

# **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

*“Derecho de sucesiones: elementos históricos y praxis civil, mercantil e internacional”*

Alumno: ANTONIO FRAGA QUINTANA

Tutor: Ilmo. Sr. Miguel Ángel Pérez Álvarez

## ÍNDICE

### *“Derecho de sucesiones: elementos históricos y praxis civil, mercantil e internacional”*

#### PÁGINA

*I) Identifique, describa, desarrolle y resuelva conforme a Derecho los distintos problemas jurídicos presentes en el supuesto del hecho narrado.*

-Análisis Párrafo 1º	3
-Análisis Párrafo 2º	13
-Análisis Párrafo 3º	17
-Análisis Párrafo 4º	21
-Análisis Párrafo 5º	24
-Análisis Párrafo 6º	30
-Análisis Párrafo 7º	31

*II) Razone 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.*

33

*Bibliografía*

40

## **Derecho de sucesiones: elementos históricos y praxis civil, mercantil e internacional**

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

El supuesto que se nos presenta reúne diversas especialidades que afectan al Derecho Privado. Debido a ello, estimamos conveniente llevar a cabo una redacción separada de cada uno de los párrafos para un mejor análisis de los problemas jurídicos que contienen y evitar así un estudio conjunto y tendente a una mayor confusión.

Por lo tanto, comenzamos, pues, el examen de las cuestiones jurídicas que requieren atención 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 en la familia por la abnegada Matilde. En 1983 la familia abandona Ourense y fija su residencia en Madrid”*

En estas líneas se nos presentan, fundamentalmente, dos aspectos a comentar: la vecindad civil y la filiación.

La **vecindad civil** es de gran relevancia, pues determina el estatuto personal de los españoles con respecto a los diversos ordenamientos civiles que coexisten en nuestro país. Aquélla se encuentra regulada en los artículos 14 y 15 del Código Civil (CC) y no ha de confundirse con la vecindad administrativa, la cual queda reflejada en el padrón municipal.

Los citados artículos disponen lo siguiente:

#### **Artículo 14:**

- 1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.*
- 2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.*

*Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.*

- 3. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.*

*Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.*

*La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos.*

*En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.*

*4. El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.*

*5. La vecindad civil se adquiere:*

*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.*

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

*6. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento.*

### **Artículo 15:**

*1. El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:*

*a. La correspondiente al lugar de residencia.*

*b. La del lugar del nacimiento.*

*c. La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes.*

*d. La del cónyuge.*

*Esta declaración de opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por este último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.*

*2. El extranjero que adquiera la nacionalidad por carta de naturaleza tendrá la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél, de acuerdo con lo que dispone el apartado anterior u otras circunstancias que concurran en el peticionario.*

*3. La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida.*

*4. La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y las del anterior.*

Cabe mencionar que ambos preceptos han recibido una nueva redacción por parte de las Leyes 11/1990 y 18/1990. El motivo de la modificación del art. 14 (a través de la Ley 11/1990)

radica en la aplicación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo -como es sabido, establecido en el art. 14 de la Constitución española de 1978 -, en todos aquellos preceptos que diferenciasesen u otorgasen un trato dispar al hombre y a la mujer sin justificación suficiente. Por este cauce se ha eliminado la sujeción de la mujer a la vecindad civil del marido y colado en pie de igualdad a la madre frente al padre para determinar la vecindad civil de los hijos. De la misma forma, se ha abandonado el principio de unidad familiar, concediéndole mayor eficacia al *ius soli* (cuando los progenitores tienen distinta vecindad civil).

Pese a ese abandono del principio de unidad familiar, la nueva redacción del art. 14 CC ofrece alternativas dirigidas a suavizar la rigidez que podría resultar del sistema básico de determinación de la vecindad, consistentes en el reconocimiento, tanto a progenitores como a hijos, del derecho a optar por la vecindad de alguno de aquéllos o del lugar de nacimiento. Derecho que comprende la posibilidad de que sea ejercitado también por los cónyuges, pudiendo uno optar por la vecindad civil del otro.

Estos cambios derivados de la igualdad por razón de sexo, junto al mantenimiento del resto de la regulación contenida en el artículo 14 anterior, provoca contradicciones, no previstas por el legislador, con respecto a la adquisición de la vecindad civil por residencia y con respecto a la prueba de la vecindad civil.

En opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, no es afortunada -ni en lo referente a la claridad ni en cuanto al respeto a la Constitución- la solución, que se da en la disposición transitoria de la Ley 11/1990, a las situaciones previamente existentes derivadas de la anterior sujeción de la mujer a la vecindad civil del marido: “La mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición del marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley”<sup>1</sup>

Por otra parte, la novedad que introduce la Ley 18/1990 consiste en la eliminación del trato preferente que el antiguo 15.1º a la vecindad civil común frente a las demás vecindades civiles en el caso del extranjero nacionalizado español. Al igual que ocurría con el art. 14, se mantiene el resto de regulación anterior, sobre recuperación de la nacionalidad y sobre vecindad comarcal o local, sin cuestionar su coherencia con la reforma introducida.

Mientras que el art. 15, influido por los cambios introducidos en la nacionalidad, permite el ejercicio del derecho de opción, cualquiera que sea la edad o capacidad de la persona, mediante la intervención en su caso del representante legal, resulta que el art. 14 es más restrictivo en esa materia.

En suma, la regulación actual de la vecindad civil, recogida en los art. 14 y 15 CC, cumplimenta dos preocupaciones concretas y dispares de nuestros legisladores con respecto a aquélla: en primer lugar, establecen un tratamiento igualitario para ambos sexos, así como para todas las vecindades civiles con respecto al extranjero que adquiere la nacionalidad española.

Tras esta introducción, nos interesa saber qué determina la vecindad civil en un concreto

---

<sup>1</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Manual de Derecho Civil – Derecho Privado y Derecho de la persona”, 5ª Edición, 2011, pág. 152.

individuo. La respuesta a este interrogante es el llamado “*ius sanguinis*”, siempre que éste pueda aplicarse respetando el principio de igualdad entre los progenitores; es decir: cuando éstos tengan la vecindad civil. En este caso, los hijos tendrán la vecindad civil de los progenitores.

Pese a que en la redacción de los hechos no figura la vecindad civil de los progenitores de Benicio ni de los progenitores de Matilde, el Código Civil resuelve las posibles controversias que de este hecho puedan surgir y su art. 14.6 nos aclara que, en caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento; es decir: la vecindad civil gallega. De la misma forma, Maita y Feliciano, de acuerdo con el “*ius sanguinis*”, poseerán igualmente la vecindad civil gallega. En el caso de Aureliana, la determinación de la vecindad civil es más compleja, pues desconocemos la vecindad civil de la madre y hemos de presumir el nacimiento de la misma en Galicia y, siguiendo el criterio del “*ius soli*” (art. 14.6), hemos de atribuirle la vecindad civil gallega.

Hemos, por tanto, determinado que la vecindad civil de los cinco individuos mencionados en el texto es la vecindad civil gallega. Debemos conocer qué derecho les será de aplicación preferente en lugar del Derecho común, cuya aplicación será subsidiaria. Esto nos conduce a la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho civil de Galicia, concretamente a su artículo 4, el cual transcribimos a continuación:

#### **Artículo 4:**

- 1. La sujeción al Derecho Civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el Derecho Civil Común.*
- 2. Los gallegos que residan fuera de Galicia tendrán derecho a mantener la vecindad civil gallega con arreglo a lo dispuesto en el Derecho Civil Común y, en consecuencia, podrán seguir sujetos al Derecho Civil de Galicia.*

De este artículo extraemos, principalmente, dos ideas:

- En primer lugar, un individuo estará sujeto al derecho civil gallego si su vecindad civil es, efectivamente, la gallega. Si es o no gallega habrá de determinarlo el Derecho Civil Común (como vimos, los artículos 14 y 15 del Código Civil) basándose en los criterios antecitados.
- En segundo lugar, esta vecindad civil gallega se puede conservar aun cuando el individuo resida fuera de Galicia si manifiestan su voluntad de conservarla, siguiendo los procedimientos que a continuación comentaremos.

No obstante, sabemos que en el año 1983 la familia de Benicio abandona Ourense y se traslada a Madrid. Este acontecimiento tiene trascendencia en materia de vecindad civil, máxime si se trata de un traslado de larga duración o permanente. Acudimos, una vez más, al art. 14 apartado 5º del Código Civil:

#### **Artículo 14:**

*5. La vecindad civil se adquiere:*

*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.*

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

Las declaraciones de modificación o conservación de la vecindad civil habrán de hacerse ante el encargado del Registro Civil, una vez transcurridos dos años o antes de que transcurran diez años, respectivamente. No tenemos constancia, en base a lo que el caso cita, de que esas declaraciones hayan tenido lugar, ni en el sentido de modificar la vecindad civil gallega ni en el sentido de conservarla. Todo ello determina que una vez cumplidos diez años desde el traslado a Madrid, esta vecindad civil gallega sea sustituida por la vecindad civil común, en todos los miembros de la familia.

Acerca de la manifestación de modificar o conservar la vecindad civil, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 588/2009 de 14 de septiembre declara que:

*“De la redacción de este artículo (14 CC), se entiende que la declaración de adquisición de vecindad civil debe efectuarse ante el Registro Civil o, en su caso, ante el Registro Consular u otro órgano competente, sin que puedan tener consideración de declaración de adquisición de la vecindad civil las manifestaciones contenidas en una escritura pública u otro documento público u oficial, dado que no se trata simplemente de la exteriorización de la declaración de voluntad, sino que es precisa su constancia expresa en el Registro Civil, momento a partir del cual despliega eficacia la manifestación y se produce la adquisición de la vecindad civil”*

Estas manifestaciones, por tanto, habrán de referirse directamente a la voluntad de adquirir una nueva vecindad o de no perder la anterior. No basta con realizar manifestaciones sobre temas relacionados con la vecindad (como el estatuto personal, por ejemplo), pero que no impliquen necesariamente el cambio o la conservación de la misma.

La eficacia de los diez años opera al margen de cualquier manifestación de voluntad (que se haga de forma expresa o tácita) de los interesados, salvo aquella que tiene como contenido directo la voluntad de conservar la vecindad civil que el sujeto ostenta. Es suficiente con que la residencia en un territorio de vecindad civil distinta se haya prolongado durante diez años. Hay que añadir 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.

Antes, para que dichas declaraciones de voluntad fuesen consideradas eficaces era necesario que el sujeto tuviese plena capacidad personal, es decir, que estuviese emancipado. Desde el momento en que la nueva redacción del art. 14.3, párr. 4º CC permite optar por determinadas vecindades al menor, mayor de catorce años, no emancipado, asistido por su representante legal, parece lógico reconocerles también capacidad para realizar en las mismas condiciones las declaraciones previstas en el art. 14.5 CC.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO precisa que es necesario distinguir entre el cómputo del plazo de dos años para la adquisición voluntaria y el cómputo del plazo de diez años para la adquisición *ope legis* de la vecindad civil. El citado autor afirma que “en el primer caso se computa todo el tiempo, cualquiera que sea la condición de la persona durante el mismo. En el segundo caso, para evitar cambios forzosos, en los que no exista la posibilidad de impedirlos mediante una declaración de voluntad eficaz” considera que no ha de computarse el tiempo que el interesado no pueda legalmente regir su persona<sup>2</sup>. Sin embargo, se inclina por admitir la eficacia de una declaración en contra del cambio de vecindad por el mero transcurso de los diez años, de acuerdo con el nuevo art. 14.3, pár. 4º CC, del mayor de catorce años o del incapacitado con juicio suficiente, debidamente asistido de su representante legal; por lo que abre la posibilidad de cuestionar el sentido del art. 225, pár. 2º RRC, el cual cita:

**Artículo 225:**

[...]

*En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona.*

No obstante, parece que la redacción del art 14.5, pár. 2º CC presenta, de acuerdo con el profesor BERCOVITZ, una incorrección técnica. Su afán de resumir, refidiéndose al mismo tiempo a los dos casos contemplados en el art. 14.5, pár. 1º, conduce a que ese “no necesitan ser reiteradas” carezca totalmente de sentido para la declaración de voluntad prevista en el art. 14.5.1º.

El art. 65 LRC dedica a la misma cuestión dos párrafos. Uno de ellos no necesita, a juicio de BERCOVITZ, reiterar la declaración, incluso si se cambia de vecindad civil distinta, para el otro no sería necesario prestar declaración de conservar la vecindad así adquirida para no perderla.

**Artículo 65.**

*La declaración a que se refiere el artículo 26 del Código Civil sólo puede hacerse dentro de un año a contar de la fecha en que la Ley del país de residencia atribuya la nacionalidad extranjera o desde la mayor edad o emancipación del declarante, si la Ley extranjera la hubiere atribuido antes.*

*Una vez prestada la declaración de querer conservar la nacionalidad o vecindad civil, no es necesario reiterarla cualesquiera que sean el tiempo transcurrido o los cambios de residencia.*

*Tampoco necesita prestar declaración de conservarla quien haya declarado su voluntad de adquirir la misma nacionalidad o vecindad.*

En conclusión, la reiteración de conservar tanto la nacionalidad civil como de modificarla no es necesaria de acuerdo con el los preceptos citados.

