

TRABAJO FIN DE GRADO

**DERECHO DE SUCESIONES:
ELEMENTOS HISTÓRICOS.
PRAXIS CIVIL, MERCANTIL E
INTERNACIONAL**

**Alumno: Pedro María Díaz Teijeiro
Tutor: Miguel Ángel Pérez Álvarez
4º Derecho
Curso 2012/2013**

ÍNDICE.

I. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE Y LEY APLICABLE	p. 5
II. ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN	p. 8
1. INTRODUCCIÓN	p. 8
2. EL ELEMENTO FORMAL DE LA SUCESIÓN	p. 8
A) El título de la sucesión.....	p. 8
B) El testamento de don Benicio como título de la sucesión.....	p. 9
C) La aceptación de la herencia como acto formal.....	p. 13
3. EL ELEMENTO PERSONAL DE LA SUCESIÓN.....	p. 14
A) El causante y los sucesores como elementos personales de la sucesión.....	p. 14
B) ¿Quién es heredero?.....	p. 14
C) El legatario destinatario de una empresa.	p. 18
D) Los legitimarios como personas interesadas en la sucesión.....	p. 19
4. EL ELEMENTO REAL DE LA SUCESIÓN.....	p.21
III. SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS OBSERVADOS EN EL CASO PRÁCTICO	p. 23
1. EL ERROR EN LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA	p. 23
2. POSIBLE INDIGNIDAD SUCESORIA.....	p. 24
3. LA COLACIÓN Y SU DISPENSA.....	p. 25
4. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGITIMARIOS	p. 26
A) Introducción.....	p. 26
B) El cálculo de las legítimas debidas a cada hijo y la imputación de lo recibido.....	p. 27
C) La defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima.....	p. 31
D) La preterición.....	p. 35
5. ELEMENTOS DE INTERCIONALIDAD.....	p. 38
A) Competencia judicial y Derecho aplicable en la sucesión internacional.....	p. 38
B) Competencia judicial y Derecho aplicable en la compraventa internacional.....	p. 40
C) Competencia judicial y Derecho aplicable en la cesión del crédito.....	p. 41

IV. SOBRE LA OPORTUNIDAD HISTÓRICA DEL SISTEMA DE LEGÍTIMAS Y LA CONVENIENCIA DE MANTENERLO EN EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO	p.42
1. INTRODUCCIÓN	p. 42
2. EL SURGIMIENTO DE LA LEGÍTIMA Y SU OPORTUNIDAD HISTÓRICA.....	p. 42
3. EL MANTENIMIENTO EN LA ACTUALDIAD DEL SISTEMA LEGITIMARIO	p. 44
4. FUENTES HISTÓRICAS SOBRE LA LEGÍTIMA.....	p. 46
BIBLIOGRAFÍA	p. 48

I. DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE Y LEY APLICABLE

En el territorio español coexisten varios ordenamientos jurídicos, algunos de los cuales regulan idénticas materias. Así, por ejemplo, en el caso de la sucesión de una persona, ésta es objeto de regulación, no sólo de las normas sucesorias contenidas en el Código Civil, sino también de otras que se integran en los ordenamientos forales y especiales de distintas regiones, siendo habituales los conflictos de leyes en el ámbito del Derecho interregional español. Tal pluralidad de ordenamientos exige la determinación del régimen jurídico aplicable para resolver el caso que aquí se plantea¹.

Lo que permitirá conocer qué ordenamiento de los existentes en el territorio español ha de aplicarse, será la determinación de la *vecindad civil*² (artículo 14.1 del Código Civil), figura que, por tanto, permite solucionar el problema de la pluralidad de Derechos civiles existentes en nuestro país.

Indica el artículo 9.1 del Código Civil una regla que ha de retenerse: «*la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*». Sustituyendo la expresión *nacionalidad* por *vecindad civil* obtenemos una regla segura para determinar el conjunto de normas que permitirán resolver las posibles situaciones conflictivas que plantea el caso.

La vecindad, estado civil de una persona que permite determinar el ordenamiento al que se encuentra sometido como ley personal, puede ser adquirida por diversas causas. En principio, la vecindad civil aparece determinada por razón de la filiación, tal y como se concluye del artículo 14.2 del Código Civil «*tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho foral o especial, los nacidos de padres que tengan tal vecindad*».

