 del artículo 29 LSRL: “2. *A falta de regulación estatutaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos se regirá por las siguientes reglas:*

*a.El socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión.*

*b.La transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida por la Ley.*

*c.La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la Junta General donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la Junta General tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.*

*Cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la Junta General podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir; conforme a lo establecido en el artículo 40.*

*d.El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. Si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.*

*En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.*

*En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, se entenderá por valor real de las participaciones el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el Registrador mercantil.*

*e.El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.*

*f.El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.”*

En segundo lugar, puede haber ocurrido que D. Benicio haya dispuesto en testamento de algo que no tenía en ese momento.

Debemos aplicar al caso, respecto a la disolución de la sociedad de gananciales, el artículo 1392 del código civil. Este artículo establece como una causa de disolución de la sociedad la disolución del matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges. Desde este momento hasta que se procede a la liquidación de la sociedad, surge la denominada comunidad postmatrimonial o postganancial.

En esta comunidad las cuotas de copropiedad no recaen sobre los bienes concretos sino sobre el patrimonio en su conjunto. A partir de este momento, las ganancias que los cónyuges obtengan a partir de la disolución de la sociedad pasarán a formar parte de su patrimonio privativo y los únicos incrementos patrimoniales que podrán experimentar la masa común procederán del cobro de los créditos que la sociedad ostente frente a terceros, de subrogaciones que tengan lugar en el seno del patrimonio o de la fructificación de los bienes ya existentes.

La liquidación de la sociedad de gananciales puede ser definida como el conjunto de operaciones que tienen lugar después de la disolución de este régimen económico-matrimonial y que se dirigen a la concreción del haber partible entre los cónyuges y la división entre ambos de los bienes del matrimonio. Esta liquidación puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges.

Declara la STS 18 mayo 2006 que “ la liquidación del régimen económico matrimonial es un “prius” de la partición de la herencia, como necesario para determinar el caudal relicto del causante sujeto a partición y con la finalidad de que no se incluyan en él bienes que no pertenecen al causante. La liquidación de la sociedad de gananciales sigue sus propias reglas distintas de las que rigen la partición de la herencia”.

Además, de acuerdo con la STS 8 junio 1999, “la liquidación no supone sólo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, lo cual supone la formación de inventarios, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago”.

En el activo de la sociedad deberán comprenderse, tal y como señala el artículo 1397 del CC: “*los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubiesen sido recuperados y el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y, en general, las que constituyen créditos de la sociedad contra éste.*”

La mención a los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, abarca a los bienes muebles e inmuebles, los derechos reales y los derechos de crédito que la sociedad ostente frente a los terceros.

Por otra parte, en el pasivo de la sociedad, de acuerdo con el artículo 1398 del CC, deben integrarse: *“Las deudas pendientes a cargo de la sociedad, el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad; y, por último, el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad”*.

Tal y como establece el artículo 1344, cuando se produce la disolución de la sociedad de gananciales les serán atribuidos por mitades a los cónyuges.

Cada cónyuge puede disponer por testamento de la mitad de sus bienes gananciales. Dada la naturaleza germánica de esta comunidad hay que entender estos actos de disposición referidos a la cuota abstracta (mitad) que cada uno de los cónyuges ostenta sobre el patrimonio ganancial en su conjunto. Solo una vez que la sociedad de gananciales se liquide, esta cuota se concretará en bienes determinados. Como se deduce de la literalidad de la norma, se trata únicamente de actos de disposición mortis causa.

Respecto al cumplimiento por parte de D. Benicio del deber legitimario debemos tener en cuenta el artículo 818 del Código Civil. En él se establece el cálculo de las legítimas que no se calculan simplemente con referencia a los bienes que queden al fallecimiento del testador sino que, por una parte, a ese valor líquido se deberán deducir las cargas y deudas que afecten a los mimos.

El artículo 818 no determina el momento con referencia al cual debe hacerse la valoración de los bienes que el testador deje. Aunque el momento de la muerte del testador es básico para determinar los bienes que componen patrimonio, referir el valor al momento de la muerte contrasta con el artículo 847 que dispone que se atienda al valor de los bienes en el momento en que la legítima se fije o concrete.

Un sector de la doctrina y la jurisprudencia, aceptan que la valoración de los bienes se haga con el valor que tengan esos bienes en el momento en que la legítima se fije o concrete, en detrimento del momento de apertura de ella sucesión, sostenido por la jurisprudencia anterior a aquella fecha. Sin embargo, el artículo 654.I determina que el valor de los bienes relictos a tomar en cuenta es el que tengan en el momento de la muerte del causante <sup>14</sup>.

Como se ha señalado, al valor líquido de los bienes que hubieran quedado, debe deducirse el importe de las deudas y las cargas, aunque sin comprender en ellas las impuestas en el testamento. Por deudas deben entenderse las obligaciones de todo tipo que pesaran sobre el causante y por cargas los derechos reales que graven los bienes y puedan entenderse como vías de detracción o disminución de su valor.