La **filiación**, o procedencia de los hijos respecto a los padres, es, un hecho natural antes que una relación jurídica. Este hecho natural es tomado en consideración por el derecho para fundar en él la relación jurídica de filiación, materna y paterna. El establecimiento jurídico de la filiación se denomina por el Código Civil determinación de la filiación. Pero, como relación jurídica entre

<sup>2</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, op. Cit, pág. 159

padres e hijos, la filiación puede estar basada en otros hechos. Ello sucede, por ejemplo, en la adopción de una persona por otra u otras dos (art. 175 y siguientes CC). De ahí que el art. 108 del Código declare que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La primera se quiere conforme a la verdad biológica, mientras que la segunda no se sustenta en absoluto en el hecho biológico de la maternidad.

Aunque normalmente pueden constar jurídicamente tanto la maternidad como la paternidad biológicas, se regulan los supuestos en los que no cabe la determinación. Así, si la filiación deriva de un incesto, puede negarse la determinación de una de las relaciones de filiación, ya sea porque el juez no autoriza que se determine la segunda, por perjudicar al menor o incapacitado, ya sea porque el hijo, alcanzada la plena capacidad, invalida la determinación de esta segunda filiación. Por otra parte, al permitirse la utilización de las técnicas de reproducción asistida por mujeres solteras y protegerse el anonimato de los donantes de semen, hay personas que jurídicamente sólo pueden tener determinada la maternidad por naturaleza.

La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial, de acuerdo con el artículo 108.1 CC. Será matrimonial si la filiación estuviera determinada con respecto a los dos progenitores, y éstos estuvieran casados entre sí. En otro caso, será no matrimonial. Esta calificación sólo es trascendente en nuestro Código para determinar la filiación por naturaleza o para impugnarla, una vez determinada. El matrimonio de los progenitores permite determinar automáticamente la paternidad del marido gracias a la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Si, por el contrario, no existe matrimonio, se requiere que la filiación sea reconocida por el varón que se dice padre o que sea establecida judicialmente.

Independientemente de cómo se haya determinado la filiación, los efectos para los hijos serán los mismos, tal y como establece el art. 108 CC en su párrafo segundo. Todos ellos serán, en consecuencia, iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento (respetando así el art. 14 de la Constitución). La igualdad de efectos se ha conseguido en el Código reformando los preceptos que regulan los apellidos, la patria potestad, los alimentos o los derechos sucesorios de los hijos, sea cual sea su filiación.

Con respecto a otros efectos de la filiación que establece el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha declarado que no es admisible una discriminación directa ni una discriminación indirecta, que tendría lugar si la norma o una interpretación judicial de la misma, formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasionase en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso [por tal, vid. STC 154/2006].

Estos efectos se producen desde que la filiación, como hecho natural, tiene lugar, esto es, desde el nacimiento de la persona. Pero si la determinación de la filiación no coincide con el nacimiento, aquélla tendrá efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de tales efectos y la ley no dispusiese lo contrario. Así, la determinación de la filiación con posterioridad al fallecimiento del padre permitirá al hijo reclamar su correspondiente legítima de la herencia paterna, aunque ello conlleve volver a repartir ésta de otro modo. Y el reconocido menor de edad por un ciudadano español se considera que ostenta la nacionalidad española desde su nacimiento. Por el contrario, uno de los efectos de la filiación es la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, pero los tribunales no admiten que el hijo reclame al padre los correspondientes al periodo de tiempo en que la filiación no se había determinado todavía<sup>3</sup>

---

3 STS de 8 de mayo de 1995 [RJA 2991]

Es conveniente, en primer lugar, mencionar la determinación de la filiación matrimonial. Ésta puede ser determinada extrajudicial o judicialmente, es decir, por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme, tal y como dispone el art. 115 CC.

Pese a lo que establece el art. 115.1 CC (*“la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres”*), dicha inscripción únicamente sirve para acreditar una filiación matrimonial. El Código no ha regulado específicamente la determinación de la filiación materna cuando la madre está casada, por lo que habrá que estar a las reglas acerca de la determinación de la maternidad no matrimonial, en particular la declaración del nombre de la madre, coincidente con el que figura en el parte médico del parto, al inscribir el nacimiento. Una vez que se ha determinado la maternidad, la paternidad queda establecida automáticamente en la mayoría de los casos gracias a una presunción legal, pues se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges [cfr. art. 116 CC].

Esta presunción legal de paternidad opera desde el mismo momento de la celebración del matrimonio y mientras no concurren trescientos días desde la separación de los cónyuges o desde la disolución del matrimonio, sea por divorcio, sea por nulidad, sea por muerte o declaración de fallecimiento del marido. La eficacia automática de la presunción conduce irremediamente a la inscripción de la paternidad del marido de la madre y correspondiente calificación matrimonial de la filiación. En el presente caso, habiéndose determinado la maternidad de Matilde con respecto a Maita y Feliciano, puesto que el matrimonio ya tenía lugar (1956) cuando éstos nacieron (1978 y 1980, respectivamente), la presunción de paternidad decreta que Benicio es el padre de ambos.

Los hijos de mujer casada nacidos una vez transcurridos trescientos días desde su separación legal o de hecho no se presumen hijos del marido, aunque pueden inscribirse como matrimoniales si concurre el consentimiento de ambos cónyuges [cfr. art. 118 CC]. En este caso, la filiación materna deberá determinarse como siempre, y por lo que respecta a la paterna, parece que estamos ante un reconocimiento de paternidad que debe consentir la madre para ser eficaz.

Tampoco pueden presumirse hijos del marido los nacidos después de su fallecimiento si ya han transcurrido trescientos días. Se exceptúa el caso del hijo nacido gracias a técnicas de reproducción asistida, pues la paternidad del marido podrá quedar determinada más tarde si se cumplen los requisitos exigidos para la fecundación asistida post mortem.

No obstante, lo expuesto en los dos párrafos anteriores no nos resulta de utilidad de cara a la resolución del caso, por lo que no habremos de profundizar más en su análisis.

La filiación no matrimonial también hace su aparición en el presente supuesto. Ésta puede, al igual que ocurría con la matrimonial, ser determinada judicial o extrajudicialmente [cfr. art. 120 CC]. En cuanto a la determinación extrajudicial, los medios para llevarla a cabo, tanto de la maternidad como de la paternidad, son el reconocimiento de la filiación y la resolución recaída en expediente registral, cuando la utilización de este expediente es posible. Con respecto a la maternidad, puede ésta determinarse fácilmente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 47.I LRC: declaración del nombre de la madre, que también consta en el parte médico del parto, al inscribir el nacimiento del hijo.

Un primer método para determinar la filiación no matrimonial es, de acuerdo con el art. 120 del Código Civil, el reconocimiento de la filiación. Mediante éste, el individuo manifiesta en una declaración de voluntad que es el padre o la madre de la persona reconocida. Este reconocimiento habrá de hacerse ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, y no puede revocarse una vez efectuado, tal y como prescribe el art. 741 CC. Se trata de un acto unilateral, personalísimo y solemne.

La declaración ante el encargado del Registro Civil puede llevarse a cabo en el momento de inscribir el nacimiento del hijo o con posterioridad, inscribiéndose al margen de la inscripción de nacimiento. Puede recibir la declaración el encargado del Registro Civil del domicilio del reconocedor, pero competente para calificarlo e inscribirlo es el encargado del Registro Civil donde está inscrito el nacimiento del reconocido.

Puede, como decíamos, ser reconocido un hijo en documento público. Una lista de documentos públicos en los que este reconocimiento puede hacerse la recoge el art. 186. I RRC, a saber:

***Artículo 186:***

*Son documentos públicos aptos para el reconocimiento la escritura pública, el acta civil de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación.*

El documento público más usado es el notarial. No valen como reconocimiento en documento público las menciones de identidad de los progenitores en la partida de bautismo, siendo necesario en estos casos reclamar judicialmente la filiación<sup>4</sup>.

En cuanto al reconocimiento en testamento, éste sólo puede llevarse a cabo cuando se trate de un documento público. Es necesario mencionar que el testamento notarial cerrado y el testamento ológrafo deben protocolizarse, tras el fallecimiento del testador, para que tengamos un reconocimiento en testamento-documento público. En el supuesto a analizar, Aureliana no se reconoce como hija en el testamento que redacta Benicio, sino que sólo cita a ésta como legataria, cuestión que abre la posibilidad de plantearse que dicho reconocimiento no haya tenido lugar y, por tanto, no considerar a Aureliana como hija de Benicio. Aspecto que, si bien no influiría en su condición de legataria una vez que es instituida como tal en el testamento, tendría relevancia al no ostentar la condición de legitimaria y aumentarse las legítimas de los restantes hijos de Benicio.

Si se emitiese un reconocimiento que no se adaptara a ninguna de las formas expuestas, aun así podría servir de prueba para determinar por sentencia firme la filiación reconocida, una vez ejercida la correspondiente acción de reclamación. Podría servir también si no hubiera oposición de la persona interesada, para determinar la filiación reconocida por resolución recaída en el expediente registral. El reconocimiento incidental, o confesión de paternidad o maternidad sin intención de reconocer al hijo, sino con ocasión de efectuar otra declaración, tampoco sirve como título de determinación de la filiación, aunque se contuviese en documento público.

---

<sup>4</sup> STS de 13 de noviembre de 1992 [RJA 9400]

El reconocimiento constituye un acto personalísimo, por lo que no se admite que lo otorgue un representante, legal o voluntario, del progenitor. Sin embargo, los menores de edad y los incapacitados sí pueden reconocer por sí mismos, si bien algunos menores y todos los incapacitados por sentencia judicial necesitan aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta aprobación constituye un acto de jurisdicción voluntaria, para el que es competente el juez de primera instancia encargado del Registro en el que se inscribe o está inscrito el nacimiento del nacido.

En el art. 120.2º CC se prevé un medio de determinación extrajudicial de la filiación subsidiario, puesto que se emplea en ausencia de reconocimiento formal si concurre alguna de las circunstancias previstas para que pueda tramitarse el expediente registral. En la práctica resulta muy útil cuando no es posible llevar a cabo el reconocimiento por haber fallecido el progenitor y no existe oposición del Ministerio Fiscal ni de ningún interesado que obligue a iniciar un proceso judicial de determinación de la filiación. Nada impide que se apruebe la resolución del expediente aunque el hijo haya fallecido también.

El expediente puede ser promovido por la persona que tenga interés legítimo en que quede determinada la filiación no matrimonial. Es competente para resolverlo el juez de primera instancia encargado del Registro Civil donde se haya inscrito el nacimiento del hijo. La resolución del expediente será estimatoria de la pretensión si se da alguna de las siguientes circunstancias, descritas en el art.49. II LRC:

1. Existe escrito indubitado del padre o de la madre que expresamente reconoce la filiación;
2. El hijo se halla en la posesión del estado de hijo no matrimonial del padre o de la madre, justificada por actos del mismo padre o de su familia; deben darse pues, los tres elementos necesarios para que haya posesión de estado (el *nomen* puede venir dado por la constancia en la inscripción de nacimiento del apellido del padre, el *tractatus*, por la convivencia entre la promotora del expediente y el pretendido padre, y la fama, porque, según testigos, la relación haya trascendido el círculo familiar;
3. Respecto de la madre, se ha probado cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

En resumen, la filiación no matrimonial se determina legalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 120 del Código civil:

- Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil
- Por sentencia firme.
- Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil

En el supuesto de hecho no se hace referencia a que la filiación haya sido determinada por alguno de los medios aludidos, con lo cual podría entenderse que Aureliana no ostenta la condición de hija de D. Benicio. Ciertamente, se alude a que esta última fue tenida por tal, mas ello supondría, a lo sumo, la “posesión de estado”, que es una prueba de filiación, que como medio probatorio dentro del procedimiento judicial de determinación de filiación se enumera en el art. 767.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no determina la filiación.

Pese a ello, y dado que en el relato se alude a que “nació”, vamos a partir, para analizar las cuestiones restantes, de la hipótesis de que no se discute la condición de hija de Aureliana, a pesar de la escasa claridad de este hecho. Sin embargo, dicha cuestión no resulta nada meridiana y podría optarse por una hipótesis alternativa que no considere a Aureliana como hija de Benicio, modificándose varios aspectos que se comentarán posteriormente.

***“D. Benicio dedicó buena parte de sus esfuerzos a la venta de chocolate y porras madrileñas. A la pequeña cafetería que abrió en Lavapiés 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.”***

Benicio Fabricio Santos era propietario de una pequeña cafetería en Lavapiés y de tres establecimientos más que fueron inaugurados posteriormente, los cuales todavía se encuentran en funcionamiento a día de hoy. A todo ello hay que añadir que emplea a 15 personas en dichos establecimientos. Podría surgir el interrogante de si don Benicio reúne o no la condición de empresario. Para resolver esta cuestión hemos de acudir al art. 1.1 del Código de Comercio (C. de C.).

