

TRABAJO DE FIN DE

GRADO:

Derecho de sucesiones:  
Elementos históricos y  
praxis civil, mercantil e  
internacional

**ANA M<sup>a</sup> LORENZO SOUTO**

**4º CURSO GRADO EN DERECHO**

**TUTOR: RAFAEL COLINA GAREA**

## **SUMARIO:**

### A. Resolución del supuesto de Derecho Sucesorio. Aspectos civiles, internacionales y mercantiles.

1. Cuestión de la vecindad civil del causante
2. Determinación de la filiación de Aureliana
3. Análisis jurídico del testamento del año 2012
  - 3.1. Testamento en peligro de muerte
4. Análisis jurídico del testamento de Don Benicio del año 2005
  - 4.1. Cálculo de las legítimas
    - 4.1.1. Computación de la legítima
    - 4.1.2. Valoración de los bienes hereditarios
      - 4.1.2.1. Cuestión de la donación *inter vivos* a Maita
    - 4.1.3. Imputación de la legítima
    - 4.1.4. Acción de suplemento de la legítima
  - 4.2. Preterición del cónyuge viudo y su cuota legitimaria

5. Cuestiones jurídicas de la muerte de Feliciano

5.1. Sucesión intestada

5.2. Ius transmissionis a favor de Matilde y relevancia de los actos de disposición de la herencia de Benicio

6. Aspectos internacionales del supuesto

6.1. Disposición testamentaria de un piso en Ginebra

6.2. Compraventa internacional

7. Aspectos mercantiles del supuesto

7.1. Patente

7.2. Marca

7.3. Transmisión *mortis causa* de la empresa

7.4. Transmisión de participaciones sociales

B. Aspectos históricos de las legítimas y su conveniencia en el actual ordenamiento jurídico español

8. Antecedentes de la legítima en el Derecho romano

8.1. La *querella inoficiosa testamenti*

8.2. La *portio debita*

9. Influencia del Derecho germánico
10. Las legítimas a partir del Derecho castellano medieval
  - 10.1. Derecho local
    - 10.1.1. Fuero de Sepúlveda, el Fuero de Cuenca y el Fuero de Soria
    - 10.2. Derecho territorial
      - 10.1.1. La legítima en las Siete Partidas
      - 10.1.2. El Ordenamiento de Alcalá
      - 10.1.3. Las Leyes de Toro
      - 10.1.4. El proyecto del Código Civil de 1851
11. Análisis y crítica sobre la naturaleza de la legítima
  - 11.1. Argumentos en contra del sistema de legítimas
  - 11.2. Argumentos a favor del sistema de legítimas
  - 11.3. Propuestas de reforma de las legítimas
  - 11.4. Opinión personal sobre una posible reforma del sistema de legítimas

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

---

## PLANTEAMIENTO DEL SUPUESTO:

Don Benicio Fabricio Santos, nacido en Ourense en 1956, se casó con Matilde Ártabra Araprietos en 1976, también ourensana. En 1978 Matilde dio a luz a Maita y en 1980 a Feliciano. En 1982, fruto de una relación extramatrimonial; nació Aureliana, que fue aceptada como una más de la familia por la abnegada Matilde. En 1983 la familia abandona Ourense y fija su residencia en Madrid.

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

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 €.

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 le indica que se considera satisfecha 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.

En agosto de 2012 Benicio enferma gravemente. Pocas horas antes de morir, ante Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad, dicta 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:

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

---

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

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.

Con posterioridad al fallecimiento de Feliciano, Matilde vendió a la constructora inglesa “Bricks pic” 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 45 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 al mismo día en el que se produjeron.

## A. Resolución del supuesto de Derecho Sucesorio. Aspectos civiles, internacionales y mercantiles.

### 1. Cuestión de la vecindad civil del causante

El primer problema jurídico que se plantea y que tiene la mayor relevancia para determinar los siguientes problemas es la cuestión de la vecindad civil del causante, por lo que hay que considerar que en este concepto es la condición o cualidad de los españoles que determina la aplicabilidad, en cuanto a ley personal, de alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país. En este sentido, el artículo 14.1 reza lo siguiente: *“La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”*.

Desde el punto de vista del contenido, como considera el artículo 16.1 C.C, *“los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el cap. IV con las siguientes particularidades:*

*1º) Será ley personal la determinada por la vecindad civil”*

Y que conforme al artículo 9.1 C.c., regirá *“la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”*.

Así pues, resulta del artículo 16.1.1ª, antes mencionado, que remite a la vecindad civil como ley personal a la hora de resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional.

Al constituir la vecindad civil punto de conexión para la determinación del estatuto personal incide sobre el llamado Derecho interregional, al que el artículo 149.1.8ª de la Constitución se refiere con la expresión *“normas para resolver los conflictos de leyes”*.

Por lo que respecta a la adquisición de la vecindad, la Ley establece causas de adquisición de la vecindad civil atendiendo a distintos criterios. En primer lugar, atribuyendo una primera vecindad a quien es español desde el nacimiento (originaria). En segundo lugar, por filiación, según el artículo 14.2 C.c. *“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”*.

Pese al criterio general de la adquisición de la vecindad civil que es el de la filiación, anteriormente mencionado (art. 14.2 C.c.), el legislador tiene en cuenta la movilidad geográfica y la emigración, por lo que establece cauces para la adquisición de la vecindad civil correspondiente al territorio de residencia habitual pero, también si se desea, la posibilidad de conservar la vecindad originaria.

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

---

Así, según el artículo 14.5 C.c., se adquiere la vecindad civil por residencia continuada en territorio al que corresponde distinta vecindad:

1. Durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

El cambio de vecindad se produce si residiendo de manera continuada, se formula declaración de querer adquirir la vecindad correspondiente a ese territorio.

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

Este es un supuesto de adquisición automática, *ipso iure*, que se produce con independencia de la voluntad del sujeto y aun sin su conocimiento: “*por la simple residencia del interesado en territorio distinto del de su vecindad originaria, adquisición que opera por el transcurso de diez años, a no ser que antes de terminar dicho plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario*” (STS. 20 diciembre 1985 RJ 1674/1985).

En esta segunda hipótesis, basta la residencia en un territorio de vecindad civil distinta durante diez años para perder la vecindad civil que se tenía en ese momento y adquirir la correspondiente al lugar de residencia. El cambio automático no tiene lugar si los diez años transcurren fuera del territorio cuya vecindad civil se ostenta, pero no se ha permanecido en el territorio de una misma vecindad o se ha fijado la residencia fuera del territorio nacional.<sup>1</sup>

Es precisamente esta última idea analizada la que se nos presenta en el caso, puesto que D. Benicio y Dña. Matilde, a pesar de nacer en Galicia, lugar de su vecindad civil originaria, fijan su residencia en Madrid de forma continuada. Como por residencia continuada suele entenderse también, la residencia habitual, lo que aproxima al concepto de domicilio, se percibe en el texto del caso que fijan esa residencia habitual ya que establecen su negocio en Madrid, llegando a tener cuatro establecimientos en dicha ciudad.

Por tanto, en cuanto a la materia sucesoria, se regirán por las reglas del Derecho civil común.

---

<sup>1</sup> PARRA LUCÁN, M. “La vecindad civil”, en AA.VV. “Curso de derecho civil (I): Derecho Privado, Derecho de la persona”. P. De Pablo Contreras (coord.). Ed. Colex. Madrid 2008., pág. 505.



## 2. Determinación de la filiación de Aureliana

Seguidamente podemos destacar, siguiendo el orden de los hechos relatados en el caso, la problemática de la determinación de la filiación de la hija del causante fruto de una relación extramatrimonial.

La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial (art. 108.I C.c.). Será matrimonial si la filiación estuviera determinada respecto a los dos progenitores, y éstos estuvieran casados entre sí y será no matrimonial respecto al único progenitor determinado, o respecto a los dos no casados entre sí.

Con independencia de cómo se ha determinado la filiación, sus efectos para los hijos serán los mismos (art. 108.II C.c.), pues todos ellos son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14 CE). Para garantizar este principio la Constitución dirige distintos mandatos a los poderes públicos, asegurando la protección integral de los hijos, a la ley para que posibilite la investigación de la paternidad, y a los padres que deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 39.2 y 3 CE). 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.

Estos efectos se producen desde que la filiación, como hecho natural, es decir, tiene lugar desde el nacimiento de la persona. Pero si la determinación de la filiación no coincide con el nacimiento, aquella tendrá efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de tales efectos y la ley no dispusiese lo contrario (art. 112.I C.c.). 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.<sup>2</sup>

En lo que respecta a la filiación no matrimonial, al igual que la filiación matrimonial, puede ser determinada extrajudicial o judicialmente, según dispone el artículo 120 C.c. Son medios de determinación extrajudicial, tanto de la maternidad como de la paternidad, el reconocimiento de la filiación y la resolución recaída en expediente registral, cuando la utilización de este expediente es posible (art. 49.II y III LRC).

El reconocimiento es una declaración de voluntad por la que su actor confiesa o admite que es el padre o la madre de la persona reconocida. Este reconocimiento es título de determinación extrajudicial de la filiación si se hace ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (art. 120.1º C.c.), y

---

<sup>2</sup> QUICIOS MOLINA, S. “La filiación”, en AA.VV *Manual de Derecho civil: Derecho de familia*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2007, pág. 197.

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

---

una vez efectuado no puede revocarse por su autor (art. 741 C.c.). Se trata, así, de un acto unilateral, personalísimo y solemne.

También cabe en los procesos sobre filiación, la determinación legal de la filiación por parte de los tribunales, así como la impugnación ante ellos de la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil. Estas acciones de filiación, se contemplan en el Capítulo III del Título V del Libro I, entre las que se encuentran las acciones de reclamación, que tiene por objeto la determinación de una filiación por sentencia firme (arts. 131 a 134 C.c.), y acciones de impugnación, persiguen la destrucción de una filiación ya determinada (arts. 136 a 141 C.c.)

Con respecto a lo mencionado anteriormente sobre la protección que deben asegurar los padres al prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 39 CE) se pueden ejercitar acciones de filiación según lo mencionado en el artículo 131 Cc., el cual dicta que “*cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado*”. Es precisamente este concepto de “posesión de estado” el que es interesante analizar aún cuando en el caso no se habla del ejercicio de una acción de filiación por parte de los legitimados para hacerla.

En este caso se puede definir la posesión de estado como la relación fáctica que se establece entre dos personas en concepto de padre (o madre) e hijo. Para que esta relación de hecho exista deben darse tres circunstancias, identificadas tradicionalmente con sus nombres latinos:

- a) *Nomen*, que consiste en que el hijo lleve el apellido del progenitor.
- b) *Tractatus*, que el trato entre ambas personas sea el correspondiente a la relación paterno-filial.
- c) *Fama*, es el hecho de que esta relación sea pública, es decir, conocida en el círculo social donde se mueven padre e hijo.<sup>3</sup>

El Tribunal Supremo ha pronunciado diversas resoluciones en las que analiza la posesión de estado en base a supuestos prácticos, pudiendo sacarse de ellas varias conclusiones:

- La posesión de estado puede formarse por actos directos del propio padre o de su familia.

---

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La filiación”, en AA.VV *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*. Ed. Dykinson. Madrid 2008, pág.308-309.

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

---

- Puede venir manifestada por actos reiterados de forma ininterrumpida, continuada y pública, aunque no se requiere necesariamente que estos actos que la expresan sean practicados con plena publicidad, ni que sean muy numerosos<sup>4</sup>.
- Concurre constante posesión de estado si se dio en un pasado próximo, aunque no exista en el momento de ser invocada debido al cese de la convivencia entre los progenitores.

La posesión de estado cumple tres funciones en nuestro sistema de filiación. Una función caracterizada por un doble sentido porque es una circunstancia que condiciona la legitimación activa, para reclamar o impugnar la filiación: amplía los legitimados si la filiación reclamada coincide con una filiación manifestada por posesión de estado (arts. 131 a 133 C.c.), mientras que se restringe el número de los que pueden impugnarla, y también el plazo para hacerlo, si la filiación que se pretende impugnar va acompañada de posesión de estado (art. 140 C.c.); y además puede utilizarse en un proceso judicial como prueba de la filiación reclamada (art. 767.3 LEC). También, la posesión de estado es título de legitimación subsidiario para actuar en el tráfico jurídico, como hijo o como padre, quien aparentemente son hijo y padre (art. 113 C.c.):

*“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.”*<sup>5</sup>

Por consiguiente, en este caso, aun cuando no hay un reconocimiento expreso de Aureliana, si tiene la “posesión de estado”, no sólo porque D. Benicio la considere legataria en uno de sus testamentos, sino también porque se señala expresamente que “fue aceptada como una más de la familia por la abnegada Matilde” y ésta “le entrega a sus hijas Maita y Aureliana, copias de las escrituras correspondientes a los referidos contratos de transmisión” cuando dispone de la herencia de su marido. De todo lo expuesto se puede considerar a Aureliana como legitimaria en la herencia de Benicio, a los efectos del cálculo correspondiente respecto del valor del legado dispuesto a su favor por su padre y testador.

---

<sup>4</sup> En este sentido la STS de 25 de junio de 2004 (RJ 4486/2004) se pronuncia a ese respecto, considerando que “*ha de tenerse en cuenta que la posesión de estado no requiere que los actos que la expresen sean practicados absolutamente con plena publicidad, ya que lo que importa es que se den acreditados, como aquí ocurre, actos directos del padre -por extensión también caben los de su familia- demostrativos de una verdadera relación de padre a hija y de un reconocimiento voluntario libre y espontáneo ( Sentencia de 23-9-1996, que cita las de 20-5-1991 y 14-11-1992)*”.

<sup>5</sup> QUICIOS MOLINA, S. “La filiación”, cit. pág. 210.

### 3. Análisis jurídico del testamento del año 2012

Seguidamente, conviene hacer un análisis del testamento otorgado por D. Benicio en el año 2012, debido a que el testador muere después de haberlo otorgado; testamento denominado testamento en peligro de muerte.

Analizaremos antes los distintos tipos de testamentos para descartar que se pueda hablar de alguno de ellos.

En primer lugar decir que las disposiciones generales que regulan el testamento se extiende desde el artículo 662 del Código Civil hasta el artículo 675. En el artículo 676 C.c. establece una clasificación de los testamentos por el que *“El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado”*.

Dentro de los testamentos comunes, el testamento otorgado por D. Benicio no puede ser considerado como un testamento ológrafo porque no aparece una de sus características esenciales, la establecida por el artículo 688.II C.c., que dice lo siguiente *“Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue”*; de esta manera dicho testamento había sido redactado por una de sus hijas. Tampoco puede ser considerado como un testamento cerrado, dado que éstos testamentos, según indica el artículo 680 C.c. *“El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto”*, y por los motivos que se concretan en el supuesto, dicho testamento no está contenido en un pliego cerrado.

De todo lo anterior podemos analizar el testamento en peligro de muerte que lo regula el Código Civil bajo la misma rúbrica que el testamento notarial abierto y sus variantes<sup>6</sup>, como un modo excepcional de testar, el cual a diferencia del testamento abierto notarial se caracteriza por no asistir ante notario debido a la presencia de circunstancias extraordinarias.

Por todo esto, la ley le confiere unas mayores facilidades ante la probabilidad de que sea difícil o imposible el otorgamiento de testamento en alguna de sus formas ordinarias.

Se refiere a aquél, el artículo 700 C.c., que establece *“Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario”*.

Analizando las características de este testamento, se puede apreciar que el mismo sólo se puede otorgar cuando el testador se encuentre *“en peligro inminente de*

---

<sup>6</sup> El testamento abierto es definido en el artículo 679 del Código Civil *“Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone”*.

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

---

muerte”, el cual se entiende un riesgo urgente, serio y grave para la vida de la persona, que haga temer un desenlace fatal inmediato (STS de 4 de octubre de 1957 RJ 1957/2845).<sup>7</sup>

La jurisprudencia establece que si no se consigue demostrar la existencia de riesgo mortal, el testamento es nulo (STS de 4 febrero de 1943 RJ 1943\126). Es decir, que la apreciación de la existencia del peligro a efectos de validez del testamento no corresponde a los testigos, con el testador, en el momento de testar, sino a los tribunales en el momento de pretender alguien que se protocolice la disposición.

Además la apreciación de imposibilidad de acudir al notario debe realizarse con un criterio riguroso, en el sentido de que ha de acreditarse que no se ha prescindido del notario voluntariamente, sino que se ha procurado conseguir su intervención y no se ha logrado. (SSTS de 19 de diciembre de 1959 RJ 1959 /1890 y 2 de julio de 1977 RJ 1977/3265).<sup>8</sup>

Cuando se dieran las circunstancias que habilitan para su otorgamiento, este testamento se tendrá que otorgar ante cinco testigos idóneos (art. 700 C.c.); siendo el testamento redactado por escrito siempre que sea posible. Si no lo fuese “*valdrá aunque los testigos no sepan escribir*” (art. 702 C.c.).

