

Traballo Fin de Grao.
Dereito de Sucesións:
elementos históricos e praxe
civil, mercantil e internacional.
Por Carmen Velay Fernández.

ÍNDICE.

Caso.....	3
<u>Parte I- Problemas xurídicos.</u>	
1. Vecindade civil.....	5
2. Réxime matrimonial.....	6
3. Filiación.....	7
4. Colación.....	7
a. Doación non colacionable.....	10
b. Doación colacionable.....	10
c. Imputación da colación.....	12
5. Testamentos.....	13
a. Testamento aberto notarial.....	13
b. Revocación do testamento.....	14
c. Testamento en perigo de morte.....	15
c1. Nulidade do testamento.....	16
6. Preterición.....	17
7. Legado.....	25
a. Legado de empresa a Aureliana.....	25
8. Transmisión do <i>ius delationis</i>	30
9. A lexítima.....	32
10. Cuestións de Dereito Internacional Privado.....	43
<u>Parte II. A lexítima na actualidade</u>47	
Bibliografía.....	59

DEREITO DE SUCESIÓN: ELEMENTOS HISTÓRICOS E PRAXIS CIVIL, MERCANTIL E INTERNACIONAL.

D. Benicio Fabricio Santos, nacido en Ourense en 1956, casou con Matilde Ártabra Araprietos en 1976, tamén ourensana. En 1978 Matilde deu a luz a Maita, e en 1980 a Feliciano. En 1982, froito dunha relación extramatriomonal, naceu Aureliana, que foi aceptada como unha máis na familia pola abnegada Matilde. En 1983 a familia abandona Ourense e fixa a súa residencia en Madrid.

D. Benicio adicou boa parte dos seus esforzos á venda de chocolate e porras madrileñas. Á pequena cafetería que abriu en Lavapiés pronto se uniron tres establecementos máis, aínda en funcionamento a día de hoxe. Emprega a 15 persoas, é titular da marca “Las Porras de Fabricio” (rexistrada na OPEM) e incluso patentou en 1986 unha trituradora antigrumos para o chocolate, que gozou de notable éxito nos anos 90.

En 1999 Maita independizouse, e Benicio e a súa muller doáronlle en escritura pública unha finca na serra madrileña cunha casa habitable pero xa antiga. A finca coa casa tiña un valor de 70.000€ no momento da doación. Na escritura pública facíase constar que a doación se consideraba non colacionable. Nos anos sucesivos Maita emprendeu reformas na casa, invirtindo 30.000 € en efectuar melloras. Ademais, a zona revalorizouse pola nova rede de comunicacións, polo que a día de hoxe a finca ten un valor de 150.000€.

En 2005 Benicio acude ao notario e outorga testamento. No mrsmo lega a Aureliana a empresa. Con respecto a Maita, no testamento indica que se considera satisfeita a súa lexítima coa finca da serra, que o testador califica como colacionable. A Feliciano déixalle, a título de herdeiro, un piso en propiedade do matrimonio en Xenebra, 30 participacións de Monaguillos, S.L. e un dereito de crédito correspondente a 30.000€ que John Quesada, cidadán norteamericano, perdeu xogando ao póquer con Benicio nunha das súas cafeterías. Da súa muller Matilde non di nada.

En agosto de 2011 Benicio enferma gravemente. Poucas horas antes de morrer, ante Matilde, Maita, Feliciano e dous veciños maiores de idade, dicta testamento (que

Maita escribe a man) no que deixa todos os seus bens a Maita e Feliciano, e o usufructo a Matilde. Non se menciona a Aureliana. Benicio firma cas súas débiles mans o testamento e falece. Nese momento, constan no seu patrimonio os seguintes bens e dereitos:

- A empresa, con activos por valor de 900.000€ e un pasivo de 60.000€.
- Cartos nunha conta corrente de titularidade conxunta con Matilde (15.000€).
- O piso de Xenebra, valorado en 200.000€.
- O dereito de crédito correspondente á partida de póquer.
- 15 participacións de Monaguillos, S.L., cun valor razonable de 1000€ cada unha.

Cinco meses despois, Feliciano falece nun accidente de tráfico estando solteiro, sen descendencia e sen ter outorgado testamento. No instante do óbito de Feliciano, ningún dos instituídos na herdanza de Benicio manifestara a súa vontade acerca da súa aceptación ou repudación.

Con posterioridade ao falecemento de Feliciano, Matilde vendeu á constructora inglesa “Bricks plc” o piso radicado en Xenebra por un precio de 300.000€ e simultaneamente procedeu a ceder á sociedade “Póquer España, S.L.” o crédito de 30.000€ que tiña contra John Quesada, recibindo a cambio 25.000€. Aos corenta e cinco días de terse concertado as referidas transmisións, Matilde entregou ás súas fillas Maita e Aureliana, copias das escrituras correspondentes aos referidos contratos de transmisión, se ben hai constancia de que Maita tivo coñecemento de tales feitos o mesmo día no que se produciron.

PARTE I

1º. Identifique, describa, desenvolva e resolva conforme Dereito os distintos problemas xurídicos presentes no suposto de feito narrado.

1. Vecindade civil.

O primeiro problema xurídico que interesa determinar e dilucidar no presente caso e que, ademais, servirá como base para resolver o suposto de feito narrado é a vecindade civil das persoas que nel aparecen, pois a resolución do mesmo rexeráse por distintas regras dependendo da normativa aplicada.

D. Benicio Fabricio Santos, nacido en Ourense en 1956, casouse con Matilde Ártabra Araprietos en 1976, tamén ourensana. En 1978 Matilde deu a luz a Maita e en 1980 a Feliciano. En 1982, froito dunha relación extramatrimonial, naceu Aureliana, que foi aceptada como unha máis na familia. Posteriormente, en 1983 a familia abandona Ourense e fixa a súa residencia en Madrid.

España ten a peculiaridade de dar cobixo a diferentes rexímenes xurídicos civís. Por un lado están os Dereitos civís forais e por outro o Dereito civil común. Esta coexistencia de diferentes normas civís supón a necesidade de dilimitar o ámbito persoal de aplicación a cada un deles, para determinar deste xeito as persoas que están suxeitas ao Dereito común e aquelas outras que están suxeitas a cada un dos Dereitos forais existentes en España.

A primeira forma de adquisición da vecindade civil ten lugar no momento do nacemento e así o establece o artigo 14.2 do Cc.: “teñen vecindade civil no territorio de dereito común, ou nun dos dereitos especial ou foral, os nados de pais que teñan tal vecindade.” Debido á non constancia de tal circunstancia, partimos da suposición de que tanto os pais de Benicio como os de Matilde, ámbolos dous nados en Ourense, provincia da Comunidade Autónoma de Galicia, posúen vecindade civil galega polo que, se atendemos a esta norma cabería determinar que tanto Benicio como Matilde, Maita, Feliciano e Aureliana teñen vecindade civil galega, pois os cinco naceron de pais galegos. Dase a circunstancia de que no ano 1983 a familia abandonou Ourense e trasladouse a vivir a Madrid, lugar no que fixaron a súa residencia.

Por razón de residencia a vecindade civil adquirese segundo o artigo 14.5.2º do Cc. : “Por residencia continuada de dez anos, sen declaración en contrario durante este prazo de tempo”.

Neste suposto é suficiente que se estea residindo durante dez anos de maneira continuada e habitual nun determinado territorio de vecindade civil distinta da que se posúe para adquirir desta forma automática a do lugar de residencia, a non ser que antes de que transcurra ese prazo o interesado formule declaracións en contrario ante o encargado do Rexistro Civil (artigo 225 do RRC.), na que se poña de manifesto por parte do interesado que desexa conservar a súa vecindade de orixe.

Así pois, orixinariamente Benicio, Matilde, Maita, Feliciano e Aureliana posuían vecindade civil galega, feito que determinaba que estiveran rexidos polo Dereito Foral de Galicia pero ó fixar a súa residencia na capital española no ano 1983 e non formular declaracións en contrario como establece o artigo 14.5 do Código civil adquiriron a vecindade civil común, pois a Comunidade Autónoma de Madrid réxese polas normas do Dereito civil común.

Dende un punto de vista sustantivo Puig Brutau define a vecindade civil como aquela relación xurídica que se establece entre as persoas, de nacionalidade española, e o Estado que determina a sumisión daquelas a calquera das lexislacións civís vixentes en España, para as cuestións referentes á capacidade e estado civil, dereitos e deberes de familia e sucesións por causa de morte, polo que, no caso que nos ocupa, determinar a vecindade civil das persoas implicadas resulta imprescindible para dar efectiva resolución ó caso.

O propio Código Civil no seu artigo 14.1 encárgase de determinar que “a suxección ao Dereito civil común ou ao especial ou foral determínase pola vecindade civil”. Así pois, pódese dicir que a vecindade civil supón un *status civil* que determina o sometemento da persoa a un dos ordeamentos civís existentes en España.

2.Réxime matrimonial.

Debido á temática sobre a que versa o caso que se trata neste traballo interesa determinar o réxime matrimonial.

Benicio e Matilde casaron en Ourense en 1976; no caso non se fai referencia ó réxime matrimonial establecido pero tendo en conta que o matrimonio se celebrou en

Ourense entre dous cidadáns galegos cabe dicir que:

Os membros dun matrimonio galego poden escoller, substituír ou modificar o réxime económico que máis lles conveña. E esa decisión debe quedar patente nas chamadas capitulacións matrimoniais. Se estas non existen ou carecen de validez, o réxime que se lles atribúe sobre os efectos económicos derivados da relación matrimonial é entón o da sociedade de gananciais. O réxime de sociedade de gananciais é aquel no que todos os bens do matrimonio se poñen en común.

En definitiva, a falta de capitulacións matrimoniais nas que se estableza un réxime diverso, como é o caso, a sociedade de gananciais será a que rexirá o matrimonio celebrado entre Benicio e Matilde, porque así o determina o Dereito foral galego.

3. Filiación.

O salientable para o caso, respecto da filiación, é o feito de que existan fillos matrimoniais como son Maita e Feliciano, ámbolos dous produto do matrimonio entre Benicio e a súa muller, Matilde e haxa fillos non matrimoniais, Aureliana, froito dunha relación extramatrimonial que Benicio tivo con outra muller.

O Código civil español que, como xa expliquei, será a norma á que haberá de atender para dar resolución ó caso, pois o Dereito aplicable é o Dereito civil común; establece, no seu artigo 108, que a filiación pode ter lugar, tanto por natureza como por adopción. E que, ademais, a filiación por natureza pode ser matrimonial e non matrimonial. Especifica, tamén, que é matrimonial cando o pai e a nai están casados entre si. O importante deste precepto é que se encarga de determinar que tanto a filiación matrimonial como a non matrimonial, así como a adoptiva, surten os mesmos efectos.

Polo que, Maita, Feliciano e Aureliana son lexitimarios e concurren á herencia de seu pai, Benicio cos mesmos dereitos e obrigas independentemente da relación deste cas súas respectivas nais.

4. Colación.

No caso dise que no ano 1999 a primoxénita do matrimonio, Maita, independizouse e Benicio maila súa muller doáronlle unha finca na serra madrileña cunha casa habitable en cuxa escritura pública se facía constar que a doación se consideraba non colacionable.

Antes de entrar a discutir se a doación é ou non colacionable convén explicar a que se refire o Dereito de sucesións cando fala de colación.

O Código civil fai referencia á institución da colación no seu artigo 1.035 do seguinte xeito “o herdeiro forzoso que concurra, con outros que tamén o sexan, a unha sucesión, deberá traer á masa hereditaria os bens ou valores que recibira do causante da herdanza, en vida deste, por dote, doación ou outro título lucrativo, para computalos na regulación das lexítimas e na conta da partición.”

En síntese, o Cc. fala da colación como unha operación que serve á vez para o cálculo da lexítima e para contar na partición, como un anticipo, o doado aos lexitimarios polo causante.

Dende o Dereito romano, na maioría dos ordenamentos xurídicos, cando concurren á sucesión varios herdeiros forzosos, enténdese que o que recibiron gratuitamente do causante cando vivía foilles atribuído, máis ou menos, como unha sorte de anticipo do que por sucesión recibirían despois, polo que cada un deles, ó herdar, ten que contar na súa parte, fronte aos restantes lexitimarios, o que lle deu o causante en vida. Ese “contar na parte” require a previa incorporación intelectual do *donatum* ao caudal relicto e recibe o nome de colación.

Tendo recibido algún dos herdeiros, con anterioridade á apertura da sucesión, transferencias patrimoniais que supuxeron unha notoria diminución do patrimonio do causante no pasado, a maior parte das lexislacións consideran inxusto deixar de tomar en consideración dito dato, que supón ou pode supoñer un prexuízo patrimonial para os restantes herdeiros que non foron beneficiados en vida do causante.

Colacionar, pois, en termos sucesorios equivale a integrar ou incluír na masa hereditaria as atribucións patrimoniais que o causante tivera realizado a favor de calquera dos herdeiros.

Pola súa parte a doutrina do TS acentou a suposta misión previa de “defender a intanxibilidade da lexítima” e con ela a igualdade entre os lexitimarios (S. 19 xuño 1978); despois distinguiu “a intanxibilidade da lexítima, que garante o artigo 813 Cc., e a colación”, que “ten como finalidade procurar entre os herdeiros lexitimarios a igualdade ou proporcionalidade nas súas percepcións” (S. 17 marzo 1989).

Mais a colación, nin defende a lexítima nin a igualdade. En realidade non se relaciona directamente con aquela, pois aínda cando os obrigados a colacionar son, de xeito exclusivo, os lexitimarios, esta é unha circunstancia externa que non varía a natureza da operación: a lei, por consideracións de conveniencia e oportunidade, escolleunos para que colacionen, pero este “contar na súa parte” o recibido por donación

do *de cuius* que fai o colacionante, non é un instrumento de defensa da lexítima.

O obrigado a colacionar ha de ser herdeiro partícipe do caudal. A Lei grava coa colación exclusivamente os herdeiros. Ademáis, ha de tratarse dun lexitimario, pois o artigo 1.035 Cc. fala dos “herdeiros forzosos”, o que nos indica que deberán colacionar todos os que teñan dereito a lexítima inmediatamente esixible.

Para que haxa colación, ademáis, é preciso que concurran á sucesión, en calidade de herdeiros, varios lexitimarios. Os non lexitimarios, é dicir, os coherdeiros sen dereito a lexítima, os legatarios de calquera clase, ou os acreedores do defunto, non poden pretender valerse da colación, nin ser obrigados a colacionar.