Como es fácil imaginar, este causa ha de considerarse en el caso de que exista identidad en el vecindad civil de los padres, pero no en otros casos, en los que es necesario tener en cuenta otros criterios subsidiarios de atribución de la vecindad civil, como el lugar de nacimiento, o el residual de la vecindad común de Derecho civil (artículo 14.3 del Código Civil), a salvo en los casos en que se haya hecho uso de la opción prevista en el artículo 14.3.II del Código Civil, esto es, si los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, atribuyen la vecindad civil de cualquiera de ellos dentro de los seis meses siguientes³.

¹Sobre conflictos interregionales referidos a la ley aplicable a la sucesión de una persona y la referencia a la pluralidad de ordenamientos forales y especiales, *vid.*, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 452.

²Cfr., AA.VV., *Curso de Derecho Civil*, tomo I: Derecho Privado. Derecho de la Persona, Cóllex, 4ª ed., Madrid, 2011, p. 491.

³Cfr., AA.VV., *Curso de Derecho Civil*, tomo I, op. cit., pp. 496-497.

Según los anteriores criterios, pudiera parecer que don Benicio, causante de la sucesión de que se trata en el caso, cuenta con vecindad civil gallega, de modo que su sucesión haya de regirse por las previsiones de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. De un lado porque puede presumirse, sin correr demasiados riesgos de equivocarse, que ésta es la vecindad que correspondía a sus padres —criterio de la filiación—; de otro, porque consta que fue en Galicia donde aquél nació y aún residió durante toda su infancia y juventud —criterio del lugar de nacimiento—.

Sin embargo, en el caso se introduce un dato de enorme importancia. En el año 1980, ya casado con la que será su mujer hasta el día de su muerte, don Benicio abandona la ciudad gallega de Orense, fijando su residencia desde ese año en Madrid, de modo que, a su muerte, acaecida en 2011, don Benicio, junto con su familia, llevaba residiendo más de treinta años en Madrid, ciudad que forma parte de la Comunidad de Madrid, la que, por cierto, y a diferencia de la gallega, carece de Derecho civil especial, siendo aplicable el Código Civil en su integridad en cuanto se refiere a materias civiles de carácter sucesorio.

El cambio de residencia que tiene lugar en 1980 es un dato importante pues es susceptible de alterar la vecindad civil de una persona. Aunque el criterio principal para determinar la atribución de la misma es el de la filiación, el legislador ha tenido en cuenta la posibilidad de que las personas trasladen su residencia, lo que no deja de tener incidencia en cuanto a la determinación de su vecindad a efectos civiles.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 14.5 del Código Civil prevé el cambio en la vecindad civil, que corresponderá a la del nuevo territorio en que se haya fijado la residencia habitual, aunque sin impedir que se conserve la vecindad originaria, si así se desea.

Entre los criterios que esta última norma señala para la adquisición de una nueva vecindad civil por razón de la residencia habitual, aparece la regla expresada en su párrafo segundo: la nueva vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante diez años en un nuevo territorio, sin que medie declaración en contrario durante ese plazo. Basta, por tanto, la residencia en un territorio de vecindad civil distinta durante diez años para perder la originaria y adquirir la que corresponda al nuevo territorio, aun sin conocimiento del interesado⁴.

Como puede observarse, en el caso se dan los requisitos exigidos para un cambio automático en la vecindad civil: don Benicio reside durante un período de tiempo ampliamente superior al de diez años en un territorio al que le corresponde una vecindad civil distinta a la que ostentaba originariamente, y no consta declaración alguna que exprese su deseo de conservar esta última.

En definitiva, don Benicio, al que le correspondía en principio la vecindad civil gallega, ha adquirido automáticamente, tras haber trasladado su residencia habitual a Madrid, la vecindad que corresponde a este territorio, a saber, la común.

Si se recuerda la regla que expresaba el artículo 9.1 del Código Civil, debe concluirse que son las normas que el Código Civil dedica a la sucesión por causa de muerte, las que debe regir la sucesión de don Benicio.

⁴Cfr., AA.VV., *Curso de Derecho Civil*, tomo I, op. cit., pp. 500-501.

En un intento de fijar con más precisión los posibles conflictos de Derecho interregional, puede acudirse a una clasificación que distingue entre sucesiones homogéneas, con todos sus elementos vinculados a un solo ordenamiento civil; interregionales, con diversos elementos vinculados a distintos ordenamientos civiles españoles; e internacionales, con elementos vinculados a sistemas sucesorios de distintos estados⁵.