La concurrencia de los cinco testigos es requisito esencial y por tanto, es nulo el testamento si sólo se hizo mención en él de cuatro testigos, sin que subsane la falta de quinto testigo la prueba posterior (STS de 27 junio del 2000 RJ 2000\5910).<sup>9</sup>

No está prohibida la asistencia al testamento, junto con los testigos, de otras personas que lo presencien (STS de 8 de febrero de 1963 RJ 1963/785); ni tampoco invalida el testamento la falta de expresión en el mismo de la hora a la que se otorgó ni del motivo por el que no firmó el testador o un testigo a su ruego (STS de 4 de febrero de 1943 RJ1943/126).<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> PEÑA LÓPEZ, F. “El testamento”, en AA.VV *Derecho de sucesiones: práctica jurídica* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Tecnos. Madrid 2009, pág. 266.

<sup>8</sup> En tal sentido la STS de 10 de junio de 2005 RJ 3754/2005 explica “*Esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 1959, y 3 de noviembre de 1962 ), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia ( STS de 8 de febrero de 1962 y 2 de julio de 1977)*”.

<sup>9</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “Las particulares formas testamentarias” en AA.VV *Elementos de Derecho civil, V: Derecho de sucesiones*. Ed. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona 1992, pág. 235-236.

<sup>10</sup> PEÑA LÓPEZ, F. “El testamento”, cit. pág. 267.

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

---

En conclusión, en este caso se podría decir que existen cinco testigos pero contando a personas que van a tener expectativas sucesorias por la muerte de Benicio (Maita, Feliciano y su cónyuge Matilde); por tanto hay que considerar si estos tres testigos tienen la calidad de “*testigos idóneos*” tal y como establece el artículo 700 C.c. anteriormente mencionado. En este caso y atendiendo a las causas de ineptitud en el testamento abierto y conforme al artículo 682 del Código “*En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad*”. Así, al ser inidóneos estos testigos, falta una solemnidad esencial en este testamento y por eso el testamento otorgado en el año 2012 es nulo y regirá el testamento otorgado ante notario del año 2005.<sup>11</sup>

## 4. Análisis jurídico del testamento de Don Benicio del año 2005

### 4.1. Cálculo de las legítimas

Una vez determinada la ley personal del causante, así como la acreditación de la posesión de estado de la hija extramatrimonial reconocida *de facto* tanto por el causante como el resto de la familia (incluida la viuda del causante) y siendo aplicable el régimen de Derecho común a la sucesión de D. Benicio, surge la cuestión referida al cálculo de las legítimas a los llamados a esta herencia. Previamente a esta cuestión se ha determinado en el apartado anterior que la sucesión debe estar regida por el testamento otorgado en el año 2005 y que deberá ser interpretado a la luz de la normativa y la jurisprudencia civil como la voluntad del testador que ha de ser respetada en el reparto del caudal relicto.

El cálculo de las legítimas tiene su importancia porque es necesario advertir quiénes tienen ese derecho, previsto por la propia ley, a percibir por cualquier

---

<sup>11</sup> Todos los requisitos necesarios para la consideración de la existencia de esta forma excepcional de testar dentro del testamento abierto se recogen por ejemplo en la STS de 27 de junio del 2000 (RJ 5250/2000) “*La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario; c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar, entre los cuales no son los menos importantes las disposiciones de los artículos 703 y 704 del Código civil y 1.953 y 1.954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y d) que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros*”.

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

---

título una cantidad del patrimonio del causante, del cual el propio testador no puede disponer (art. 806 C.c.).

Para ello, lo primero que hay que considerar para el cómputo de las legítimas es saber cuáles son las personas legitimarias en esa herencia:

Expone el artículo 807 del Código Civil “*Son herederos forzosos:*

1. *Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.*
2. *A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.*
3. *El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.”*

Por lo que respecta a este caso, serán legitimarios los hijos de Benicio, que son Feliciano, Maita y Aureliana. Y Matilde será legitimaria en la forma que expondremos más adelante.

### **4.1.1. Computación de la legítima**

Para la fijación de la legítima, la primera operación que hay que llevar a cabo es la llamada computación. La legítima se calcula sumando al valor de la herencia (que es el que resulta de deducir de los bienes que el causante deje a su muerte, el pasivo que son las deudas y cargas que pesen sobre los mismos) el valor de las donaciones y liberalidades equivalentes otorgadas por el causante en vida. Así lo establece el artículo 818 C.c. “*Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.*

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

Este precepto suscita una cuestión que no se da en este determinado supuesto que es que en la operación de deducir de los bienes las deudas y demás cargas de la herencia, como la finalidad de ésta determinar si existe o no la legítima, si este cálculo inicial resultante de llevar a cabo un proceso de liquidación patrimonial no arroja un remanente, ya no habría legítima alguna.

### **4.1.2. Valoración de los bienes hereditarios**

Por tanto, en primer lugar habrá que proceder a la valoración de los bienes del testamento otorgado ante notario por Don Benicio en 2005, pero se hará tomando

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

---

el ejemplo del artículo 654.I C.c. que determina que el valor de los bienes relictos a tomar en cuenta es el que tengan en el momento de la muerte del causante; el cual es el de apertura de la sucesión (en este caso a modo de ejemplo sólo se contabilizarán 15 participaciones de Monaguillos S.L. porque no existen las 30 de las que dispuso en su testamento del año 2005).

En esa fecha la herencia del Don Benicio cuenta con un caudal relicto (*relictum*) de:

- La empresa con activos por el valor de 900.000 € y un pasivo de 60.000 €.

En este caso, al activo de 900.000 euros se le resta el pasivo de 60.000 euros y resulta la valoración de dicha empresa de 840.000 euros.

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

Así, al efectuar la suma de todo el caudal relicto, resulta una masa hereditaria de 1.100.000 euros.

Llegados a este punto, cabe aquí analizar otra cuestión, que es la relativa a que el testador está casado en régimen de gananciales que se define en el artículo 1344 C.c. al decir que “*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla*” y existe una presunción de ganancialidad con respecto de los bienes en el testamento de Benicio, tal y como se establece en el artículo 1361 C.c. “*Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges*”. Además pudiendo Benicio, según el artículo 1379 C.c. “*disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales*”.<sup>12</sup> Asimismo, es necesario hacer mención aquí que tal y como establece el artículo 1347 *son bienes gananciales [...] 5º. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes*”, presumiendo que la parte de la empresa que deja a su hija Aureliana como un legado, esté constituida a expensas de los bienes comunes se equipara la fundada a costa del trabajo de un

---

<sup>12</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La sociedad de gananciales”, en AA.VV *Elementos de Derecho Civil IV: Familia* cit. pág. 153.



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

---

cónyuge, que no podría ser privativa porque el resultado de ese trabajo va a ser ganancial.<sup>13</sup>

Por tanto, tendríamos que dividir todas las disposiciones testamentarias al 50%, con lo que nos da, ahora sí, un caudal relicto de 550.000 euros.

Siguiendo con el cómputo, el siguiente paso es, obtenido el valor líquido de los bienes (denominado *relictum*) se le agregará, tal y como sigue el artículo 818 CC. *las donaciones colacionables* realizadas en vida por el causante (*donatum*).

### 4.1.2.1. Cuestión de la donación *inter vivos* a Maita

En este supuesto, apreciamos el problema que afecta a la donación que otorgaron el causante y su mujer en escritura pública de una finca a su hija Maita y que calificaron como no colacionable; pero que en el testamento de 2005 Benicio revoca esa decisión y la califica como colacionable y que se considera satisfecha su legítima.

En primer lugar con respecto a este caso, hay que hablar de la colación de bienes que es un tema de cálculo de la legítima cuando hay varios legitimarios y es la adición contable a la masa hereditaria el valor del bien donado, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición como señala el art. 1035 C.c.<sup>14</sup>

El causante puede dispensar de la colación a uno o varios legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del art. 813 C.c. la colación lleva a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de imputación y computación, operaciones que estamos analizando.<sup>15</sup>

En este sentido, la STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9439) establece que *“la escritura notarial [...], es un documento público en el que se reconoce que el causante otorga donación pura y simple, «intervivos» e irrevocable y no colacionable, de la finca.*

---

<sup>13</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “La sociedad de gananciales”, cit. pág. 181.

<sup>14</sup> La colación, como la define la sentencia de 17 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10696).

<sup>15</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Comentario al artículo 819 del Código Civil”. Ed. Aranzadi, S.A., Enero de 2009. Pág. 1.

También en este sentido, la STS de 19 de julio de 1982 (RJ 1151/1982) ha precisado que *“la colación de bienes, como operación previa a la partición de la herencia, definida en el artículo 1035 en su sentido estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas”*

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

---

*Por ello nos encontramos ante un documento público cuya proyección hermenéutica tiene como características la de ser eficaz y vinculante para los contratantes que intervienen en los mismos y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que hubieren hecho aquéllos en dicho instrumento.*

*Es cierto que la prueba documental no es superior a otras y su veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por otra prueba en contrario (por todas la sentencia de 2 de abril de 1990 [RJ 1990, 2689], que recoge otras similares)”*

Sin embargo y como se establecerá posteriormente, esta dispensa de colación realizada en el documento público de la donación, se podrá revocara aunque por un acto *mortis causa*, en el testamento, podemos destacar la Sentencia núm. 204/2009 de 18 mayo de la A.P. Madrid que habla con respecto a un caso similar al supuesto que estamos analizando *“En este caso en la escritura de donación estipuló el carácter no colacionable y no se ha acreditado que ésta circunstancia perjudique las legítimas-, infringe lo dispuesto en los artículos 636, 654, 655, 656, 806, 818, 820, 821, 1036, 1037 y 1045 del CC, así como la Jurisprudencia existente en la materia.*

*Pero el valor de lo donado debe ser incluido en el inventario a efectos de valoración y que el hecho del carácter no colacionable de una donación no conlleva necesariamente que no pueda ser inoficiosa.*

*El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima por así disponerlo el artículo 813 del Código civil (STS de 24-1-2008 y 18-10-2007 ); por ello, aunque en la escritura pública de donación se declara a la misma no colacionable de un modo expreso, ha de ser **computada en el activo hereditario junto a los bienes dejados por los causantes para hallar al valor de las legítimas y deducir de ello si son oficiosas o no, en cumplimiento del artículo 818 del CC; una vez comprobado que la donación no es inoficiosa, la misma ha de ser tratada como cualquier otra donación a extraños (art. 819 CC ), ya que no hay entonces que dar cumplimiento al artículo 1.035 CC . En definitiva, la dispensa de colación no significa que se haya de prescindir de ella en el inventario para imputarla donde corresponda, para saber si el causante se ha extralimitado en sus facultades (STS 19-5-2008, de 4 de mayo de 1.899, 16 de julio de 1.902, 21 de abril de 1.990 y 21 de abril de 1.997 ), de manera que si la donación fuese inoficiosa, no por ello pierde eficacia la dispensa de colación; el art. 1.036 del CC lo que ordena, en consonancia con el carácter imperativo de las normas sobre las legítimas, es que se reduzca la donación, no que toda ella sea colacionable. Salvaguardada la legítima de otros herederos forzosos, y si quedare algún resto, sobre él ha de recaer la dispensa de colación porque nada hay ya que proteger imperativamente. Por tanto, si hubiese inoficiosidad y dispensa de colación, el donatario ha de ver reducida la donación solamente en la medida necesaria para***

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

---

*el pago de las legítimas lesionadas. El que el donante haya declarado no inoficiosa a la que hace con dispensa de colación no impide en absoluto la aplicación de las normas protectoras de la legítima por su carácter imperativo, entre ellas las de reducción de donaciones (art. 636 CC)”*.

La dispensa nace, según Lacruz Berdejo, de un acto de naturaleza negocial, cuyo contenido típico es la voluntad del donante de exonerar al donatario del gravamen futuro y eventual de colacionar, es decir, que la sucesión tendría lugar como si la donación dispensada no hubiese existido, sin perjuicio de la inoficiosidad.

El momento en que puede exonerarse al donatario del deber de colacionar, la dispensa puede hacerse en cualquier tiempo: bien simultáneamente, en el mismo acto de la donación (lo cual se da en este caso), en testamento (en este caso se revoca en el testamento la dispensa de colacionar) o en acto posterior a la donación, caso este último en el que al producirse un *animus* en la donación misma, el acto exige las mismas condiciones formales de la donación.

En cuanto a la duda de si la dispensa es revocable, algunos autores de la doctrina civilista consideran que el causante pueda cambiar su voluntad hasta su muerte, exigiendo después la colación de que se dispensó. Más este cambio de voluntad se debe plantear la pregunta de si debe constar expresamente, por ello, si la dispensa se hizo en testamento, y el testador lo anula por otro posterior como el anterior ya no rige y es claro que la dispensa quedó sin efecto.<sup>16</sup>

El Código no dice nada al respecto de la revocación de la dispensa, pero hay autores que consideran que deba considerarse revocable, puesto que el causante puede lograr el mismo resultado disminuyendo la cuenta de participación en la herencia del donatario.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> MUÑOZ GARCÍA, C. La Colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1998, pág. 132-134.

<sup>17</sup> En este sentido: MARTÍNEZ ESPÍN, P. en AA.VV *Manual de Derecho Civil: Sucesiones*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Bercal, S.A. Madrid, 2012, pág. 119 considera: “Aunque la donación se haya hecho con dispensa de colacionar, el donante puede revocar posteriormente la dispensa. Dicha revocación no afecta a la donación, que es irrevocable (art. 827 por analogía). El favorecido por la dispensa de colacionar no puede renunciar a ella, pues equivale a aceptar parte de la herencia y repudiarla en parte.”

En los *Comentarios al Código Civil*, del mismo coordinador, Rodrigo Bercovitz, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra 2009, pág. 1219, VALLADARES RASCÓN, E. afirma que: “Es inútil prohibir la revocación de la dispensa, pues el donante puede obtener el mismo resultado disminuyendo la cuota hereditaria. Además la irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio. No cabe la revocación de la dispensa efectuada al tiempo de la donación, salvo que ésta favoreciera a un heredero no forzoso y el causante ordenara su colación. Sts. 13 diciembre 2000)

La revocación de la dispensa de colación ordenada en testamento equivale, por el exceso de su cuota a un legado de cosa propia del heredero.

La dispensa de colación realizada en testamento queda revocada si éste se revoca, salvo que en el nuevo testamento se aluda expresamente a ella”.

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

---

De esta operación, resulta otra cuestión, que es la que se plantea en cuanto a determinar el momento de valorar ese bien colacionable. La doctrina en esta cuestión se muestra dividida, no obstante se admite el criterio establecido por la reforma del artículo 818.II C.c. llevado a cabo por la reforma de la Ley 11/1981, en el que se suprime toda referencia al momento temporal al que ha de referirse la valoración, lo que hace que deba acudir al artículo 1045 C.c. que expone que “*No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*”.<sup>18</sup>

Esto lleva a admitir que si el valor de los bienes será el que tengan al tiempo de la apertura de la sucesión, aunque este valor no deberá verse afectado por las variaciones físicas que haya sufrido el bien objeto de colación desde que se donó, teniendo en cuenta los bienes tal y como se encontraban al hacerse la donación, y no sus aumentos o deterioros posteriores, o sus pérdidas totales, que serán tal y como establece el artículo 1045.2 Cc. “*a cargo y riesgo o beneficio del*

---

Por su parte, Carlos Lasarte en su obra *Derecho de sucesiones*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2005, pág. 419, opina que “La dispensa de colación, en cuanto acto *mortis causa*, tiene en todo caso carácter revocable, pudiendo el causante invalidar sus efectos en cualquier momento, renaciendo así el deber de colacionar.”

<sup>18</sup> Es interesante comentar, en este sentido, que la STS de 22 febrero de 2006 (RJ/2006\900), establece que “*el artículo 818, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981 ( RCL 1981, 1151 ) , ha suprimido el inciso final, relativo a que la donación debía computarse según el valor que tuviese en el tiempo en que se hubiese hecho, y ante el silencio legal, la doctrina científica mayoritaria mantiene que la estimación pecuniaria se hará según el estado físico que mantuviere el bien al tiempo de la donación, pero teniendo en cuenta el correspondiente cuando se evalúen los bienes hereditarios, de manera que con ello se evita la inclusión en la valoración de las mejoras efectuadas por el donatario.*

*Por otra parte, la doctrina jurisprudencial, sobre la redacción actual del artículo 1045 del Código Civil (LEG 1889, 27) , tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha declarado que se ha de atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación ( STS de 28 de abril de 1988 [RJ 1988, 3284] ); la modificación del artículo 1045 consistió en referir el tiempo del evaluó al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación ( STS de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2161] ); el artículo 1045 establece como importancia constatable de la colación el sistema «ad valorem», es decir, que no han de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valoración al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, lo cual es absolutamente lógico, ya que al tratarse de una prestación de valor, en principio, había que tener en cuenta el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria, y en este sentido se ha inclinado la doctrina científica moderna y la doctrina jurisprudencial ( SSTS de 9 de julio de 1982, 17 de marzo de 1987 y 22 de noviembre de 1991 [ RJ 1991, 8477] ); además, el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermenéusis literal, que no admite duda, y ello desde el instante mismo de que es lógico y sobre todo justo que la frase «al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios» significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla ( STS 4 de diciembre de 2003 [ RJ 2003, 8526] ); y el artículo 1045, en su actual redacción, adopta, frente al sistema anterior, el de colación «ad valorem», por lo que el valor de los bienes que hubieren sido objeto de donación se proyecta a tiempo posterior al de la propia donación, ya que tiene lugar en el momento de evaluar los dejados en herencia ( STS de 20 de junio de 2005 [ RJ 2005, 6476] ).”*

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

---

*donatario*”. Se atiende así, al estado físico del momento de la donación; sin tenerse en cuenta, y sin valorarse los beneficios o perjuicios que haya sufrido el bien en su “estado físico” en ese período de tiempo, que redundará a favor o en contra del donatario. Sin embargo se tendrán en cuenta las variaciones de valor extrínseco de los bienes (v.gr. Plusvalías derivadas de procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, modificaciones del entorno, etc.)<sup>19</sup>, tal y como establece la STS 17 de diciembre de 1992 (RJ\1992\10696).<sup>20</sup>

Por tanto, en este caso, tendremos que valorar la finca en el momento que se realizó la donación (70.000 euros), sumándole únicamente la plusvalía que tuvo el terreno por una nueva red de comunicaciones pero sin tener en cuenta las mejoras hechas por Maita (30.000 euros). Así, el valor de la finca colacionable será de 120.000 euros; aunque como expusimos antes al ser un bien ganancial y la donación no sólo fue realizada por Benicio sino también por su mujer, se le sumará al caudal relicto 60.000 euros de la finca colacionable.