Os presupostos necesarios para que as normas sobre colación entren en xogo son os seguintes:

- Concurrencia de lexitimarios: É necesario que a sucesión concurran dous ou máis lexitimarios, tal e como expresa o artigo 1.035 Cc. ó falar do “herdeiro forzoso que concurra, con outros que tamén o sexan”. A colación non ten lugar máis que entre lexitimarios, pois só respecto deles ten sentido a pretensión ou o fundamento igualitario que subxace na colación. Polo tanto, non existe obriga de colacionar nin en caso de concurrir dous ou máis herdeiros voluntarios que carezan da condición de lexitimarios nin no caso de suceder un só lexitimario en concurrencia con outros herdeiros voluntarios.
- Lexitimarios con título de herdeiro: Os lexitimarios concurrentes han de suceder a título de herdeiro e selo efectivamente, por ter aceptado a herdanza, como se deduce do artigo 1.036 no que se dispón que “a colación non terá lugar...se o donatario repudiara a herdanza”. Isto é, quen non tivera aceptado a herdanza non está obrigado a colacionar.
- Atribución gratuita en favor dos lexitimarios en vida do causante: Canto ha de colacionarse é o recibido en vida do causante por calquera dos lexitimarios que, a título de herdeiro, concurran á sucesión. Pero o receptor da atribución patrimonial gratuita ha de ser el mesmo, un dos herdeiros lexitimarios, non calquera outra persoa, por moi cercana a el que resulte ou, aínda que no fondo a atribución patrimonial puidera redundar na súa utilidade ou beneficio de forma indirecta.

a. Doación non colacionable.

A obriga de colacionar pode ser eliminada polo doante. Así o Dereito histórico, e do mesmo xeito o artigo 1.036 do Código civil establece que: “ A colación non terá lugar entre os herdeiros forzosos se o doante así o dispuxera expresamente (...) salvo o caso no que a doación deba reducirse por inoficiosa.” A dispensa pode dispoñerse, xa no mesmo acto da doación, xa no testamento, ou mesmo nun acto posterior á doación.

A colación non constitúe unha operación que se impoña de xeito imperativo ao causante/testador. En efecto, na xeneralidade dos Códigos, o deber de colacionar depende ante todo da propia vontade do doante/causante. Isto extráese do xa exposto artigo 1.036 Cc. : “ a colación non terá lugar entre os herdeiros forzosos se o donante así o dispuxera expresamente ou se o donatario repudiara a herdanza, salvo o caso de que a doación deba reducirse por inoficiosa.” É evidente que o xogo da colación só se dará no suposto de que o doante/causante deixara operar as normas establecidas polo Código, que teñen carácter dispositivo.

Polo que, quen teña realizado a liberalidade poderá tamén excluir a colación do correspondente valor tanto no momento de celebrarse a doación como en calquera outro acto. Non existe requisito de forma, se ben para evitar problemas de proba, é aconsellable facelo no testamento ou en escritura pública. Por tanto, salvo disposición en contra do doante/causante, existe deber de colacionar o recibido inter vivos e a título gratuito. En caso contrario, afirmase comunmente que o deber de colacionar foi obxecto de dispensa.

Neste caso Benicio, fixo uso da dispensa do deber colacionar a finca doada á súa filla, Maita, ó considerala non colacionable na mesma escritura pública na que se materilizou a doación.

b. Doación colacionable.

En 2005 Benicio acude ó notario e outorga testamento, no que se indica que considera satisfeita a lexítima de Maita coa finca da serra, que o testador califica como colacionable.

A dispensa da colación, en canto acto mortis causa, ten en todo caso carácter esencialmente revocable, podendo o causante invalidar o seus efectos en calquera momento, renacendo así o deber de colacionar. Aínda que a doación se fixera coa dispensa de colacionar, o doante pode revocar posteriormente a dispensa.

Revocación que tivo lugar no testamento que Benicio outorgou no ano 2005 ó

calificar como colacionable a doación da finca que cedera en favor de Maita, que nun principio calificara de non colacionable.

Dita revocación non afecta á doación, que é irrevocable (artigo 827 Cc. por analogía). O favorecido pola dispensa de colacionar, neste caso, Maita, non pode renunciar a ela, pois equivale a aceptar en parte e repudiar noutra parte a herdanza.

A regulación do Cc. declara colacionables, en principio, a calquera liberalidade inter vivos. O artigo 1.035 fala de “dote, doación ou outro título lucrativo”.

Respecto á determinación de que bens son colacionables en xeral, han de colacionarse as atribucións gratuitas feitas en calquera forma, válidas ou non e igualmente cando a invalidez provén de vicios materiais; as feitas en calquera época, por remota que sexa; e o mesmo se consisten en bens mobles que inmobles, dereitos reais ou de crédito.

Pola súa parte, o artigo 1.046 Cc. aclara que “a dote ou doación feita por ámbolos dous cónxuxes colacionarase por metade na herdanza de cada un deles. A feita por un só colacionarase na súa herdanza.” En realidade, as liberalidades conxuntas dos cónxuxes colacionarase nas súas herdanzas respectivas na proporción na que foron feitas con bens privativos de cada un e só por metade en canto se realizaran válidamente con gananciais ou non consta a proporción aportada por cada doante.

O Código civil regula con particular detalle e casuismo cales son as liberalidades que quedan suxeitas a colación e cales quedan exentas do deber de colacionar, aínda que sen dúbida o principio xeral na materia consiste en que, como regra, calquera liberalidade realizada en vida do causante a título gratuito deben considerarse liberalidades colacionables.

En tal sentido, pronúnciase o inciso “...por dote, doación, ou outro título lucrativo” do propio artigo 1.035, que, en consecuencia, permite considerar integradas dentro das liberalidades colacionables calquera transferencia patrimonial que, a título gratuito, tiveran beneficiado ou enriquecido ao herdeiro forzoso en vida do causante.

Resulta, pois, indiferente que a transmisión gratuita consistira nunha doación propiamente dita ou en calquera outro acto ou contrato que tivera como beneficiario ao herdeiro forzoso.

c. Imputación da colación.

No noso Dereito histórico, a colación podíase facer *in medio adducendo*, é dicir, aportando os bens *in natura* ou *tantum minus accipiendo*, ou sexa tomando de menos o que se recibira anteriormente en doación. Neste segundo caso (colación por imputación), atendíase ao valor dos bens doados no momento da morte do causante, exceptuándose os aumentos extrínsecos, debidos a industria do donatario, de igual xeito que se excluían as desmelloras ou perdas debidas á súa culpa ou dolo.

O Código civil coñece unicamente o sistema de imputación contable, a pesares dos termos textuais “o herdeiro forzoso que concurra, con outros... deberá traer á masa hereditaria os bens ou valores que tivera recibido...” do artigo 1.035.

Sen embargo, segundo o artigo 1.045, verdadeiramente, os bens non hai que aportalos á masa hereditaria, pois establécese que “non han de traerse a colación e partición as mesas cousas doadas, senón o seu valor ao tempo no que se avalíen os bens hereditarios”.

A finca na serra madrileña tiña un valor de 70.000€ no momento da doación. Nos anos sucesivos Maita emprendeu reformas na casa, invertindo 30.000€ en efectuar melloras. Ademáis, a zona revalorizouse pola nova rede de comunicacións, polo que a día de hoxe a finca ten un valor de 150.000€.

Por tanto, atendendo ó explicado, o valor que Maita debe traer a colación respecto da finca doada considerada colacionable é de 150.000€. Pois, a actual versión do Cc. precisa que ha de colacionarse o valor da cousa doada “ao tempo da avaliación”, ou sexa, en principio, o seu valor actual, e non o que tiña cando se doou, nin menos contado pola moeda daquela. Pero a cousa avaliarase hoxe tal e como se recibiu daquela, isto é, na súa contextura física do tempo da doación, e non dagora, e por tanto sen ter en conta as transformacións que puidera ter experimentado dende aquel momento por obra da natureza ou do home.

As variacións de valor que non se teñen en conta ao valorar agora a cousa son, pois, as relativas á súa contextura física: non as diferencias de prezo e cotización debidas ao entorno ou ao cambio das circunstancias económicas. De tal xeito que, por exemplo, se hoxe o campo doado noutro tempo, por causa da ampliación do recinto urbano é xa un solar, terá que valorarse como tal segundo o seu valor actual.

5. Testamentos.

Segundo o artigo 667 Cc., é testamento o “acto polo cal unha persoa dispón para despois da súa morte de todos os seus bens ou de parte deles”. Trátase dun acto unilateral, é dicir, non concorre a el outra parte que o testador, segundo se di, a fin de garantir a absoluta independencia na formación libre e espontánea da vontade.

A declaración de vontade do causante é eficaz por si soa para dar vida ao testamento, sen a concorrencia de ningunha outra. O testador outorga por si mesmo o testamento, aínda que no seu outorgamento deban intervir outras persoas como poden ser, dado o suposto de feito, o Notario e/ou testigos.

O testamento é un acto unipersoal, é dicir, realizado por unha soa persoa, no que non cabe a presenza doutra para dispoñer simultaneamente. Trátase de por de manifesto que, no réxime do Código civil, non cabe que varias persoas, aínda que se trate dos cónxuxes, testen simultánea e mancomunadamente. Prohíbeo radicalmente o artigo 669: “Non poderán testar dúas ou máis persoas mancomunadamente, ou nun mesmo testamento, xa o fagan en proveito recíproco, xa en beneficio dun terceiro”.

a. Testamento aberto notarial.

En 2005 Benicio acude ao notario e outorga testamento. Trátase dun testamento aberto notarial, pois, segundo o artigo 679 Cc. é aberto o testamento sempre que o testador manifesta a súa última vontade en presenza das persoas que deben autorizar o acto, quedando enteradas do que nel se dispón.

O testamento aberto denomínase así porque o testador manifesta a súa vontade en presenza das persoas que deben autorizalo (art. 679 Cc.).

No sistema do Dereito civil común, sen dúbida, a maior parte dos testamentos outórganse ante Notario, precisamente utilizando a forma do testamento aberto notarial.

Ata a aprobación da Lei 30/1991, de 20 de decembro, a tradición normativa requería sempre nos testamentos, agás do ológrafo, a presenza e intervención de testigos. Este requerimento foi moi criticado, principalmente polos propios Notarios, xa que poñía en cuestión a profesionalidade destes, fronte a canto acontecía no resto das escrituras e instrumentos públicos, nos que a fe notarial se considera suficiente e bastante para dar conta do acto ou contrato celebrado.

A citada Lei supuxo a modificación do Código civil en materia de testamentos, pois,

na actualidade, o testamento aberto notarial, só esixe a concorrencia de testigos cando se dean certas circunstancias.

Así, respecto deste primeiro testamento outorgado por Benicio perante Notario cabe dicir que é totalmente válido.

b. Revocación do testamento.

En agosto de 2011 Benicio enferma gravemente. Poucas horas antes de morrer, ante Matilde, Maita, Feliciano e dous veciños maiores de idade, dicta un testamento, que Maita escribe a man no que consta firma de Benicio. Provocando a revocación do pimeiro testamento aberto notarial outorgado por Benicio no ano 2005.

Este testamento supón unha revocación do outorgado anteriormente pois, o testamento é un acto esencialmente revocable. De xeito tal que, mentras viva, o testador pode outorgar cantos testamentos queira e desexe, pois o outorgamento do testamento non atribúe dereito ou facultade algunha a quenes foran instituídos nel, sexa como herdeiros ou como legatarios. A posposición da eficacia do testamento ao falecemento do causante fai que este, mentres tanto, poida revocar *ad nutum* calquera disposición testamentaria. Así o afirma taxantemente o artigo 737 Cc.: “Todas as disposicións testamentarias son esencialmente revocables, aínda que o testador exprese no testamento a súa vontade ou resolución de non revocalas.

A causa típica e de maior frecuencia de perda de efectos dun testamento validamente outorgado con anterioridade é, sen dúbida, a revocación de dito testamento. Se se atende ao feito de que o artigo 738 dispón que os testamentos han de ser revocados “cas solemnidades propias para testar”, inicialmente hai que partir da idea de que, xeralmente, a revocación ten lugar polo outorgamento dun novo testamento.

Respetar as solemnidades testamentarias no outorgamento do novo testamento, por suposto, non implica que, outorgado un testamento a súa revocación deba levarse a efecto a través da mesma forma testamentaria utilizada senón sinxelamente outorgar un novo testamento que sexa válido e perfecto, aínda que a súa forma sexa diferente á seguida no anterior ou anteriores.

A conclusión de que valerá só a última vontade testamentaria presupón que todas as expresadas anteriormente quedaron revocadas, afirmación á que se pode chegar por diversas vías e de diversas maneiras, coñecidas técnicamente co nome de formas de

revocación.

A revocación que se da no suposto de feito narrado é tácita. A ineficacia do testamento anterior prodúcese aínda que Benicio nada declare respecto disto, cando ten lugar o outorgamento do testamento posterior, pois presumíndose a seriedade na intención ao realizar actos xurídicos e sumando a isto o carácter formal do testamento non permite improvisacións, hai que considerar que o outorgamento dun testamento posterior carece de sentido senón ten como finalidade privar de eficacia ao anteriormente outorgado.

Tal é a premisa da que parte o lexislador ao establecer no artigo 739.1 Cc. que “o testamento anterior queda revocado de dereito polo posterior perfecto, se o testador non expresa neste a vontade de que aquel subsista en todo ou en parte”. A primeira oración do parágrafo transcrito, pois, aborda a revocación tácita polo mero feito dun segundo outorgamento, cuestión que en principio parece clara.

c. Testamento en perigo de morte.

O segundo testamento que Benicio outorga é calificado como un tipo especial de forma testamentaria. Trátase dunha forma testamentaria aberta que pode outorgarse sen intervención notarial como é o testamento en perigo de morte. A falta ou ausencia de intervención notarial aséntase, naturalmente, na urxencia existente.

Para o artigo 700 Cc. “ se o testador se atopara en perigo de inminente de morte, pode outorgarse testamento ante cinco testemuñas idóneas, sen necesidade de Notario”.

A ausencia de Notario súplese, pois co aumento do número de testemuñas que han de concorrer ao “outorgamento escrito ou verbal” do testamento do moribundo, que movido por moi distintas razóns, pode desexar testar ao non telo feito con anterioridade ou pode desexar revocar disposicións testamentarias anteriores. Así pois, o significado fundamental do precepto radica en permitir que, *in articulo mortis*, poida testarse sen intervención notarial.

A idoneidade das cinco testemuñas requeridas supón a aplicación das regras xerais antes consideradas respecto da capacidade das testemuñas (arts. 681 a 683 Cc.)

c1. Nulidade do testamento.

O testamento é un acto cuxa validez se vincula estreitamente á estricte observancia das formalidades previstas no Código civil. O quebramento dos preceptos relativos aos diversos requisitos formais de cada testamento ten, en principio, unha soa e extrema sanción: a nulidade absoluta.

Así o artigo 687 para as formalidades xenéricas dispón que: “Será nulo o testamento en cuxo outorgamento non se observaran as formalidades respectivamente establecidas neste capítulo.”

A sanción é a mesma, incluso cando as infraccións son das que non parecen ter importancia sustancial. O Tribunal Supremo veuno repetindo en numerosas decisións: “Por non ser de tráfico (STS de 29 de outubro de 1963 e STS de 27 de setembro de 1968) os negocios xurídicos *mortis causa*, teñen carácter formal na súa formación, esixíndose, por tanto, determinados e efectivos requisitos, cuxa inobservancia determina a súa nulidade absoluta, sen posibilidade de ulterior convalidación polos interesados”.

En caso de testamento outorgado en perigo de morte as testemuñas do mesmo teñen unha misión específica, a saber, a de transmisores da expresión da última vontade do testador, tal como a recordan. Ó lado desta misión específica en supostos legalmente fixados, a intervención de testemuñas, en xeral, enténdese que cumpre unha multiplicidade de finalidades, serven, de modo principal ou subsidiario, de proba da existencia e contido do testamento.

