



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

**DERECHO DE
SUCESIONES**

Presentado por:

Antía Rego Villares.

Tutor: Prof. Dr. Joaquín Vara
Parra.

Grado en Derecho

Año 2012/2013

A modo de introducción general: unas palabras previas.

He escogido este tema, el Derecho de sucesiones, como tema del trabajo de fin de grado, puesto que me inclino más por la vertiente privada del Derecho, y porque, precisamente, estando en Galicia, creo que es un tema interesante teniendo en cuenta que nos encontramos en una de las Comunidades Autónomas en donde se producen más controversias en relación con la sucesión.

A lo largo de las siguientes páginas, trataremos de resolver las cuestiones jurídicas que se plantean en el presente supuesto de hecho, así como también, analizaré tanto la oportunidad histórica, como la oportunidad del mantenimiento de las legítimas en la realidad actual.

A través del supuesto, y de la cuestión teórica que se nos presentan como objeto del trabajo, se tratarán múltiples cuestiones relacionadas con el Derecho de sucesiones: el testamento y sus requisitos, la colación, la legítima, la sucesión en el *ius delationis*, la sucesión intestada, el retracto de coherederos, etc. Y, además, también se estudiarán cuestiones relacionadas con otros ámbitos del Derecho, como pueden ser el Derecho internacional privado, o el Derecho mercantil. Todas estas cuestiones, permiten demostrarnos la complejidad del Derecho sucesorio, y la diversidad regulativa existente en nuestro país sobre la materia.

Listado de abreviaturas.

a.C.	Antes de Cristo.
Art.	Artículo.
AP	Audiencia Provincial.
C.A.	Comunidad Autónoma.
CE	Constitución Española de 1978.
Cc.	Código civil Español de 1889.
CdC.	Código de Comercio Español de 1885.
C DFA	Código de Derecho Foral aragonés.
d.C.	Después de Cristo.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DIPr.	Derecho internacional privado.
EE.MM.	Estados Miembro.
LDCG	Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
S.L.	Sociedad Limitada.
Ss.	Siguientes.
Sta.	Sentencia.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.
U.E.	Unión Europea.

ÍNDICE

Primera parte. La identificación, descripción y resolución de las cuestiones jurídicas presentes en el supuesto de hecho planteado.

I. ANTECEDENTES..... 8

II. LA INTERNACIONALIDAD DEL SUPUESTO: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

1. Aspectos propios de Derecho internacional privado: Derecho aplicable a la sucesión internacional.10

2. Cuestiones de Derecho interregional: el criterio de la vecindad civil.12

III. CONSIDERACIONES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

1. El régimen económico matrimonial.

1.1. Aspectos generales.13

1.2. La sociedad de gananciales.13

1.3. Disolución de la sociedad de gananciales.14

2. Disposiciones patrimoniales sobre bienes del matrimonio.15

3. Los derechos sucesorios del cónyuge supérstite.15

IV. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA FILACIÓN DE LOS HIJOS.

1. Consideraciones generales.17

2. La igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales...... 17

V. INSTITUCIONES SUCESORIAS: LA COLACIÓN.

1. Concepto y objeto...... 18

2. La valoración del bien donado...... 19

3. Dispensa y revocabilidad.

3.1. La dispensa.21

3.2. La revocabilidad de la dispensa.23

VI. EL TESTAMENTO OTORGADO EN EL AÑO 2005.

1. Cuestiones introductorias.

- 1.1. Concepto y naturaleza jurídica del testamento.26
- 1.2. El testamento notarial.26

2. La determinación de las legítimas.

- 2.1. Concepto y atribución.....27
- 2.2. La legítima de los hijos y del cónyuge viudo.28

3. Cálculo de la legítima.

- 3.1. Aspectos generales.31
- 3.2. La imputación de donaciones y legados.33
- 3.3. Lesión de la legítima y preterición.
 - 3.3.1. Aspectos lesivos de la legítima de los descendientes.35
 - 3.3.2. La preterición de los herederos.36

4. Instituciones de heredero y legatario.

- 4.1. Precisión de las categorías.38
- 4.2. La institución de heredero *ex re certa*.39
- 4.3. Los legados.
 - 4.3.1. El legado de cosa específica y determinada.40
 - 4.3.2. El legado de bienes gananciales: la sucesión en la empresa.40

5. Los derechos de crédito nacidos de juegos de azar.

- 5.1. Aspectos generales.45
- 5.2. Consecuencias de la ilegalidad del juego.47

VII. LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA OTORGADA EN EL AÑO 2012.

1. Consideraciones generales sobre el testamento.

- 1.1. El testamento otorgado en peligro de muerte.51
- 1.2. Requisitos de validez.51

2. La ineficacia general de los testamentos.

- 2.1. Aspectos generales.55
 - 2.2. La revocación.56
 - 2.3. La nulidad.
 - 2.3.1. *Causas de nulidad*.....56
 - 2.3.2. *La capacidad para testar mediando enfermedad física grave.*56
 - 2.3.3. *Los vicios del consentimiento.*58
 - 2.3.4. *Forma no admitida e infracción de las solemnidades esenciales.* ...60
 - 2.4. Los efectos de la nulidad del testamento.61
- 3. Sobre la preterición de un descendiente**..... 62

VIII. LA SUCESIÓN EN EL *IUS DELATIONIS*.

1. Consideraciones respecto al *ius transmissionis*.

- 1.1. Aspectos generales.62
- 1.2. Fundamentos.64

2. Cuestiones de capacidad. 64

3. Cuestiones de plazo. 65

IX. OTRAS PROBLEMÁTICAS SUSCITADAS EN EL CASO.

1. La sucesión intestada. 65

2. La compraventa internacional de bienes. 68

3. El retracto de coherederos..... 69

X. CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE..... 72

Segunda parte. Oportunidad histórica del sistema de legítimas y la conveniencia de mantenerlo en el actual Ordenamiento jurídico español.

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO DE LEGÍTIMA.	75
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGÍTIMA.	
1. La legítima en Derecho romano.	76
2. La legítima en Las Partidas.	82
III. ACTUALIDAD JURÍDICA Y LEGÍTIMAS.	
1. Regulación actual.	83
2. Oportunidad de sostenerlas.	87
IV. CONCLUSIONES.	92
 BIBLIOGRAFÍA	 94

Primera parte. La identificación, descripción y resolución de las cuestiones jurídicas presentes en el supuesto de hecho planteado.

I. ANTECEDENTES.

D. Benicio Fabricio Santos, primer causante que aparece en el supuesto, nace en Ourense en 1956 y se traslada a Madrid en 1983, y es propietario de un bien situado en Ginebra. Por este motivo, habrá que determinar ante qué tipo de sucesión estamos y cual es la Ley aplicable a la misma. Para ello, se determinará su nacionalidad y su vecindad civil.

D. Benicio Fabricio Santos y Dña. Matilde Ártabra Araprietos, ambos orensanos, se casan en 1976. Este aspecto es relevante porque la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio determinará el régimen económico patrimonial del mismo, en defecto de declaración expresa en algún sentido, y porque los derechos del cónyuge superviviente, en virtud del art.9.8 del Código Civil (en adelante léase Cc.), se rigen por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio.

Fruto de la relación de D. Benicio y Dña. Matilde nacen dos hijos, Maita, en 1978 y Feliciano, en 1980. En 1982, fruto de una relación extramatrimonial de D. Benicio, nace Aureliana, aceptada siempre como una hija más en la familia. Este último hecho podría plantear algún problema, al ser Aureliana tan solo hija consanguínea de D. Benicio, por lo tanto, habrá que examinar si esto tiene algún efecto en la sucesión hereditaria que se plantea.

En 1990 Maita recibe de sus padres una donación en escritura pública (en la que consta que la donación se considera no colacionable), que consiste en una finca en la sierra madrileña con una casa habitable. En ese momento, en el de la donación, el valor de la finca con la casa era de 70.000 euros. Sin embargo, la casa fue reformada, invirtiendo la donataria 30.000 euros y, además, la zona sufrió una revalorización como consecuencia de una nueva red de comunicaciones, por lo que la finca tiene, hoy en día, un valor de 150.000 euros.

En 2005, en el primer testamento que realiza D. Benicio, se indica que la donación hecha a Maita se considera colacionable y que, por tanto, su legítima se considera ya satisfecha. Respecto a este punto hay que analizar dos aspectos. En primer lugar, el carácter colacionable o no de la donación y la posibilidad de revocación de la colación. Y, en segundo lugar, si se establece que es colacionable, el valor que se ha de computar a la hora de hacer la colación, pues como se ha puesto de manifiesto, el valor de la donación sufre una sustancial variación desde el momento en que tiene lugar hasta el día de hoy. También se ha de tener en cuenta que la donación no es solo de D. Benicio, sino que también de Dña. Matilde.

En 2005, otorga D. Benicio testamento. En él dispone que lega a Aureliana la empresa, que Maita ya ve satisfecha su legítima con la donación de 1990, y que le otorga a Feliciano, 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 euros que tenía el causante, frente a un ciudadano norteamericano, que perdió jugando al póquer con D. Benicio en una de sus cafeterías. Por lo que respecta a su esposa, no dice nada.

Por lo que se refiere a este primer testamento hay que estudiar, primeramente, el tipo de testamento que se otorga y sus características. Determinar las legítimas y mejora que le corresponden, en general, tanto a los hijos, como a la viuda (legítima de usufructo viudal), y ver si se cumplen por parte de este testamento. A continuación, habrá que analizar las instituciones de heredero (*ex re certa*) y legatario que aparecen en la disposición *mortis causa*, y en ese marco, estudiar la sucesión de la empresa a través de la institución del legado y su posible inoficiosidad. Y, por último, se analizará la sucesión en un derecho de crédito internacional procedente de un juego que se desarrolla en un lugar no autorizado.

Si fuese válido este primer testamento, por no tener ningún efecto el segundo, habría que dirimir a quien pertenece el dinero en cuenta corriente de titularidad conjunta con Dña. Matilde, pues no se le transmite expresamente a ninguno de los hijos.

En agosto de 2012, D. Benicio contrae una grave enfermedad y pocas horas antes de morir, dicta un nuevo testamento ante Maita, Matilde, Feliciano y dos vecinos mayores de edad. En esta nueva disposición deja todos sus bienes a Maita y Feliciano, y el usufructo de los bienes hereditarios a su esposa. No es mencionada, en cambio, Aureliana, a la que en el anterior testamento se le legaba la empresa (bien con más valor de toda la herencia). La cuestión que se plantea ante este hecho, es el tipo de testamento ante el que nos encontramos y su validez. Habrá que determinar si es un testamento en peligro de muerte y, en consecuencia, examinar sus requisitos y compararlos con los del testamento otorgado, así como averiguar los efectos que tendría su validez, o invalidez, frente al anterior testamento de 2005. Asimismo, por lo que se refiere a este testamento, se analizará la capacidad de testar de D. Benicio en el momento de otorgarlo, así como los vicios del consentimiento que se pudieran haber dado a la hora de testar.

Cinco meses después del fallecimiento de su padre, fallece Feliciano en un accidente de tráfico, cuando en ese instante, ninguno de los instituidos en la herencia de D. Benicio había manifestado aun su voluntad de aceptación o repudiación de la misma. La herencia estaba yacente, entonces, aquí se plantea la duda de qué institución aparece en relación con la herencia no aceptada por Feliciano, ¿qué pasará con esos bienes?.

Feliciano fallece sin haber otorgado testamento, y estaba soltero y sin descendencia. Entonces, habrá que determinar el destino de sus bienes utilizando la sucesión legal, la sucesión *ab intestato*. Y al establecer quién o quiénes son sus sucesores, también se determinará, por tanto, a quien pertenece el *ius delationis* en la herencia de D. Benicio.

Con posterioridad al fallecimiento de Feliciano, su madre, Dña. Matilde, vendió, a una constructora inglesa, el piso radicado en Ginebra por 300.000 euros, y cedió el crédito de la partida de póquer a una sociedad a cambio de 25.000 euros. En este sentido, se observará si tiene potestad para realizar estas ventas y cesiones y, además, se analizará el régimen de la compraventa internacional: a quién correspondería la

competencia judicial internacional en caso de conflicto y cuál sería la Ley aplicable al mismo.

Dña. Matilde, a los cuarenta y cinco días de haber realizado dichas transmisiones, entrega a sus hijas copias de las escrituras de transmisión, aunque consta que Maita ya tenía conocimiento de los hechos el mismo día en que se produjeron. En último lugar, entonces, se razonará sobre el derecho de retracto de coherederos y se determinará su procedencia en este concreto supuesto, y en su caso, sobre el plazo para ejercitar el mismo.

II. LA INTERNACIONALIDAD DEL SUPUESTO: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

1. Aspectos propios de Derecho internacional privado: Derecho aplicable a la sucesión internacional.

Para la determinación de la Ley aplicable a la sucesión, es importante identificar si la sucesión puede ser calificada de internacional, o interregional. Actualmente, la solución a la cuestión de la Ley aplicable a las sucesiones internacionales viene determinada por el art. 9.8 Cc. No obstante, existe un Reglamento comunitario sobre sucesiones y testamentos, que será aplicable en un futuro próximo¹.

Las situaciones privadas internacionales se definen por la presencia de un elemento extranjero o internacional, que puede ser tanto un elemento personal o subjetivo (referido a las partes de una relación jurídica), como un elemento objetivo. En el presente supuesto se nos presenta una sucesión con elemento de internacional, dado que uno de los bienes inmuebles objeto de sucesión está radicado en Ginebra (se trata de un elemento objetivo de la relación jurídica al referirse a la situación de un bien inmueble). Sin embargo, que un bien esté situado fuera del territorio nacional del que es nacional el causante, no plantea ningún problema a la hora de determinar el Derecho aplicable a la sucesión².

La regulación de la Ley aplicable a la sucesión internacional ha sido una cuestión cambiante en la historia del Derecho internacional privado (en adelante léase

¹ Se trata del Reglamento nº 650/2012. Este texto normativo pretende uniformizar, tanto las normas de competencia judicial internacional, como las normas de conflicto y reconocimiento de decisiones entre los Estados Miembro (en adelante léase EE.MM). En materia de Derecho aplicable, introduce un criterio general que designa, como aplicable, al Derecho del Estado en el que el causante tuviese su última residencia habitual al tiempo de fallecer. No obstante, el presente Reglamento también introduce la *professio iuris*, posibilitando la elección del Derecho aplicable, por parte del testador, entre el Derecho de su última residencia habitual y el de su nacionalidad. Se trata, por tanto, de una elección de Derecho limitada.

La aplicación de las disposiciones reglamentarias (a partir del 17/08/2015), entre otras cuestiones, planteará la oportunidad, conveniencia y alcance de sostener el art. 9.8 Cc. para la determinación del Derecho aplicable a las sucesiones interregionales. Así como también, será necesario deslindar los ámbitos de aplicación del Reglamento, de una parte, y del art. 9.8 Cc., de otra.

² Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, 6ªed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 22.

DIPr.), ello se debe a que la sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico regulado de forma heterogénea por los diferentes Ordenamientos jurídicos. Esta divergencia material de reglamentación se debe tanto al desigual desarrollo político, económico y social de los Estados, como a la diferente tradición histórica en la concepción de la herencia y en la concepción de la sucesión *mortis causa*³. La distinta regulación del Derecho de sucesiones en los distintos Ordenamientos jurídicos ha condicionado las soluciones de DIPr., y siguiendo un orden histórico-doctrinal, se puede decir, que son dos los sistemas propuestos y aceptados por las distintas legislaciones internas en relación con los criterios de selección del punto de conexión en materia sucesoria: el sistema escisionista y el sistema unitario⁴. En el primero, el patrimonio es el centro de la sucesión, no es importante la figura del causante, sino que es la situación del bien la que determinará la Ley aplicable a la sucesión en el mismo, es decir, que si por ejemplo, un bien está situado en Francia, la Ley aplicable a la sucesión de ese bien, será el Derecho francés. En cambio, en el segundo, el causante es el centro de la sucesión⁵.

En España se opta por este último sistema, el unitario, al establecer el art. 9.8 Cc. que “la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento [...]”⁶. Este sistema está presidido por los principios de universalidad y unidad sucesoria. La universalidad hace referencia a que la sucesión abarca un conjunto de cosas en su totalidad, con independencia de los elementos singulares que la integran. Por ello, tratándose de la herencia, este principio comprende el conjunto de bienes, derechos, acciones, obligaciones y responsabilidades del causante. Y por su parte, la unidad implica un tratamiento jurídico unitario de la sucesión, cualquiera que sea el lugar donde estén situados los bienes. Se puede observar como el Ordenamiento jurídico español, a través del art. 9.8 Cc. parte de la idea de que el epicentro de la sucesión es la persona fallecida y no sus bienes, que pueden hallarse dispersos por varios Estados.

En definitiva, para determinar la Ley aplicable hay que acudir al art.9.8 Cc., que dispone que “la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma

³ Vid. www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_2/6.pdf (15.11.12)

⁴ *Ibid.*

⁵ Los Ordenamientos jurídicos que siguen la concepción romana de la herencia ven en la sucesión *mortis causa* la subrogación en la persona del causante, basada en la idea mística de Justiniano de que el fallecido y su heredero eran, en cierto sentido, una misma persona: el heredero continuaba la personalidad del fallecido. Y el efecto jurídico que produce esto, desde un punto de vista de DIPr., es la aplicación de una sola Ley reguladora de la sucesión y de la cuantía de los derechos sucesorios, prescindiendo de la naturaleza de los bienes y su ubicación.

⁶ El art. 9.8 Cc. se basa en la directriz de la “soberanía”, pues la Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento persigue a los nacionales españoles, con independencia, por un lado, de la naturaleza de los bienes y del lugar donde estén situados y, por otro lado, del último domicilio del causante. Este punto de conexión obedece a la *ratio* de que el Estado español ejerce su soberanía sobre sus nacionales allá donde se hallen o habiten.

Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”. En virtud de este precepto, se puede deducir, con claridad, que la Ley aplicable a la sucesión de D. Benicio será la española, pues es su Ley nacional en el momento de su fallecimiento. Y, por todo esto, se puede afirmar que la situación de un bien en Ginebra no altera la Ley aplicable a la sucesión.

2. Cuestiones de Derecho interregional: el criterio de la vecindad civil.

Una vez determinada la Ley aplicable, entra en juego la duda de qué concreto Derecho sucesorio es el aplicable dentro de los distintos Ordenamientos jurídicos que coexisten en España. Y ello, debido a que España se configura como un Estado plurilegislativo, que goza de varias regulaciones, en este caso, de varias leyes civiles que conviven con el Derecho previsto en el Código civil. En el supuesto entrarían en juego dos posibles Leyes aplicables, la gallega y la madrileña, pues es en las dos Comunidades Autónomas (CC.AA.) en las que desarrolla su vida D. Benicio y, por tanto, las dos vecindades civiles que tuvo.

El art. 16.1 Cc. resuelve esta cuestión indicando que “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 capítulo IV con las siguientes particularidades: será Ley personal la determinada por la vecindad civil; y no será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público”. Por su parte, el art. 14.1 Cc., enmarcado dentro del Capítulo que lleva por título “ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”, dice que “la sujeción al Derecho civil común o al especial, o foral, se determina por la vecindad civil”. La Ley sucesoria será, entonces, la de la vecindad civil del causante en el momento de su muerte.

El siguiente paso será entonces determinar la vecindad civil de D. Benicio en el momento de su muerte, y para ello, es preciso acudir al art. 14.5 Cc., que es el encargado de señalar cómo se adquiere la vecindad civil, indicando dos vías: por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste esa su voluntad; o bien, por la residencia continuada durante diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo. Teniendo en cuenta que el causante fallece en 2012, reside en Madrid desde 1983 y no consta que exista tal declaración en contrario, puede afirmarse que D. Benicio goza de la vecindad civil madrileña ya desde 1993, cuando se considera perdida la vecindad civil gallega. A la vecindad civil de Madrid le es aplicable el Derecho del Código civil, así que como regla general, se acudirá a él para resolver las cuestiones sucesorias que se plantean en relación con la muerte del mismo⁷.

⁷ Vid. TORRES GARCÍA, TEODORA F. (coordinadora), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 153-164.

III. CONSIDERACIONES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

1. El régimen económico matrimonial.

1.1. Aspectos generales.

Recibe la denominación de régimen económico matrimonial la disciplina jurídica de la economía del matrimonio, y es, por tanto, el conjunto de reglas que se encargan de determinar los efectos patrimoniales del mismo.

El art. 1315 Cc. sienta el principio de plena libertad de elección del régimen económico-matrimonial, por lo que los cónyuges serán libres a la hora de elegir su régimen económico matrimonial, tanto antes, como después de su celebración. Si los cónyuges no efectuaren dicha elección, entraría en juego el régimen legal supletorio del art. 1316 Cc.⁸. Este precepto establece que cuando nada se disponga por parte de los interesados será aplicable (en donde rige el Derecho del Código civil), el régimen de gananciales. No obstante, en el presente caso, hay que acudir a la Ley Civil gallega para determinar el régimen económico aplicable al matrimonio, en virtud del art. 9.2 Cc., que establece que los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, puesto que cuando se celebró ambos poseían aun la vecindad civil gallega, por razón de su nacimiento en Ourense. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (léase LDCG en adelante), en su art. 171 también opta por la misma solución que el Código civil, disponiendo que “el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales”.

1.2. La sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales produce el surgimiento entre los cónyuges de un patrimonio común, legalmente determinado, los bienes gananciales, que coexiste con los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges. El art. 1344 Cc. establece que “mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”. Por las ganancias o beneficios, a que se refiere esta disposición, debe entenderse aquello que obtienen los cónyuges con su trabajo, o los frutos o intereses que derivan de sus bienes privativos, como fuentes esenciales de ganancialidad, y estos bienes se consideran gananciales desde el momento en que son adquiridos, o percibidos. El comienzo de esta sociedad tiene lugar en el momento de celebrar el matrimonio, o bien al tiempo de pactarse así en capitulaciones, y a partir de ese momento, las ganancias o beneficios a que se refiere el artículo mencionado anteriormente, empezarán a computarse gananciales, siendo privativos todos los bienes y derechos que le pertenecieran al cónyuge antes de comenzar la sociedad. En relación con los bienes que se consideran comunes, el art. 1347 Cc. dispone que tendrán dicha naturaleza: los obtenidos por el trabajo, o la industria, de cualquiera de los cónyuges, los frutos, rentas, o intereses, que produzcan, tanto los bienes privativos, como los

⁸ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 2ª ed., Bercal, Madrid, 2007, p. 117.

gananciales, los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, y las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad, por uno cualquiera de los cónyuges, a expensas de los bienes comunes.

En vista de la enumeración parece que todos los bienes, que deja a sus sucesores D. Benicio, son gananciales, pues no consta que ninguno de ellos se tuviera antes del comienzo de la sociedad de gananciales por el causante, o fuera adquirido a título lucrativo. Así como tampoco tiene lugar ninguno de los supuestos previstos en el art. 1346 Cc., encargado de regular qué bienes se consideran privativos⁹.

Cabe hacer una especial referencia a la empresa, que si bien se funda solamente por D. Benicio, lo frecuente es que ambos cónyuges contribuyan a la fundación de la misma, constituyéndose ésta después del matrimonio. Por tanto, al no constar que se haya creado a expensas de los bienes privativos de D. Benicio, se presumirá que es ganancial.

1.3. Disolución de la sociedad de gananciales.

El Código civil contempla en sus arts. 1392 y 1393 las causas de disolución del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales. El primero de ellos señala las causas que producen el efecto de la disolución automática de la sociedad, y el segundo contempla otro grupo de causas que permiten a uno de los cónyuges instar judicialmente la disolución, pero no operan de modo automático. Una de las causas automáticas, que es la que produce la disolución de la sociedad de gananciales de D. Benicio y Dña. Matilde, es la de la disolución del matrimonio. Por su parte, el art. 85 Cc. establece cuando tiene lugar la disolución de éste, y dicta que se disuelve por la muerte, o la declaración de fallecimiento, de uno de los cónyuges, y por el divorcio. Por tanto, la muerte de D. Benicio es la que provoca la disolución de la sociedad de gananciales. Una vez que se disuelve la sociedad, tiene lugar la liquidación de la misma, y cuando esté constituido el haber de la sociedad de gananciales, se dividirá por mitad entre los cónyuges, o sus respectivos herederos (art. 1404 Cc.)¹⁰.

⁹ Establece el art. 1346 Cc. que son privativos de cada uno de los cónyuges: “los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad, los que adquiriera después por título gratuito, los adquiridos a costa, o en sustitución, de bienes privativos, los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges, los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona, y los no transmisibles inter vivos, el resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges, o a sus bienes privativos, las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante, o pertenencias, de un establecimiento, o explotación, de carácter común”. Y apunta que “los bienes mencionados en los apartados 4 y 8 no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes, pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho”.

¹⁰ La liquidación es el conjunto de operaciones que tiene lugar después de la disolución, y se dirige a la concreción del haber partible entre los cónyuges, y a la división entre ambos de los bienes del matrimonio.

Es por ello que, a pesar de que en el supuesto se dice que “constan en su patrimonio” determinados bienes, habrá de entenderse que éstos pertenecen por mitades a ambos cónyuges, y, por tanto, la mitad de todos los bienes que constan en la herencia pertenecen a Dña. Matilde. En este sentido, procede hacer alusión a la disposición *mortis causa* de los bienes gananciales.

2. Disposiciones patrimoniales sobre bienes del matrimonio.

Al ser el testamento un acto personalísimo, las disposiciones sobre los bienes gananciales no requieren el consentimiento del otro cónyuge. A tal efecto, el Código civil distingue entre la disposición por testamento de la mitad de los bienes gananciales, o la disposición de un bien ganancial determinado. Para el primer caso, dispone el art. 1379 Cc. que “cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales”. Esta última frase debe entenderse referida no a la posibilidad de que cada cónyuge pueda disponer *mortis causa* de la mitad de los bienes gananciales existentes en la comunidad, referida a los mismos bienes, sino de su parte en la comunidad ganancial, que es aquélla que le corresponda en la liquidación de la sociedad una vez disuelta.

Y respecto a la disposición *mortis causa* de un bien ganancial determinado, el art. 1380 Cc. recoge lo que se denomina “legado de cosa ganancial”: “la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento”¹¹. El legado de bien ganancial se hace, por tanto, con cargo a la participación del testador en la comunidad, por lo que sus herederos vendrán obligados, siempre que sea posible, a facilitar que el bien legado entre dentro de la cuota ganancial del causante. Si ello no fuera posible, por ejemplo, porque el bien legado excediese del valor de su cuota de participación, se entenderá legado el valor que tuviere la cosa al tiempo del fallecimiento, pudiendo, en su caso, ser objeto de reducción en cuanto perjudique las legítimas¹².

3. Los derechos sucesorios del cónyuge supérstite.

Respecto a los derechos del cónyuge supérstite, el inciso final del art. 9.8 Cc. plantea algunos problemas de interpretación. Este inciso dispone que, los derechos que se atribuyan al cónyuge supérstite se rigen por la misma Ley que regula los efectos del matrimonio, dejando a salvo las legítimas de los descendientes, pero no hace ningún tipo de aclaración de a qué derechos se refiere.

Lo que se deba entender por estos derechos despertó una cierta controversia sobre si éstos se referían exclusivamente a los beneficios de naturaleza familiar, o abarcaban también a los derechos sucesorios de cualquier tipo, con evidente inclusión de la legítima si así venía dispuesto por la Ley. La Dirección General de los Registros y del Notariado (léase en adelante DGRN), en sus Resoluciones de 11 de marzo de 2003 y

¹¹ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 2ª ed., Bercal, Madrid, 2007, p. 117.

¹² *Ibid.*

de 18 de junio de 2003, se decantó por la primera postura¹³. La DGRN entiende que en la interpretación del art. 9.8 del Cc., caben dos posiciones: considerar que los efectos del matrimonio incluyen el régimen económico matrimonial establecido al iniciarse la relación matrimonial, o que, como en el Derecho español el régimen es mutable, el legislador se refiere exclusivamente a los derechos ligados al matrimonio, de carácter familiar, que puedan integrarse en la sucesión, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que rijan las relaciones patrimoniales entre los esposos. Tras plantear los complejos argumentos a favor de una u otra opción, se inclina por la segunda ya que, “[...] siendo esencial para la seguridad jurídica la uniformización de las soluciones a adoptar en las relaciones jurídicas complejas sucesorias, cuando intervienen en las mismas elementos personales que se rigen por diversas leyes, debe regir el principio de unidad en la Ley sucesoria, en la globalidad de sus relaciones, cualquiera que sea la singularidad de los elementos personales que la integren, y sin más excepciones que las derivadas de la concurrencia de otros estatutos preferentes, por lo que los derechos del cónyuge se regirán por la Ley sucesoria del causante, debiendo ser interpretada la remisión a la Ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial [...]”¹⁴.

Si la legítima del cónyuge viudo estuviese incluida dentro de esos derechos, ésta habría de regirse por la LDCG. La legítima viudal, en Galicia, en consonancia con la tendencia general de reducción de las legítimas en el Derecho sucesorio gallego, se reduce en su cuantía, de forma que al viudo, si concurre con descendientes, le corresponde el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario (art. 253 LDCG). Se aparta así de lo dispuesto en el art. 834 Cc., que atribuye al viudo que concurre con hijos, o descendientes, el usufructo sobre un tercio de la herencia. Sin embargo, como la DGRN estableció que solo algunos derechos sucesorios estaban incluidos dentro de los derechos a que se refiere el art. 9.2 Cc., la legítima de Dña. Matilde se regirá por el Código civil, perteneciéndole el usufructo sobre un tercio de la herencia, al concurrir con descendientes¹⁵.

¹³ Cf. TORRES GARCÍA, TEODORA F., *op. cit.*, pp. 187-189.

¹⁴ La utilización de puntos de conexión diferentes para la determinación de la Ley sucesoria y de la que regule la liquidación del régimen económico-matrimonial, puede llevar a soluciones injustas de privación o acumulación de derechos para el viudo. Concretamente, y hasta la modificación del Título Preliminar del Código civil por la reforma de 1973-1974, se ponía como ejemplo prototípico de ello el caso de un matrimonio sometido al Código civil en cuanto a su régimen económico en el que, posteriormente, los cónyuges adquirían vecindad aragonesa. En tal caso, la sucesión se regía por la legislación aragonesa que ningún derecho sucesorio reconocería al viudo, mientras que a la disolución del régimen matrimonial se le aplicaría el Derecho común, y la viuda tampoco tendría el derecho de viudedad aragonesa. El Derecho de familia y el Derecho sucesorio son conceptos distintos, pero tan íntimamente ligados, que las soluciones en uno están dictadas teniendo en cuenta las del otro, y constituyen un todo armónico, de tal forma que es imprescindible sea una misma Ley la que los regule, porque si no, ese concierto se destruye, y desemboca en soluciones inesperadas, como la del ejemplo anterior. Cf. TORRES GARCÍA, TEODORA F., *op. cit.*, pp. 187-189.

¹⁵ Vid. CARBALLO FIDALGO, MARTA, “La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, 2009, pp. 139-164.

IV. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS.

1. Consideraciones generales.

Interesa el tema de la filiación por el hecho de que Aureliana, una de las hijas del causante, es tan solo hija del mismo y no del matrimonio, por tanto, habrá que analizar si esto tendrá algún efecto perjudicial para la misma a la hora de suceder a su padre.

El art. 39 de la Constitución Española (en adelante léase CE), en su punto segundo, señala que “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil”. En lo que respecta a la igualdad de los hijos ante la Ley, esta igualdad ha sido entendida por la jurisprudencia como el otorgamiento de idéntico tratamiento a los hijos matrimoniales y no matrimoniales, en todos los aspectos (personales y sucesorios)¹⁶.

Con la promulgación de la CE se produce un cambio radical en el Ordenamiento jurídico. La transformación social afecta de manera preferente a la familia, de ahí que los legisladores constituyentes establecieran los principios básicos y más importantes que debían inspirar un nuevo Derecho, que estuviera más en consonancia con la realidad española. La mayoría de la doctrina coincidía en la necesidad de modificar el contenido del Código civil en materia de filiación, sin embargo, no había acuerdo general en los criterios a seguir. Por un lado, se encontraba un sector que defendía la igualdad de derechos para todos los hijos, y por otro, estaban aquellos autores que propugnaban la supresión de los aspectos más restrictivos de la ilegitimidad y ampliar de algún modo, los derechos de los hijos entonces llamados “ilegítimos” (se trataba de suprimir cualquier referencia a su origen, pero sin atribuir los mismos derechos que tenían los hijos legítimos)¹⁷. La principal novedad, que introdujo la reforma de 1981 del Código civil, fue la unificación de los hijos “ilegítimos” y, por consiguiente, la desaparición de la jerarquía de ilegitimidades. Ahora ya no hay hijos naturales, ni hijos ilegítimos no naturales, pues ambas categorías han quedado subsumidas bajo la denominación de hijo no matrimonial.

2. La igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

El principio de igualdad de todos los hijos ante la Ley no representa un obstáculo para que se mantenga la diversidad de clases de filiación. Como indica Albaladejo, “todos los hijos tienen los mismos derechos, y la filiación, cualquiera que sea su clase, produce los mismos efectos, pero la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales obedece a la naturaleza de las cosas, y la diferencia procede de los hechos, y no de un trato legal discriminatorio”¹⁸.

La clasificación fundamental de la filiación viene establecida en el art. 108.1 Cc.: “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por

¹⁶ La jurisprudencia reconoce esa igualdad de los hijos independientemente de su filiación, así, por ejemplo, las SSTS de 31 de julio de 2007, Sala 1ª, y de 18 de septiembre de 2007, Sala 1ª.