Así sumando al caudal relicto (550.000 euros), el valor de lo donado (60.000 euros), la base para calcular la legítima es de 610.000 euros.

### 4.1.3. Imputación de la legítima

La siguiente operación, se conoce con el nombre de imputación, para averiguar si los actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa* llevados a cabo por el *de cuius* son inoficiosos y por tanto reducibles o si, por el contrario pueden mantenerse mientras pueda cubrirse la legítima. Por consiguiente, para saber sí por ejemplo

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Partición y colación”, cit. pág. 242-243.

<sup>20</sup> Sentencia que declara lo siguiente “El art. 1045 de CC, en su párrafo segundo, establece la particularidad que de producirse aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total causal o culpable, será de cargo y riesgo o beneficio del donatario en su caso. Esta normativa fue introducida por la reforma del precepto llevada a cabo por Ley de 13-5-1981 (RCL 1981\1151 y ApNDL 2354). Resulta bien clara en cuanto sólo prevé las circunstancias físicas posteriores, no ninguna otra y por tanto no incluye los incrementos económicos o de valor de cualquier tipo que puedan afectar a los bienes donados, como pueden ser los plusvalores derivados de procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, creación de infraestructuras revalorizadoras, modificaciones sustanciales en el entorno o cese de actividades agrarias, residenciales o de simple recreo y su sustitución por otras, industriales o de cualquier tipo más rentable, en las que en todo caso el bien permanece con la misma identidad física. El legislador de 1981 no fue previsor, seguramente consciente de estas situaciones, por lo que el mandato de la norma, al resultar bien explícito, no precisa de interpretación o de la necesidad de acudir al proceso analógico, para captar su contenido.

En estos casos el citado párrafo segundo del art. 1045 y todas estas circunstancias coyunturales, por no ser precisamente aumentos o deterioros físicos, han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad decisiva, exclusiva y determinante del recurrente”.

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

---

una donación es inoficiosa y reducible hay que determinar previamente la parte de la herencia a la que deba imputarse.

Punto a comentar antes de esta operación es la determinación de la legítima de los hijos de Benicio que según el artículo 808 C.c. “*Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre*” (la llamada legítima larga). Los hijos de Benicio recibirán el tercio de legítima estricta por partes iguales (art. 765 C.c.); pudiendo el progenitor testador disponer libremente entre estos legitimarios del tercio de mejora. Además sigue el artículo 808 CC “*La tercera parte restante será de libre disposición*”, aunque este tercio puede el causante disponer libremente de él, y no tiene porque ir destinado a sus hijos.

Calcularemos ahora la legítima estricta que correspondería a los legitimarios (Feliciano, Aureliana y Maita) de la herencia de Benicio. Esto se obtiene del resultado de dividir 1/3 entre los tres legitimarios, es decir, lo que corresponde a 1/9 de toda la masa hereditaria, lo cual da una cifra de 67.777’77 euros que le correspondería a cada uno en concepto de legítima estricta.

Seguidamente analizaremos, si existen donaciones o legados inoficiosos y si en consecuencia, se cubre la legítima estricta con lo dispuesto en el testamento de Benicio entre los tres legitimarios.

Como se dice en el testamento del año 2005, a Maita se le hace una donación *inter vivos* de una finca que tenía un valor de 60.000 euros que al restarlos a la legítima estricta de 67.777’77 euros, resulta que no la tiene cubierta en 7.777’78 euros.

Esta imputación en la legítima estricta que hemos realizado de la donación, en base a lo expuesto en el artículo 819 C.c. según el cual “*Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima*”. Como en este caso el donante-causante no ha asignado expresamente en concepto de mejora esta donación la hay que imputar en la legítima estricta, imputando el resto en la parte libre y excediendo ésta, por el sobrante será inoficiosa.<sup>21</sup> Como se desprende de la operación realizada, no es inoficiosa, aun es más, ni siquiera cubre su legítima estricta (situación que analizaremos más tarde).

Por lo que respecta a Feliciano, se le deja en concepto de heredero en el testamento un piso en Ginebra, unas participaciones de una S.L. y un derecho de crédito, cuya valoración es de 122.500 euros y que al restarlos a la legítima estricta, resulta que sobrepasa de la legítima estricta en 54.722’22 euros.

---

<sup>21</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Comentario al artículo 819 del Código Civil” cit. pág. 2.

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

---

En cuanto a Aureliana se le deja la parte que le corresponde a Benicio de la empresa en concepto de legado<sup>22</sup>, con un valor total de 420.000 euros. Aquí, se sigue lo que resulta del artículo 828 C.c. el cual considera que *“La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre”*. Estas últimas palabras no significan que el legado al legitimario haya de imputarse primero en la parte libre, ya que los beneficios *mortis causa*, a semejanza de lo que ocurre con las donaciones *inter vivos* (en el caso de Maita), han de imputarse primero en la legítima estricta, por lo que sería inimaginable -siguiendo a autores como Lacruz Berdejo-, presumir una atribución fuera de la legítima antes de iniciar la satisfacción de esta. Ahora bien, si no hay espacio para imputar el legado en la legítima o en la parte libre, el legislador lo imputa, siendo ello posible (es decir, no habiendo mejoras anteriores u otras expresas en el testamento) en el hipotético tercio de mejora, a fin de que no sea objeto de reducción.<sup>23</sup>

Esto es lo que se va a dar en el supuesto del legado de Aureliana, por lo que al restarle al valor del legado (420.000 euros) su parte de legítima estricta (67.777'77 euros), se supera ésta en 352.222'22 euros. Por tanto, esta cantidad que excede se imputarán en el tercio de libre disposición (que al calcularlo resulta 203.333'33 euros), y al restarle ese exceso de 352.222'22 euros, los 203.333'33 euros del tercio de libre disposición resulta que sigue excediendo de ese tercio en unos 148.888'97 euros. Ocurriendo por último, que ese exceso de 148.888'97 se le reste a los 203.333'33 euros del tercio de mejora, obteniendo un resultado de -54.444'36 euros que no cubren esta mejora.

Así, de este cálculo se llega a la conclusión que el legado de empresa efectuado a Aureliana no resulta inoficioso y no hay que proceder a la operación de la reducción de los legados.

Llegados a este punto, hay que apuntar que con respecto al caudal relicto, existe un bien, (los 7.500 euros de una cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde de los que puede disponer), que no atribuye a nadie en concreto. En este caso se daría el supuesto 2º del artículo 912 de la sucesión intestada, el cual establece lo siguiente *“Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto”*. En el supuesto como no dispone de esa parte

---

<sup>22</sup> Los legados se regulan en los arts. 858 a 891 CC. y son atribuciones patrimoniales a título particular, realizada por el causante en testamento a favor de cualquier persona, incluso al propio heredero. De esta cuestión hablaremos en el epígrafe de este trabajo en el que se trate los aspectos mercantiles del mismo.

<sup>23</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “Legítima de los descendientes...”, cit. pág. 478.

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

---

de sus bienes, ese dinero de la cuenta corriente en concreto de va a regirse por la sucesión intestada (ya que sucesión testada e intestada son compatibles entre sí según el artículo 658.II C.c. cuando afirma que *“Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”*). Así, heredarían siguiendo el orden legal para suceder *ab intestato*, tal y como establece el artículo 930 C.c. *“La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente”*, y como dice el artículo 932 *“le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales”*. Por consiguiente, Maita, Aureliana y Feliciano heredarán por partes iguales los 7.500 euros de la cuenta corriente.

### 4.1.4. Acción de suplemento de la legítima

A continuación, corresponde analizar las acciones que puede tener Maita, la única legitimaria perjudicada en su legítima estricta.

Por lo que respecta a Maita, tal y como se desprende del artículo 815 C.c. *“El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma”* en este caso, la privación que se le ha hecho en vida del causante por un negocio jurídico gratuito; negocio jurídico que puede ser impugnado por parte del legitimario mediante una acción que es la acción de suplemento o complemento de la legítima procedente de la reducción de los restantes beneficios.<sup>24</sup>

La persona legitimada activamente para su ejercicio es el legitimario lesionado en la cuota que le corresponde por este concepto (Maita, en este caso). Concurriendo el reclamante, hijo o descendiente, con otros legitimarios de esta misma clase, debe entenderse que su derecho se circunscribe a la legítima estricta, de forma que el ejercicio de la acción de suplemento requiere el conocimiento del montante o *quantum* de la legítima que corresponde a los legitimarios (STS de 8 de marzo de 1989 RJ 1989/2023)<sup>25</sup>. Concurriendo sólo con otros legitimarios, su derecho alcanzaría la legítima larga.

---

<sup>24</sup> Y tal como establece la STS de 20 febrero 1981 (RJ 1981/534) *“[...] si al menos, hubo alguna donación aun cuando por cantidad inferior a lo que por legítima pudiera corresponderle, pues sabido es que las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, han de imputarse a su legítima, y así lo proclama, en su párr. 1.º el art. 819 del C. Civ., ya que tales donaciones se consideran como un anticipo de la misma, y se declara que la única acción que compete al actor recurrente es la de complemento de legítima si entiende que lo recibido no alcanza al importe cuantitativo de ella”*.

<sup>25</sup> Sentencia que señala lo que sigue: *“no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil, que es la única acción que ha sido estimada por la sentencia recurrida (el pronunciamiento desestimatorio de todas las demás ejercitadas -entre ellas la de rescisión de la partición por lesión- no ha sido recurrido),*



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

---

Existe un problema a resolver y es que el artículo 815 C.c. no se inclina expresamente si la acción de suplemento alcanza por igual en sus consecuencias a herederos y legatarios. A favor de la responsabilidad *a prorrata*, de todos los favorecidos por el causante frente al legitimario lesionado cabe alegar que el artículo 817 no distingue entre institución de heredero y legado cuando ordena la reducción de las “*disposiciones testamentarias*” perjudiciales a la legítima, y tampoco se ve por qué la reducción haya de recaer sobre los herederos, probablemente más próximos en el afecto del testador y no sobre los legatarios. Aunque existe una solución que es la que considera que, con independencia de que una acción pueda dirigirse también contra los legatarios, el sistema condena claramente a los herederos a pagar ellos primero, mientras alcance el caudal hereditario (nunca *ultra vires*) y salvando la integridad de su propia legítima.<sup>26</sup>

Como vimos cuando imputamos en el tercio de mejora parte del legado de Aureliana que excedía en el tercio de libre disposición, aún quedaban sin cubrir 54.444'36 euros. Pero si le sumamos a los 148.888'97 euros que tendría Aureliana en ese tercio de mejora, los 2.500 euros de repartir la cuenta corriente entre los tres descendientes de Benicio, nos daría un total de 151.388'97. Hay que hacer la misma operación a los 54.722'22 euros que excederían de la legítima estricta de Feliciano, lo cual daría un resultado de 57.222'22 euros que corresponderían al tercio mejora. Por tanto, sumando los 151.388'97 de Aureliana y los 57.722'22 euros de Feliciano, daría un resultado de 208.611'20 euros (aunque vemos que excede del 1/3 de mejora), si le restamos a esa cantidad los 5.278'98 euros que faltan para cubrir la legítima estricta de Maita (resultado que nos da al restarle los 2.500 euros que le corresponderían por la cuenta corriente a los 7.778'78 euros que necesitaba antes para cubrir su legítima estricta) nos da la cantidad de del tercio de mejora (203.333 euros).

Por consiguiente, Maita podrá ejercitar la acción de suplemento de la legítima en la cantidad de 5.278.98 euros, y se podrá satisfacer a partes iguales entre Feliciano y Aureliana o únicamente el heredero Feliciano, en base a lo anteriormente expuesto.

---

*supuesta la existencia de mejoras, sin antes conocer el montante del «quantum» o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales”.*

<sup>26</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. “Defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima” cit. pág. 530-531.

## 4.2. Preterición del cónyuge viudo y su cuota legitimaria

En el testamento realizado por Don Benicio en el año 2005, se advierte otro problema jurídico como es que no aparece mencionada la viuda del causante. Esto se llama, preterición del cónyuge supérstite.

La preterición no sólo es la omisión u olvido de un legitimario en el testamento, sino que además el preterido no reciba nada, *inter vivos* o *mortis causa*, del causante.

Se ha modificado el concepto tradicional de preterición como causa de nulidad de la institución de heredero y la infracción del deber formal de mencionar a los herederos forzosos ha perdido la importancia que tuvo en el derecho histórico. Sólo en caso de preterición no intencional, se produce la nulidad de la institución de heredero y en su caso, de todas las disposiciones testamentarias, pero ello, no como sanción de la omisión del heredero forzoso, sino por tratarse de un caso de falta de voluntad testamentaria.

La gran novedad del artículo 814 C.c. es la admisión de dos tipos de preterición, intencional y no intencional, rompiendo los esquemas tradicionales de esta figura. Como la falta de mención de un legitimario en el testamento puede obedecer a causas diversas, que no deben dar lugar todas a las mismas consecuencias; la preterición intencional es debida al propósito deliberado del testador de que el nombre de un legitimario determinado no aparezca en el testamento y la preterición no intencional o también llamada errónea es producto involuntario de la negligencia, error, o ignorancia del disponente en rectificar un testamento anterior a la vista de nuevos acontecimientos.

Se aumentaron el número de personas sujetas a preterición, en este artículo ya que no limita la preterición a los herederos en línea recta, descendientes y ascendientes legítimos, sino que utiliza indistintamente la expresión “*heredero forzoso*”, dando además el mismo trato al cónyuge que a los demás herederos forzosos.

En cuanto a los requisitos de la preterición, tiene que apreciarse la existencia de herederos forzosos y la de un testamento en el que alguno o algunos de ellos no sean mencionados o lo estén de una manera insuficiente.

En cuanto a la preexistencia de herederos forzosos: dada la nueva redacción de los artículos 108 C.c. y 107 C.c., son preteribles todos los hijos y descendientes, matrimoniales y no matrimoniales, en su defecto los ascendientes y en todo caso, el cónyuge viudo (en este caso hablamos de preterición del cónyuge).

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

---

Armonizando el artículo 814 C.c. con el 834 C.c. puede afirmarse que “*es preterible el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviese por culpa del difunto*”.<sup>27</sup>

Por tanto, actualmente el artículo 814.1 C.c. formula una regla general: la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima; efecto que sólo se amplía tratándose de hijos y otros descendientes preteridos no intencionalmente.<sup>28</sup>

Si los efectos de la preterición se diferencian del simple derecho a reclamar la legítima, porque los de aquélla dan lugar a la nulidad total de la institución de herederos, siendo estos efectos los que caracterizan a esta institución formal; la omisión del viudo o viuda podrá ser gramaticalmente preterición pero no lo es jurídicamente en sentido estricto, ni tampoco la de padres y ascendientes, ni la denominada preterición intencional de hijos y descendientes. Tal diferencia en el caso del cónyuge viudo, en cuanto al preterido propiamente dicho debe instar la nulidad de la institución para beneficiarse por sus mayores derechos en la sucesión intestada, mientras que el cónyuge viudo no necesita demandar nulidad alguna para exigir su cuota legal usufructuaria forzosa, aun recibéndola a costa de reducir los efectos de la institución de herederos, ya que la recibe *ex lege*, igual que la recibiría si la sucesión fuese intestada y concurrieran parientes del testador de mejor grado sucesorio<sup>29</sup>; dando al preterido sólo la legítima, seguramente porque el legislador ha pensado que el testador no puede ser ignorante de la existencia de sus ascendientes o del cónyuge viudo en este caso.

De esta manera, en la sucesión de Benicio, según el artículo 834 C.c., “*si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*”. Por lo que Matilde tendrá el usufructo de la parte de la empresa imputada a la mejora de Aureliana pudiendo percibir los intereses que perciba de aquélla y un usufructo de la parte de su hijo Feliciano que también se ha imputado a la mejora (esta última cuestión será modificada en el epígrafe 5.2 de este trabajo).

En otro orden de cosas, cabe decir que existe la posibilidad de que según el artículo 839 del Código Civil, “*Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y,*

---

<sup>27</sup> MASIDE MIRANELA, J.E.; La legítima del cónyuge supérstite. Ed. Centro de estudios Hipotecarios, D.L. Madrid, 1989, pág. 198-207.