Ao referirse ás testemuñas, é relativamente frecuente en materia sucesoria falar de testemuñas idóneas. Sen embargo, propiamente falando, non se tratou nunca que as testemuñas reúnan cualidades excepcionais para selo ou que acrediten unha especial formación, senón só que non se encontren incursos en ningunha das prohibicións establecidas ao respecto. A tal efecto, o Código distinguiu entre unha serie de causas de inpetitude ou inhabilidade que se aplican de forma xeral, en relación con todos os testamentos.

A nulidade do testamento pode deberse a circunstancia da vulneración ou inobservancia das formalidades para cada caso prescritas, debido o carácter eminentemente formal do testamento (art. 687 Cc.)

Nos casos en que a intervención de testemuñas resulta legalmente obrigada, a mesma representa un requisito esencial da validez do testamento. Neste sentido, xa declarou acertadamente a STS de 10 de xullo de 1935 que “a intervención das

testemuñas instrumentais, en número e calidade, non só é esixible en razón do seu testimonio, senón precisamente como rigurosa e ríxida solemnidade formal, polo que o defecto extrínseco que á mesma se refire transfórmase en vicio esencial que anula radicalmente o testamento”.

Respecto das causas xerais de ineptitude, conforme ao artigo 682 Cc., “no testamento aberto tampouco poderán ser testemuñas os herdeiros e legatarios nel instituídos, os seus cónxuxes, nin os parente daqueles, dentro do cuarto grao de consanguinidade ou segundo de afinidade.” A xurisprudencia e a doutrina dominante entenden que en tales casos anúlase o testamento *in complexu*, pois ao ser inidónea unha testemuña falta unha solemnidade esencial.

Por tanto, cando en agosto de 2011 Benicio enferma gravemente e outorga testamento poucas horas antes de morrer ante Matilde, Maita e Feliciano e dous veciños maiores de idade no que deixa todos os seus bens a Maita e Feliciano e o usufructo a Matilde, este adoece de nulidade de pleno dereito, pois non se respeta o requisito das cinco testemuñas idóneas para o outorgamento do testamento en perigo de morte que fixa o artigo 700 do Código civil. E é que, destas cinco testemuñas 3 delas resultan incursas nunha causa xeral de ineptitude como é o feito de estar instituídos Maita e Feliciano como herdeiros no citado testamento e ser Matilde cónxuxe do testador (Art. 682 Cc.)

Dada, pois, a circunstancia da nulidade do segundo testamento outorgado por Benicio, para determinar a disposición dos bens habemos de atender ó primeiro testamento aberto notarial outorgado no ano 2005.

6. Preterición.

O artigo 814 Cc. fala de “a preterición dun herdeiro forzoso” e a “preterición non intencional de fillos ou descendentes”, e describe os seus efectos; pero non dá un concepto da preterición: non explica qué cousa sexa esta.

A expresión provén do Dereito romano, no cál a primería limitación posta polo *ius civile* á liberdade de testar consistiu en que os *sui* debían ser forzosamente mencionados no testamento, sexa para instituílos herdeiros ou para desherdalos. O feito de non

mencionalos constituía preterición, palabra que dende aquela se emprega para designar a omisión no testamento dalgún *suus* que debiera ser nomeado nel.

En consecuencia, requírese simultaneamente que, tal e como acontece no noso sistema sucesorio, se dean dous presupostos:

1º. Se recoñeza ao causante a posibilidade de establecer o destino dos seus bens a través do testamento.

2º. Existan sucesores por ministerio da lei, chamados doutrinalmente lexitimarios e polo Código, precisamente, “herdeiros forzosos”.

Se o causante non exercita a súa facultade de outorgar testamento, evidentemente, non pode omitir a ningún dos seus herdeiros forzosos, nin se producirá lesión das expectativas lexitimarias destes, pois as regras da sucesión intestada embeben as lexítimas. Polo tanto, o ámbito propio da preterición circunscríbese á sucesión testamentaria, para o suposto de que algún dos lexitimarios sexa omitido no testamento, de xeito tal que a lexítima non só se ve protexida en sentido material, senón tamén formal, pois o causante está obrigado a ter en conta aos seus herdeiros forzosos no caso de que decida outorgar testamento.

Non está de máis dicir que no caso de que o lexitimario non fora preterido e, sen embargo, se lle atribuíra menos do que por lexítima puidera corresponderlle, propiamente falando non hai preterición, nin o lexitimario poderá exercitar a acción de preterición, senón unicamente solicitar o complemento de lexítima.

O artigo 814 Cc. establece o seguinte: “A preterición dun herdeiro forzoso non perxudica a lexítima. Reducirase a institución de herdeiro antes que os legados, melloras e demais disposicións testamentarias (...) A salvo as lexítimas terá preferencia en todo caso o ordenado polo testador.”

¿Qué valor ten, neste artigo 814, o vocablo preterición?

A preterición equivale, en termos xerais, á omisión dun lexitimario polo causante, pero este coñecemento non resolve a cuestión, pois cabe preguntarse ulteriormente:

Se para cumprir co deber de lexítima formal basta mencionar ao lexitimario de calquera xeito no testamento; ou ben se require unha atribución sustancial e efectiva en pago da lexítima material; ou valen, ademais da atribución actual ou a súa exclusión, a referencia a atribucións anteriores, ou atribucións ineficaces, etc.

Se o deber da lexítima formal queda suprimido pola satisfacción material anticipada da lexítima: noutras palabras, se acaso é innecesario mencionar ao lexitimario no testamento cando se lle fixeron en vida doacións que cobren o que por lexítima se lle debía. En favor de que non hai preterición cando o omitido no testamento recibiu doacións do causante das chamadas “colacionables”, cabe alegar o aspecto de “sanción contra o olvido” que ten o tratamento legal da omisión do lexitimario. A satisfacción da lexítima, mediante doacións, exclúe, á vez, o olvido e a desheredación total.

Pola súa parte, ademais, a doutrina maioritaria esixe, como mínimo, a mención no testamento da doación colacionable que se fixo ao lexitimario, e asimesmo na xurisprudencia a STS de 17 de xuño de 1908 estima que hai preterición cando non se menciona no testamento a un descendente aínda que recibira estas doacións inter vivos co carácter de anticipo de lexítima. “O herdeiro forzoso... a quen en vida fixera algunha doación o seu causante, non pode considerarse desherdado nin preterido e só pode reclamar que se complete a súa lexítima do artigo 815 Cc.”

Así, no testamento outorgado por Benicio no 2005 o cal consideramos como o único válido, este indica que con respecto a Maita, a súa primoxénita e por ende, lexitimaria del, considera satisfeita a súa lexítima ca doación da finca da serra.

Respecto dos efectos da preterición cabe dicir que o ordenamento xurídico ha de reaccionar contra a preterición e outorgar a quen suceden por ministerio da lei os dereitos que o testador pretendeu burlar.

No presente caso, dase a circunstancia de que existen dous testamentos e que en ámbolos dous se consitúe preterición pero sobre dúas persoas diversas. Non obstante, pese á explicada nulidade da que adoece un dos testamentos e en consecuencia da importancia da que carece o feito de que nese preciso testamento se constituía preterición

sobre unha persoa considero que interesa entrar a falar sobre a preterición que nese testamento ten lugar, pois dada a diferente condición das persoas preteridas nun mais noutro a situación de preterición configúrase de distinto xeito.

No primeiro testamento outorgado por Benicio a persoa preterida é a súa cónxuxe Matilde, da que nada di; no segundo testamento é súa filla Aureliana a que resulta non nomeada e por tanto, preterida. Non obstante, con respecto a preterición desta última carece de relevancia dada a nulidade do testamento, aínda que farei referencia á mesma.

Nun principio poderíase pensar que estamos perante pretericións distintas: a primeira constituída sobre un cónxuxe á cal a doutrina engloba dentro dun tipo ó que se refire como “intencional”, mentras que a segunda por estar constituída sobre un descendente se encadraría no marco da preterición chamada “errónea” ou “non intencional”.

Non obstante, dadas as circunstancias cabe concluír que ámbalas dúas se poderían presumir dentro da preterición intencional.

Como xa expliquei, a doutrina separa dous tipos de preterición, a intencional, e a errónea. A preterición non intencional ha de entenderse referida exclusivamente aos “fillos ou descendentes”, non queda outro remedio que entender que a omisión dos restantes lexitimarios (ascendentes e cónxuxe viúvo) ha de encontrarse necesariamente comprendida na regulación da preterición intencional.

Así pois, estaríamos ante unha preterición intencional no caso de Matilde, cónxuxe de Benicio, e ante unha preterición errónea no caso de Aureliana, filla de Benicio.

Pola contra, isto non é totalmente así, pois como antes dixen entendo que ámbalas dúas son intencionais.

En primeiro lugar, de que a preterición de Matilde se trata dunha de tipo intencional non caben dúbidas ó respecto. A cal atópase regulada no primeiro parágrafo do artigo 814 Cc. que establece que “a preterición dun herdeiro forzoso non prexudica a lexítima. Reducirase a institución de herdeiro antes que os legados, mellores e demais disposicións testamentarias”. Entender que esta pasaxe contempla a preterición intencional débese fundamentalmente á interpretación *contrario sensu* do seguinte apartado. Ao aplicarse á

omisión de atribución patrimonial algunha en favor de calquera dos lexitimarios. A preterición intencional, debida ao propósito deliberado do testador de que o nome dun lexitimario determinado non apareza no testamento, movido acaso polo odio ou por tantos outros motivos.

A razón desto parece estribar no carácter consciente e deliberado da preterición, presumíndose a vontade do causante de que, de ter sido posible, tivera privado de calquera ben ao lexitimario. Presúmese que a omisión intencionada do lexitimario equivale á vontade deliberada de que non figure o seu nome no testamento.

Por outra parte, o artigo 814 Cc. limita o ámbito da preterición non intencional aos fillos ou descendentes e que, quizais, na reforma de 1981 pesara tanto a idea tradicional da preterición errónea como a conexión dela ca decisión revolucionaria de igualar en dereitos sucesorios a fillos matrimoniais e non matrimoniais.

Chámase errónea por ser producto involuntario da negligencia do dispoñente en rectificar un testamento anterior á vista de novos acontecementos: naquel testamento primitivo o testador omitiu ao lexitimario porque ignoraba a súa existencia e logo descoidou a revocación desas disposicións e morreu sen revocar.

Conforme á tradición histórica, falábase de preterición errónea cando a falta de contemplación do herdeiro debíase á ignorancia da súa existencia, pero sen que puidera presuporse unha decidida vontade de exclusión da herdanza.

En tal orde de ideas móvese tamén a redacción vixente do artigo 814, que en caso de preterición non intencional dos descendentes leva os seus efectos, como mínimo, á nulidade da institución de herdeiro, dando lugar, pois, á apertura da sucesión intestada en favor do fillo ou descendente preterido.

En calquera caso, tendo en conta o feito de que o descendente preterido no segundo testamento é Aureliana, casualmente a filla que Benicio tivo fora do matrimonio con Matilde, non cabe encadrar a mesma dentro da preterición errónea pois Benicio non ignoraba a súa existencia, de feito, Aureliana foi acollida na familia como unha filla máis, mesmo por parte de Matilde.

Na xurisprudencia, as SS. 13 de xullo de 1985 e 5 de outubro de 1991 equiparan a omisión dun herdeiro forzoso cuxa existencia coñece o testador coa desheredación, traendo a colación ó efecto o artigo 851 Cc.

En opinión dunha parte da doutrina, para que haxa preterición intencional é preciso que o testador coñeza, no momento de testar, non xa só a existencia do lexitimario, senón a súa condición de tal: que é persoa con dereito a lexítima. Sen embargo, as consecuencias de considerar “non intencional” a preterición nestes casos poden chegar a ser diametralmente opostas á presumible vontade do testador.

Por tanto, ámbalas dúas pretericións, tanto a de Matilde no primeiro testamento e recordamos, único válido, como a de Aureliana no segundo, trátanse de intencionais, é dicir, Benicio por vontade propia quixo non incluílas no seu testamento.

Ó que preterición se refire interesa determinar os seus efectos sobre o calculo da lexítima. Así, nos supostos de preterición intencional, esta “ non perxudica a lexítima”. O que quere dicir que o lexitimario vai a percibila con cargo ao caudal, ingresando na comunidade de herdeiros como un sucesor universal máis, aínda que non pola mesma cota dos outros, senón a representada pola súa lexítima.

Di o artigo 814 Cc. que “reducirase a institución de herdeiro antes que os legados, melloras e demáis disposicións testamentarias”. O problema é máis xeral: non se trata só do favorecido cunha institución de herdeiro en concepto de mellora, que imputa os bens que recibe a título de sucesor universal ao correspondente tercio de mellora e non ao de lexítima estricta, senón, opostamente, dos bens que outros lexitimarios reciben por título de legado, pero imputables ao tercio de lexítima estricta, pois con tal imputación satisfácenselles os seus dereitos de herdanza forzosa.

En obediencia ao mandato do artigo 814.1º Cc., ao reducirse a institución de herdeiro, atopamos que:

- 1) Dunha parte, dita institución comprende (ou pode comprender) cotas do caudal imputables ao tercio libre, outras á mellora efectiva e outras á porción de lexítima estricta.
- 2) Doutra, tanto a lexítima estricta como a mellora páganse a veces mediante legados, cando non o foron xa mediante doacións.

Por tanto, calculada con arreglo ao artigo 818 Cc. a lexítima do preterido, percibiraa precisamente mediante a redución parcial e proporcional da institución de herdeiro: os bens obtidos a través desta redución, excepcionalmente imputaranse na lexítima aínda que esta rebase entón os dous tercios; é dicir, aínda cando a parte do constituído debера imputarse no tercio libre. Correlativamente, o que obtiveron por doación ou legado outros colexitimarios, aínda cando normalmente reduciríase de estar estes constituídos herdeiros, ao non estalo, non se reducirá.

Ou sexa: o preterido participará primeiro dos bens que comprende a institución de herdeiro, ata que cubra a súa lexítima, reducindo no preciso as porcións dos herdeiros constituídos polo testador, sexan ou non lexitimarios, proporcionalmente, e en tanto tal redución non perxudique ás lexítimas de ditos constituídos. Se así non consegue o preterido cando lle corresponde, unha vez anulada a institución de herdeiro e atribuído a el o caudal que abarcaba esta (salvo prexuízo doutro lexitimario), reclamará o resto reducindo legados e, no seu defecto, doacións.

O seu mandato garante a percepción da lexítima correspondente ao preterido, se ben os seus efectos son menores que os da preterición non intencional.

En tal caso, o lexislador non castigou a torcida intención do deudor da lexítima anulando as súas disposicións, senón que, interpretando a súa vontade do xeito máis favorable á conservación destas, evita só o prexuízo da lexítima, de modo que o preterido non obterá senón a súa lexítima estricta (incluída a parte do tercio de mellora non empregada en mellorar). A Lei deixa as cousas de igual xeito que se o causante, que non pode desherdar a un lexitimario e desexa darlle o mínimo legal, o tivera feito así no testamento. Cabe preguntarse se o testador que infrinxiu declaradamente a Lei merece un trato favorable, en prexuízo dun lexitimario a quen pudo reducir legalmente a súa cota estricta e non o fixo.