¹⁷ Cf. FÉRNANDEZ GONZÁLEZ, Mª BEGOÑA, *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 34-39.

¹⁸ En otras palabras, hay clases de filiación por los distintos procedimientos que se siguen para su determinación, pero no hay clases de hijos, porque todos los hijos son iguales. *Vid.* ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho civil IV*, Barcelona, 1996, p. 214.

naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”. Se deduce, a *sensu contrario*, que será no matrimonial si el padre y la madre no están casados entre ellos en el momento del nacimiento¹⁹. Está claro, entonces, que Aureliana tiene filiación extramatrimonial al ser concebida por dos personas que no estaban casadas.

Por todo esto, y teniendo en cuenta que la sucesión que se dirime es la del padre, y no la de Dña. Matilde, Aureliana tendrá los mismos derechos que sus dos hermanos, y no podrá ser perjudicada, en ningún sentido, por el hecho de que Maita y Feliciano hayan nacido dentro del matrimonio de D. Benicio, y ella no.

V. INSTITUCIONES SUCESORIAS: LA COLACIÓN.

1. Concepto y objeto.

La colación hereditaria es la operación particional consistente en agregar al caudal partible entre los legitimarios instituidos herederos, el valor de las liberalidades *inter vivos* recibidas del causante, para asignarlo preferentemente a la cuota del colacionante en aquella masa particular. El art. 1035 Cc. dispone que, en virtud de la colación, el heredero forzoso deberá “traer a la masa hereditaria”, pero se ha de aclarar que la agregación del valor no se hace a la masa hereditaria, sino a la masa, o conjunto de bienes, que corresponde a los herederos forzosos, y que ha de ser repartida entre ellos. Por ello, si se ha instituido a un extraño, éste ni se beneficia de la colación de los demás, ni ha de colacionar él mismo. Así, el reparto de los bienes se hará en la proporción en que participan de esa masa, excluido el extraño²⁰.

El art. 1045 Cc. señala en qué consiste lo que hay que “traer a la masa hereditaria”, y en este sentido, dice que “no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor”, y el art. 1047 Cc. dispone que, “el donatario tomará de menos en la masa hereditaria, tanto como ya hubiese recibido”. Este artículo no es muy preciso, pues la colación no supone simplemente que el donatario tome de menos en su cuota hereditaria lo ya recibido, como dice el precepto. En realidad, lo que se hace, es sumar el valor de la atribución al de la masa partible entre los herederos forzosos, y solo entonces es cuando se toma de menos²¹.

En cuanto al fundamento de la colación, la mayoría de la doctrina opina que, al ser de Derecho positivo la norma que la establece, su fundamento ha de ser, necesariamente, una presunción de voluntad, que puede ser destruida mediante declaración en contrario²². La jurisprudencia se pronuncia en el sentido de que la colación tiene por base mantener la igualdad entre los legitimarios, y se considera que la colación se basa en tomar lo donado como un anticipo de la herencia²³.

¹⁹ Cf. FÉRNANDEZ GONZÁLEZ, M^a BEGOÑA, *op. cit.*, pp. 34-39.

²⁰ Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 27.

²¹ *Ibid.*

²² *Vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, p. 46

²³ SSTs de 3 de junio de 1965, Sala 1^a, de 19 de junio de 1978, Sala 1^a, de 19 de julio de 1982, Sala 1^a, y de 17 marzo de 1989, Sala 1^a.

Por lo que se refiere al Código civil, la colación no se debe solo a una interpretación del legislador de la voluntad supuesta, o típica, del causante, sino que está en conexión con el sistema sucesorio en el que se encuentra. En el caso del Derecho español, tendiendo las legítimas al reparto igualitario de la herencia entre los descendientes y ascendientes, la colación es una institución al servicio de la misma finalidad. Ello no quiere decir que se confundan ambas instituciones, sino que su causa final es similar. Otro dato que parece apoyar esta relación de colación con el sistema legitimario, y que se opone a su fundamento exclusivo en la voluntad presunta del causante, es el hecho de que la colación se produce solamente entre herederos forzosos. Esta cuestión muestra con claridad que la colación no obedece simplemente a una voluntad supuesta del causante, pues solo afecta a los legitimarios. Parece claro que la voluntad de la Ley no es una igualdad entre herederos, sino una igualdad entre legitimarios²⁴.

2. La valoración del bien donado.

Por lo que respecta a la valoración del bien donado, el art. 1045 Cc. es objeto de crítica y se presta a múltiples objeciones²⁵. Éste dicta literalmente lo siguiente: “no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. El aumento o deterioro físico posterior a la donación, y aún su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo, o beneficio, del donatario”.

Con toda probabilidad, esta disposición se inspiró en la reforma francesa de 1971 en materia de *rappart*. El originario art. 860 *Code civil* estableció la valoración en el momento de la apertura de la sucesión, sin embargo, en 1938, se optó por el valor en el momento de la donación, lo que provocó muchos problemas por la inflación. Para finalmente, en 1971, decidirse por el valor del bien donado en la época de la partición, según su estado en la época de la donación y, en caso de que el bien hubiese sido enajenado antes de la partición, se tiene en cuenta el valor que tenía en la época de la enajenación²⁶.

El precepto 1045 Cc., al que venimos refiriéndonos, añade al texto derogado la palabra “físico”, tras “aumento o deterioro”, lo que parece suponer que la alteración jurídica es siempre relevante a efectos de determinar el valor colacionable. Con toda probabilidad, al desechar el cambio físico, pero no el jurídico, a la hora de la estimación, se estaba pensando en el cambio jurídico procedente de los procesos de urbanización, es decir, que lo que fuera un terreno rústico pasara a ser edificable. De ahí que la enmienda que provocó el cambio hablara de las “plusvalías” del bien donado. Una situación similar a un proceso de urbanización, tiene lugar en el caso, ya que se produce un aumento del valor del bien, como consecuencia de la revalorización de la zona por la nueva red de comunicaciones. Por tanto, este aumento habría que tenerlo en cuenta a la hora de colacionar²⁷. Pero, no siempre que se produzca una alteración

²⁴ Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 47-53.

²⁵ Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 214-229.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Sin embargo, la distinción entre lo físico y lo jurídico no es una cuestión sencilla, por no decir imposible, cuando se trata de derechos sobre cosas tangibles, porque entonces los derechos se extienden

jurídica, ésta ha de tener efectos colaticios. En realidad, lo que está queriendo decir el art. 1045 Cc. es que los cambios jurídicos que no se deban a la actividad del donatario, y que provoquen una alteración de la valoración del bien, influirán en la cantidad colacionable. Por el contrario, los que se deban a su actividad no se tendrán en cuenta. En esta línea, el término “plusvalía” se refiere, corrientemente, a “todo aumento de valor de un bien por causas externas a su titular, y sin que éste le haya efectuado ninguna mejora”. En definitiva, se podría decir que, la interpretación de la Ley más adecuada en cuanto a los cambios jurídicos, es simplemente considerar el bien tal como se encontraba en el momento de su donación, y calcular lo que valdría en el momento de la partición, incluyendo los aumentos o disminuciones de valor que proceden exclusivamente de circunstancias aleatorias, extrañas a toda actividad -ya sea positiva o negativa, favorable o desfavorable- del donatario²⁸.

En conclusión, se puede decir que el art. 1045 Cc. es poco acertado, tanto por las circunstancias que no tiene en cuenta (posible transmisión del bien, diferencia de tratamiento según los cambios sean físicos o jurídicos, etc.), como por lo difícil que puede ser, en ocasiones, discernir qué se debe al cambio de circunstancias, y qué a la actividad del donatario. Quizás, la solución más justa que proponen algunos autores, sea la de entender que se debe valorar la donación en el momento en que se realizó, y luego actualizar ese valor conforme a la inflación o deflación de la moneda²⁹. Al fin y al cabo, fue de aquel valor del que se desprendió el donante, y el que recibió el donatario. Todos los ulteriores cambios de valor, a favor y en contra, deberían quedar a beneficio y riesgo del donatario (*casus sentit dominus*). Así, por ejemplo en el caso de la recalificación urbanística de un bien, cuando se dona habrán de valorarse las expectativas de esa nueva calificación (expectativas que se reflejan en el precio de mercado). De modo que si el donatario tiene la suerte del aumento de valor, pues la suerte es para quien la tiene, como lo es también la desgracia (en el caso de pérdida de valor)³⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia opta por entender que, para la colación de los bienes donados, ha de aplicarse el criterio de valoración en el momento en que se realiza la colación, esto es, cuando se procede a la partición de la herencia, si bien teniendo en cuenta el estado físico en que la cosa se encuentre en el momento de la apertura de la sucesión³¹.

sobre una realidad preexistente, y solo en la medida en que existe lo físico, existe lo jurídico. Por otra parte, la distinción tampoco está justificada desde el punto de vista de los riesgos. La Ley determina que la pérdida casual del bien no influye en la colación, así como tampoco su mejora física accidental (por ejemplo, una accesión). Sin embargo, la modificación jurídica, aunque accidental, sí influye en la colación. Si el legislador optase por el criterio *casus sentit dominus*, debería hacerlo respecto de todas las circunstancias, y no respecto de unas sí y de otras no. Es decir, no se ve claro porqué si se pierden, por ejemplo, unos árboles de una finca por una riada, esto sea a riesgo del colacionante, pero si resulta recalificada urbanísticamente sea a beneficio de los coherederos, ya que ambas situaciones son totalmente extrañas a la conducta del colacionante. Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 214-229.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 214-229.

³¹ SSTs de 19 de julio de 1982, Sala 1ª, y de 18 de octubre de 2007, Sala 1ª. Concretamente, la STS de 19 de julio de 1982, Sala 1ª, dice lo siguiente: “[...] la doctrina científica predominante, ante el moderno fenómeno de la continua depreciación monetaria, consideró la injusticia que supondría que el

Por todo esto, centrándonos en el supuesto de hecho concreto, el valor a colacionar de la finca y la casa donada a Maita, sería el de 120.000 euros. A pesar de que el valor en el momento de la donación era de 70.000 euros, el bien ha de valorarse cuando se procede a la partición de la herencia, eso sí, no se podrá computar el valor real de 150.000 euros, puesto que 30.000 euros corresponden a las mejoras realizadas por Maita, que se encuadrarían dentro del aumento físico en beneficio del donatario. Pero como es un bien ganancial, el valor a tener en cuenta en la sucesión de D. Benicio será de 60.000 euros y, posteriormente, cuando fallezca Dña. Matilde, se tendrán en cuenta los otros 60.000.

3. Dispensa y revocabilidad.

3.1. La dispensa.

La dispensa es una declaración, en virtud de la cual, la partición hereditaria se realizará sin tener en cuenta las liberalidades entre vivos hechas a los herederos legitimarios. Para determinar su régimen jurídico es primordial calificarla, bien como acto *inter vivos*, o bien como acto *mortis causa*. Ello permitirá determinar el momento en que se puede realizar, el documento al que se incorpora, la necesidad de aceptación, su revocabilidad, o no, etc. Por otra parte, para realizar esta calificación es necesario aludir a las relaciones que median entre la donación y la manifestación de dispensar: si se trata de un único negocio, o de dos negocios coligados, y en este caso, de qué tipo es el ligamen que los une³².

Será acto *mortis causa* el acto que tenga por objeto regular el vacío que se produciría en las relaciones jurídicas de una persona como consecuencia de su muerte. Dentro de este tipo de negocios se distinguen, por una parte, los actos de última voluntad y, por otra, los pactos y contratos sucesorios³³. Parece indudable que la dispensa de la colación es una disposición *mortis causa*, al tener por objeto la regulación de la composición y distribución del caudal partible entre los coherederos legitimarios, careciendo de sentido y efectos dicha dispensa, si no es ante el problema de la distribución del patrimonio del causante a raíz de su fallecimiento. De ahí que la

donatario reciba una cosa, cuyo valor nominal, al tiempo de la donación, es muy inferior al valor real que pueda tener al fallecer el causante, con lo que resultarían perjudicados los coherederos, si se tiene en cuenta en la partición aquel valor nominal, y no el real de la cosa, determinado al abrirse la sucesión, y desde luego, ha de excluirse una solución que permitiese al donatario aportar solamente el valor nominal de lo donado al tiempo de la donación, cuando en virtud de la depreciación de la moneda al tiempo de abrirse la sucesión, aquel valor nominal resultase irrisorio, o muy bajo, en relación con el valor real y actual de las cosas que recibió en donación. Se faltaría con ello a la equidad y se consagraría un enriquecimiento injusto en perjuicio de los coherederos del colacionante, y se infringiría el texto del Código civil, que se inspira en la idea de que todos los coherederos reciban en supuesto de colación cuotas equivalentes [...]”.

³² Vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 233-251.

³³ Los pactos sucesorios son aquellos en que una persona se vincula irrevocablemente acerca del destino de sus propias relaciones jurídicas para después de su muerte, o bien sobre los posibles derechos en la futura herencia de otra persona aún viva. Por su parte, el acto de última voluntad se caracteriza, sobre todo, porque dirigiéndose a regular relaciones *mortis causa*, expresa la última voluntad del disponente con eficacia jurídica. Voluntad que se califica de última pues, al poder cambiarla el causante cuantas veces desee, se ha de suponer que la última declaración conservada expresaba la última voluntad.

dispensa no produzca ningún efecto preliminar antes de la muerte del causante, y que su eficacia dependa de la cualidad de heredero aceptante del dispensado³⁴.

Teniendo en cuenta que la dispensa es un acto *mortis causa*, y que en el Derecho civil español solo se reconoce eficacia de manera general a un acto de este tipo: el testamento, se podría deducir que la dispensa de colación solo podría realizarse en testamento. Sin embargo, el art. 1036 Cc. no es muy claro al respecto, y solamente señala que “la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente”. El precepto solo se refiere a la dispensa realizada por el donante, por lo que parece contemplar únicamente el supuesto de que la dispensa se otorgue en el acto de donación³⁵. Ahora bien, si se tiene en cuenta que es un acto que tiene por destino determinar el reparto de los bienes del causante entre los herederos forzosos, nada parece impedir que el donante calle al respecto, en el acto de donación, y luego dispense, en testamento posterior. En este sentido, el art. 1038 Cc. señala que, los nietos han de colacionar en la herencia del abuelo lo recibido de éste, “a menos que el *testador* hubiese dispuesto lo contrario”, haciendo, por tanto, referencia al testador y no al donante. Así pues, parece que el Código civil también reconoce la dispensa realizada por testamento³⁶.

En el supuesto de hecho que se nos presenta, la dispensa se realiza en el momento en que se realiza la donación y, posteriormente, se revoca en el testamento. Sin embargo, nada impediría que la dispensa, tal y como se ha visto, se hubiera realizado en el momento de otorgar testamento.

³⁴ Vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 233-251.

³⁵ La admisión de la dispensa, simultáneamente al contrato de donación, tiene una poderosa defensa en la economía negocial, pues admitiéndose esta posibilidad se evita que el donante tenga que realizar, con posterioridad, un testamento cuyo único contenido sea, tal vez, la dispensa. De hecho, la dispensa en la donación es admitida por la STS de 13 de diciembre de 2000, Sala 1ª, y también por la STS de 13 de marzo de 1989, Sala 1ª; si bien en ésta última la dispensa fue revocada en testamento posterior, tal y como tiene lugar en el supuesto de hecho.

Con todo, conviene dejar claro que, en sentido propio, nunca se dispensa en la donación, porque son dos actos distintos y requieren un consentimiento propio para cada acto, así que, en todo caso, se dispensa simultáneamente a la donación en un mismo documento. La dispensa no es un elemento accidental de la donación, pues entonces no se podría entender cómo después de la donación puede el causante imponer la colación (en testamento), modificando así la donación previamente realizada, sin el consentimiento del donatario. Por eso, a efectos notariales, se tratará de dos actos distintos, y nunca se inscribirá en el Registro (por no tener eficacia real alguna) el pacto de dispensa unido a la donación.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la donación y la dispensa sean negocios completamente independientes. Ciertamente, donación y dispensa son actos de naturaleza distinta, pero también está claro que existe cierta conexión jurídica entre los mismos. La donación es plenamente válida y eficaz cualquiera que sea lo que se haya dispuesto respecto de la dispensa, de manera que la validez, o invalidez, de ésta no puede afectar a aquélla. Por el contrario, la dispensa es un negocio íntimamente ligado a la donación porque ésta es un presupuesto de aquélla. No se puede concebir la dispensa si no hay donación a la que dispensar. En este sentido, se podría considerar, la dispensa, como un negocio accesorio respecto de la donación: la invalidez de la dispensa no afecta a la de la donación, pero la invalidez de la donación lleva consigo la ineficacia de la dispensa. Vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 233-251.

³⁶ *Ibid.*

3.2. La revocabilidad de la dispensa.

La doctrina considera unánimemente que, si la dispensa se realiza en testamento, dicha dispensa es perfectamente revocable como cualquier otra declaración testamentaria. El problema se plantea si la dispensa se realiza simultáneamente a la donación, tal y como ocurre en el supuesto, y respecto a esta cuestión existen distintas posiciones³⁷.

La mayoría de los autores se manifiestan a favor de la revocabilidad absoluta de la dispensa, sea cual sea el acto en el que se haya insertado: donación o testamento. Como argumentos en favor de ello se dice, por una parte, que la irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio. Además, en el mismo sentido, se señala como argumento de analogía que, si la mejora es, en general, revocable (art. 827 Cc.), también ha de serlo la dispensa de la colación. Por otra, no parece que sea lógico considerar irrevocable la dispensa de la colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir al donatario –mientras no le prive de su legítima-, la cuota de su institución, logrando con ello el mismo resultado.

Por el contrario, otro sector doctrinal opina que, si la dispensa se realiza en el acto de donación, ésta es irrevocable, de manera que luego no puede ordenarse en el testamento que se colacione la liberalidad. Como razón de ello se alega que éste era el criterio del Derecho histórico español anterior al Código civil, y que el donatario aceptante, normalmente, quiso la donación dispensada como un todo, es decir, donación con dispensa, con lo que no puede, luego, una de las partes revocar parcialmente el acto. Se argumenta que la dispensa forma parte del contrato y que, por tanto, es una dispensa acordada, contractual. Además, se considera que, en rigor, el caso no es una donación más una dispensa, sino que es una unidad. Y se añade por parte de este sector que, aunque se trate de un pacto sucesorio, sería esta una excepción a la prohibición general del art. 1271 Cc.

Un tercer grupo de autores sostiene un criterio intermedio. Según éstos, como la dispensa es un mecanismo de regulación del fenómeno sucesorio, se puede entender que el donante conserva plena libertad para regular su sucesión de la manera que estime conveniente y que, por tanto, puede revocar libremente aquella dispensa. Pero se puede argüir que la dispensa formó parte del negocio lucrativo, y que éste fue aceptado por el donatario como un conjunto global, por lo que la revocación de la dispensa significa una sustancial alteración de la base de aquel negocio: se acepta la donación porque subsistía la expectativa del beneficio hereditario. De esta suerte, si se admite la revocación de la dispensa, parece que habrá que admitir la renuncia por el donatario a la donación³⁸.

En cuanto a la jurisprudencia, la AP de Badajoz (sección 1ª), en la Sta. nº 8/2001, de 16 enero de 2001, donde se da un supuesto similar al de nuestro caso (pues sucede que el testador revocó en su último testamento la dispensa de colacionar, al considerar y manifestar que lo donado en vida cubría en exceso la legítima), dictamina

³⁷ Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *op. cit.*, pp. 251-280.

³⁸ *Ibid.*

que esa revocación es plenamente válida. Por su parte, la STS de 13 de marzo de 1989, Sala 1ª, mantuvo el criterio contrario, así como también lo hace la Sta. nº 422/2009, de la AP de Asturias, de 10 diciembre de 2009, al disponer que “[...] lo que parece resultar una cuestión pacífica en la doctrina civilista es la de calificar como irrevocable la dispensa de colación cuando tal dispensa haya sido plasmada, no de forma accesorio, o en un momento posterior, sino en el propio instrumento de donación. No podrá consecuentemente ser revocada dicha dispensa por la sola voluntad del donante desde el momento en que forma parte del mismo contrato de donación, en cuya perfección han intervenido, no solo el donante, sino también el donatario, con su aceptación, de manera tal que, el pacto sobre la colación habría pasado, así, a tener una naturaleza bilateral. Se trataría, al fin y al cabo, de una elemental aplicación de la regla prohibitiva del *ius variandi*, contenida en el art. 1256 Cc., por el cual el cumplimiento de las obligaciones no podrá ser alterado por la voluntad unilateral de una sola de las partes de un contrato, pues cabe también suponer que la aceptación de la donación por parte del donatario pudo venir motivada, precisamente, por la dispensa de colación que se le hacía, y con ello de no sufrir perjuicio alguno en sus expectativas hereditarias [...]”.

Como vemos, existe jurisprudencia en ambos sentidos, por tanto, para dilucidar esta cuestión, parece necesario analizar la prohibición de los contratos sucesorios con el fin de decantarnos por una de las posturas. La Ley no señala en qué consiste propiamente un pacto sucesorio pero, según la doctrina, se pueden señalar como requisitos característicos los siguientes: que exista un pacto de carácter irrevocable en el que sea parte el futuro causante, que el objeto del pacto, o declaración, sea una sucesión aun no abierta, y que la adquisición del derecho, sobre el que recaiga el pacto, se produzca por obra de la sucesión hereditaria³⁹. Teniendo en cuenta estos requisitos, habrá que plantearse si cabe incluir la dispensa de colación irrevocable dentro de los pactos prohibidos, por recaer ésta sobre la sucesión futura.

Cierto sector doctrinal opina que la dispensa irrevocable no es propiamente un pacto sucesorio y, por lo tanto, no cae bajo el efecto de la prohibición. Según esta posición, el bien donado objeto de dispensa ha salido ya irrevocablemente del patrimonio del donante y, por ello, el objeto de la convención no es parte de la sucesión. Sin embargo, que la colación tiene un aspecto sucesorio, se desprende con claridad del simple hecho de que no es lo mismo una donación colacionable, que una dispensada. Este último atributo de colacionable, o dispensada, es lo que atañe al Derecho sucesorio. Y cuando se dice que la colación no plantea una cuestión sucesoria, porque si el donatario renuncia a la sucesión no ha de colacionar nada, el argumento lleva aparejado en sí mismo una contradicción: el donatario no ha de colacionar si rechaza la sucesión porque se trata, precisamente, de una cuestión sucesoria⁴⁰.

En el fondo, la confusión de la doctrina que opina que un pacto colaticio no es un pacto sucesorio, radica en considerar que el objeto del pacto de dispensa es el bien donado, y esto puede ser erróneo porque parece que el verdadero objeto de la dispensa

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

no es el bien en sí mismo considerado, sino la composición y distribución del caudal partible entre los coherederos legitimarios⁴¹.

Aun cuando la dispensa irrevocable no fuera propiamente un pacto, en el sentido de vincular la voluntad de dos partes, estaría igualmente prohibido por el Ordenamiento jurídico, pues la voluntad del causante es siempre mutable hasta la muerte, aunque éste se haya comprometido a lo contrario. En este sentido, señala el art. 737 Cc. que “todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad, o resolución, de no revocarlas”. De manera que, si el causante dispensa irrevocablemente, se está privando de una facultad *mortis causa* que la Ley le ha concedido hasta el momento de su muerte, por lo que habría que considerar, tal acuerdo irrevocable, como pacto sucesorio prohibido por el art. 1271 Cc.

Asimismo, la posible aceptación de la dispensa por el donatario sería irrelevante, pues conforme al art. 991 Cc. “nadie podrá aceptar, ni repudiar, sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia” (exigencia también conectada con la prohibición de los pactos sucesorios). Además, otra razón para considerar dicha disposición como pacto prohibido está en el art. 827 Cc., que establece que “la mejora, aunque se haya verificado con la entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales, o por contrato oneroso celebrado con un tercero”, pues el supuesto contemplado en este artículo guarda cierta semejanza con la dispensa de colación, ya que también en el caso de donación con calificación de mejora hay un bien que ha salido irrevocablemente del patrimonio del causante, y respecto del cual ya no se podría disponer en el testamento⁴².

Efectivamente, si la dispensa de colación fuera irrevocable, supondría una vinculación del causante en cuanto a la distribución de su herencia. Se puede concluir, en definitiva, que el criterio general del Código civil, sentado en el art. 1271 Cc., es rechazar todo pacto sucesorio, salvo los expresamente admitidos. Y al ser objeto de la dispensa de colación una cuestión sucesoria, hay que entender que, su irrevocabilidad, incurriría en la prohibición de los pactos sucesorios, por el hecho de referirse a una sucesión no abierta, y adquirirse la ventaja patrimonial *iure successionis*.

Probablemente, al menos en el Derecho español, la cuestión no está regulada porque el legislador no se la planteó. Y si una cuestión no está regulada, el criterio interpretativo general es acudir a los principios básicos que inspiran la institución, y éstos son, en el Derecho sucesorio del Código civil, que no se admiten los pactos sucesorios, y que el testamento (único acto *mortis causa* que se regula de forma general) es siempre revocable. De tal suerte que, siendo la dispensa una decisión con efectos para después de la muerte, y a causa exclusiva de la muerte, hay que considerarla revocable⁴³.

Nos inclinamos, por consiguiente, por la jurisprudencia que se declara a favor de la revocación de la dispensa, y por lo que respecta al caso, será perfectamente válida la

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

revocación realizada por D. Benicio, al establecer que la legítima de Maita ya se satisface con la donación que se había realizado.

VI. EL TESTAMENTO OTORGADO EN EL AÑO 2005.

1. Cuestiones introductorias.

1.1. Concepto y naturaleza jurídica del testamento.

El testamento es la institución clave del Derecho sucesorio, si bien la sucesión puede regularse también por la Ley⁴⁴. El art. 667 Cc. define el testamento como el acto por el cual una persona dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes, o de parte de ellos. En cuanto a su naturaleza jurídica, por algún sector doctrinal se ha tratado de negar el carácter de negocio del testamento, alegando que no produce, de entrada, efecto alguno, y que es algo interino o un mero proyecto, ya que no se hace nada más que para cuando se produzca el mero fallecimiento del causante⁴⁵. Por el contrario, la mayoría de la doctrina sostiene que no puede afirmarse que la voluntad testamentaria sea interina o provisional, ya que, cuando el testador emite una declaración formal de voluntad en el testamento, lo hace con carácter definitivo y vinculante para después de su fallecimiento, lo cual no impide que, con el transcurso del tiempo, pueda cambiar de orientación y revocar el primer testamento⁴⁶. Además, cabe señalar que existen negocios jurídicos sometidos a término, o condición, que dependen, para la producción de efectos, de que transcurra un tiempo determinado o de que se dé determinada condición, y nadie sostiene que tales negocios no sean perfectos y definitivos. Finalmente, no hay que olvidar que el testamento produce efectos que no son revocables, como pudieran ser la revocación del testamento anterior, o el reconocimiento de hijos. Y por todo ello, la doctrina es prácticamente unánime a entender el carácter de negocio jurídico del testamento, así como también lo hace el Tribunal Supremo⁴⁷.

1.2. El testamento notarial.

Según el art. 676 Cc., hay tres clases de testamento común: el ológrafo, el abierto y el cerrado. En el supuesto que ahora se analiza, se otorgan sucesivamente dos testamentos abiertos, es por ello que el estudio se centrará en analizar esta última categoría. El testamento abierto se caracteriza porque el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que concurren al acto, que quedan enteradas de lo que en él se dispone. Tiene una modalidad ordinaria, que es el testamento abierto notarial, y otra extraordinaria, que es el testamento solamente ante testigos, y que solo está permitido en los casos expresamente determinados, de acuerdo con el contenido de los arts. 700 y 701 Cc. El testamento abierto notarial, que es el que se utiliza en el primero de los testamentos de D. Benicio, deberá ser otorgado ante un notario hábil para

⁴⁴ Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *Los testamentos*, Comares, Granada, 2000, p. 1.

⁴⁵ Vid. PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, tomo V, volumen I, Edersa, Madrid, 1954, p. 91 y ss.

⁴⁶ Vid. Díez Pícazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1990, p. 352.

⁴⁷ SSTS de 8 de julio de 1940, Sala 1ª, y de 24 noviembre de 1958, Sala 1ª.

actuar en el lugar del otorgamiento. Ahora bien, no se necesita que el testador lo otorgue en el lugar de su residencia, ni en ningún otro concreto, será suficiente con que se otorgue dentro del término de la jurisdicción de éste.

El art. 695 Cc. regula como debe expresar la voluntad el testador, y en este sentido, establece que “el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe, o no puede, firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos”. Es fundamental, por tanto, la emisión de la voluntad del testador y, también, que ésta tenga lugar ante el notario⁴⁸. En el presente caso, en el primer testamento otorgado, se presume que todos estos requisitos son cumplidos, tanto por el testador, como por el notario, pues no se señala ninguna irregularidad, así que se entiende que, en principio, éstas no existen y que, por tanto, es válido dicho testamento.

2. La determinación de las legítimas.

2.1. Concepto y atribución.

El Código civil define la legítima, en su art. 806, diciendo que “es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados, por esto, herederos forzosos”. En virtud del art. 807 Cc. serán herederos forzosos “los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes”. A falta de hijos y descendientes son legitimarios los padres y ascendientes del causante. Y además de éstos, el art. 807 Cc. también atribuye la condición de legitimario al “viudo o viuda en la forma y medida que el Código establece”. Es la legítima de los hijos y la del cónyuge viudo la que interesa, pues son las que aparecen en el caso.

Atendiendo al contenido del art. 806 Cc., se describe que la Ley reserva determinados bienes respecto de los cuales el testador no puede disponer, si no es a favor de los herederos forzosos (lo que resulta corroborado por el art. 763 Cc.). Tradicionalmente, dicha expresión ha sido considerada como suficiente para equiparar al legitimario con el heredero⁴⁹. No obstante, en la actualidad, esto queda cuestionado si se aplica una recta interpretación del art. 815 Cc., a través del que se llega a la conclusión de que no todo legitimario es heredero, ni éste tiene que coincidir necesariamente con aquél, de manera que solo tendrá esta condición si el testador así lo ha querido, o bien porque ha sido llamado a la sucesión intestada (arts. 913 y 930 Cc.). Así, la STS de 20 de junio de 1986, Sala 1ª, pone de relieve que el legitimario no ha de ser necesariamente heredero, pues en nuestro Derecho no es obligatoria esta institución (art. 764 Cc.), y aunque exista heredero, éste no tiene porqué ser legitimario.

⁴⁸ Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *Los testamentos*, op. cit., pp. 234-265.

⁴⁹ En el Derecho castellano anterior al Código civil, la legítima debía atribuirse a título de herencia para no incurrir en preterición.

2.2. La legítima de los hijos y del cónyuge viudo.

Teniendo en cuenta la distribución que realiza D. Benicio en la primera disposición *mortis causa*, habrá de determinarse, si con tales atribuciones, cumple con las legítimas respectivas de sus descendientes: Maita, Feliciano y Aureliana.

Según la dicción del art. 808 Cc. “constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes”. Al ser la cuantía de la legítima de hijos y descendientes de dos tercios (legítima larga), el tercio restante se considera de libre disposición, y como tal, puede ser atribuido con total libertad a uno o alguno de los legitimarios, o incluso a un tercero. El legislador pone de manifiesto que de los dos tercios de la legítima (legítima estricta y legítima larga), el testador puede disponer de uno de ellos en concepto de mejora, con la exclusiva finalidad de desigualar a sus legitimarios descendientes (art. 823 Cc.). Se puede afirmar así, que solo hay mejora cuando un tercio de la legítima, o una parte de ella, se utiliza para atribuir a unos una porción mayor que a otros⁵⁰. Entonces, la mejora solo se puede considerar la parte del tercio utilizada efectivamente para mejorar, pues el resto tiene la consideración de legítima estricta (parte absolutamente indisponible de la legítima de los descendientes, que debe ser objeto de reparto igualitario, y que, por regla general, no es susceptible de gravamen).

En vista del primer testamento, se observa como D. Benicio no hace ningún tipo de alusión a su esposa, Dña. Matilda. Por lo tanto, se examinarán los aspectos relativos a la legítima del cónyuge viudo, y qué consecuencias tendría la actitud del causante.

Dispone el art. 807.3 Cc. que será heredero forzoso “el viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”, y esto operará siempre que se cumplan los requisitos del art. 834 Cc., que, a su vez, establece que “el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”. Los presupuestos para que tenga lugar el derecho de la legítima del cónyuge viudo se reducen, fundamentalmente, a la premoriencia de uno de los cónyuges y a la supervivencia del otro, y, además, se requiere la integridad y normalidad de la relación matrimonial, tal como se establece en la STS de 11 de enero de 1950, Sala 1ª. También se requiere, como derecho sucesorio, que lo sea sin tacha, esto es, que el cónyuge viudo no haya sido justamente desheredado (arts. 852 y 855 Cc.), y que no esté incurso en causa de indignidad (art. 756 Cc.). Parece que en el supuesto de hecho se cumplen con los requisitos exigidos por el articulado del Código civil, por consiguiente, Dña. Matilde, al concurrir con hijos en la herencia, tendría derecho al usufructo de un tercio de la herencia.

⁵⁰ En la STS de 22 de noviembre de 1991, Sala 1ª, se destaca que la finalidad de la mejora es desigualar a los descendientes, por lo que su aplicación exige, como presupuesto esencial, que exista una pluralidad de descendientes.