No obstante, la definición contenida en el precepto no es, a juicio de muchos autores, entre los que podemos citar a AURELIO MENÉNDEZ o ÁNGEL ROJO, meridiana, pues peca por defecto y por exceso. En el primer caso, no contiene los elementos esenciales del concepto de empresario, citando sólo alguno de ellos, como es la “habitualidad”; se excede cuando hace referencia a la capacidad para actuar en el tráfico como requisito específico del concepto de empresario, lo cual no es acertado si observamos el art. 5 del mismo texto, cuya redacción es la siguiente: *Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.*” Observamos, pues, que la capacidad para actuar en el tráfico no es una condición indispensable para adquirir la condición de empresario<sup>5</sup>.

Pese a no existir una norma legal que contenga una definición completa y adecuada, la doctrina, a partir de un análisis de la normativa en vigor, ha elaborado el siguiente concepto de empresario: “es empresario la persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad.” Además de esta definición jurídica, podemos citar la noción económica de empresario,

---

5 Cfr. MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel “Lecciones de Derecho Mercantil”, Thomson Reuters, 9ª Edición, págs. 45-46

siendo entendido éste como “la persona que directamente y por sí misma coordina y dirige diferentes factores de la producción, interponiéndose entre ellos para ajustar el proceso productivo a un plan o programa determinado.”

De todo lo expuesto anteriormente extraemos como aspecto fundamental la “habitualidad”, pues un singular “acto de comercio” no atribuye la condición de empresario a un sujeto.

Podemos, en definitiva, citar los cuatro caracteres la actividad del empresario:

- Estamos ante una actividad profesional, habitual y no ocasional. No hay ejercicio profesional si la actividad no es sistemática con tendencia a durar.
- Se trata de una actividad económica, que se realiza con el método económico, procurando al menos la cobertura de los costes con los ingresos que se obtienen.
- Es una actividad para el mercado, dirigida a satisfacer necesidades de terceros. No es concebible un empresario sin mercado y no hay empresas para el autoconsumo.
- Por último, es una actividad organizada. La tarea del empresario precisa una planificación, un programa racional en el que se contemplen los aspectos técnicos de aquélla.

A la vista de los datos que se nos otorgan, no podemos asegurar que se cumplen los cuatro requisitos que hemos citado, pero sí algunos de ellos, por lo que la concurrencia de los restantes la hemos de presumir. En primer lugar, se trata de una actividad habitual, pues se nos dice que hasta el día de hoy continúa el ejercicio de la misma. Hasta la fecha de su fallecimiento, llevó a cabo dicha actividad, lo que determina un ejercicio de la actividad no ocasional. En segundo término, lleva a cabo una profesión que satisface necesidades de terceros. En último lugar, lleva a cabo una organización de su actividad, mediante la contratación de personas, apertura de nuevos locales, etc.

Afirmamos, pues, que don Benicio reúne las características necesarias para ser considerado empresario.

Destacan, sin embargo, a nuestro juicio dos aspectos en el presente párrafo distintos, pero relacionados con la condición de empresario de Benicio, los cuales son tratados por el Derecho Mercantil: la marca y la patente.

Por **marca** hemos de entender el signo que sirve para diferenciar en el tráfico mercantil bienes o servicios procedentes de un empresario (o grupo de empresarios) de otros idénticos o similares, procedentes de los demás. Es necesario incluir en la definición del art. 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas la referencia a productos o servicios idénticos o similares, que tiene un importante significado.

El derecho a su uso exclusivo se subordina al requisito de su registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas (art. 2 LM). Adicionalmente, la Ley de Marcas confiere protección a aquellos signos distintivos que gozan de renombre o notoriedad, incluso aunque no estén registrados. El mero uso no entraña el nacimiento del derecho a la marca, pero el desuso sí puede originar su caducidad<sup>6</sup>. El art. 39 LM dispone que la marca debe comenzar a utilizarse para los productos o servicios para los que ha sido registrada dentro de los cinco años siguientes a su concesión, no debiendo luego interrumpirse por un período superior al indicado quinquenio. Su uso exclusivo,

<sup>6</sup> MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel, op. Cit. 274-275

como vimos, está sometido al registro de la misma en la OEPM, el cual, como el supuesto nos hace saber, sí tiene lugar. Tendrá, por tanto, Benicio derecho al uso exclusivo de la marca “Las Porras de Fabricio”.

Habiendo sido objeto de registro la indicada marca hemos de entender que no concurre ninguna prohibición de registro, ni absoluta (art. 5.1 Ley de Marcas) ni relativa (arts. 6 a 10 Ley de Marcas) y que, efectivamente, ha cumplido el procedimiento de registro (arts. 16 a 22 Ley de Marcas). Sólo la superación de estos trámites complejos, al no haberse detectado defectos ni producido oposición, llevará al solicitante, en este caso, Benicio, a la obtención de la marca, acontecimiento que generará la constancia de ésta en la Oficina y una nueva inserción en el Boletín. Registrada la marca, ésta se otorga por un período de diez años contados desde la fecha de su presentación. Al contrario que con otros derechos de propiedad industrial, como las patentes o los diseños industriales, la marca es susceptible de renovarse por sucesivos períodos adicionales de diez años. Sin embargo, en los hechos relatados no se nos dice cuándo tiene lugar el registro de la marca ni si tiene lugar la renovación de la misma, por lo que podemos intuir una posible caducidad de aquélla si concurriesen determinados presupuestos que analizaremos a continuación, aunque es cierto que podría incluirse dentro de la “empresa”.

Benicio, de acuerdo con el art. 34.1 de la Ley de Marcas, posee el derecho exclusivo de utilizar la marca en el tráfico económico. La postura de algunos autores como AURELIO MENÉNDEZ o ÁNGEL ROJO, hablan más de una prohibición de utilizar por parte de terceros (*ius prohibendi*) la marca en cuestión.

Hemos de citar, de cara a cuestiones que serán tratadas más adelante, la transmisibilidad de la marca, una vez registrada o cuando se halle en trámite de concesión. La marca “Las Porras de Fabricio” ha sido ya registrada y es susceptible de transmisión mediante compraventa, permuta, donación, transmisión hereditaria, etc.

Aludíamos anteriormente a supuestos de caducidad de la marca. Éstos aparecen recogidos en el art. 55 de la Ley de Marcas y son seis. Tres de ellos (falta de renovación, renuncia y falta de uso) son objeto de ulterior desarrollo en los artículos siguientes. No así los otros tres: pérdida de virtud diferenciadora; inducción a la confusión; cesión a persona carente de legitimación. La falta de renovación y la renuncia (parcial o total) las declara la OEPM. En los cuatro supuestos restantes es preceptivo un pronunciamiento judicial.

Otro derecho de propiedad intelectual que requiere de cierto análisis jurídico es la **patente**. Por patente entendemos el derecho que se reconoce al inventor o sus 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. De este derecho se goza una vez que el titular del invento solicite y obtenga la inscripción a su favor en el registro público oficial (Oficina Española de Patentes y Marcas -OEPM-), que facilita al beneficiario el correspondiente título o documento, también designado con el nombre de patente.

La regulación de la patente aparece incluida en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y sus modificaciones junto al Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto 2425/1986, de 10 de octubre y el Real Decreto 996/2001 de 10 de septiembre. Esta Ley de Patentes aparece como un texto extenso y completo, sustitutivo de la anterior legislación, constituida por el Estatuto

de la Propiedad Industrial. El registro de la patente pro parte de Benicio tuvo lugar en el año 1986, por lo que ha de entenderse que esta Ley ya estaba vigente por aquel entonces y resulta de aplicación.

El art. 4 de la Ley de Patentes nos dice que “son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”. La patente ha de implicar un avance de cierta entidad y consistencia y no ser un resultado obvio, inevitable e inmediato, del estado general de conocimientos, aunque a nadie, hasta ese momento se le haya ocurrido formularlo o aplicarlo. A esta creación intelectual innovadora ha de unírsele la utilidad, entendida ésta como la posibilidad de su explotación industrial. Existen determinadas prohibiciones a la hora de patentar recogidas en el art. 4.4 de la Ley de Patentes, pero no procede llevar a cabo un estudio de las mismas a efectos de resolución del presente supuesto. Es necesario, además, para la patentabilidad de las invenciones que éstas comporten una auténtica innovación.

En cuanto a la titularidad del derecho de patente, el art. 10.1 de la Ley establece que “El derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes y es transmisible por todos los medios que el Derecho reconoce”. Por ello, el titular de este derecho será Benicio y aquellos que “tienen la causa en la herencia”, es decir, los herederos o legatarios.

El procedimiento de concesión de la patente aparece recogido en los artículos 21 a 48 de la Ley. Sin embargo, no es menester llevar a cabo un pormenorizado estudio de aquél, ya que no plantea problema jurídico alguno y, por lo que se deduce del relato, se ha llevado a cabo conforme a la Ley.

A la hora de determinar el contenido de este derecho, los artículos 49 a 61 establecen ciertas precisiones:

- El plazo improrrogable de veinte años se computa a partir de la fecha de presentación de la solicitud (art. 49 LP).
- La exclusividad se extiende a la fabricación o comercialización del producto objeto de patente, así como su importación o posesión con fines comerciales, si se trata sobre el producto (art. 50 LP).
- En general, la utilización de objetos o procedimientos patentados para el propio consumo o con fines experimentales no se ve afectada por la exclusiva de que goza el titular de la patente (art. 52 LP).
- Si un producto es fabricado al amparo de una patente y ha entrado regularmente en el tráfico mercantil, su titular no podrá esgrimir derechos derivados de aquélla respecto de vicisitudes que el producto experimente en el futuro (art. 53 LP). Ello se conoce como agotamiento del derecho sobre la patente.
- La concesión del derecho de patente es compatible con el derecho de explotación explotación (art. 54 LP).
- La concesión de una patente no perjudica los derechos derivados de otra prioritaria.

- La concesión de patente para una invención cuyo objeto se halle en régimen de monopolio obliga al monopolista a aplicarla en su industria cuando suponga un progreso técnico notable para la misma.
- Cuando se comercialicen en España productos cuya elaboración esté amparada por una patente de procedimiento, su titular tendrá respecto de aquéllos los mismos que si se hubieran fabricado en España.
- La explotación de una patente no puede efectuarse en contra de la ley, la moral, el orden o salud públicos y está supeditada a las prohibiciones o limitaciones que la Ley establezca durante el periodo de vigencia.

La marca y la patente en el presente supuesto práctico no generan conflictos de naturaleza jurídica, a nuestro juicio, a tenor de los hechos que se nos mencionan. No obstante, estimamos adecuado llevar a cabo una humilde descripción de los aspectos más relevantes de ambos derechos, como, por ejemplo, la definición de éstos y su contenido.

***“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 €”.***

La principal cuestión a la hora de analizar este párrafo es el negocio jurídico de la **donación**, la cual no entraña, en principio, dificultad alguna. No obstante, desde nuestro punto de vista, suscita problemas que requieren un análisis detenido acerca de si realmente la referida donación es eficaz.

La donación aparece regulada en los artículos 618 y siguientes del Código Civil. Define el Código aquélla como “*un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*”. Se caracteriza por la inexistencia de contraprestación a cambio de la transmisión del bien.

La mayor parte de la doctrina admite que la donación es un contrato [por tal, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO]. El artículo 609 CC considera la donación como un modo de adquirir el dominio, separado de la adquisición como consecuencia de ciertos contratos seguidos de la tradición. Una vez que se perfecciona la donación se produce la adquisición de la propiedad de la cosa por el donatario, sin necesidad de tradición.

Es necesario que el donante reúna capacidad para poder contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC). El poder de disposición se refiere a los bienes objeto de la donación. En lo referente al donatario, podrán adquirir dicha condición aquellos que no estén especialmente incapacitados por ley para ello (art. 625 CC). No es necesaria, por tanto capacidad para contratar.

El objeto de la donación pueden ser tanto cosas como derechos, ya sean reales o de crédito.

Dicha donación puede comprender todos los bienes del donante, o parte de ellos, con tal de que éste se reserve en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias. No cabe donación de bienes futuros y nadie podrá (art. 636 CC) dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento.

Observando los datos facilitados, podríamos afirmar que la donación se ajusta a lo que la leyes establecen, pues Benicio y Matilde disponen gratuitamente de una cosa a favor de Maita. Reúnen, además, capacidad para contratar y poder de disposición sobre sus bienes (la casa de la sierra es propiedad del matrimonio) y Maita no está especialmente incapacitada por ley para aceptar la donación, o al menos, ese dato no se nos facilita. El objeto de la donación, decíamos, es una casa en la sierra madrileña, es decir, se trata de un bien inmueble. La naturaleza del bien tiene mucha relevancia en un aspecto que analizamos a continuación.