<sup>28</sup> Así, STS de 8 octubre de 2010 (RJ 2010\7449) manifiesta que “*El primer párrafo del artículo 814 del Código Civil se refiere a la preterición intencional al disponer: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*”.

<sup>29</sup> MASIDE MIRANELA, J.E. “Legítima del cónyuge supérstite”, cit. pág. 211-212.

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

---

*en su defecto, por virtud de mandato judicial*". De hecho, la finalidad de la conmutación del usufructo legitimario es evitar los inconvenientes jurídicos y económicos de esa forma de satisfacción de la legítima del cónyuge viudo, ya que la atribución de la propiedad a distintos sujetos y del usufructo a otro obstaculiza la circulación de los bienes, al tiempo que puede constituir un inadecuado aprovechamiento de los mismos generando dificultades e incompatibilidades en la gestión de los bienes entre usufructuario y nudo propietario.<sup>30</sup> Con lo cual, al ser complicado establecer un usufructo de una parte de la empresa que le correspondería a Aureliana y de una parte de los bienes que serían de Feliciano, la mayor parte de la doctrina establece que los que el artículo 839 C.c. considera *herederos* comprende, no sólo a los herederos forzosos o legitimarios, sino también a los herederos voluntarios e intestados, además de otros sucesores que no tienen la cualidad de herederos como en este caso un legatario, pero siempre que estos legatarios estuvieran afectados por el usufructo. Siendo todos ellos los que podrán adoptar la decisión de conmutar el derecho de usufructo de Matilde.

La conmutación de la legítima del cónyuge viudo debe realizarse en el momento de partirse la herencia y requiere el consentimiento de éste, cuando el artículo 839 C.c. habla de "*mutuo acuerdo*", aun cuando el cónyuge viudo no interviene en todos los aspectos del proceso de conmutación, dado que no le corresponde la iniciativa para instar la conmutación (salvo en el caso del artículo 840 C.c.), ni tampoco interviene en la elección del medio sustitutivo del usufructo.<sup>31</sup>

Pudiendo consistir en el pago de la legítima con el producto de determinados bienes, con una renta vitalicia o con un capital en efectivo, sin que nada impida tampoco que se conmuten por la atribución en propiedad de bienes inmuebles o por participaciones en una sociedad de capital. En el caso de que no concurre mutuo acuerdo de los herederos y del cónyuge viudo, la conmutación del usufructo por el producto de determinados bienes puede imponerse por mandamiento judicial. Además como garantía de los derechos del cónyuge viudo, mientras la legítima no se haga efectiva, el artículo 839 C.c. establece la afección al pago de la misma de todos los bienes integrantes de la herencia, aunque pasen a poder de un tercero, hasta que se constituya el usufructo a favor del cónyuge o hasta que se haga efectiva la conmutación mediante la entrega del capital en efectivo, la entrega de productos de determinados bienes o la asignación definitiva de la renta vitalicia. Una vez se haga efectiva la conmutación, ya no resulta de aplicación esta garantía.

---

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. "La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil". Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Nº16, 1998, pág. 58.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. "La conmutación del usufructo legitimario..." cit. pág. 61 y 65.

## 5. Cuestiones jurídicas de la muerte de Feliciano

Continuando con la exposición de los hechos del supuesto, surge otra cuestión relevante a efectos de la sucesión de D. Benicio, que resulta que antes de que ninguno de los instituidos en la herencia manifestaran su voluntad de aceptar o repudiar la herencia (*ius delationis*), Feliciano fallece sin testamento. Con esta situación, se plantea el problema jurídico de la sucesión intestada de Feliciano y de la transmisión del *ius delationis*.

### 5.1. Sucesión intestada

La sucesión intestada se regula en los artículos 912 a 958 CC que se caracteriza por la supletoriedad pero también por la compatibilidad con la sucesión testada. El artículo 912 CC establece que la sucesión intestada tiene lugar en los siguientes casos:

1º) *Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.*

2º) *Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.*

3º) *Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.*

4º) *Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.*

El hijo de Benicio, Feliciano, muere antes de aceptar la herencia y sin haber otorgado testamento. Por tanto, se da el primer caso del artículo 912 del Código “cuando uno muere sin testamento”.

En esta hipótesis de inexistencia de testamento se requiere una doble acreditación que se traduce en la necesidad de certificado de defunción y certificado negativo del Registro de Actos de Última voluntad (art. 15.1 RN). A falta de otros medios, el tribunal ordenará mediante providencia que sean examinados los parientes, amigos o vecinos del difunto sobre el hecho de haber muerto abintestato y sobre si tiene parientes con derecho a la sucesión legítima 791.1 LEC).<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La sucesión intestada” en AA.VV *Derecho de sucesiones: práctica jurídica*, cit. Pág. 531-533.

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

---

Atendiendo al orden de suceder *ab intestato*, la Ley llama a la herencia a “determinados parientes”, el viudo o viuda y al Estado (art. 913 C.c.)

Hay que tener en cuenta que con la reforma del Derecho sucesorio operada por varias leyes, en concreto por la Ley 11/1981 o la Ley 15/2005, por ejemplo hace que hoy el artículo 913 C.c. ha de ser interpretado como la expresión de vocación simultánea de todos los sujetos de derecho nombrados en el artículo, mientras que las siguientes reglas se dedican a concretar el llamamiento sucesivo de los mismos conforme a los criterios de clases (parentesco, matrimonio, Estado), prelación (los descendientes y ascendientes, cónyuge, colaterales y Estado), órdenes (descendientes, ascendientes y colaterales) y grado de parentesco (art. 915 CC).<sup>33</sup>

En el momento anterior a la determinación exacta de quién o quiénes serán los llamados a heredar finalmente en virtud de los criterios anteriores, todos los sujetos incluidos en los artículos 912 a 958 C.c. tienen una potencial y simultánea vocación hereditaria que los legitima para realizar determinados actos a favor de un eventual llamamiento ulterior, ya que pueden realizar actos de conservación de la herencia (art. 999.IV C.c.), solicitar la intervención judicial de la misma con los efectos del art. 791 LEC (la ocupación de los libros, papeles y correspondencia del difunto y el inventario y depósito de los bienes, disponiendo lo que proceda sobre su administración y acordando en pieza separada la declaración de herederos, ejercer la *interpellatio in iure*...).

Por lo que respecta al orden para suceder *ab intestato* en el Código Civil, según el artículo 930 “*La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente*”, esto es, existiendo descendientes, los ascendientes no serán llamados a la sucesión intestada.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Según GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La sucesión intestada”, cit. pág. 539: “Al hablar de clase se pone de manifiesto que “a falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado (art. 913 CC), por lo que existen tres categorías de herederos, cuyo título para serlo se asienta respectivamente en el parentesco, el matrimonio o la nacionalidad. Dado su carácter único, ni el cónyuge viudo ni el Estado deben ser objeto de “ordenación” alguna. Es decir, la referencia a los órdenes de sucesión sólo puede entenderse hecha a los parientes que, ciertamente, pudiendo ser muchos, necesitan ser objeto de unas reglas de prelación entre los diversos grupos parentales. Finalmente, el llamado principio de grado manifiesta que, ante la general ilimitación de las líneas de parentesco, rige en principio la regla de que el grado más próximo excluye al más remoto, si bien en la línea recta descendente (sin limitación) y en la colateral (solo a favor de los “hijos de hermano”) ha de entrar en juego el derecho de representación.”

<sup>34</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La sucesión intestada”, cit. pág. 546-547 “Esto se hará sin limitación de grado y sin distinción de sexo, edad o filiación matrimonial o extramatrimonial, adoptiva o biológica (art. 931 CC), de acuerdo con los artículos 14 y 39 CE. Además, de existir, concurrirá con los descendientes, el cónyuge viudo con su cuota legal usufructuaria (arts. 834 y 837.II CC).”

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

---

Siguiendo con el orden de sucesión intestada, tal y como establece el artículo 935 CC. *“A falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes”*. Este llamamiento tiene carácter subsidiario, pues sólo se hará efectivo en el supuesto de inexistencia de descendientes, sean de grado más próximo (hijos) o más remotos (nietos o bisnietos).<sup>35</sup>

Heredaran primero los ascendientes de primer grado y después los de ulterior grado; en el primer grado de la línea ascendente la vigencia del principio de proximidad de grado del artículo 921 C.c.<sup>36</sup> es plena. Ya que *“El padre y la madre heredarán por partes iguales”* (art. 936 C.c.) y según el artículo 937 *“En el caso de que sobreviva uno solo de los padres, éste sucederá al hijo en toda su herencia”*. (Matilde sucederá en toda la herencia de su hijo Feliciano).

Seguidamente, y tal y como menciona el artículo 943 CC *“A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes”*.

Por tanto, el cónyuge viudo, conforme al artículo 944 *“En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente”* (No se da en el caso actual, debido a que Feliciano fallece soltero).

En cuanto a los colaterales, según el art. 946 *“Los hermanos e hijos de hermanos suceden con preferencia a los demás colaterales”* (Tampoco se da en el supuesto, puesto que sucedería su madre Matilde).

Y por último, y como dice el art. 956 CC *“A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado”*

En este supuesto, siguiendo el orden de prelación en la sucesión intestada, la madre de Feliciano es la que heredará los bienes de Feliciano.

---

<sup>35</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, C. “La sucesión intestada”, cit. pág. 552 *“Como la línea descendente, el orden de llamamiento intestado a los ascendientes coincide con el de su carácter de herederos forzosos (arts. 807.2º y 809 CC); y al igual que en la línea descendente, su llamamiento se hace sin perjuicio de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, que en el caso de concurrencia con los padres se traduce en el usufructo de la mitad de la herencia (art. 837.I CC).”*

<sup>36</sup> El cual reza lo siguiente *“En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar”*.

## 5.2. *Ius transmissionis* a favor de Matilde y relevancia de los actos de disposición de la herencia de Benicio

No obstante, parece surgir otro planteamiento jurídico que es que el instituido heredero que fallece sin aceptar ni repudiar la herencia (en el caso analizado, Feliciano) no integra en su patrimonio los bienes hereditarios, pero sí el derecho de delación, que se transmite a sus herederos (art. 1006 C.c.)<sup>37</sup>, quienes, una vez aceptada la herencia del llamado, pueden decidir si aceptan o repudian la herencia del primer causante (su madre Matilde en este caso).

Para que la transmisión se produzca hace falta que el transmisario acepte la herencia del transmitente, pues no adquiere derecho de delación alguno si repudia la herencia del causante, razón por la cual tampoco podría aceptar la del primer causante (tiene la primera herencia por *ius transmissionis*). Aunque si es posible aceptar la herencia del transmitente y repudiar la del primer causante.<sup>38</sup>

En el caso de *ius transmissionis*, disponer de bienes de la herencia del primer causante implica la aceptación tácita de la herencia del transmitente (STS de 10 de octubre de 1992 RJA 1992/9367 y STS 10 de octubre 1996 RJ 1996/7551). Por lo que consideramos que Matilde al hacer los actos de disposición de los bienes que le corresponderían a Feliciano por la muerte de Benicio (vende a una constructora inglesa el piso sito en Ginebra y cede a una Sociedad Limitada el crédito de 30.000 euros), está aceptando tácitamente la herencia de Feliciano. Con esto, la cuota usufructuaria que le correspondería por la parte del tercio de mejora que tenía de su hijo Feliciano, pasaría a tener el pleno dominio y sería ella la que tendría que entregar el legado a Aureliana y satisfacer el complemento de la legítima a su hija Maita.

## 6. Aspectos internacionales del supuesto

### 6.1. Disposición testamentaria de un piso en Ginebra

Un problema de Derecho Internacional Privado que se podría plantear en este supuesto de hecho es con relación a una concreta disposición testamentaria en el testamento otorgado por Don Benicio en la que deja un piso radicado en Ginebra a

---

<sup>37</sup> Artículo que especifica que “Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”

<sup>38</sup>CORDERO LOBATO, E. “La delación” en AA.VV *Manual de Derecho civil: sucesiones*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Bercal, S.A. Madrid, 2012, pág. 32-33.



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

---

un heredero. En este caso, podría existir un conflicto de competencia judicial internacional.

Aunque la autonomía del Derecho internacional privado de sucesiones se asienta sobre la consideración patrimonial de los bienes que componen la sucesión, cuya regulación escapa de una concepción real de los bienes considerados *uti singuli*, esta misma opción nos indica la importancia del elemento personal que adquiere en el sistema español.

Por ello, aunque el bien esté situado en Ginebra y exista un Convenio internacional, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, ratificado tanto por España como por Suiza, en su artículo primero señala que *“Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la Ley interna: e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados; siguiendo el principio de Derecho Internacional privado en materia sucesoria de universalidad, el cual hace referencia a un conjunto de bienes en su totalidad con independencia de los elementos singulares que integren la herencia del causante y el principio de unidad que implica un tratamiento jurídico unitario, en el ámbito del Derecho aplicable, es predominante la Ley nacional.”*<sup>39</sup>

Y así lo concibe el legislador español de Derecho internacional privado al redactar la norma de conflicto de leyes del artículo 9.8º del Código Civil, por el que la sucesión *mortis causa* se somete a una misma y única Ley *“la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento”* con independencia del lugar de radicación de los bienes que componen el caudal relicto *“cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”*. Este precepto, al fijar las circunstancias retenidas como punto de conexión en un momento temporal determinado, soluciona el problema del conflicto móvil, pues la circunstancia empleada como punto de conexión se retiene por el legislador en un momento temporal concreto -fallecimiento del causante y momento de otorgamiento del testamento o del pacto sucesorio, respectivamente-.

Asimismo, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles se determina a través de los foros establecidos en el artículo 22.2º y 22.3º de la L.O.P.J., sin que exista norma de origen convencional ninguna; por lo que junto a los foros generales del domicilio del demandado y de la sumisión expresa o tácita, el artículo 22.3º L.O.P.J. ha retenido dos foros especiales: *“cuando el causante haya tenido el último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles*

---

<sup>39</sup> En este sentido, la STS de 15 noviembre de 1996 (RJ 1996\8212) sostiene *“El derecho español entiende preponderante la Ley Nacional del «de cuius»; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio.”*

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

---

*en España*”. Por consiguiente, se sigue también el principio de unidad judicial en materia sucesoria, y los tribunales españoles son competentes para conocer de toda la sucesión, aunque haya otros bienes muebles o inmuebles en otros Estados. Cabe considerar aquí que, el último domicilio del causante en España es un foro razonable, en la medida que designa, presuntamente, la ubicación del patrimonio del deudor, así como un lugar posiblemente relevante acerca de los actos de última voluntad. Dicho foro favorece un buen desarrollo del proceso, la obtención de pruebas, la ejecución de la decisión y de las medias cautelares y la administración del caudal relicto.<sup>40</sup>

En base a todo lo anterior, no se plantea ningún tipo de problema con respecto a esa disposición testamentaria concreta.

### 6.2. Compraventa internacional

Por último, se puede apreciar un problema en cuanto a la compraventa internacional realizada por Matilde del piso en Ginebra a una empresa inglesa, siendo aplicable el Reglamento (CE) nº 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que identifica el Derecho aplicable a los contratos internacionales. Como en el supuesto no se dice si las partes contratantes eligieron el derecho aplicable en base al artículo 3 de este Reglamento se aplica en segundo lugar el artículo cuarto, y en concreto el artículo 4.2 del cual se establece que *“Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”*.<sup>41</sup> Por consiguiente, como el contrato de compraventa de un bien

---

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Familia y Sucesiones” en AA.VV *Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitas. Madrid, 2009, pág. 452-454.

<sup>41</sup> Artículo completo: *“1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir,*

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

---

inmueble no está regulado en ninguno de los apartados anteriores del artículo 4º de dicho Reglamento se registrará por la Ley española, puesto que Matilde tiene su residencia habitual en España, considerando como “*prestación característica*” la de vender el bien inmueble. Hemos considerado como prestación característica la vender el bien puesto que la prestación monetaria del pago del dinero nunca puede ser dicha prestación característica porque se encuentra en todos los contratos.

### 7. Aspectos mercantiles del supuesto

#### 7.1. Patente

Por lo que respecta al caso se pueden apuntar una serie de cuestiones con relevancia a efectos mercantiles como es que D. Benicio en el año 1986 patentó una trituradora.

Una patente es el derecho que se reconoce al inventor para explotar en exclusiva, por sí o por otros, durante el plazo que marca la Ley, el resultado de su invención ofreciendo en el mercado productos que la incorporan o sirviéndose del invento para producirlos y para disponer de este derecho es necesario registrar una descripción del invento en la OEPM (Oficina Española de Patentes y Marcas).<sup>42</sup>

Sin embargo, según la Ley que regula esta materia, la extinción del derecho de patente expira por el plazo de veinte años, por lo que la patente cae en dominio público, pudiendo ser explotada libremente por todos.<sup>43</sup>

En base a lo expuesto, no existe ningún tipo de problema en relación con la patente de una trituradora antigrumos dado que en el momento de la muerte de Benicio ya pasaron veinticinco años desde la concesión de la misma.

---

*según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se registrará por dicha ley.”*

<sup>42</sup> Concepto establecido en el artículo 1º de la Ley 10/2002 de Patentes y que modifica la Ley 11/1986, desarrollada por su reglamento aprobado por R.D. 151/1996, de 29 de abril que ha alterado el régimen que existía hasta su entrada en vigor, otorgando una mayor protección de las patentes tanto en el contenido de los derechos que conlleva la patente, como en el establecimiento de nuevas acciones a favor del titular de la patente.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. Principios de Derecho Mercantil. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra, 2012, pág. 135 y 142.