Por otro lado hay que tener en consideración las donaciones que el causante hubiera hecho en vida. El artículo 818 ordena que al valor líquido obtenido detrayendo del importe los bienes relictos las deudas y las cargas, se agreguen las donaciones “colacionables”. Aunque el Código parece limitar con esa expresión las donaciones que deban computarse, hoy es doctrina que a la

---

14 Véase al respecto, JOSE MANUEL BUSTO LAGO, *Comentarios al Código Civil*, pág 984.

masa hay que llevar todas las donaciones hechas por el causante cualquiera que haya sido su beneficiario<sup>15</sup>.

Con respecto a que momento han de valorarse las donaciones debe mencionarse que el artículo 818 antes de la Ley 11/1981 de 13 de mayo parecía tomar en consideración el momento en que las gratuidades se hubiesen hecho. Pero la Ley de 13 de mayo de 1891 suprimió ese criterio y, aunque con carácter general no manifiesta el momento en que deben valorarse, puede deducirse del artículo 847 donde se establece que: *“Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal.”*

La doctrina se muestra dividida acerca del momento en que ha de calcularse el valor del “donatum” entre aquel en el que se realice el cómputo, [opinión de DE LA CÁMARA], o aquel que considera que es el de la apertura de la sucesión hereditaria determinada por la muerte del causante, [opinión sostenida por ALBADALEJO]. Este criterio es admitido tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, pues se suprime toda referencia al momento temporal al que ha de referirse la valoración<sup>16</sup>.

Sobre el haber calculado según el artículo 818, la fracción constitutiva en la legítima, en este caso para los descendientes, es de dos tercios, de los cuales uno puede dedicarse por el causante a mejorarlos. Por lo tanto, la legítima larga será de dos tercios y la legítima estricta de uno, cuando el otro tercio se ha destinado a la mejora.

La legítima del cónyuge viudo consistirá en el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora cuando concorra con hijos o descendientes.

En el momento del fallecimiento de Benicio constar en su patrimonio los siguientes bienes: la empresa, dinero en cuenta corriente, un piso en Ginebra, un derecho de crédito y 15 participaciones. Al tratarse de bienes gananciales para calcular la legítima debemos tener en cuenta la mitad del valor de cada uno de esos bienes. Por tanto, quedarían, con respecto al cálculo de la legítima, el valor de la empresa en 420.000€; el dinero en cuenta corriente sería de 7.500€; el piso situado en Ginebra, 100.000€; el derecho de crédito correspondiente a la partida de póquer con un valor de 15.000€ y, por último 7.500€ de las participaciones en Monaguillos, S.L.

Sumados todos estos valores, nos dará un resultado de 550.000€. A este valor de los bienes que quedan en el momento de la muerte del causante, debemos deducirles las cargas o gravámenes que en este caso no existen. Seguidamente hay que computar la donación hecha a Maita. Se computará por 150.000€ que es el valor actual que tiene la finca ya que Maita emprendió reformas de la casa, invirtiendo 30.000€ en efectuar mejoras y, además, la zona de revalorizó. Igual que anteriormente con los bienes, deberá computarse por la mitad esta donación, es decir, por 75.000€. Sumada esta donación a los 550.000€ de los bienes, queda un resultado de 625.000€

Ya que la herencia se divide en tres tercios, uno de ellos llamado de legítima corta o estricta, otro de mejora que junto al anterior componen la legítima amplia, y otro de libre disposición, este resultado hay que dividirlo entre 3, consiguiendo un valor de 208.333. Por último, como los legitimarios en este caso son 3, Maita, Feliciano y Aureliana, hay que repartir entre todos por partes iguales y para conseguirlo se dividirá entre 3 ese valor, obteniendo un resultado de 69.444€. A cada

---

15 Véase al respecto, Jose Manuel BUSTO LAGO, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 984.

16 Jose Manuel BUSTO LAGO, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 985.

legitimario le corresponde esa cantidad para poder decir que D. Benicio ha cumplido su deber legitimario.

A Feliciano se le deja en testamento el piso de Ginebra, las 30 participaciones en Monaguillos, S.L y el derecho de crédito. A Aureliana se le lega la empresa. Por último a Maite se satisface su legítima con una donación de una finca en la sierra madrileña. Atendiendo al valor de los bienes debemos concluir que D.Benicio sí que ha cumplido su deber legitimario.

Cinco meses después, Feliciano fallece en un accidente de tráfico estando soltero sin descendencia y sin haber otorgado testamento. En el instante del óbito de Feliciano, ninguno de los instituidos en la herencia de Benicio había manifestado su voluntad acerca de su aceptación o repudiación.

En defecto de una previsión testamentaria del causante, o en su caso, cuando las disposiciones testamentarias dirigidas a determinar el orden de suceder devienen ineficaces se abrirá la sucesión intestada, sucesión legal o sucesión abintestato. Tal y como establece el artículo 658 del Código Civil : *“1. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. 2.La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. 3.Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley”*.

Esta sucesión viene preordenada por la ley y se trata de un tipo de sucesión de carácter supletorio respecto de la voluntad del causante manifestada en testamento. Otra nota característica de esta sucesión es la compatibilidad con la sucesión testada ya que la sucesión ab instestato solo opera con respecto a la parte de la herencia de la que el causante no haya dispuesto.