A este respecto, dispone el art. 633 del Código Civil lo siguiente:

**Artículo 633:**

*Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.*

*La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.*

*Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.*

A tenor de lo dispuesto en el presente artículo, en el que se exige para donación de cosa inmueble hacer constar la misma en escritura pública, requisito que se cumple tal y como nos expone el relato.

Podríamos, no obstante, proponer una segunda hipótesis acerca de la resolución de las cuestiones expuestas en el párrafo a comentar, la cual exponemos a continuación.

En la donación que figura en el relato sí tiene lugar la donación del inmueble en escritura pública, pero nada dice acerca de la aceptación de la misma, requisito exigido en este artículo. Podría entenderse que Maita, que lleva a cabo reformas en la casa por valor de 30.000 €, lleva a cabo una especie de “aceptación tácita” de la donación. El problema radica en que el Código Civil es claro a la hora de regular la aceptación de la donación en este tipo de casos: “*la aceptación podrá hacerse en la misma escritura de la donación o en otra separada*” y “*hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante*”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también hace referencia a este requisito, pudiendo citar, entre otras, la Sentencia de 31 de marzo de 2001. No tenemos constancia de que la aceptación se haya producido, pues la redacción del caso no alude a ella y, por tanto, no podemos presuponer que la misma haya tenido lugar. No existiría, a nuestro juicio, aceptación y, de acuerdo con el artículo 630 CC, la donación es nula, inexistente<sup>7</sup>. El requisito de la forma de la aceptación no se cumple en este contrato, por lo que acaece la nulidad del mismo. En esta línea, además, la STS 302/2001 de 31 de marzo afirma que:

---

<sup>7</sup> STS de 6 de julio de 1985 y STS de 10 de febrero de 1984

*Ciertamente es requisito esencial para la perfección de la donación, dado el carácter contractual de la misma según la regulación legal, el conocimiento por el donante de «la aceptación del donatario, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1258 del Código Civil». Ahora bien, este art. 623 ha de ponerse en relación con el 633 del mismo Cuerpo legal cuando establece que la aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada, y sólo en este segundo supuesto, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante. De ahí que cuando el donatario concurre al otorgamiento de la escritura pública la donación, aceptando ésta, no se precisa la notificación a que se refiere el último párrafo del art. 633, puesto que el donante toma en ese mismo momento del otorgamiento de la escritura conocimiento de la aceptación por el donatario, quedando perfeccionado así el contrato. Así lo viene a declarar la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1966 (RJ 1966, 2425) al decir que «el contrato de donación ha de revestir los requisitos del art. 633 del Código Civil, precepto que exige para la validez de la donación de cosa inmueble que se haga en escritura pública, con expresión individual de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, con lo que se sanciona que el requisito de forma es necesario para su validez, y al requerir, como contrato, el acuerdo de voluntades, se exige la aceptación del donatario mediante una auténtica manifestación de voluntad, que no puede ser sustituida por otros medios, dado que el art. 630 del Código prescribe que el donatario debe, “so pena” de nulidad, aceptar la donación en la misma escritura o en otra separada, debiendo en este caso notificarse en forma auténtica al donante para que quede obligado desde la perfección del vínculo (arts. 629 y 633)»; y la sentencia de 30 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6456) afirma que «aparecen cumplidas las exigencias de los arts. 630 y 633 del Código Civil, al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores, que comparecieron personalmente al otorgamiento de las respectivas escrituras».*

Así pues, la donación tiene naturaleza contractual y sólo se perfecciona cuando concurre el consentimiento de donante y donatario y en la forma exigida por el Código Civil (escritura pública y notificación del donatario al donante hecha en forma auténtica). En nuestro caso, sí existe consentimiento de los donantes, pero la donación no ha llegado a perfeccionarse por falta de aceptación. Esta aceptación tiene un término final, que es la vida del donante (art. 633. II). En el caso que nos ocupa, fallecido uno de los donantes, sin producirse la aceptación, el contrato no se ha llegado a perfeccionar.

En definitiva, no existiría, de acuerdo con esta hipótesis, un contrato de donación porque no se cumplen los requisitos de la aceptación expresa en escritura pública y consiguiente notificación fehaciente al donante legalmente establecidos cuando el mismo tiene por objeto un bien de naturaleza inmueble (art. 633 CC), sin que por lo ya expuesto se esté en tiempo de cumplimentar tales presupuestos dado el fallecimiento de uno de los donantes.

Entendida la donación como inexistente, lo que conviene analizar ahora es la cuestión de las reformas que acomete en la casa de la sierra por valor de 30.000 €.

La solución alternativa que proponemos es considerar la existencia de un estado posesorio. Opinamos que se trata de una **posesión** de cosa inmueble, civil (de acuerdo con el art. 430 CC, la

tenencia de una cosa o derecho por una persona unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos), en concepto de dueño (en el sentido de que el comportamiento por parte de Maita, mediante las reformas que realiza, se ajusta a un estándar dominical, pudiendo suscitar en los demás la convicción de que la poseedora es realmente la dueña del objeto poseído), inmediata y de buena fe. La buena fe del poseedor consiste en la ignorancia de la falta de plena eficacia del negocio de adquisición del derecho poseído, es decir, en la convicción de haber adquirido sin irregularidades la titularidad del derecho que está ejerciendo (art. 433 CC). Ello se adapta al supuesto a analizar, pues Maita ignora la falta de eficacia (debido a los motivos expuestos anteriormente sobre la falta de aceptación expresa) del negocio jurídico de la donación y entiende que adquiere sin anomalía alguna el inmueble. Hay que añadir, además, que la buena fe se presume.

Determinada dicha posesión de buena fe, lo que hemos de tener en cuenta es el régimen de gastos y mejoras llevados a cabo en el inmueble poseído. Por gasto o impensa ha de considerarse todo desembolso económico que el poseedor saliente haya realizado en relación con la gestión de la cosa poseída. Hay que diferenciar los llamados gastos necesarios, los cuales son indispensables para conservar la cosa poseída, sin los cuales ésta habría perecido o desmerecido. En segundo lugar se encuentran los gastos útiles, que son aquellos que revierten en mejoras introducidas en la cosa por el poseedor. Por último, los gastos suntuarios son aquellos de puro lujo o recreo. El desembolso que lleva a cabo Maita en el inmueble no puede considerarse de forma inequívoca un gasto necesario o un gasto útil. A favor de la primera de las hipótesis, podemos deducir del hecho de que se trate de “una casa habitable pero ya antigua” que dicha antigüedad propicia la necesidad de acometer reformas en la casa, considerando éstas como reparaciones. En el segundo caso, el abono de 30.000 € para “efectuar mejoras” podría considerarse un gasto útil, pues mejora es el aumento de valor experimentado por la cosa poseída a resultas de una inversión o actividad efectuada por aquél cuyo estado posesorio ha tocado a su fin. No es clara, por tanto, la naturaleza de los costes que asume Maita.

Los gastos necesarios (art. 453. I CC) se abonan a todo poseedor, sea de buena o mala fe, puesto que son desembolsos que igualmente habría tenido que realizar el poseedor entrante, evitando así un enriquecimiento sin causa por parte de este último. Sólo el poseedor de buena fe tiene derecho de retención sobre la cosa hasta que dichos gastos le sean satisfechos.

Los gastos útiles (art. 453. II CC) se abonan únicamente al poseedor de buena fe. El vencedor en la posesión tiene la opción de abonar al poseedor saliente el importe de los gastos efectuados, o bien compensarle por el aumento de valor que la cosa haya experimentado a causa de la mejora.

¿Cómo calificamos, pues, la actuación de Maita? Parece más adecuado calificar estos gastos como útiles ya que el caso práctico habla de “mejoras”, concepto que definimos *ut supra*, y suponen un aumento de valor del inmueble. Ello unido a la nueva red de comunicaciones construida en la zona en que se encuentra la casa supuso un aumento del valor de la finca, siendo éste de 150.000 €. En caso de que se produciese la liquidación del estado posesorio, el poseedor entrante habría de abonar al saliente (Maita) el importe de los gastos efectuados (30.000 €), ya que desconocemos el aumento de valor que la cosa ha experimentado por las mejoras introducidas sin la citada red de comunicaciones.

Cabe descartar una posible usucapación ordinaria por parte de Maita del bien inmueble, pues si bien concurren los requisitos de posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida

(art. 1941 CC), buena fe (art. 1950 CC) y tiempo (como dice el art.1957 CC, en el caso de bienes inmuebles, 10 años; 20 entre ausentes) , no lo hace, sin embargo, el de justo título, pues la donación, conforme a la segunda hipótesis expuesta sería nula y no meramente anulable. Tampoco sería aceptable la usucapión extraordinaria, que requiere un tiempo de posesión (30 años) que no se da en el caso a analizar. A ello hay que añadirle, de acuerdo con esta segunda hipótesis planteada, que los títulos radicalmente nulos o inexistentes no son válidos para la usucapión ordinaria <sup>8</sup>.

No obstante, la hipótesis expuesta en primer lugar (acerca de la validez de la donación) se antoja la más adecuada como parece extraerse de la redacción de los hechos.

***“En 2005 Benicio acude al notario y otorga testamento. En el mismo se lega a Aureliana la empresa. Con respecto a Maita, en el testamento se indica que se considera saftisfecha su legítima con la finca de la sierra, que el testador califica como colacionable. 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 John Quesada, ciudadano norteamericano, perdió jugando al póquer con Benicio en una de sus cafeterías. De su esposa Matilde nada dice.”***

Nos hallamos ante una **sucesión internacional**. Es necesario determinar el porqué. Se suele denominar “relaciones de tráfico externo” o “situaciones privadas internacionales” a las relaciones jurídicas que ponen en relación a distintos sistemas jurídicos, básicamente estatales. Frente a ellas, las situaciones puramente internas se caracterizan porque todos sus elementos se encuentran vinculados a un único Estado o sistema jurídico. Estas situaciones privadas internacionales presentan un mayor grado de inseguridad jurídica que las situaciones puramente internas. Su vinculación con distintos ordenamientos jurídicos genera una mayor dificultad para garantizar su continuidad como régimen jurídico predecible y eficaz. La internacionalidad de una situación privada puede venir dada tanto por elementos personales o subjetivos referidos a las partes de una relación jurídica (nacionalidad, residencia o domicilio en el extranjero), como por los elementos objetivos de dicha relación (situación del bien fuera de España, celebración del negocio en país extranjero, efectos de un mercado extranjero, etc.), como en el presente caso, en el que se nos habla de un inmueble sito en Ginebra, Suiza. Como sabemos, es necesario, en primer lugar, determinar la Competencia Judicial Internacional. Para ello acudimos, en primer lugar, a la dimensión institucional, representada por el Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000. No obstante, su artículo 1.2 excluye de su ámbito de aplicación los testamentos y las sucesiones, por lo que habremos de acudir a la fuente de Derecho internacional privado siguiente (jerárquicamente hablando). En cuanto a la dimensión convencional, en materia de Competencia Judicial Internacional habríamos de tomar en consideración el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Lugado de 30 de octubre de 2007. El problema es que se exceptúa de la aplicación de ambos Convenios la materia de testamentos y sucesiones (art. 1.2 de ambos Textos).

### **Artículo 1:**

[...]

2. *Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio:*

a) *el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los*

---

<sup>8</sup> STS de 13 de marzo de 1952, STS de 10 de octubre de 1977, STS de 5 de marzo de 1991 y STS de 20 de octubre de 1992, entre otras

*testamentos y las sucesiones;*

Es necesario, por tanto, recurrir a la dimensión autónoma (estatal, nacional) para determinar la Competencia Judicial Internacional. El texto que tenemos en cuenta es la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial española. En su artículo 22.3. X menciona que ostentarán la CJI en el orden civil los Juzgados y Tribunales “*en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España*”. Queda, por tanto, atribuida la CJI a los Tribunales españoles.

Un segundo aspecto a comentar es el Derecho aplicable. Seguimos la misma metodología para hallar la respuesta. No obstante, la dimensión institucional no regula la determinación del Derecho aplicable, por lo que habrá que tener en cuenta la dimensión convencional. La norma que ha de aplicarse para resolver la cuestión del Derecho aplicable es el Convenio de La Haya de 1961. Dispone éste en su art. 1 lo siguiente:

**Artículo primero.**

*Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la Ley interna:*

- a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o*
- b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o*
- c) Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o*
- d) Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o*
- e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados.*

*A los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema y, en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema.*

*La cuestión de saber si el testador tenía un domicilio en un lugar determinado se regirá por la ley de este mismo lugar*

En cuanto a la forma, por tanto, se aplica la normativa española (la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento). Si reúne dicha forma o no lo comentaremos más adelante con ocasión del testamento en inminente peligro de muerte y el testamento ológrafo.