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

---

## 7.2. Marca

También se expone en el caso que es titular de una marca registrada en la OEPM, que según el artículo 4.1. de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de Marcas (L.M.) es “*todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras*”.<sup>44</sup>

Siendo la única cuestión destacable con los datos que se desprenden en el supuesto, que la duración del derecho sobre la marca es de diez años a contar desde la fecha del depósito de la solicitud, pudiendo renovarse indefinidamente por períodos posteriores de diez años (art. 31 L.M.).

Para conservar el derecho de exclusiva sobre la marca su titular (en este caso D. Benicio) debe cumplir dos obligaciones: renovar la marca cada 10 años (art. 32 L.M. y 26 R.L.M.) y usar la marca en el mercado en España de manera efectiva y real (art. 39 L.M.). Si no es usada en un plazo de 5 años a contar desde la fecha de la publicación de su concesión o si habiendo sido usada, este uso se interrumpe durante un período similar, la marca quedará incurso en una de las causas de caducidad (arts. 39 y 55 L.M.).

Así, como la marca y los demás signos distintivos de la empresa, a diferencia de las patentes, tienen una vida legal que puede ser indefinida y si no se renuevan cada diez años cumpliendo con las previsiones legales, se extinguirán por el transcurso del tiempo.<sup>45</sup> De esta manera si D. Benicio no ha renovado dicha marca, la marca se extingue.

## 7.3. Transmisión *mortis causa* de la empresa

Otra cuestión jurídica con importancia mercantil, es la que aparece con el hecho de que D. Benicio ha legado su parte de la empresa (que se presume que es ganancial) a su hija Aureliana.

En caso de fallecimiento de un empresario individual<sup>46</sup> (definido en el artículo 1.1 del Código de Comercio “*Son comerciantes para los efectos de este Código: “Los*

---

<sup>44</sup> Esta Ley se ha visto complementada por medio de su Reglamento (R.L.M.), que se ha aprobado por el R.D. 687/2002, de 12 de julio, modificado en parte por el R.D. 1431/2008, de 29 de agosto. Siendo los principales aspectos que abarca dicho Reglamento, los procedimientos y el registro de la marca, con la inclusión de los diversos negocios y declaraciones que admite la L.M. (v.gr., renovación, transmisión, renuncia, etc.) y con relación a cada uno de los tipos de signos distintivos previstos en la Ley.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. Principios de Derecho Mercantil, cit. pág. 148-155.

<sup>46</sup> Esto es lo que se desprende de los hechos del caso, debido a que no consta que se haya constituido una sociedad mercantil.

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

---

*que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”*), se produce una situación agravada por el hecho de que la empresa es un organismo económico consustancialmente unitario que sobrevive y debe sobrevivir al empresario. Por consiguiente, el establecimiento mercantil puede transmitirse mortis causa sea a título de herencia o a título de legado (como sucede en el caso). Atendiendo a esta cuestión, se pueden dar dos problemas; en cuanto al problema de la administración y dirección de la empresa hasta que se haga cargo de ella el heredero o los herederos o legatario (en este caso), pudo nombrar el propio testador, un factor o gerente o en caso contrario el albacea o administrador judicial o incluso el llamado a la herencia (arts. 901 y 902.4 C.c.)<sup>47</sup>

Por lo que respecta al problema de la preservación de la unidad económica, patrimonial y funcional de la empresa frente al riesgo de su disgregación y liquidación en caso de pluralidad de sucesores, su solución viene dada por el artículo 1056 CC<sup>48</sup>, por el cual si el causante atribuye la empresa en testamento a un único heredero o legatario, haciendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados y con el aplazamiento establecido por el testador o por el contador-partidor, siempre que ese aplazamiento no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador. Sin embargo, en el supuesto que estamos estudiando el testador no hace uso de esta facultad que le otorga la Ley, y de esta manera se deben aplicar las reglas generales. Si el testamento permanece indiviso o se adjudica por partes iguales o desiguales a los herederos existirá una situación de comunidad.

En otro orden de cosas, la confusión de patrimonios que produce la sucesión hereditaria trae como consecuencia que los acreedores del empresario fallecido puedan exigir el pago de las deudas contraídas por éste de cualquiera de los herederos, incluso si sólo a uno de ellos se le hubiese adjudicado el establecimiento. Aunque es sabido que es una excepción a esta regla, el caso de que los herederos que hayan aceptado a beneficio de inventario la herencia (art. 1010 C.c.), que sólo están obligados al pago de las deudas del causante hasta

---

<sup>47</sup> ROJO, A. “El establecimiento mercantil. Transmisión” en AA.VV *Curso de Derecho Mercantil*. M<sup>a</sup> Luisa Aparicio González (coord.). Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2009, pág.143.

<sup>48</sup> “*El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia”*

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

---

donde alcance la cuota hereditaria, sin que se produzca confusión entre los bienes particulares del heredero y los bienes de la herencia (art. 1023 C.c.).<sup>49</sup>

### 7.4. Transmisión de participaciones sociales

Por último, otro problema con repercusión mercantil es que D. Benicio en su testamento de 2005 le deja a su único heredero 30 participaciones de una S.L.

En este sentido es interesante destacar que una participación social es uno de los elementos definitorios de una Sociedad de responsabilidad limitada (art. 1º Ley de Sociedades de Capital) y cuyas características se indican en el artículo 90 de esa misma Ley cuando advierte que “*son partes alícuotas indivisibles y acumulables del capital social*”. Al mismo tiempo el artículo 94 declara que “*las participaciones sociales... atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la ley*”.

La participación social va a conferir al socio la condición de miembro de la sociedad. Condición que puede adquirir de una forma originaria, participando en la fundación de la sociedad o en una ampliación de capital, o bien de forma derivativa por la adquisición de la participación procedente de otro socio – transmisión que debe constar en documento público-. El contenido de la condición de socio está formado por un conjunto de deberes y derechos como por ejemplo el deber de fidelidad frente a la sociedad, de promoción activa de sus fines y evitar lo que sea perjudicial para ella; entre los derechos existe el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales<sup>50</sup>, el derecho a participar en la cuota del patrimonio que resulte de la liquidación o también derechos políticos o administrativos como son el derecho a asistir a la Junta general, sin que los estatutos puedan exigir para esa asistencia un número mínimo de participaciones (art. 179.1 L.S.C.) o un derecho de información, etc.

Pero el tema que aquí interesa es como se transmiten las participaciones sociales *mortis causa*, donde la Ley de Sociedades de Capital considera que la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria le confiera al heredero o legatario la condición de socio (STS. de 19 de febrero de 2004 RJ 2004/1308)<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> ROJO, A. “El establecimiento mercantil...”, cit, pág. 144.

<sup>50</sup> Según el artículo 275 L.S.C. “*la distribución de dividendos se realizará en proporción a su participación social*”.

<sup>51</sup> Por lo que dicha sentencia establece que “*La pretendida atribución de la cualidad de socio ha de serlo conforme a los requisitos legales y estatutarios*”. Con lo cual, debe de atenderse a lo que se prevea en los estatutos de dicha Sociedad Limitada para la admisión de un nuevo socio.

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

---

No obstante, los estatutos podrán establecer un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido (D. Benicio) a favor de los socios sobrevivientes y en su defecto de la sociedad, apreciadas por un valor razonable que tuviesen al día del fallecimiento del socio y el precio será pagado al contado. (Res. D.G.R.N. de 18 de abril de 2000 RJ 2000/5817)<sup>52</sup>

El artículo 110.2. L.S.C. establece que la valoración la efectuará un auditor conforme a lo dispuesto en la Ley para el caso de separación o exclusión de un socio y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.<sup>53</sup> En relación, la Resolución de DGRN de 15 de abril de 1977 RJ 1997/ 2884 declara intrasmisible por ser personalísimo el derecho del socio fallecido a percibir una determinada remuneración de carácter especial.

Con lo que resulta de los datos aportados por el caso, no se puede obtener una solución a lo que ocurre con la transmisión de dichas participaciones sociales debido a que no disponemos de los estatutos de la Sociedad Limitada de la que D. Benicio era socio y desconocemos si se había previsto un derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales a los socios.

---

<sup>52</sup> Además el artículo 188.5 del Reglamento del Registro Mercantil al tratar de cláusulas estatutarias sobre la transmisión de participaciones sociales reconoce que en el caso de fallecimiento del socio, si no se ha producido aún la división de la herencia y existan varios herederos, el ejercicio de los derechos sociales podrá efectuarse por un representante que hubiera designado el causante, si está previsto en los estatutos sociales. Precepto reglamentario que se ha de compaginar con lo que se prevé en el artículo 110 L.S.C.

<sup>53</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. Principios de Derecho Mercantil, cit, pág. 362-368.

### B. Aspectos históricos de las legítimas y su conveniencia en el actual ordenamiento jurídico español

Uno de los problemas más discutidos por la doctrina es el relativo a si el testador ha de gozar de la facultad de disponer y distribuir libremente sus bienes para después de su muerte (sistema de libertad de testar); o si por el contrario tal libertad ha de desaparecer en el caso de la existencia de determinados familiares, entre los que haya de repartirse la totalidad del haber hereditario (sistema de absoluta división forzosa; o bien ha de sufrir ciertas limitaciones en el caso de la existencia de ciertos parientes (sistema de legítimas).

El Derecho español sucesorio va a optar por un sistema de legítimas donde rige el principio de autonomía de la voluntad del causante, pero sujeto a una serie de limitaciones a la libertad de testar para el supuesto de que existan legitimarios.

#### 8. Antecedentes de la legítima en el Derecho romano

Así, antes de analizar la conveniencia de este sistema de legítimas actual, conviene hacer mención de la contextualización del sistema legitimario y de dónde proviene el mismo.

Comenzaremos analizando históricamente la época romana cuando la exigencia de asegurar una continuidad económica a la familia, aunque el *paterfamilias* en la antigua familia romana, tenía una posición preeminente, correspondiéndole la titularidad de los poderes personales y dominicales sobre el conjunto de personas y bienes que integraban el grupo familiar, su muerte producía la dispersión del grupo familiar tanto en sus componentes personales como patrimoniales. En la distribución de patrimonio hereditario rige el criterio igualitario entre los descendientes, sin distinción de sexos y con la esposa bajo la potestad marital. El criterio igualitario se aplicaba también cuando concurrían varios parientes colaterales del mismo grado en ausencia de descendientes. En la tradición jurisprudencial romana se fundaba en la razón natural la atribución de la herencia a los hijos y proporciona una explicación de la posición singular que tenían los descendientes como herederos de propio derecho (*heredes sui*) que debe tenerla en cuenta, el *paterfamilias* ya que es un presupuesto de la libertad de testar.<sup>54</sup>

Sin embargo, aunque jurídicamente el *paterfamilias* tiene poder de disposición sobre los bienes que integran el patrimonio familiar, la situación de esa concurrencia comunitaria con los herederos de propio derecho actúa como un

---

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. “Libertad testamentaria y sistema de legítimas: Un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana”. AFDUDC, n° 10, 2006, pág.281.



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

---

factor de limitación, siendo manifiesto de ello la existencia de la figura de la prodigalidad, la cual al igual que en la querrela por testamento inoficioso -figura que trataremos con detalle más adelante-, la insania es el resultado de una valoración *a posteriori* de la conducta del pródigo o del testador cuando no se han comportado razonablemente en la gestión de su patrimonio. De este modo, la declaración de la prodigalidad produciría la nulidad del testamento posterior.<sup>55</sup>

Para algunos autores “la sucesión legítima contra testamento se desarrolló como reacción al derecho absoluto del *paterfamilias*, ya que perdido su significado primitivo, este derecho podía ser empleado para rechazar el vínculo puramente agnaticio en pro de la familia natural, pero también podía ser utilizado al arbitrio individual para traicionar a agnados y cognados”. Esto es así, porque en la época del *ius civile*, a efectos sucesorios, carecía de relevancia el parentesco de consanguinidad (cognación); siendo herederos tan sólo quienes en el momento de la muerte del *paterfamilias* se encontraran bajo su patria potestad, con inclusión de los descendientes de un hijo premuerto o emancipado sin sus hijos, que heredarían la cuota que habría correspondido a su padre (derecho de representación). Las limitaciones que se introdujeron fueron primeramente de carácter formal a la libertad de testar, llegando más tarde las sustanciales.<sup>56</sup>

Se llama sucesión forzosa formal a la sucesión que se establece el Derecho a favor de determinadas personas (los *heredes sui*), a los que el testador tiene que mencionar en su testamento, bien para instituirlos herederos o para desheredarlos.<sup>57</sup>

En el Derecho civil (*ius civile*) el derecho de herencia forzosa formal se funda en la sucesión en la potestad doméstica y en la propiedad familiar y se sintetiza en el principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*<sup>58</sup>; el testador al usar la libertad de testar podía instituir o desheredar expresamente a los *sui*, pero no preterirlos (es decir, olvidarlos, no mencionarlos en el testamento). Los *sui heredes* son herederos legítimos llamados por la Ley de las XII Tablas a la herencia de su padre y son los hijos e hijas bajo la potestad del causante, la *uxor in manu* y los hijos adoptivos, los nietos y bisnietos del causante por línea recta masculina, cuyos padres hubiesen muerto antes de la delación de la herencia, las

---

<sup>55</sup> RIBAS-ALBA J.M. La desheredación injustificada en el Derecho Romano: *querella inofficiosi testamenti*: fundamentos y régimen clásico. Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 109-113.

<sup>56</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil. Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, pág. 20.

<sup>57</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. “Instituciones de Derecho Privado Romano” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 575.

<sup>58</sup> Los herederos por derecho propio han de ser instituidos o desheredados.

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

---

nueras *in manu de* hijos premuertos del causante, es decir, todas las personas que formaban parte de la casa y que al fallecer el causante quedaban libres.

En defecto de *sui heredes* las Ley de las XII Tablas llamaba a otros herederos que son los agnados y gentiles, pero que no eran forzosos, y en la herencia del liberto al patrono o a sus parientes.

Si el testador instituía o desheredaba en forma a los *sui*, su testamento no se anulaba por causa de preterición. La de los hijos *sui heredes* había que hacerla designándolos individualmente con o sin expresión del nombre; los demás herederos *sui* se podían desheredar conjuntamente y en ningún caso era necesario un motivo o causa de desheredación.

La referencia que el testamento debe hacer a la familia agnaticia consiste en que el testador tiene que instituir al *suus* o desheredarlo. La preterición del *suus* hacía jurídicamente inexistente el testamento.

El *suus* tiene un derecho a suceder inmediatamente de la ley, al padre le está permitido reconocer ese derecho con la institución o revocarlo con la desheredación. La desheredación no es un requisito de forma del testamento pues priva al *suus* de su cualidad de heredero y es la disposición de más grave contenido del testamento, siendo un límite a la libertad de disponer.<sup>59</sup>

Por lo que respecta a la herencia formal, ya en el Derecho pretorio, el pretor ofrece la posesión del patrimonio hereditario (*bonorum possessio*) a todos los que estaban comprendidos en la categoría de los *liberi* (que son personas de la familia que no coinciden con los llamados por la ley y que no son los *sui heredes* del *ius civile*) ya fueran *sui* o emancipados. Unos y otros deben ser instituidos o desheredados *nominatim*, admitiéndose la *exhereditio inter ceteros* para las hijas y nietas.

Mientras que la *praeteritio* del *suus* lleva consigo la nulidad del testamento, en el caso del emancipado sigue siendo válido, pero el pretor concede al emancipado la *bonorum possessio contra tabulas*, que puede ser solicitada antes de que el instituido acepte la herencia. La *bonorum possessio* se puede pedir no sólo por los hijos preteridos, sino también por los hijos instituidos herederos si han sido preteridos otros hijos y tienen interés en que caiga el testamento.

La preterición tiene efectos distintos de los del *ius civile*. Mientras que para éste es nulo el testamento, en el sistema pretorio el testamento va a subsistir, pero se concede a los preteridos la *bonorum possessio*, por lo que no caen las

---

<sup>59</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil, cit. pág. 21-23.

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

---

desheredaciones que se contienen en él, ni las sustituciones pupilares, ni las manumisiones, ni el nombramiento de tutores.<sup>60</sup>

Es así, en el siglo I d. C. cuando el derecho pretorio establece una nueva ordenación legal de la sucesión, integrando en ella tanto a los parientes civiles por agnación como a los naturales por consanguinidad; aunque se mantenga todavía la preferencia de los primeros en los llamamientos, se produce una plena equiparación entre los descendientes que han permanecido bajo la patria potestad y los emancipados.<sup>61</sup>

En conclusión, con respecto a lo mencionado anteriormente, el derecho de la legítima formal es un límite a la libertad de testar, cuya trasgresión por el testador constituye la preterición de los *heredes sui* y de los *liberi* y su sanción es la pérdida de libertad total o parcial de libertad de testar concretándose en la nulidad total o parcial del testamento y la apertura de la sucesión intestada.<sup>62</sup>

A diferencia del derecho de herencia forzosa formal, que exige para la validez del testamento, no como requisitos de forma, sino de respeto a la ley la institución o desheredación de los herederos forzosos –como bien se ha mencionado precedentemente-, el derecho de herencia forzosa material afecta también al contenido del testamento y exige que el testador favorezca patrimonialmente al heredero forzoso, que le deje una parte mínima de la herencia, que se llamó en principio *portio debita* y después *portio legítima*, lo cual vamos a exponer con cierto detalle pues es éste el antecedente claro del sistema de legítimas que tenemos actualmente en nuestro Derecho.