En este caso, se trataría de una sucesión homogénea pues el elemento personal y formal, aparecen vinculados a un único ordenamiento civil, a saber el del Código Civil. No puede perderse de vista cierta distorsión que introduce en lo anterior un elemento de internacionalidad, a saber, la radicación de un bien inmueble en el Estado suizo. Sin embargo, tal elemento no altera las consecuencias que se defienden en cuanto a la ley aplicable a la sucesión de don Benicio, precisamente en aplicación de la regla del artículo 9.1 del Código Civil, sin perjuicio de lo que más adelante deba decirse para resolver otros problemas que, referidos a este bien, pueden suscitarse pues son ajenos a la materia del Derecho de sucesiones.

⁵ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Legítimas y derecho interregional”, *Tratado de legítimas*, Altelier, Barcelona, 2012, p. 155.

II. ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN

II. 1. Introducción.

En la sucesión por causa de muerte es posible identificar al menos tres tipos de elementos: el formal, el personal y el real.

El primero de ellos, el elemento formal, aparece integrado, de un lado, por el título sucesorio en cuya virtud se puede adquirir la condición de sucesor, que puede ser el testamento, el pacto sucesorio —en los ordenamientos en los que se admite, como ocurre en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, al contrario de lo que ocurre, como regla general, en el Código Civil— y, en defecto de ambos, la declaración de herederos *ab intestato*; de otro, por el acto en que consiste la aceptación de la herencia.

Por su parte, el elemento personal aparece referido a las personas del causante, de un lado, y de sus sucesores de otro.

Finalmente, el elemento real guarda relación con los bienes, derechos y obligaciones que, de acuerdo con el artículo 659 del Código Civil, integran una herencia.

A continuación, refiriéndose al caso planteado, se examina cada uno de estos elementos de manera pormenorizada.

II. 2. El elemento formal.

A) El título de la sucesión.

Como se ha indicado, el elemento formal aparece integrado, en primer lugar por el título en virtud del cual una persona es llamada a ostentar la condición de sucesor del causante.

En este sentido, conforme al artículo 658.I del Código Civil, la sucesión de una persona se ordena de acuerdo con su voluntad manifestada en testamento y, a falta de éste, de acuerdo con las normas legales que disciplinan la llamada sucesión *ab intestato*.

Lo anterior permite enunciar dos reglas propias del Derecho sucesorio del Código Civil: que la sucesión *ab intestato* mantiene una posición subsidiaria respecto a la testamentaria, de manera que, en presencia de testamento válido, la voluntad del causante será la ley que rija su sucesión; que es general la interdicción de los denominados pactos sucesorios.

La primera de estas reglas es admitida de manera unánime. Respecto a la segunda, sólo decir que aun cuando es posible defender la validez de determinados contratos sobre la futura sucesión —tal y como ocurre con la promesa de mejorar prevista en los artículos 826 y 827 del Código Civil, siendo más dudoso que merezcan

la consideración de contrato sucesorio otras figuras permitidas⁶—, en general, los contratos sobre la herencia futura se encuentran prohibidos, pues así se deduce de los artículos 1271, 658, 816, 991 y 1674 del Código Civil.

B) El testamento como título de la sucesión de don Benicio.

Fiel a la tradición romanista⁷, el Código Civil da primacía a la voluntad del causante en cuanto a la ordenación de su sucesión. Sin embargo, la persona que desee ordenar el destino de los bienes y deudas que deje a su muerte debe manifestar su voluntad de una determinada forma. La forma exigida para las declaraciones de voluntad *mortis causa* es la del testamento (artículo 658.I del Código Civil)⁸.

El Código define el testamento en el artículo 667 del Código Civil, indicando que se trata del «*acto por el cual una persona dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos*». Se trata, sin embargo de una definición imprecisa⁹, en cuanto que aquél puede contener disposiciones de carácter no patrimonial—normalmente se alude en este punto al reconocimiento de hijos extramatrimoniales como disposición de tipo no patrimonial—; incluso, es posible que un testamento no contenga ninguna disposición referida a bienes patrimoniales. A pesar de ello, la definición del artículo 667 del Código Civil puede resultar útil¹⁰.

Sin embargo, la voluntad de cualquier persona expresada en testamento no es válida a efectos de ordenar su sucesión. De los artículos 662 y 663 del Código Civil se concluye que no lo será la de aquellas personas que no alcancen los catorce años o que habitualmente o accidentalmente no se hallen en su cabal juicio en el momento de otorgar el testamento. Asimismo, como garantía de que lo manifestado en el testamento responde a la voluntad rectamente formada y querida por el testador, el artículo 673 del Código Civil indica que «*será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*».