Por outra parte, o vixente artigo 814 Cc. distingue dous supostos de preterición non intencional. Un deles refírese á preterición dalgún descendente, na cal os efectos da preterición teñen menor fortaleza no caso de que só algún dos fillos ou descendentes foran preteridos, pois conforme á primeira parte do número 2º “ noutro caso, anularase a institución de herdeiros, pero valerán as mandas e melloras ordenadas por calquera título,

en canto unhas e outras non sexan inoficiosas”.

Este último inciso, relativo á inoficiosidade de mandas e legados implica que todas as atribucións patrimoniais que poidan comprenderse dentro do tercio de libre disposición, a título de legado, manteñen a súa validez. A preterición non intencional recupera o seu papel de institución protectora das lexítimas, pero sen afectar ao tercio de libre disposición. En caso de superar dito tercio, as mandas deberán ser reducidas conforme ás regras xerais.

A institución de herdeiro, en cambio, como regra xeral, devén ineficaz, comprenda ou non os dous tercios ideais reservados á lexítima, ou ben supere dita cota, por ter destinado o causante tamén o tercio de libre disposición ó herdeiro. Acreditado o feito de que, por excepción, a segunda parte do número expresa que “non obstante, a institución de herdeiro a favor do cónxuxe só se anulará en canto prexudique as lexítimas”. Máis, por principio, a existencia ou reclamación do preterido, dado que o suposto require a existencia doutros descendentes, pouco cambiará a cuestión respecto do cónxuxe viúvo.

Por último, cabe dicir que a insuficiencia da atribución lexitimaria non autoriza ao herdeiro forzoso máis que a executar a acción de complemento de lexítima, sen poder recorrer en cambio á acción de preterición, que ten por obxecto anular as pertinentes disposicións testamentarias de carácter patrimonial e reclamar canto lle corresponda.

A efectos da acción convén recordar que a acción de Matilde está dirixida a conseguir un resultado económico, respectando as disposicións testamentarias en canto a súa existencia, sequera restando algo do seu contido, por tratarse dunha preterición intencional, pois soamente de tratarse de preterición non intencional podería dirixirse a acción ca pretensión de anular tales disposicións, ou polo menos, a institución de herdeiro.

7.Legado.

Legatario pode ser calquera persoa, incluso un dos herdeiros.

Cando calquera persoa, que xa é herdeiro, é instituído así mesmo legatario na mesma herdanza, tecnicamente fálase de prelegado. O prelegado sería, pois, o legado instituído en favor de calquera dos herdeiros, quen concorrería á herdanza, se quere, simultaneamente, como herdeiro e legatario.

O suposto do prelegado atópase contemplado expresamente no segundo parágrafo do artigo 890 Cc., ao dispoñer que “o herdeiro, que sexa ao mesmo tempo legatario, poderá renunciar á herdanza e aceptar o legado, ou renunciar este e aceptar aquela”.

Os legados poden recaer sobre cousas, bens e dereitos da máis diversa índole. O testador pode, por tanto, pensar nunha cousa específica e determinada ou nunha cousa xenérica, ou mesmo nunha determinada cantidade de cousas xenéricas.

No caso de que o testador legue unha cousa específica e determinada, o artigo 882 Cc. establece que o legatario adquire a súa propiedade dende o momento do falecemento do causante.

O legatario, do mesmo xeito que sucede en moitos outros supostos, é propietario da cousa legada dende o falecemento do causante, aínda que adquira a súa posesión con posterioridade.

Que isto é así, demóstrao taxativamente o conxunto normativo do artigo 882 Cc., ao atribuír os froitos e rendas pendentes dende o falecemento do causante ao legatario e, doutra parte, ao establecer no segundo parágrafo a regra de que as cousas perecen para o seu dono (o legatario), así como benefician a este en caso de aumento ou mellora (“a risco do legatario”).

A atribución dos froitos ou a aplicación da regra *res perit domino* xogan a favor ou na contra do legatario por ser considerado propietario, dende o falecemento do *de cuius*.

a. Legado de empresa a Aureliana.

Hai que dicir que Benicio adicou boa parte dos seus esforzos á venda de chocolate e porras madrileñas. Á pequena cafetería que abriu en Lavapiés pronto se uniron tres establecementos máis, aínda en funcionamento a día de hoxe. Empregaba a 15 persoas, era titular da marca “As Porras de Fabricio” (rexistrada na OEPM) e patentou en 1986

unha trituradora antigrumos para o chocolate.

Como xa se fixo referencia, no ano 2005 Benicio acude ao notario e outorga testamento, no cal se lle lega a empresa a Aureliana.

Deste xeito, ten lugar unha transmisión da empresa, pois o establecemento mercantil (empresa en sentido obxectivo) é susceptible de transmisión. Cando se fala de “transmisión da empresa” faise referencia á transmisión do conxunto de establecementos mercantís do que é titular un empresario individual ou social. Entendendo por empresa, pois, o conxunto que forman tanto a pequena cafetería que este abriu en Lavapiés, como os tres establecementos que se abriron posteriormente, os 15 traballadores que estaban ó seu cargo, a marca “Las Porras de Fabricio” e a patente da trituradora antigrumos para o chocolate.

No suposto de feito trátase, ademáis, dunha transmisión do establecemento mercantil *mortis causa* a título singular, pois a empresa é herdada por Aureliana a título de legataria.

Cando se transmiten a unha mesma persoa varios elementos dun mesmo establecemento, non sempre é fácil determinar se o obxecto da transmisión son eses elementos illadamente considerados ou o establecemento propiamente dito.

As débedas que poidan suscitarse deben resolverse conforme ao “criterio da suficiencia”: é dicir, se os elementos que se transmiten son suficientes para que o adquirente poida continuar con eles a actividade empresarial, presumírase que existiu transmisión de establecemento.

A empresa conta con activos por valor de 900.000€ e un pasivo de 60.000€ polo que se colixe que, efectivamente, presúmese que ten lugar unha transmisión do establecemento, pois o saldo resultante da diferenza entre o valor do activo e o valor do pasivo, de 840.000€ é suficiente para continuar a actividade empresarial.

A pesares da súa importancia e dos problemas que plantexa, o Dereito español non conta cunha disciplina suficiente respecto da transmisión *mortis causa* do establecemento mercantil.

O Código de Comercio tan só se ocupa da transmisión do establecemento mercantil a un menor ou a un incapacitado, e faíno de forma tanxencial (artigo 5 Cdc.).

O Código civil, pola súa parte, practicamente ignoraba esta problemática por partir dun modelo sucesorio no que o protagonista era o propietario de fincas rústicas e urbanas, e non o empresario; e só ca reforma introducida pola Lei 7/2003, de 1 de abril, deu solución parcial a algunhas das cuestións máis delicadas.

En realidade, dous son os problemas fundamentais que plantexa a transmisión mortis causa do establecemento mercantil: en primeiro lugar, o problema da continuidade da explotación do establecemento que forma parte da herdanza en tanto se produce a aceptación, e, en segundo lugar, o problema da conservación do establecemento, de tal xeito que a sucesión non aboque á disgregación dos elementos dos que se compón.

O problema da continuidade da explotación do establecemento soluciónase facilmente en todos aqueles casos nos que o empresario, antes de falecer, nomeara un apoderado xeral ou factor, cousa que por outra parte, non consta que Benicio fixera.

O problema da conservación da unidade do establecemento mercantil esixe distinguir segundo que o establecemento teña ou non carácter ganancial. Se ostentara este carácter, o cónxuxe supérstite ten preferencia para que, na liquidación da sociedade de gananciais, se lle adxudique o establecemento mercantil “ que tivera levado co seu traballo” (artigo 1.406.2 Cc.).

Se non fora ganancial, como é o caso, pois a empresa corresponde unicamente a Benicio, o problema da conservación indivisa do establecemento suscita cando, existindo unha pluralidade de herdeiros, a masa hereditaria sexa insuficiente para permitir a atribución do establecemento a un só deles sen lesión dos dereitos dos demais chamados á herdanza.

O Código civil admite que o testador que, ben en interese da familia, ben en atención á conservación da empresa, desexe preservar indiviso un establecemento mercantil (ou, como di o Código, con terminoloxía máis ampla, unha “explotación económica”) poida atribuír ese establecemento a un só dos herdeiros na partición da herdanza que realice no mesmo testamento ou por actos inter vivos, dispoñendo que se pague en metálico a lexítima aos “interesados”; e, se non existira metálico suficiente na

herdanza para efectuar ese pago, quen herde o establecemento, sexa herdeiro forzoso ou non, pode proceder ao abono con “efectivo extrahereditario” se así se previra no testamento.

Neste caso, Benicio lega toda empresa a Aureliana sen facer referencia algunha ó pago en metálico da lexítima aos demais coherdeiros.

Por outra parte, de non ter legado a empresa de forma íntegra a Aureliana hai que dicir que se aplicarían as regras xerais.

Esto é, o establecemento permanecería indiviso (fora incluído na masa hereditaria sen facer repartirse nun legado, como foi o caso) ou adxudicárase por partes iguais ou desiguais aos herdeiros, dando lugar a unha situación de comunidade.

Respecto dos 15 traballadores da empresa, o artigo 44 do Estatuto dos Traballadores, baixo a rúbrica «Sucesión de empresas», refírese ás consecuencias xurídico laborais que se derivan da transmisión total ou parcial da empresa e faino do seguinte xeito: “O cambio de titularidade da empresa non extingue por si mesmo a relación laboral, quedando o novo empresario subrogado nos dereitos e obrigas laborais do anterior”.

Coa expresión “cambio de titularidade” o lexislador estatutario quere referirse a calquera mecanismo transmisivo da empresa calquera que sexa a causa da transmisión, calquera que sexa o negocio xurídico utilizado, tanto gratuito ou oneroso, por actos *inter vivos* como *mortis causa*, alí onde se constate a existencia da transmisión da empresa desataranse os efectos previstos no citado artigo 44 E.T. Así o proclama a STS de 12 de decembro de 1988 (A/9.592)

Facendo un uso obxectivo da noción de empresa entendemos por tal o conxunto organizado de medios materiais e persoais destinados á produción de bens e servizos para o mercado. Polo que a transmisión, por tanto, dun conxunto, maior ou menor, total ou parcial, de elementos organizados para a produción determina a aplicación do art. 44 E.T.

Para a xurisprudencia o decisivo para saber se o transmitido constitúe unha sucesión de empresa é que conforme unha unidade organizada susceptible de

funcionamento autónomo. Se cos elementos transmitidos continúa a actividade ou é posible que o faga será aplicable o art. 44 E.T.

O efecto previsto no precepto para o suposto de feito descrito é, pois, o mantemento inalterado das relacións xurídico-laborais dos traballadores da empresa

Dacordo co previsto no art. 44 E.T., en efecto, «o novo empresario queda subrogado nos dereitos e obrigas laborais do anterior», o que significa que, calquera que foran as condicións de traballo que os traballadores obxecto de transmisión viñeran disfrutando, de orixe normativa, legal ou convencional, ou contractual, o novo empresario asúmeas todas e queda obrigado por todas (STS de 16 de xuño de 1987 [A/5.396]).

Todos os traballadores, por tanto, adscritos á empresa obxecto de transmisión pasan a depender do cesionario, que se subroga ex lege na posición contractual do cedente (STS de 30 de setembro de 1997 [A/7.185] e STS de 17 de xullo de 1998).

O que significa que Aureliana como legataria da empresa de seu pai, Benicio, debe respetar a relación laboral que unía a estes 15 traballadores con causante, de xeito tal que ten manter inalterable o contrato de traballo base de tal relación.

Por outro lado, en referencia á propiedade intelectual; esta, tal e como establece o Código Civil nos seus artigos 428 e 429, forma parte das chamadas propiedades especiais, e vén a constituir unha forma especial de exercer o dereito de propiedade sobre determinados obxectos xurídicos que, polas súas cualidades, especializan o dominio.

Respecto da marca “Las Porras de Fabricio” da que Benicio era titular a Lei 17/2001 de 7 de decembro, de Marcas refírese no seu artigo 47 á transmisión da mesma, así, no apartado primeiro establece que: “a transmisión da empresa na súa totalidade implicará a das súas marcas, salvo que exista pacto en contrario o esto se desprenda claramente das circunstancias do caso.” Por tanto, Aureliana pasa a ser titular da citada marca da que antes era Benicio, por causa do falecemento deste e a conseguinte transmisión da empresa en favor da legataria.

Respecto da patente e atendendo á Lei 11/1986 de 20 de marzo, de Patentes de Invención e Modelos de utilidade cabe dicir que esta contempla a posibilidade de transmisión; no artigo 74.1 establécese que “tanto a solicitude de patente como a patente son transmisibles” polo que, de novo, Aureliana subrogaría a seu pai nos dereitos sobre a

patente ó ser legataria da empresa que este lle transmite mortis causa. Non obstante, o dereito que outorga unha patente é un dereito temporal, polo que o titular sólo goza do dereito a excluir a terceiros da explotación da invención por un período máximo de 20 anos. A trituradora antigromos para o chocolate foi patentada no ano 1986, o que significa que a patente expirou.

8. Transmisión do *IUS DELATIONIS*.

No suposto de feito narrado, Feliciano, nomeado herdeiro por Benicio, falece nun accidente de tráfico estando solteiro, sen descendencia e sen ter outorgado testamento. No instante do seu óbito, ningún dos instituídos na herdanza de Benicio manifestara a súa vontade acerca da súa aceptación ou repudiación.

Estamos ante un suposto de sucesión intestada caracteriza pola falta de testamento (Art. 658CC) polo que é a lei a que chama a determinadas persoas (parentes ata certo grao, cónxuxe viúvo, Estado) a herdar ao defunto (Art. 913 CC).

A sucesión intestada non soamente se produce cando falta absolutamente o testamento, senón en calquera outro caso no que aquel falle total ou parcialmente por outras causas, como por ser inválido ou ineficaz ou por non dispoñer de toda a herdanza do defunto ou porque o herdeiro nomeado non queira ou non poida recibir esta, etc. (Art. 912 CC).

O dereito á herdanza á que se chama a unha persoa, se morre sen ter aceptado nin repudiado, pasa, en principio, aos seus herdeiros, non aos seus legatarios. Isto é, cando o chamado falece sen ter usado o *ius delationis*, é dicir, sen ter optado en exercicio da facultade que aquel lle confire, por adquirir ou por repudiar a herdanza que se lle ofrece, os seus sucesores reciben a opción que el non utilizou ou, o que é o mesmo, herdan o *ius delationis* que correspondía ao chamado, o seu causante, do que lles chega como un máis de tantos dereitos como tivera.

De tal xeito que, ditos sucesores do que tendo sido chamado a unha herdanza, morreu sen aceptala nin repudiala, atopan na herdanza del, igualmente que as súas propiedades, créditos, etc., outro dereito: o dereito á herdanza que el tiña. Podendo facer entón, o mesmo que podería facer o defunto, ben aceptala, ben repudiala.