### 8.1. La *querella inofficiosa testamenti*

Con la desheredación el testamento es perfecto, los *sui heredes* no pueden hacer nada contra él. El deber que tiene el padre es evitar una desheredación injusta; deber que es moral y no jurídico. Este deber moral se transforma en jurídico cuando la desheredación injusta tiene como sanción la invalidez del testamento, la cual se alcanza con la *querella inofficiosi testamenti*. Es una nueva y posterior garantía frente al arbitrio del testador, una nueva limitación apreciada a finales de la República al imponerse una nueva conciencia social que hizo patente la necesidad de poner límites a la libertad de disposición por el testador, en que se aprecia la idea de que un testamento que no favorecía en nada o sólo en una parte

---

<sup>60</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. “Instituciones de Derecho Privado Romano”, cit. pág. 576-577.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. “Libertad testamentaria y...”, cit, pág. 291.

<sup>62</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil, cit. pág. 25-26.

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

---

muy pequeña a los herederos forzosos, era contrario a la piedad, *inofficiosum*, y por tanto impugnabile. Este criterio tuvo eco, aunque aisladamente y sin uniformidad, en el tribunal centunviral competente en procesos hereditarios; los retóricos que informaban ante esos Tribunales presentaban el testamento como obra de un demente (*color insanie*<sup>63</sup>) explicando así la preterición de los parientes más próximos.<sup>64</sup>

A continuación hay que señalar como se ejercita la tutela de la “*portio debita*”, teniendo como primer remedio la antes mencionada *querella inofficiosi testamenti*, que era una acción de impugnación rescisoria y subsidiaria. Esta última característica tiene su importancia debido a que no puede ejercitarse cuando el perjudicado total o parcialmente, lo ha sido preterido formalmente, dado que en este caso habría que ejercitar la acción de nulidad del testamento por preterición, cuyo derecho de impugnación subsiste hasta la fusión realizada por Justiniano de la tutela con la *querella* de la *portio debita*.<sup>65</sup>

Siendo la reclamación por testamento inoficioso una institución estrictamente procesal, se comprende que la materia de la legitimación activa es de especial interés.

Estaban legitimados activamente, en orden sucesivo, distintas categorías de parientes: descendientes, ascendientes y hermanos del testador. Entre ellos se establece un orden de prelación derivada tanto de la mayor trascendencia de una clase de parentesco respecto a otra, como de la inexistencia de una justa causa de exclusión en los sujetos pertenecientes al orden superior.

Existe una primera clase que sería la de los hijos, o en general, la de los descendientes, a la que la segunda clase de los ascendientes queda subordinada. Si en la primera *querella* la sentencia fuera contraria a los hijos el padre podría entablar su reclamación.

En el caso de que los hijos no ejercitaran la *querella* podrá el padre ejercitarla. No obstante, si los hijos no hubiesen renunciado a la acción, podrían intentar una segunda *querella* contra el padre.

Los hermanos del testador pueden impugnar también el testamento como inoficioso, aunque subordinado al de los descendientes y ascendientes; aunque en

---

<sup>63</sup> Este dato no puede referirse a la incapacidad provocada por la enfermedad mental, sino más bien, a la afirmación de una conducta calificable como irracional. La alegación de enfermedad mental en juicio no se fundaba en un criterio médico, era tan sólo la calificación que merecía una conducta lesiva para otra persona. Una conducta productora de injuria (manifestación que conduce a calificar la conducta como propia de un demente).

<sup>64</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil, cit. Pág. 26-27.

<sup>65</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil, cit. Pág 28.

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

---

el caso de que concurra alguna justa causa de exclusión en las personas con mejor derecho, el hermano tendrá acceso a la *querella* y tendrá la oportunidad de vencer.<sup>66</sup>

Legitimado pasivamente lo está el heredero testamentario voluntario o aquél necesario que haya sido instituido en una cuota superior a la debida una vez que haya aceptado.

En el proceso de la *querella*, el heredero forzoso tenía que alegar y probar que se le había causado un perjuicio cuando el testador no pudiese aducir causas justificadoras de haber desheredado o no haberle dejado en su caso, la totalidad de la herencia o una cuota de la misma menor de la porción legítima que le tendría que corresponder y siendo la causa de la desavenencia exclusivamente del testador. El heredero instituido podía desvirtuar libremente las alegaciones del legitimario, aunque debía probarlo.

Si la *querella* prospera, se rescinde el testamento, por razón de la enfermedad mental del testador en la medida necesaria para que el legitimario reciba la totalidad de su cuota como heredero intestado.

Si la *querella* no prospera, el legitimario pierde todas las liberalidades contenidas en el testamento a su favor e incurrirá en indignidad para suceder.

La *querella* está sometida a un plazo de prescripción de cinco años a contar desde la muerte del testador y es intrasmisible a los herederos, salvo si ya se hubiese iniciado o los herederos son hijos del legitimario.<sup>67</sup>

Podemos decir que para muchos autores la *querella* se configuraba como un incidente de la llamada petición de herencia (*hereditatis petitio*), conclusión que no parece aceptable ya que la defensa del carácter autónomo de la impugnación del testamento no supone rechazar las vinculaciones que en muchos casos se daban con la *hereditatis petitio* como proceso posterior pues al menos durante la República, el tribunal centumviral es probablemente el único órgano competente sobre ambos asuntos. No obstante, técnicamente eran procesos distintos por ser diferentes sus presupuestos y su finalidad. En la petición de herencia, el heredero civil reclama sobre la base de su titularidad respecto a la herencia frente a los poseedores de los bienes hereditarios y en la *querella* un pariente del testador que no puede ser heredero civil, impugna la institución de heredero contenida en el testamento, alegando que debió ser él la persona instituida. Asimismo, la *querella* no es sólo una acción distinta de la petición de herencia, razonando así por cuál es el objeto de la sentencia en una *hereditatis petitio* y la finalidad de la misma: la restitución total o parcial del patrimonio hereditario. Y en la *querella*, el objeto de

---

<sup>66</sup> RIBAS-ALBA J.M. “La desheredación injustificada...”, cit. Pág. 215-217.

<sup>67</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. “Instituciones de Derecho Privado Romano”, cit. Pág. 578-579.

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

---

la sentencia es la rescisión del testamento o más en concreto, de sus cláusulas. El querellante es declarante *heres suus* y decaen las manumisiones (*et libertates ipso iure non valent*) y los legados. Por tanto, el pronunciamiento judicial no va hacia la restitución de la herencia, sino a la creación de un título de heredero. Los que se oponen como demandados en la querrela no forzosamente se opondrán a la restitución de los bienes. Es decir, la *querella* no siempre tiene que venir seguida por la petición de la herencia, porque la finalidad de esta acción podría realizarse extrajudicialmente<sup>68</sup>.

Como conclusión de esta diferenciación expuesta entre la *querella* y la *hereditatis petitio*, la impugnación del testamento por inoficiosidad aparece como un instrumento de control social de la observancia de los deberes éticos derivados del *officium pietatis* en la cultura cívica del período republicano tras la difusión del testamento y del principio de libertad testamentaria; haciendo que la infracción del *officium pietatis* en el testamento pueda llevar a alguna de estas posibilidades: desheredar, preterir, o no instituir en una cuota suficiente a un heredero necesario del testador. También se precisa que la exclusión haya de ser considerada injusta (sin una causa que explique la decisión del disponente).<sup>69</sup>

### 8.2. La *portio debita*

Es un dato admitido por la doctrina que, en el régimen originario de la *querella*, no existía la necesidad de atribuir una cuota predeterminada del patrimonio al heredero necesario. Correspondía a los centumviros valorar en su caso la suficiencia de lo que el testador hubiera dejado eventualmente al querellante.

Pero en la práctica testamentaria se advertía la preocupación por efectuar las atribuciones patrimoniales pertinentes para evitar la impugnación del testamento por inoficiosidad. Con ello, la cuota de suficiencia patrimonial se considera la *portio debita*, como una limitación a la libertad de disposición testamentaria y como un derecho patrimonial exigible al causante.<sup>70</sup>

Desde el siglo IV se produce un nuevo cambio cultural que afecta fundamentalmente a la concepción del matrimonio y a las relaciones derivadas de

---

<sup>68</sup> Además tampoco coinciden en el período republicano la fundamentación por testamento inoficioso con la posición en la *hereditatis petitio*. El juicio por inoficiosidad se tramita ante el tribunal de los centumviros, competente en cuestiones hereditarias. El origen de este tribunal se sitúa en la segunda mitad del siglo III a. C., época donde la libertad testamentaria estaba ya consolidada en el ámbito de derecho de sucesiones y de familia. En el período del Principado mantiene inicialmente sus competencias pero va a ser sustituido por la nueva jurisdicción de la *cognitio extra ordinem*.

<sup>69</sup> RIBAS-ALBA J.M. “La desheredación injustificada...”, cit. Pág.160-164.

<sup>70</sup> RIBAS-ALBA J.M. “La desheredación injustificada...”, cit. Pág. 237-238.

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

---

esta institución. El Cristianismo constituye el elemento preponderante en la transformación normativa que experimenta el derecho romano en el ámbito del Imperio de Oriente, pero influyendo también otros componentes culturales del mundo helenístico.

En la ordenación de la sucesión legal el derecho justiniano toma como referencia la establecida por el derecho pretorio en el siglo I d. C., pero se abandona definitivamente el parentesco civil agnaticio y se toma en consideración sólo el de consanguinidad. Desde este siglo IV prevalece la consideración sustantiva de la *portio debita*. Para salvar la institución de heredero se reconoce al testador la facultad de ordenar que fuese sometida a decisión arbitral la controversia sobre la integración de la *quarta portio* cuando pudiera ser inferior a la que correspondía al beneficiario, en un primer momento el derecho justiniano se mantiene en esa dirección en la que sitúa la creación de una acción procesal para completar la *portio debita* y las medidas para reintegrar el caudal hereditario reduciendo las donaciones excesivas hechas en vida por el causante. Pero surge, a partir de la Novela CXV (año 542), un cambio sustantivo que otorga a ascendientes y descendientes la condición legal de herederos e impone al testador la obligación de instituirlos; con ello adquieren ya en vida una expectativa patrimonial hereditaria, denominada cuota legítima, que debe serles atribuida en calidad de herederos, al menos en una mínima parte, pudiendo ser dejada la cuantía restante por otro título.

Los herederos forzosos son desde ahora las mismas personas con derecho a la legítima en el Derecho anterior. El hecho de que un testador tenga necesariamente que instituir herederos a sus legitimarios supone un triunfo del derecho de herencia forzosa formal, de los herederos forzosos, pero el que no pueda desheredar a su arbitrio, sino fundándose en algunas de las causas de desheredación previstas en la ley, implica un triunfo de la legítima material.<sup>71</sup>

Si el legitimario era instituido heredero, pero no se le dejaba la porción hereditaria que por ley le correspondía, la nueva ley le concede la *actio ad suppleendam legitimam* y esto aun en el supuesto en que el testador le hubiese ordenado que se contentase. Esta doble innovación, institución y suplemento siempre que no se cubra la *portio legitima* con la institución y con legados o donaciones, es trascendente ya que cuando el testador dispone de unos bienes que no cubren su legítima ni aun completados y que no la igualan o superan con donaciones que le haya hecho el causante, si se las hizo, el heredero forzoso tiene derecho a exigir el suplemento que está medido por su cuota legitimaria (consistente en la diferencia entre el valor de su legítima y los bienes que recibió del causante).<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. “Libertad testamentaria y...”, cit, pág. 296.

<sup>72</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil, cit. Pág. 38.

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

---

Si el testador no dispuso institución de heredero o existe una desheredación injustificada se puede impugnar el testamento por inoficiosidad, con el fin de restituir las instituciones hereditarias y la que se abra la sucesión intestada. Además, la cuantía de la legítima de los descendientes se aumenta a un tercio de la cuota *ab intestato*, o una mitad cuando concurren más de cuatro hijos, dejando la cuarta parte para los ascendientes; esa misma cuota se atribuye a los hermanos cuando resulten postergados por una persona indigna.

Considerar la desheredación como injustificada ya no se admite que sea una facultad discrecional del juez, dado que se han establecido un número tasado de ellas. El testador está obligado a mencionar expresamente la causa de privación de la legítima imputable al desheredado, quien puede plantear judicialmente la cuestión de inoficiosidad del testamento.

La *portio debita* se convierte en *portio legitima* y se configura como intangible, por lo que se prohíbe el pacto de renuncia a la misma. Asimismo ya no se considera como un presupuesto procesal de inadmisibilidad de la demanda de impugnación del testamento y adquiere la naturaleza de *pars hereditatis* exigible al testador (por tanto, la *querella inofficiosi testamenti* pierde autonomía como recurso procesal y se convierte en una de las causas para ejercitar la *hereditatis petitio*). La fundamentación cultural de la legítima es el antiguo *officium pietatis*, que pierde el sentido ético al convertirse en una obligación legal de atribución de la *portio debita* y en un derecho patrimonial a la herencia.

La fijación de la Ley de las justas causas de desheredación y la privación consiguiente de la cuota legítima, no solo altera la discrecionalidad con la que podía apreciar el órgano judicial la conducta del testador, atendiendo a las circunstancias concretas, sino que traslada la desheredación al ámbito ético de la indignidad para suceder. En cuanto a las causas de desheredación (v.gr. Nov. CXV, año 542: El padre sólo puede ser privado de la legítima si ha atentado contra la vida de su hijo o le ha acusado falsamente de un delito punible con la muerte, etc.), debe haber un alto nivel de degradación ética para que el legitimario sea privado de su derecho a cuota legítima.<sup>73</sup>

### 9. Influencia del Derecho germánico

La complejidad de este sistema sucesorio romano va a contrastar con la sencillez del sistema germánico que vamos a analizar someramente.

En la época primitiva todo el patrimonio está vinculado a la comunidad doméstica y familiar, el patrimonio está reservado por la ley a favor de la comunidad. La

---

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. “Libertad testamentaria y...”, cit, pág. 296-297.



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

---

muerte de un miembro no altera las relaciones jurídico-patrimoniales, ya que su cuota acrecerá a los restantes comuneros en mano común. Ningún miembro puede disponer por testamento: “*Nulum testamentum. Solus Deus heredem facere potest, non homo*”.

Por lo que respecta a la Edad Moderna, hay que decir que la influencia del Derecho romano con su sistema de libertad de testar ocurrió no sólo a través de la Iglesia, sino directamente aun antes de su recepción, pero el heredero forzoso lo era directamente por la ley, que le otorgaba como sucesor *ab intestato* una cuota de su porción intestada y configura la pretensión legítima, bien como una pretensión obligatoria, si era preterido en el testamento o no estaba suficientemente favorecido. Cuando por influencias extrañas se admite la *portio pro anima* o “legítima eclesiástica”, se avanza en el derecho sucesorio, admitiendo la sucesión forzosa, aunque no se puede hablar de sucesión intestada de los herederos forzosos, y menos aún, de la sucesión testamentaria. La disposición *pro anima* por testamento o por donación supone el grado mínimo de libertad: el alma o los herederos de sangre, aunque sólo son herederos forzosos siempre, no intestados ni testamentarios, ya que no hay más delación que la forzosa; lo cual hace que la reserva germánica tenga un contenido positivo, a diferencia de la legítima romana que tiene un sentido negativo, ya que no había delación forzosa en Roma, sino limitación de la libertad de testar. Cuando la cuota *pro anima* se convierte en cuota libre, los herederos siguen siendo solamente forzosos. No existe por tanto, libertad de testar, sólo existen limitaciones a la sucesión forzosa. El testador no puede hacer herederos, éstos los dicta la ley. La idea de comunidad pervive en el sistema sucesorio germánico y la protección inter vivos del heredero forzoso, tiene su expresión en el retracto gentilicio o familiar.<sup>74</sup>

### 10. Las legítimas a partir del Derecho castellano medieval

A continuación, después de exponer el sistema sucesorio romano y germánico a grandes rasgos, haremos un planteamiento sobre la reserva y la legítima en el Derecho común.

En primer lugar, cabe decir que los dos sistemas expuestos, el romano anterior a la reforma de Justiniano y el germánico van a coexistir en la península durante la dominación visigoda.

El Código de Eurico o *Statua legum*, publicado hacia el año 475, va a representar el sistema germánico de la reserva de la herencia. El Breviario de Alarico del año

---

<sup>74</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil..., cit. Pág. 43-49.