En cuanto a la función de esta institución, cabe decir que, aunque históricamente el derecho sucesorio del cónyuge viudo se introdujo como institución que garantizase la subsistencia de la viuda, un análisis crítico de la institución demuestra que esa no sigue siendo en la actualidad su función, ni tampoco su fundamento⁵¹. En primer lugar, si la legítima concedida al cónyuge viudo debiera cumplir esa función de garantizar la subsistencia, entonces debería quedar condicionada al “estado de necesidad”, es decir, que solo disfrutaría de la legítima el viudo o viuda pobre. Además, la mejor forma de garantizar, en este caso, la subsistencia del cónyuge supérstite sería mediante la atribución al mismo de una pensión alimenticia, aunque esto ya queda garantizado con el deber general de alimentos a cargo de ciertos sujetos obligados. Y, en segundo lugar, tampoco se puede olvidar que la viuda, aunque no tenga recursos propios, puede recibir a la muerte del cónyuge otros medios económicos, tales como, la pensión de viudedad a cargo de la Seguridad Social. Además, si estaban casados en régimen de gananciales, obtendrá la mitad de los bienes al tiempo de la liquidación, como consecuencia del fallecimiento del otro cónyuge.

De otra parte, la legítima en el Código civil representa un derecho sucesorio de algunos sujetos a recibir un beneficio económico de cuantía variable, a cargo de la herencia del difunto⁵². En cambio, el usufructo viudal, reconocido en alguna legislación autonómica, tiene un marcado carácter de institución familiar, destinado a asegurar el sostenimiento económico del cónyuge supérstite y a mantener la unidad del patrimonio familiar, impidiendo su división hasta que fallezcan ambos progenitores. Al mismo tiempo, con el usufructo viudal se asegura que el sobreviviente conserve una posición importante como gestor del patrimonio familiar que, al tiempo, refuerce su autoridad familiar. Algunos de los autores que con más tesón criticaron la configuración que el usufructo había recibido en la regulación del Código, y lamentaron su carácter netamente patrimonial e individual, fueron D’Ors y Bonet Correa, que alaban la generalización, en la práctica, del usufructo universal en favor del cónyuge viudo, como remedio para que no quede desamparada la ancianidad, y como modo de mantener la cohesión de la familia⁵³. En cualquier caso, está claro que la concepción de usufructo legitimario que se recogió en el Código civil no fue la propugnada por estos autores, sino que fue concebido como un derecho sucesorio individual, un beneficio patrimonial considerado en sí mismo (no como padre, ni como cabeza de familia).

De otra parte, para un grupo de autores, la legítima del cónyuge supérstite tiene un fundamento particular, distinto del fundamento general de otras legítimas, en atención a la propia institución del matrimonio y los deberes que ésta comporta entre los cónyuges⁵⁴.

La legítima del cónyuge viudo presenta algunas características que la hacen peculiar frente al derecho sucesorio necesario del resto de legitimarios. En primer lugar,

⁵¹ Cf. FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO, *El pago de la legítima al cónyuge viudo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 54-61.

⁵² Esta concepción de legítima, como “derecho económico individual”, en beneficio de los legitimarios, ha tenido acogida en nuestro sistema legitimario.

⁵³ Vid. D’ORS y BONET CORREA, “El problema de la división del usufructo”, *Anuario de Derecho civil*, 1952, pp. 102-106.

⁵⁴ Cf. FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO, *op. cit.*, pp. 54-61.

el hecho de que no es excluyente, de modo que el cónyuge viudo participa de su derecho en concurrencia con otros legitimarios, tanto descendientes, como ascendientes. En segundo lugar, se trata de una legítima con cuota variable, en función de los sujetos con quienes concurra el cónyuge viudo. Y, por último, la legítima viudal, en principio, consiste en una cuota variable de la herencia en usufructo, y no en propiedad. La naturaleza de este derecho, con independencia de su cuantificación, ha de ser el usufructo⁵⁵.

Esta naturaleza, del derecho sucesorio del viudo o viuda como un usufructo sobre una cuota del activo hereditario neto, pone en duda su condición de heredero. No obstante, ello no impide que resulte factible considerarle como legitimario, aunque su cuota sea conmutable, y a pesar de que la regulación de su legítima se desplaza del lugar asignado a las legítimas de hijos o de padres y ascendientes. Ahora bien, la consideración del cónyuge viudo como heredero dependerá, en todo caso, de que así se haya designado por el testador, si bien a veces no ha estado exento de ser equiparado con él, asignando al cónyuge la calificación de heredero. Por el contrario, en otras ocasiones se ha optado por la negativa⁵⁶.

Entre las notas que caracterizan a la legítima del viudo en el régimen de nuestro Código, está la de ser conmutable (satisfacer el usufructo a través de otros medios), bien a instancia del propio legitimario (art. 840 Cc), bien a petición de los herederos (art. 839 Cc). Esta posibilidad de conmutar la legítima viudal la dota de una configuración especial junto con los otros supuestos admitidos en el Código, pues en los otros casos es como consecuencia de la voluntad del testador⁵⁷. Se han intentado justificar, desde diversos puntos de vista, los aspectos positivos de la solución adoptada, aun cuando estrictamente, desde el ámbito de la cualidad de la legítima, supone una alteración de su intangibilidad cualitativa. Se acepta que son razones objetivas las que laten en la base de

⁵⁵ Este derecho no ofrece especialidad alguna, en cuanto al régimen jurídico diseñado para este derecho real (art. 468 Cc.), que no sean las fijadas para los llamados usufructos legales (arts. 468, 477 y 492 Cc.).

⁵⁶ La STS de 24 de enero de 1963, Sala 1ª, afirma que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero, ni con un legatario de parte alícuota, y que aunque sea designado a título universal no es continuador de la personalidad del difunto. Por su parte, la STS de 11 de abril de 1990, Sala 1ª, le denomina heredero *sui generis* o con matices especiales, al decir que no cabe dudar que la viuda es una heredera singular y atípica, dado su carácter, en concurrencia con otros herederos, de sucesora usufructuaria. En la STS de 11 de enero de 1950, Sala 1ª, se destaca que su posición jurídica no es absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, por su carácter usufructuario, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el art. 839 Cc. (conmutación), que le aparta de la responsabilidad de las deudas hereditarias, aunque deba participar en los gastos comunes que ocasione la partición, para poder ser equiparado a un legado de parte alícuota. Cf. TORRES GARCÍA TEODORA F., *op. cit.*, p. 42.

⁵⁷ Se regulan dos regímenes de conmutar la legítima viudal dependiendo de quién sea el que tome la iniciativa. Uno, si toman la iniciativa los herederos, que serán los que deban de elegir el medio sustitutorio del derecho real de usufructo, aunque limitada su elección a uno de los tres señalados en el art. 839 Cc. (renta vitalicia, productos de determinados bienes, o un capital en efectivo), procediendo siempre de mutuo acuerdo con el cónyuge viudo, y en su defecto, por mandato judicial. Y el otro régimen tiene lugar si es el cónyuge viudo el que toma la iniciativa de la conmutación, exigiendo que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, siendo los herederos a quienes corresponde la elección del medio de pago. Esta última posibilidad se admite en la hipótesis que contempla el art. 849 Cc., que se da cuando el cónyuge viudo concurra a la sucesión con hijos solo del causante.

esta facultad, así como en su ejercicio, por ello se otorga, tanto a los herederos, como al cónyuge viudo. Pero además, se puede añadir la existencia de razones jurídicas y económicas que apuntan ser su razón última. La finalidad de la conmutación, se puede decir que, es evitar los inconvenientes de la desmembración del dominio entre nudo propietario y usufructuario⁵⁸.

3. Cálculo de la legítima.

3.1. Aspectos generales.

Para averiguar si el causante ha dispuesto de sus bienes, en vida y a través de testamento, con arreglo a la limitación que contempla el art. 763 Cc., resulta esencial analizar el contenido del art. 818 Cc. Como se trata de una cuota de un todo representado por una masa patrimonial, el primer paso tiene que ser la fijación del valor de esa masa, es decir, del caudal que va a servir de base para el cálculo de aquella. Según este precepto “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”. Practicada esta operación, debe agregarse al valor líquido de los bienes hereditarios el que tengan las donaciones colacionables⁵⁹.

El *quantum* de la legítima se calcula sobre una masa patrimonial ficticia, integrada por el *relictum* más el *donatum*⁶⁰. A estos efectos, el *relictum* está compuesto por el importe del activo hereditario, deducidas las obligaciones y cargas, pero haciendo caso omiso de los legados que haya podido ordenar en el testamento. Con la expresión “bienes que quedan a la muerte del testador”, el art. 818 Cc. hace referencia al caudal hereditario activo del causante, integrado por el conjunto de bienes y derechos transmisibles *mortis causa*, de los que es titular en el momento de su fallecimiento (art. 659 Cc.), a los que, en su caso, procede añadir los bienes reintegrados a la masa hereditaria como consecuencia de la impugnación, por los legitimarios, de las donaciones simuladas bajo la forma de compraventa, realizadas por el causante en vida, en cuanto perjudiquen su legítima.

Para fijar la legítima, también hay que tener en cuenta el capital hereditario pasivo, constituido por las titularidades jurídicas pasivas transmisibles *mortis causa*, así como por las que han de liquidarse en el momento de morir el causante (gastos del entierro, funeral, gastos de la partición de la herencia en cuanto redunden en interés del legitimario...), si bien no se incluyen las creadas por el causante mediante actos con eficacia *mortis causa*, como legados y modos testamentarios, que simplemente se imputan al caudal hereditario en orden a determinar su posible inoficiosidad. Entonces, para fijar el caudal relicto sobre el que se cuantifican las legítimas, han de liquidarse y valorarse, tanto el activo, como el pasivo hereditario. Pero el Código no contiene norma alguna acerca de cómo ha de realizarse la valoración de los bienes, debiendo hacerse conforme a criterios objetivos, prescindiendo del valor de afección, así como del de créditos incobrables. Tras la reforma del art. 847 Cc., llevada a cabo en 1981, en el que se acepta como valor de los bienes el que tengan en el momento de fijar la legítima, un

⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO, *op. cit.*, pp. 69-73.

⁵⁹ Vid. TORRES GARCÍA, TEODORA F., *op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ SSTs de 21 de abril de 1997, Sala 1ª, y de 28 de septiembre de 2005, Sala 1ª.

sector de la doctrina y jurisprudencia aceptan que es este el momento a tener en cuenta para realizar la valoración, en detrimento del momento de apertura de la sucesión, sostenido por la jurisprudencia anterior a aquella fecha⁶¹.

En cuanto a los bienes dispuestos por el causante en vida, en virtud de negocios jurídicos a título gratuito o lucrativo, que han de traerse a colación a efectos de determinar o cuantificar las cuotas legitimarias, actualmente, se admite, de forma generalizada, que el término “colacionable” del art. 818 Cc. no está empleado en sentido técnico jurídico (donaciones colacionables son las hechas por el causante a los legitimarios). En consecuencia, el valor que ha de agregarse al *relictum*, en orden a precisar la masa hereditaria sobre la que han de calcularse las legítimas, es el correspondiente a todas las donaciones y transmisiones a título gratuito, realizadas por el causante en vida, y sin excepción, en tanto otra interpretación supondría ofrecer al testador un medio para burlar los derechos de sus legitimarios⁶².

Acerca del momento en que ha de calcularse el valor del *donantum*, la reforma del art. 818 Cc., fruto de la Ley 11/1981, suprimió toda referencia sobre este tema, lo que supone acudir al art. 1045 Cc., que determina, para la colación de los bienes donados, la aplicación del criterio de la valoración en el momento en que ésta se realice (esto es, cuando se procede a la partición de la herencia). Si bien, ha de tenerse en cuenta el estado físico en que la cosa se encuentre en el momento de apertura de la sucesión. Y al igual conclusión conduce la toma en consideración del art. 1074 Cc., que ampara la rescisión, por lesión, de la partición, atendiendo al valor de los bienes en el momento de adjudicación. La jurisprudencia también se inclina por el valor que tengan las cosas en el momento de fijar la legítima en orden a su pago, como se puede observar en la STS de 22 de noviembre de 1991, Sala 1ª. Sin embargo, la toma en consideración del art. 654 Cc., para determinar el carácter inoficioso de las donaciones, tiene en cuenta el momento del fallecimiento del donante, lo que supone que la evaluación del *relictum* y el *donatum* ha de efectuarse al tiempo de la muerte del donante-testador⁶³.

Entonces, para proceder al cálculo concreto de las legítimas del supuesto, habrá que partir de que el valor de la masa hereditaria es de 595.000 euros, obtenido de la suma y resta de los siguientes valores, considerando bienes gananciales todos aquellos que aparecen en la sucesión de D. Benicio:

- 7.500 euros correspondientes al dinero existente en una cuenta corriente.
- 100.000 euros correspondientes al valor del piso radicado en Ginebra.
- 7.500 euros correspondientes a 15 participaciones en Monaguillos, S.L.
- 60.000 euros en concepto de la donación realizada a Maita.

⁶¹ STS de 22 de noviembre de 1991, Sala 1ª.

⁶² SSTs de 17 de marzo de 1989, Sala 1ª, y de 21 de enero de 2010, Sala 1ª, pronunciándose en sentido contrario la de 21 de abril de 1997, Sala 1ª.

⁶³ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*, 2ª ed., Bercal, Madrid, 2012, pp. 204-207.

- 450.000 euros correspondientes a la mitad del valor de la empresa legada a Aureliana.

Pero a esta suma ha de restársele el pasivo hereditario, es decir, los 30.000 euros correspondientes a las deudas de la empresa de D. Benicio, al ser éste un empresario individual. Pero solo se computa la mitad del valor de las deudas, puesto que al considerar la empresa bien ganancial, la otra mitad le corresponderá a Dña. Matilde⁶⁴.

Siendo la masa hereditaria de 595.000 euros, la legítima estricta será un tercio de dicho valor, que son 198.333 euros. Habiendo entonces, tres hermanos, su legítima estricta se corresponderá con un tercio de ese valor, que sería 66.111 euros. Por ello, habiéndole asignado a Feliciano 107.500 euros, más 2.500 que le corresponderían del dinero que hay depositado en la cuenta corriente, a través de las reglas de sucesión intestada, al no haber dispuesto de los mismos D. Benicio, se puede decir que se ha cumplido con su legítima⁶⁵. Por su parte, a Maita no se le satisface su legítima al asignársele 62.500 euros (60.000 que ya había recibido en concepto de donación y 2.500 euros correspondientes a la cuenta corriente de D. Benicio, que dejó sin asignar). Y, por último, es evidente que se le satisface la legítima a Aureliana al suceder al causante en 452.500 euros. A continuación, se analizarán los efectos de la vulneración de la legítima de Maita.

3.2. La imputación de donaciones y legados.

Calculado el valor que alcanza la legítima, a continuación se han de imputar las donaciones y los legados. Ésta es una operación que consiste en determinar la parte de la herencia, a la que se han de reconducir las diferentes donaciones efectuadas en vida por el causante, así como los legados ordenados en testamento, atendiendo principalmente a la voluntad de éste, y a la condición de legitimario o no de la persona favorecida en cada caso. A través de la imputación, se podrá conocer si las liberalidades testamentarias, y las donaciones, son inoficiosas por perjudicar los derechos de algún legitimario, procediéndose, respecto de las que lo sean, a su reducción por el orden que el Código civil establece. Por lo que interesa, en relación con el caso, se aludirán a las donaciones en favor de legitimarios y a los legados en favor de los mismos.

Las donaciones efectuadas en favor de descendientes legitimarios, en principio, se imputarán a la legítima que les corresponda. Dado que el Código civil las considera anticipos de la porción legitimaria, y, en lo que excedan de la legítima, se imputarán al

⁶⁴ Al ser un empresario individual, la personalidad jurídica de la empresa es la misma que la del titular, quien responde personalmente de todas las obligaciones que contraiga la empresa. Por tanto, éstas se habrán de tener en cuenta a la hora de calcular la masa hereditaria. Si, por el contrario, D. Benicio hubiese constituido una S.L., las deudas corresponderían a la persona jurídica y, por tanto, no habrían de deducirse en la masa hereditaria.

⁶⁵ Se tiene en cuenta la mitad del valor de las 15 participaciones, y no de las 30 que inicialmente le había otorgado D. Benicio en testamento, pues a la hora de suceder solo quedan 15, lo que supone que D. Benicio las debió haber enajenado con anterioridad a su muerte.

El dinero depositado en una cuenta corriente es el único del que no se dispone, por tanto, aparece uno de los supuestos en que entra en juego la sucesión intestada. A través de sus reglas se determinará a quién corresponderá ese dinero, y en este caso, como existen descendientes, que son los primeros en la sucesión intestada, les corresponderá a éstos, repartiéndose, en partes iguales, entre los tres hermanos.

tercio de libre disposición. Y si todavía excede, la donación será inoficiosa en cuanto al exceso⁶⁶. En el supuesto de hecho no es necesario analizar la inoficiosidad de la donación realizada a Maita, pues como se ha visto, ni siquiera se cumple con su legítima.

En materia de legados, las reglas de imputación se obtienen, principalmente, de los arts. 828 y 829 Cc. El primero, que es el que interesa, admite la posibilidad de mejora tácita en el ámbito de los legados, y dispone 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”. No existiendo la voluntad expresa de mejorar, como ocurre en el caso, se imputará al tercio de mejora solo después de intentarlo en la parte de libre disposición. Así lo afirma la STS de 19 de mayo de 1951, Sala 1ª, “[...] el objeto de un legado que no cabe en el tercio libre tiene que ser imputado, no en su totalidad, pero sí en lo que exceda de ese tercio libre, en el de mejora, y viene a constituir una de las mejoras tácitas que por excepción admite el Código civil [...]”. El precepto citado no se pronuncia acerca de si se han de imputar antes a la legítima, que a la parte de libre disposición, los legados ordenados en favor de descendientes que sean legitimarios, y cuando no existe voluntad expresa de mejorar. No obstante, la doctrina entiende que este es un descuido del legislador y, por tanto, éste debe ser el criterio que se aplique, a menos que la legítima haya quedado ya cubierta por otra vía. En aquellos casos en que, tras ser imputado en la legítima del beneficiario, el valor de la cosa no cabe en la parte libre, el exceso se debe imputar al tercio de mejora, pero siempre que ello sea posible porque no existan donaciones en concepto de mejora, ni otras mejoras expresas en el testamento que puedan haber ocupado dicho tercio.

Por esta vía, habrá que analizar entonces la posible inoficiosidad del legado de la empresa en favor de Aureliana. Para ello, habrá que calcular la parte que como máximo le podría corresponder en concepto de legítima, de mejora y de libre disposición. Así, es necesario partir el haber que deja el causante en tres tercios, pudiendo corresponderle como máximo a Aureliana: el tercio de libre disposición, el tercio de mejora, y un tercio dentro del tercio de la legítima estricta, lo que haría un total de 7/9 de la herencia. Pudiendo corresponderle a Aureliana 7/9 de la masa hereditaria, se le podrá otorgar a ésta en concepto de legítima, de mejora y de tercio de libre disposición, una cantidad correspondiente 462.777 euros, y habiendo recibido 450.000, el legado no excede de su cuota máxima y, por ello, no es inoficioso.

⁶⁶ Parte de la doctrina (Sánchez Román, Manresa, Puig Brutau...), pronunciándose en favor de la mejora tácita en este ámbito, ha considerado aplicable analógicamente a las donaciones el art. 828 Cc., admitiendo, en consecuencia, el orden de imputación que fija dicho artículo para cuando no ha existido voluntad expresa de mejorar: legítima, libre disposición y tercio de mejora. *Vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil, tomo sexto*, vol. II, 2ª ed., Madrid, 1910, p. 1185, MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Mejoras”, *R.G.L.J.*, 1893, p. 284.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen III, 2ª ed., Barcelona, 1977, p. 67. *Cf.* VÁZQUEZ VIOQUE, SANDRA, *La mejora en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2003.

3.3. Lesión de la legítima y preterición.

3.3.1. Aspectos lesivos de la legítima de los descendientes.

La posición del legitimario permite reaccionar contra los actos del causante que le mengüen esa cuantía mínima a que tiene derecho, a través de disposiciones testamentarias inoficiosas, o de donaciones realizadas con vida con el mismo fin, u otro tipo de disposiciones. Además, el legitimario como tal, debe ser tenido en cuenta en el testamento, incurriendo en caso contrario el testador en preterición, con las consecuencias que lleva consigo su declaración (art. 814 Cc.). En esta dirección, la desheredación actúa como instrumento protector de la legítima, en cuanto que solo se puede desheredar a quien sea legitimario en el testamento, y con expresión de una de las causas tipificadas (arts. 848 y 849 Cc.). Pues, en caso contrario, estaremos ante la desheredación injusta, siendo el legitimario titular de la acción prevista en el art. 851 Cc. (anulación de la institución de heredero)⁶⁷.

Al incumplimiento de la legítima se refieren los arts. 815 y 817 Cc., que disponen respectivamente que “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”, y que “las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”.

El causante que, sin haber donado en vida nada al legitimario, no lo menciona tampoco en su testamento, incumple totalmente el deber de legítima (preterición). Al igual que cuando le deshereda sin existir causa alguna que justifique debidamente la privación de la legítima que pretende (desheredación injusta). También hay incumplimiento del deber de legítima, aunque sea de menor entidad, si el causante, al disponer de sus bienes incluso en favor del legitimario, lesiona cuantitativa o cualitativamente este derecho.

El perjudicado cuantitativamente en la legítima tiene a su alcance una serie de acciones orientadas a procurarle lo que le falte, hasta cubrir el valor íntegro a que se extiende su derecho. Esto solo se puede conseguir a costa de quienes, por vía de institución de heredero, legado o donación, han recibido más de lo que el causante podía disponer a su favor. Esta intangibilidad cuantitativa de la legítima se protege a través de la acción de suplemento, la acción de reducción de legados, y la acción de reducción de donaciones inoficiosas⁶⁸.

En la acción de suplemento, el sujeto activo es todo legitimario perjudicado cuantitativamente en sus derechos, con independencia del título por el que haya recibido la atribución insuficiente. Y sujeto pasivo, contra el cual puede dirigirse la acción, es el heredero o los herederos instituidos por el causante, incluidos los que sean, a su vez, legitimarios, si bien a éstos últimos no les alcanzarán los efectos del ejercicio de la acción de suplemento en la parte que constituya el pago de sus propias legítimas. El art. 815 Cc. no dispone de manera expresa que su resultado sea la reducción de la

⁶⁷ Vid. TORRES GARCÍA, TEODORA F., *op. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁸ Cf. SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER (coordinador), *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 635-638.

institución de heredero, y tampoco lo establece de forma clara el art. 817 Cc., que prevé la reducción de las “disposiciones testamentarias”. No obstante, la doctrina mantiene que, la acción de suplemento conduce directamente a la reducción de la institución de heredero, sin perjuicio de poder también reclamar la reducción de los legados, cuando con la primera reducción no baste para cubrir las legítimas.

Por su parte, la reducción de legados procede cuando no existe institución de heredero, o bien la reducción de ésta no es suficiente para cubrir íntegramente la legítima. Se encuentra, por tanto, subordinada a la demostración de la necesidad de reducción para salvar las legítimas, lo que no es algo distinto de la prueba de la inoficiosidad de los legados afectados. La reducción, en principio, será *in natura*, materializándose la restitución del exceso en el mismo bien objeto de legado. No obstante, cuando se trate de una finca que no admite cómoda división, la dificultad de la restitución *in natura* aconseja adoptar reglas diferentes para consumir la reducción. Tales reglas, previstas en el art. 821 Cc., pueden llevar al pago en metálico del complemento de la legítima.

A su vez, la acción de reducción de donaciones inoficiosas es subsidiaria de la acción de reducción de legados, como así se dispone en el art. 820.1 Cc.: “se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento”. Las donaciones, a menos que concurra otra causa de ineficacia, son todas válidas hasta la muerte de quien las hizo. A partir de entonces, el mantenimiento posterior de su eficacia dependerá de que el caudal relicto sea suficiente para atender los derechos legitimarios todavía no satisfechos⁶⁹.

De todo lo anterior, podemos deducir que la vía a seguir para otorgar a Maita los 3.611 euros en que ve perjudicada su legítima, será la de interponer la acción de suplemento de la legítima, por lo que se verán reducidas la instituciones de heredero de Feliciano y de Aureliana (pues a pesar de ser legataria de la empresa, es heredera de los 2.500 euros que le corresponden a través de las reglas de la sucesión intestada, al no ser asignados a nadie en el testamento), en partes iguales, hasta que Maita vea satisfecha su porción legitimaria.

3.3.2. La preterición de los herederos.

La preterición está prevista para el supuesto de que se omita o silencie en el testamento a un legitimario. Su efecto es el de reducir la institución de heredero que se haya efectuado y, en caso necesario, los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, para así satisfacer lo que corresponda al preterido.

Los requisitos para que se dé la preterición se pueden concretar en los siguientes. En primer lugar, la falta de mención de un legitimario en el testamento cuando se establecen las disposiciones de contenido patrimonial. En segundo término, la falta de atribución de algún bien en concepto de legítima, cualquiera que sea su cuantía (ya que si hay una atribución, aunque sea insuficiente, no se da la preterición, y la solución procedente es la del complemento de legítima que contempla el art. 815 Cc.). Y, por último, que los legitimarios dejados de mencionar sean, en la preterición intencional,

⁶⁹ *Ibid.*

cualquiera de los que tienen esta cualidad, y en la errónea o no intencional, los hijos o descendientes del testador⁷⁰.

Los efectos de la preterición varían según la clase de que se trate. La ley de 13 de mayo de 1981, que modifica al Código civil, distingue entre la preterición de ascendientes y cónyuge viudo, que reduce y no anula la institución de heredero, y la preterición de hijos o descendientes, en la que varían los efectos dependiendo de si la preterición es no intencional o errónea, o intencional. Se puede decir que existe preterición intencional, cuando resulta clara la voluntad del testador de que no aparezca un legitimario mencionado en el testamento. El testador es consciente de que deja de lado a un legitimario. En tal caso, el legislador no ha castigado la intención del testador con la nulidad de sus disposiciones, sino que ha interpretado su voluntad del modo más favorable a la conservación de éstas. El efecto será, entonces, el de la reducción de la institución de heredero, antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Así pues, el único efecto es dejar a salvo la legítima del preterido, sin necesidad de anular todas las disposiciones realizadas por el causante en su testamento.

De otra parte, la preterición no intencional tiene lugar cuando, la falta de mención de un legitimario en el testamento, se produce involuntariamente, por error, olvido, o cualquier otra causa involuntaria. Su régimen jurídico podría resumirse tomando en consideración el último párrafo del art. 814 Cc.: “a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”. Con ello se quiere poner énfasis en la necesidad de mantener la voluntad del testador en cuanto sea posible. Por consiguiente, si resultaren preteridos todos los hijos o descendientes, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, pero cuando resultaren preteridos (no intencionalmente) solo alguno de los hijos o descendientes, se anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas⁷¹. Para evitar los efectos de la preterición no será suficiente con indicar, mencionar o nombrar a las personas de los legitimarios, sino que además, es preciso que el testador les atribuya en su testamento algo, poco o mucho, aunque no sea en concepto de legítima.

En el primer testamento existe una preterición intencional de Dña. Matilde, cónyuge de D. Benicio, que si bien sabía de su existencia y de su condición de legitimaria, no hace ningún tipo de mención a ella en el testamento, ni consta que le haya entregado ningún bien en vida en concepto de legítima. Por tanto, al estar ante una preterición intencional de cónyuge viudo, la consecuencia será la reducción de la institución de heredero para satisfacer la legítima de Dña. Matilde, en la parte que le corresponda.

Respecto al segundo testamento, se produce nuevamente otra preterición, en este caso la de Aureliana, a la que se hará alusión cuando se trate el tema de la segunda disposición testamentaria.

⁷⁰ Vid. SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.*, pp. 652-654.

⁷¹ Cf. TORRES GARCÍA, TEODORA F., *op. cit.*, pp. 62-64.

4. Instituciones de heredero y legatario.

4.1. Precisión de las categorías.

Existe un problema de distinción entre la institución de heredero y la de legatario, porque los preceptos que el Código civil dedica a la cuestión, ofrecen serias dificultades de coordinación, respondiendo unos a un criterio objetivo (arts. 660 y 768 Cc.), y siendo otros de clara tendencia subjetivista (arts. 668 y 675 Cc.)⁷². La jurisprudencia pretende, aunque sin lograrlo plenamente, salvar la pugna entre los criterios objetivo y subjetivo, optando por el voluntarismo, esto es por la prevalencia de la efectiva y real voluntad del testador. Sobre esta cuestión, la jurisprudencia reitera la calificación de nuestro sistema de eminentemente espiritualista, en el cual la voluntad del causante tiene el rango de ley de la sucesión⁷³. Sin embargo, esto no lleva a la clarificación de los criterios o pautas decisorios para la indagación de la verdadera voluntad del causante.

En las Sentencias del TS y en las Resoluciones de la DGRN, que abordan el problema de la distinción heredero-legatario, también se observa cierta vacilación, pues existen pronunciaciones en ambos sentidos. Unas parecen acoger la llamada tesis subjetiva en su plenitud, confiriendo protagonismo a la interpretación de los términos en que fue hecha la disposición. Otras pretenden la conciliación entre ambas tesis, sin que ello suponga, ni la plena acogida de la tesis subjetivista, ni, en absoluto, el desdeño de la tesis contraria. Y otras más, optan por entender como más correcta la llamada teoría mixta, exigiendo para la calificación de heredero un doble requisito: carácter universal del llamamiento, y voluntad evidente del testador de asignar al sucesor el nombre y el carácter de heredero. Por último, está la tesis objetiva, que tiene muy escaso reflejo en la jurisprudencia⁷⁴. Así, la condición de heredero o legatario, en unas ocasiones, va a depender de la expresión formal de la disposición en el testamento y, en otras, del propio contenido del llamamiento.

Pese a estas dificultades, parece que la mayoría de la jurisprudencia se inclina por el propósito de consagrar la efectiva y real voluntad del causante. En un sistema reiteradamente calificado de espiritualista, el elemento intencional es el que decide: *nomen* y *asignatio* serán, por tanto, índices de presunción de la voluntad del testador. La doctrina jurisprudencial, en la generalidad de sus fallos, afirma la prevalencia de la voluntad real del causante sobre los términos empleados en el llamamiento y, consiguientemente, el contenido de la disposición servirá para la indagación de la voluntad del testador, cuando no esté claramente expresada la voluntad testamentaria.

Puesto que estamos ante un sistema de carácter espiritualista o voluntarista que huye del formalismo, solo cuando la efectiva voluntad del testador haya tenido expresión en su declaración, se acudirá a la literalidad de la disposición como primera regla interpretativa (SSTS de 10 de abril de 1986, Sala 1ª, y 1 de marzo de 1995, Sala

⁷² Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, EVELIA, ¿Heredero o legatario? (En torno a su distinción), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 9-16.

⁷³ SSTS de 26 de noviembre de 1974, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 1975, Sala 1ª, de 22 de abril de 1978, Sala 1ª, de 5 de junio de 1979, Sala 1ª, y de 8 de febrero de 1980, Sala 1ª, entre las más significativas.

⁷⁴ La tesis objetiva consiste en acudir a los términos en que fue hecha la disposición para determinar si se está ante un heredero o un legatario, independientemente de la voluntad del testador.

1ª). Este caso es el que se da en el supuesto de hecho, ya que D. Benicio establece claramente que instituye heredero a Feliciano, y que lega la empresa a Aureliana. Al estar establecida de forma expresa su voluntad, ésta será la primera regla interpretativa, por tanto, se ha de entender que Feliciano será heredero y Aureliana legataria, a pesar de que al primero se le instituya en unos bienes concretos y no en una parte alícuota de la herencia⁷⁵.

4.2. La institución de heredero *ex re certa*.

El testador puede instituir heredero en cosa cierta, atribuyéndole un cuerpo de bienes determinados, aunque sin limitar los derechos y obligaciones propios del sucesor a título universal. Asimismo, puede ordenar un legado de parte alícuota, cuando exista una evidente voluntad de atribuir este cuerpo de bienes como una parte de los que componen la herencia.

La disposición en la que se instituye heredero en una cosa determinada (como sucede en el caso, pues a título de heredero se le deja a Feliciano un piso propiedad del matrimonio en Ginebra, 30 participaciones de Monaguillos S.L. y un derecho de crédito correspondiente a 30.000 euros) pone de manifiesto una evidente contradicción entre el *nomen* (el beneficiario es instituido bajo el nombre de heredero) y la *asignatio* (el contenido de la disposición es el típico de la sucesión a título singular). Determinar la naturaleza jurídica de un llamamiento de tales características exige la indagación de la voluntad del testador. A tal efecto, y aunque de forma incompleta, una norma de naturaleza interpretativa, como el art. 768 Cc., viene a resolver esta cuestión, estableciendo como dato o criterio de interpretación la presunción de voluntad del testador favorable al legado, al decir que “el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario”. Y en el mismo sentido, se pronuncia la STS de 9 de marzo de 1993, Sala 1ª. De otra parte, se permite la posibilidad de una verdadera institución de heredero, aunque en bienes determinados, cuando el testador manifiesta tal voluntad⁷⁶.

De acuerdo con los preceptos anteriormente citados, el heredero puede ser llamado a recibir solo una parte de la herencia y, en aras del respeto de la voluntad del causante, dicha parte puede quedar concretada en la asignación de un bien, o cuerpo de bienes determinados. El art. 983 Cc. refrenda la posibilidad de esta hipótesis al excluir el derecho de acrecer en todos los supuestos donde el heredero haya sido instituido “por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado”. Además, esta disposición testamentaria no tiene porqué implicar una vulneración del concepto de heredero, pues la asignación de una cosa cierta puede ser reputada como una cuota del patrimonio hereditario. De acuerdo con el art. 1056 Cc., la institución *ex re certa* puede ser utilizada por el testador como medio idóneo para realizar la partición de la herencia entre sus herederos, así lo afirma la STS 10 de abril de 1986, Sala 1ª. Utilizada la institución como instrumento particional, el instituido recibe el bien como partición en

⁷⁵ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, EVELIA, *op. cit.*, pp. 9-16.