Trátase dunha verdadeira transmisión. O *ius delationis* pasa do chamado aos seus

herdeiros.

Fronte a canto acontecera no sistema romano, o *ius delationis* ou dereito relativo á aceptación ou repudación da herdanza é transmisible, polo menos *mortis causa*. No noso CC., así o establece o artigo 1006: “por morte do herdeiro sen aceptar nin repudiar a herdanza pasará aos seus (aos seus herdeiros) o mesmo dereito que el tiña”, é dicir, o dereito de aceptar ou repudiar a herdanza aberta a consecuencia do falecemento dun causante anterior.

Á transmisión hereditaria do *ius delationis* que tiña o herdeiro á quen se lle ofrecera unha herdanza para aceptala ou repudiala, pero que faleceu sen poder pronunciarse sobre isto, conócese co nome de *ius transmissionis* ou dereito de transmisión.

Así pois, no suposto de feito narrado hai un causante ou primeiro causante (inicial), Benicio, cuxa herdanza da dereito a delación ou ofrecemento que da mesma se fai ao chamado a ela.

Hai un transmitente do *ius delationis* ou segundo causante, Feliciano, que recibe a delación á herdanza do primeiro causante, Benicio, e que, morre sen tela aceptado nin repudiado, transmitindo dito dereito aos seus propios sucesores, Matilde, posto que estaba solteiro e non tiña descendencia.

Polo que esta é trasmisaria, adquirente do *ius delationis*, herdeira do transmitente que, sendo sucesora do segundo causante, atopa na herdanza deste o *ius delationis* á do causante primeiro, é dicir, Benicio.

A transmisión do *ius delationis* prodúcese a favor dos herdeiros do transmitente, sexan herdeiros *ab intestato* ou testamentarios (Art. 1006 Cc.). Feliciano non outorgo testamento, Matilde é a súa herdeira forzosa.

O primeiro e principal presuposto para que teña lugar de forma efectiva o *ius transmissionis* radica en que o transmisario, exercitando o seu propio *ius delationis*, acepte a herdanza do transmitente. En caso contrario, non adquirirá o *ius delationis* correspondente ao transmitente nin, en consecuencia, facultade algunha para decidir se acepta ou repudia a herdanza do causante.

Noutras palabras, o transmisario pode aceptar a herdanza do transmitente e

repudiar a do causante. Se, en cambio, repudia a do transmitente, perde calquera posibilidade de pronunciarse sobre a do causante. Presumimos que Matilde aceptou ámbalas dúas. Dispón de bens deixados en herdanza a Feliciano por Benicio.

A cuestión fundamental que plantexa o *ius transmissionis* consiste en determinar se o transmisario, en caso de aceptar sucesivamente ámbalas dúas herdanzas, sucede ao causante ou ao transmitente, cuestión naturalmente non exenta de consecuencias prácticas (por exemplo, para a determinación da lexítima que ao transmisario lle corresponda en relación a un ou a outro causante, determinación da capacidade de suceder en relación con aquel a quen suceda, etc.).

Ante o silencio do CC e a práctica inexistencia de xurisprudencia sobre o particular, a Resolución da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 20 de setembro de 1967 parece pronunciarse en favor da tese do Profesor Albaladejo segundo a cal, dado que o transmitente non pode transmitir de xeito algún a herdanza do causante ao transmisario, debe propugnarse que este sucede ou herda recta via ao causante: "...os herdeiros universais do primeiro chamado entran en posesión da herdanza do primeiro causante a través do dereito recibido do transmitente e na mesma proporción en que este os instituíu...".

9. A lexítima.

Para o cálculo da lexítima da herdanza de Benicio hai que ter en conta o feito de que un dos lexitimarios, Feliciano, morre antes de que ningún dos 3 aceptara nin repudiara a herdanza. Polo que a lexítima calculada que debера corresponder a Feliciano, enténdese debida agora aos seus sucesores que neste caso é súa nai, Matilde, que como xa foi explicado pasa a herdar de seu fillo o *ius delationis* sobre a herdanza do seu propio home, ó ter lugar o *ius transmissionis*.

Como xa se dixo, para que teña lugar de forma efectiva o *ius transmissionis* Matilde, exercitando o seu propio *ius delationis*, acepte a herdanza de seu fillo, Feliciano. En caso contrario, non adquirirá o *ius delationis* correspondente a este nin, en consecuencia, facultade algunha para decidir se acepta ou repudia a herdanza de Benicio.

Polo que, presumo, xa que no caso non se fai expresa referencia, posteriormente ao falecemento de Feliciano, tanto Maita como Aureliana, como Matilde aceptan a

herdanza. As dúas primeiras aceptan a herdanza de seu pai, e a última a de seu fillo, polo que pasa a ser herdeira, en último termo, de seu home.

A lei establece que se o defunto deixa parentes que sexan descendentes ou ascendentes, ou deixa cónxuxe, parte dos bens daquel, se non llela entregou en vida, á súa morte correspóndelles a estes. Tal parte chámase lexítima, e os que teñen dereito a ela, lexitimarios.

O artigo 806 CC define a lexítima como unha porción de bens de que o testador non pode dispoñer por tela reservado a lei a determinados herdeiros, chamados por eso herdeiros forzosos. O resto da herdanza chámase parte de libre disposición. O papel da lexítima radica en ser un tope que o causante ten á liberdade de dispoñer da herdanza.

A cuantía da lexítima varía segundo quen sexan os lexitimarios e con qué outros lexitimarios concurren.

De determinar quén son lexitimarios encárgase o artigo 807 CC. E sono, ademáis do cónxuxe viúvo, os máis próximos descendentes do defunto e non habendo descendentes, os máis próximos ascendentes, en ámbolos dous casos, de sangue ou por adopción.

As lexítimas de todas as persoas ditas consisten no dereito a unha parte de herdanza en propiedade, agás a do cónxuxe viúvo, que non lle outorga a súa parte en propiedade senón en usufructo vitalicio.

O que significa que, Maita, Feliciano e Aureliana terían dereito como descendentes de Benicio a unha parte de herdanza en propiedade e a Matilde como cónxuxe viúvo correspóndelle unha parte en usufructo vitalicio.

Os lexitimarios de Benicio son, pois, Maita, Feliciano e Aureliana como descendentes que son del e Matilde, en calidade de cónxuxe.

No momento do falecemento de Benicio, constan no seu patrimonio os seguintes bens e dereitos:

- A empresa, con activos por valor de 900.000€ e un pasivo de 60.000€.
- Diñeiro nunha conta corrente de titularidade conxunta con Matilde (15.000€).
- O piso en Xinebra, valorado en 200.000 €.
- O dereito de crédito correspondente á partida de póquer.

-15 participacións de Monaguillos, S.L., cun valor razonable de 1000€ cada unha.

Segundo o testamento que tomamos como referencia, por ser o único válido, é dicir, o outorgado por Benicio no ano 2005, a disposición dos bens distribuíriase do seguinte xeito:

- A Aureliana légaselle a empresa, a cal con conta activos por valor de 900.000€ e un pasivo de 60.000€ polo que o saldo é de 840.000€.
- A lexítima de Maita considérase satisfeita pola finca cuxo valor é de 150.000€
- Matilde é preterida no citado testamento.
- A Feliciano déixalle a título de herdeiro: un piso en Ginebra, valorado en 200.000€ e o dereito de crédito de 30.000€ correspondente á partida de póquer.

Respecto dos restantes bens que quedan sen nomear no testamento correspondería abrir a sucesión intestada. Isto é, o diñeiro da conta por valor de 15.000€ e as 15 participacións de Monaguillos, S.L. cun valor razonable de 1000€ cada unha, é dicir, cun valor total estimado en 15.000€.

O artigo 807.1 do Código civil establece que no caso de existir descendentes do causante consideraranse, en primeiro lugar, “herdeiros forzosos...aos fillos e os descendentes respecto de seus pais e ascendentes”.

Non está demáis dicir, dadas as circunstancias concretas do caso, que ata a aprobación da Lei 11/1981 pola que se modifica o Código Civil en materia de filiación, patria potestade e o réxime económico do matrimonio, a redacción do número e parágrafo 1º, dos artigos 807 e 808 falaban de “fillos e descendentes lexítimos”.

Segundo o estudo do Dereito de familia, o designio fundamental de dita Lei, seguindo os parámetros da Constitución, foi abolir calquera tipo de discriminación entre fillos matrimoniais e non matrimoniais. Por tanto, a supresión do adxectivo “lexítimos” implica que calquera fillo e descendente do causante, sexa cal fora a súa condición, consideraranse lexitimarios. Polo que, tanto Maita e Feliciano como Aureliana son lexitimarios de Benicio, independientemente do feito de que os dous primeiros foran froito do matrimonio entre Benicio e Matilde, mentres que Aureliana é filla non matrimonial de Benicio.

A regulación conforme á Lei 11/1981 en relación coa cuantía da lexítima dos

descendentes dispón no seu artigo 808 que “constitúen lexítima dos fillos e descendentes as dúas terceiras partes do haber hereditario do pai e da nai. Sen embargo, poderán estes dispoñer dunha parte das dúas que forman a lexítima, para aplicala como mellora aos seus fillos ou descendentes. A terceira parte restante será de libre disposición”.

No noso sistema a lexítima dos descendentes é de cuantía fixa e independente do número de lexitimarios. Por tanto, aínda que exista un só fillo a el deberá quedar reservada unha porción de bens hereditarios que represente as dúas terceiras partes do caudal (o 66,6 por 100).

Esto é, a lexítima dos descendentes está constituída polos dous tercios da herdanza do ascendente (808.1º CC). A lexítima deses descendentes non ten, toda ela, unha natureza uniforme como a dos demais lexitimarios.

En efecto, cabe distinguir dúas partes: unha chamada lexítima corta que correspondería a un tercio da herdanza e outra mellora, que sería outro tercio. Así, pois, sendo a lexítima dos citados descendentes dous tercios da herdanza, resulta que esta se divide en tres tercios: un de libre disposición (o que non é lexítima), e dos outros dous (que si son lexítima, e que conxuntamente forman a chamada lexítima longa), hai un de lexítima corta, e outro de mellora.

O tercio de lexítima corta hai que dividilo en tantas partes iguais como fillos haxa e a cada un corresponde a súa parte.

O uso do tercio de mellora debía telo disposto expresamente Benicio pero tamén pudo ter feito a mellora aínda que na disposición que sexa a vontade de mellorar non apareza expresamente manifestada, pero conste aínda que sexa de maneira tácita, e incluso cabe que tivera feito unha mellora presunta, que sería aquela en que sen aparecer nin expresa nin tácitamente vontade de mellorar, sen embargo, véndose querida a disposición, resulte que só pode manterse a cargo do tercio de mellora ou de libre.

Ás veces o CC dá a impresión de que para que unha disposición sexa conceptuada mellora, o mellorante ten que dicir de forma expresa que a quere como tal mellora. Pero trataríase dunha impresión errónea, porque mellora estímase toda disposición que se vexa querida, aínda que non se diga que como mellora, se non cabe na lexítima corta do beneficiario. E o que acontece é que como se poden facer melloras a cargo do tercio de

mellora ou do libre, cando a lei pide que para que se tome como mellora unha disposición haxa que dicir expresamente que é mellora, o que está querendo significar non é que no caso non sexa mellora a disposición que se quere sin dicir expresamente que é mellora, senón que é mellora a cargo non do tercio de mellora, senón do libre. Porque por pasmoso que poida parecer, hai casos no noso Cc en que determinadas melloras se cargan antes ao tercio libre que ao de mellora.

Para que a disposición a favor de descendentes se considere mellora ha de terse manifestado así expresa ou tacitamente ou ser presumible porque non caiba na lexítima corta do favorecido. Sendo cousa distinta que a mellora que sexa corresponda ser imputada ao tercio libre ou ao de mellora. En calquera caso, a disposición pola que se mellora é revocable (o que se se contén en testamento bastaría apoiado na revocabilidade e se se contén en acto inter vivos baséase en que así o establece o artigo 827 Cc.)

No suposto de feito narrado, entendemos que non hai mellora nin expresa nin tácita, pois Benicio non establece esplicitamente un disposición na que pretenda mellorar a ningún dos seus descendentes, nin tampouco se pode presumir que quixera facelo tácitamente.

A lexítima calcúlase ao valor da herdanza (que é o que resulta de deducir dos bens que o causante deixe á súa morte, o pasivo, que son as débedas e cargas que pesan sobre os mesmos.) o valor das doacións e liberalidades equivalentes outorgadas polo causante en vida.

O valor do deixado á morte, o *relictum*, hai que sumar o das doacións feitas en vida, o *danotaum*, porque senón, a lexítima podería burlarse doando os bens antes de morrer, co que entón non entrarían en conta para calcular dita lexítima.

Trátase dun puro cálculo do valor do *relictum* máis o *donatum*, para ver se co que tocou por sucesión aos lexitimarios máis co que se lles deu en vida se cobre a súa lexítima. Non é, pois, que haxa que traer á masa hereditaria os bens que se doaron para repartilos de novo á morte, pois a doación valería, polo menos, como unha partición feita polo testador, de xeito que o que este deu a cada lexitimario, debe seguir sendo para el, xa que o terllo doado non é menos que se llo adxudicara *mortis causa*.

Agora ben, ese presuposto, se o doado excede do que se podía deixar e así dana a lexítima, entón hai que devolve-lo ou devolver o exceso *in natura* á masa heredeitativa,

porque é unha redución de doación, que ha de facerse *in natura*, non en valor, salvo que non poida devolverse o mesmo que se deu.

Trátase dunha defensa da lexítima xa que ten por efecto impedir que ningún deudor de lexítima poida lesionar esta empobrecéndose mediante doacións: así, as que o causante fixo en vida, cóntanse á súa morte para ver se lesionan o dereito dos “herdeiros forzosos”, e caso afirmativo, redúcense os límites da parte da súa fortuna da que daquela podía dispoñer o doante.

A efectos da fixación da lexítima han de computarse o *relictum* e o *donatum*, pero no *donatum* compréndense non só as atribucións gratuitas que o causante puidera ter feito en vida a favor dos lexitimarios, senón de calquera outra persoa.

En definitiva, trátase de saber se o conxunto do *donatum* supera o tercio de libre disposición e, no seu caso, proceder á conseguinte redución. Pero sendo a lexítima dos descendentes unha cota fixa (dous tercios), bastará ca mera existencia dun só fillo ou descendente para que proceda a computación ou reunión ficticia do *relictum* e do *donatum*.

O *relictum* sería o conxunto de todos os bens e dereitos que constan no patrimonio de Benicio no momento da súa morte, e o *donatum*, as doacións feitas en vida.

O *relictum* conformaríase do seguinte xeito:

- a) 840.000€ é o valor da empresa, pois o activo consta de 900.000€ e o pasivo de 60.000€.
- b) 15.000€ que había nunha conta corrente.
- c) 200.000€ é o valor do piso en Ginebra.
- d) 30.000€ do dereito de crédito correspondente á partida de póquer.
- e) 15.000€ de participacións en Monaguillos, S.L.

Por tanto o *relictum* ascende a un total de 1.100.000 €.

Para o cálculo do *donatum* hai que contar as doacións que Benicio fixo en vida, que soamente foi unha, a da finca á súa filla Maita, a cal ten un valor actual de 150.000€.