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

---

506 es expresión del sistema romano de libertad de testar y legítima de la cuarta parte de la herencia. En el *Codex Revisus* de Leovigildo del año 586, aparece una reserva de 4/5 a favor de los hijos, pero a falta de ellos el testador de disponer libremente. La *Lex Dum Inlicita* de Chindasvinto entre los años 643 y 644 tiene gran trascendencia en varios aspectos, introduce la mejora, vuelve al sistema de reserva de los 4/5 por razones extrañas a la comunidad doméstica germánica, probando la influencia del sistema romano. La *Lex Visigothorum* de Recesvinto o *Liber Iudiciorum* de año 654 es expresión de la fusión de ambas legislaciones romana y germánica, pero con la recepción de la *Lex Dum Inlicita*, lo que indica el predominio del elemento germánico en esta materia. Sin embargo, el influjo de las ideas romanas vivieron intensamente en la conciencia del pueblo como lo demuestra la reforma de Ervigio del año 681, con dos innovaciones como son elevar la mejora del décimo al tercio y admite la mejora en cosa determinada. La primera favorable a la libertad de testar en el círculo de los descendientes y la última contraria al automatismo del Derecho germánico.<sup>75</sup>

### 10.1. Derecho local

#### 10.1.1. Fuero de Sepúlveda, el Fuero de Cuenca y el Fuero de Soria

Seguidamente, vamos a hacer un breve comentario entre los siglos XII y XIII de varias familias de fueros correspondientes al derecho local, en varias localidades pequeñas a las que los monarcas van otorgando privilegio o fueros, que se añaden o sustituyen el vigente *Liber Iudiciorum*. En estos fueros que vamos a destacar (el Fuero de Sepúlveda, el Fuero de Cuenca y el Fuero de Soria) se resalta el principio de troncalidad que los aproxima a un derecho consuetudinario no proveniente de la tradición romana, con una concepción de la familia como una unidad patrimonial.

Por lo que respecta al Fuero de Sepúlveda, el régimen de troncalidad, supone una exención de la obligación de “mañería” o sistema feudal que imponía la transmisión de todos los bienes de la herencia al señor, a falta de hijos que pudieran recibirla. En el Fuero de Cuenca, se determina que el patrimonio debe quedarse en la familia, y prohíbe expresamente la desheredación de los hijos, que por otro lado deben ser tratados igualmente sin posibilidad de designar un heredero único, porque la familia se considera un solo bloque personal y económico. El cónyuge no es considerado pariente y por tanto, no tiene derecho a la herencia. Y el Fuero de Soria, que fue después recogido por el Fuero Real, por su temprana recepción romanista, que le separa radicalmente de Cuenca y Sepúlveda; mantiene el

---

<sup>75</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil..., cit. Pág. 51-52.

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

---

principio de troncalidad pero regula ya una legítima de 4/5 para los hijos, de la que puede tomarse una cuarta parte para mejorar a alguno de ellos.<sup>76</sup>

## 10.2. Derecho territorial

En la formación de su derecho territorial, Castilla evoluciona hacia el sistema romano y va incorporando a su testamento, una legítima de cuantía fija y toma de los visigodos la institución de la mejora para flexibilizar el reparto de los propios bienes, por lo que desaparece el principio de troncalidad que ha mantenido vigencia plena en los fueros de otras regiones de la península.

### 10.2.1. La legítima en las Siete Partidas

En el año 1256, se publica el Código de las Siete Partidas, que se inspira en el Derecho romano-justiniano, aunque en principio no arraigó en Castilla como Derecho vivido, sus conceptos romanos fueron invadiendo el Derecho común.

El actual artículo 806 del Código Civil guarda una gran fidelidad al Código Alfonsino. Conforme a varios fragmentos de la Partida VI, la legítima parece presentarse como un derecho legal absoluto del heredero forzoso sobre la parte del patrimonio hereditario. El legitimario será cotitular, ya en vida, de los bienes paternos o maternos. Pero tal afirmación parece quedar excluida de la Partida., VI,8,6 por la cual el padre tiene libertad testamentaria y puede instituir o no a su hijo o hija o demás descendientes y también la segunda parte de la ley señala que el disponente puede dejar al hijo una cosa de valor inferior a su porción legítima. De este modo se puede decir que en Las Partidas el derecho de legítimas no se presentó sólo como un derecho legal de reserva, o cotitularidad de derechos de carácter absoluto del heredero frente a sus ascendientes legítimos, sino también, como un derecho de freno legal a la libertad de disposición de los ascendientes y descendientes sobre su patrimonio hereditario. Por lo que se destaca como novedad con respecto a la legislación anterior, la disminución de la protección otorgada al legitimario en aras de la conservación del testamento. Por tanto, aunque el legitimario debe ser instituido heredero, sólo goza de una acción de naturaleza personal en caso de que exista una diferencia probada entre lo que recibe y lo que le correspondía por legítima. Carece, así, de la posibilidad de destruir el testamento mediante la acción real de la *querella inofficiosi testamenti*.

En este caso se debe partir de la libre autonomía de la voluntad testamentaria. El padre, la madre, ascendientes y descendientes en general, tenían libre disposición testamentaria sobre los bienes hereditarios para después de su muerte. No obstante, esta regla no fue absoluta; ya que se consagra por el Derecho de las Partidas, el principio civil conocido como “Sucesión Necesaria Formal”. La

---

<sup>76</sup> BARRÓN ARNICHES, P. El pacto de renuncia a la legítima futura. Ed. Cedecs, Barcelona, 2001, pág. 28-30.

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

---

institución de herederos tenía como fines el nombramiento y atribución del título de heredero y la asignación de una cuantía del as hereditario. Por tanto, la “Sucesión Necesaria Formal” y la “Sucesión Necesaria Material” se presentaron en el Código Medieval fusionadas y se materializaron en la “*Heredes Institutio*”.

De este modo la libertad de testar apareció limitada por el principio de la “Sucesión Necesaria Formal-Material”, debido a que el testador tenía que instituir a sus descendientes, tanto en el título como en la cuantía, o desheredarlos, con justa causa tipificada en la ley. También estaría limitada por el principio de preterición, ya que si el testador no mencionaba en las tablas a alguno de sus descendientes o ascendientes necesarios, el testamento era desde el principio nulo de pleno derecho “...*Ius dicendi nullum, quia non fuit relictum iure institutionis*”.

Por último considerar que la legítima es definida en el Título I de la Sexta Partida, y si se parte de la libertad testamentaria, se consagra en la legislación justiniana y en la castellana, así como la proyección de la legítima a otros instituidos como las liberalidades, mandas y legados, se debe estimar que la *portio debita* es una porción de bienes que debe haber recibido el sucesor –bien en vida, bien después de la muerte del testador- como límite necesario a su libertad de disposición. En caso contrario, el derecho arbitra las medidas necesarias para que si el legitimario lo desea, pueda conseguir su reintegración. En este caso, la Partida VI, 8, 5., señala que el legitimario puede pedir el complemento de su portio debita si habiendo sido instituido heredero, haya recibido menos de su cuantía.<sup>77</sup>

### 10.2.2. El Ordenamiento de Alcalá

El Ordenamiento de Alcalá del año 1348 fijará un texto definitivo de Las Partidas con su carga de Derecho romano, al darle carácter legal quedará consolidado y no susceptible a adición alguna. En este Ordenamiento se entiende que si el causante no ha nombrado heredero, aunque el testamento permanece válido en sus disposiciones y legados, la herencia debe atribuirse al legitimario, heredero por disposición de la ley en razón de su parentesco.<sup>78</sup>

### 10.2.3. Las Leyes de Toro

En el siglo XVI son promulgadas ochenta y tres Leyes de Toro, carentes de todo orden científico, cuya finalidad consiste en aclarar las dudas y armonizar el Derecho civil vigente, especialmente en materia de familia y sucesiones.

---

<sup>77</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. Derecho de legítimas en Las Partidas. Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, N.º. 1, 2002, pág. 501-509.

<sup>78</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil..., cit. Pág. 53.

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

---

La mejora, de origen germánico, se regula con minuciosidad en este texto legal. A través de esta institución, aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico castellano los pactos sucesorios *inter vivos* e irrevocables, por lo que, salvando la legítima estricta que debe repartirse por igual entre todos los hijos, el causante puede señalar en vida a uno de sus descendientes como sucesor de una parte determinada de sus bienes.<sup>79</sup>

Con respecto a las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación del año 1567 y la Novísima Recopilación de 1805 no alteraron en esta materia el sistema legal.

### 10.2.4. El proyecto del Código Civil de 1851

Siguiendo con la exposición del régimen histórico sucesorio con respecto a las legítimas, por último es interesante exponer el proyecto del Código Civil de 1851 en el que se inspiró nuestro vigente Código Civil por mandato de su Base 1ª referente a las cuestiones relativas a nuestro Derecho histórico.

El artículo 640 es precedente del 806 del Código actual, *“Llámanse herederos forzosos a aquéllos a quien la Ley reserva en los bienes cierta porción de que no pueden privarlos sin justa causa y probada desheredación. La porción reservada se llama legítima”* y consagra la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

El artículo 641 lo es del 807 y no designa como legitimarios ni a los hijos naturales ni al cónyuge viudo, aunque éste no lo era: *“Son herederos forzosos: 1º los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2º Faltando los del número anterior, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos”*.

El artículo 642 es el antecedente de los artículos 808, 809 y 810 y regulaba una legítima variable, dependiendo del número de hijos, lo mismo que ocurría en el Derecho romano-justiniano y también en algunos Derechos germánicos y era destacable que reducía a dos tercios de los bienes, si quedaba un solo hijo descendientes y a cuatro quintos si quedaban dos o más.

El artículo 643 consideraba que *“la legítima no admite gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie”*, por lo que se proclama, al igual que el artículo 813.II del actual Código, la intangibilidad cualitativa de la legítima.

El artículo 644 exponía que *“La preterición de alguno o de todos los herederos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, sea que nazcan después de muerto el testamento, anula la institución de herederos; pero valdrán las mandas*

---

<sup>79</sup> BARRÓN ARNICHES, P. El pacto de renuncia a la legítima futura, cit. pág. 34-35.

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

---

*y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. Si los herederos forzosos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*"; es antecedente del vigente artículo 814 C.c. y como éste anulaba la institución de heredero y no el testamento.

El artículo 669 decía que "*La desheredación hecha sin expresión de causa o por una causa que no sea una de las legales o cuya certeza no haya sido probada, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima*". Éste es precedente del artículo 851 C.c. pero anula la institución como en la preterición y no solamente cuando perjudique la legítima como en el vigente C.c.<sup>80</sup>

### 11. Análisis y crítica sobre la naturaleza de la legítima

A continuación, vamos a exponer los problemas que planteó y discutió la doctrina y que aún se plantean y discuten hoy con respecto del sistema legitimario del Código Civil, en atención a si la legítima es un freno y un límite a la libertad de testar o más exactamente a la libertad de disponer a título gratuito, o por el contrario, si se adquiere directamente por ministerio de la ley se puede admitir este sistema.

La legítima era y sigue siendo una figura jurídica de nuestro Derecho sucesorio que puede anular las más importantes instituciones *mortis causa* y algunas *inter vivos*. Por causa de la legítima pueden impugnarse total o parcialmente donaciones, anularse contratos simulados, dejar sin eficacia total o parcial legados, instituciones de herederos, sustituciones, se puede abrir en algunos casos la sucesión intestada...; por la legítima se han creado instituciones como la mejora, la preterición, la desheredación, la inoficiosidad, la computación y la imputación, que está desplazando a la colación.

Aún así, hay voces que pretenden modificar este sistema de legítimas no por el camino del Derecho germánico, como eran y siguen siendo las posturas de algunos civilistas, sino por el opuesto, el de la libertad de testar desde un punto de vista del interés social (en relación con la función económica y social) que, se entiende, debe justificar la existencia de esta institución para que el ordenamiento garantice su protección.

Así, en primer lugar, se puede apreciar que la legítima en la sociedad actual cumple una función asistencial por lo que se considera que dando un mayor reconocimiento de la libertad de testar permite hacer frente a las necesidades vitales por ejemplo del viudo dependiente o de hijos discapacitados.

---

<sup>80</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. La legítima en el Código Civil..., cit. Pág. 55-57.

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

---

Es relevante tener en cuenta que a lo largo de los años se ha producido una transformación social, de forma que el aumento de las expectativas de vida ha dado lugar a que se herede a los padres cuando se está próximo a cumplir los cincuenta y cuando la que se considera obligación fundamental de los padres de educar y proporcionar una formación, se ha cumplido habitualmente y con creces porque ya el hijo goza de su propio patrimonio, con un salario propio y su propia familia donde, en la mayoría de los casos, no puede hablarse propiamente de un patrimonio familiar, en el sentido de que mayoritariamente los bienes que se transmiten *mortis causa* proceden del esfuerzo personal, laboral o profesional, del causante, y no ha sido recibido de sus antecesores.

También hay que considerar en los sistemas jurídicos que establecen la libertad de testar y desconocen la institución de las legítimas, han aparecido críticas que destacan el papel de defensa de la familia que está llamada a cumplir la reserva por parte de la ley de una parte del patrimonio del causante a favor de sus familiares más próximos, en particular de los hijos y, de una manera más general, de los descendientes.

No obstante, aunque en los Derechos de sucesiones autonómicos no ha habido modificaciones revolucionarias, si puede afirmarse que se está yendo hacia un reconocimiento cada vez mayor de la libertad de disponer y una restricción de la legítima, bien por los sujetos a los que se les reconoce, bien por la cuantía, bien por la naturaleza de los derechos de los legitimarios y las acciones previstas para su exigencia.

La timidez en las reformas legales en materia de legítima contrasta con la determinación con que se pronuncian algunos escritos académicos en el sentido favorable a la continuación de un sistema de reconocimiento de derecho de alimentos a favor de determinados parientes o allegados. En la doctrina española se pueden apreciar reflexiones que apuntan a la necesidad de una reforma profunda del Derecho de sucesiones y, en particular, del sistema de legítimas, en especial en el Código civil como por ejemplo la supresión de la legítima de los ascendientes (salvo atribuciones asistenciales) tiene apoyo mayoritario, pero también una oposición fuerte, aunque minoritaria; la supresión de la legítima de los descendientes (salvo atribuciones asistenciales por hijos con alguna incapacidad por ejemplo) es por el contrario fuertemente rechazada, así como una configuración de las legítimas con finalidad asistencial. Además aún cuando no desaparezca el sistema de legítimas, se puede aceptar la reducción de la legítima de los descendientes a la mitad del caudal computable.<sup>81</sup>

Pasaremos, a continuación, a analizar varios argumentos a favor y en contra de la libertad de testar.

---

<sup>81</sup> PARRA LUCÁN, M. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDUDC, nº 13, 2009, pág. 483-484.

## 11.1. Argumentos en contra del sistema de legítimas

En cuanto a los argumentos a favor de la libertad de testar, se puede considerar que si la legítima se ha considerado como expresión de que desde siempre ha existido una concepción de solidaridad intergeneracional; en la actualidad, y desde un punto de vista sociológico, se advierte el desajuste de la legítima y del carácter excesivo de las cuotas fijadas en el sistema codificado, a la vista de la evolución experimentada por la familia desde la época de la Codificación.

Hay quien, directamente, considera a la legítima como una figura anacrónica; se ha transformado en el sistema del Código civil la regulación de la prodigalidad, que pasa en el año 1984 de ser instrumento de defensa de los legitimarios a un sistema de protección de los parientes con derecho a alimentos. Por lo cual, la conservación de la legítima sería el único residuo de una ideología que, permitiendo a las personas disponer de sus bienes, les impediría hacerlo libremente para después de su muerte.

Así, por ejemplo, algunos profesores de Derecho civil manifiestan que se deben suprimir las legítimas y sustituirlas por unas limitaciones a favor del cónyuge y determinados parientes o allegados en función de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento, aunque consideran que eso sería un sistema sin historia, siendo más abarcable una reforma de las legítimas que no cuestione el sistema pero evite las disfunciones más graves, eliminando la de los ascendientes, reduciendo la de los hijos y configurándola como un derecho a un valor, no a unos bienes, que pueda satisfacerse por cualquier título. Este llamamiento a la moderación se manifiesta por quienes insisten en el profundo arraigo de la legítima en el ordenamiento jurídico y en la conciencia social y, es por esta razón por la que excluyen la oportunidad de la sustitución de un sistema de legítimas por cuotas fijas por un sistema de alimentos.<sup>82</sup>

Parte de la doctrina considera que la libertad de testar entendida como la facultad de decidir sobre el propio patrimonio, tiene su fundamento reconocido en el artículo 33 de la Constitución española el cual “*reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*” no es más que una manifestación del carácter ilimitado de la propiedad. Estos autores señalan como el Derecho sucesorio ha sido históricamente un Derecho de tradición familiar, concluyendo, la vinculación familiar del patrimonio histórico incluye, entre otras cosas, la necesidad de que ciertos parientes, caso de existir, perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar (las legítimas).

---

<sup>82</sup> PARRA LUCÁN, M. Legítimas, libertad de testar... cit. pág. 497-498.



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

---

Otras opiniones de autores entienden que no puede deducirse de la Constitución española la exigencia de un sistema de legítimas, siendo diferente que el Derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer (art. 33 de la Constitución) con la necesaria protección de la familia (art. 39 de la Constitución). No obstante, tampoco parece exigencia constitucional que ese equilibrio deba alcanzarse mediante un sistema de cuotas rígidas legitimarias.