El régimen de la sucesión legítima o intestada previsto por el Código Civil, a diferencia del Derecho Romano, se caracteriza por el principio de compatibilidad entre ambas sucesiones.

Este tipo de sucesión tiene lugar en unos supuestos que aparecen enumerados en el artículo 912 del Código Civil.

En primer lugar, cuando uno muere sin testamento, con testamento nulo o haya perdido después su validez. La inexistencia de testamento requiere para ser probada, además del certificado de defunción, el certificado negativo del Registro de Actos de Última Voluntad. Este supuesto se aplica a este caso en el que Feliciano falleció sin haber otorgado testamento.

En segundo lugar, cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión intestada tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

En tercer lugar, cuando falta la condición impuesta a la institución de heredero, éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

Y, por último, cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.

Existe un orden para suceder abintestato. En el momento anterior al de la determinación exacta de quién o quienes serán finalmente llamados a heredar, todos los sujetos que posiblemente puedan ser llamados a la herencia, es decir, descendientes, ascendientes, parientes colaterales y cónyuge están legitimados para los actos de conservación de la herencia, de intervención ante el supuesto de viuda encinta, ejercicio de la acción de nulidad testamentaria, pueden instar la incapacitación del causante y solicitar de declaración de herederos abintestato sin necesidad de

litisconsorcio activo y sin perjuicio de que el juez declare la delación a favor de los sujetos, que tengan rango preferente, aunque sean distintos del solicitante.

En el momento de determinar la condición concreta de un sujeto como heredero abintestato, se requiere de forma general una declaración judicial obtenida en un proceso de Jurisdicción Voluntaria o bien por la vía del juicio abintestato regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sólo en el caso de que los solicitantes sean descendientes con filiación legalmente determinada, ascendientes o el cónyuge viudo, es posible una declaración de herederos por vía notarial, mediante el acta de notoriedad regulada en el artículo 209 bis del Registro del notariado.

En nuestro Código el llamamiento a la sucesión intestada se basa en el parentesco, ya sea de sangre o adoptivo, en el matrimonio, y a falta de todo pariente o cónyuge, en el vínculo de nacionalidad, de forma que el Estado español es llamado a suceder a los españoles que, muertos sin testamento, carecen de todos los anteriores.

La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendiente, sin limitación de grado y sin distinción de sexo, edad o filiación matrimonial o extramatrimonial, adoptiva o biológica. Tal y como establece el artículo 932: *“Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.”* continuando el en siguiente artículo *“los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales.”*

En segundo lugar, a falta de hijos y descendientes del difunto, heredarán los ascendientes. Ambos progenitores heredarán por partes iguales y con independencia de que entre ellos exista o no vínculo matrimonial, siempre que la filiación se halle legamente determinada. Si sólo sobreviviera uno de los dos progenitores, éste sucede al hijo en toda la herencia.

Al igual que en la línea descendente, no existe limitación de grado y el llamamiento de los ascendientes se entiende igualmente sin perjuicio de los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

El Código regula, en tercer lugar, el llamamiento a la sucesión intestada del cónyuge viudo que se produce a falta de descendientes y ascendientes. Este cónyuge no puede estar separado judicialmente o de hecho del causante en el momento del llamamiento, tal y como establece el artículo 945.

A continuación, serán llamados a la sucesión intestada los parientes colaterales que se extiende hasta el cuarto grado estableciendo el artículo 954 que *“No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato.”*

Por último, a falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, establece el artículo 956 del Código civil que sucederá el Estado.

Lo que Feliciano transmite a Matilde, heredera debido a la sucesión intestada, es el ius delationis ya que Feliciano falleció sin aceptar ni repudiar la herencia. El derecho de delación o ius delationis constituye el ofrecimiento de la herencia a los herederos para que la acepten o repudien

La transmisión de ius delationis se produce cuando el instituido heredero fallece sin aceptar ni repudiar la herencia y por tanto no integra en su patrimonio los bienes hereditarios, pero sí el derecho de delación, que se transmite a sus herederos. Respecto a esto establece el artículo 1006 que *“Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.”*

El transmisario es un sucesor a título universal del transmitente que se ubica en su misma posición jurídica en relación con todos aquellos derechos y obligaciones transmisibles de los que era titular en el momento de su fallecimiento. Y por ello, aquel puede ejercitar cuantos derechos hubiera podido ejercitar éste en vida, pero que no ejerció antes de morir, incluyéndose el “ius delationis”; es decir, no se transmite la herencia adquirida, sino el derecho a adquirirla aceptándola<sup>17</sup>.

Los herederos de del llamado a la herencia del primer causante pueden decidir si aceptan o repudian dicha herencia.

La transmisión del derecho de delación se produce en virtud de la ley y no puede ser excluida por el primer causante. Para que la transmisión se produzca hace falta que el transmisario acepte la herencia del transmitente, ya que no adquiere el derecho de delación si repudia la herencia de su causante. La aceptación de la herencia del primer causante implica la aceptación de la herencia del transmitente.