Finalmente, el contenido de la sucesión testamentaria y el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la sucesión, es decir, todos los aspectos relativos a la validez material de la sucesión, se rigen por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, regla general establecida en el primer inciso del art. 9.8 CC, que establece:

*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. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados*

*conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.*

En 2005 Benicio acude al notario y otorga testamento. Siguiendo el Código Civil, nos hallamos ante la modalidad de testamento abierto, cuya regulación aparece en lo art. 679 CC. La persona que ha de autorizar el acto, en este caso el notario, conoce la voluntad del testador, pues la nota esencial de este acto es la publicidad. Desde el primer momento, es un documento público. De esto derivan una serie de ventajas, como son la seguridad, la custodia del documento, el asesoramiento del notario.

En dicho testamento se lega a Aureliana la empresa. Es necesario definir al legatario como sucesor a título particular, de algo concreto mediante testamento. La conceptualización del legatario como sucesor no es totalmente adecuada debido a que en ocasiones no sucede en nada al causante. Tampoco la figura del legado conlleva necesariamente, aunque sí habitualmente, la nota de liberalidad. Dichas circunstancias, a las que habrá de unírsele la multiplicidad de tipos de legado que regula el Código, hacen difícil ofrecer un concepto general de esta figura. En todo caso, la definición de legatario citada anteriormente permite extraer los caracteres que conforman la naturaleza jurídica del legado, a saber: ha de ordenarse en testamento; depende de la voluntad del testador, que podrá revocarlo en cualquier momento; y tiene un contenido jurídico patrimonial. La empresa constituye ese legado y la transmisión de la empresa (también denominada establecimiento mercantil) puede ser *inter vivos* o *mortis causa*, como en este supuesto.

Con respecto a Maita, en el testamento se indica que se considera satisfecha su legítima con la finca de la sierra. Dice el testamento que se trata de un bien colacionable. Es necesario hablar aquí de la colación. Por colación se entiende esa operación en virtud de la cual se trae a la herencia, a la masa hereditaria, aquellas atribuciones patrimoniales que el causante hubiese realizado en vida a título gratuito en favor de los herederos forzosos (art. 1035 CC). Esto se realiza una vez fallecido el causante. Sin embargo, hablaremos de la colación unas líneas más adelante.

Benicio, además, instituye heredero a Feliciano y le deja en el testamento un piso propiedad del matrimonio en Ginebra, 30 participaciones de Monaguillos, S.L. y un derecho de crédito correspondiente a 30.000 € que John Quesada, ciudadano norteamericano, perdió jugando al póquer con el testador en una de sus cafeterías. Surge aquí la institución de heredero, la cual se define fácilmente: un sucesor a título universal, que reemplaza al causante en todas las relaciones jurídicas transmisibles de las que éste es titular. Cabe añadir con respecto a Feliciano una precisión de importancia. Ésta supone considerarlo como legatario, pues siendo instituido heredero en cosas ciertas ha de ser considerado como legatario de acuerdo con lo dispuesto en el art. 768 CC. Hay que aclarar que nos encontramos ante la vigencia de un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales (no se refiere la existencia de otro régimen distinto, y tal y como menciona el art. 1316 CC cuando no concurren capitulaciones o éstas sean ineficaces, el régimen será el de gananciales) que, si bien permite disponer por vía de testamento de un bien ganancial, dicha disposición sólo será eficaz si dicho bien fuese adjudicado a la herencia del testador (una vez liquidada la sociedad, entiéndase). En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo de fallecimiento

(art. 1380 CC). No obstante, es importante saber cómo es entendido un legado de valor y la postura defendida por PRETEL SERRANO nos parece adecuada. Cita dicho autor que *“Aun cuando el legado se pague por equivalencia, creo que su prioridad en caso de colisión de legados será la del legado de cosa específica que forme parte de la herencia del testador (art. 887.2 CC), pues la pretensión del art. 1380 CC es mantener idéntico alcance del legado cualquiera que sea su contenido definitivo”*<sup>9</sup>.

Se alude también en el relato de hechos a que en el testamento notarial no se menciona a la esposa del causante, produciéndose así un supuesto de preterición del cónyuge, con las consecuencias que establece el art. 814 (a cuyo tenor se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias).

***“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 Aureliana. 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 cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde (15.000 €).***
- El piso en 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.”***

Observamos en el presente párrafo que Benicio, redacta un nuevo **testamento** pocas horas antes de morir. En el mismo deja todos sus bienes a Maita y Feliciano, y el usufructo a su esposa Matilde. Hemos de acudir al Código Civil para poder calificar el negocio jurídico testamentario como abierto, cerrado u ológrafo, concretamente a los artículos 676 CC y siguientes.

Descartamos que pueda ser un testamento cerrado, pues la característica esencial de esta modalidad es que el testador, sin revelar su última voluntad (art. 680 CC), declara que ésta se halla contenida en un pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto. Excluimos la posibilidad de que pueda tratarse de un testamento cerrado, además de por la razón expuesta, por el hecho de que no se ha otorgado ante Notario.

Hemos de analizar, por tanto, si nos encontramos ante un testamento abierto (art.679 C.C) . Sin embargo, la ausencia de Notario (requisito exigido en la modalidad del testamento abierto, por lo general) nos conduce a dos clases extraordinarias de testamento abierto: el testamento abierto en peligro inminente de muerte y el testamento en caso de epidemia. Descartando la segunda opción, podríamos considerar que Benicio otorga un testamento abierto en peligro inminente de muerte. La STS 675/2000 de 27 de junio declara que:

*De acuerdo con criterios doctrinales generalizados sobre el artículo 700, testamento «en*

---

9 PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, SALVADOR CORDECH, Pablo, “Comentario del Código Civil – TOMO II”, Madrid, 1991, pág. 730

*peligro inminente de muerte» es aquel testamento abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en «inminente peligro de muerte», es decir, en una situación de gravedad extrema*

No obstante, hay que comprobar la concurrencia de las formalidades de éste. La principal se halla regulada en el art. 700 del Código Civil, como citaba el fragmento de la Sentencia del Tribunal Supremo, “*Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario*”. El otorgamiento de esta forma excepcional supone un testamento en forma privada sujeta a plazos de caducidad, a formalidades y trámites posteriores al fallecimiento del testador. Los presupuestos que deben concurrir son: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) imposibilidad de asistencia de un Notario; c) cumplimiento de las solemnidades propias a todo testamento abierto. En primer lugar, según deducimos de la narración de los hechos, la inminencia de muerte del testador efectivamente concurre, pues la grave enfermedad que éste sufre le provoca la muerte poco después de firmar con sus manos el testamento. El siguiente presupuesto parece derivar del primero, pues la imposibilidad de asistencia de Notario es debido a la inminente muerte del testador. El Notario sólo deja de ser necesario cuando no es posible su intervención <sup>10</sup>.

Por último, efectivamente, en la redacción del caso se nos habla de la presencia de cinco testigos - Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad-, pero cabe cuestionarse la idoneidad de los mismos. A este interrogante nos da respuesta el art. 682 CC, mencionando éste la imposibilidad de que sean testigos los “*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 este precepto, observamos, se contiene una causa de ineptitud específica del testamento abierto y que alcanza exclusivamente a las personas expresamente señaladas, en virtud de la relación de parentesco que ostentan con el testador. No son testigos idóneos, a tenor de lo dispuesto, Matilde, Maita ni Feliciano por razones obvias, pues reúnen la condición de legatarios. Falla, por tanto, un requisito de forma del testamento en inminente peligro de muerte y su consecuencia, según el art. 687 CC, será la nulidad. El testamento redactado en 2011 es nulo y el destino de los bienes existentes en la herencia habrá de regirse por el redactado en 2005. La forma de los testamentos es un requisito “ad solemnitatem”, pues sólo la declaración de voluntad “mortis causa”, manifestada en alguans de las expresamente tipificadas, produce efectos jurídicos, aun cuando la regla general imperante en nuestro ordenamiento sea la de libertad de forma (art.1278 CC), dado que éstos son negocios con efectos después de la muerte del testador, el cual ya no podrá contribuir a aclarar las dudas suscitadas en la interpretación de su voluntad <sup>11</sup>. Ahora bien, no todos los requisitos exigidos en las formas testamentarias gozan de igual predicamento, sino que en cada una de ellas es posible diferenciar las que se requieran con carácter “ad solemnitatem” con sanción de nulidad de pleno derecho, de aquellas otras que su ausencia no ocasiona sanción alguna. La sanción de nulidad constituye la regla general, puesto que en cada una de las clases de testamentos se establecen requisitos que son esenciales para que el testamento despliegue su eficacia a la muerte del testador, aun cuando no pudiera dudarse racionalmente de que el mismo reflejaba con fidelidad la voluntad del testador<sup>12</sup>.

---

10 STS de 22 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1606]

11 STS de 16 de junio de 1997 [RJ 1997, 5411]

12 STS de 25 de abril de 1991 [RJ 1991, 3020]

A mayor abundamiento, rechazamos la opción del testamento ológrafo (art. 688 CC), pues, pese a haber sido otorgado por un mayor de edad, el requisito de la forma se incumple, requiriendo esta modalidad que este testamento debe estar escrito todo él y firmado por el testador. La firma, ciertamente, concurre, pero no así la redacción, la cual la lleva a cabo Maita, hija de Benicio. La doctrina incide en que este testamento debe ser escrito por el propio testador. Su exigencia deriva de la finalidad que está llamada a cumplir, esto es, manifestar la existencia de “animus testandi” y la de servir para identificar a su autor con el testador. En primer lugar, se exige que conste con claridad su voluntad de testar, lo cual, parece deducirse del relato fáctico por parte de Benicio. En segundo lugar, se requiere la autografía total, es decir, ha de ser escrito en su totalidad con su propia mano, hecho que, como sabemos, no concurre, lo que excluye que pueda ser escrito por otro o bien que el propio testador emplee medios fonográficos o mecánicos. Matilde lleva a cabo la redacción del testamento que le va dictando Benicio. Evidentemente, no nos hallamos ante un testamento ológrafo desde el momento en que es ella y no Benicio quien redacta dicho testamento.

Es necesario hacer referencia a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes. En primer lugar, la sociedad de gananciales rige por defecto tanto en el Derecho civil gallego como en el Derecho civil común si no se ha optado por el régimen económico matrimonial de separación de bienes, opción que no consta en el relato fáctico. Aquella comienza en el momento de celebración del matrimonio, es decir, en el año 1976. La naturaleza de los bienes de los que dispone Benicio ha de determinarse de acuerdo a los art. 1346 y 1347 CC.

- El primer bien del que se nos habla es la empresa, la cual, siguiendo el apartado 5º del art. 1347 CC tiene naturaleza ganancial. Dice éste que son bienes gananciales las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes y que si a la formación de la Empresa o establecimiento común concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el art.1354 CC. Hemos de descartar la segunda hipótesis, pues no disponemos de datos suficientes para tenerla en cuenta. Se deduce del texto que la empresa se funda una vez instalados en Madrid (cuando ya el matrimonio y, por consiguiente, la vigencia de la sociedad de gananciales ya ha tenido lugar).
- Menciona en el testamento la finca de la sierra. Este bien ha de presumirse ganancial de acuerdo con el art. 1361 CC. Si bien, para esta conclusión, sería conveniente que el relato precisase el momento y el modo de adquisición.
- Piso propiedad del matrimonio en Ginebra, cuya naturaleza, presumimos, ganancial con la misma salvedad que en el punto anterior.
- En cuanto a las participaciones de Monaguillos, S.L., las mismas han de considerarse gananciales, de acuerdo con el art. 1361 CC, con la misma salvedad anterior.
- El crédito de 30.000 €, de acuerdo con el artículo 1351 CC, que dice “*Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales*”, ha de considerarse ganancial.

Previamente a la partición es necesario llevar a cabo la liquidación de la sociedad de

gananciales para, de este modo, conocer el caudal hereditario de Benicio. La sociedad de gananciales, nos dice el art. 1392.1º CC, concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio y esta disolución tiene lugar por la muerte de uno de los cónyuges (art. 85 CC). Una vez disuelta la sociedad de gananciales surge la llamada “comunidad postmatrimonial o postganancial”. Habrá, por tanto, que proceder a la liquidación de la misma (art. 1396 CC), que comenzará con la formación de un inventario del activo y pasivo de la sociedad. Terminado el inventario, expone el art. 1399 CC, se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad. Una vez realizadas las deducciones del caudal inventariado, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges y sus respectivos herederos (art. 1404 CC). De acuerdo con la relación de bienes expuesta anteriormente, entendemos que todos ellos son gananciales por las razones citadas.