Así, o valor total da herdanza é de 1.250.000€ pois é o resultado de sumar o *relictum* (1.100.000€) máis o *donatum* (150.000€). Valor sobre o cal se ha de calcular a lexítima.

Como xa expliquei, a lexítima dos descendentes está constituída polos dous tercios da herdanza do ascendente (808.1º CC). Pois ó non existir mellora, o tercio destinado a ela únese ó tercio de lexítima corta que é o que pertence ós descendentes, o que tería como resultado dous tercios de lexítima.

É dicir, para que se respetara a lexítima de Maita, Feliciano e Aureliana os bens a eles deixados teñen que ter un valor mínimo de 277.777,73€ pois é o resultado de dividir en (3)partes iguais o valor de dous tercios da lexítima ampla sobre o total da herdanza de 1.250.000€, esto é, 833.333,33€ .

Se calculada a lexítima resulta que o causante non a respetou, por ter disposto, por doación ou por testamento, a favor de non lexitimarios, de máis da parte da que pode dispoñer libremente, imponse a redución ou anulación desas disposicións excesivas, cando os lexitimarios o pidan, debéndose levar a efecto na maneira e pola orde sinalada segundo se trate de pago insuficiente da lexítima, ou de preterición, ou de desheredación inxusta.

Para referirse á satisfacción da lexítima, fálase de pago desta. Neste sentido, pois, pága o que deixa aos lexitimarios bens para cubrila.

A porción que como lexítima corresponda ao cónxuxe ou parentes vistos dunha persoa, pode ser satisfeita ou pagada por este de calquera forma, con tal de que o valor dos bens cos que a satisfaga cubra o valor ó que ascende aquela.

Así, pois (Art. 815 Cc.) cabe que os bens para pago da mesma se deixen ao lexitimario como herdanza ou como legado ou se lle deran en vida do causante como doación (Art. 819.1º CC). Establecendo a lei que o recibido en tal concepto impútase, en principio, na lexítima (Art. 819.1º).

A lexítima está protexida contra o que debe, e ata contra o que ten dereito a ela. En efecto, este, unha vez que o causante morreu, pode, repudiando o que lle deixou, rexeitar a súa lexítima; pero mentras que aquel vive, toda renuncia ou transacción sobre a lexítima futura entre o que a debe e os seus herdeiros forzosos é nula, e estes poderán reclamala cando morra aquel; pero deberán traer a colación o que recibiran pola renuncia ou transacción (Art. 816 CC). Isto significa que, o que o lexitimario recibiu pola renuncia ou transacción, debe imputalo á súa lexítima, de tal xeito que, a pesar de ter renunciado ou

transixido, teña dereito a todo o que realmente lle corresponde por lexítima, pero que na parte na que cubra o que tomou, serve para pagarlle.

A Aureliana légaselle a empresa cun valor de 840.000€.

Por outra parte, a lexítima de Maita considérase satisfeita pola doación da finca cuxo valor ascende a 150.000€.

Por último, Feliciano está chamado a herdar un piso en Xenebra valorado en 200.000€, 15 participacións de Monaguillos, S.L. cun valor razonable de 1.000€ cada unha, é dicir, 15.000€ en total eun dereito de crédito correspondente a 30.000€ o que fai un total de 245.000€.

Calculada anteriormente a lexítima, esta ten un valor de 277.777,73€, o que significa que nin Maita nin Feliciano perciben o que lles corresponde como tal.

Polo que, tratándose neste caso de ter recibido menos da lexítima, o artigo 815 autoriza tanto a Maita como a Matilde (no lugar de Feliciano, en virtude do *ius transmissionis*) ámbolos dous lexitimarios, a “pedir o complemento da mesma”.

A tal efecto, establece o Código unhas regras para practicar a redución, regras que, no esencial, sinalan que primeiro reduciranse, en principio, a prorrata as disposicións testamentarias feitas a favor dos non lexitimarios, e se aínda non é bastante a redución para cubrir a lexítima, entón reduciranse as doacións, na parte necesaria, indo de máis moderna a máis antiga (arts. 817,820 e 656 CC)

Así, o artigo 817 establece que: “ As disposicións testamentarias que mingüen a lexítima dos herdeiros forzosos reduciranse, a petición destes, no que foran inoficiosas ou excesivas.” Por tanto, a disposición testamentaria pola que se lle lega a empresa a Aureliana cuxo valor ascende a 840.000€ superando en moito ó valor da lexítima (277.777,73€) debe reducirse a petición de Maita e Feliciano, en 562.222,27€ por excesiva.

O problema plantéxase, entón, porque o legado deixado a Aureliana resulta inoficioso. Este suposto non o resolve o Cc. cando o ben legado é a empresa, pero para estes efectos debemos considerar a empresa como un ben indivisible, polo que sería de aplicación o artigo 821Cc., no que se establece que “cando o legado suxeito a redución consista nunha finca que non admita cómoda división, quedará esta para o legatario se a

reducción non absorbe a metade do seu valor, e en caso contrario para os herdeiros forzosos; pero aquel e estes deberán abonarse o seu respectivo haber en diñeiro.”

Esto é, a empresa quedaría para Aureliana se a redución non absorbe a metade do seu valor e para Maita e Matilde (no lugar de Feliciano, en virtude do *ius transmissionis*) en caso contrario, cos respectivos abonos en metálico.

A redución é de 562.222,27€ absorvendo os 420.000€ da metade do valor da empresa cifrado en 840.000€ polo que esta quedaría para Maita e Matilde (no lugar de Feliciano, en virtude do *ius transmissionis*) debendo estes abonarlle a súa parte en metálico a Aureliana.

Non obstante, en caso de que nin Maita nin Matilde (no lugar de Feliciano, en virtude do *ius transmissionis*) queiran usar este dereito, a empresa venderase en pública subasta, a instancia de calquera deles. (Art. 821, 3º parágrafo).

A lexítima de Maita calcúlase tendo en conta a doación da finca que Benicio considerou, no seu día, colacionable.

Cada lexitimario conta como pago dos seus dereitos de herdeiro forzoso o recibido gratuitamente do causante deudor da lexítima, operación que se denomina imputación, e é puramente contable, a efectos de determinar se o donatario se encontra pagado da súa lexítima.

A colación, aínda que se practica entre lexitimarios, prescinde dos dereitos de estes a unha parte dos bens do causante (lexítima), e límitase a conseguir que, como acto previo á división do caudal relicto entre todos os herdeiros, se forme contablemente unha masa na que aos bens existentes se engandan, hipoteticamente, os que o causante regalou aos seus ascendentes e descendentes: como se non se lles tivera dado entón e os obtiveran agora, integrando a súa cota a partir do caudal; ou ben, como se os tiveran recibido a modo de anticipo do que, con arreglo á cuota sucesoria, lles correspondería na herdanza.

Ou sexa, en virtude da colación o donatario ten que contar na súa parte os bens que en vida lle doou o causante, co cal a liberalidade acaso non lle proporcione vantaxe sustancial sobre os seus colexitimarios non donatarios, pois o que en vida do ascendente recibiu de máis, agora o recibirá de menos. Maita, en vida de Benicio, recibiu unha finca na serra madrileña cuxo valor colacionable é de 150.000€.

O valor do doado e dos froitos reúnese ficticiamente coa parte do caudal relicto destinada aos lexitimarios, os cales teñen dereito a que se calcule a súa cota sobre o importe desa reunión ficticia, e a que se lles atribúa, en parte proporcional á da colacionante, bens a ser posible semellantes.

Tal é o contido dos artigos 1.047 e 1.048 Cc. : “O donatario tomará de menos na masa hereditaria tanto como tivera recibido, precibindo os seus coherdeiros o equivalente, en canto sexa posible, en bens da mesma natureza, especie e calidade.” (Art. 1.047 Cc.)

“Non podendo verificarse o prescrito no artigo anterior, se os bens doados foran inmobles, os coherdeiros terán dereito a ser igualados en metálico ou valores mobiliarios ao tipo de cotización; e, non habendo cartos nin valores cotizables na herdanza, venderanse outros bens en pública subasta na cantidade necesaria.

Cando os bens doados foran mobles, os coherdeiros só terán dereito a ser igualados noutros mobles da herdanza polo xusto prezo, á súa libre elección.” (Art. 1.048 Cc.)

Como se ve, pois, a práctica da colación supón:

a) Reunir en valor o doado aos lexitimarios co caudal relicto, para formar unha masa (cantidade) única, que neste caso ten un valor de 1.250.000€.

b) Ao repartir esa masa, realizar, en relación ao colacionante, o que se chama na práctica unha “adxudicación en vacío”, ou sexa, imputar na súa parte o que xa ten recibido. Maita recibiu unha finca cuxo valor colacionable é de 150.000€, tendo a cota da súa lexítima un valor de 277.777,73 correspóndelle un aumento no seu valor a razón de 127.777,73€

c) Repartir aos coherdeiros bens realmente existentes no caudal relicto semellantes aos colacionados.

Aínda que non sucede así, senón todo o contrario, pois Maita recibe menos que o que pola súa lexítima lle corresponde; no caso de que recibira de máis do que lle correspondería herdar, parte da doutrina é partidaria de restituir á masa o exceso, pero da estrutura e o conxunto da regulación do instituto despréndese que Maita nada tomaría do *relictum*, pero nada tería que pagar aos coherdeiros.

É dicir, que a colación quedariase sen facer polo resto; Maita, que debía colacionar, non participaría en absoluto na comunidade hereditaria, e os outros coherdeiros

lexitimarios, Feliciano, aínda que sería Matilde, e Aureliana, repartiríanse entre si os bens asignados ao grupo como se Maita non existira.

Naturalmente, tendo o sistema de colación unha pretensión igualitaria, o seu efecto fundamental radica en que haberá de deducirse da adxudicación definitiva do lexitimario de que se trate a cantidade de numerario en que se valora canto tivera recibido en vida do causante.

Esto é, unha vez imputada ou agregada a colación, o caudal hereditario partible entre os 3 lexitimarios que herdán partes iguais ascende a 1.250.000€ e Maita recibiu en vida por valor de 150.000€ , correspóndelle a esta unicamente bens por valor de 127.777,73€; mentras que os outros dous terían unha cota de 277.777,73€.

Respecto da lexítima do cónxuxe viúvo, Matilde, esta non é en plena propiedade, como a dos demais lexitimarios, Maita e Aureliana senón en usufructo, de tal xeito que, sobre a que corresponda, ten só aquela dereito vitaliciamente, e a nuda propiedade da mesma compete a Maita e Aureliana, segundo se repartan os bens respecto da súa cota lexitimaria. Pero dáse a circunstancia de que Matilde tamén ten parte na nuda propiedade, pois, é sucesora de Feliciano, o cal é lexitimario de Benicio.

A cuantía da lexítima do cónxuxe viúvo está determinada polo feito de concurrir con uns ou outros lexitimarios. Neste caso, Matilde concurre con descendentes do defunto, polo que correspóndelle un tercio, que será o de mellora.

Na súa redacción vixente actualmente, o artigo 834 dispón que “o cónxuxe que ao morrer o seu consorte non estivera separado deste xudicialmente ou de feito, se concurre á herdanza con fillos ou descendentes terá dereito ao usufructo do tercio destinado a mellora.”

Dende a súa redacción orixinaria, o CC conteu unha norma que faculta os herdeiros para conmutar a cota usufructuaria do cónxuxe viúvo, polo produto de determinados bens, unha renda vitalicia ou un capital en efectivo. Ata a reforma operada pola Lei de 24 de abril de 1958, tal norma contiñase no artigo 838 CC.

A día de hoxe establececese no artigo 839 Cc. que son os herdeiros os que deben satisfacer ao cónxuxe a súa parte de usufructo procedendo de mutuo acordo e, no seu

defecto, por virtude de mandato xudicial. É dicir, a conmutación ten lugar por iniciativa de Maita e Aureliana e mentras esta non se realice, estarán afectos todos os bens da herdanza ao pago da parte de usufructo que corresponda ao cónxuxe.

Na actualidade, se ben se predica de forma xeral a condición de lexitimario do cónxuxe viúvo, a xeneralidade da doutrina non une tal condición á calidade de herdeiro. Non obstante, tanto a lexislación nalgúns extremos como a xurisprudencia do Tribunal Supremo sitúan de feito ao cónxuxe viúvo, en canto lexitimario, nunha especie de categoría intermedia, negando ás veces a súa condición de herdeiro (non responde segundo o TS das débedas hereditarias), mentras que noutros aspectos se lle reconocen facultades ou se lle impoñen prohibicións características dos herdeiros propiamente ditos.

Respecto da cuantía da cota viudal usufrutuaria, dado que non ten carácter fixo, senón que depende de quen sexan os lexitimarios que, no seu caso, concurran á herdanza co cónxuxe viúvo, seguramente o máis oportuno sexa distinguir os distintos supostos, tras resaltar que o carácter subsidiario da lexítima dos ascendentes conleva que o cónxuxe só poderá concurrir con descendentes ou, no seu defecto, con ascendentes, pero non con ámbolos dous grupos de familiares simultaneamente.

Neste caso, dada a inexistencia de ascendentes interesa saber da concurrencia do cónxuxe viúvo con fillos e descendentes: en tal caso, o cónxuxe ten dereito ao usufructo do tercio destinado a mellora, como dispón in fine o artigo 834 na súa vixente redacción, introducida pola Lei 15/2005.

O tercio de libre disposición, por tanto, queda liberado para que o testador o destine segundo o seu libre albedrío, mentras que por imperativo legal os fillos e descendentes, como moito, poderán ser mellorados en nuda propiedade, pois o usufructo do tercio ideal destinado a mellora (ou un dos tercios da lexítima longa) ostentaráo, en usufructo, en principio o cónxuxe viúvo ata o momento do seu falecemento.

10. Cuestións de Dereito Internacional Privado.

Dentro do Dereito Internacional Privado, a norma de conflito recibe esta denominación polo papel que se lle atribúe: dar unha solución ao chamado “conflicto de leis”.

Con esta última expresión faise referencia tradicionalmente ao problema da determinación da lei aplicable a aquelas situacións ou relacións xurídicas de carácter

privado que, por estar en contacto con dous ou máis ordenamentos, poden calificarse como internacionais.

Na actualidade considérase pouco preciso falar da existencia dun conflito para describir o mencionado problema, pero a terminoloxía, polo menos no que afecta á denominación da norma, pódese considerar asentada tanto nas lexislacións como na doutrina e na práctica xudicial.

A propia Constitución Española fai uso da mesma cando atribúe competencia exclusiva ao Estado no relativo á elaboración das “normas para resolver os conflitos de leis”. (artigo 149.1.8.^a).

A existencia do piso radicado en Xenebra deixado en herdanza pon en xogo o papel do Dereito Internacional.

O principio regulador no ámbito do Dereito aplicable é a universalidade da sucesión, polo que o ben inmovible situado en Xenebra non supón a aplicación do Dereito suízo en materia de sucesións, pois o artigo 9.8º do Código civil establece que a sucesión por causa de morte réxese pola lei nacional do causante no momento do seu falecemento, calquera que sexa a natureza dos bens e o país ónde se atopen.