El trasmisario es sucesor del transmitente en su herencia y en el ius delationis que forma parte de ella, y sucesor del primer causante en la herencia de éste ya que al ejercitar el ius delationis aceptando la herencia, se convierte también en sucesor del primer causante, cuya herencia no llegó a hacer suya el transmitente, ya que no la aceptó ni la adquirió.

Para LACRUZ el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante, pues éste no lo designa como tal en su testamento. En cambio para ALBADALEJO el transmisario sucede al primer causante.

Con posterioridad al fallecimiento de Feliciano, Matilde vendió a la constructora inglesa “Bricks plc” el piso radicado en Ginebra por un precio de 300.000€ y simultáneamente procedió a ceder a la sociedad “Póquer España, S.L” el crédito de 30.000€ que se tenía contra Jonh Quesada, recibiendo a cambio de ello 25.000€. A los cuarenta y cinco días de haberse concertado las referidas transmisiones, Matilde entregó a su hijas Maita y Aureliana, copias de las escrituras correspondientes a los referidos contratos de transmisión, si bien hay constancia de que Maita tuvo conocimiento de tales hechos el mismo día en el que se produjeron.

La aceptación y la repudiación de la herencia aluden al ejercicio del ius delationis por parte del llamado a la herencia.

Dice la STS 10 noviembre 1981, que “ en nuestro ordenamiento, seguidor del sistema denominado romano, la herencia no se adquiere por el solo hecho de la delación sino que ha de ser completada con la aceptación”.

Establece el artículo 988 del Código civil que la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres sin que nadie pueda imponer forzosamente la sucesión.

Existen dos tipos de aceptación; la aceptación pura y simple y la aceptación a beneficio de inventario. Y, a su vez, la aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita.

La regla general es la aceptación pura y simple, debiendo solicitar el beneficio de inventario para que se de este otro tipo de aceptación.

En la aceptación tácita la adquisición de la herencia se produce ex lege a través de determinadas conductas cuya realización lleva aparejada por obra de la ley tal efecto jurídico. El artículo 999 en su apartado tercero la define como aquella que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar; o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Este precepto procede sustancialmente del Derecho Romano y de las Paridas.

---

17 Véase al respecto, Rafael COLINA GAREA, *Comentarios al Código Civil* cit, pág 1180.

Según la STS 20 enero 1998, y por aplicación del artículo 999.III, “el acto del que se deduzca la aceptación de la herencia ha de tener una de estas dos cualidades: a) Revelar necesariamente la voluntad de aceptar o b) Se actos que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero”.

El artículo 1000 del Código civil establece una serie de supuestos en los que se considera que se ha producido tácitamente la adquisición de la herencia debido a la transmisión o cesión del derecho a aceptar o repudiar la herencia por parte de la persona llamada a la misma como heredero.

Por lo que interesa al caso, el apartado primero de este artículo señala que se entenderá aceptada la herencia *“cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos”*. Todos estos negocios son actos de disposición cuyo objeto se circunscribe al derecho hereditario que posee el heredero. Lo que se vende, dona o cede es el derecho que se tiene después de que ya se ha hecho valer la delación en sentido adquisitivo.

La venta que Matilde hace del piso radicado en Ginebra a la constructora inglesa “Brikcks plc” es una compraventa internacional.

El artículo 2 del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) establece que este reglamento tiene aplicación universal es decir, este reglamento incluye derecho aplicable aunque no sea Estado Miembro. Aquí el ámbito de aplicación material desaparece.

Este mismo reglamento en su artículo 4 establece una serie de supuestos en su apartado primero de como se determinará la ley aplicable. La compraventa de un bien inmueble no aparece regulada en este apartado y debemos aplicar en artículo 4.2. Este artículo establece que *“Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”*.

La prestación característica del contrato de compraventa es la entrega del bien. En este caso, la propietaria del piso en Matilde y la entrega del bien la realiza ella, su residencia habitual la tiene en España, por lo tanto debemos considerar como derecho aplicable, el derecho civil español y serán competentes los tribunales españoles.

La compraventa está regulada en nuestro ordenamiento por el Código Civil. El artículo 1445 la define como aquel contrato en virtud del cual uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente. Se trata de un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento. Las obligaciones primordiales de este contrato son la entrega de la cosa y el pago del precio, las cuales se efectúan en la fase de ejecución del contrato.

Debemos entender por cesión de crédito que tenía contra Jhon Quesada que hace Matilde a la sociedad Póquer España, el acto entre vivos en virtud del cual un nuevo acreedor sustituye al anterior en la misma relación obligatoria. La cesión de créditos nace de un contrato entre el acreedor original, cedente, y el nuevo acreedor, cesionario. El deudor, cedido, puede ser parte o no serlo.

El artículo 1156 del Código Civil menciona la novación como causa de extinción de las obligaciones.

En este supuesto la novación es por cambio de acreedor. Esta novación puede dar lugar a una novación modificativa o a una novación extintiva.

El artículo 1112 del Código Civil establece que *“Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”*. Por lo tanto, el cambio de deudor no es incompatible con la continuidad de la obligación.

En este caso el cambio de acreedor se produce por una cesión del crédito a un tercero.