⁷⁶ Es más, en atención a esta posible voluntad testamentaria, el Código civil ampara en los arts. 983 y 1056 Cc. la admisión de la llamada institución *ex re certa*.

la generalidad de la herencia, y la atribución de la cosa cierta, por tanto, no implica una limitación del llamamiento, sino que solo cumple una función meramente distributiva⁷⁷.

4.3. Los legados.

4.3.1. *El legado de cosa específica y determinada.*

Como introducción al tema del legado, conviene hacer una breve referencia a lo que son el legado y el legatario. El legado consiste en una atribución patrimonial a favor del legatario. Se puede definir como una disposición *mortis causa* de bienes a título particular, en beneficio del legatario, y a cargo del patrimonio hereditario⁷⁸. Y, el legatario es un sucesor de relaciones jurídicas concretas, sin que, en principio, tenga ningún tipo de responsabilidad ante las deudas de la herencia, ni tampoco asuma representación alguna del causante, pues se trata de un mero preceptor de lo que se le lega.

En el legado han de intervenir al menos tres personas: el testador, el legatario y el gravado. El testador, porque es necesario que el legado venga ordenado en testamento, en consecuencia, muriendo intestada una persona, nunca cabe hablar de la existencia de legados. El legatario, que es la persona favorecida por esa disposición testamentaria. Y en tercer lugar, el gravado, que es la persona a cuyo cargo queda el pago del legado⁷⁹.

Con la finalidad de conservar la empresa, en la sucesión *mortis causa*, puede resultar de gran utilidad un testamento en que el empresario creador ordene su sucesión, y elija al continuador que considere más apto, evitando con ello los efectos de la aplicación de las normas de la sucesión intestada. Pero esta solución tiene un obstáculo: el sistema de legítimas. Sin embargo, no parece que hoy se le pueda culpar, exclusivamente, del hecho de que las empresas mercantiles familiares no sobrevivan al cambio generacional, pues el Código civil tolera, en estos casos, el pago en metálico de las porciones hereditarias de los legitimarios, a los fines de la conservación de la unidad indivisible. Así pues, si el empresario decide transmitir su empresa a un sucesor único, cuatro son las instituciones del Código civil que permiten alcanzar este objetivo: la mejora en cosa determinada, el legado de cosa específica y determinada, la partición del testador, especialmente, la facultad consagrada en el art.1056, y, por último, el pago de la porción hereditaria de los descendientes en casos especiales (arts. 841 a 847 Cc.). En este caso, nos centraremos en el legado de cosa específica, que es el que interesa a efectos del supuesto práctico⁸⁰.

4.3.2. *El legado de bienes gananciales: la sucesión en la empresa.*

El legado de cosa específica y determinada, previsto por el art. 882 Cc., permite la atribución de la empresa a un sucesor único, pues es indudable que la empresa, que puede ser considerada como objeto unitario en el tráfico jurídico, puede constituir

⁷⁷ Cf. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, EVELIA, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁷⁸ Cf. SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.*, pp. 553-555.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Cf. PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 203.

objeto de legado de cosa cierta. En el legado de empresa propia del testador, el legatario adquiere directa e inmediatamente la propiedad de la empresa desde que aquél muere, produciéndose una sucesión particular del causante al legatario. Sin embargo, dicha adquisición de la propiedad de la empresa, no conlleva correlativamente la adquisición de la posesión, la cual, en virtud del art. 440 Cc. “se entiende transmitida al heredero sin interrupción desde el momento de la muerte del causante”. Es por ello, por lo que, a no ser que el testador disponga otra cosa, en los casos de legado de empresa, surgen en favor del legatario simultáneamente dos derechos: el de propiedad sobre la misma, y el crédito contra el gravado, cuyo objeto es la necesaria actividad de éste a fin de que se lleve a cabo el traspaso posesorio.

La empresa deberá ser entregada al legatario, con todos sus accesorios, y en el estado en que se halle al morir el causante (art. 883 Cc.). De donde resulta para el gravado el deber de conservación del art. 1094 Cc. El legatario adquiere, de este modo, con el legado de empresa, cada uno de los elementos que la componen: los establecimientos (o los derechos arrendaticios sobre los mismos), las instalaciones, la firma o nombre comercial, las marcas y demás signos distintivos y derechos incorporeales, las expectativas, la clientela y los secretos industriales. Hay que precisar que uno de los elementos de la empresa es la patente adquirida en 1986 de una trituradora antigrumos para el chocolate, y que tal elemento, ya no puede ser objeto de transmisión, pues ha caducado en 2006 y, por tanto, ya es dominio público. El art. 49 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad, indica que “la patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y produce sus efectos desde el día en que se publica la mención de que ha sido concedida”. Y por su parte, el art. 116 de la misma señala la expiración del plazo para el que hubieren sido concedidas las patentes, como una de las causas de caducidad.

El art. 882 Cc. dispone que el legatario hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. No obstante, el legatario, por prescripción del art. 356 Cc., queda obligado a pagar a los herederos los gastos de producción de los frutos que hubiese sufragado el testador. En su párrafo segundo, dice el mismo artículo que, la cosa objeto de legado correrá, desde la fecha de la muerte del testador, a riesgo del legatario, que sufrirá su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora. Esto es, a partir del instante mismo del fallecimiento del causante, el legado de empresa adquiere eficacia, y desde aquel momento, el legatario es acreedor de la entrega de la empresa frente al gravado, por lo que el daño o provecho de ésta corre a cargo del mismo⁸¹.

Los aspectos positivos de esta vía de transmisión de la empresa han sido alabados por la doctrina científica, que ha puesto de manifiesto la ventaja que constituye la posibilidad de su utilización, tanto por el causante que tenga sucesores extraños, como por el que tenga legitimarios⁸². No obstante, este modo de transmisión acarrea

⁸¹ Cf. SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.*, pp. 553-555.

⁸² Así lo han afirmado para la empresa agrícola: DE LOS MOZOS, J.L. (*Vid.* “Propiedad, herencia y división de la explotación agraria: la sucesión en el Derecho agrario”, *Ministerio de Agricultura, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones Agrarias*, Madrid, 1977, p. 41) y

ciertos problemas, tales como el derivado del régimen jurídico de las deudas del empresario, por razón del ejercicio de la empresa, en caso de que el causante no disponga nada expresamente. El intento de solución a este dilema ha dividido a la doctrina española, entre quienes defienden que han de incluirse las deudas en el legado, y quienes sostienen que las deudas correrán a cargo del heredero, si bien la mayoría de autores de nuestro país se inclinan por la no imposición del pasivo de la empresa al legatario.

En primer lugar, por la postura de no imponer el pasivo al legatario se decantan Robles Álvarez de Sotomayor y De la Cámara, entre otros⁸³. Este último aduce, como argumento fundamental, lo dispuesto en el art. 867 Cc., al decir éste, en su primer párrafo que “cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero”. Para este autor, el espíritu de la Ley, aunque no se refiera concretamente al caso que nos atañe, está claro. Si ni siquiera la afección jurídica de un bien al pago de una deuda, basta para que el legatario tenga que soportar el pago, con mayor razón habrá que mantener lo mismo cuando se trate de una simple afección económica.

Contrariamente, el profesor Dávila García estimó que, los principios generales de la empresa aconsejan que se transmita todo a modo de un universo, activo y pasivo, por lo que el nuevo empresario habrá de asumir el pago de las deudas⁸⁴. De la misma opinión es Puig Brutau, según quien, corresponderá a la voluntad del causante, y a lo que exija la naturaleza de las cosas, que las deudas solamente incumban al legatario de empresa, el cual responderá con los bienes legados de las obligaciones inherentes a la explotación del negocio⁸⁵. Llegando a sostener este último que, si la empresa estuviese empeñada en todo o en parte, para la seguridad de alguna deuda, la obligación de pago incumbiría al legatario, por ser adquirente de la empresa, a pesar de que el art. 867 Cc. atribuye tal obligación al heredero.

Como vemos, la polémica acerca de las deudas en el legado de empresa parece irresoluble y ello porque, en numerosas ocasiones, se ha defendido una u otra posición dependiendo de la tesis sobre la empresa que se adopte. En cualquier caso, conviene dejar claro que lo dicho hasta ahora se refiere siempre a la responsabilidad por las deudas del causante, ya que en un futuro, la empresa asignada a uno de los herederos o legatarios, hace a éste único y exclusivamente responsable de las obligaciones que contraiga en su actividad mercantil.

En relación con el tema de las deudas de la empresa, es importante aclarar el hecho de que D. Benicio fuese un empresario individual, o bien hubiese constituido una

FÉRNANDEZ COSTALES, J. (Vid. “La eficacia protectora del Derecho sucesorio en la continuidad de la explotación agrícola”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 31-42).

⁸³ Vid. ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, ALFREDO, “El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria”, *R.C.D.I.*, nº 233, 1947, p. 597, y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. II., ed. Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, p. 365.

⁸⁴ Vid. DÁVILA GARCÍA, JULIAN, “La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria”, *A.A.M.M.*, 1946, tomo III, p. 587,

⁸⁵ Vid. PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pp. 280-285.

S.L., con el fin de limitar sus deudas y de proteger a su familia, pues las consecuencias derivadas de una u otra consideración son muy distintas.

Un empresario individual es la persona física que realiza en nombre propio, y por medio de una empresa, una actividad comercial, industrial o profesional. No tiene una regulación legal específica, y está sometido en su actividad empresarial a las disposiciones generales del Código de Comercio (léase CdC. en adelante), en materia mercantil, y a lo dispuesto en el Código civil en materia de derechos y obligaciones. La personalidad jurídica de la empresa es la misma que la de su titular (el empresario), quien responde personalmente de todas las obligaciones que contraiga la empresa. De tal suerte, no existe diferenciación entre el patrimonio mercantil y su patrimonio civil. Así, en caso de que D. Benicio fuese un empresario individual, al responder personal e ilimitadamente de las mismas, éstas se habrán de tener en cuenta a la hora de calcular la masa hereditaria, pues siguiendo la posición mayoritaria, se optará por la no imposición del pasivo de las deudas del legado al legatario, al no disponerlo así expresamente el causante.

La otra opción por la que podía haber optado D. Benicio es por la constitución de una S.L. unipersonal, pues no consta en el supuesto que realice su actividad empresarial junto con más socios, y en todo momento se hace referencia al mismo como único propietario de la empresa. Desde una perspectiva puramente formal, la sociedad unipersonal puede definirse como aquella que está integrada por un único socio⁸⁶.

Por lo que respecta al tema que interesa, la regla general es la de irresponsabilidad del socio único por las deudas de la sociedad unipersonal, alcanzándose así la vieja aspiración de poder acceder a la actividad económica empresarial en solitario, pero sin exponer necesariamente, y por completo, el patrimonio personal. El socio único responderá, personal e ilimitadamente, frente a la sociedad, del cumplimiento de las obligaciones que contraiga con ella (de su deber de aportar al capital social, o de las deudas que tenga frente a ella con motivo de alguna relación contractual entre ambos), pero no responderá ante los acreedores de la sociedad de las deudas de ésta. Todo ello implica el reconocimiento legal de que la sociedad unipersonal constituye un ente autónomo, dotado de personalidad jurídica propia y distinta de la de su socio único, y con un patrimonio igualmente propio y separado⁸⁷.

⁸⁶ La figura del empresario individual con responsabilidad limitada suponía una vulneración directa del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc.), mientras que, con la sociedad unipersonal se podía mantener incólume dicho principio, simplemente a costa de reconocer, como la práctica evidenciaba, que la noción contractual de la sociedad mercantil de capital había perdido su vigencia. Esta figura fue recogida por la actualización del régimen legal de la S.L. en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su último Capítulo, que estaba dedicado exclusivamente a ella. Actualmente, la sociedad unipersonal se encuentra recogida en el Título I, Capítulo III, de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Cf. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN, *La sociedad unipersonal en el Derecho español*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 78-79.

⁸⁷ En los supuestos de unipersonalidad, se puede aplicar la doctrina jurisprudencial del “levantamiento del velo”, mediante la cual se desconoce esa autonomía, y se penetra en el sustrato personal de la sociedad, prescindiendo de su apariencia formal. El levantamiento del velo consiste en la imputación al único socio de las consecuencias derivadas de las relaciones jurídicas entabladas por la sociedad con terceros, y, fundamentalmente, la imputación al socio único de las deudas contraídas por

Entonces, de encontrarnos ante una S.L., D. Benicio no sería responsable de las deudas, sino que de éstas respondería la propia sociedad, al mantenerse separada la persona física de la persona jurídica. Por ello, si así fuese, las deudas no se tendrían en cuenta a la hora de calcular la masa hereditaria, ya que éstas pertenecerían a la propia sociedad. Sin embargo, como el supuesto no indica que exista tal sociedad, habrá que presumir que nos encontramos ante un empresario individual.

Retomando el tema del legado, hay que apuntar que habiendo legitimarios, el legado de empresa no plantea problemas mientras sea oficioso, es decir, cuando quepa en la parte de libre disposición, si el legatario es un extraño, o en la parte de legítima estricta, libre disposición y mejora, si es un descendiente legitimario el favorecido con el legado de empresa. A pesar de que se ha visto que en este caso no nos encontramos ante un legado inoficioso, si lo fuera, surgiría la duda de como se hace la reducción, que si se hiciera *in natura*, acarrearía el nacimiento de una situación de indivisión entre los legitimarios y el legatario. De esta situación se saldría, a instancia de cualquiera de los interesados, mediante el ejercicio de la *actio comuni dividendo*. Esto llevaría consigo la enajenación de la empresa en su totalidad en pública subasta y el reparto de su precio, o bien, la división de la empresa, destruyéndose la unidad de la misma, y provocando su desaparición como tal, pues perdiendo la empresa su organización, quedaría reducida a una mera suma de objetos muy diversos.

En un intento de resolver esta cuestión, se puede acudir al art. 821 Cc. que, precisamente, se ocupa de la reducción de un legado de un bien indivisible. Dice este precepto que “cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero”. Por tanto, pudiendo considerarse la empresa, un bien de incómoda división, podrá acudirse a esta solución, con la finalidad de evitar la disgregación de la empresa⁸⁸.

Así pues, por aplicación del art. 821 Cc., el legado de empresa, si es inoficioso, no se reducirá *in natura*, sino *ad valorem*, de modo que cuando el legado sea de empresa, y hubiera herederos forzosos, aquélla quedará para éstos, abonándose al legatario la diferencia en metálico, si la reducción que hubiera de sufrir la empresa, para que quedaren libres las legítimas, superase la mitad de su valor. En caso de que la

aquélla. Tiene virtualidad en aquellos casos en los que los fines de la sociedad no sean lícitos porque, mediante la sociedad unipersonal, se pretenda quebrantar obligaciones de cualquier tipo o perjudicar fraudulentamente a terceros, o en los que, precisamente, el propio socio único haya promovido la confusión de su patrimonio y el de la sociedad unipersonal, al no respetar los límites que deben existir entre ambos, traspasando los mismos según su exclusiva conveniencia. Cf. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN, *op. cit.*, pp. 303-313.

⁸⁸ El precepto 821 Cc. se aplica a cualquier supuesto de cosa indivisible, o que desmerezca por su división, sea cosa mueble o inmueble. En aquellos casos en que por existir inoficiosidad se deba proceder a la reducción de un legado de cosa indivisible, el legislador permite que determinadas personas puedan quedarse con la totalidad de la misma con la carga de abonar el exceso a los demás interesados, estableciéndose como último recurso la posibilidad de venta en pública subasta.

reducción no comprenda la mitad del valor, quedará para el legatario, aunque los legitimarios deban percibir en metálico una parte de su legítima⁸⁹.

5. Los derechos de crédito nacidos de juegos de azar.

5.1. Aspectos generales.

El derecho de crédito contraído contra John Quesada, jugando al póquer en una de las cafeterías de D. Benicio, es un derecho de crédito internacional, pues existe un elemento de internacionalidad, dada la nacionalidad estadounidense de John Quesada. Teniendo esto en cuenta, habrá de determinarse la Ley aplicable al derecho de crédito, y para ello, habrá que acudir al art. 4.4 del Reglamento nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”).

Partimos del hecho de que este derecho de crédito supone el nacimiento de un contrato de préstamo entre las partes, pues D. Benicio no le exige la deuda que tiene con él, en el mismo momento en que es exigible, sino que le permite disponer de ese dinero (que ya sería de D. Benicio) durante un tiempo, teniendo John Quesada que devolvérselo cuando se lo exija. Entonces, teniendo en cuenta que el citado reglamento contiene la posibilidad de elección de Ley aplicable, pero ésta no se ha utilizado, habría que acudir al también citado art. 4, que recoge las reglas sobre Ley aplicable a falta de elección. La Ley aplicable en el presente caso no puede determinarse por los apartados uno y dos del art. 4 del Reglamento “Roma I”. En el primer apartado se establecen una serie de supuestos en relación con determinados contratos, pero el contrato de préstamo no se encuentra entre ellos. En el segundo apartado tampoco se puede encuadrar, porque en este tipo de contratos, los de préstamo, no hay prestación característica al consistir ambas prestaciones en dinero⁹⁰. Por todo esto, habría que acudir al apartado cuarto, que dice que “cuando la Ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la Ley del Estado con el que presente los vínculos más estrechos”. Este precepto nos lleva a la teoría de los vínculos más estrechos (que consiste en acudir al Ordenamiento jurídico que tenga más conexión con el caso concreto), y éstos los tendría con España, pues es en donde nace el derecho de crédito, y donde reside una de las partes.

Siendo, por tanto, la Ley aplicable el Derecho español, se determinará la existencia de este contrato, teniendo en cuenta su legalidad o ilegalidad. Y para esto será necesario analizar la legislación, la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia existente al respecto.

A pesar de que el derecho de crédito suponga el nacimiento de un contrato de préstamo, el contrato originario es un contrato aleatorio. En los contratos aleatorios la ventaja o contraprestación no es cierta y determinada desde el mismo instante en que el

⁸⁹ Vid. PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA, *op. cit.*, pp. 222-247.

⁹⁰ En los contratos bilaterales en los que los contratantes se obligan mutuamente a prestaciones recíprocas, la contraprestación de una de las partes, en la economía moderna, consiste habitualmente en dinero, por lo que dicha prestación no es característica del contrato. Es decir, la prestación característica es aquella prestación que se realiza en correspondencia por el pago. La teoría de la “prestación característica” sólo es aplicable en relación con contratos en los que una parte resulte obligada al pago del precio, y la otra parte deba entregar una cosa o realizar una conducta de hacer o de no hacer.

contrato se celebra, sino que depende de un acontecimiento incierto: la suerte. Por lo que los contratantes asumen un riesgo de pérdida o ganancia. El art. 1790 Cc. dice que “por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado”. Se puede decir que, son tres elementos los que, si concurren, tipifican el contrato de aleatorio: la incertidumbre inicial en que se encuentran las partes en cuanto al resultado de la operación, la subsistencia del carácter aleatorio del contrato, es decir, la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, y la voluntariedad de las partes al comprometerse a contraer el riesgo.

El Código civil regula determinados contratos como aleatorios y, entre ellos, se encuentran el juego y la apuesta (arts. 1798 a 1801 Cc.). Los regula unitariamente pero no da un concepto de los mismos, pero el criterio generalmente utilizado para diferenciarlos consiste en que el resultado dependa, o no, de la participación de los interesados. En el juego, el acontecimiento incierto depende en gran medida de la habilidad o destreza de los jugadores. En cambio, en la apuesta las partes no desarrollan ninguna actividad, y se limitan a contrastar la existencia del supuesto incierto. Sin embargo, hay que advertir que esta distinción tiene un valor relativo, pues existen supuestos calificados de juegos, en los que el resultado prácticamente no depende de los jugadores.

Otro criterio es aquel que atiende a la certeza o a la inseguridad del resultado, de manera que se tratará de juego cuando el resultado dependa de un acontecimiento objetivamente inseguro, y será apuesta cuando dependa de un acontecimiento objetivamente cierto. Con este criterio, el concepto de apuesta se limita a las que se refieran a un hecho pasado, es decir, a aquellas en que la disputa versa sobre el error o la ignorancia de una de las partes⁹¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece adecuado encuadrar el póquer dentro de la categoría del juego, pues depende de la habilidad de los jugadores, y de un hecho objetivamente inseguro, que en ningún caso se refiere a un hecho pasado.

Los distintos Ordenamientos jurídicos nunca han adoptado una actitud clara y única respecto del juego, pues no han procedido a una condena rotunda y radical, ni tampoco a una permisividad sin límites. El Código civil distingue entre juegos o apuestas autorizados, o permitidos, y prohibidos. Juegos prohibidos son los de suerte, envite o azar. En relación con estos juegos, el art. 1798 Cc. establece que “la Ley no concede acción para reclamar lo que se gana, pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o que estuviera inhabilitado para la administración de sus bienes”, es decir, determina que el perdedor no queda obligado civilmente⁹². La reglamentación legal proporciona un

⁹¹ Cf. LETE DEL RÍO, JOSÉ M., *Derecho de obligaciones*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 470-474.

⁹² En vista del art. 1798 Cc. parece necesario aludir al tema de las obligaciones naturales. Se entiende por obligaciones naturales aquellas obligaciones que no confieren al acreedor derecho para exigir su cumplimiento, pero para que una vez cumplidas espontáneamente por el obligado, autorizan al acreedor para retener lo que ha recibido en pago. En suma, son obligaciones no coercibles. En las

concepto negativo de los juegos permitidos: que son aquellos que no son de suerte, envite o azar (arts. 1798 y 1801 Cc.). No obstante, de acuerdo con lo dicho anteriormente, se deberán considerar permitidos aquellos otros juegos que, a pesar de ser inequívocamente de suerte, envite o azar, han sido legalmente autorizados, pues hoy, la clave de la distinción entre juegos prohibidos y permitidos radica, no tanto en la índole del juego mismo, cuanto en la circunstancia de que se trate de juego autorizado realizado en casa de juego autorizada o, por el contrario, de juego no autorizado (cualquiera que sea el lugar donde se practique) o que, aun siendo de los autorizados, se practique en casa no autorizada⁹³.

5.2. Consecuencias de la ilegalidad del juego

En la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de Diciembre, de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la Vía del artículo 143 de la Constitución, se establece, en su art. 2, que se transfiere, a estas CC.AA., la competencia exclusiva sobre casinos, juegos y apuestas con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas, entre otras⁹⁴. Entre estas CC.AA., se encuentra Madrid, donde tiene lugar la partida de póquer entre D. Benicio y John Quesada, por tanto, habrá que acudir a las normas de esta Comunidad a fin de determinar su prohibición o su autorización. El Decreto 58/2006, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego en la Comunidad de Madrid, recoge, en su art. 1.3, los juegos que tienen carácter exclusivo de casinos y entre ellos, en la letra j), se encuentra el póquer. El mismo artículo, en su punto cuarto, señala que “queda prohibida la organización y práctica de juegos que, con el mismo o distinto nombre, constituyan modalidades de juegos exclusivos de casinos de juego y se realicen fuera de dichos establecimientos o al margen de las autorizaciones, requisitos y condiciones establecidos en este reglamento”. En vista de lo anterior, se puede afirmar que, la partida de póquer que tuvo lugar en una de las cafeterías de D. Benicio tiene el carácter de prohibido por realizarse en un lugar no autorizado.

Una vez determinada la ilegalidad del juego que provoca el derecho de crédito, se analizará qué consecuencias comporta esto, pasando a ver la jurisprudencia existente y la evolución que se produce en la misma.

El Tribunal Supremo, en una sentencia innovadora para aquel entonces (en la STS de 23 de febrero de 1988, Sala 1ª) consideró que “[...] los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no pueden seguir considerándose prohibidos y, en consecuencia, obligan a pagar al que pierde

obligaciones naturales no existe propiamente un vínculo jurídico entre un acreedor y un deudor, son simplemente obligaciones no exigibles. Pero el pago espontáneo no da derecho de repetir o de pedir la devolución de lo pagado. En la obligación natural es la voluntad del deudor la que otorga validez extintiva al pago efectuado. Las obligaciones naturales conservan su carácter obligatorio a cargo del deudor, pero carecen de coercibilidad, lo que indica que el vínculo jurídico, como relación acreedor-deudor, carece de fuerza impositiva y adquiere la naturaleza de un deber moral: el deudor está obligado ante sí mismo a cumplir la prestación prometida. Tal ocurre con la deuda de juego, que carece de acción de cumplimiento, pero que efectuado el pago por el deudor, éste no puede pedir su devolución.

⁹³ Cf. LETE DEL RÍO, JOSÉ M., *op. cit.*, pp. 470-474.

⁹⁴ Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León.

[...]”. El TS expresa su voluntad de adecuar a la realidad social del tiempo presente, los preceptos del Código civil que niegan el derecho a exigir lo ganado, y rompe con la doctrina jurisprudencial tradicional, que avalaba esta interpretación. El sentido de estos preceptos guarda relación con la prohibición de los juegos propia de la época, y la Sala estima que “[...] cualquier otra interpretación, enraizada en la tradicional inexigibilidad de las deudas de juego o basada en motivos morales, sociales o familiares [...], sería además contraria al principio de seguridad jurídica consagrado por la Constitución y a la seriedad del tráfico comercial, en el que se integra plenamente [...]”, asegura que “[...] la práctica del juego en aquellos locales y casinos que, ajustándose a las específicas exigencias legales, hacen de tales juegos objeto propio de su actividad pública [...]”. Esta misma sentencia también alude a los efectos que provoca el incumplimiento de una norma administrativa, señalando que “[...] el hecho de infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego (artículo 10 del Decreto de 11 de marzo de 1977) no transforma el juego que es lícito en ilícito, pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (artículo 6.3 del Código Civil), cual ocurre en el supuesto contemplado en el que tal contravención es objeto de especiales sanciones previstas en la propia normativa [...]”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de enero de 1995, Sala 1ª, diciendo que “[...] si bien es cierto que el Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 y Decreto complementario de 11 de marzo del mismo año no han derogado los preceptos del Código civil dedicados al juego y la apuesta (artículos 1.798 a 1.801, ambos inclusive), dado que aquellas disposiciones se refieren a aspectos penales, administrativos y fiscales de determinados juegos de suerte, envite o azar, el tenor y significación de dichas disposiciones obliga a una interpretación de todo el conjunto normativo adecuada a la realidad social del tiempo presente (artículo 3.1 del Código civil), lo que conduce a excluir la existencia de causa torpe o ilícita en el juego legalizado desde el momento en que la propia Ley expresamente lo regula y reglamenta, tanto en las disposiciones anteriormente mencionadas como en las específicas y recientes “leyes del juego y apuestas” de las distintas Comunidades Autónomas que integran el Estado español. De tal interpretación normativa ha de inferirse que los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no pueden seguir considerándose prohibidos y, en consecuencia, obligan a pagar al que pierde y, por ello, el que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado [...]”. Y también vuelve a afirmar lo dicho por la jurisprudencia anterior sobre los efectos de la vulneración de normas administrativas.

Esta misma jurisprudencia se reitera también por la Sta. nº 1105/1997 de la AP de Madrid (sección 21ª), de 21 de mayo de 1997: “[...] infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego, no transforma el juego que es lícito en ilícito [...]”. Y en la misma línea la Sta. nº 282/1998 de la AP de Girona (sección 1ª), de 3 de marzo de 1998 y la Sta. nº 590/2008 de la AP de Bizkaia (sección 5ª), de 7 de marzo de 2008.

Respecto de los juegos prohibidos o realizados en lugar no autorizado, tal y como sucede en nuestro supuesto, la STS de 8 de julio de 2002, Sala 1ª, dice que “[...]”

dimanante la obligación cuyo cumplimiento se exige en la demanda de pérdidas sufridas por el demandado en juego prohibido, carente por lo tanto el actor de acción para su reclamación, no puede hablarse de que el demandado haya actuado, en su oposición al pago, de mala fe, en contradicción con su anterior conducta; estimarlo así sería contravenir por tal vía la prohibición de los juegos de azar desarrollados fuera de los lugares autorizados para ello, haciendo inoperante la ilicitud de la causa que justifica la denegación de acción para exigir al que pierde en tales juegos el pago de lo perdido [...]”.

Se produce un giro en la jurisprudencia a partir de la STS de 10 de octubre de 2008, Sala 1ª, respecto a los efectos que produce la infracción de una norma administrativa. La cuestión a considerar es si la infracción de una norma administrativa puede tener o no efectos que vayan más allá de la mera sanción administrativa, en definitiva, si la sanción administrativa no agota la respuesta del Ordenamiento jurídico porque, además, serían posibles consecuencias civiles en forma de inexigibilidad del cumplimiento de la deuda del jugador. La jurisprudencia anterior a la sentencia mencionada era favorable a la plenitud de efectos civiles de los contratos entre particulares, aunque sus cláusulas infringieran alguna norma administrativa y se correspondía, además, con la jurisprudencia que en general sostenía que “[...] la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas [...]”⁹⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente no permitía seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas. Así, la sentencia de 31 de octubre de 2007, Sala 1ª, casó la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimó la demanda porque se fundaba en un contrato que infringía la Ley de Cooperativas Andaluzas, en cuanto a los porcentajes máximos de elaboración de productos no procedentes de los propios cooperativistas. La sentencia recurrida había rechazado la ineficacia civil de dicho contrato porque la superación de aquellos porcentajes ya aparecía prevista en la citada Ley como falta grave, sancionada incluso con la descalificación de la cooperativa, sanción administrativa que excluiría la nulidad civil del contrato o de parte del mismo. Por su parte, la sentencia de 25 de septiembre de 2006, Sala 1ª, declara, en relación con el art. 6.3 Cc., de un lado, que “[...] el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público [...]”, y de otro, que “[...] cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez [...]”. Asimismo, la sentencia de 30 de noviembre de 2006, Sala 1ª, reconoce que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma.

⁹⁵ STS de 26 de abril de 1995, Sala 1ª, y STS de 22 de julio de 1997, Sala 1ª.

Por tanto, actualmente, con carácter general, puede sostenerse que la sanción administrativa no excluye la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa, o prohibitiva.

En este sentido, señala la STS de 10 de octubre de 2008, Sala 1ª, que “[...] una interpretación del art. 6.3 del Código Civil que llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas la exclusión de la nulidad civil por la sanción administrativa, conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito, por prever el Ordenamiento jurídico para el caso de contravención un efecto tan enérgico como la pena misma, y ello comportaría, de hecho, dejar sin efecto el régimen del propio Código Civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos (arts. 1271 párrafo tercero, 1275 y 1305) [...]”.

Y como conclusión de lo anterior, puede afirmarse que, la sanción administrativa, por infringir la prohibición de que se trata, no agota la respuesta del Ordenamiento jurídico contra el infractor, porque también caben consecuencias civiles en su contra debido al alcance y trascendencia de dicha prohibición. Entonces, por lo que se refiere al derecho de crédito que le corresponde a D. Benicio, éste ha sido contraído vulnerando normas administrativas que impiden jugar al póquer fuera de los lugares autorizados, como lo es la cafetería del acreedor. Por tanto, las consecuencias de dicha vulneración, en virtud de la jurisprudencia actual, no se limitan a la sanción administrativa, sino que también se producirán efectos sobre el contrato mismo.

Teniendo en cuenta el art. 1275 Cc., que establece que “los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno”, y especifica que “es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”, se puede llegar a la conclusión de que el contrato de préstamo, entre D. Benicio y John Quesada, es nulo de pleno derecho, por tener causa ilícita, al ser dicha causa un juego en un lugar prohibido.

Por todo esto, siendo nulo de pleno derecho el contrato entre las partes, no se podrá suceder en algo que no existe y que nunca existió, por consiguiente, en la sucesión no se habrá de tener en cuenta dicho crédito de 30.000 euros que se incluía dentro de la herencia de Feliciano⁹⁶. Y como consecuencia, la posterior cesión del crédito por parte de Dña. Matilde a la sociedad “Póquer España”, a cambio de 25.000 euros, también sería nula.

⁹⁶ El principal efecto de la nulidad de pleno derecho es la total falta de efectos del contrato afectado por la misma. Por tal causa, el Código civil es claro al establecer que no cabe la convalidación de este tipo de contratos. La nulidad de pleno derecho produce efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen, retrotrayendo la situación jurídica a ese estado anterior.

VII. LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA OTORGADA EN EL AÑO 2012.

1. Consideraciones generales sobre el testamento.

1.1. El testamento otorgado en peligro de muerte.

El segundo testamento (el que otorga D. Benicio en agosto de 2012, pocas horas antes de morir, ante Dña. Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad, escrito por Maita y el cual D. Benicio firma con sus débiles manos justo antes de fallecer) se podría encuadrar en el segundo tipo de testamentos abiertos. Es decir, aquellos en los que, extraordinariamente, no interviene notario. El testamento en peligro de muerte es una variedad del testamento abierto, pues se otorga ante testigos (que sustituyen al notario) y está recogido en el art. 700 Cc., el cual establece que “si el testador se hallare en peligro de muerte, puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario”. Es un testamento que la Ley prevé para circunstancias especiales, y en el que, por los motivos indicados en su propio nombre, los requisitos son menores que en los demás. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el resto de los requisitos no reciben un tratamiento específico respecto a los arts.700 y ss. Cc. La normativa será la común, es decir, que las demás formalidades legales deben cumplirse sin que puedan eludirse de ninguna manera, y así lo señala el TS⁹⁷.