⁶Tal vez merecen ser considerados verdaderos contratos sucesorios la delegación de la facultad de mejorar (artículo 831 del Código Civil) y la partición realizada por el propio testador (artículo 1.056), aunque no todos los autores consideren estos últimos verdaderos contratos sucesorios.

⁷Cfr., D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Eunsa, Pamplona, 2004, p. 330; FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 6ª ed., Ediciones El Faro, Madrid, 2005, p. 484.

⁸De esta manera, la voluntad *mortis causa* eficaz es la expresada en testamento. Asimismo, el testamento es un negocio jurídico solemne. Esto implica que la voluntad del causante sólo es eficaz si se manifiesta en las formas predeterminadas por la ley, de manera que, según dispone el artículo 687, la inobservancia de las formalidades establecidas en el Código civil ocasiona la nulidad del testamento y, por consiguiente, que no se pueda acudir a la voluntad del causante como ley de la sucesión, debiendo acudir a las normas que regulan la sucesión *ab intestato* (artículo 912 del Código Civil).

⁹Cfr., ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V: Derecho de Sucesiones, 9ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, p. 211.

¹⁰Normalmente, la definición del testamento va acompañada de una enumeración de sus notas características. Se trata de la siguientes: es un negocio unilateral y unipersonal; es un acto personalísimo, esencialmente revocable y, como ya se señaló, solemne (cfr., ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., pp. 211-212).

Tras esta breve introducción sobre el testamento, es necesario determinar si don Benicio otorgó algún testamento que reunía los requisitos exigidos o si, por el contrario, su sucesión se deferirá de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada.

En el supuesto de hecho se hace referencia a dos momentos y posibles títulos sucesorios diferentes. En primer lugar, se hace referencia a un testamento otorgado ante Notario en 2005. A continuación, se indica que en el año 2011, habiendo enfermado gravemente don Benicio, éste dicta, ante sus hijos Matilde, Maita, Feliciano y otros dos vecinos mayores de edad, un testamento; estas últimas disposiciones son escritas a mano por una de sus hijas, Maita, incorporándose, a continuación del texto, la firma de don Benicio, de su puño y letra.

Por ello, es necesario determinar la validez y eficacia de estas disposiciones *mortis causa*.

i) El testamento notarial abierto. En primer lugar, el supuesto se refiere a un testamento otorgado ante Notario por don Benicio en el año 2005.

Se trata de una de las formas de testamento común admitidas en el Código Civil. En efecto, con referencia al testamento abierto, el artículo 679 del Código indica que es aquél en el cual el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deban autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Esta forma testamentaria exige como requisito que sea otorgado ante el Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento (artículo 694.I del Código Civil), sin necesidad de que comparezcan testigos, a excepción de los casos previstos en el artículo 697 del Código —cuando el testador no sepa o no pueda leer o firmar el testamento; cuando el testador sea ciego; o cuando el testador o el Notario solicitan la presencia de testigos—.

En cuanto a la forma de otorgamiento del testamento abierto y sus fases, el artículo 695.I del Código Civil indica que testador debe comenzar expresando su última voluntad ante el Notario. Acogiendo la doctrina jurisprudencial, el artículo 695.I exige que esta manifestación de voluntad se realice sólo ante el Notario, aun en los casos en que sea preceptiva la concurrencia de testigos, quienes intervendrán únicamente en la fase de lectura del testamento y firma del testador¹¹.

A continuación, el Notario ha de proceder a la redacción del testamento con arreglo a la voluntad que el testador ha expresado, debiendo indicar el lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento (artículo 695.I del Código Civil). El momento más relevante en la elaboración del testamento abierto es aquél en que, una vez redactado el testamento por el Notario, éste procede a su lectura con el fin de que el testador compruebe que es conforme a su voluntad.

Una vez leído, el testador habrá de dar su conformidad y deberá firmarlo en el acto. Deberá ser firmado, en su caso, por los testigos y por las demás personas que deban concurrir el otorgamiento por disposición del artículo 698 del Código Civil —testigos de conocimiento, facultativos o intérpretes—.

¹¹Cfr., ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., pp. 217-218.

En fin, es requisito de esta forma testamentaria el de la unidad de acto, de manera que todas estas formalidades «*se practicarán en un solo acto, que comenzará con la lectura del testamento sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que puede ser motivada por algún accidente pasajero*» (artículo 699 del Código Civil).