La división de los bienes más adecuada, a nuestro juicio, sería la siguiente:

- En el haber de Benicio incluiremos únicamente la Empresa, valorada en 840.000 €.
- Se incluyen, por otra parte, en el haber de Matilde los siguientes bienes: Dinero en una cuenta corriente titularidad conjunta con Matilde (15.000 €), el piso en Ginebra (200.000 €) y 15 participaciones de Monaguillos, S.L. (valor razonable de 1000 € cada una).
- En cuanto al derecho de crédito correspondiente a la partida de póquer, hemos de hacer las siguientes consideraciones: primero, este crédito no tiene acción (art. 1798 CC), por tanto, habría de calificarse como incobrable. El art. 1072 CC (aplicable supletoriamente a la liquidación de la sociedad de gananciales por imperativo del artículo 1410 CC) para los créditos calificados de incobrables establece que si se cobran en todo o en parte, se distribuirá proporcionalmente entre los herederos lo percibido. En el caso, el crédito ha de valorarse en 25.000 €, que fue la cantidad obtenida por la transmisión onerosa del crédito, que ha de computarse como valor en el activo de la sociedad conyugal y adjudicarse a la esposa.
- Para igualar las cuotas de ambos, tal y como dispone el artículo 1404 CC, ha de reconocerse un derecho de crédito a favor de la esposa por importe de 295.000 €.

Es menester referirnos a los criterios empleados en la liquidación de la sociedad de gananciales, los cuales exponemos a continuación:

- En primer lugar, aplicaremos, al menos de forma analógica, la regla contenida en el art. 1406.2 CC. Dice éste que cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, la explotación económica que gestione efectivamente.
- En segundo lugar, la inclusión en el haber de Benicio de la empresa íntegra supone también evitar un desmembramiento de la misma y facilitar la continuación de la misma.
- Por último, evitamos así constituir una comunidad de naturaleza romana en la empresa, siendo dicha comunidad antieconómica.

Una vez que hemos determinado los bienes que se incluyen en el haber del causante, debemos determinar las legítimas. Para ello acudimos a la computación. La palabra “colacionables” remitiría al instituto de la colación, regulada en los arts. 1035 y ss. CC. Pero es común doctrina la consideración de que aquí se trata de la colación en sentido amplio o impropio, que doctrinal y jurisprudencialmente (vid. STS 2/2010, de 21 de enero [RJ 2010, 10]) se suele preferir denominar computación para evitar equívocos. La computación, a diferencia de la colación en sentido estricto, no es dispensable por el causante, sino ordenada por ley; es pues, necesaria para el cálculo de las legítimas. Por lo tanto, hemos de colacionar la donación que Benicio y Matilde realizaron en favor de su hija Maita. Este deber de colacionar lo recibido inter vivos y a título gratuito puede haber sido dispensado por el donante (art. 1036 CC), lo cual, efectivamente, tuvo lugar, pues en la escritura pública en la que se realizó la donación se calificaba ésta como no colacionable. No obstante, el donante puede revocar dicha dispensa (art. 737 CC), la cual no afecta ya a la donación, que es irrevocable. Entendiendo que la donación sí es colacionable, hay que proceder al cálculo de las legítimas y si éstas son efectivamente satisfechas.

Por legítima ha de entenderse aquella parte alícuota del patrimonio hereditario del que es titular el causante en el momento de abrirse la sucesión. Los legitimarios pueden recibir lo que por legítima les corresponde no sólo en virtud de su institución como herederos, sino también por cualquier otro título traslativo distinto de éste. Hay que mencionar que todos los bienes hereditarios están afectos al pago de la legítima.

Legitimarios son los hijos y descendientes en línea recta del causante; en defecto de éstos, los ascendientes y; en todo caso, el cónyuge, que puede concurrir con los demás legitimarios. El principio de proximidad de grado actúa en la legítima de los descendientes, de manera que los descendientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, si bien opera el derecho de representación. Si no opera el derecho de representación, entrará en juego el derecho de acrecer. De la misma forma, legitimario también lo es el cónyuge viudo, Matilde en este caso. Su legítima 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.

Procedemos, pues, al cálculo de las legítimas, cuyo quantum viene determinado por el relictum, es decir, el importe del activo hereditario, deducidas las obligaciones del causante, y el donatum. El relictum estaría compuesto por el activo hereditario (la empresa, en este caso, cuyo valor asciende a 840.000 €) menos las obligaciones del causante (la deuda por 295.000 € con Matilde nacida en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales). El donatum, a su vez, se compone de la donación hecha en favor de Maita. No obstante, según el art. 1046 CC, será colacionable la mitad del valor de ésta. Para determinar el valor del donatum la doctrina se muestra dividida:

- Una primera postura establece que el valor del donatum será aquel del momento en que se realizó la donación o atribución gratuita.
- Una segunda corriente se inclina por la opción de calcular el valor del donatum en el momento en que se produce la apertura de la sucesión hereditaria.
- Una última opinión estima que ha de calcularse el valor del donatum atendiendo al momento en que se realiza la partición de la herencia.

La toma en consideración de lo dispuesto en el 654.I CC, en tanto que, para determinar el carácter inoficioso de las donaciones toma en consideración el momento de fallecimiento del donante, supone que la evaluación del relictum y el donatum ha de efectuarse al tiempo de la muerte del donante testador. Por tanto, el valor del donatum, entendemos, ha de ser 60.000 € (mitad de 120.000 €, de acuerdo con el citado art. 1046 CC y descontado ya el importe de las mejoras). Se minorará el valor actual de la vivienda en 30.000 por deberse esto a la inversión realizada por la propia Maita. De la suma del relictum (545.000 €) y el donatum (60.000 €) resultará una masa patrimonial ficticia (605.000 €) sobre la que hemos de calcular las legítimas. Dividida la herencia en tres tercios (201.666 € cada tercio) : tercio de legítima estricta, tercio de mejora y tercio de libre disposición, conocemos lo que corresponde por legítima a cada legitimario (67.222, 23 €).

Habiendo determinado las legítimas, tenemos que Maita ha recibido un importe insuficiente, pues le restan un total de 7.222,23 € para integrar la suya, lo cual, lógicamente, habrá de hacerse a expensas del *quantum* de los legados (artículo 820.1 del Código Civil). El de Aureliana asciende a 840.000 € y el de Feliciano (legado de valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.380 del mismo texto legal –habida cuenta de que no se hallan en el caudal relicto del causante los bienes específicos que le otorga- lo cual no obsta a su carácter de legado de cosa determinada –STS de 26 de Abril de 1.997-) a 260.000. Reduciendo ambos a prorrata para completar la legítima de Maita (artículo 820.2) quedan establecidos respectivamente en 834.485,11 € (840.000 – 5.514,89) y 258.292,66 (260.000 – 1.707,34).

Así las cosas, es evidente que el caudal partible una vez satisfecha la legítima de la donataria (832.777,77 €) resulta insuficiente para satisfacer el importe acumulado de ambas mandas (1.092.777,77) de manera que, igualmente, han de verse reducidas a prorrata (artículo 887 del Código Civil). Realizados los cálculos oportunos, los legados quedan fijados respectivamente en 635.909,1 y 196.868,66. En ésta última cifra, tendría Feliciano un derecho de crédito frente a Aureliana al ser ésta la única que ha recibido bienes del caudal hereditario.

Sobre tales cantidades e igualmente de modo proporcional –pues, desconociendo en qué términos distribuyó el testador el tercio de mejora hemos de partir de la hipótesis de que lo hizo a prorrata- ha de cernerse el usufructo viudal de la heredera forzosa preterida, de modo que, verificadas las operaciones pertinentes éste, por conjunto importe de 280.000 (840.000/3) habrá de distribuirse en el usufructo sobre 66.192 € del legado de Feliciano y sobre 213.808 del de Aureliana. La muerte de Feliciano siendo su madre y propia viuda del testador única heredera forzosa al haber fallecido intestado y sin descendencia, hace que la parte del usufructo que recae sobre su legado se extinga por consolidación.

En cuanto al crédito que ostenta Matilde frente al causante, habrá de prorratearse entre los legatarios, Aureliana y Feliciano (art. 891 CC).

Benicio fallece una vez que firma el segundo testamento (nulo, como expusimos anteriormente). El fallecimiento del causante pone en funcionamiento las llamadas etapas de la sucesión por causa de muerte:

1. La primera de ellas es el comienzo o apertura de la sucesión por causa de muerte de una persona (Benicio) en el momento que tiene lugar dicha muerte (art. 657 CC). A partir de este acontecimiento, es necesario determinar quién es el nuevo sujeto o sujetos que sustituyan al causante en las relaciones del mismo que le sobrevivan.
2. La apertura de la sucesión provoca la vocación o llamamiento a la herencia de todos los que

- puedan tener en ese momento alguna expectativa con respecto a dicha sucesión por voluntad del causante (normalmente por testamento, lo cual sí tiene lugar) o por ley.
3. Una tercera etapa está constituida por la delación o ius delationis. Por delación entendemos el ofrecimiento de la herencia que permite al llamado a la misma proceder de inmediato a su aceptación (o repudiación).
  4. Por último, el llamado puede aceptar o repudiar la herencia. El aceptante sucede al causante en las relaciones jurídicas que sobreviven a éste.

En el supuesto a analizar observamos que las tres primeras fases sí han tenido lugar, pues la herencia se abre una vez que fallece Benicio, la vocación se ha producido por voluntad del causante (como citábamos, a través del testamento) y según deduciremos del siguiente párrafo a analizaremos a continuación, la delación también se ha producido. No así la aceptación o repudiación por parte de los llamados a heredar por parte de Benicio.

Finalmente, hemos de decir que la herencia se ha distribuido en legados (como ya dijimos, Feliciano es heredero en cosa cierta y se considera legatario tal y como dice el art. 768 CC), pero existe una deuda con respecto a Matilde, derivada de la liquidación de la sociedad de gananciales. El art. 891 CC da respuesta a este interrogante declarando que si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes entre los legatarios a proporción de sus cuotas. En este caso, los legatarios son Feliciano y Aureliana y entre ellos habrá de prorratearse la deuda con Matilde.

***“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”***

Hemos aludido a las etapas de la sucesión por causa de muerte. Faltaba la aceptación o repudiación de la misma. Hemos de precisar aquí una cuestión acerca de la aceptación de la herencia que se antoja relevante a efectos de resolución del presente caso. Entre la institución de heredero y la institución de legatario existen ciertas diferencias, entre las cuales destacamos la adquisición de la condición de ambas. La primera se adquiere cuando se manifiesta querer ser heredero [cfr. art. 988 y ss CC]. No obstante, la condición de legatario se adquiere automáticamente cuando fallece el causante.

Para determinar la condición de herederos de Feliciano, pues éste fallece sin haber otorgado testamento y estando soltero y sin descendencia, hemos de acudir a la sucesión intestada. La **sucesión intestada (art. 912 y ss CC)**, legítima, legal o abintestado, es decir, aquella sucesión que viene preordenada por la ley sobre la base de diversos criterios, 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. Los principales caracteres que definen esta sucesión son la supletoriedad, la compatibilidad con la testada y la universalidad. Se entiende universal porque los sujetos llamados en ella son a título de heredero. El art. 912 CC contiene una enumeración de supuestos en los que la sucesión intestada “se abre” o tiene lugar, del cual nos interesa su apartado 1º, citando éste los siguiente *“La sucesión legítima tiene lugar: 1. Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.”*. Es de aplicación, por tanto, la sucesión intestada. Nos queda determinar el destino de la herencia, es decir,

a quién irá a parar. Los artículos 930 a 958 CC establecen el orden para suceder en la sucesión legal. Dice el art. 930 que la sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente. La ausencia de descendientes nos obliga a acudir al art. 935 CC, mencionando éste que ante la falta de hijos y descendientes heredarán los ascendientes. Sucederá, por tanto, a Feliciano su madre Matilde y lo hará, además, en toda su herencia (art. 937 CC). Por esta circunstancia, además, el crédito que ostenta Matilde frente a Feliciano, y con origen en la liquidación de gananciales, se extinguirá por confusión (art. 1192 CC) hasta la cantidad imputable en la deuda al legatario y causante, Feliciano.

### **Artículo 1192:**

*Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor.*

*Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario.*

Matilde ostentará el crédito existente en la herencia de Feliciano contra Aureliana (debido a la reducción de legado comentada en líneas precedentes). Hay que recordar que la herencia a la que fue llamado Feliciano fue distribuida en legados y las deudas han de ser satisfechas entre los legatarios (Aureliana y Feliciano) a proporción de sus cuotas. La deuda con la propia Matilde era por valor de 295.000 € producto de la disolución de la sociedad de gananciales.

Surge, de nuevo, un problema, la condición de heredera de Matilde, pues, como citamos, existen un derecho de crédito a su favor en la herencia de Benicio y de acuerdo con el artículo 1156 CC las obligaciones se extinguen por confusión. El art. 1192 CC declara que *“Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor”* y que *“Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario.”* No podrá, entendemos, Matilde cobrar la parte de su crédito habida en la herencia de Feliciano, pues si acepta pura y simplemente la herencia se extinguirá esa obligación por confusión, mientras que si lo hace a beneficio de inventario, no habrá deudor al que pueda exigir el cobro de su crédito. Únicamente podrá satisfacer parte del crédito que tenía contra Benicio. Este crédito sería, en la proporción correspondiente, frente a Aureliana (legataria de la herencia).