El testamento en peligro de muerte se trata de un testamento abierto de carácter privado y excepcional, que ha sido abiertamente criticado por los Tribunales (al exigir un cuidado exquisito y un rigor inflexible) llamados a intervenir en la admisión y elevación pública de dichos testamentos, habiéndose subrayado que éstos se pueden prestar a falsificaciones.

1.2. Requisitos de validez.

Los requisitos de capacidad del testador serán los generales, ya que, el hecho de que se trate de simplificar los trámites del testamento, no autoriza a otorgarlo a quien, en otras condiciones, no hubiera podido hacerlo. Los testigos deben de formar juicio favorable sobre la capacidad del testador, en el momento del otorgamiento, y en ello coinciden, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, pero habrá que partir, como en cualquier supuesto, de la presunción de capacidad del testador.

En referencia al “peligro de muerte”, éste es necesario para la validez de esta clase de testamentos: ha de existir una situación de peligro de muerte para el testador. No obstante, no es necesario que el peligro sea absolutamente real y objetivo, sino que basta con un grave peligro que aparezca fundado, creído de buena fe por los que asisten al enfermo, y estimado como causa y fundamento de esta forma de testar⁹⁸.

⁹⁷ Confirmado dicho criterio por la STS de 10 de junio de 1966, Sala 1ª.

⁹⁸ En cambio, gran parte de la doctrina estima que no basta una enfermedad grave que haga prever la muerte, sino que deben concurrir circunstancias urgentes y extremas de peligro racional e inmediato de perder la vida, hasta el punto de que la inminencia del peligro es condición *sine qua non* del testamento. En cualquier caso, la jurisprudencia ha entendido que la justificación de la urgencia y

El hecho de que no constara que el testador estuviera en peligro de muerte supondría la nulidad del testamento, por lo tanto, debe entenderse que no basta que se otorgue en estado de grave enfermedad, ya que es preciso que figure en una situación urgente, inmediata y extrema, que haga temer un próximo y fatal desenlace. Debiendo acreditarse tanto la existencia de ese peligro que apremia, como el hecho de no ser racionalmente posible la intervención notarial. Pero por otro lado, el TS ha puesto de relieve que “[...] el testamento en peligro de muerte inminente se refiere, única y exclusivamente, a aquellos momentos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir al notario, mas dada su finalidad, que es la de facilitar la expresión de la última voluntad, no debe hacerse con criterio estricto la apreciación de la inminencia del peligro de muerte, aunque es esencial el carácter del estado de peligro, sin el cual no ha de entenderse válido [...]”⁹⁹.

En el supuesto de hecho hay que analizar si se da un supuesto de peligro de muerte, pues parece que, siguiendo la jurisprudencia, y sobre todo la doctrina, (que ha establecido que no basta una enfermedad grave, sino que es preciso que exista una situación urgente y extrema), no se podría considerar que D. Benicio estuviese en una situación en peligro de muerte. Y ello porque no hay situación extrema, al ser tal muerte previsible desde que contrajo la grave enfermedad. Y al ser la muerte previsible, el causante podría haberse desplazado con anterioridad a un notario para cambiar su voluntad testamentaria, sin necesidad de esperar a las últimas horas de su muerte. Sin embargo, también hay otra parte de la jurisprudencia, como se ha expuesto, que solo exige la pérdida de toda esperanza de salvación de esa persona. Parece que dentro de este supuesto sí que se podría encuadrar la situación de D. Benicio, puesto que su muerte era inminente debido a su estado de gravedad y de hecho, fallece tan solo unas horas después de firmar el testamento. Por todo esto, para afirmar rotundamente que existe o no peligro de muerte habría que disponer, quizás, de más datos sobre el concreto caso. No pudiendo decantarse por ninguna de las opciones, se pasará a examinar los demás requisitos, aunque quizás habría que inclinarse por la postura más rígida, es decir, la de exigir un peligro grave, urgente y extremo, no bastando la sola enfermedad, pues como ya se ha dicho, este tipo de testamento se puede prestar a falsificaciones.

Otro requisito clave, para la posible utilización de la forma comentada, es que el notario no pueda intervenir, y tal justificación es cada vez más limitada, por el mayor número de notarías y la mayor facilidad de las comunicaciones. Por tanto, cuando se pueda esperar la llegada del notario, desaparece la razón de estos testamentos excepcionales. Este requisito no es exigido por el Código civil, pero sí lo es por la

necesidad ha de hacerse después, y que la prueba de si se dan esas circunstancias, es una cuestión de hecho reservada a la sala de instancia, precisando en cuanto a sus requisitos que “[...] este testamento en peligro de muerte inminente requiere como requisitos necesarios para su validez: que se otorgue ante cinco testigos idóneos; que se escriba el testamento, siendo posible; que se acuda al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, y la importantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta clase de testamentos se concreta en la necesidad de que el testador en peligro de muerte tenga el propósito serio y deliberado de otorgarlo, y que los cinco testigos idóneos han de formar juicio y estar presentes en el acto [...]” Cf. STS 4 octubre de 1957, Sala 1ª.

⁹⁹ STS de 2 de julio de 1977, Sala 1ª.

doctrina y jurisprudencia del TS, a la vista de una interpretación lógica y finalista de esta forma de testar. Ha de acreditarse, entonces, el motivo que impida la concurrencia del notario, y no solo acreditarse, sino que, además, ese motivo ha de ser válido y suficiente para excusar la ausencia del notario.

Respecto a este tema, se pronuncia, entre otras, la STS de 2 de julio de 1977, Sala 1ª, citada anteriormente, diciendo que “[...] 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 [...]”. Por su parte, la STS de 10 de junio de 2005, Sala 1ª, dice que “[...] en definitiva, resultaba obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario de una manera voluntaria; y, en este caso, no existe dato demostrativo alguno en las actuaciones respecto a que, de alguna manera, se haya procurado tal intervención, lo que, al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase con destino en la Capital, y sin que obstaculice a ello la circunstancia de que el día 11 de septiembre de 1992 fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia como la del supuesto del debate [...]”. Y, por último, cabe aludir a la STS de 27 de junio de 2000, Sala 1ª, que afirma que “[...] la imposibilidad de la intervención notarial no aparece en la redacción del precepto, pero es necesario entenderlo así, pues el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido, describiendo así la situación de modo concreto, que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto [...]”.

A la luz de la jurisprudencia anterior queda claro que es imprescindible acreditar la imposibilidad de la concurrencia de un notario pues, en caso contrario, y si ésta fuera posible, habría de otorgarse un testamento abierto notarial, sin necesidad de acudir a esta forma especial de testar. Por lo que se refiere al supuesto de hecho, no está claro si hubo voluntariedad de prescindir del notario, o, por el contrario, se hizo lo posible para que éste acudiera a donde se encontraba D. Benicio. En este caso, nos encontramos ante un supuesto similar al de la STS de 10 de junio de 2005, pues se presume que D. Benicio se encontraba en donde tenía su residencia, que es en Madrid, y la sentencia dice, refiriéndose a la búsqueda de un notario, que “[...] al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase [...]”. Entonces, quizás habría que entender que los testigos tampoco hicieron todo lo posible por localizar a un notario, pues la muerte de D. Benicio aún tiene lugar varias horas después de otorgar testamento. Considerando posible localizar en tres horas a un notario en Madrid, ya sería nulo este testamento.

Pero aún existen más motivos de nulidad de esta disposición testamentaria, ya que en cuanto al requisito de los testigos, requiere el art. 700 Cc. que concurren cinco, y se señala que éstos deben ser idóneos, siéndoles aplicables, tanto las idoneidades del art. 681 Cc., como las del art. 682 Cc., debiendo conocer al testador, pues así resulta de los términos empleados por el art. 685 Cc. Las idoneidades recogidas en los artículos citados establecen que no podrán ser testigos en los testamentos los menores de edad, salvo lo dispuesto en el art. 701 Cc., los ciegos y los totalmente sordos o mudos, los que no entiendan el idioma del testador, los que no estén en su sano juicio, y el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad del notario autorizante, y quienes tengan con éste relación de trabajo. Asimismo, 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 afinidad¹⁰⁰. La razón de esta última prohibición es clara, y afecta a la credibilidad del testigo y a la realidad de lo instituido por el testador. No parece aceptable que, quien es beneficiado por el testamento, sea, al mismo tiempo, testigo de su otorgamiento porque podría mantenerse que no ha sido veraz para favorecerse a sí mismo.

En vista de lo anterior, se puede afirmar que las reglas de idoneidad no son cumplidas por los testigos que están presentes en el otorgamiento del testamento dictado en agosto de 2012. Tres de los testigos incumplen, de manera clara, la prohibición de ser testigos los herederos o legatarios instituidos en el testamento, pues dos de ellos son herederos (Maita y Feliciano), y Matilde, es usufructuaria¹⁰¹.

La necesidad de intervención de los testigos supone que, la falta de cualquiera de ellos, al ser exigidos por la Ley, da lugar a la nulidad del testamento. Asimismo, la intervención de un testigo que no fuera idóneo (con lo cual el número de testigos no sería el adecuado) daría lugar a la nulidad del testamento. Teniendo esto en cuenta, parte de los testigos no son idóneos, por lo que el número ya no es el adecuado y esto conlleva, irremediablemente, a la nulidad del último testamento dictado por D. Benicio.

¹⁰⁰ Cabe precisar, que esta prohibición es aplicable exclusivamente al testamento abierto, ya que en los otros testamentos, el testador se reserva el contenido del mismo y los testigos ignoran lo que dice el testamento, no habiendo razón de incapacidad en los mismos. Ahora bien, su aplicación debe extenderse a todos los testamentos abiertos, incluso a los otorgados sin necesidad de notario.

¹⁰¹ Una parte de la jurisprudencia considera que quien suceda en el usufructo de una herencia o de una cuota de ella, habitualmente, debe ser considerado legatario. El sucesor usufructuario lo es, por tanto, a título particular, no se subroga en la posición jurídica de su causante, ni es llamado a la generalidad de los derechos y obligaciones, ni responde personalmente por las deudas y cargas de la herencia, entre otras características. No obstante, cabría la posibilidad de configurar al usufructuario como heredero cuando, a modo de supuesto de la institución *ex re certa*, quepa estimar que el causante le asignó ese derecho de usufructuario para, mediante el mismo, concretar la partición que le quería conceder en la generalidad de la herencia. La solución más frecuente es interpretar que se está ante una sustitución fideicomisaria, por presumir que el testador, al designar usufructuario, estaba pensando en un heredero fiduciario (Resolución DGRN de 2 de diciembre de 1986). En otras ocasiones, la jurisprudencia reconoce la condición de heredero al usufructuario que tiene la condición de cónyuge viudo. Lo importante, a los efectos del caso, es que Matilde, al ser usufructuaria, se considera o bien heredera, o bien legataria, por lo tanto, está claro que incumple una de las prohibiciones para ser testigo. Y aún en caso de que no cumpliera este requisito se encontraría dentro de los parientes de hasta cuarto grado de los herederos o legatarios.

Otro requisito que cabe mencionar, se recoge en el art. 702 Cc. que dice que “se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”. Se apunta que es indiferente que el escrito sea autógrafo o herógrafo, manuscrito o mecanografiado, pero que es indispensable que la presentación del escrito vaya acompañada de la manifestación del testador, clara e indudable, de que contiene su última voluntad. Este requisito sí que estaría cumplido, pues el testamento está escrito, aunque no por parte de un testigo válido.

Y el último requisito es que exista voluntad para testar y que conste claramente. Tal necesidad se deduce del conjunto de las normas testamentarias recogidas en el mismo Código, y se ha puesto de relieve su obligatoriedad por la jurisprudencia. Sobre este requisito, también puede estar en duda su cumplimiento, teniendo en cuenta las circunstancias en que se produce, y a quien favorece el mismo¹⁰².

2. La ineficacia general de los testamentos.

2.1. Aspectos generales.

Por diversos motivos, el testamento puede no producir efectos. El motivo más frecuente es el de su revocación ulterior por otro testamento, pero también pudiera suceder que el heredero premuera al testador, o que no tenga capacidad para suceder, o que el testamento fuera nulo. El Código civil no contiene una normativa general de la ineficacia del testamento, se limita a hablar de nulidad, de ineficacia y caducidad. Por ello, se hace preciso llenar ese vacío acudiendo a la aplicación analógica de la ineficacia contractual, aunque sin olvidar la distinta naturaleza y estructura del testamento y el contrato, que impedirá una traslación mecánica.

Para una parte de la doctrina, la ineficacia debe distinguirse de la revocación, y cuando la determina la Ley puede ser expresa o tácita (cuando se deduce lógica y jurídicamente del desacuerdo existente entre lo dispuesto por el testador y lo que la Ley ordena)¹⁰³. Ésta puede obedecer a diversas causas: por razón de nulidad, por razón de su propia naturaleza o su término, y por razón de caducidad, o por la omisión de determinados actos que la Ley exija para que tengan validez. Sin embargo, para otra, la revocación del testamento sí es una causa de ineficacia del testamento, sobrevenida, consistente en un acto o negocio jurídico *mortis causa* irrevocable, voluntario e irrenunciable, por el que el testador manifiesta su voluntad, expresa, tácita o presuntivamente, de dejar sin efecto su testamento anterior, válido en origen¹⁰⁴.

¹⁰² En relación con este tipo de testamento cabe hacer una última referencia al art. 704 Cc., que dispone que “los testamentos otorgados sin autorización del notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Entonces, para que sea válido el testamento en peligro de muerte habrá que elevarlo a escritura pública y protocolizarlo en todo caso. Y estas actuaciones podrán ser llevadas a cabo por cualquier parte legítima de acuerdo con la LEC. Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *Los testamentos*, op. cit., pp. 307-329.

¹⁰³ Vid. MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo V, Madrid, 1921, p. 768.

¹⁰⁴ Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1995, tomo I, p.279. Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *Los testamentos*, op. cit., pp. 787- 789.

Por lo que respecta al supuesto de hecho interesará la revocación y la nulidad, por lo tanto, nos centraremos en ellas.

2.2. La revocación.

La revocación es un acto voluntario y personalísimo. En cuanto a sus requisitos señala el art. 738 Cc. que “el testamento no puede ser revocado en todo, ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar”. Dentro de la revocación se distinguen por la doctrina, en general, tres clases: la revocación expresa, que es aquella que tiene lugar cuando el testador manifiesta de manera consciente, clara y concreta su voluntad de dejar sin efecto, en todo o en parte el testamento anterior; la derogación tácita, en la que por la nueva manifestación testamentaria se entiende derogada la primera; y la revocación real o material, que tiene lugar cuando el testamento cerrado se rompe por el testador.

A los efectos del caso, interesa la segunda clase de revocación, la tácita, ya que en el nuevo testamento no hay ninguna mención expresa a la derogación del anterior. A este tipo de revocación se refiere el art. 739 Cc. diciendo que “el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”. La revocación tácita tiene lugar, por tanto, cuando el testador otorga simplemente nuevo testamento, sin expresar explícitamente que revoca el anterior.

No cabe entrar en la disyuntiva de si el testamento anterior ha de mantenerse en todo o en parte, pues en este caso, ambos testamentos son incompatibles entre sí¹⁰⁵. Por consiguiente, en principio, con el otorgamiento del nuevo testamento en 2012, quedaría revocado el anterior dictado en 2005¹⁰⁶.

2.3. La nulidad.

2.3.1. Causas de nulidad.

El testamento será nulo cuando en su otorgamiento no hayan concurrido los requisitos necesarios para su validez. De tal suerte, las causas por las que un testamento se convertiría en nulo serían: la falta de capacidad para testar, los vicios en la voluntad del testador, la no correspondencia del testamento con una forma de testar admitida por el Ordenamiento jurídico, y la infracción de las solemnidades esenciales del tipo de testamento que se otorgue¹⁰⁷. Dichas causas, serán las que se examinarán a continuación.

2.3.2. La capacidad para testar mediando enfermedad física grave.

El Ordenamiento jurídico exige una capacidad para testar, por lo que si la misma no existe, dará lugar a la nulidad del testamento. Hay que determinar, por tanto, si el

¹⁰⁵ La jurisprudencia más reciente ha mantenido la posibilidad de compatibilizar ambos testamentos, no solo por declaración expresa del testador, sino incluso tácita, y así se ha manifestado en la STS de 14 de mayo de 1996, Sala 1ª.

¹⁰⁶ Se verá después que la revocación surte efecto solo si el testamento es perfecto, por tanto, si es nulo, revive el anterior.

¹⁰⁷ Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *Los testamentos*, op. cit., pp. 789-790.

testador tenía capacidad para testar, y en este sentido, el art. 663.2 Cc. señala que está incapacitado para testar “el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Este precepto, como vemos, no especifica qué enfermedades o circunstancias concretas son las que incapacitan para testar por falta de cabal juicio, se trata, pues, de una fórmula abierta. Y, con referencia al caso que nos atañe, en un caso de una enfermedad física grave del causante, lo que el TS ha venido estableciendo es que para el válido otorgamiento de un testamento no es preciso que el testador se encuentre en un perfecto estado corporal. Por consiguiente, la sola enfermedad física, incluso aunque sea grave, como la del caso, no incapacita, en principio, para testar¹⁰⁸.

Un caso más problemático tiene lugar cuando alguien en los días previos a su fallecimiento dicta testamento. Es decir, la cuestión de si un moribundo puede considerarse incapacitado para testar. El Código civil, en el art. 700, regula el derecho de testar del próximo a morir, refiriéndose a un testamento sin la presencia de notario, tal y como se acaba de exponer. Por tanto, en principio ha de estimarse de manera implícita que nuestro Código, al regular este tipo de testamento, considera que el hecho de estar próximo a morir, no implica que una persona tenga afectadas sus facultades mentales¹⁰⁹.

De esta suerte, ha de partirse de la idea de que debe presumirse la capacidad para testar del moribundo, ya otorgue testamento ante notario, o solo ante testigos, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto por el art. 662 Cc. Ahora bien, sí que hay una diferencia entre los testamentos notariales y aquellos en los que no interviene notario, y ésta radica en que, en los primeros, esta presunción *iuris tantum* de capacidad del testador viene reforzada por la afirmación del notario de la capacidad del testador. Ello implica, teniendo en cuenta el prestigio de la función notarial, que el demandante que solicita la nulidad de ese testamento debe dar una prueba convincente de la incapacidad del testador. Se trata de una prueba cualificada, no bastando, seguramente, con una prueba en contra para romper tal presunción. Por el contrario, en los testamentos no notariales, al no existir intervención del notario que afirmase la capacidad del testador, es mucho

¹⁰⁸ En este sentido es muy clara la Sta. nº 761/2010, de la AP de Bilbao (sección 4ª), de 5 de octubre, en la que manifiesta que la enfermedad no obsta al libre ejercicio de la facultad de testar, si es que el enfermo mantiene íntegras sus facultades intelectuales y que, por consiguiente, solo si los padecimientos físicos afectan, de modo evidente, al estado mental, podría anularse un testamento por incapacidad.

¹⁰⁹ Esto no ha sido siempre así, ya que en nuestro Ordenamiento, el testamento del moribundo ha estado bajo sospecha. Las Leyes primera a sexta del Título II, del Libro V, del Fuero Viejo de Castilla, restringían el derecho a testar del que “fuere doliente” o “estuviera alechigado de enfermedad, acuitada de muerte”, no permitiéndole testar más que sobre el quinto de sus bienes. La doctrina también ha mantenido una opinión semejante ante el testamento *in extremis*, poniendo de relieve los peligros de tal tipo de testamento y manteniendo que es preferible siempre una sucesión *ab intestato* moldeada, como sabemos, por el legislador, según dirección e intensidad del cariño y afecciones entre los hombres, a los peligros y sospechas que produce un testamento dictado por persona de dudoso juicio al otorgarlo. En este sentido, se mantiene que los moribundos se encuentran en una zona fronteriza donde cabe dudar de que tengan una perfecta razón, de manera que el juez podría invalidar más fácilmente los actos otorgados por los moribundos.

más fácil, para el demandante, probar que el testador no tenía capacidad y, por tanto, será más fácil que un Tribunal se pronuncie a favor de la nulidad de un testamento¹¹⁰.

En conclusión, no podremos decir que el segundo testamento, otorgado por D. Benicio, sea nulo por falta de capacidad en el testador.

2.3.3. *Los vicios del consentimiento.*

Un problema aparte lo constituye que la voluntad del testador no haya sido expresada libremente, sino que en su emisión hayan intervenido vicios de la voluntad. En este testamento, en atención a las circunstancias en que se produce, es necesario analizar los vicios del consentimiento y su posible apreciación o no en el supuesto.

El testamento es una declaración de voluntad, y para que la misma sea eficaz no solo debe ser capaz el testador sino que, además, la voluntad no debe estar mediatizada por la existencia de ningún vicio que la anule o contamine. Efectivamente, para que el testamento, en cuanto negocio jurídico, produzca efectos legales, es absolutamente necesario que el testador lo haga en forma deliberada y consciente, o en otras palabras, que no concurren vicios que interfieran en la voluntad y en la libertad de su voluntad testamentaria. La voluntad debe ser libre, consciente, manifestada espontáneamente y exenta de vicios. En el caso de que esto no sea así, y se halle afectada por vicios, éstos pueden servir como base para invalidarlo, en su totalidad o en parte, dependiendo del alcance que demuestren sobre el instrumento testamentario. Y ello, como respeto a la persona del testador, y también como protección a las expectativas y derechos de los sucesores legítimos. Así, el art. 673 Cc. establece que “será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude” (y también es aceptado como vicio, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, el error).

El error tiene lugar cuando se forma una determinada voluntad interna sobre la base de una creencia inexacta, y tal voluntad coincide con lo declarado: la declaración contiene la voluntad interna, pero ésta se formó viciosamente, dejando nula aquélla. Para que opere se requiere que la idea errónea sea segura, esto es, que el testador esté convencido internamente, con total certidumbre de lo que está declarando. Además de ser esencial, en el sentido de que sin él no se hubiera emitido la declaración. Es decir, que conociendo la realidad exacta, no se hubiera querido efectuar el testamento, o se hubiera efectuado de forma distinta.

El concepto de violencia es muy amplio y abarca un amplio espectro de situaciones, como son aquellas en las que intervienen intimidaciones, amenazas, coacciones y, en general, lo que se hace contra el propio gusto. En relación al testamento, no se hace distinción, en el art. 673 Cc., entre los tipos de violencia física y moral. La violencia como vicio, ha de ser causal, grave e injusta, pues así debe deducirse de la naturaleza de la institución testamentaria, de su importancia social y de la sistemática del propio Código civil.

Los factores que intervienen en la intimidación son: el mal, la amenaza, el temor y la evitación del mal. Ha de ser un mal cuya producción aparece anunciada por quien

¹¹⁰ Cf. RODRÍGUEZ GUTIÁN, ALMA MARÍA, *La capacidad para testar: especial referencia al testador anciano*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 37-48.

intimida, y con el objeto de obtener la declaración que desea quien amenaza con aquél, infundiendo al amenazado el temor de sufrirlo, y para evitarlo, el testador se pronuncia tal y como le impone quien lo intimida. La verdadera violencia no se limita a limitar el consentimiento, sino que, en realidad, lo excluye totalmente, pues el verdadero no se manifiesta: lo que se evidencia es la voluntad del inductor de la violencia y no la del declarante, que queda sin exteriorizar. La intimidación ha de quedar suficientemente probada por quien insta la nulidad¹¹¹.

En cuanto al dolo, ha de entenderse éste en el sentido que se marca para los contratos en el art. 1269 Cc., pues no hay en el Código civil una definición específica de él en este ámbito testamentario. Habrá dolo o fraude, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induzca al testador a emitir una declaración de voluntad en forma de testamento, que sin ellas no hubiera hecho. El dolo engloba toda clase de falsedades o de engaños, cualquiera que sea la forma en que se presenten, siempre que sea con el propósito de inducir a error, confusión o engaño. Para que el dolo pueda hacer nulo un testamento, debe reunir unas ciertas características, tanto en relación al agente, como al testador. En primer lugar, se requiere que sea fruto de una maniobra insidiosa, es decir, de una actitud intencionada dirigida a provocar la declaración deseada, utilizando las palabras y maquinaciones adecuadas. Tal maniobra, debe cumplir tal objetivo y, efectivamente, viciar la voluntad del testador, alcanzando su meta quien proyecta la maniobra, hasta el punto de emitir una declaración que, de otra manera, y si hubiera actuado libremente, no se habría emitido. En segundo lugar, el dolo ha de ser grave, como ordena el art. 1270.1 Cc., apreciado tanto objetiva, como subjetivamente. Y se precisa que, sin embargo, no se consideran suficientes las atenciones o especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor una disposición de última voluntad. Tampoco queda comprendido en el concepto de dolo testamentario, lo que en materia negocial puede denominarse “picardía lícita”¹¹².

Si la voluntad de D. Benicio en el momento de otorgar el segundo testamento, momentos antes de morir, está viciada, o no, es una cuestión dudosa. Por las circunstancias en que se produce surge la duda de si realmente el testador está emitiendo su voluntad, o la voluntad es la de los parientes presentes. Surge la duda en el marco de que en el testamento anterior disponía a favor de su hija Aureliana la empresa, que era el bien con mayor valor de todo el caudal hereditario, y en este nuevo testamento,

¹¹¹ Vid. STS de 13 de julio de 1981, Sala 1ª.

¹¹² La apreciación de su gravedad es una cuestión que queda al arbitrio de los Tribunales, los cuales cuentan con un amplio margen para su apreciación. El dolo no se presume nunca, por lo que la parte que lo alegue, debe probarlo y no puede admitirse por meras conjeturas o deducciones. Señala la Sta. nº 106/2012 de la AP de A Coruña (sección 3ª), de 2 de marzo de 2012, que “[...] el dolo puede demostrarse en juicio por cualquier medio probatorio admitido en el Ordenamiento jurídico, incluso, por tanto, por presunciones. Pero en todo caso es preciso que quede probada la realidad de hechos o cadena de hechos que al unísono envuelvan la maquinación intencionadamente dirigida a mover en determinado sentido la voluntad del testador (error-vicio provocado). El que invoca supuestos vicios de voluntad necesita probarlos debidamente, como un hecho impeditivo de los efectos jurídicos normalmente atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal [...]”. Por tanto, la carga de la prueba de la existencia del dolo le correspondería al que invocase la nulidad de un testamento, basándose en este vicio del consentimiento. Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, ISIDORO.C., *La nulidad parcial del testamento*, ed. Centro de estudios registrales, Monografías, Madrid, 2002, pp. 133-145.

Aureliana desaparece por completo, ni siquiera es nombrada. Es una situación extraña pues ésta es la única hija que no se encuentra en el momento del otorgamiento del testamento, y también la única que no sale favorecida por el mismo. En este momento, se ha de recordar que Aureliana, a pesar de que siempre fue tratada como una igual en la familia, era tan solo hija de D. Benicio, pues había nacido como fruto de una relación extramatrimonial de éste. Este hecho puede tener relevancia a la hora de examinar la conducta de Maita, Feliciano y Dña. Matilde, todos presentes en el segundo testamento, pudiendo viciar la voluntad del testador, en el sentido de apartar a Aureliana del testamento. También cabe resaltar que, en el primer testamento, en el de 2005, D. Benicio no hace ninguna referencia a su esposa y, sin embargo, en este, le deja el usufructo universal de los bienes hereditarios. Asimismo, el testamento anterior era muy detallado, concretando ya el testador que bienes habían de corresponder a cada uno de sus descendientes, y en este, por el contrario, convierte en herederos universales a Maita y a Feliciano.

Todos estos cambios, justo en el momento antes de fallecer, conllevan a aumentar la sospecha y la presunción de la existencia de vicios en la voluntad de D. Benicio. Sin embargo, por los datos que nos aporta el caso, no se podría acreditar suficientemente, su real existencia, por lo que en caso de que Aureliana solo pudiera basar la nulidad del testamento en los vicios de la voluntad, suponiendo que todos los demás requisitos del testamento fueran cumplidos, debería encargarse de acreditar todas las conductas dirigidas a viciar el consentimiento de su padre, para permitirle al juez llegar a la conclusión fundada de que realmente fue así¹¹³.

2.3.4. Forma no admitida e infracción de las solemnidades esenciales.

El Código civil admite una serie de formas para testar y con arreglo a ellas habrá que hacer el testamento: el efectuarlo con arreglo a una norma no reconocida daría lugar a la nulidad del testamento. En el supuesto de hecho, el testamento se hace con arreglo al art. 700 Cc., que recoge el testamento en peligro de muerte, sin embargo, a pesar de ser realizado por una forma admitida, no se cumplen con los requisitos exigidos por la misma¹¹⁴.

¹¹³ Se ha venido requiriendo por la jurisprudencia una prueba manifiesta y directa de la presencia del vicio para poder apreciarlo. En general, la jurisprudencia se muestra bastante restrictiva en la apreciación de los vicios de la voluntad testamentaria y así se puede observar en la SSTS de 13 de octubre de 1990, Sala 1ª, y de 14 de mayo de 1996, Sala 1ª.

¹¹⁴ El testamento es un negocio formal y solemne, y por ello, en él la forma ha de considerarse como un elemento esencial más del testamento (junto con el objeto y la causa). El legislador únicamente le permite desplegar los efectos que le son propios por voluntad del testador, cuando se han cumplido todos los requisitos que la Ley establece, siendo nulo, ya sea total o parcialmente según los casos, cuando no se cumplen tales requisitos, tal y como ordena, de forma, tajante el art. 687 Cc. No hay libertad, pues, para crear un testamento a medida para cada persona, es decir, no se pueden crear nuevas formas de testar. Las causas que justifican la exigencia de solemnidad y formalismo del testamento son la necesidad de obtener una mayor ponderación y seriedad en el querer, la facilidad de prueba y la certeza de la voluntad del causante. Todo ello, porque en el momento en que el testamento despliega su eficacia es un momento en el que el causante ya no puede expresar su opinión en caso de dudas o discrepancias.

También será nula la disposición contenida en un testamento que siendo válido en su otorgamiento, incurra en infracción de alguno de los preceptos que son de Derecho de necesario, y tal consideración han de tener los preceptos relativos a la forma, puesto que son de obligada observancia,

Es cierto que, normalmente, los vicios de forma invalidan el testamento en su conjunto, pues lo normal es que el formato del instrumento sea visto desde un punto de vista integral, aunque quepa legalmente la posibilidad de que sea una cláusula, o una parte de ella, la que sea nula por faltarle algún requisito de forma de los que exige el Código civil¹¹⁵.

El testamento otorgado por D. Benicio en 2012, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, incumple requisitos de forma, y ello porque el testamento no ha respetado los requisitos exigidos por el testamento en peligro de muerte y, por tanto, sería totalmente nulo de pleno derecho por este motivo. Aureliana en este caso, que sería la interesada en invalidar ese testamento, sería la encargada de ejercitar la acción de nulidad¹¹⁶.

2.4. Los efectos de la nulidad del testamento.

Por tratarse de una acción meramente declarativa, su triunfo como pretensión judicial traerá como consecuencia, únicamente, la declaración de ineficacia absoluta del testamento o de la parte impugnada, la cual quedará con eficacia general de cosa juzgada. La declaración de nulidad arrastrará tras de sí una cadena de efectos sobre la realidad jurídica apoyada en el negocio afectado, deteniéndose solamente ante los terceros de buena fe¹¹⁷.

La declaración de nulidad, si se refiere al instrumento en conjunto, traerá como consecuencia la validez de la declaración válida anterior, la cual revocó el declarado ineficaz. Si ello no fuera posible por algún motivo, se abriría la sucesión intestada, en virtud del art. 912 Cc., el cual establece que la sucesión legítima tiene lugar cuando el causante muere sin o con testamento nulo, o bien que haya perdido vigencia después. Entonces, como se considera nulo el segundo testamento otorgado por D. Benicio, reviviría la eficacia del primero, otorgado en 2005.

dando origen a la nulidad de pleno derecho su incumplimiento, según el art. 687 Cc. Teniendo en cuenta que la forma es indivisible, no puede ser válido el testamento en parte, con un vicio de forma que le afecte a su conjunto. Sin embargo, la nulidad parcial sí es aplicable en cuanto a cláusulas particulares que exijan una determinada forma específica, pudiendo decretarse nula esa cláusula, sin alcanzar esa nulidad al resto de las que la acompañan, las cuales seguirán siendo válidas, siempre que ello sea posible.

¹¹⁵ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, ISIDORO.C., *op. cit.*, pp. 158-165.

¹¹⁶ La acción de nulidad del testamento no es pública, por lo que su ejercicio solo corresponde a los interesados, con lo que parece que se excluye, en principio, su apreciación de oficio, pero tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han aportado opiniones en contra de que en esta materia no pueda llevarse a cabo tal apreciación en determinados casos. Se excluye, desde luego, que se pueda presentar de oficio ante los Tribunales sin que las partes lo hagan por alguna otra razón. Solo si éstas pueden llevar ante un Tribunal un testamento, sea por la razón que sea, es posible que el juez pueda entonces apreciar de oficio que el mismo es nulo.

¹¹⁷ La mencionada cadena de efectos, que son los principales de la nulidad negocial, son los siguientes: se produce una inexigibilidad de las obligaciones derivadas de lo que no es válido cuando aún no han sido ejecutadas; el efecto ya producido debe ser tomado como irrelevante y no ser tenido en cuenta, ni amparado o protegido, a menos que, de buena fe, lo hagan aquellos que desconozcan la nulidad; el Ordenamiento jurídico facilita la desaparición del efecto injusto socialmente producido mediante la restitución de las cosas al estado en que se encontraban anteriormente a la celebración del negocio nulo; y la ineficacia de un negocio pasará a aquellos que dependan de él, produciéndose una ineficacia propagada.