Anteriormente se ha mencionado la nulidad del derecho de crédito debido a que provenía de un juego ilícito, por tanto, la cesión de este derecho de crédito sería inválida.

El artículo 1529 del Código Civil establece un régimen especial de saneamiento en relación con la existencia y la legitimidad del crédito, así como con la solvencia del deudor. Debemos distinguir entre el cedente que obra de buena fe y el que obra de mala fe.

Si consideramos que Matilde actuó de buena fe, es decir, que actuó ignorando los problemas relacionados con la existencia y legitimidad del crédito, tal y como establece el artículo 1529, responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública.

Si por el contrario consideramos que Matilde actuó de mala fe, es decir, que conoce esos problemas que cuestionan el crédito, responderá de todos los gastos y de los daños y perjuicios.

Como se ha mencionado anteriormente, Matilde entrega a sus hijas Maita y Aureliana, a los cuarenta y cinco días de haberse concertado las referidas transmisiones copias de las escrituras correspondientes a los contratos de transmisión.

Podría pensarse en la existencia de derecho de retracto, entendiendo por éste el derecho que le corresponde a los coherederos de retraer para sí lo que se vendió otro de los coherederos a un tercero. Debe ejercitarlo en el plazo de un mes desde que se le notifica la transmisión.

En el artículo 1067 del Código civil se hace referencia al retracto de coherederos: *“si alguno de los herederos vendiera a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquier de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsando el precio de la compra, con tal que lo verifique en término de 1 mes, a contar desde que esto se les haga saber”*.

Este retracto se rige por las reglas de los retractos legales, en especial de las de retracto de comuneros ya que aparece como una variante de éste por razón del objeto de esta comunidad ya que ningún heredero puede disponer, antes de la partición, de bienes concretos y singulares de la herencia, únicamente puede disponer de su cuota abstracta sobre el patrimonio hereditario.

Para poder aplicarse el derecho de retracto legal debes cumplirse unos requisitos: debe existir un contrato perfeccionado y consumado de venta o dación en pago; esta venta o dación en pago puede recaer sobre cualquier cosa, sea bien mueble o inmueble e incluso sobre derechos; en tercer lugar, debe cumplirse que la disposición legal atribuya a un tercero ajeno a la venta la facultad de subrogarse en el lugar del que adquiere la cosa; y, por último, que la subrogación se opere con las mismas circunstancias estipuladas en el contrato, de tal suerte que el primitivo comprador debe quedar en condiciones análogas a las que tenía antes de suscribir el contrato y de ahí el derecho de reembolsar no solo el precio pagado, sino también cuantos gastos se ocasionaron por razón del contrato.

En este caso, no puede decirse que exista derecho de retracto ya que Maita y Aureliana no son coherederos. Aureliana aparece como legataria en el testamento de D. Benicio y a Maite se satisface su legítima con una donación.

## **2. Razon sobre la oportunidad histórica del sistema de legítimas y la conveniencia de mantenerlo en el actual ordenamiento jurídico español. Refleje la normativa que recoge las legítimas en alguna de las fuentes jurídicas históricas que ha examinado en sus estudios de grado.**

La legítima nace en el Derecho Romano como la culminación de un largo proceso de evolución en materia sucesoria dentro de las limitaciones de la libertad de testar. Su finalidad es la de defender los derechos de aquellos herederos forzosos o necesarios que sin motivo alguno fueron dejados de lado en el testamento.

Esta institución que fue evolucionando en Roma pasó a las legislaciones modernas y en nuestro código aparece en los artículos 806 y siguientes.

El pater familias que en la época primitiva poseía un poder absoluto y que podía desheredar expresamente a los "sui" va a ir modificándose y perdiendo su ilimitada libertad, ya que a fines de la República el testamento romano deja de ser un medio de transmisión de la soberanía del grupo y adquiere un contenido esencialmente patrimonial y va a aparecer una reacción contra el testador, que de manera injustificada haciendo mal uso de la libertad que le otorgaba el derecho civil de testar o desheredar, excluye sin causa justificada o instituye por una escasa porción a sus herederos familiares cercanos.

En el Derecho civil primitivo se fijó el principio de que el testador no podía dejar de mencionar en el testamento a los herederos suyos, ya sea instituyéndolos herederos o desheredándolos puesto que por una simple omisión de los mismos no se los podía considerar excluidos de la herencia.

En la misma condición se encontraban los póstumi, es decir, los hijos nacidos con posterioridad a la muerte del causante y su omisión producía la caducidad del testamento y la apertura de la sucesión ab-intestato.

El sistema adoptado por el derecho civil dejaba fuera a los hijos emancipados quienes quedaban excluidos del testamento ante la simple omisión de los mismos. El pretor acudió en su protección con la finalidad de dar prevalencia a la familia cognaticia y de esa manera va a equiparar a los herederos sui con los hijos emancipados.