Asimesmo, tamén o Convenio de la Haya de 5 de outubro de 1961 establece que será a lei nacional do testador no momento do seu falecemento a de aplicación para determinar as regras correspondentes á sucesión *mortis causa*.

Por tanto, a sucesión de Benicio en canto ao referido ben inmovible vai a estar rexida pola Lei española, por ser esta de aplicación, independentemente da situación do ben inmovible en cuestión.

A lei nacional xustifícase pola tradición romanista do noso Dereito civil, partidario de sobrepoñer o elemento persoal das sucesións sobre a súa dimensión real, propia dunha concepción xermanista.

A lei nacional estende a súa aplicación a todos os bens que integran o patrimonio do causante, independentemente de que sexan mobles ou inmovibles, corporais ou incorporais, e do país no que se atopen.

Ademáis, nos conflitos de leis internos, así como cando resulte de aplicación a lei

española como sistema plurilexistivo, a lei aplicable á sucesión será a determinada pola vecindade civil de conformidade co previsto nos artigos 14 a 16 do Cc., para o que me remito ó primeiro apartado deste traballo, no que me refiro á vecindade civil.

Por outra parte, como xa se explicou, por obra do *ius transmissionis*, Matilde é a lexítima titular do piso en Xenebra o cal vende á constructora inglesa “Bricks plc” por un precio de 300.000€.

Esto é, ten lugar unha relación comercial que ten como característica a presenza de varios elementos internacionais: Matilde, cidadán española, vende un piso situado en Xenebra (territorio suízo) a “Bricks plc”, unha constructora inglesa.

No hipotético caso de que existira problema algún á hora de realizarse a compraventa do citado piso, a referida presenza de varios elementos internacionais suporía o problema da determinación da lei aplicable. Pois aquelas situacións ou relacións xurídicas de carácter privado que, por estar en contacto con dous ou máis ordenamentos, califícanse como internacionais. É dicir habería que concretar a “norma de conflito” para dar unha solución ao hipotético “conflito de leis”.

Para isto están as normas de competencia xudicial internacional as cales se encargan de atribuír a competencia aos Tribunais dun determinado Estado para a audiencia dun determinado litixio.

Así o Regulamento (CE) nº 44/2001, de 22 de decembro de 2000, contén as normas reguladoras da competencia xudicial internacional dos Tribunais dos Estados membros da Unión Europea. O cal non sería de aplicación en caso de conflito pois Suíza non forma parte da Unión Europea.

Polo que habería que acudir ó Convenio de Lugano de 20 de outubro de 2007 o cal contén normas de competencia xudicial internacional atribuíndo esta, ben aos Tribunais dos Estados membros da UE, ben aos Tribunais dos Estados parte da AELC, na que xunto con Noruega e Islandia se integra Suíza, onde está situado o hipotético piso en conflito.

Por outra parte está o dereito de crédito correspondente a 30.000€ que John Quesada, cidadán norteamericano, perdeu xogando ao póquer con Benicio nunha das súas cafeterías.

Neste caso, Matilde a titular definitiva do dereito de crédito, cede este á sociedade

“Póquer España, S.L.” a cambio de 25.000€.

De novo, a presenza de varios elementos internacionais poría en xogo a competencia xudicial internacional en caso de litixio.

Por un lado temos a Matilde, cedente do crédito do que é acreedora, de nacionalidade española, por outro a John Quesada, deudor do crédito cedido, de nacionalidade norteamericana e por último a sociedade “Póquer España, S.L. cesionaria do crédito, cuxa nacionalidade é a española.

En caso de litixio por razón de dito crédito, tería que determinarse a competencia xudicial internacional.

Neste caso non resulta de aplicación nin o Regulamento (CE) nº 44/2001, de 22 de decembro de 2000, pois o mesmo establece as normas reguladoras da competencia xudicial internacional dos Tribunais dos Estados membros da Unión Europea, e os Estados Unidos de América non forman parte da Unión Europea; nin tampouco o Convenio de Lugano de 20 de outubro de 2007 pois as normas de competencia xudicial internacional nel contidas serven para atribuír esta, ben aos Tribunais dos Estados membros da UE, ben aos Tribunais dos Estados parte da AELC, das que non forma parte os Estados Unidos de América.

Cabería, pois, finalmente acudir á Lei Orgánica do Poder Xudicial de 1 de xullo de 1985 a cal contén normas de competencia xudicial internacional en favor dos Tribunais españois en defecto dos anteriores textos internacionais.

PARTEII

2º. Razoe sobre a oportunidade histórica do sistema de lexítimas e a conveniencia de mantelo no actual ordenamento xurídico español. Reflexe a normativa que recolle as lexítimas nalgunha das fontes xurídicas históricas que examinou nos seus estudos de grao.

A lexítima é, probablemente, un instituto xudicial creado, en sede procesal, polo tribunal dos Cvirii., durante o S. I dC.

Os xuíces romanos, concedores dende finais da República, da impugnación dos testamentos, por preterición, inxusta desheredación, ou insuficiente institución dos *heredes sui*, van a deseñar, a través das súas sentenzas, xeradoras de precedentes civís, a *portio debita*. A cuantía de tal porción foi fixada no cuarto dos bens, que lle correspondería ao herdeiro, se sucedera tanto testamentariamente, como *ab intestato*. A medida, foi adoptada tomando como modelo a Falcidia, ou cuantía que correspondía ao herdeiro instituído fronte aos legatarios.

Constituíuse así a *portio debita*, como unha medida de oficiosidade testamentaria. A cuantía fixou a porción de bens que debían os testadores romanos aos seus *liberi*, que salvagardaba a sucesión necesaria material e cerraba o exercicio á impugnación dos testamentos.

Posteriormente, na época do Baixo Imperio, plantearonse problemas entre o fin do exercicio da Q. I. T. (*Querela Inofficiosi Testamenti*), que conducía á declaración de inoficiosidade testamentaria coa conseguinte apertura da sucesión lexítima e a *portio debita*.

Antonio Caracalla, no 212 dC., elevou a *portio debita* dende o rango de precedente xudicial á categoría de lei, C. 3,28,6.; para o que estableceu que para analizar se un testamento era ou non inoficioso, o primeiro que se debía determinar, era se o herdeiro

recibira ou non a cuarta parte dos bens do testador.

Máis tarde, Alejandro Severo, ordeou a revocación das liberalidades inoficiosas, que lesionasen a *portio debita* do sucesor forzoso. Esa disposición foi correxida pola consellería de Diocleciano e Maximiano, que dispuxo que a impugnación das doacións inoficiosas, a través da *Querela Inofficiosi Donationis*, tivera como fin a imputación da lexítima.

Por último, a medida foi extendida por Constancio ás dotes inoficiosas. Este elevou a rango de lei a cláusula de suplemento da lexítima, como medio de defensa dos testadores, fronte ás pretensións desmedidas dos lexitimarios, e os efectos desnaturalizados da Q.I.T.

Así, o testador podía dispoñer que, se un herdeiro recibía menos da súa lexítima, fora completada polos demais coherdeiros, fenómeno coñecido como *Actio ad Implendam Legitimam*, quedando a salvo do exercicio da Q.I.T. A nova acción procesal, será agora un medio que perseguirá a protección da *portio debita*, fronte aos efectos revocadores da Q.I.T.

Pola súa parte, na parte Oriental do Imperio, Justiniano vai establecer, en dúas etapas, un novo deseño en materia de dereito de lexítimas:

-Na primeira etapa, sancionara a posibilidade de que a lexítima se puidera deixar por título distinto de herdeiro, por exemplo, doación inter-vivos, mortis-causa, fideicomiso e legado. Tamén a cuantía foi modificada en relación ao dereito anterior: un tercio se existían catro fillos, e a metade se era un número superior.

-Nun segundo período esixiría que a *portio debita* se deixe sempre por título de herdeiro. Nesta dirección, ordeou que basta con que o testador deixara algo a título de herdeiro aos lexitimarios, aínda que non alcance para cubrir a súa *portio debita*, para que a Q.I.T non poida prosperar, tampouco é necesario que o dispoñente inserte nas táboas a cláusula de suplemento da lexítima.

A Parte Occidental do Imperio Romano, finaliza no ano 476 dC., cando Odoacro depón do poder a Romulo Augusto. Neste momento iniciáase o tránsito cara o Medievo.

A fragmentación de Europa Occidental en numerosos Reinos Feudais, froito das novas conquistas e invasións bárbaras, determinou que Hispania, ao igual que outros territorios durante a Alta Idade Media, se atopase con disparidade de ordeamentos: dun lado, a lexislación visigoda ou xermánica; doutro, a romana que vai influir a través da súa normativa en fase antexustiniana, e cuxos máximos expoñentes foron as obras xurisprudenciais postclásicas, e o Código Teodosiano.

Por último, a orde normativa Eclesiástica, que fora adquirindo relevancia a partir da época Postclásica, e cuxa importancia se acentuará, en maior medida, coa cristianización definitiva do Imperio.

Esta complexa evolución proxectarase, na Baixa Idade Media, ao Dereito civil de Castela. Froito da recepción do *Ius Commune* xustiniano as Partidas plasman a evolución que experimentou o instituto da lexítima en cada etapa histórica romana, pois as fases sucesivas que viviu Roma, dende o punto de vista do Dereito, foron globalizadas polo *Corpus Iuris Civilis*.

Por outra parte, a lexítima aparece nas Partidas definida en diversos títulos, froito da súa independencia da Q.I.T., e da súa evidente conexión con outros institutos, como as liberalidades *inter vivos* e *mortis causa*, as mandas e legados.

A lexítima romana é definida no noso Código Romance polo lexislador castelán como unha porción de bens do testador que corresponde por lei ao herdeiro forzoso.

a) Testamento – Lexítima.

O testador pode atribuír, a título de herdeiro, a lexítima aos seus descendentes ou ascendentes, imposibilitando, deste xeito, calquera impugnación posterior da súa vontade testamentaria. Na mente do lexislador está a idea de que existe unha parte de bens dos que non debe dispoñer o pai en favor de terceiros, e outra que si é de libre disposición. Querendo ou sen querer, a idea ou ratio aseméllase á Falcidia romana, que permitía aos testadores romanos dispoñer dunha parte dos seus bens en favor de extranos ao círculo familiar, debendo reservar aos herdeiros a cuarta parte dos bens hereditarios.

A lei non ordea a atribución forzosa da lexítima aos herdeiros, senón que, pola contra, pode realizarse testamento con designación de herdeiros, e ser estes lesionados na súa *portio debita*.

Sen embargo, pouco despois a Novela 115 (545 dC.) uniu o título de herdeiro ao título de lexitimario de xeito indisoluble. Baldo sinalou que a desheredación sen causa e a preterición son motivos de ruptura do testamento, pero non a atribución da portio debita por legado ao lexitimario. Bartolo, despois de indentificar Falcidia con Portio debita dixo que non se deixaba a lexítima a título de legatario.

En definitiva, o lexitimario podía contentarse cun legado con medida equivalente á súa portio legitima ou pola contra, podía intentar quebrar o testamento coa Q.I.T., para conseguir a súa cuota ab intestato completa.

B) Sucesión *ab intestato*- Lexítima.

Se o pai falece *ab intestato* prodúcese a delación legal da herdanza aos sucesores. A atribución da lexítima aos sucesores *ab intestato* recóllese na Part. VI, 8,1. A norma confirma a atribución da *portio debita* a través da delación *ab intestato*. Lexitimarios son tamén os herdeiros que son chamados á sucesión por lei.

C) Natureza xurídica da Lexítima.

O código Romance posibilita a delación da lexítima por vía testamentaria e *ab intestato*. A portio legitima en principio parece presentarse como *pars hereditatis* que debe o ascendente aos seus descendentes, ou vicerversa. Sen embargo, o herdeiro que recibe a súa *portio debita* a través de legados, pode contentarse con esta porción, equivalente á súa portio legitima e o testamento permanece válido.

Por outra parte, o testador pode ter realizado doacións en vida que poden ter lesionado a lexítima dos “herdeiros necesarios”. Estes teñen a posibilidade de impugnar as doacións inoficiosas, reducindo estas liberalidades intervivos, ou ben poden reter das mandas *mortis causa* o seu *debitum bonorum subsidio*.

Nestes casos o lexitimario completa a súa portio debita cunha *pars hereditatis* máis unha *pars donationis*. A concepción da lexítima como *pars hereditatis* queda superada polo xogo das Partidas do Código Alfonsino.

D) Lexitimarios.

O Código Alfonsino non coñece só a o lexitimario, pola contra, reafirma ao herdeiro-lexitimario; dous títulos indisolubles e permanentemente unidos.

E) Medida da Lexítima.

A Part. VI, 1,17 sanciona a lexítima xustiniana. O lexislador establece que se son catro os lexitimarios teñen dereito ao prorrato dun tercio do patrimonio hereditario. Pero se os lexitimarios son máis de catro teñen dereito á metade do as hereditario. O Código Alfonsino optou por desmarcarse da *portio debita* romana antexustiniana ou teodosiana, cuarto da *portio ab intestato*, tamén asumida polos comisarios bizantinos ata a promulgación da Nov.18.

F) Cálculo da Lexítima.

O cómputo establécese sobre o patrimonio hereditario máis o patrimonio extrahereditario, se mediaron doacións o cálculo efectúase deducindo as débedas.

A lexítima non pode ser diminuída por mandas, legados, nin por calquera outro gravamen (Part. VI,11,4.)

A Partida VI,8,5. sinala que o lexitimario pode pedir o complemento da súa *portio debita* sempre que, tendo sido instituído herdeiro, recibira menos da súa cuantía e aínda que o lexitimario, sexa descendente ou ascendente, acepta unha porción menos á súa lexítima, sempre ten dereito ao suplemento.

Sen embargo, nas Glosas,ponse de manifesto a multitude de opinións sobre a natureza xurídica da petición e o prazo para o exercicio. As discusións xiraban entorno a se a acción era de carácter persoal ou real.

LEXÍTIMA, LEXITIMARIOS E LIBERDADE DE TESTAR.

Poucas veces en tan corto espacio de tempo o lexislador por motivos diversos reformou o noso Código Civil nunha materia que tantos intereses suscita polas súas implicacións familiares, sociais e económicas, como é o dereito de sucesións.

A actualidade do tema das “lexítimas e lexitimarios” non se limita ao noso entorno senón que trascende deste espacio e, ademais, nun dobre sentido: por unha parte está a presentación anta a Comisión das Comunidades Europeas con data 1 de marzo do 2005 do chamado “Libro Verde de Sucesións e Testamentos”; por outra, a revitalización que

esta materia está sendo obxecto naqueles países do noso acervo cultural que propuxeron modernizar os seus respectivos textos legais na sucesión lexítima ou legal.

A presentación anta a Comisión do libro verde de Sucesións e Testamentos faise co propósito de atopar unha solución aos problemas concretos de cidadáns que sendo protagonistas dunha sucesión transnacional enfréntanse a unha disparidade de normas sustantivas que regulan a materia nos Estados membros.