3. Sobre la preterición de un descendiente.

Con referencia a este segundo testamento, cabe mencionar que se produce la preterición de un heredero forzoso, de Aureliana (remisión a lo dicho en la cuestión ya tratada sobre la preterición). Si éste testamento fuese válido, la consecuencia de esta preterición, que se considera intencional, por ser D. Benicio consciente de que tenía tres hijos y no dos, sería la de la reducción de la institución de heredero hasta el punto de cubrir su legítima (la estricta como ya se explicó anteriormente)¹¹⁸.

VIII. LA SUCESIÓN EN EL *IUS DELATIONIS*.

1. Consideraciones respecto al *ius transmissionis*.

1.1. Aspectos generales.

Al fallecer Feliciano, cinco meses después de la muerte de su padre, sin haber aceptado su herencia, aparece la figura de la transmisión del derecho de delación¹¹⁹. Esta institución regula el supuesto en que el instituido heredero fallece sin aceptar, ni repudiar la herencia. En virtud de la misma, el patrimonio del segundo causante no integrará los bienes hereditarios del primer causante, pero sí que integrará el derecho de delación, que se transmitirá a sus herederos (art. 1006 Cc.)¹²⁰. De tal suerte, quienes acepten la herencia del llamado podrán decidir, después, si aceptan o repudian la herencia del primer causante¹²¹. Dispone el art. 1006 Cc. que “por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”. El derecho del llamado fallecido, que sus herederos reciben con la herencia, no es la titularidad de todo o parte de la herencia del primer causante, ni siquiera su titularidad provisional, sino que es la misma posición de llamado que el transmitente tenía, integrada, fundamentalmente, por la posibilidad de optar entre aceptar o repudiar la herencia del primer causante. La delación es, por tanto, una oferta de adquisición que el

¹¹⁸ Vid. pp. 29-30.

¹¹⁹ En el supuesto se dice que en el momento de la muerte de Feliciano ninguno de los instituidos en la herencia había aceptado su manifestación en orden a aceptar o repudiar la herencia, estando ésta, por tanto, yacente. Esto quiere decir que la herencia se encuentra en una situación transitoria en la que carece de titular, pues sus destinatarios todavía no se han pronunciado sobre ella. Esta situación puede durar poco tiempo, aunque puede prolongarse también hasta treinta años, que es el plazo que tienen los herederos para aceptarla o repudiarla. Por este motivo, la herencia yacente necesita de un sistema de administración y de representación que sirva para atender tanto su activo, como su pasivo, con el fin de proteger no solo los intereses de los hipotéticos herederos, sino también los de los terceros que sean titulares de derechos frente a la misma. Dicha administración puede derivar de la voluntad del causante, atribuyendo esa facultad a un albacea, de la Ley, o de un nombramiento judicial. Y en ausencia de administrador designado, se le concede al llamado a la herencia las facultades de conservación o administración provisional. Además, con el fin de facilitar la actuación de los terceros frente a la herencia yacente, se admiten las demandas interpuestas contra ella junto con los llamados no aceptantes, lo que implica una personificación de la herencia yacente al otorgarle legitimación pasiva.

¹²⁰ La sucesión del *ius delationis* solo puede plantearse en la medida en que exista su objeto, es decir, en la medida en que exista verdadera delación en favor del transmitente. Lo decisivo, por tanto, es que la eficacia del llamamiento no signifique, para el llamado a la herencia, más que la atribución de una posibilidad de adquirirla si así lo quiere. Es respecto de este ofrecimiento de adquisición del *ius delationis*, sobre el que se plantea su transmisibilidad.

¹²¹ Cf. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La sucesión en el ius delationis una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, Thomson Civitas, Madrid, 1990, pp. 88-94.

llamado adquiere *ipso iure* y originariamente, con fundamento directo en el testamento o en la Ley.

Se puede hablar de llamado o de transmitente en lugar de heredero, tal y como dice el artículo, pues se trata de uno de los casos en los que existe un uso técnicamente incorrecto del término por parte del legislador. Es incorrecto el término heredero porque como bien dice el precepto “el que haya muerto sin aceptar, ni repudiar la herencia” no puede ser heredero, ya que, si aún no se ha pronunciado sobre la herencia, es un mero llamado¹²². Tienen lugar dos herencias, dos delaciones. Pues bien, si se hace uso positivo de la segunda delación, los ya herederos del transmitente, al adquirir el conjunto de titularidades integradas en la segunda herencia, se convierten también, en titulares derivativos de la primera delación, por lo que si ejercen esta delación se convierten, además de en herederos del transmitente, en herederos del primer causante¹²³.

Entonces, para adquirir la posibilidad de suceder al primer causante, es necesario que el transmisario, o segundo causante, haya sido sujeto de una vocación sucesoria a la herencia del transmitente. Además, esa vocación ha de haberse traducido en una delación eficaz, lo que implica capacidad para suceder al transmitente y sobrevivencia al mismo, y que esa delación eficaz se haya consumado en adquisición de la herencia del transmitente, bien por adquisición voluntaria, o bien por adquisición *ex lege*. Esta necesidad de adquisición de la herencia del transmitente por el transmisario, resulta de lo que la *transmissio* es: sucesión por el heredero del transmitente en la misma delación que éste tenía para la herencia del primer causante. Y de esto deriva una consecuencia, que consiste en que el llamado a la sucesión del segundo causante que repudie la herencia de éste, no puede llegar a adquirir *iure transmissionis* la herencia del primer causante, pues al no adquirir la herencia del transmitente se pierde el *ius delationis* que se encontraba entre los bienes y derechos de esa herencia. Si se ejerce positivamente el *ius delationis* también de la herencia del primer causante, los ya herederos del transmitente se convierten, también, en herederos del primer causante. El transmitente nunca llegó a ser heredero al no ejercitar su derecho, por eso, al subsistir su derecho, los transmisarios pueden llegar a ser herederos del primer causante, aunque en este caso, con un carácter derivativo¹²⁴.

¹²² *Ibid.*

¹²³ El dato fundamental del derecho de transmitir son las dos herencias, las dos delaciones, pero para llegar a la delación de la primera, hay que haber adquirido previamente la segunda, y solo así podrá adquirirse la primera herencia. Este mecanismo supone mantener viva la delación del llamado transmitente para sus herederos después de su muerte, por lo que con dicha muerte no entran en juego todos los mecanismos de adquisición hereditaria que presuponen tal efecto extintivo, o la inexistencia de una delación eficaz: no juega el acrecimiento en favor de los llamados conjuntamente con el transmitente fallecido, no se da lugar a un nuevo llamamiento sucesivo en favor de quien hubiera dispuesto el testador, y no ha lugar tampoco, obviamente, a la representación. Para que hubiese lugar a acrecimiento sería necesario que existiese un llamamiento en favor de dos o más personas a la herencia o a parte de ella, sin especial designación de partes. Esto tendría lugar en el segundo testamento, pero no en el primero que es el que resulta válido. El derecho de representación tiene lugar cuando el representado no ha podido suceder al causante por incapacidad, desheredación o premoriencia. Si sobrevivió al causante, aunque no llegara a aceptar la herencia, no hay representación posible, sino transmisión del derecho de delación.

¹²⁴ Cf. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pp. 88-94.

1.2. Fundamentos.

En cuanto al fundamento último o mediato que subyace al precepto 1006 Cc., se puede decir que su finalidad es la equidad. Esto es, que responde a una determinada manera de entender la equidad, tratando de favorecer o de amparar a los herederos del llamado y preservarles de los perjuicios que pudiera reportarles el fallecimiento de su causante antes de pronunciarse sobre su derecho.

En efecto, el transmitente que fallece siendo titular de una delación eficaz sin ejercitarla, podría, de haberla ejercitado positivamente, haber transmitido a sus herederos, como un componente más de su herencia, los bienes relictos que a él le corresponderían en la herencia del primer causante. Se atribuye a los herederos del segundo causante la facultad de adquirir la herencia a la que fue llamado para evitar que su muerte, sin haberse pronunciado sobre la delación de que era titular, prive a sus herederos de toda posibilidad de beneficiarse de la herencia del primer causante, de forma que, aceptando, puedan participar también en la herencia del primer causante.

El efecto de la *trasmisso*, que en algún momento de la Historia jurídica se reservó al ámbito familiar, como ocurría en el Derecho romano, se generalizó pronto para toda suerte de herederos del primer causante y del transmitente, y es en esta forma indiscriminada, en la que ha pasado al Código civil¹²⁵.

2. Cuestiones de capacidad.

Por lo que a la capacidad se refiere, para poder ejercer el derecho de transmisión, es necesario que el transmisario tenga capacidad para suceder al transmitente, que es el que tiene el *ius delationis*. Esto último puede ser evidente, pues en donde se suscitan dudas y discrepancias es en si el transmisario, además, ha de tener capacidad para suceder al primer causante.

A pesar de que el transmisario se considera heredero del primer causante, si ejerce el *ius delationis* que le correspondía al transmitente, esto no desemboca necesariamente en la afirmación de que el transmisario haya de tener capacidad sucesoria respecto del transmitente, y también respecto del primer causante. De hecho, gran parte de la doctrina sostiene que no es necesario tener capacidad para suceder al primer causante: sostienen que el transmisario no recibe la delación para la primera herencia directamente, es decir, no es sujeto de un llamamiento a la primera sucesión, sino que recibe esa delación indirectamente, a través de la herencia del transmitente. El transmitente es el que resulta llamado a la sucesión del primer causante, y es él quien ha de reunir capacidad suficiente para sucederle, y reunida ésta, se convierte en titular de la delación de la primera herencia. El transmisario, que al adquirir la herencia del transmitente se convierte en su heredero, recibe con ella la titularidad de la delación para la primera herencia, y la recibe haciendo suya la delación que otro había adquirido para la sucesión del primer causante. Es decir, que la adquiere tal y como se había concretado, tal y como había surgido para aquél de quien la hereda. Por consiguiente, las condiciones de capacidad respecto del primer causante son exigibles en el

¹²⁵ Cf. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pp. 163-173.

transmitente, pero no en el causahabiente de la misma, al que le basta con la capacidad necesaria para adquirir esa delación ya concretada.

En resumen, al transmisario para suceder al primer causante le basta con la capacidad para suceder al transmitente, pero no porque éste sea su causante también con relación a la primera herencia, sino porque la delación para la primera herencia la recibe indirectamente, limitándose a entrar en la posición del transmitente¹²⁶.

3. Cuestiones de plazo.

En cuanto al plazo para aceptar o repudiar la herencia deferida *iure transmissionis*, cabe decir, que no ha pasado a los Derechos modernos la limitación temporal y basta entonces, en la actualidad, con la propia subsistencia del *ius delationis* para la primera herencia, que es de treinta años.

IX. OTRAS PROBLEMÁTICAS SUSCITADAS EN EL CASO.

1. La sucesión intestada.

La sucesión intestada es la que viene preordenada por la Ley, en defecto de una previsión testamentaria del causante o, en su caso, cuando las disposiciones testamentarias dirigidas a determinar el orden a suceder devienen ineficaces¹²⁷. Los principales caracteres de este tipo de sucesión hereditaria, cuyas reglas se establecen en los arts. 912 a 958 del Cc., son la supletoriedad, la compatibilidad con la testada y la universalidad.

La primera característica, la de supletoriedad, se desprende de los arts. 658, 912 y 913 Cc. La sucesión intestada es de carácter supletorio respecto de la voluntad del causante manifestada en testamento, voluntad que se considera “ley de la sucesión”, por lo tanto, solo operará en defecto de testamento.

En segundo lugar, la compatibilidad de la sucesión intestada con la testada se deduce del art. 658 Cc., que dispone que la sucesión podrá deferirse, en una parte, por la voluntad del hombre, y en otra, por la voluntad de la Ley.

Y por último, la característica de la universalidad se da en la sucesión intestada porque ésta, frente a la testada, supone un llamamiento sucesorio a título universal. Los sujetos llamados lo son con carácter de heredero con todos los derechos y obligaciones

¹²⁶ Cf. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pp. 88-93.

¹²⁷ El Código civil no se muestra muy preciso con la forma de denominar a esta clase de sucesión, pues en el encabezamiento del Capítulo III, del Título III, del Libro Tercero del Código, lleva el nombre “de la sucesión intestada”, y así se denomina en el art. 744 y en el art. 914 Cc. Sin embargo, el art. 912 Cc. empieza hablando de los casos por los que tiene lugar la “sucesión legítima”, lo mismo que el art. 658 Cc. Y la rúbrica que encabeza el capítulo V, del mismo Título y del mismo Libro, vuelve a no ser precisa al hablar de disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, es decir, intestada. La doctrina y la jurisprudencia pusieron de relieve que la denominación más apropiada es la de sucesión intestada o *ab intestato*, es decir, la sucesión que se defiende y ordena precisamente por falta de testamento, o por las otras causas que enumera el art. 912 del propio Código civil, o de otros casos no incluidos en el citado precepto.

inherentes a dicha condición, y el llamamiento abarca todos los bienes del caudal hereditario carentes de disposición testamentaria eficaz¹²⁸.

En el caso propuesto, respecto de la herencia de Feliciano, aparece el primer supuesto previsto por el art. 912 Cc., encargado de regular cuando tiene lugar la sucesión intestada, que es el de cuando uno muere sin testamento. El causante no ha manifestado su última voluntad acudiendo al testamento, entonces, entra en juego la Ley, por lo que se habrá de determinar a quien corresponde, en virtud de ésta, ocupar el lugar de sucesor en la herencia de Feliciano, que como se puede recordar, incluye el *ius delationis* a la herencia de D. Benicio¹²⁹.

El art. 930 Cc. declara que “la sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente”, pero como en el supuesto Feliciano no tiene descendientes, hay que acudir al art. 935 Cc. que dice que “a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes”. El llamamiento a falta de hijos y descendientes del causante se hace a los padres, que heredarán por partes iguales, y si solo sobrevive uno de ellos, éste sucederá en toda la herencia, dado que no existe derecho de representación en la línea recta ascendente, y se aplica el principio de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto (art. 937 Cc., en relación con el art. 810 Cc.). Feliciano sí que tiene ascendientes, pues vive Dña. Matilde, que será la sucesora en el total de la herencia hereditaria de su hijo¹³⁰.

Dña. Matilde es la heredera de Feliciano y, como consecuencia, heredera del *ius delationis* de éste en la herencia de D. Benicio. Por ello, le corresponden a Dña. Matilde no solo los bienes propios de Feliciano, sino que también los que de D. Benicio habría heredado Feliciano, si hubiese aceptado la herencia antes de su fallecimiento, si así lo quiere. Como se ha visto, el segundo testamento es nulo, por lo que le pertenecen los bienes que se disponían a favor de Feliciano en el primer testamento otorgado en 2005, es decir, el piso de Ginebra, las participaciones de Monaguillos, S.L. y un derecho de

¹²⁸ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Sucesiones, op. cit.*, pp. 243-244.

¹²⁹ El orden de llamamientos recogido en el Código civil se fundamenta en un criterio de preferencia basado en la clase, el orden y el grado de parentesco o de vínculo de familia no pariente (criterio que recoge el art. 913 Cc.). Dentro del concepto “clase” se encuentran los parientes de sangre o adoptivos del causante, el cónyuge sobreviviente y el Estado. Y dentro de la clase de sucesores de los parientes de sangre, al poder ser varios, se pueden clasificar en grupos, que la Ley llama órdenes - descendientes, ascendientes y colaterales- que son llamados sucesivamente, de modo que mientras haya uno solo del grupo descendiente, no sucede el de ascendientes, y así sucesivamente, pues salvado el derecho de representación, se llama al más próximo en grado de parentesco. Afirma el art. 915 Cc. que, la proximidad de parentesco se determina por el número de generaciones y que cada generación forma un grado. Se puede decir que, un grado o generación es lo que media entre dos personas que proceden de un tronco común, engendradas una por la otra, como el hijo respecto de su padre, y por eso padre e hijo son parientes en primer grado, y el abuelo respecto del nieto, pariente de segundo grado, ya que hay un grado entre el padre y el hijo, y otro entre el padre y el abuelo. En la línea colateral el criterio es subir hasta el tronco común, y después bajar hasta la persona con la que se hace la computación, y así resulta que el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, cuatro del primo, y así en adelante (art. 918 Cc.), con el difunto. *Vid.* GÓNZALEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL, *Manual de sucesión intestada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 42.

¹³⁰ Cabe precisar, con respecto a las hermanas de Feliciano, que éstas solo sucederían si faltaran descendientes, ascendientes y el cónyuge viudo, por lo tanto, no les corresponde ningún derecho hereditario en relación con la herencia de su difunto hermano.

crédito de 30.000 euros, aunque éste se considera inexistente por los motivos anteriormente expuestos.

A pesar de que no se señala en el caso que Dña. Matilde haya aceptado la herencia de Feliciano, ni ejercitado positivamente el *ius delationis* de la herencia de D. Benicio, cabe presumir que sí lo hace, a través de una aceptación tácita de la herencia¹³¹. La adquisición *ex lege* está contemplada, entre otros preceptos, por el art. 1000 Cc. que dice que se entiende aceptada la herencia: “cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos”. De este modo, la Ley suple la falta de forma expresa. Así, expone el Profesor Escriche, que debe reputarse que acepta la herencia el llamado a ella, cuando dispone a título gratuito u oneroso de alguno de los bienes hereditarios, sabiendo o creyendo que pertenecen a la sucesión, puesto que hace o cree hacer acto de propietario¹³². El TS también ha declarado, en reiteradas ocasiones, que “[...] el comportamiento puede considerarse como declaración tácita cuando ha generado la confianza ajena [...]”, tal y como señala la STS de 19 de diciembre de 1990, Sala 1ª. Según la STS de 20 de enero de 1998, Sala 1ª, “[...] el acto del que se deduzca la aceptación de la herencia ha de tener una de estas dos cualidades: revelar necesariamente la voluntad de aceptar, o mostrarse su ejecución como una facultad exclusiva del heredero. La mera realización del acto ya indica por sí misma que se ha aceptado la herencia, porque de lo contrario el llamado nunca podría haberlo llevado a cabo [...]”.

En el mismo sentido, el Profesor Rivero Hernández, sintetizando el parecer unánime de la doctrina científica española, opina que hay consentimiento tácito cuando se realizan ciertos actos denominados concluyentes, que sin tener por finalidad directa exteriorizar una voluntad, hacen presumir ésta, fundadamente, al ser estos actos inequívocos, es decir, que no ofrecen la posibilidad de diversas interpretaciones¹³³. Por esta razón, la aceptación tácita de la herencia se encuadra en la categoría general de las manifestaciones tácitas de voluntad mediante actos concluyentes, ya que no difiere de cuanto acontece con cualquier emisión de voluntad en el Derecho contractual¹³⁴.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, parece que habría por parte de Dña. Matilde una aceptación tácita: hay un acto positivo e inequívoco. Positivo porque se realiza la acción de enajenar bienes de la herencia, e inequívoco en el sentido de

¹³¹ Se puede distinguir entre la aceptación expresa, la adquisición *ipso iure* y la adquisición *ex lege* (tácita). La aceptación expresa se hace a través de un negocio jurídico solemne que debe realizarse por escrito en documento público o privado, no bastando que la declaración de voluntad expresa se manifestase verbalmente. Lo esencial será que el documento contenga una declaración de voluntad expresa sobre la asunción de la cualidad de heredero. Y la particularidad de la segunda, es que el objeto de la transmisión no es el *ius delationis*, sino la herencia misma, cuya consecuencia será que el llamado se torna de inmediato heredero, viéndose privado del derecho de opción que tendría en circunstancias normales. Por esta razón, la nota consustancial a esta modalidad estriba en que, no solo la aceptación deviene innecesaria, sino que, además, el llamado carece de facultad para repudiar la herencia.

¹³² Cf. ESCRICHE, JOAQUÍN, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T.I (A-B), Temis, Bogotá, 1977, p. 112.

¹³³ Cf. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, Revisión y puesta al día de los *Elementos de Derecho civil* del Profesor LACRUZ BERDEJO, T. II. *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, *Parte General. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 397.

¹³⁴ Vid. BARRIO GALLARDO, AURELIO, *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2007, pp. 119-127.

revelar la clara voluntad de aceptar, pues sino no podría llevar a cabo la disposición de los bienes hereditarios de D. Benicio, vendiendo a una sociedad inglesa el piso radicado en Ginebra, y cediendo a la sociedad “Póquer España, S.L.” el crédito de 30.000 euros que tenía contra John Quesada.

2. La compraventa internacional de bienes.

Dña. Matilde vende a la constructora inglesa “Bricks plc” el piso radicado en Ginebra por 300.000 euros, y, como ya se ha visto, sí que tiene potestad para realizar dicha venta, pues acepta la herencia de su hijo de forma tácita y, a su vez, la de D. Benicio, a través del *ius transmissionis*. Entonces, lo que habrá que dilucidar respecto a esta venta será a quién correspondería la competencia judicial internacional, en caso de producirse algún conflicto en relación con el contrato, y cuál sería la Ley aplicable al mismo.

Las partes, española e inglesa, pertenecen ambas a EE.MM. de la U.E., por tanto, habrá que acudir a la dimensión institucional, en primer lugar¹³⁵. En dicha dimensión institucional se incluye un Reglamento de la U.E. encargado de regular la competencia judicial internacional, que es el nº 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I”).

El art. 3 del Reglamento “Bruselas I” señala que “las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los Tribunales de otro Estado miembro, en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo”. Por tanto, será dentro de estas secciones en donde habrá que buscar si aparece alguna regla especial aplicable al presente caso. El art. 5.1 a), comprendido en la Sección 2, establece que “las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: en materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”. Acudimos a este precepto porque nos encontramos ante una relación contractual, concretamente ante una compraventa de un bien inmueble¹³⁶. Entonces, en virtud del art. 5.1 a), del Reglamento “Bruselas I”, tanto la constructora inglesa, como Dña. Matilde, podrán ejercitar acciones ante el Tribunal del lugar en el que debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda¹³⁷. Y la obligación que sirve de base a la demanda es la entrega de las mercancías. De tal suerte que, el lugar de cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías es el lugar del Estado

¹³⁵ Si las partes del contrato no perteneciesen a EE.MM., habría que acudir a la dimensión convencional para comprobar si existe algún Convenio Internacional entre dichos Estados, y si no fuese así, por último se acudiría a la dimensión autónoma (legislación propia de cada Estado).

¹³⁶ No cabría acudir al art. 22 del mismo reglamento, que dispone que “son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio: en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los Tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito”, porque el conflicto, de darse, se daría en relación con el contrato, y no respecto a los derechos reales inmobiliarios, como podría ser la controversia sobre a quién corresponde la titularidad de un bien inmueble.

¹³⁷ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *op. cit.*, pp. 480-484.

miembro en el que, según lo pactado por las partes en el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías¹³⁸.

La Ley aplicable al contrato de compraventa se determinará por el Reglamento “Roma I”, en materia de Ley aplicable a obligaciones contractuales, que tiene un ámbito de aplicación universal, resultando aplicable con independencia de que la Ley designada sea o no, la de un E.M., y cualesquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica (art. 2). Establece pues, un sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones, no previsto específicamente para relaciones intracomunitarias, que se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria.

En primer término, el art. 3 del Reglamento “Roma I” recoge la posibilidad de que las partes efectúen la elección del Derecho aplicable al contrato, un ejemplo de *professio iuris* de amplio alcance, que en el presente caso no puede constatarse. En este sentido, y en defecto de elección de Derecho, habrá que acudir al art. 4 del mismo Reglamento, en el que se establecen las conexiones oportunas para la determinación del Derecho aplicable al contrato en defecto de elección. El primer apartado de dicho artículo recoge diversos supuestos aplicables a casos concretos, y entre ellos se encuentra el referido al contrato de compraventa. A este respecto se establece que “el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual”. Por ello, como Dña. Matilde tiene su residencia habitual en Madrid, la literalidad del precepto nos llevaría a aplicar el Derecho español al contrato. No obstante lo anterior, el alcance del concepto “mercaderías”, contemplado en el art. 4 del Reglamento “Roma I”, no debe entenderse que abarca los bienes inmuebles (cual es nuestro caso), antes bien, corresponderá a la conexión del art. 4.1 c) de dicho Reglamento, determinar el concreto Derecho aplicable¹³⁹. Este artículo, para tales supuestos, establece que, corresponderá la regulación de los aspectos obligacionales del contrato de compraventa sobre bienes inmuebles, a la Ley del lugar de situación del inmueble. En nuestro caso, ello nos conduciría a aplicar la Ley Suiza, en tanto que es en dicho Estado en dónde se haya radicado el bien inmueble¹⁴⁰.

3. El retracto de coherederos.

Este derecho de retracto de coherederos habrá que analizarlo en el contexto de la comunidad hereditaria, pues es en donde surge. La comunidad hereditaria es aquella situación en la que se encuentra la herencia desde la aceptación hasta su división o adjudicación, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de personas que han sido llamadas simultáneamente a recibir en la misma una parte alícuota o participación ideal y abstracta, que no se proyecta sobre bienes determinados, sino sobre la totalidad del patrimonio relicto considerado en su conjunto como una unidad.

¹³⁸ En el marco del art. 5.1, todas las demandas derivadas de un contrato de compraventa de mercancías deben presentarse ante el Tribunal correspondiente a dicho lugar, y no solo las demandas derivadas de la entrega de mercancía (STJCE de 25 de febrero de 2010).

¹³⁹ Dispone literalmente el art. 4.1 c) que, “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”.

¹⁴⁰ Vid. CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed. 13ª, Comares, Granada, 2012, pp. 555-559.

Son partícipes en la comunidad hereditaria todas las personas que sucedan al causante en una parte alícuota de la herencia, quedando excluidas aquellas que perciban bienes o derechos concretos y particulares de la misma. Lo que determina la participación en la comunidad hereditaria no es la cualidad de heredero o sucesor universal del sujeto en cuestión, sino el haber sido llamado a una porción abstracta a la herencia que se proyecta sobre la misma, entendida en su conjunto como una unidad, con independencia del título en virtud del cual se efectúa tal llamamiento. Según esta regla no son todos los herederos, por el hecho de serlo, partícipes en la comunidad, resultando, por este motivo, descartada la inclusión de los herederos que obtengan bienes o derechos particulares porque han sido instituidos *ex re certa*, o porque el causante les ha adjudicado cosas concretas en pago de sus respectivas cuotas¹⁴¹.

Tras la exposición del concepto de la comunidad hereditaria, y de quiénes son sus sujetos, y teniendo en cuenta que mantenemos la validez del primer testamento, parece que en el supuesto de hecho no se da una comunidad hereditaria. Cabe recordar que la herencia no se distribuye en partes alícuotas entre los tres descendientes, sino que a Aureliana se le lega la empresa, a Maita se le considera satisfecha su legítima con la donación realizada años antes, y a Feliciano se le instituye heredero, pero heredero *ex re certa*, como ya se ha visto, pues ya se establecen en el testamento los bienes que le corresponden como heredero. Y en cuanto a la herencia de Feliciano, tampoco existe comunidad hereditaria puesto que solo existe una heredera, Dña. Matilde.

En el marco de la comunidad hereditaria es donde surge el derecho de retracto, pues cada comunero puede disponer libremente de su cuota en la comunidad¹⁴². Se puede transmitir la cuota, aunque esto no implica la adquisición por parte del adquirente de la condición de heredero, pues ésta es personalísima, intransferible y no susceptible de disposición *inter vivos*. Lo que se transmite al cesionario de cuota no es la cualidad de heredero del cedente, sino el contenido económico de su posición sucesoria. Si tiene lugar esa disposición sobre la cuota indivisa, en favor de un tercero extraño a la comunidad hereditaria, en virtud del art. 1067 Cc., podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en el lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal de que lo verifiquen en el término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber. Por lo tanto, cuando uno de los partícipes de la comunidad venda su cuota en la misma a una persona que carezca de tal condición, los restantes copartícipes tendrán derecho de retracto sobre la misma¹⁴³.

En el caso de que fuese válido el segundo testamento sí que existiría derecho de retracto, ya que se instituye herederos universales a Maita y a Feliciano, sin ninguna indicación más, no proyectándose su cuota sobre bienes determinados, sino sobre la

¹⁴¹ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Sucesiones, op. cit.*, pp. 87-89.

¹⁴² De la aplicación supletoria del art. 399 Cc. resulta que todo comunero tiene la plena titularidad de su cuota en la herencia, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca quedará limitado a los bienes que se le adjudiquen en la división al cesar la comunidad. También reconoce las facultades dispositivas del comunero respecto de su cuota el art. 46.3 de la Ley Hipotecaria.

¹⁴³ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Sucesiones, op. cit.*, p. 93.

totalidad del patrimonio relicto, por lo que cada uno sería propietario de una cuota de la herencia del 50%. En este caso, Maita sí que tendría derecho de retracto, pues Dña. Matilde enajena parte de los bienes de la herencia antes de su partición, a unos extraños a la comunidad.

Para el caso de que sí que existiera derecho de retracto se analizará, en todo caso, el tema correspondiente al plazo, pues se dice en el supuesto que, a los 45 días de haberse concertado las transmisiones, Dña. Matilde entrega a sus hijas copias de las escrituras correspondientes a los referidos contratos de transmisión, y se apuntilla que a Maita ya le constaban, desde el mismo día en que se produjeron, los hechos transmisivos.

El art. 1067 Cc. dice literalmente que “si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber”. Establece el precepto un plazo de un mes para ejercitar tal derecho, pero desde que se les haga saber que tuvo lugar la enajenación.

Por lo que respecta a Aureliana, a pesar de no haber sido instituida heredera en testamento, lo sería por la Ley, y parece que no cabe ninguna duda de que a ésta le correspondería el derecho de retracto, que podría ejercitarlo en el mes siguiente a la notificación que recibe de Dña. Matilde, a través de la entrega de las escrituras. La duda se plantea respecto de Maita, puesto que ella ya tenía conocimiento de esas transmisiones desde que se produjeron, por eso quizás ya no dispondría de plazo para ejercitar el derecho de retracto¹⁴⁴.

El que a Maita le hubiese transcurrido el plazo de ejercicio o no dependería de si ese conocimiento era suficiente para ejercitar el retracto. La Sta. n° 192/1999, de la AP de Almería (sección 1ª), de 10 de mayo de 1999, dice que “[...] tenía conocimiento de la venta, por lo que en aras de la buena fe, debió ya entonces realizar alguna actividad tendente a conocer las condiciones de la venta, si es que no las sabía [...]”. Ateniéndonos a esto, parece que Maita si estuviese realmente interesada en ejercitar el retracto, habría hecho algo por conocer las condiciones de venta que le interesasen, pues el supuesto dice claramente que hay constancia de dicho conocimiento. Por ello, parece

¹⁴⁴ En orden a determinar si lo tiene o no, se analiza jurisprudencia sobre el plazo del derecho de retracto para poder determinar cuándo empieza a contar éste. Establece la jurisprudencia, concretamente la Sta. n° 276/2007, de la AP de Asturias, de 5 de julio de 2007, que “[...] ese conocimiento viene reiteradamente precisado por la doctrina jurisprudencial que ha de ser preciso, completo y suficiente, no bastando la referencia a datos incompletos o la mera noticia del mismo, ya que no es exigible del retrayente que tenga que recurrir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas, [...] correspondiendo la prueba al demandado, si por éste se pretende el conocimiento del retrayente en un momento anterior al sostenido por éste [...]”. Asimismo, la STS de 3 de marzo de 1998, Sala 1ª, reitera que “[...] para que comience a correr el plazo de caducidad legal de un mes, señalado para el ejercicio de la acción de retracto que nos ocupa, es requisito indispensable que el retrayente tenga un conocimiento cierto, completo y total de todas las condiciones de la venta [...]”. Y precisan las STSS de 18 de noviembre de 1971, Sala 1ª, de 9 de febrero de 1984, Sala 1ª, y de 28 de febrero de 1989, Sala 1ª, que “[...] el conocimiento de la enajenación tiene que ser completo, en el sentido de conocer las condiciones y circunstancias de la venta que sean necesarias para una correcta formación del juicio, en orden a decidir el interesado si le conviene o no el ejercicio de la acción que le asiste [...]”.

que hay que inclinarse por decir que a Maita ya le habría transcurrido el tiempo para ejercitar el retracto, con base en que el conocimiento de Maita parece que no es la mera noticia a que se refería la sentencia anteriormente citada, sino que realmente tiene conocimiento de todos los hechos relevantes de las transmisiones.

En todo caso, será al que transmitió los bienes de la herencia, al que le corresponda la prueba de que uno o varios coherederos tuvieron conocimiento de la transmisión, en tiempo que suponga la caducidad de su derecho. Y por su parte, será el coheredero que pretende ejercitar el derecho de retracto, en aras de la buena fe, el que deba acreditar la insuficiencia de datos para el ejercicio del retracto¹⁴⁵. Trasladando esto al supuesto, sería a Dña. Matilde a quien correspondería probar que a Maita le constaban las transmisiones, debiendo probar ésta que a pesar de tener ese conocimiento, no tenía datos suficientes para el ejercicio del retracto.

X. CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE.

En el presente supuesto de hecho tiene lugar una sucesión con un elemento internacional. Sin embargo, por los principios de universalidad y unidad que rigen en España, este hecho no altera la Ley aplicable al supuesto, pues nuestro Ordenamiento jurídico sigue el sistema unitario de la sucesión (solo es aplicable una Ley a toda la sucesión). Esta Ley queda determinada por el art. 9.8 Cc., que determina que será aplicable la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Por tanto, la sucesión quedará regida por el Derecho español, pues D. Benicio gozaba de nacionalidad española. Y dentro del concreto Derecho español, en virtud del art. 14. 1 Cc., que establece que la sujeción al Derecho común o a los especiales de las CC.AA. se determina por la vecindad civil, se aplicará el régimen previsto en el Código civil, pues D. Benicio tiene vecindad civil madrileña desde 1993.