El instituto de la legítima aparece a comienzos de la época imperial. La idea penetra la práctica judicial y así vemos que el tribunal de los centunviris, en algunos casos aislados, declaró inoficiosos los testamentos que no favorecieran en algo a los parientes más cercanos, pero el ulterior desarrollo de la institución lo encontramos en la jurisprudencia clásica y la legislación imperial, que crearon un verdadero derecho de legítimas que se podía pedir a través de la querrela inofficiosi testamentari que era la acción de los parientes para impugnar el testamento que los hubiera desheredado o preterido injustamente.

Recibía el nombre de testamento inoficioso (officium) todo acto contrario al deber derivado de la sangre o el afecto entre las personas, o bien, el reconocimiento a la relación de afecto entre las personas. El testamento inoficioso era aquel que afectaba sólo los deberes impuestos por la moral, el sentimiento o la naturaleza. Así pues, se consideraba que el pater familias, al desheredar o al omitir sin justa causa a sus descendientes, no obraba con lucidez o plenitud de facultades, con lo cual creaba a favor de los afectados la acción o la queja de inoficioso testamento, en virtud de la cual los hijos o descendientes podían acudir ante los tribunales y reclamar la herencia en contra de los herederos instituidos, para que se invalidara el testamento que los omitió o aquel en que se les desheredó.

Podían querrellarse los descendientes del testador, así como los ascendientes y los hermanos y hermanas; pero no podían ejercer a querrela si el causante les hubiere dejado al menos una cuarta

parte de la cuota que les hubiera correspondido en la sucesión intestada: el testador debía reservar esa cantidad como mínimo, para los parientes más cercanos. Se le llamo porción legitima o simplemente ;legitima porque se fijaba en relación con lo que les hubiera tocado en la sucesión legitima o ab-intestato.

Los descendientes, los ascendientes, los hermanos de doble vinculo (mismo padre y madre) y los hermanos por vía paterna, a quienes el testador no deja la cuarta parte que les hubiera correspondido por ley, pueden impugnar el testamento mediante la "querella inofficiosi testamenti".

En el año 40 a.C. se promulgo la Ley Falcidia que ordenaba que el testador no puede legar sino las tres cuartas partes, de tal modo que le restaba al heredero la cuarta parte de la herencia.

Para interponer la querella, existe un plazo de 5 años desde que el heredero acepta la herencia. Si la querella prospera, el testamento queda rescindido de tal modo que se abre la herencia ab-intestato. De este modo no solo se beneficia el actor victorioso que percibe por ello su porción intestada, sino también todos los otros que tienen derechos a la herencia ab-intestato. Si el querellante pierde, el testamento queda válido. El actor en este caso, por haber injuriado la memoria del testador es considerado indigno y pierde toso legado o liberalidad, que queda para el fisco.

Va a ser Justiniano quien en diversas constituciones, en el lapso de los años 528 al 531, introdujo algunos cambios en la legitima. Entre los más importantes figuran el haber establecido que todas las desheredaciones se hicieran individualmente y el haber incrementado la cuota de un tercio de la porción intestada si los herederos forzosos no pasaban de cuatro y la mitad si eran más, imputándose a la legitima cualquier beneficio que el legitimario hubiera recibido del testador. Además, en su Novela 115 del año 542 sistematizo y unifico todas las reglas relativas a la relación forzosa. Nuestro Código Civil ha recogido algunos conceptos similares a los del Derecho Romano, en los artículos 3591 y siguientes.

En el derecho civil romano se reconocían tres clases de herederos: los herederos necesarios, los herederos suyos necesarios y los herederos extraños.

Los herederos necesarios eran los esclavos instituidos por su patrón heredero, motivo por el cual adquirirían la libertad y la herencia, pero había que distinguir si el esclavo instituido pertenecía al dueño en el momento de la confección del testamento y apertura de la herencia o si ya había pasado a la potestad de otro antes de iniciarse la herencia. En el primer caso, se convertía en heredero necesario; en el segundo caso se convertía por tal acto en heredero extraño.

Los herederos suyos necesarios eran aquellos que se hallaban bajo la potestad del testador a quién sucedían en la época del fallecimiento, ya sea por la institución testamentaria o ab intestato. Se llamaban herederos suyos porque los romanos consideraron siempre a los hijos de familia, sobre todo a los que se encontraban bajo la potestad del parterfamilias, como copropietarios del patrimonio de éste, en tal forma que a la muerte del padre lo sucedían en los bienes. Se distinguían de los herederos necesarios en virtud de la potestad paternal que los convertía en herederos, sin intervenir su voluntad según el derecho civil. En cambio el derecho pretorio no consideraba herederos a los hijos, sino hasta cuando ya habían intervenido en los bienes del difunto.

Los herederos extraños eran los herederos que se instituían sin estar en la potestad del testador; pero para ellos, se requería que el testador tuviera testamentifacción con ellos que debía existir en el momento de la confección del testamento o cuando se abría la herencia.

En el derecho español, con anterioridad al Fuero Juzgo se supone que la libertad de testar debió de ser plena, pero una ley de Chindasvinto restringió esa libertad sólo para quien no tuviese hijos, nietos y bisnietos. Para el supuesto que existiesen, se prohibió al padre, a la madre, al abuelo y a la abuela dar a los extraños más de la quinta parte de sus bienes, quedando el resto como legítima de los hijos o descendientes aunque autorizándose al padre para dar a alguno de éstos hasta

la tercera parte de todos los bienes en concepto de mejora. Esta legítima fue mantenida por el Fuero Real y las Leyes de Estilo.