***“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 John Quesada, recibiendo a cambio de ello 25.000 €. A los cuarenta y cinco días de haberse concertado las referidas transmisiones, Matilde entregó a sus 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”.***

Nos encontramos, en primer lugar, ante una compraventa internacional y ello lo razonamos aludiendo a la existencia de un elemento objetivo extranjero en la relación jurídica (en este caso, la situación del bien inmueble fuera de España) y debemos acudir al Derecho Internacional Privado en orden a determinar el Derecho aplicable a ésta. Dentro de la dimensión institucional hallamos el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de Junio de 2008, sobre la

ley aplicable a las obligaciones contractuales. Su art. 4.2 nos dice cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1º (el cual declara que la falta de elección de las partes del derecho aplicable a su contrato determina que ésta será determinada siguiendo ciertos criterios expuestos en él) el derecho aplicable será el del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

La prestación característica del contrato es la “entrega” del inmueble a la constructora inglesa y la lleva a cabo Matilde, que reside habitualmente en España. El derecho aplicable será, por tanto, el español en esta compraventa. Esta sería la postura acorde con diversos autores que excluyen la prestación monetaria de pago de dinero como la prestación característica porque se encuentra en todos los contratos. Punto de vista, no obstante, criticable si pensásemos en negocios jurídicos de otra índole como, por ejemplo, la permuta, en cuyo caso sería complicada la determinación de la prestación característica.

Los arts. 1445 C.C y siguientes. regulan la compraventa, entendiendo ésta 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”. La compraventa constituye en el Código Civil el paradigma de los contratos a través de los cuales se realiza el intercambio o cambio por dinero de bienes (cosas y derechos). La compraventa se caracteriza por ser un contrato consensual, es decir, se perfecciona por el mero consentimiento, oneroso - determina sacrificios o desplazamientos patrimoniales para cada una de las partes -, bilateral - nacen obligaciones recíprocas para las partes – generalmente conmutativo la obligación que asume una parte se considera como el equivalente de la que otra a su vez contrae: en él no suele intervenir la suerte, pero si interviene, la compraventa es aleatoria, y obligacional o simplemente productor de obligaciones: para el vendedor, la entrega y el saneamiento de la cosa y para el comprador, el pago del precio. El contrato de compraventa no impone al vendedor la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida. Ni siquiera exige que, en el momento de la perfección del contrato, el vendedor tenga en su poder la cosa vendida. Por sí solo el contrato de compraventa no transmite la propiedad de la cosa vendida, careciendo, pues, de virtualidad transmisiva de “iura in re”. El contrato de compraventa únicamente sirve de título y el modo, por lo que ese efecto transmisivo será una consecuencia de la entrega (traditio) de la cosa, y no de la perfección del contrato. Hemos de presuponer que la compraventa es perfectamente válida y ajustada a Derecho, pues las prestaciones por ambas partes se presuponen realizadas (pago del precio y traditio), pues no se nos dice en contra.

Hacemos referencia también a la cesión derecho de crédito correspondiente a 30.000 € que John Quesada, ciudadano norteamericano perdió jugando al póquer con Benicio en una de sus cafeterías. Nos hallamos ante una obligación contractual, y dada su naturaleza internacional, hemos de acudir al Derecho Internacional Privado para determinar el derecho aplicable, como hicimos anteriormente. Se encarga de ello, nuevamente, el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. El art. 3 del presente Texto permite a las partes contratantes elegir el Derecho aplicable a su contrato internacional, hecho del cual no tenemos constancia de que se haya producido. En su defecto, el art. 4 otorga al Tribunal y a las partes unos criterios para hallar el Derecho aplicable al contrato. Éstos son: la prestación característica, los vínculos más estrechos y la cláusula de excepción. El art. 4.4 del Reglamento es de aplicación aquí, el cual cita que “4. 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.” Los vínculos más estrechos,

entendemos, son con España, pues la nacionalidad ambas partes es española. El contrato se regirá, pues, por el Derecho Civil español. Habremos de acudir a la regulación que el mismo contiene sobre contratos.

Se produce la cesión de un crédito, la cual aparece regulada por los artículos 1526 y siguientes del Código Civil. Matilde ha de responder (art. 1529 CC) de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso (lo cual pudo haber sucedido). No obstante, el problema jurídico que puede suscitar es la inexistencia de acción para reclamar la cantidad a John Quesada (art. 1798 CC), quien si hubiese pagado voluntariamente no podrá repetir lo pagado.

**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.**

El fundamento esencial del sistema de legítimas es la necesaria vinculación familiar de parte del haber hereditario transmisible mortis causa, que supone el establecimiento de dicho sistema, fundada en la relación de la garantía constitucional del derecho a la herencia (art. 33.1 CE) con la protección de la familia (art. 39.1 CE). Esta vinculación imperativa del destino de una determinada parte del haber hereditario se conjuga con la facultad de disposición del propio causante. A dicha finalidad responde el sistema legitimario. La legítima es la cuota del caudal relicto del causante, una vez deducidas cargas y deudas, exclusión hecha de las impuestas en testamento, que imperativamente se atribuye a determinados sujetos fijados por la ley, entre quienes tienen vínculos parentales y conyugales con aquél, y que, por dicha razón, son denominados legitimarios o herederos forzosos. No obstante, el empleo en el Código Civil de legitimario y heredero forzoso indistintamente es erróneo, pues un legitimario no es heredero ni tampoco es forzoso. Sólo será heredero cuando sea instituido como tal.

La regulación de la legítima en el Código Civil ha sido objeto de modificación puntual en bastantes ocasiones. En el año 1981, la reforma por Ley de 13 de mayo de ese año igualó los derechos sucesorios y modificó el art. 1056 del Código Civil sobre partición por el propio testador: el testador que desee mantener indivisa su empresa o el control de una sociedad puede atribuírsela por entero a cada uno de sus hijos, con cargo a pagar la legítima en dinero a sus hermanos. El pago de ese dinero, que puede ser extrahereditario, puede aplazarse hasta cinco años.

La Ley de 18 de noviembre de 2003, sobre la protección a personas discapacitadas, afecta a la regulación de la legítima, no sólo al flexibilizar la forma de pago de la misma y la prohibición de establecer gravámenes, sino también en la regulación de la fiducia que introduce en el art. 831 del Código Civil.

La Ley de 8 de julio de 2005, sobre matrimonio y divorcio, modifica puntualmente los derechos legitimarios del viudo regulado en los art. 834 y 835 del Código Civil.

Para abordar el análisis de la cuestión acerca de la oportunidad histórica del sistema de legítimas y su conveniencia actualmente, hemos tenido en cuenta la obra de la profesora PARRA

LUCÁN “*Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio*”, la cual lleva a cabo un análisis, entre otras materias, del sistema de legítimas en los distintos Derechos que componen el panorama español.

No existe una postura doctrinal unánime en cuanto a la necesidad, conveniencia, oportunidad del sistema de legítimas. Existen argumentos utilizados en contra y a favor de la legítima de forma reiterada por muchos autores.

En primer lugar, existe una postura a favor de la libertad de testar. Ésta expone que, pese a que la legítima se ha considerado como una expresión de solidaridad intergeneracional, actualmente se puede considerar como una institución anacrónica y cuyas cuotas son excesivas, dada la evolución que experimenta la familia desde la época de la Codificación. Autores como SONNEKUS califican la legítima como una reliquia. Esta opinión doctrinal entiende, además, que ésta es un residuo de una ideología que, permitiendo a las personas disponer de sus bienes, les impediría hacerlo libremente para después de su muerte. De acuerdo con planteamientos tradicionales, la libertad para testar se concibe como un presupuesto del derecho a la propiedad que, a su juicio, cumpliría determinadas funciones, como el robustecimiento de la autoridad paterna, estímulo de la cooperación de los hijos e instrumento que permite la conservación del patrimonio familiar, evitando así la división, dispersión, de éste, ofreciendo también un refugio a los hijos no herederos a quienes los avatares de la vida obliguen a buscarlo.

En el extremo opuesto surge la doctrina defensora del sistema de legítimas. Su primer argumento se basa en razones de ética familiar. La legítima enlazaría con un determinado régimen familiar y sería cumplimiento de obligaciones que la propia naturaleza impone para garantizar la subsistencia de los parientes más próximos. A esta clase de argumentos se añaden otros, como serían la necesaria igualdad entre los hijos, que son herederos naturales de sus padres, continuadores de su personalidad, así como la posibilidad de que el padre discrimine a los hijos puede dar lugar a abusos e injusticias y aumentar la envidia, las desavenencias familiares y los pleitos.

A nuestro parecer, una de las razones por las cuales consideramos adecuado el sistema de legítimas es empleada en esta segunda postura doctrinal: la ética familiar. Sea por nuestra mentalidad o por nuestras convicciones, entendemos que los legitimarios (descendientes, normalmente) han de ser necesariamente acreedores de parte del patrimonio hereditario, sobre todo cuando la edad de éstos es relativamente temprana, pues es muy probable que se hallen en situación de dependencia con respecto al causante.

Recientemente han sido vertidas diversas opiniones que critican el sistema de legítimas. No obstante, no terminan de emplear argumentos de peso de cara a considerar la supresión de las legítimas como un sistema adecuado. No puede considerarse que este razonamiento sea objetivamente mejor que los demás. La legítima es considerada por muchos juristas la defensa por parte del Estado del derecho de determinados parientes a recibir una porción en los bienes del causante.

En España, las críticas al sistema de legítimas provienen de la profesión notarial, que proponen como modelo a seguir la libertad de testar del mundo anglosajón.

En cuanto a la postura defendida por los profesores de Derecho civil, puede hablarse de la inexistencia de un consenso acerca de la manera en que debería ser reformado el sistema

legitimario. Algunos abogan por defender la existencia de un sistema incoherente reflejado en el Código civil. Podemos exponer aquí la opinión del profesor DELGADO, quien por la supresión de las legítimas y sustitución por unas limitaciones a favor del cónyuge y determinados parientes o allegados en función de unas relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento, entiende que eso sería en un sistema de tabula rasa, pero es consciente de que esto sería un sistema de tabula rasa, sin historia, sin tradición, y dada la fuerte carga simbólica de la regulación de las legítimas concluye que es más fácilmente asumible una reforma de legítimas que no cuestione el sistema pero evite las disfunciones más graves, eliminando la legítima de los ascendientes, reduciendo el valor de la de los hijos y configurándola como un derecho de valor que pueda satisfacerse por cualquier título. Esta postura es defendida incluso por aquellos que consideran que las legítimas tienen un profundo arraigo en el ordenamiento jurídico y en la conciencia social<sup>13</sup>.

Echando la vista hacia países de nuestro entorno observamos que las reformas legislativas han ido encaminadas a flexibilizar, que no suprimir, el sistema de legítimas.

En el caso de Francia, en el año 2006 se modifica el sistema legitimario del *Code* para adecuarlo a la nueva realidad social y necesidades particulares de algunas familias, expresando su favorable posición con respecto a la continuación del sistema legitimario. Durante el proceso de elaboración de la Ley que reforma el Code, se ponen de manifiesto las siguientes razones por las que se considera útil la institución de las legítimas:

- En primer lugar, se tiene plena convicción de que la legítima protege la familia, pues asegura la conservación de los bienes en su seno. Se entiende que ésta es una expresión del deber de asistencia póstumo frente a los parientes más próximos.
- Se protege la libertad del heredero, impidiendo las presiones del de cuius (el causante) que amenaza con desheredarle.
- Se garantiza, a su vez, una igualdad mínima entre los herederos, impidiendo que uno resulte aventajado más allá de una determinada proporción (en el caso español, nos viene a la mente el tercio de legítima corta o estricta).

A diferencia de lo que ocurría en España, los Notarios franceses son partidarios del mantenimiento del sistema legitimario, pero con ciertos retoques. Aclaran, además, que en los países en los que la legítima no existe y está reconocida la total libertad del testador, existe una cierta litigiosidad cuando los hijos “desheredados” impugnan los testamentos de sus padres, y cómo los tribunales acaban por estimar sus pretensiones por considerar que el testamento que nada deja a los hijos se hizo “bajo influencia”.

No hemos hablado todavía de la existencia o no de una garantía constitucional del sistema de legítimas y parece conveniente llevar a cabo dicha tarea.

En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal, en sus sentencia de 19 de abril de 2005, mantuvo que la legítima de los hijos viene exigida constitucionalmente. Por una

---

13 DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Una propuesta de política legislativa en Derecho de sucesiones por causa de muerte. Segunda parte: objetivos de una reforma del Derecho de Sucesiones. Presente y futuro”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pág. 128

parte, el art. 14 de la Constitución alemana garantiza la propiedad privada, y la libertad de testar es entendida como un elemento caracterizador del Derecho de sucesiones, como reflejo del derecho de propiedad y del principio de autonomía privada en la libre autodeterminación de la persona (art. 2.2 de la Constitución). Pero el art. 6.1 del Texto Constitucional alemán garantiza la protección de la familia, lo cual ha de relacionarse con el art. 14, de manera que los hijos tienen siempre derecho a una porción de la herencia. No obstante, esta postura es criticada por la doctrina alemana.