El régimen económico del matrimonio entre D. Benicio y Dña. Matilde era el de sociedad de gananciales, por ello, todos los bienes de la herencia de D. Benicio tienen tal consideración, al no constar que ninguno de ellos perteneciera anteriormente al causante. A la conclusión de que rige la sociedad de gananciales se llega teniendo en cuenta que, los efectos del matrimonio se rigen por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, y que en ese momento, ambos tenían vecindad civil gallega. Por tanto, los efectos de este matrimonio se regulan por la Ley civil gallega, que determina que el régimen económico por defecto, es el de la sociedad de gananciales. Esto, sin perjuicio de que la legítima de Dña. Matilde quede bajo la Ley sucesoria.

Por lo que se refiere a la filiación extramatrimonial de Aureliana, en nada afecta ésta a los derechos sucesorios en la herencia de su padre, de manera que no puede verse perjudicada por este hecho, en comparación con sus dos hermanos de filiación matrimonial.

¹⁴⁵ Así lo estima la Sta. nº 192/1999, de la AP de Almería (sección 1ª), de 10 de mayo de 1999.

La revocabilidad de la dispensa de la colación hereditaria ha de aceptarse, tanto si la dispensa estaba recogida en la propia donación, como si no. Admitir lo contrario iría en contra de la prohibición general de la existencia de pactos sucesorios, recogida en nuestro Ordenamiento jurídico. Por tanto, es plenamente válida la revocación hecha por D. Benicio en testamento, respecto de la donación realizada a Maita. Y en cuanto a la valoración del bien, habrá de tenerse en cuenta el valor de la cosa donada en el momento en que se realiza la colación, esto es, cuando se procede a la partición de la herencia, si bien teniendo en cuenta el estado físico en que la cosa se encuentre en el momento de la apertura de la sucesión. Pero este valor no ha de incluir las mejoras realizadas por cuenta del donatario, por ello, la mejora física realizada por Maita, no se incluirá dentro del valor que se ha de colacionar.

Para el cálculo de las legítimas, se ha de partir del valor de los bienes que quedaren a la muerte del causante. Al activo líquido se llegará deduciendo las deudas y cargas, sin comprender entre ellas los legados. Y, por último, al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor de las donaciones colacionables. A partir de estas operaciones, se puede decir, que en el presente caso, hay una vulneración de la legítima de Maita, por tanto, ésta podrá acudir a la acción de suplemento de la legítima, con la finalidad de que los otros herederos le satisfagan su parte.

En el primer testamento otorgado por D. Benicio tiene lugar la preterición intencional de su cónyuge, a quien le corresponde un tercio de su herencia en usufructo, por tanto, Dña. Matilde podrá solicitar la reducción de la institución de heredero para ver satisfecha su cuota legitimaria.

El derecho de crédito que otorga en testamento, D. Benicio a Feliciano, es nulo de pleno derecho por vulnerar una norma administrativa, que impide jugar al póquer fuera de los lugares autorizados. La jurisprudencia actual permite afirmar que la sanción administrativa, por infringir la prohibición de que se trata, no agota la respuesta del Ordenamiento jurídico contra el infractor, por lo que también caben consecuencias civiles en su contra, debido al alcance y trascendencia de dicha prohibición. Entonces, considerando que el derecho de crédito no tiene una causa lícita, no producirá ningún efecto.

Respecto al segundo testamento, cabe decir que, es nulo de pleno derecho por no concurrir en él los requisitos necesarios para su validez. El testamento otorgado unas horas antes de morir ante cinco testigos, pretende acogerse a la forma del testamento dictado en peligro de muerte, sin embargo, muchos de los requisitos de forma exigidos por éste, son infringidos. En primer lugar, a partir de lo establecido por la jurisprudencia, no se puede afirmar claramente que exista peligro de muerte. Tampoco queda suficientemente acreditado, en el supuesto de hecho, que no se pudiera encontrar un notario. Y, por último, tres de los cinco testigos intervinientes, en la disposición testamentaria, no reúnen las condiciones de idoneidad. Por todo esto, el testamento es nulo, y como consecuencia, provoca la validez de la anterior disposición.

Como consecuencia del fallecimiento de Feliciano, sin aceptar la herencia de su padre, se traspaasa, a través de la institución del *ius transmissionis*, el derecho de delación en la herencia de D. Benicio, a sus herederos. En este caso, la heredera de D.

Feliciano, por las reglas de la sucesión intestada, es Dña. Matilde. A ella le corresponde, tanto la herencia de su hijo, como la parte de la herencia que su marido le había otorgado a Feliciano.

En relación con la determinación de la competencia judicial internacional en los conflictos que deriven de la compraventa internacional del bien inmueble, habrá que acudir al Reglamento “Bruselas I”, y para determinar la Ley aplicable a dicho contrato, se acudirá al Reglamento “Roma I”, que nos lleva a la aplicación del Derecho suízo.

Y, finalmente, no cabe retracto de coherederos contra las disposiciones efectuadas por Dña. Matilde, puesto que no existe comunidad hereditaria, y ella es la única heredera de su hijo Feliciano, al que hereda tanto en sus bienes, como en los que a éste le correspondían en la herencia de D. Benicio.

Segunda parte. Oportunidad histórica del sistema de legítimas y la conveniencia de mantenerlo en el actual Ordenamiento jurídico español.

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO DE LEGÍTIMA.

El art. 806 Cc. define, inusualmente, lo que es la legítima y dice que: “legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamado por esto herederos forzosos”. La legítima actúa como un freno a la libertad dispositiva del causante, no solo respecto de los actos *mortis causa* vía testamento, sino que también se extiende a los de título gratuito *inter vivos*¹⁴⁶.

Nuestro Ordenamiento jurídico adopta, como casi todos los Ordenamientos jurídicos de tipo continental, una postura intermedia, admitiendo el derecho de testar pero limitándolo. Esto es, que el testador no puede disponer libremente de toda la herencia, habiendo una parte que está sustraída a la libre voluntad y al poder de disposición del testador.

La libertad de testar se haya limitada en nuestro Derecho precisamente por el carácter familiar que tienen las disposiciones que regulan el Derecho sucesorio, de ahí la figura de heredero forzoso o el derecho a la legítima. Este es el origen de las legítimas: respetar, quiera o no el testador, una parte de la herencia para atribuirla a determinadas personas que se hallan en un entorno cercano al mismo (hijos, descendientes, padres, ascendientes, cónyuge...). El fundamento de la legítima para Alonso Martínez es la familia, y partiendo de la base de que la familia es un hecho natural y necesario anterior al Estado e independiente de la voluntad humana, hay que entender que los derechos sucesorios de los miembros de la misma son indispensables para su continuación¹⁴⁷.

La doctrina está de acuerdo en el carácter imperativo de la legítima, asimismo, el TS ha insistido, en numerosas ocasiones, en el carácter imperativo de las normas sobre la legítima, por tratarse de un derecho sucesorio que surge por ministerio de la Ley, no disponible por la voluntad del causante. También la ha calificado como una institución que es de Derecho necesario y, por tanto, de rigurosa inviolabilidad, precisando que el testador no puede dar otro destino a la porción de herencia comprendida dentro de los límites de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 806 Cc.

Las limitaciones a la voluntad del testador vienen dadas por el sistema de legítimas y el de mejoras, y se complementan con las reservas. La mejora, aunque concede al testador libertad para distribuir la herencia entre las personas que pueden ser objeto de la misma, impide que puedan ser beneficiarios de la misma otras personas a quien la Ley no incluye dentro de la categoría de mejorables, por lo que también constituye una limitación a la libertad de testar, aunque es la legítima la forma más clara de limitación de la libertad de testar.

¹⁴⁶ Cf. TORRES GARCÍA, TEODORA F., *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁷ Cf. ALONSO MARTÍNEZ, MANUEL, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2ª ed., Plus ultra, Madrid, 1947, p. 39.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGÍTIMA.

1. La legítima en Derecho romano.

Para encontrar el origen de la institución de las legítimas es necesario acudir al Derecho romano, y hacer un breve análisis sobre su Derecho sucesorio.

La más antigua herencia se estructuraba sobre la base de la institución familiar. En Roma, parece como si la propia etimología de los términos “familia” y “herencia” quisiera reforzar esta íntima relación entre la institución familiar y la sucesión por causa de muerte. De hecho, el término familia poseía, al menos en la época de las XII Tablas, dos significados: por un lado, comunidad de personas libres, y por otro, patrimonio familiar objeto de sucesión, es decir, lo que más tarde se llamaría *hereditas*. Existía un concepto religioso de la familia, como entidad que perduraba en el tiempo, y en la que los vivos, no eran sino, administradores de una comunidad de la que formaban parte también los antepasados. La necesidad de preservar el patrimonio familiar imponía límites a la capacidad de disponer *inter vivos* del *pater*¹⁴⁸. Se puede decir, que desde los comienzos del Derecho romano, todo lo relacionado con la herencia estaba muy vinculado con la constitución de la familia¹⁴⁹.

La unidad familiar primitiva, presidida por el *pater familias*, se desintegraba en tantas nuevas unidades como herederos *sui iuris* existían, aunque existía la posibilidad de que todo el patrimonio familiar quedara indiviso, conformándose lo que Gayo denominaba el *erctum non cito*, es decir, el dominio indiviso¹⁵⁰. Esto podía significar la continuación monolítica de la familia, pero conllevaba serios inconvenientes. Por un lado, la situación de condominio podía resultar inestable entre sus integrantes, surgiendo posibles controversias. Por otro lado, si se mantenía en el tiempo, en la familia que tendía a crecer, se tornaba difícil el sustento de todos. Cierto es, que todos y cada uno de los integrantes de ese *erctum non cito* podían pedir en cualquier momento la partición de la herencia. Gayo ya mencionaba en el *Digesto* la *actio familiae erciscundae*, es decir, precisamente la “acción de partición de la herencia”, que existía ya en la Ley de las XII Tablas. Sin embargo, con esta partición aparecía un nuevo peligro, puesto que al dividirse el patrimonio familiar (consistente en aquella época fundamentalmente en una explotación agrícola), se iba produciendo un desmenuzamiento de los bienes, perdiéndose efectividad, ya que las distintas parcelas que podía tener cada uno de los herederos mermaban sensiblemente los ingresos¹⁵¹.

En el Derecho sucesorio se produjo una mutación de la herencia como consecuencia de tres factores, principalmente: el religioso, el económico y el

¹⁴⁸ La ordenación de la sucesión, que contemplaba el antiguo *ius civile*, era el reflejo de una estructura familiar basada en la patria potestad y en el parentesco civil agnaticio.

¹⁴⁹ Cf. FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO, *Fundamentos de Derecho privado romano*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 387.

¹⁵⁰ La persona *sui iuris* era aquella que no estaba bajo la autoridad de ninguna otra persona dentro de la familia a la que perteneciese.

¹⁵¹ Vid. www.robertexto.com/archivo18/legitima.htm (30.10.2012)

sociopolítico. Estos tres factores son los que explican la transformación de la sucesión necesaria en la libertad de testar, y la génesis de la *querella*, como fenómeno perfectamente ensamblado con la estructura general del Derecho sucesorio¹⁵².

El principio de libertad testamentaria es ajeno a la concepción originaria del fenómeno sucesorio y, en principio, contradictorio con el hecho de la vinculación natural del patrimonio hereditario a los miembros del grupo familiar. El reconocimiento del testamento como modo ordinario de regular la sucesión hereditaria, desde mediados del siglo IV a.C., se presenta como una manifestación de la potestad de administración de los bienes familiares, que corresponde al *pater familias*, pero sin una ruptura con la vinculación tradicional y natural de la herencia a las personas que integran el grupo familiar. La libertad testamentaria se entiende referida a esa potestad de administración, permitiendo al titular del patrimonio familiar decidir sobre su más correcta distribución. Es incompatible, por tanto, con la idea de un ejercicio arbitrario de la capacidad de disposición *mortis causa* por parte titular de la patria potestad, en relación con el patrimonio familiar, y de ahí que se someta a ciertas limitaciones, en consideración a los legítimos intereses sucesorios de los llamados, en principio, a heredar por razón de parentesco.

La libertad de testar nunca fue absoluta, ya que convivió con figuras encaminadas, de forma directa o indirecta, a impedir la dispersión del patrimonio familiar¹⁵³. Por tanto, la posibilidad de nombrar heredero no implicaba, necesariamente, que fuera absoluta o ilimitada, ya que esta afirmación no impedía que la Ley exigiera unos determinados requisitos a la hora de hacer testamento.

Como consecuencia de la aparición de la libertad de testar, frente al problema del desmembramiento del patrimonio familiar, era el propio *pater*, quien en vida, pretendía evitarlo. Para ello, si es que contaba con varios hijos, elegía previamente a aquél que lo sucedería, y respecto de los restantes, podía emplear, en vida, la práctica de la “emancipación”, o la entrega a otro *pater* dándolo en adopción, o si se trataba de hijas, casándolas *cum manu*. De este modo, al ser emancipados quedaban convertidos en *sui iuris*, pudiendo darles, aunque esto no era obligatorio, alguna parcela de tierra para que se desarrollaran económicamente. Asimismo, al *pater* le quedaba el recurso del testamento, pues las reglas del *ius civile* le otorgaban una amplia libertad para instituir herederos a quien quisiera, lo mismo que para desheredar sin dar ningún tipo de fundamento a sus propios *sui heredes*. Su propósito era pues, tratar de evitar la desintegración del patrimonio familiar de una manera antieconómica (si había un solo

¹⁵² En la religión romana, a partir del s.IV a.C., se produjo una apertura, apareciendo una pluralidad de cultos y, como consecuencia, una crisis en los valores clásicos, que modificaron el concepto de la familia. En el aspecto económico, tuvo lugar una modificación de la estructura de la economía: se produjo una expansión, apareció la esclavitud, las grandes inversiones..., lo que influyó en el Derecho, exigiendo una liberalización de los vínculos jurídicos, en concreto, de la libertad testamentaria. El *pater* se convirtió, así, en un hombre de negocios y dejó de ser un mero administrador. Y, por último, en cuanto a la vertiente social, se produjo el acceso al poder de una nueva clase dirigente, la *nobilitas* patricio-plebeya, que introdujo la idea del mérito personal, basada en el éxito económico. Vid. RIBAS-ALBA, JOSÉ MARÍA, *Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998, pp. 93-258.

¹⁵³ Se puede nombrar, por ejemplo, la prodigalidad, el régimen de adopción, el patronato, etc.

bien, se lo dejaba a un heredero, si había más de uno, podía asignar las distintas porciones instituyendo más de un heredero).

El problema comenzó a plantearse cuando los herederos domésticos no se veían satisfechos por las distintas posibilidades jurídico-económicas, que podía haber adoptado el *pater*, es decir, hubo una reacción contra la conducta del testador que, de manera injustificada, procedía a desheredar o a preterir a sus hijos. Fue entonces, cuando comenzó a plantearse el reconocimiento de los derechos que podían tener los herederos, pese a la voluntad expresada por el *pater* en el testamento. A partir de ahí, se trató de ir limitando esa libertad en favor de los intereses de los herederos domésticos, aunque los romanos no dejaron de reconocer la libertad del testador.

Las primeras medidas adoptadas en contra de la libertad de testar fueron conocidas hacia finales de la época republicana, abarcando todo el período clásico. Ya para los juristas de los siglos II y III d.C., el reconocimiento del derecho de los herederos domésticos había alcanzado un grado de desenvolvimiento muy avanzado, pero no aparecía sistematizado de forma orgánica. Incluso en la época de Justiniano, no se hizo una unificación de todas las medidas, ni en el Digesto, ni en el Código, ni en las Institutas. Habría que esperar hasta el año 529 d.C., para ver un intento en tal sentido en la Novela 115.

En la época clásica, los distintos remedios en favor de los herederos domésticos eran los siguientes: la sucesión *iure civile* en caso de preterición de los *sui heredes*, la *bonorum possessio contra tabulas testamenti* y la *querella inofficiosi testamenti*. Nos centraremos en esta última, pues es la que se considera un claro antecedente de nuestra legítima.

El reconocimiento jurídico de derechos sucesorios a determinadas personas, por razón de parentesco con el testador, tiene su punto de partida en el régimen de esta institución, por ello, se puede decir, que es el antecedente de la legítima actual. La *querella inofficiosi testamenti* nace en una época de predominio del testamento, y la tensión entre sucesión testada e intestada explica, en buena parte, la estructura de la misma. La impugnación del testamento como inoficioso, se suele presentar en la doctrina como el eslabón final de un proceso evolutivo encaminado a la limitación de la absoluta libertad de testar del *pater familias* (libertad que manifiesta, en el campo de la herencia, su posición de supremacía).

Con la *querella* se entendía que, si un *pater* desheredaba a un hijo, sin ninguna causa justificada, el hijo podía atacar el testamento por el procedimiento especial de la *querella inofficiosi testamenti*, aduciendo que su *pater* había faltado al “deber de piedad” (*officium pietatis*), que debía tener con él. De este modo, podía, según los casos, obtener que se anulara el testamento, o que se le otorgara una determinada parte de la herencia. Asimismo, también se utilizaba cuando la cantidad otorgada a un heredero, no le parecía suficiente¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Esto significaba reconocer que, si bien seguía subsistiendo el interés colectivo familiar, también existían intereses individuales de los hijos.

Lo curioso de esta medida es que el fundamento que se daba no era estrictamente jurídico, ni estaba basado en una ley, sino que era de orden moral. Se consideraba que, el haber actuado el testador desheredando, sin motivo admisible, a sus allegados próximos, era faltar al “deber de piedad”. Por este *officium pietatis*, el testador debía dejarles, por lo menos, una determinada cantidad de bienes a sus herederos legítimos (esta porción es, entonces, la que constituirá la “legítima”). Si faltaba a este deber, se le consideraba como si estuviera bajo los efectos de una perturbación mental (*color insaniae*), aunque no se decía que fuese incapaz mental, sino ya sería incapaz para testar. El *color insaniae* hacía referencia a la calificación de una conducta como irracional, propia de un demente, al no comportarse razonablemente en la gestión de su patrimonio. Esta actividad antijurídica fue la que dio origen a la *querella*¹⁵⁵.

Este procedimiento de la *querella* comenzó a ser admitido, ante el Tribunal de los Centunviro, a partir de la primera mitad del siglo I a.C. Este Tribunal era un órgano judicial colegiado que se ocupó, incluso en el Imperio, de las cuestiones hereditarias. El estímulo que provocó su aparición fue la libertad de testar, por la complejidad de los litigios que tenían lugar como consecuencia de ello. Y respecto a la *querella*, su función era realizar un juicio de comparación entre los méritos del instituido y los del querellante, y a través de ese análisis, decidir cual tenía mejor derecho.

El primer problema que se planteó, en relación con la *querella*, fue el de determinar cuando la *portio hereditatis* se consideraba insuficiente. Como no había ninguna ley que estableciera dicho monto, eran los jueces quienes debían considerar, en cada caso en particular, cuando lo recibido por el querellante era insuficiente, de acuerdo con el deber de “piedad familiar”¹⁵⁶. En esta cuestión, los jueces tuvieron una amplia libertad, puesto que la *querella* no era una “acción de Derecho estricto”, sino un procedimiento extraordinario que permitía que los Centunviro, o el magistrado encargado de la consideración de la causa, se pudieran mover según su arbitrio. Cuando el monto se consideraba suficiente, entonces se rechazaba la *querella*. Pero hacia finales de los tiempos republicanos, se comenzó a aplicar el principio de que la cuantía de “parte suficiente”, consistía en una cuarta parte de la cuota hereditaria que le hubiera correspondido al querellante, si la herencia hubiera sido *ab intestato*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ La *querella* ejercía un control sobre la decisión del testador, por lo tanto, calificar el régimen resultante como sucesión necesaria o forzosa es perfectamente coherente con la finalidad de la institución. Ésta realizaba un acto de valoración de la última voluntad, y el juicio de valor consistía en la determinación del cumplimiento del *officium pietatis*. Vid. RIBAS-ALBA, JOSÉ MARÍA, *Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico, op. cit.*, pp. 93-258.

¹⁵⁶ Es un dato admitido por toda 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 Centunviro valorar, en su caso, la suficiencia de lo que el testador hubiera dejado eventualmente al querellante.

¹⁵⁷ ¿Cómo se llegó a formar este *quantum*? La opinión predominante en cuanto al *quantum*, es que resulta más que sugestivo que para esa época se hubiera aprobado la *lex Falcidia* (año 40 a.C.), la cual hablaba precisamente de una *quarta pars*. Según ella se establecía una protección para el heredero testamentario en una herencia que estuviera demasiado cargada de legados y *donationes mortis causa*. Estas cargas, que estaban a cargo del heredero no podían superar nunca las 3/4 partes del monto de la herencia, de tal modo que se le aseguraba a él una *quarta pars*. Pero que en dicha ley existiese alguna disposición análoga referida al que atacaba el testamento por la *querella inofficiosi testamenti*, no pasa de ser una conjetura.

Los que podían atacar al testamento, por medio de esta *querella inofficiosi testamenti*, no eran todos los herederos a quienes les hubiera correspondido la herencia *ab intestato*, sino aquellos parientes más allegados. Resulta admisible pensar que, ya desde la época clásica, aquellos que podían atacar como inoficioso al testamento eran, en general, los descendientes y los ascendientes, en forma recíproca, sin distinguir si se trataba de agnados o de cognados, fueran varones o mujeres, se tratase del padre o de la madre, es decir, todos aquellos descendientes o ascendientes que pudieran pedir la herencia civil o pretoriana. A partir del mandato de Constantino, también podían atacar al testamento, como inoficioso, los hermanos o hermanas bilaterales (*germani*) del testador, e incluso los medio hermanos “sanguíneos”, es decir, los habidos del mismo padre aunque de distinta madre¹⁵⁸. En cambio, estaban excluidos los medio hermanos “uterinos”, es decir, los habidos de la misma madre, pero de distinto padre¹⁵⁹.

La legitimación pasiva la tenía el heredero instituido (*heredes scriptus*). Frente a él se interponía la *querella*, al considerar el demandante que él tenía un mejor derecho por proximidad de parentesco y conducta con el testador. Y al demandado le correspondía alegar cuantas consideraciones estimase oportunas para mantener la validez de la institución de heredero, que se había hecho a su favor.

Por lo que se refiere a los efectos de la *querella inofficiosi testamenti*, en caso de ser admitida judicialmente, producía la rescisión del testamento. Como consecuencia del éxito de la reclamación se abriría, entonces, la sucesión intestada, obteniendo el querellante la misma cuota que le hubiere correspondido en ausencia de testamento. Pero, excepcionalmente, podía ocurrir que el testamento fuera rescindido de forma parcial, de tal modo que, por un lado, se satisfacía en parte la pretensión del querellante, y, por el otro, se continuaba manteniendo algún derecho por parte del heredero instituido¹⁶⁰.

El emperador Justiniano estableció mayores precisiones en lo que respecta a la *querella inofficiosi testamenti*, así como también en la regulación de la “legítima”. Por ello, dictó diversas Constituciones que figuran en el Código Justiniano y luego, sobre

¹⁵⁸ La *querella inofficiosi testamenti* se debía interponer contra al heredero testamentario dentro de un plazo de cinco años desde el día en que el heredero hubiese aceptado la herencia. Se interpretaba que, pasado ese lapso, cabía presumir, por parte del familiar allegado, un perdón de la ofensa recibida en contra del *officium pietatis*. Sin embargo, si existiera “una causa grande y justa” (*magna et iusta causa*), el plazo podía ampliarse. Los menores de 25 años resultaron protegidos por una Constitución de los emperadores Valeriano y Galieno, de tal modo que el plazo de cinco años se computaba a partir de que alcanzaran la mayoría de edad, es decir, luego de haber cumplido los 25 años. Si el heredero perjudicado moría antes de ejercer la *querella inofficiosi testamenti*, se interpretaba que había perdonado la ofensa del *officium pietatis* y, por lo tanto, el derecho a ejercerla no pasaba a sus herederos. Pero si el querellante la había intentado antes de morir, o hubiese preparado su ejercicio, la *querella* podía ser continuada por sus herederos.

¹⁵⁹ Vid. RIBAS-ALBA, JOSÉ MARÍA, *Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, op. cit., pp. 93-258.

¹⁶⁰ Es interesante señalar, que si el legitimario que iniciaba la *querella inofficiosi testamenti* era vencido y obtenía una sentencia desfavorable, el testamento quedaba como válido. Pero al centrarse el juicio en una controversia valorativa sobre el mejor derecho del querellante y cuestionarse la conducta del testador, la sentencia tenía, para el demandante que perdía el proceso, la consecuencia adicional de la indignidad, al considerar que el actor había injuriado la memoria del testador. Por esta razón, perdía toda liberalidad que le hubiese sido conferida en el testamento, quedando dichos beneficios en favor del Fisco.

la base de la Novela 18 (año 537) y, principalmente de la Novela 115 (año 541), trató de establecer un sistema unificado, aunque no fue completo, que supuso algunas modificaciones importantes en lo que se refiere a la sucesión contra el testamento. Entre éstas, tiene importancia la implantación definitiva de la *actio ad supplendam legitimam*¹⁶¹. Justiniano, en el año 528, dispuso, a fin de evitar la proliferación de querellas contra el testamento, que la *actio ad supplendam legitimam* pudiera ser ejercitada por aquellos herederos legitimarios que hubieran recibido una parte inferior a la legítima. De este modo, se les impedía pedir la rescisión del testamento por la vía de la *querella*, debiendo emplear esta acción de suplemento para alcanzar la *pars legitima*. Esto ocurría así, siempre y cuando el testador no hubiera dicho en el testamento que se les dejaba una porción menor, debido a que los consideraba “ingratos”.

En la Novela 18 Justiniano, pareciéndole reducida la antigua *quarta pars*, decidió aumentar el monto de la legítima, de tal modo que, si el *pater* o la madre tenían hasta cuatro hijos, la *pars debita* ascendía a un tercio de lo que hubiera correspondido *ab intestato*, y si, en cambio, el número de hijos era de cinco, la legítima se debía calcular en un medio, también calculado respecto de lo que se hubiera recibido *ab intestato*¹⁶².

Otra reforma, también importante, surgió de la Novela 115 (año 542), en la que se determinaba que, los ascendientes no podían ni preterir, ni desheredar a los descendientes, y viceversa éstos a aquellos, sin haber mencionado una causa justa de exclusión de la herencia. Esto significaba que, mientras en el sistema anterior a esta Novela, los herederos mencionados podían atacar al testamento por medio de la *querella inofficiosi testamenti*, o por los otros medios otorgados por el *ius civile*, o el *ius praetorium*, buscando obtener su parte legítima, ahora, se les reconocía algo más de fondo: el derecho expreso a ser herederos, por lo menos por esa *pars debita*, y siempre y cuando no hubieran sido tachados por alguna de las causas legales de exclusión. Así, estos herederos debían ser instituidos, por lo menos, hasta el monto de la legítima, no pudiendo ser ni preteridos, ni desheredados, sin haber expresado, en el testamento, alguna de las cláusulas justas de exclusión¹⁶³.

¹⁶¹ Existía el antecedente de la Constitución de Constancio y de Juliano, que contemplaba el caso del *pater* que había dejado ciertas liberalidades a sus hijos, añadiendo que, si las mismas resultaban inferiores a la legítima, quería que fueran completadas “según el arbitrio de un hombre honrado”.

¹⁶² Para computar el número de los hijos había que tener en cuenta a todos los existentes llamados a la sucesión *ab intestato*, incluso aquellos que no resultaban legitimarios, como por ejemplo, un hijo debidamente desheredado.

¹⁶³ Sobre las formas de cómo se debía operar la *exhereditio* nada dice el texto de la Novela y pese a ello, cabe pensar que en la práctica lo normal es que fuera nominativa (*nominatim*), ya que la causa de exclusión, que era personal debía ser expresada en el testamento. Justiniano procedió a enumerar las causas de ingratitud que permitían que fueran excluidos como herederos, las cuales debían quedar expresamente determinadas en el mismo testamento. Si se probaban las causas de desheredación expuestas por el testador (bastaba una sola de ellas), el testamento era válido. En caso contrario, el testamento era nulo, pero solamente en cuanto a la institución de heredero, yendo los bienes a los descendientes o ascendientes en el orden *ab intestato*. En cambio, a diferencia de lo que ocurría en la *querella inofficiosi testamenti* del Derecho anterior, el resto del testamento no caía, permaneciendo válidos los legados, los fideicomisos, las manumisiones, las daciones de tutor, etc. Vid. RIBAS-ALBA, JOSÉ MARÍA, *Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, op. cit., pp. 93-258.

2. La legítima en Las Partidas.

El Derecho de la España medieval, contenido en Las Partidas, también se puede considerar otro de los antecedentes de la legítima actual, siguiendo la misma línea del Derecho romano. En el Derecho Civil de Castilla, fruto de la recepción del *Ius Commune* justiniano, Las Partidas plasman la evolución que experimentó el instituto de la legítima en cada etapa histórica romana. Las Partidas apenas se apartaron del Derecho romano, por lo que también constituyen un claro antecedente de nuestro Derecho privado actual. De hecho, la redacción del art. 806 Cc. parece haberse apoyado en los viejos antecedentes del Código Romance, pues existe una gran fidelidad entre lo dispuesto en el Código civil y lo dispuesto en varios fragmentos del Código Alfonsino¹⁶⁴.

En Las Partidas, el derecho de legítimas no se presentó solo como un derecho legal de reserva o cotitularidad de derechos de carácter absoluto del heredero frente a sus ascendientes legítimos, sino que también, como un derecho de freno legal a la libertad de disposición de los ascendientes y descendientes sobre su patrimonio hereditario.

Se partía de una libre autonomía de la voluntad testamentaria, sin embargo, la regla no era absoluta. Se consagró, por el Derecho de Partidas, el principio civil conocido como “sucesión necesaria formal”, por el que el heredero debía aparecer mencionado en el testamento. Ahora bien, la institución de heredero tenía como fines: el nombramiento y la atribución del título de heredero, y la asignación de una cuantía del caudal hereditario. A tenor de estas finalidades, se puede señalar que la “sucesión necesaria formal” y la “sucesión necesaria material” se presentaron en el Código Medieval fusionadas, y se materializaron en la *heredes institutio*. Así, la libertad testamentaria apareció limitada por el hecho de 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, pero la simple institución sin cuantía permitía al legitimario la impugnación del posterior testamento. Y si el testador no mencionaba a algunos de sus descendientes o ascendientes necesarios en el testamento, éste era nulo de pleno derecho por la preterición. Siendo la *querella inofficiosi testamenti*, procedente del Derecho romano, el instituto procesal que tenía el legitimario para hacer valer sus derechos por preterición, injusta desheredación, o por institución de heredero en el mero título, o sin institución en cosa cierta¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Partida VI, 10, 8: “fuera ende, fi alguno dellos fueffe fijo del teftador, ca efte atal no devé perder la fu legitima parte, q los fijos deven aver en los bienes del padre...”, y en la misma partida, 11, 6: “...effto mifmo feria, quando el teftador mandaffe a fu fijo algo por razón de la fu legitima parte, que deue aver en los bienes del padre... Fuera ende, fi los herederos feffen delos que defciende o fube, por la lina derecha de los fazedores de los testamentos. Ca eftos a tales deven aver la fu parte legitima, por debdo q han en los bienes del padre naturalmente...”.

¹⁶⁵ La naturaleza jurídica de la *portio legitima* en el Código Romance, en principio, parece presentarse como *pars hereditatis*, que debe el ascendiente a sus descendientes, o viceversa. Sin embargo, el heredero que recibe su legítima a través de legados, puede contentarse con esa porción y el testamento permanecer válido. Por otra parte, el testador puede haber realizado donaciones en vida que pueden haber lesionado la legítima de los herederos necesarios. En este caso, éstos tienen la posibilidad de impugnar las donaciones inoficiosas, reduciendo estas liberalidades hasta imputar su legítima, o pueden retener su parte de las mandas realizadas *mortis causa*. Por tanto, la afirmación de que la legítima

La Partida VI, 1, 17, sanciona la legítima justinianea al señalar que si son cuatro los legitimarios tienen derecho al prorrato de un tercio del patrimonio hereditario, pero si los legitimarios son más de cuatro tienen derecho a la mitad del haber hereditario¹⁶⁶.

III. ACTUALIDAD JURÍDICA Y LEGÍTIMAS.

1. Regulación actual.

En primer lugar, para centrarnos en el análisis del sistema legitimario actual, haremos una breve referencia a algunos datos de Derecho comparado sobre este tema.

El panorama legislativo de la legítima y la libertad de testar es enormemente variado y disperso. Una distinción elemental permitiría distinguir entre los sistemas angloamericanos del *common law*, en los que rige el principio de libertad de testar, y los sistemas legitimarios clásicos de Derecho civil, en los que determinados familiares tienen derecho a recibir necesariamente una parte de los bienes de la herencia. Entre estos sistemas no existe una única tradición y, por tanto, no se puede simplificar al no existir identidad, ni entre los sujetos favorecidos, ni en el contenido de los derechos que se les reconoce en cada caso.