Fueron las Partidas las que establecieron la legítima de los ascendientes, en caso de que el causante no tuviese hijos, fijándola en la tercera parte de los bienes. Respecto del cónyuge viudo se destaca que no tuvo en la legislación española derecho a legítima. Sin embargo el Fuero Juzgo ordenó que la madre viuda tuviese en usufructo una parte igual a la de los hijos mientras no contrajere nuevo matrimonio. Es la Ley VII, Título XIII, de la Partida VI, la que dispuso que la viuda pobre de marido rico, pudiese recibir aunque existiesen hijos, hasta la cuarta parte de la herencia del marido, con tal que esta cuarta no excediese determinado monto. Fue conocida como la cuarta marital.

La legítima es una institución que presenta diversas variantes que no se ha despojado de su configuración histórica y que con todas las reformas legales que ha sufrido tanto en el aspecto subjetivo como en su contenido se mantienen previa adaptación a la realidad social.

Durante el periodo codificador se centró en la opción o por un sistema de amplia libertad del causante para disponer de sus bienes o por el contrario, el que todos los bienes que deje al morir al causante están destinados por la ley a los más próximos parientes, en especial a los descendientes si los tiene ya que durante ese periodo codificador estaba vigente la llamada Ley de Montescos de 1835 sobre la regulación de los bienes vacantes y montescos y abintestatos y aunque en el proyecto de Código Civil de 1851 se intentó regular los derechos del viudo a la herencia de su cónyuge, fue la Base 17 de la Ley de Bases de 11 de mayo 1888 donde por primera vez se reconoce a favor del viudo o viuda el usufructo que alguna de las regiones especiales le conceden a este pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos que ha de cesar el usufructo.

Sobre la libertad de testar de produjo un gran debate, y al final dominó la opinión de que el sistema de legítima que era el tradicional o del derecho de Castilla sería el que debía permanecer en la obra codificadora y aunque así se hizo, la cuantía de la legítima experimentó una notable reducción.

En la actualidad, el código civil de 1889 define la legítima en su artículo 806 como la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Seguidamente, el artículo 807 determina quienes son los legitimarios en nuestro sistema lo cual fue objeto de reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981, a fin de borrar toda situación discriminatoria entre los hijos nacidos del matrimonio y los nacidos fuera del mismo. Todos tienen la condición de legitimarios: Son legitimarios de acuerdo con el mencionado artículo:

1º. los hijos y descendientes respecto de sus padre y ascendientes.

El derecho legitimario de los descendientes está condicionado por la proximidad de parentesco con el causante. En primer lugar, los hijos, después os nietos, a continuación los bisnietos, etc. No obstante:

a) la premoriencia del descendiente convierte en legitimarios a sus descendientes más próximos en grado al causante. La estirpe, compuesta por los descendientes del premuerto que reúna aquella cualidad, recibe todo lo que el fallecido hubiera debido recibir como legítima, y entre los miembros de la estirpe la división se hace por cabezas.

b) la exclusión de la herencia por indignidad o la desheredación hace que los descendientes del indigno o desheredado adquieran la condición de legitimarios, con los mismos efectos anteriores.

En cambio, si el descendiente con derecho a la legítima la repudia, sus descendientes no adquieren el status de legitimarios.

2º. A falta de hijos o descendientes, son legitimarios los padres o ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

También en cuanto a los ascendientes hay exclusión del grado más remoto por el más próximo.

3º Por último, el artículo 807 conceptúa como heredero forzoso al cónyuge viudo. Su legítima, siempre en usufructo, es variable según los legitimarios con quien concurra.

Para el cálculo de las legítimas hay que tener en cuenta, además de los bienes que queden al fallecimiento del testador, las donaciones que el causante hubiere hecho en vida. El artículo 818 del Código Civil obliga a tener en cuenta el valor de los bienes que quedaren al momento de la muerte del causante a los que se les deducirán las deudas y cargas sin comprender en ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.

En los últimos tiempos se ha venido planteando una revisión sobre el sistema de legítimas y la conveniencia o no de su conservación, o, al menos, de su reducción a favor de un incremento de la libertad de testar.

Los legisladores autonómicos con competencias en materia de Derecho civil a la hora de plasmar en sus leyes su conservación, modificación y desarrollo tienden a la libertad de testar. En Galicia, esta tendencia comenzó en la Ley 4/1995 de 24 de mayo.

La Ley 4/1995 asumió en principio el sistema legitimario del Código Civil, no sólo en la determinación de los herederos forzosos y en la cuantía de las legítimas, sino también en la ausencia de una completa refutación de la institución que implicó la aplicación supletoria de la legislación estatal, y, por lo tanto, manteniendo la misma naturaleza que en el código civil de una legítima como *par bonarum*. También introdujo novedades relevantes que no eran otra cosa que el desarrollo por el legislador autonómico de un derecho consuetudinario casi desaparecido por el contrario al Código Civil, que giraba en torno a dos instituciones: los pactos de mejora y la apartación.