Con respecto a esa cuestión parece que el único país en el que directamente se ha planteado la dimensión constitucional de las legítimas es en Alemania, aceptando la doctrina mayoritaria que la legítima de los hijos y del cónyuge es una institución que goza de protección constitucional. En su Sentencia de 19 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado que la libertad de testar es un elemento determinante de la garantía del derecho de sucesiones, como reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo (art. 2.2 Constitución alemana). En particular, considera el Tribunal que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes. Al mismo tiempo, ha establecido que la misma garantía, protección y rango constitucional del art. 14 –el derecho a la propiedad privada– merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Alega el Tribunal Constitucional alemán que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que lo mismo ocurre en los restantes países europeos de tradición romanística. Además, invoca como fundamento de la institución legitimaria la solidaridad familiar entre generaciones y, además de aseverar que el derecho a la legítima lo mismo que ocurre con el derecho de alimentos, aparece vinculado a las relaciones familiares entre el causante y su descendencia asegura que la libertad de testar del causante está sujeta constitucionalmente a las relaciones que el derecho de familia funda con la descendencia, lo que concede legitimación a los hijos con derecho a la legítima a asegurarse una participación económica en la herencia del progenitor difunto.

Aunque los razonamientos jurídicos de la sentencia distan de ser convincentes ya que los argumentos principales utilizado como que es de larga tradición la legítima y que sigue existiendo en el derecho comparado europeo es algo patente pero que no es un único argumento relevante. Además por lo que respecta a la solidaridad intergeneracional y la continuación de la conexión entre propiedad y familia, el argumento queda desmentido por las estadísticas actuales. Asimismo, se señala que la sentencia deja poco espacio al legislador para elaborar una reforma en profundidad y, por el contrario, no resuelve cuestiones como si la legítima de los ascendientes goza también de rango constitucional.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> PARRA LUCÁN, M. Legítimas, libertad de testar... cit. pág. 499-500.

## 11.2. Argumentos a favor del sistema de legítimas

Por lo que respecta a los que defienden un sistema de legítimas, se han apoyado tradicionalmente en argumentos de ética familiar. La legítima no solo enlazaría con un determinado régimen familiar de copropiedad sino que, además, sería cumplimiento de las obligaciones impuestas por la propia naturaleza de las cosas de mantener y garantizar la subsistencia de los parientes más próximos.

Para algunos juristas, la defensa de la legítima es expresión de una íntima convicción de que el Estado debe tutelar el derecho de determinados parientes a recibir una porción en los bienes del causante, sin que sea suficiente un reproche moral o social para quien, disponiendo de sus bienes a favor de terceros, no actúa de esa forma.

El profesor Moreu Ballonga, se ha declarado un firme defensor de la legítima, entiende que la institución de la legítima es una forma de proteger a la familia, que la Constitución ordena proteger (artículo 39), mientras que considera que en la Constitución no se otorga protección jurídica a la libertad de testar.<sup>84</sup>

En sentido parecido se han manifestado otros autores que consideran que las legítimas no suponen un límite al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) sin ninguna función y, por el contrario, presta especial atención a la vinculación tradicional entre propiedad y familia, que si están protegidas constitucionalmente (arts. 33 y 39).

A estos argumentos se añaden otros, como la necesaria igualdad entre los hijos, que los hijos son herederos naturales de sus padres, continuadores de su personalidad, así como que la posibilidad de que el padre discrimine a los hijos puede dar lugar a abusos e injusticias y aumentar las desavenencias familiares y los pleitos.<sup>85</sup>

## 11.3. Propuestas de reforma de las legítimas

De todo lo expuesto, es necesario ver como existen varias propuestas por parte de la doctrina que intentan promover algunas reformas al respecto para dar algo de laxitud al sistema legitimario español, como por ejemplo las que defienden la ampliación de la libertad del causante y la reducción de la legítimas sugieren la

---

<sup>84</sup> MOREU BALLONGA, J.L. Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal. Revista de derecho civil aragonés, Año nº 3, Nº 1, 1997, pág. 9.

<sup>85</sup>PARRA LUCÁN, M. Legítimas, libertad de testar... cit. pág. 497.

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

---

necesidad de suprimir la legítima de los ascendientes y un aumento de la legítima del cónyuge (o en su caso, pareja de hecho). En este último caso, a costa de los derechos de los hijos y descendientes.

Pudiendo quedar protegidos, los ascendientes en caso de necesidad por la obligación de alimentos prevista en el Código civil (lo es discutible si tal obligación se extingue por la muerte del alimentante) y, sobre todo, por los conflictos que estos derechos plantean con los del cónyuge que sobrevive, en especial en los casos en los que los ascendientes apenas han convivido con el hijo fallecido lo que, se señala, es habitual en los casos de familias recompuestas. O también aplicando los sistemas que ya rigen en varias Comunidades Autónomas como en Aragón donde los únicos legitimarios son los descendientes del causante (Art. 486 del Código del Derecho Foral de Aragón) o la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 que ha suprimido la legítima de los ascendientes.

Pero aunque la supresión de la legítima de los ascendientes (salvo atribuciones asistenciales) tiene apoyo mayoritario, también una oposición fuerte, aunque minoritaria. Por ejemplo, el profesor Moreau considera que algunas de las ideas invocadas para justificar la legítima de los ascendientes mantienen hoy sustancialmente su vigencia, tal y como sucede con la idea del “tributo al principio de familia” o la de “débil compensación a los sacrificios hechos”. En su opinión, 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 hijos o con hijos que han premuerto. La legítima de los ascendientes puede representar en muchas ocasiones, en opinión de este autor, la plasmación jurídica del pago casi siempre insuficiente de una deuda moral contraída por el descendiente a lo largo de los años.<sup>86</sup>

Otras de las opiniones mayoritarias en la doctrina es la opinión de que la posición del cónyuge debe ser mejorada en la sucesión. Esta idea suele conectarse a la necesidad de reformar igualmente los órdenes de sucesión *ab intestato*. Además, y partiendo de la base de la colaboración del cónyuge en la riqueza del causante, se propone la atribución *ex lege* de la vivienda conyugal. Pero este límite de mejorar al cónyuge viudo es difícil de pensar, al establecerlo en detrimento de los derechos de otras personas como son los hijos.

Sin embargo en el Derecho español la consolidación de los derechos del cónyuge se ha ido produciendo poco a poco en los distintos derechos civiles territoriales (art. 58 de la Ley del País Vasco de 1992, arts. 253 a 257 de la Ley de Derecho civil de Galicia del 2006).

También existe una corriente doctrinal favorable a eliminar las legítimas y sustituirlas por el reconocimiento de un derecho de alimentos. La reforma del

---

<sup>86</sup> PARRA LUCÁN, M. Legítimas, libertad de testar... cit. pág. 501-502.

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

---

Código Civil del año 2003, dirigida a facilitar la sucesión de las personas con discapacidad ha suscitado debates sobre el establecimiento de una configuración para que los intereses que se protejan sean de parientes que tengan unas diversas carencias y dependientes del causante.

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 que son excluidas de la herencia como pueden ser, el art. 66 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil del País Vasco, y el art. 158 de la Ley de Derecho civil del País Vasco, LDCPV, después de la reforma de 1999. El hecho de esta regulación en varios Derechos civiles de las autonomías hace que se plantee una revisión de la función que ha tenido la legítima como es, partiendo de la base de que se va a transmitir un patrimonio familiar, garantizar que al menos una parte de ese patrimonio vaya a algunos parientes y al cónyuge, que sigue una función de protección y subsistencia de la familia. Pues es normal que este planteamiento se someta a revisión cuando cambian los presupuestos, en el que no existe tal patrimonio familiar en el sentido de que su origen no se conecta a la existencia de una familia, y que no se recibió de los ascendientes para ser transmitido a los descendientes puesto que ha sido obtenido por el propio trabajo personal, y destinado de manera preferente al sostenimiento de la familia y de sus necesidades de alimento y educación, sin que los descendientes, que se habrán labrado su propio destino vital y profesional, dependan de su adquisición para su subsistencia.

Sin embargo, en opiniones de otros autores, la sustitución del sistema de legítimas por un derecho de alimentos ofrece para su implantación general en el Derecho español algunas dificultades. A los problemas de determinación de si el momento relevante para apreciar la situación de necesidad es exclusivamente el de la muerte del causante se añaden otros, como el excesivo choque con la tradición de las legítimas por cuotas, lo que indudablemente daría lugar a costes adicionales de transacción (consultas jurídicas, pleitos...).<sup>87</sup>

### **11.4. Opinión personal sobre una posible reforma del sistema de legítimas**

De todo lo expuesto hasta ahora parece existir una pugna entre la total libertad de voluntad del testador y una serie de consideraciones sociales y éticas en relación con el deber ser del padre de familia ejemplar. Con la esperanza de vida actual, es difícil entender, cómo un padre puede estar obligado a dejar por legítima un tercio estricto o a repartir dos tercios a unos hijos, cuando algunos o todos los hijos, no son menores de edad y ya tienen hecha su vida con un trabajo y familia propia.

---

<sup>87</sup> PARRA LUCÁN, M. Legítimas, libertad de testar... cit. pág. 504-505.

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

---

En mi opinión, con la independencia económica de la mujer, la emancipación y la formación de los hijos, la menor dependencia de la economía familiar, donde la clase media es profesional o trabajadora e independiente, considero que no tiene sentido la legítima dado que en este sentido, en relación con los descendientes, la legítima se ha convertido en una especie de seguro del hijo a la herencia del padre, cualquiera que sea el comportamiento afectivo del hijo con su progenitor.

En España se encuentra vigente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluida la Ley Orgánica 1/2008 de Ratificación del Tratado de Lisboa. Y en el artículo 17.1, declara “*Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos.*”

Además, el art. 33.1 de la Constitución establece que “*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*” pero no se halla entre los derechos fundamentales, por lo que no goza de las garantías otorgadas a los derechos y libertades del artículo 14 y de la sección primera del capítulo segundo, título primero, de la Constitución española. Hay acuerdo doctrinal en que el derecho a la herencia no es más que la confirmación del carácter ilimitado temporalmente del derecho de propiedad: el propietario puede disponer no sólo en vida, sino también *mortis causa*, y puede decidir el destino de su patrimonio para cuando haya muerto. Por consiguiente, la libertad de testar, entendida como la facultad de decidir sobre el destino del propio patrimonio a la muerte, halla su fundamento reconocido en la Constitución.

Admitiendo que el fundamento de las legítimas se halla a en el principio de solidaridad intergeneracional de la familia, la realización de este principio intenta el rechazo de una legítima uniforme para una categoría de parientes, sean los descendientes o los ascendientes. Una opción a plantearse sería establecer una legítima colectiva, al modo de la legítima aragonesa y vizcaína o de la mejora del Código civil, de modo que el testador pudiera elegir de entre los legitimarios a quien favorecer, aunque esto no tendría por qué conllevar ineludiblemente que el causante favoreciera a aquél de los legitimarios que realmente se hallase en mayor situación de necesidad.

Una apuesta por una figura en la línea de la *family provision*<sup>88</sup> no parece aconsejable en el Derecho español, pese a que últimamente está encontrando

---

<sup>88</sup> En Europa, en la actualidad, no existe ningún sistema en el que se admita la libertad de testar sin limitaciones, ya que por ejemplo en Inglaterra unen este sistema con la no existencia de clases concretas de parientes que tengan derecho a recibir una porción de los bienes hereditarios. Sin embargo, el juez puede, discrecionalmente, y a favor de los dependientes del causante, disponer la provisión de bienes necesarios para sobrevivir o para llevar un nivel de vida semejante al que llevaban anteriormente. Por tanto, en los sistemas en los que se regula la *family provision* existe libertad de testar, pero sometida a un control judicial.

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

---

acogida favorable en la doctrina la de los alimentos sucesorios como sustituto de la actual legítima y a su reflejo en algunos derechos civiles autonómicos –como bien se expuso anteriormente-. Esto supondría hacer depender el derecho a la legítima de la situación de necesidad en que se hallara el beneficiario. Dejando a un lado el problema práctico de fijar el momento en que debiera apreciarse tal situación de necesidad, se plantea un choque excesivo con la tradición judicial española en la materia, muy enraizada en las cuotas fijas, y tiene como inconvenientes adicionales sus mayores costes de transacción, pues daría lugar a muchas más consultas con abogados, a una menor previsibilidad con un potencial aumento de pleitos entre familiares, y su complejidad.

No obstante, podría acudir a la opción de optar por cuotas legitimarias fijas. La extensión de estas cuotas es una cuestión difícil de determinar, en la que deben sopesarse diversas fuerzas concurrentes, como es el peso de la libertad de testar, la realización de la solidaridad intergeneracional y, en particular, la posición del cónyuge sobreviviente en la sucesión. Si se quiere otorgar un mayor peso a la libertad de testar del causante se podrían simplemente reducir las cuotas de las legítimas.

A mi modo de ver puede ser muestra de la adaptación del sistema legitimario a la realidad social la Ley 2/2006, de 14 de Junio de Derecho Civil de Galicia, y en concreto su Capítulo V (arts. 238 a 266).

En primer lugar, sólo resultan legitimarios los hijos y descendientes (de hijos premuertos justamente desheredados o indignos) y el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho; eliminando el carácter legitimario a los padres o ascendientes.

La cuantía de la legítima de los hijos y descendientes se limita a una cuarta parte del valor del haber hereditario líquido. En consecuencia se reduce y limita la legítima desde los dos tercios a una sola cuarta parte de la herencia. Aunque se sigue manteniendo el carácter intangible de la legítima, conforme a lo que establece su artículo 241. A pesar de este carácter, como la legítima es solo de un cuarto, resulta especialmente interesante la posibilidad de otorgar testamento bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

El pago de la legítima se detalla en los artículos 249, 250 y 251, estableciéndose que el legitimario no tiene acción real y se considera, a todos los efectos, como un acreedor fijándose el plazo de un año para el pago de la legítima y respecto a la acción de reclamación de legítima y reducción de disposiciones inoficiosas prescribirán a los quince años del fallecimiento del causante.

La legítima del cónyuge viudo se cuantifica en el usufructo de una cuarta parte del haber hereditario líquido si concurre con algún descendiente. En caso contrario, tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital. También se favorece

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

---

la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre la vivienda habitual, el local donde ejerza su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo. Este derecho del viudo es preferente a la facultad de conmutación que tienen los herederos.

Por todo lo expuesto, a mi juicio se debería reformar el Código Civil en la materia legitimaria. En consecuencia, considero que sería necesario simplemente reducir la cuantía de esta legítima anclada en la tradición histórica española, atendiendo a que ya existen regulaciones en el Derecho de Estados europeos y sin ir más lejos a ordenamientos de las propias Comunidades Autónomas como es el caso anteriormente comentado de Galicia.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

---

- Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida; Elementos de Derecho Civil, V: Derecho de sucesiones. Ed. José María Bosh Editor, S.A. Barcelona 1992.
  
- Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.); Derecho de Sucesiones, práctica jurídica, Ed. Tecnos. Madrid, 2009.
  
- Lasarte Carlos; Derecho de sucesiones: Principios de Derecho Civil VII. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2005.
  
- Bercovitz Rodríguez-Cano. R. (coord.); Comentarios al Código Civil, Ed. Aranzadi-Thomson-Reuters. Navarra, 2009.
  
- Bercovitz Rodríguez-Cano. R. (coord.); Manual de Derecho Civil: Derecho de familia. Ed. Bercal S.A. Madrid, 2012.
  
- Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida; Elementos de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia. Ed. Dykinson. Madrid, 2008.
  
- De Pablo Contreras (coord.); Curso de Derecho Civil (I): Derecho de la persona. Ed. Colex. Madrid, 2008
  
- Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto; Derecho Internacional Privado, Ed. Civitas. Madrid, 2009.
  
- Aparicio González, M<sup>a</sup> Luisa (coord.); Curso de Derecho Mercantil. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2009.



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

---

- Muñoz García, Carmen; La Colación como operación previa a la partición: distinción de otras figuras afines a la misma. Ed. Aranzadi, 1998.
  
- Maside Miraneta, José Enrique; La legítima del cónyuge superviviente. Ed. Centro de estudios Hipotecarios, D.L. Madrid, 1989.
  
- Sánchez Calero, Fernando; Principios de Derecho Mercantil. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra, 2012.
  
- Ribas-Alba José María; La desheredación injustificada en el Derecho Romano: querrela inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico. Ed. Comares, 1998.
  
- García-Bernardo Landeta, Alfredo; La legítima en el Código Civil. Ed. Consejo General del Notariado. Madrid , 2006.
  
- Barrón Arniches, Paloma de; El pacto de renuncia a la legítima futura. Ed. Cedecs. Barcelona, 2001.
  
- Daza Martínez, Jesús; Instituciones de Derecho Privado Romano Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
  
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Comentario al artículo 819 del Código Civil”. Ed. Aranzadi, S.A., Enero de 2009.
  
- Fernández Barreiro, Alejandro; Libertad testamentaria y sistema de legítimas: Un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana. AFDUDC, nº 10, 2006, págs.279-302.

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

---

- Suárez Blázquez, Guillermo; Derecho de legítimas en Las Partidas. Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, , Nº. 1, 2002, págs. 501-526
  
- Parra Lucán, María Angeles; Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDUDC, nº 13, 2009, págs. 481-554.
  
- Moreu Ballonga, José Luis; Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal. Revista de derecho civil aragonés, Año nº 3, Nº 1, 1997, págs. 9-64.
  
- Fernández Campos, Juan Antonio; “La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil”. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Nº16, 1998, págs. 53-73.