De una parte, en la mayoría de sistemas europeos continentales, donde el sistema de legítimas es imperativo, se han producido modificaciones recientes, todas ellas encaminadas a flexibilizar el sistema de legítimas, si bien sin llegar a cambiar en profundidad el sistema. Por el contrario, en los sistemas en los que hay una mayor libertad de testar, puede identificarse una tendencia hacia la búsqueda de medidas que suavicen tal sistema: los Tribunales fuerzan los controles relacionados con la formación de un consentimiento libre y los vicios del consentimiento y, aunque no quede demostrada ninguna de estas circunstancias, pueden argumentar que, un testamento que priva sin razón a los hijos de la herencia, demuestra que el testador que actúa contra “lo que es natural”, o que “no actúa como un juicioso padre”, ha otorgado un testamento inválido. De esta forma, se llega a introducir un control moral por los jueces¹⁶⁷.

Por lo que respecta a los sistemas continentales recientemente reformados, se puede hacer alusión, a título ejemplificativo, a la reforma llevada a cabo en la legislación civil francesa. La Ley nº 2006-728, de 23 de junio de 2006, ha reformado la regulación de las sucesiones y donaciones en el Código civil francés, y el resultado de la reforma ha sido una modificación que, sin prescindir de la institución de las legítimas, trata de acomodarlas a la nueva realidad social (aumento de las expectativas de vida, multiplicación de las familias recompuestas con hijos procedentes de diversas uniones,

es parte de la herencia no debió tener muchos seguidores, y la corriente doctrinal mayoritaria, apoyándose en Paulo y Papiano, sostenía que la legítima es *pars bonorum*: bienes hereditarios y extrahereditarios.

Por lo que respecta al legitimario, el Código Alfonsino reafirma al heredero-legitimario, es decir, que el legitimario ha de ser necesariamente heredero, al ser dos títulos insolubles y permanentemente unidos.

¹⁶⁶ Cf. SUÁREZ BLÁZQUEZ, GUILLERMO, “Derecho de legítimas en Las Partidas”, *Anuario da Facultade de Dereito de Ourense*, 2002, pp. 501-527.

¹⁶⁷ Cf. PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *AFDUDC*, 2009, pp. 481-554.

etc.), e introduce la suficiente flexibilidad como para permitir la adjudicación preferente de determinados bienes, por razón de protección especial, a favor de algunas personas (como, por ejemplo, hijos discapacitados), o por razones económicas (en el caso de la conservación de un negocio familiar). Con la finalidad de aumentar la libertad del disponente la Ley restringe, por tanto, el ámbito de la legítima y disminuye su eficacia¹⁶⁸.

Por otro lado, como el ejemplo paradigmático de regulación que ha optado por el reconocimiento de la libertad absoluta de testar, se presenta la legislación inglesa¹⁶⁹. Sin embargo, como un paliativo a este sistema de libertad absoluta, se introdujeron, mediante la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, las llamadas *family provisions*, que permiten, a determinadas personas, solicitar a los Tribunales una “provision”, en el supuesto de que el testador, o bien las normas de sucesión intestada, no hubiesen realizado una atribución económica razonable a su favor. Esta figura no coincide exactamente con nuestro derecho de alimentos, pues 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 anteriormente¹⁷⁰. Esta *provision* la pueden solicitar: el cónyuge del causante o pareja de hecho, el excónyuge que no haya contraído nuevas nupcias, los hijos del causante, otras personas a las que, en relación con algún matrimonio contraído durante su vida, el causante haya tratado como hijos, y, en definitiva, cualquier persona que hubiera estado mantenida total, o parcialmente, por el causante, o hubiese mantenido una estrecha relación con él en los últimos momentos de su vida¹⁷¹.

Centrándonos en la regulación española, hay que comenzar señalando que, todo el período codificador del Código civil español vivió en un clima polémico en torno a qué régimen sucesorio debía ser elegido entre los sistemas de legítimas, o de legítimas y mejoras de una parte, y el de libertad de testar, más o menos absoluta, de otra¹⁷². Pero, finalmente, en el Código civil se optó por la tesis de la legítima larga de dos terceras partes en favor de los descendientes, si bien con la libertad de mejorar en un tercio a cualquiera de ellos (arts. 808 y 823 Cc.). Y se reconocen, también, en el art. 809 Cc., la legítima de los ascendientes, en defecto de descendientes (mitad de la herencia o tercera parte, según concurran o no con el cónyuge viudo), y la legítima usufructuaria del cónyuge viudo.

¹⁶⁸ Cf. PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, *loc. cit.*, pp. 481-554.

¹⁶⁹ Cf. AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El tratamiento de las legítimas en el Derecho comparado”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 43, 2007, p. 54.

¹⁷⁰ La provisión “razonable” no se establece como un porcentaje fijo de la herencia, sino que depende del patrimonio y de los ingresos del derechohabiente, de sus obligaciones y sus responsabilidades, de la cuantía de la herencia, de las necesidades del solicitante, la edad, etc. Teniendo el juez amplia libertad para determinar la cuantía y la forma de la disposición concedida al solicitante, que puede consistir, a modo de ejemplo, en pagos periódicos a cargo de la herencia, en una suma concreta de dinero, en la atribución de bienes específicos de la herencia... *Vid.* VAQUER ALOY, ANTONI, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Revista para el análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, 2007, pp. 5-6.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Vid.* www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=8&seccion_ver=0 (5.11.2012)

Para garantizar las legítimas, el Código civil (en sus arts. 806 a 822) dispone de normas protectoras, que impiden burlar el freno a la libertad de testar. Estas normas protectoras son: las causas taxativas de desheredación, los efectos de la preterición, la prohibición de imponer gravámenes, condiciones o sustituciones sobre las mismas, etc. La legítima se protege, incluso, frente a actos realizados *inter vivos*, como las donaciones que han de computarse y reducirse en su caso. Y el sistema de protección se cierra con la prohibición de pactos de renuncia de la legítima. Sin embargo, poco a poco, de manera tímida, se han ido abriendo vías de libertad muy escasas que suponen el reconocimiento de que la legítima es, en muchas ocasiones, un impedimento serio para la equilibrada distribución del patrimonio. En este sentido, parece que está teniendo lugar el inicio de un movimiento favorable a reducir el ámbito de aquélla.

Recientes modificaciones legislativas han dado entrada (por Ley 41/2003 de 18 de noviembre), si bien limitadamente, y con el único fin de proteger a los discapacitados, a normas que implican una libertad de decisión, en perjuicio de la legítima tradicional. Así, el art. 808 Cc., en su párrafo tercero, permite imponer sobre la legítima estricta una sustitución fideicomisaria a favor del discapacitado, y el art. 822 Cc. excluye del cómputo de la legítima la donación del derecho de habitación de la vivienda habitual. También supone una extensión de la libertad de testar la norma especial, y poco utilizada, establecida en el art. 831 Cc., relativa a la facultad que se concede al cónyuge viudo. Y especialmente relevante es la norma del art. 1056 Cc., que da una flexibilidad al sistema en beneficio de la conservación de la empresa, y las de los arts. 841 a 847 Cc., relativas al pago de la legítima en metálico extrahereditario.

El sistema legitimario español es de los más variados por la confluencia de lo establecido en el Código civil, con lo establecido por las diversas CC.AA., que adoptan soluciones desde la más rígida del Código civil, hasta la más libre de la legislación Navarra, pasando por la aragonesa de amplia libertad, pero dentro del colectivo de los descendientes. Por ello, parece necesario hacer un breve análisis sobre los diferentes sistemas legitimarios, para observar las evoluciones realizadas con respecto al Código civil, y ver qué dirección siguen éstas en el tema de las legítimas.

En Galicia, por ejemplo, el sistema legitimario se encuentra regulado en la Ley 2/2006, de 14 de junio, que en su art. 243 establece que “constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes”. Como se puede observar, el porcentaje de la porción legítima ya disminuye considerablemente en relación con el del Código civil, en el que son dos tercios del haber hereditario. Y por su parte, el art. 253 LDCG, en cuanto a la legítima del cónyuge viudo, señala que “si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario fijado conforme a las reglas del artículo 245”. En este caso, sucede de nuevo que la porción legitimaria también se ve reducida con respecto al Código civil, en el que la legítima del cónyuge viudo es de un tercio si concurre con descendientes del causante. Y no hacemos referencia a la legítima de los ascendientes, puesto que ésta fue suprimida en Galicia.

Asimismo, en el Derecho civil gallego existen algunas especialidades que amplían la libertad de testar. Así, el derecho de labrar y poseer como supuesto especial de mejora, que conlleva el pago de la legítima en metálico a los demás herederos forzosos, y las apartaciones, que permiten que el causante, en vida, adjudique a uno de sus legitimarios la plena titularidad de bienes determinados, quedando excluido el adjudicatario con carácter definitivo de su condición de legitimario, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse¹⁷³.

El Derecho civil vasco se encuentra regulado en la Ley 3/1992, de 1 de julio. La C.A. vasca padece, en el ámbito del Derecho civil, una fragmentación legislativa que se hace sentir en materia de sucesiones, por eso, la mencionada Ley no contempla un Ordenamiento sucesorio único y uniforme para los tres Territorios Históricos que integran la Comunidad.

En Bizkaia, la libertad de testar se manifiesta en toda su amplitud dentro del ámbito familiar, al configurar la legítima como colectiva. No obstante, esta libertad sufre la limitación del art. 66 de la citada ley, que faculta a los descendientes que se encuentren en situación de pedir alimentos para poder reclamarlos de los sucesores, cuando no haya persona obligada a prestarlos, y la del art. 17, sobre la protección del carácter familiar del patrimonio, a través de la troncalidad, que se extiende a los actos de disposición de los bienes troncales y a la sucesión intestada y forzosa.

En los municipios en los que rige el Fuero de Ayala se produce la más amplia libertad de testar, pero ésta está condicionada al apartamiento de los herederos forzosos. Los herederos forzosos tienen, por tanto, una legítima puramente formal, es decir, el testador no puede olvidarse de ellos y tiene que mencionarlos, aunque sea para excluirlos, y en este punto hay una coincidencia sustancial con el Derecho navarro.

Rige en Guipúzcoa el sistema legitimario del Código civil, si bien la Ley 3/1999 de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa, establece una mayor amplitud de la libertad de testar en relación con el caserío guipuzcoano, pues permite al causante disponer, incluso por donación, del caserío en favor de alguno, o de algunos, de los descendientes o ascendientes, en proindivisión, en cuyo caso, el valor del caserío y sus pertenencias no se computará para el cálculo de las legítimas.

El Código de Derecho Foral aragonés, aprobado por Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, recoge la tradicional legítima colectiva, referida únicamente a los descendientes, que son los únicos legitimarios, limitándola a la mitad de la herencia en aras de una mayor libertad de testar (art. 486.1 CDFR). De esta manera, el causante puede dejar los bienes a un descendiente (incluso nieto habiendo hijos), o distribuirlos de forma igualitaria. Basta para excluir a un legitimario, sin que haya preterición, la

¹⁷³ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I. Las legítimas*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 307-312.

mención en el testamento, o escritura en la que se ordene la sucesión, o cualquier atribución de carácter irrelevante o simbólico.

En Cataluña, el sistema legitimario se encuentra regulado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en el que se dice que la legítima será la cuarta parte del haber hereditario, y que son legitimarios los hijos por partes iguales, y en su defecto el padre y la madre por mitad. Por lo que en este caso, también se ve reducida la institución de la legítima, respecto del régimen previsto en el Código civil.

En las Islas Baleares, se encuentra regulada la legítima en la Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares. En su art. 42 se indica que “constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos, y en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número”, y tiene este Derecho la particularidad de que permite la renuncia de la legítima.

Y, por último, en Navarra, la Compilación del Derecho civil Foral, aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, admite la libertad máxima de testar, al recoger solamente la necesidad de una legítima puramente formal. Es entonces, en Navarra y en el territorio donde rige el Fuero de Ayala, donde se alcanza la máxima evolución del sistema de legítimas, representando el sistema deseado por muchos ante los problemas que surgen como consecuencia de la existencia de la institución de la legítima.

A partir de la breve descripción de estos sistemas legitimarios, se puede afirmar que se ha producido una evidente evolución tendente a la reducción de la institución de la legítima, respecto de lo dicho por el Código civil. Así, en mayor o en menor medida, todas estas legislaciones reconocen una libertad de testar más amplia que la contenida en el Código civil: unos reducen la cuantía de la legítima, otros eliminan legitimarios y otros, directamente, eliminan la legítima en la práctica¹⁷⁴.

2. Oportunidad de sostenerlas.

Como ya se ha dicho anteriormente, en los últimos tiempos, se empieza a notar una cierta inquietud en torno a la institución de las legítimas, y se oyen algunas voces partidarias de una mayor libertad de testar. Cada vez más, las personas no entienden y se cuestionan por qué es obligatorio “reservar” una parte de su patrimonio a un determinado familiar, con el que nada les une ya. Se plantea entonces, hasta cuándo se deberá mantener esta institución de las legítimas, tan consolidada históricamente. Por lo tanto, es conveniente hacer una reflexión sobre el fundamento actual del sistema legitimario y analizar las razones por las que se muestra rechazo sobre el mismo, y también, en su caso, si no habrá llegado la hora de modificar el sistema sucesorio

¹⁷⁴ Se expresó Vallet de Goytisolo, en el sentido de que parece que en las legislaciones forales, las normas suelen estar elaboradas partiendo del buen padre, mientras las disposiciones del Derecho común, piensan en la posibilidad de abusos, aunque sean la excepción. Pero la norma común debería estar inspirada en el buen uso normal. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

previsto en el Código civil, en el sentido de adaptarlo a las necesidades actuales y a la realidad social, que está demandando un nuevo esquema sucesorio.

El mantenimiento de las legítimas trae graves problemas a situaciones que, hoy en día, se dan muy a menudo. A título ejemplificativo se pueden mencionar varios casos problemáticos. Por ejemplo, sucede con la pareja que quiere otorgar testamento de modo que la propiedad plena de sus bienes, que en la mayoría de las veces se reducen a la vivienda y al mobiliario, quede íntegra para el sobreviviente. Esto no pueden hacerlo, a pesar de que la han adquirido ambos con su trabajo y que, probablemente, vayan a necesitar venderla, para pagar los gastos de su vejez, debiendo otorgarles una parte a sus descendientes, o en caso de no existir éstos, a sus ascendientes. También se da el caso de personas que desean dejar sus bienes a otra que les cuida, pues sus hijos no asumen su cuidado y atención. Esto tampoco se puede hacer, a pesar de que quiera la persona pagar esos cuidados con los bienes de la herencia, porque, por ejemplo, puede que no tenga bienes en efectivo para pagarle en el momento en que recibe los cuidados. Otro ejemplo es el de una persona que quiere que todos sus bienes pasen a una institución que le recoja y atienda en su vejez, o, simplemente, constituir una fundación benéfica. Y, por último, se puede mencionar el caso de que el causante posea una gran empresa y quiera designar libremente a un heredero que quiere que continúe con ella, para que ésta no quede fragmentada. Pues en caso de que el único sucesor no pueda cumplir con la legítima de los otros herederos, tampoco se cumpliría con la voluntad del causante, ya que el heredero tendrá que fragmentarla para cubrir el pago de las otras legítimas.

En todos estos supuestos los testadores suelen mirar con recelo el hecho de que la propiedad de lo que han ganado con el esfuerzo de muchos años esté sometida a fuertes limitaciones, es decir, que la libertad de disponer de sus bienes esté gravemente restringida por el Estado, aunque sea en beneficio de sus parientes, al imponer un sistema rígido de límites: el sistema legitimario. Aparece entonces, un sentimiento de rechazo en torno a esta institución, quizás, porque tal limitación ya no cuenta, hoy, con el soporte tradicional de una familia como la de antes, que era el fundamento de la institución legitimaria.

Antiguamente, las relaciones familiares eran cercanas y continuas, pues los hijos vivían normalmente con sus padres, y también existía entre ellos una dependencia económica y profesional. Tales relaciones se centraban físicamente en torno a la casa familiar, que constituía el centro referencial de la familia, y que se transmitía de generación en generación. Pero no sólo la casa era un elemento físico de cohesión, sino también el patrimonio empresarial básico, ya fuese la finca o fincas rústicas de cuyas rentas y productos vivían, o la empresa industrial, o el local en donde se desarrollaba la profesión artesanal, los cuales se transmitían, también, de generación en generación. Contribuyendo así los hijos a esa perpetuación al continuar con el trabajo, o la empresa, de sus padres, velando por su conservación. Y desde el otro punto de vista, es decir, de hijos a padres, los padres eran respetados y atendidos por sus hijos hasta la muerte.

Sin embargo, han tenido lugar muchos cambios en la configuración económica y en las relaciones afectivas de la familia. Hoy en día, la casa ya no es el elemento físico referencial en el que se concentran las relaciones familiares, pues tanto en la ciudad, en

la que la vivienda suele radicar en un piso, como también en los pueblos y en las zonas residenciales de las ciudades, en los que si bien perdura la vivienda unipersonal, ésta ya no es “característica”, no es referencia de una familia. La vivienda se ha hecho fungible y las personas cambian, generalmente, varias veces de vivienda a lo largo de su vida, bien sea por razones de trabajo, o porque su situación económica ha mejorado.

Pero no sólo la casa ha perdido el valor que tenía de antaño, sino también las fincas rústicas, que han perdido su carácter principal en la consideración económica, y se han convertido en un elemento más del patrimonio con una acentuada fungibilidad: se venden para comprar otras más productivas, o para invertir la contraprestación en otro tipo de bienes, o desaparecen diluidas por una parcelación como consecuencia de una calificación urbanística. Así como también, la empresa familiar ha perdido su concepto anterior como consecuencia de las nuevas formas de constituirse, eludiendo, por ejemplo, el nombre de la familia y refugiándose en sociedades limitadas o anónimas etc.

Y cabe hacer referencia, asimismo, a la extinción de los oficios artesanales y cualificados de transmisión familiar, basados en un aprendizaje muy largo y minucioso. Los hijos ya no trabajan en el taller u oficio de sus padres, de cuya dedicación resultaban lógicas las expectativas hereditarias respecto de los bienes a cuya conservación o adquisición habían contribuido. La mecanización, y después la informática, han ido desplazando los oficios artesanales.

Desde otro punto de vista, el de la relación personal y afectiva entre padres e hijos, el cambio ha sido también profundo. Frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, hoy, predomina el distanciamiento físico y afectivo. Y esto, especialmente, cuando los padres se hacen mayores y los hijos, no están dispuestos, o no pueden asumir su cuidado, acudiendo a asilos o a residencias para ancianos. Por otra parte, cabe señalar también, que cada vez son más las personas con familias diversas como consecuencia de divorcios y nuevas relaciones. Entonces, el distanciamiento de algunos de los hijos puede ser todavía mayor, sobre todo cuando la separación se produjo a edades muy tempranas. Además, 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, o incluso los sesenta, o más, y cuando la que se considera obligación fundamental de los padres de educar y proporcionar una formación, se ha cumplido ya. De tal forma, que no se puede sostener que la legítima sirva para permitir a los hijos comenzar una vida independiente.

Las circunstancias sociales y económicas de la familia han cambiado sensiblemente, por eso se cuestiona, si en la nueva situación, tiene sentido seguir limitando la libertad de testar, impidiendo que el propietario pueda disponer libremente a favor de las personas que desee. Vallet de Goytisolo analizó el problema, y consideró que, lo fundamental en el régimen sucesorio, es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate, por lo que hay que valorar el clima moral y social

de la época, las costumbres y usos vividos, e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia¹⁷⁵.

A pesar de todos estos hechos que ponen de relieve la necesidad del aumento de la libertad de testar, hay quien aún mantiene la opinión contraria y defiende el mantenimiento de las legítimas. A favor de las legítimas destaca, sobre todo, Alonso Martínez, quien aporta una serie de argumentos contrarios a la eliminación de las legítimas, poniendo de relieve lo que para él supondría esta supresión. Argumenta que la naturaleza ha hecho esencialmente iguales a los hermanos, y les hace violentos la Ley que les otorga derechos diversos, refiriéndose a la utilización de la libertad de testar para designar heredero a uno solo de los hijos. Opina que no es justo, ni bueno, un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia, y que es contrario a la unidad de la familia, pues puede dar lugar a abusos e injusticias del padre, y es origen de envidias entre hermanos a la vez que fomenta los pleitos. Dice que los padres no pueden desentenderse de los deberes con los hijos, y que la familia es el medio del que deriva el derecho de alimentos, conservándoles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna. Y, por último, a estos argumentos añade que la participación de la familia en la obtención del patrimonio familiar crea un ámbito adecuado para que se produzca a modo de una copropiedad familiar¹⁷⁶.

Sin embargo, a todos estos argumentos encontraron otros autores o juristas respuesta, planteando objeciones a todos ellos. Así, Moret y Silvela señalan que la idea igualitaria de la legítima encierra en sí una monstruosa desigualdad en la familia, pues la Ley desconoce las verdaderas necesidades que tiene cada familia¹⁷⁷. Solo se trata de una apariencia de igualdad, pues para repartir entre varios individuos de una familia una herencia con verdadera igualdad, habría que disponer de muchos datos de cada caso concreto. En cuanto al segundo argumento de Alonso Martínez, el de que no es justo, ni bueno, un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia, se puede replicar que, querer sustituir la libre acción de la persona por temor al abuso, equivale a sustituir una injusticia posible, por otra segura. Por otra parte, la libertad de testar, lejos de generar problemas y envidias entre hermanos, la experiencia confirma la perfecta estabilidad de las familias en los países en donde rige la libertad de testar, en donde los litigios son poco frecuentes, mientras que en los de legítimas son muy abundantes. Además, el régimen de legítimas puede llevar a sentimientos encubiertos de codicia, o apremios de necesidad, que haga a los legitimarios menos sensibles ante la pérdida de sus padres, cuya muerte anticiparía la legítima. Por lo que respecta al argumento en favor de las legítimas, que afirma que los padres no pueden desentenderse de los deberes con los hijos, y que la familia es el medio de la que deriva el derecho de alimentos, conservándoles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna, se puede objetar que el derecho de alimentos depende de las circunstancias, y se gradúa según el fin a que responde, y procede, o no, según los casos, no alcanzando por igual a todos los hijos. Asimismo, ello supone confundir dos instituciones irreductibles entre sí,

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Cf. ALONSO MARTÍNEZ, MANUEL, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

¹⁷⁷ Cf. MORET Y PRENDEGAST, SEGISMUNDO y SILVELA, LUIS, *La familia foral y la familia castellana*, ed. Universidad Central, Madrid, 1863, p. 171.

pues cuando se juntan en una misma persona la cualidad de padre y la de propietario, como estas cualidades no son incompatibles, no es lícito desconocer y vulnerar los derechos que, como tal propietario, le corresponden, a pretexto de las obligaciones paternas.

En vista de todos los argumentos esgrimidos por autores y juristas a favor y en contra de la libertad de testar, y teniendo en cuenta la realidad social en la que vivimos, parece conveniente inclinarse por la opinión de ampliar la libertad de testar, pues la institución de las legítimas ha perdido su fundamento y, hoy en día, no es más que la causa de muchos problemas sucesorios.

El sistema legitimario implica imponer, sobre el derecho de propiedad, una limitación que afecta a su contenido esencial, que es la facultad de disposición en su manifestación *mortis causa*, en contradicción con el principio de libertad. No se puede olvidar que la propiedad constituye el soporte básico para que la libertad pueda desarrollarse plenamente. Si la persona necesita el derecho de disponer libremente de sus bienes, y puede hacerlo por actos *inter vivos* y a título oneroso, habrá que preguntarse qué impedimento razonable existe para que no pueda hacerlo para después de su muerte. Señaló Durán y Bas para justificar la libertad de testar, que “[...] la libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres. Los derechos políticos no son sino su garantía; aquella es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta un pueblo, está en la libre propiedad y en la libertad de la contratación, porque es el reconocimiento de una de nuestras más preciadas libertades, la del empleo de nuestras facultades y de nuestras fuerzas con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad [...]”¹⁷⁸. La libertad de testar se manifiesta así, como una proyección de la libertad del hombre, principio o valor fundamental para que pueda realizarse el de libre desarrollo de la personalidad, y del cual deriva el derecho de propiedad. La consideración de la propiedad como una manifestación de la libertad, lleva a afirmar que, cualquier limitación a la facultad de disponer del patrimonio que una persona ha creado, ha de tener un fundamento muy sólido. Desde esta perspectiva, la libertad de testar resurge como una defensa de la personalidad, y el sistema legitimario impuesto desde el Estado, que pudiera estar justificado si se parte de que la familia es una comunidad, carece de base cuando ésta está desorganizada, y cuando han desaparecido los valores que regían la antigua familia.

Conviene tener en cuenta lo dispuesto en el art. 33 de la CE, cuando establece que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, y que solo la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Ese contenido debe ponerse en relación con la norma del art. 10 CE, cuando dispone que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo e la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social. Parece preciso recordar, en este sentido, que el art. 33 CE es una derivación de la libertad, de la cual la propiedad y la herencia, no son más que consecuencias lógicas para su pleno desarrollo, por lo que cualquier límite a la libertad de disponer, que constituye un

¹⁷⁸ Vid. www.joaquincosta.org/wordpress/trabajos/libertad-testar/ (8.11.2012)

contenido esencial del derecho de propiedad, ha de tener fundamento en una función social¹⁷⁹.

No puede negarse que las legítimas pudieron cumplir una función de equidad en un momento histórico, en el que el poder del padre de familia condicionaba, sustancialmente, el porvenir de sus hijos, quienes contribuían al mantenimiento y desarrollo de la economía familiar. Pero en la actualidad, las relaciones de los hijos con los padres están presididas por la independencia de los hijos, desde edades muy tempranas. Por otra parte, la mayoría de los patrimonios están constituidos por la vivienda y, a lo más, un fondo de previsión que los padres van creando precisamente para atender sus necesidades durante la vejez. Y en tal situación, no puede decirse que la legítima cumpla función social alguna¹⁸⁰.

Como conclusión, y en favor de la libertad de testar, y de una modificación del sistema sucesorio en España, se puede decir que tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido amplio en vida y se restrinjan de forma tan tajante para después de la muerte. Además, garantizaría una mayor “igualdad” para los herederos, que recibirían en proporción a sus necesidades, o a su comportamiento (piénsese, por ejemplo, en el hijo discapacitado al que se le podría atribuir toda la herencia, al necesitarlo más que los demás). Asimismo, la libertad de testar supone una utilidad social y económica, en tanto que permite conservar las propiedades y las empresas, de manera adecuada para su mayor rentabilidad, si así lo quiere el testador.

IV. CONCLUSIONES.

La experiencia romana en la materia constituye un verdadero antecedente de nuestra legítima. Resumiendo las diversas etapas, se puede observar como, en un principio, llegó a consagrarse el principio de la total libertad del *pater* para instituir herederos, o desheredar a los descendientes. Pero este principio de la libertad testamentaria era formal pues, en la práctica, consistía en un modo de organizar la administración de los bienes familiares para el futuro. El segundo momento está representado por la vieja interpretación de los juristas republicanos que, sin llegar a atacar las instituciones de herederos o desheredaciones, establecieron que el *pater* debía acordarse de ellos y no preterirlos (de este modo, basándose en argumentaciones de tipo formal, lograban en el fondo proteger la herencia de los descendientes). Y, la tercera etapa destaca por la aparición de la *querella inofficiosi testamenti*, que representó una profundización de estos primeros remedios. Se presentó como paliativo a la libertad de testar, admitiendo la legítima a favor de los descendientes, por el medio formalista de

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Todo esto ha de entenderse, sin perjuicio de los deberes respecto de los hijos a que se refiere el art. 39 CE por una parte, cuando dice que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad, y en los demás casos en que legalmente proceda; y el art. 50 CE por otra, de asistencia a los ascendientes, cuando dispone que los poderes públicos, con independencia de las obligaciones familiares, promoverán el bienestar de las personas de la tercera edad, en relación con las atenciones de salud, vivienda, cultura y ocio, que se traducirán en derecho de alimentos de alcance sucesorio. La libertad de testar no puede ser, entonces, causa para eludir los deberes familiares.

suponer que el padre, que sin justa causa desheredaba a sus hijos, no se encontraba en su cabal juicio y, en consecuencia, ofreciendo a estos hijos el derecho a declarar el testamento inválido, por medio de una queja de su inoficiosidad. Finalmente, con la Novela 115 de Justiniano, se reconoció de una manera franca y abierta algo que estaba desde hacía tiempo subyacente, esto es, que los descendientes y ascendientes tenían un “derecho de herencia” sobre una parte del patrimonio del ascendiente o descendiente que testaba. El Derecho justiniano culminó, entonces, esta evolución cuando aludía a la *debita portione*, a la *portio debita*, o a la *partem quam lege debetur* dentro del Corpus. El perfeccionamiento gradual de este sistema dio origen a la legítima romana.

Este sistema legitimario previsto por el Derecho romano es prácticamente asumido en su totalidad por el régimen jurídico de Las Partidas, por lo que éstas también constituyen otro antecedente de nuestra legítima.

En el Derecho comparado, el panorama legislativo de la legítima y de la libertad de testar es enormemente variado. Se puede distinguir entre aquellos sistemas que reconocen una absoluta libertad de testar (sistemas angloamericanos del *common law*), y los sistemas clásicos, en los que se reconoce la legítima, en mayor o menor medida. España se encuentra entre estos últimos, pero a su vez, en su interior, coexisten varias leyes civiles, que recogen diferentes sistemas legitimarios.

El Estado no debería poder imponer limitaciones o restricciones, a la libertad de disposición de la propiedad, vulnerando el contenido esencial de un derecho básico, más allá de aquellas que cumplan un fin social general. Así como tampoco, imponerse a la voluntad del propietario señalando qué tiene que hacer y cuál debe ser el reparto de sus bienes, en beneficio de unas personas que podrían estar desvinculadas del grupo familiar. Con las legítimas se produce un menoscabo en la libertad testamentaria del causante, y se impide que éste pueda repartir su patrimonio en la forma en que considere oportuna, teniendo en cuenta que es el que mejor conoce las necesidades y los merecimientos de sus allegados. Además, constituyen una amenaza para la adecuada rentabilidad de los bienes (como en el caso de las empresas), y restringen las disposiciones realizadas en vida. Por eso, cada vez parece que existe más rechazo, cuando a la hora de testar, se comprueban las restricciones impuestas por el legislador, y poco convence, en estas circunstancias, el argumento de que siempre ha sido así. Por todo ello, las legítimas, teniendo en cuenta la realidad social en la que vivimos, deberían ser suprimidas y eliminadas de nuestro Derecho sucesorio, a través de una modificación sustancial del mismo.

Junto con la supresión del sistema de legítimas, podría adoptarse un sistema similar al sistema inglés, pues reconoce la libertad de testar, pero a través de la figura de la *provision*, permite a las personas más cercanas al causante exigir los bienes necesarios para sobrevivir, o para llevar un nivel de vida semejante al que llevaban anteriormente, paliando así, los efectos derivados de la absoluta libertad de testar.

BIBLIOGRAFÍA

Códigos y legislación:

- Código Civil Español de 1889.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares.
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad.
- Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.
- Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.
- Decreto 58/2006, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego en la Comunidad de Madrid.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Reglamento nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Manuales y monografías:

- BARRIO GALLARDO, AURELIO, *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coordinador): *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 2ª ed., Bercal, Madrid, 2007.

- “Id”, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, 2ª ed., Bercal, Madrid, 2007.
- “Id”, *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*, 2ª ed., Bercal, Madrid, 2012.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 13ª ed., Comares, Granada, 2012.
- CASANUEVA SÁNCHEZ, ISIDORO.C., *La nulidad parcial del testamento*”, ed. Centro de estudios registrales, Monografías, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO, *Fundamentos de Derecho privado romano*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO, *El pago de la legítima al cónyuge viudo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- FÉRNANDEZ GONZÁLEZ, Mª BEGOÑA, *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *Los testamentos*, Comares, Granada, 2000.
- “Id”, *La sucesión forzosa*, Comares, Granada, 2004.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, 6ªed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN, *La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN, *La sociedad unipersonal en el Derecho español*, La Ley, Madrid, 2004.
- GÓNZALEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL, *Manual de sucesión intestada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La sucesión en el ius delationis una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, Thomson Civitas, Madrid, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *et. al.*, *Sucesiones*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ M., *Derecho de obligaciones*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2003

- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, EVELIA, *¿Heredero o legatario? (En torno a su distinción)*, Tecnos, Madrid, 1997.
- PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- RIBAS-ALBA, JOSÉ MARÍA, *Querella inofficiosi testamenti*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1990.
 - “Id”, *Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA, *La capacidad para testar: especial referencia al testador anciano*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER (coordinador): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- TORRES GARCÍA, TEODORA F. (coordinadora), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I. Las legítimas*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- VÁZQUEZ VIOQUE, SANDRA, *La mejora en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2003.

Artículos de revistas:

- CARBALLO FIDALGO, MARTA, “La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, 2009, pp. 139-164.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO, “Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana”, *AFDUDC*, t.10, 2006, pp. 279-302.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN, “El tratamiento de las legítimas en el Derecho comparado”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 43, 2007, pp. 49-87.
- FERNÁNDEZ HIERRO, MARÍA, “Panorama legislativo actual de la libertad de testar”, *Boletín JADO Bilbao*, Nº 19, 2010, pp. 17-80.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, GUILLERMO, “Derecho de legítimas en Las Partidas”, *Anuario da Facultade de Dereito de Ourense*, 2002, pp. 501-527.
- PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *AFDUDC*, 2009, pp. 481-554.

- VAQUER ALOY, ANTONI, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Revista para el análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, 2007.

Bases de datos:

- www.westlaw.es (14.12.12)
- www.tirantonline.com (29.11.12)

Páginas web:

- www.robertexto.com/archivo18/legitima.htm (30.10.2012)
- www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=8&seccion_ver=0
(5.11.2012)
- www.joaquincosta.org/wordpress/trabajos/libertad-testar/
(8.11.2012)
- www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_2/6.pdf (15.11.12)