Todo ello implicó un retroceso en el Derecho gallego de la institución de la legítima y tendencia hacia el principio de libertad de testar, en un proceso que culmina con la Ley 2/2006 cuya regulación del sistema legitimario va mucho más allá de la reducción cuantitativa de la legítima de los descendientes que se produce en el artículo 243.

La Ley 2/2006 afronta la regulación de un sistema legitimario esencialmente propio y completo, sin remisiones genéricas al Código Civil como hacia anteriormente la Ley 4/1995 y con una opción clara a la libertad de testar a través de una configuración de la naturaleza jurídica de la legítima y posición del legitimario que parte de principios diferentes a los del Código Civil.

Con esta Ley, los ascendientes dejan de tener la condición de legitimarios estableciendo el artículo 238 lo siguiente: *“Artículo 238: Son legitimarios: 1. Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. 2. El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.”* A diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del Código Civil y la Ley 4/1995, tanto los legitimarios apartados como los que repudien la herencia hacen número para el cálculo de las legítimas de los demás descendientes, lo que implica que la parte ideal de la legítima del apartado o repudiante ahora incrementa la libre disposición del causante.

La legítima de los descendientes de reduce cuantitativamente a la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que será distribuida a partes iguales entre cada hijo o sus linajes. Para el cálculo de las legítimas se mantiene el sistema de computación de las donaciones y demás disposiciones a título gratuito con la consiguiente posibilidad de su reducción por inoficiosas pero con esta Ley ya no se valorar al tiempo actual de la partición o pago de la legítima sino que se computan por el valor considerado al momento de la transmisión actualizado monetariamente al momento de efectuarse el pago de la legítima.

La naturaleza jurídica de la legítima pasa de *pars bonarum* a *pars valoris*, es decir, la legítima de configura como un derecho de crédito que en términos generales lo sería frente al caudal relicto pero en realidad lo es contra el heredero, que se concreta en el derecho a percibir una atribución patrimonial y el legitimario es considerado exclusivamente como acreedor, teniendo únicamente acción personal y no real para reclamar su legítima.

En la actualidad, el tema de las legítimas y legitimarios no se limita a nuestro entorno sino que trasciende de este espacio y ello en un doble sentido: Por una parte está la presentación ante la Comisión de las Comunidades Europeas con fecha 1 de marzo de 2005 del llamado “ Libro Verde de Sucesiones y Testamentos”; por otra, la revitalización que esta materia está siendo objeto en aquellos países que se han propuesto modernizar sus respectivos textos legales en la sucesión legítima o legal. La presentación ante la Comisión de este libro verde se hace con el propósito de encontrar una solución a los problemas concretos de ciudadanos que siendo protagonistas de una sucesión transnacional se enfrentan a una disparidad de normas sustantivas que regulan la materia en los Estados miembros. Pero al estar excluidas las sucesiones de las normas comunitarias de Derecho Internacional Privado, la solución viene por aprobar normas armonizadas a nivel Europeo abordando prioritariamente la cuestión de la ley aplicable a la legítima y condición de heredero.

En mi opinión, la legítima tenía mucho sentido en épocas pasadas donde la esperanza de vida era corta y los hijos dependía más de esa herencia a la muerte de sus ascendientes. Hoy en día el concepto de vida, de familia y de esperanza de vida ha cambiado, y por tanto, considero que esta restricción a la libertad de testar debería cambiarse ya que los intereses que la legítima protegía antaño hoy en día han cambiado. La solución no tiene que ser necesariamente la supresión de la institución de la legítima pero sí, quizás, una reducción cualitativa y cuantitativa como ya algunos ordenamientos forales vienen aplicando.

## BIBLIOGRAFÍA:

- AA.VV. Comentarios al Código Civil, dirigido por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 3ª Edición, Thomson Reuters.
- ALBADALEJO, Manuel. *Curso de derecho civil V Derecho de Sucesiones*, 9ª edición. Edisofer.
- ALBADALEJO, Manuel. *Curso de derecho civil IV Derecho de Familia*, 11ª edición. Edisofer.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: *Colección materiales docentes nº1. Aspectos civiles de la empresa familiar: economía familiar y sucesión hereditaria*. Netbiblo.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador). *Manual de derecho civil. Contratos*. Bercal, S.A.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador). *Manual de derecho civil. Sucesiones*. Bercal, S.A.
- DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. Volumen IV (tomo2) derecho de sucesiones*. 11º edición. Tecnos.
- *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII jornadas de la asociación de profesores de derecho civil*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coordinador); PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel; PARRA LUCAN, María Ángeles. *Curso de derecho civil (I) derecho privado. Derecho de la persona*.
- MARÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coordinador); DE PABLO CONTRERAS, Pedro; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. *Curso de derecho civil (IV). Derecho de familia*. 3º edición. Colex.
- MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel (directores). *Lecciones de derecho mercantil*. 8ª edición. Thomson reuters.
- MORALES, José Ignacio. *Derecho romano*. 2º edición. Trillas.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. V Sucesiones*. 4ª edición. Dykinson.