Pese a la oposición doctrinal citada, la ley que reforma el sistema de legítimas en el año 2008 tiene muy en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en absoluto, se plantean la supresión de aquéllas, asumiendo, sin embargo, la necesidad de una modernización de las mismas.

El panorama español es el que nos interesa analizar. En primer lugar, el profesor ÁNGEL LÓPEZ publica en el año 1994 un trabajo sobre la garantía institucional de la herencia. Afirma que la libertad de testar, entendida ésta como la facultad de decidir sobre el propio patrimonio tiene su fundamento reconocido en la Constitución, concretamente en su artículo 33, que reconoce el derecho a la propiedad privada, a la herencia y la herencia no es más que una manifestación del carácter ilimitado de la propiedad. El problema que surge tiene mucha relación con el caso alemán que comentamos anteriormente. La Constitución española de 1978 garantiza, también, la protección de la familia. Ha de tenerse en cuenta, señala el autor, que el Derecho sucesorio ha sido históricamente un derecho de tradición familiar y que, concluye, la vinculación familiar del patrimonio histórico incluye, entre otras cosas, la necesidad de que ciertos parientes, en el caso de que éstos existan, perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción para testar<sup>14</sup>. El autor, no obstante, duda acerca de qué círculo de personas ha de recibir los bienes y en qué cuantía.

El profesor MOREU, por su parte, se ha declarado firme defensor de las legítimas, entendiendo éstas como una forma de proteger o dar consistencia a la familia (art.39), que la Constitución ordena proteger, mientras que ningún precepto de la Norma Suprema ordena defender la libertad de testar o la libertad de disponer por causa de muerte<sup>15</sup>. TEODORA TORRES rechaza que las legítimas constituyan un límite al libre desarrollo de la personalidad y tiene en cuenta la vinculación tradicional entre propiedad y familia, las cuales sí están protegidas constitucionalmente<sup>16</sup>.

En opinión de autores como PARRA LUCÁN, la existencia de un sistema de legítimas no puede deducirse de la Constitución. Otra cosa sería, dice, el deber del Derecho de sucesiones de conciliar la libertad de disponer (art. 33 CE) con la necesaria protección de la familia (art. 39 CE), siendo el sistema de legítimas una forma de lograrlo. Expone que no se trata de una exigencia constitucional, siendo ejemplo de ello que no es el modelo seguido en ciertos ordenamientos civiles españoles, en los que se admite de forma amplia la libertad para testar. El respeto a la libre voluntad del causante, del que es el máximo exponente el Fuero de Ayala, escrito y consuetudinario, es respetado por la Ley de Derecho Civil del País Vasco de 1992 y por la Ley 267 del Fuero de

---

14 LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, “La garantía institucional de la herencia”, *Derecho Privado y Constitución*, 3, 1994, págs. 52 y ss.

15 MOREU BALLONGA, J.L., “Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal” I tomo I (*Revista de Derecho Civil Aragonés*, III 1997, 1), pág. 167.

16 TORRES GARCÍA, T. F. “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pág. 220

Navarra. Sigue añadiendo que la legítima no puede considerarse tampoco como de orden público, de acuerdo con la STS de 15 de noviembre.

Evidentemente, la pluralidad de ordenamientos jurídicos deriva en una pluralidad de regulaciones. El tema de las legítimas no es ajeno a ello y podemos apreciar en varias normativas que la legítima de los ascendientes se suprime, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Derecho Común español.

Las propuestas doctrinales que defienden la aplicación de la libertad del causante y la reducción de las legítimas sugieren la necesaria supresión de la legítima de los ascendientes y el aumento de la legítima del cónyuge.

En cuanto a la supresión de la legítima de los ascendientes, podemos observar que son varios los ordenamientos que llevan a cabo esta medida:

En Francia, la Ley francesa de 2006 ha suprimido la legítima de los ascendientes, quedando protegidos éstos por la obligación de alimentos prevista en el Código civil francés. Para esta supresión se ha argumentado que ella tiene lugar por los conflictos que estos derechos plantean sobre el cónyuge que sobrevive, en especial en los casos en los que los ascendientes apenas han convivido con el hijo fallecido. Se reconoce, no obstante, un derecho de los ascendientes a recobrar los bienes que hubieran donado a sus descendientes como anticipo de sus derechos sucesorios.

En Bélgica, la reforma del Código civil que lleva a cabo la Ley de 28 de 2007 no suprime la legítima de los ascendientes pero permite otorgar a favor del cónyuge o conviviente una liberalidad que comprenda todos los bienes cuando concurre con los ascendientes, lo que de hecho permite reducir o eliminar la legítima de los ascendientes.

En los Derechos civiles coexistentes en España, podemos citar los siguientes:

En Aragón no son legitimarios los ascendientes (art. 171.1 de la Ley de sucesiones de 1999), y la doctrina mayoritaria así lo entendía antes, cuando se encontraba vigente de la Compilación de 1967.

La Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006 suprime la legítima de los ascendientes, pero, por contra, otras reformas de Derechos civiles territoriales, como las leyes del País Vasco de 1992 y 1998 y de Cataluña (2008) la mantienen.

Existen opiniones favorables a la supresión de la legítima por parte de la mayoría de la doctrina, pero también una fuerte oposición a favor del mantenimiento de la misma.

Quienes se inclinan por suprimir la legítima como, por ejemplo, el profesor VAQUER, hacen notar con datos estadísticos publicados por el Banco de España y por el Instituto Nacional de Estadística, cómo, no solo existe un sistema de pensiones, sino que, además, la renta aumenta con la edad, de forma que la riqueza de los ancianos es superior a la de los jóvenes. Su conclusión es meridiana: los problemas de los ancianos con bajas rentas no pueden ni deben solucionarse con arreglo al sistema legitimario general, sino con arreglo a otras políticas<sup>17</sup>.

---

17 VAQUER ALOY, A., "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", InDret 3/2007, Revista para el

Oponiéndose a esta primera postura se encuentra el profesor MOREU. Sostiene que en una sociedad envejecida, con un decreciente nivel de vida relativo, es contrario a la justicia suprimir la legítima de los ascendientes, sobre todo en los casos en los que el hijo fallecido no tiene descendencia. La legítima de los ascendientes puede representar, de acuerdo con este autor, la plasmación jurídica del pago casi siempre insuficiente de una deuda moral contraída por el descendiente a lo largo de muchos años, y pago que sólo de forma muy leve habría de poder atenuar el dolor de ver morir a un hijo desde la edad avanzada<sup>18</sup>.

Hay que hablar también de una posición favorable al fortalecimiento de la posición del viudo. Es mayoritaria la doctrina europea la opinión de que la posición del cónyuge ha de ser mejorada en la sucesión. Se conecta, además, con la posibilidad de reformarse la regulación acerca de la sucesión abintestato. Partiendo, además, de la colaboración del cónyuge en la riqueza del causante, se propone la atribución ex lege de la vivienda conyugal.

Ha de tenerse en cuenta lo que ocurre en los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En el Derecho francés, durante la tramitación de la ley de reforma del Code del año 2006, se barajó la posibilidad de introducir una reducción de la libertad de disponer en el caso de que el cónyuge concurriera con hijos no comunes, limitando a la mitad de los bienes la parte que podría disponer un esposo a favor del cónyuge ( $\frac{1}{4}$  en propiedad y  $\frac{1}{4}$  en usufructo o bien  $\frac{1}{2}$  en usufructo). Temiendo que pudiera considerarse una distinción discriminatoria de los hijos en atención a su origen, se prescindió de dicha modificación.

En España, la consolidación de los derechos del cónyuge se ha ido produciendo paulatinamente en los distintos derechos civiles territoriales.

Podemos aludir a una corriente favorable a suprimir las legítimas y sustituirla por el reconocimiento de un derecho de alimentos. La reforma del Código Civil de 2003 dirigida a facilitar la sucesión de las personas con discapacidad ha generado reflexiones acerca de unos criterios distintos de los actuales como justificación y configuración de las limitaciones a la libertad de disponer en el ámbito sucesorio: los intereses que han de ser protegidos no serían la atribución de expectativas hereditarias en abstracto a los parientes en cuanto tales, sino en atención a las concretas situaciones carenciales de personas dependientes del causante a las que éste atendía.

Esta tendencia no es ajena a otros ordenamientos. En Louisiana, que por su tradición de civil law ha reconocido las legítimas de manera semejante a los países de la Europa continental, en 1995 modificó su regulación, limitando la legítima a los hijos que no hayan cumplido veinticuatro años o a los que, con independencia de su edad, padezcan discapacidad o enfermedad incurable.

En los distintos Derechos civiles españoles hay algunos supuestos de atribución de derechos de alimentos por vía del Derecho de sucesiones, y como un equivalente legitimario, en el sentido de que se atribuyen a personas excluidas de la herencia. El presente planteamiento enlaza con la revisión de una de las funciones que se atribuye tradicionalmente al Derecho de sucesiones y, en particular, a la legítima. El Derecho de sucesiones, entendido como sector que regula la transmisión

---

Análisis del Derecho, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, julio 2007, pág. 9  
18 MOREU BALLONGA, J.L. op. Cit. Pág. 163.

del patrimonio y la legítima, como institución que trata de garantizar que al menos una parte de ese patrimonio pase a algunos parientes y al cónyuge, cobra pleno sentido cuando existe un patrimonio familiar, que cumple una función de protección y subsistencia de la familia, al margen de otro tipo de consideraciones más generales relativas a la personalidad. Es lógico que este planteamiento sea sometido a revisión cuando cambien los presupuestos.

Frente a esta postura, quienes defienden la legítima, no se basan en su función de garantizar la subsistencia de los parientes, sino en el derecho a participar en el patrimonio del causante de ciertos parientes. Se trata de una contradicción de planteamientos más fuerte que la que podría existir si se discutiera cómo deber organizarse la subsistencia de los parientes necesitados que dependieran para subsistir, o para mantener determinado nivel de vida del causante.

Para concluir, nuestra opinión es favorable al mantenimiento del sistema de legítimas. Me adhiero a opiniones expuestas por diversos autores aquí citados, entre las que destaco la razón ética. La legítima ha de tenerse en cuenta cuando tiene lugar una situación de dependencia por parte de los hijos con respecto a su padre, por ejemplo. No sería justo desde un punto de vista moral la “migración” de ese patrimonio a manos extrañas, quedando desamparados esos parientes que hasta el fallecimiento del individuo han dependido de él por las razones que fueren. Mencionaba algún autor la solución de este problema de desamparo mediante la aplicación de otras políticas, pero parece que un instrumento efectivo lo constituye el sistema de legítimas. Quizás la dependencia con respecto al fallecido se reduce en el caso de los ascendientes, pero no hay que descartarla totalmente. A nuestro juicio, y de acuerdo con ciertas opiniones favorables al sistema de legítimas, éste supone una forma muy adecuada de conjugar tanto la protección de la familia y el derecho a la propiedad privada, ambos recogidos en la Constitución española. Por todo ello, estimamos que la actual regulación del sistema de legítimas en el Código Civil español es oportuna y conveniente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Manual de Derecho Civil – Sucesiones”*, Bercal, S.A., 2012, 2ª Edición, Madrid
- MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel, *“Lecciones de Derecho Mercantil – Volumen I”*, Thomson Reuters, 2011, Novena Edición, Pamplona
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *“Derecho Internacional Privado”*, Thomson Reuters, 2011, Sexta Edición, Pamplona
- DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *“Sistema de Derecho Civil – Volumen IV (Tomo 2) – Derecho de Sucesiones”*, Tecnos, 2012, Undécima Edición, Madrid
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Manual de Derecho Civil – Obligaciones”*, Bercal, S.A., 2011, 3ª Edición, Madrid
- DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *“Sistema de Derecho Civil – Volumen IV (Tomo 1) – Derecho de Familia”*, Tecnos, 2012, Undécima Edición, Madrid
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Manual de Derecho Civil – Derecho de Familia”*, Bercal, S.A., 2012 2ª Edición, Madrid
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Manual de Derecho Civil – Derechos Reales”*, Bercal, S.A., 2012, 3ª Edición, Madrid
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Manual de Derecho Civil – Contratos”*, Bercal, S.A., 2011, 3ª Edición, Madrid
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *“Instituciones de Derecho Mercantil – Volumen I”*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 35ª Edición, Pamplona
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Manual de Derecho Civil – Derecho privado y Derecho de la persona”*, Bercal S.A., 2011, 5ª Edición, Madrid
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Comentarios al Código Civil”*, Thomson Aranzadi, 2006, 2ª Edición, Navarra
- PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, *“Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” Ponencia expuesta en el curso “Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio” [CGPJ, Madrid, noviembre 2008]*
- CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *“Código Civil Comentado – Volumen III”*,

Thomson Reuters Civitas, 2011.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, SALVADOR CORDECH, Pablo, *“Comentario del Código Civil – TOMO II”*, Madrid, 1991