Iniciar un estudo de Dereito de Sucesións con esta vocación supón o concitar as máis variadas posicións doutriniais sobre calquera aspecto que delas queiramos resaltar xa que nos atopamos ante unha institución que presenta diversas variantes que non se despoxaron da súa configuración histórica e que con todas as reformas legais que sufriu tanto dende un aspecto subxectivo, Art. 4 da Lei 11/1981 como no seu contido o Art. 1º da Lei 41/2003 ao afectar a principios comunmente admitidos en materia de lexítima estas, aínda cando se pensou en suprimilas ou sustituilas, mantéñense previa adaptación á nova realidade social.

Estamos ante unha reedición da rica e complexa problemática sostida durante o período codificador. Pódese sinalar como daquela esta centrouse na opción ou por un sistema de ampla liberdade do causante para dispoñer dos seus bens ou pola contra, o que todos os bens que deixe ao morrer o causante están destinados pola lei aos máis próximos parentes, en especial aos descendentes se os ten, xa que durante ese período codificador estaba vixente a chamada Lei de Mostrencos de 9-16 de maio de 1835 sobre a regulación dos bens vacantes mostrencos e abintestatos e que, aínda que, no proxecto do Código civil de 1851 intentouse regular os dereitos do viúvo á herdanza do seu cónxuxe.

Se ben, a tese favorable á liberdade de testar contou nese período con importantes valedores, o que propiciou un vivo debate, ao final dominou a opinión de que o sistema de lexítimas, que era o tradicional, ou do dereito de Castela sería o que debía permanecer na obra codificadora aínda que así se fixo a cuantía da lexítima experimentou unha notable redución así como que se incorporaron certas innovacións en relación co dereito anterior.

Ás materias das reformas refírese a Base 16 da Lei de 11 de maio 1888... “O haber hereditario distribuírase en partes iguais: unha que constituiría a lexítima dos fillos, outra que poderá asignar o pai ao seu arbitrio como mellora entre os mesmos e outra que

poderá dispoñer libremente...”

No sistema consagrado na Base 16 inténtase conciliar o significado de ámbalas dúas opcións: sistema de lexítima longa se se inclúe o tercio de mellora que é lexítima para os estranos pero non para os descendentes se o causante dispón a favor dalgún ou de todos, e o tercio de libre disposición que o testador pode libremente dispoñer a favor de quen queira xa que respecto dela non está limitado por ningunha razón de parentesco nin de matrimonio.

Un dos enfoques posibles á liberdade de testar é a súa comparación cas lexítimas. Sánchez Román xa recolleu que o problema entre a liberdade de testar e a lexítima é exclusivamente xurídico e só con motivos desta natureza debe ser resolto. Sen dúbida isto é consecuencia de que moitos dos argumentos que na etapa codificadora se expuxeron a favor das lexítimas, opción que é a que ao final se recolle no Códico Civil, Art. 806 e ss. “Da lexítima”, adolecen dese rigor xurídico que debe acompañar a toda institución desta natureza.

¿Convén facela, ou máis ben deixar aos pais e ascendentes en absoluta liberdade para dispoñer e testar dos seus bens, incluso a favor de estraños? Este tema é o que máis divide á lexislación foral da castelá. Para mellor resolución desta importante cuestión convén facer unha reseña histórico-legal de todo o concerniente a ela.

En consecuencia, liberdade de testar nos reinos ou provincias forais e as lexítimas, restricción á libre facultade de dispoñer no Dereito de Castela.

Aquelas identificadas con Navarra, Álava, Viscaia e Aragón, esta en cambio polo Código Civil. Neste panorama Cataluña adopta unha posición de termo medio, cun réxime de lexítima estricta que por un lado acércase á liberdade de Navarra, Álava e Biscaia, así como a lonxa do sistema restrictivo encarnado polo Dereito de Castela.

Ante estes planteamentos non é de estrañar que cando se leva a cabo a renovación dos respectivos textos legais en Dereito de sucesións nin dende o Foro de Navarra nin ca Lei de Sucesións por causa de morte de Aragón se plantexe a posible opción entre a liberdade de dispoñer e lexítimas, binomio por outra parte totalmente nelas superado senón que se reduce a retocar aspectos concretos dos dereitos lexitimarios,

cuantía da porción lexitimaria, natureza dos dereitos dos lexitimarios, acción para facerlles efectivos sendo sen dúbida unha excepción a regulación que da lexítima se introduce na reforma da Compilación das Illas Baleares aprobada pola Lei 8/1990.

En cambio un movemento doutrinal ronda ao sistema lexitimario do Código Civil. Este non se refire nin á consideración ou non do lexitimario como herdeiro coa consecuencia da responsabilidade das débedas hereditarias; nin se o título de lexitimario ha de ser universal ou cabe que o sexa a título particular ou como donatario; en cuxo caso só é herdeiro se se institúe como tal; nin se a súa lexítima debe ser satisfeita con bens da herdanza, ou, en cota líquida do patrimonio hereditario ou nun valor sobre os bens da herdanza ou nun crédito ou se a posición do cónxuxe viúvo ou viúva como lexitimaria concurrente con outros preferentes poden ver ampliada cuantitativamente a súa posición aínda que limitada á sucesión testamentaria como usufructuario universal, etc.

Agora ben, a existencia do mesmo confírmase ante expresións como acoso e derribo da lexítima hereditaria, consideracións acerca da liberdade de testar ou perspectiva para unha posible revisión da lexítima ou como referencia o profesor Miquel ao sinalar que cando se anuncian tendencias en contra das lexítimas parece importante desfacer a errónea vinculación da preterición ca lexítima, xa que aquela como institución ten moito interese dende a liberdade de testar e a sucesión intestada.

A esta situación refírense tamén varias conclusións do IX Congreso Notarial Español aportadas por Magariños celebrado en Barcelona 13-14 maio 2005 sobre Patrimonio familiar, profesional e empresarial. Proponse acometer reformas lexislativas que, “partindo do principio de liberdade civil, faciliten mecanismos de autorregulación...considerando moi útil revisar as rexideces derivadas do sistema de lexítimas...”.

Un estudo das últimas reformas que no sistema do Cc. se operaron polas leis 7/2003, 41/2003 e 15/2005 afonda nesta distinción.

Sen dúbida estamos ante unha reforma de mínimos. Non obstante o alcance do debate entre liberdade de dispoñer e sistema de lexítimas debe propiciarse dende o propio texto constitucional.

Tanto a propiedade como a familia estiveron na tradición histórica do noso sistema sucesorio intimamente relacionadas; e mentres que a primeira xurde nos institutos centrais do sistema sucesorio, testamento, lexítima, incluso como xeito de adquirir a propiedade; a segunda é de presuposto básico na chamada sucesión lexitimaria (Art. 807 Cc.) e na legal , onde o parentesco e os seus graos son determinantes para que teña lugar a súa apertura:

Así Art. 912 e Art. 913 “ a lei difire a herdanza aos parientes do defunto”, do parentesco (Arts. 915, 930, 935 ou 943 Cc.)

No texto constitucional o Art. 33 CE, pola súa parte, dispón: 1º Recoñécese o dereito á propiedade privada e á herdanza, 2º A función social delimitará o seu contido.

Lopes y Lopez despois de por de manifesto a existencia desa garantía constitucional e aplicada esta á herdanza parece consituir contido esencial tanto a liberdade de dispoñer como o dereito a suceder dos parientes.

Esto non impide que o lexislador poida limitar este dereito sustraendo parte do patrimonio da liberdade de disposición do seu titular para que vaia destinado a un círculo de parientes nunca de modo xeral nin indefinido senón os pertencentes a esa esfera máis próxima; esta é a familia que se ubica no Art. 39 CE: Familia tradicional, nuclear ou familias diversas.

¿Queremos dicir que suprimir tanto a liberdade de testar como as lexítimas sería inconstitucional? Nin unha cousa nin outra sucedeu.

Autores que manteñen a necesidade de instaurar a libre disposición mortis causa chegan a esa conclusión: calquera límite á liberdade de dispoñer que constitúe contido esencial do dereito de propiedade ha de ter o fundamento nunha función social. En tal situación a lexítima non só non cumpre función social algunha senón que se convirtiu nun grave atranco para o desenvolvemento libre da persoa, Art. 10.1 CE.

Podería admitir que as lexítimas hoxe non se poden fundamentar sobre as mesmas bases que o foron no momento histórico-social en que comezaron a regularse nos respectivos ordenamentos, pero se isto foi así é porque debeu ser considerada conveniente pola mesma sociedade que a observou e que como sinala a Profesora Lopez Beltrán de Heredia a súa eliminación hoxe do Código civil iría en contra do sentir da

maioría pois está arraigada na conciencia social a idea de que polo menos os descendentes non poden ser excluídos polo testador, sen razón suficiente, da sucesión.

A pouco que se valore o papel da propiedade e a familia no dereito de sucesións enseguida se aprecia o seu amparo constitucional.

A primeira a través do Art. 33.1 CE e a segunda aínda que solamente no Art. 39 CE se refire á protección xurídica social e económica da familia como sinala Lopez Lopez, unha garantía a ela referida non se atopa no texto. Pois ¿ a que tipo de familia se refire? É a garantía institucional da herdanza Art. 33.1 CE a que abarca á familia xa que o dereito sucesorio foi historicamente un dereito de tradición familiar ¿pero cal debe ser a posición desta ante o fenómeno hereditario? Repasando o pasado histórico nesta materia do noso Código civil a presenza da familia na herdanza proxéctase:

a) existencia da lexítima, necesidade de que certos parentes reciban unha parte do patrimonio, aínda que o causante non dispuxera nada en caso de outorgar testamento.

b) a posibilidade de dispoñer de bens fóra da familia, Art. 764CC.

c) no caso de que o causante non dispoña dos seus bens, estes ou parte deles van ao círculo familiar determinado pola lei de aí a súa denominación de sucesión legal ou abintestato.

Facendo un repaso polos ordeamentos xurídicos civís autonómicos renovados destaca en todos eles a permanencia da lexítima. Púdose reducir o número de lexitimarios, a cuantía en relación ca herdanza deferida, incluír ou excluír ao cónxuxe viúvo de tal categoría, posibilitar o exercicio da liberdade de disposición do causante con certas precaucións.

O Tribunal Constitucional Alemán en BGH 1644/00 de 19 abril 2005 sinala que “ao ter a familia garantía consitutucional a súa protección non resulta cuestionada de sorte que a acción de privación da lexítima non só se extingue por non exercitar o dereito senón que ha de basarse nunha das causas tipificadas”.

Todo o cal se deriva da recta aplicación dos Paragrafos 6 e 14 da GG (Grundgesetz) “A Institución da lexítima contribúe á consolidación de lazos familiares así como a súa desaparición contribuiría a erosionar a propia familia”.

Como unha maneira de compensar a situación de desequilibrio que pode ocasionar a substitución da lexítima pola liberdade de testar tal e como parece requerida, pídese por quen defenden a supresión da lexítima no CC. que sexa correxido, para aqueles familiares do causante que non recibirán herdanza por un dereito de alimentos, o cal efectivamente se recoñece naqueles sistemas sucesorios de lexítima colectiva que se introduce como novidade na mencionada Lei para un concreto sistema lexitimario imbuido pola idea de troncalidade e sempre que a situación de necesidade teña a súa orixe directa na distribución do patrimonio do causante.

O sistema sucesorio que regula o CC. dacordo cos criterios clasificatorios tradicionais basease na pervivencia da lexítima ou sistema hereditario de tres partes: unha que constitúe a lexítima dos fillos, outra que podía asignar o pai ao seu arbitrio como mellora entre os descendentes e outra que poderá dispoñer libremente. Prima a concepción lexitimaria sobre a liberdade de dispoñer xa que fronte a este tercio de libre disposición a lexítima pode conformarse.

Non debemos afirmar que o sistema lexitimario do CC. permanece idéntico a como se consagrou no CC. Houbo reformas importantes: liberdade do pai con fillo xudicialmente incapacitado de gravar a lexítima estricta dos seus fillos ou descendentes cunha substitución fideicomisaria; liberdade do testador de elixir ao seu sucesor en atención á consevación da empresa ou en interese da familia quere consevala indivisa dispoñendo que se pague en metálico a súa lexítima aos demais interesados, etc. ou as facultades concedidas ao cónxuxe, vía artigo 831 CC., polo testador en que se dan conxunción un abanico de posibilidades que superan a armonía do sistema sucesorio tradicional.

Chegados a este punto creo que procede unha ponderación dos dous principios claves no Dereito de Sucesións: Lexítima e liberdade de testar.

A lexítima non confire ao lexitimario a condición de herdeiro. A posición dos diversos grupos de lexitimarios non ten a mesma aceptación.

A) A lexítima de pais e ascendentes: a realidade actual non demanda a conservación tal e como está enunciada. Incluso reducíndoa aos pais pode plantexar problema pola premorencia do fillo, sen descendencia se este instituiu herdeiro ao cónxuxe viúvo. Cuestión que conduce a valorar que con excepción da previsión do artigo

1056 III CC é a única lexítima que está requirindo o seu pago en bens da herdanza.

B) A lexítima do viúvo ou viúva ocupa un lugar específico no noso Dereito lexitimario, na forma e medida que establece o CC. a realidade social mostra que a maior parte das veces en ausencia de fillos ou descendentes os cónxuxes outorgando testamento insititúense reciprocamente herdeiros: ou se hai descendentes insititúense en usufructo sobre a totalidade da herdanza.

BIBLIOGRAFÍA

Para a realización do presente traballo de Fin de Grao sobre Dereito de Sucesións: Elementos históricos e praxe civil, mercantil e internacional foi consultada a bibliografía que segue:

Manual de Derecho Civil.Sucesiones. Por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador). BERCAL, S.A. 2012.

Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones. Por José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Joaquín RAMS ALBESA, Catedráticos de Dereito Civil. DYKINSON Madrid, 2004.

Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones. Octava edición. Por Manuel ALBALADEJO. EDISOFER S.L., 2008.

Curso de Derecho Mercantil. Por Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ. Coordinación: María Luisa APARICIO GONZÁLEZ. CIVITAS EDICIONES, S.L.

Lecciones de Derecho Mercantil. Por Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Alberto DÍAZ MORENO, TECNOS 2012.

Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. (APDC) SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA.

Fundamentos de Derecho privado romano. Por Alejandrino FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier PARICIO. MARCIAL PONS.

Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones. Por Manuel Jesús García Garrido. EDICIONES ACADÉMICAS.

Derecho privado romano. Por Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN. ILUSTEL. PORTAL DERECHO, S.A., 2009

Precedentes romano-civiles de la sucesión legítima. Por Virginia SUÁREZ BLÁZQUEZ.

Derecho de legítimas en Las Partidas. Por Guillermo SUÁREZ BLÁZQUEZ.

Así como os distintos textos legais:

Código civil, última revisión vixente dende o 23 de xullo de 2011.

Código de Comercio, última revisión vixente dende o 1 de xaneiro de 2012.

Reglamento da Lei do Rexistro Civil, última revisión vixente dende o 10 de marzo de 2007.

Estatuto dos Traballadores, última revisión vixente dende o 28 de decembro de 2012.

Lei 17/2001, de 7 de decembro, de Marcas.

Lei 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención e modelos de utilidade.

Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de decembro de 2000.

Convenio de Lugano de 20 de outubro de 2007.

Convenio de la Haya de 5 de outubro de 1961.