Como no consta que se den las circunstancias que exigen la presencia de testigos, ni puede apreciarse el incumplimiento de forma testamentaria alguno, sólo puede concluirse que este testamento ha de considerarse plenamente válido y eficaz. Eso sí, como se dijo que el testamento es un acto esencialmente revocable, es necesario estar a la calificación que merezca la segunda de las manifestaciones de voluntad *mortis causa*, para resolver si este testamento notarial abierto es revocado o no y, por tanto, si conserva su eficacia o si es compatible con las disposiciones ulteriores.

ii) Testamento abierto otorgado en caso de enfermedad grave y testamento ológrafo. El segundo de los momentos que debemos analizar es el referido a las manifestaciones que realiza don Benicio en 2011, durante una grave enfermedad. En el supuesto se indica que pocas horas antes de morir, ante Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad, dicta unas disposiciones de última voluntad. Éstas se recogen a mano por su hija Maita en un papel, que don Benicio termina por firmar.

En este punto cabe plantearse la posibilidad de que tales manifestaciones integren alguna de las formas testamentarias reconocidas en el Código Civil, cuya consecuencia sería la revocación del primero de los testamentos, dada la incompatibilidad de los contenidos de éste y de las manifestaciones realizadas en 2011, a salvo el posible reconocimiento de la filiación de su hija Aureliana contenido en aquél (artículo 741 del Código Civil).

a) *Testamento abierto otorgado en caso de grave enfermedad.*

En primer lugar, dadas las circunstancias en que tienen lugar esas manifestaciones de voluntad, es necesario considerar la posibilidad de que se trate de un testamento abierto otorgado en caso de grave enfermedad.

El artículo 700 del Código Civil recoge esta forma testamentaria, autorizando el otorgamiento de testamento ante cinco testigos idóneos si es que el testador se halla en peligro de muerte. De esta manera, se da validez al testamento por su simple otorgamiento oral.

Pero no es suficiente con la presencia de cinco testigos idóneos, sino que han de cumplirse al menos otros tres requisitos:

1) Pudiéndose escribir, deberá escribirse (artículo 702 del Código Civil), considerando algún autor que cuando no se observe esta prescripción y se pudiese haber hecho, se impondrá la sanción de nulidad del testamento¹².

2) Acaecida la muerte de quien realizó las manifestaciones de última voluntad, la eficacia del testamento queda condicionada a que se eleve a escritura pública y se protocolice de acuerdo con los requisitos de los artículos 1943 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 704 del Código Civil), debiéndose realizar la solicitud

¹²Cfr., ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., p. 222.

ordenada a tal fin en el plazo de los tres meses siguientes al fallecimiento del causante (artículo 703 del Código Civil)

3) El Tribunal Supremo ha indicado que, para el otorgamiento de testamento en peligro de muerte, no es suficiente la existencia de grave enfermedad, sino que se precisa una situación urgente que debe tener un próximo resultado fatal, debiendo demostrarse tanto la existencia del peligro, como el hecho de no ser radicalmente posible la presencia de Notario¹³.

Del supuesto resulta evidente que se satisfacen cumplidamente los requisitos de fijación por escrito de las manifestaciones realizadas por el causante —se dice expresamente que don Benicio «*dicta un testamento que Maita escribe a mano*»— y el exigido por la jurisprudencia, pues a las pocas horas de realizar tales manifestaciones referidas a sus últimas voluntades, fallece don Benicio.

Por el contrario, no pueden considerarse satisfechos los otros dos requisitos. Por lo que se refiere a la concurrencia de cinco testigos idóneos, el artículo 682 del Código Civil excluye de tal concepto, entre otras personas, a los herederos y legatarios en él instituidos¹⁴. Como corolario de lo anterior, indica el artículo 687 que será nulo el testamento que no observe el requisito de la concurrencia de testigos idóneos.

Asimismo, no consta que se haya procedido a solicitar la elevación a escritura pública y posterior protocolización de las manifestaciones vertidas por el causante y escritas por su hija. Como se indicó, tal solicitud debe realizarse en el plazo de tres meses desde el fallecimiento del causante y en el supuesto se omite toda referencia al posible cumplimiento de este requisito, aun cuando se conocen datos cronológicamente posteriores —por ejemplo, la muerte de Feliciano, hijo de don Benicio, que tiene lugar cinco meses después de la de su padre—.

Debe concluirse, pues, que las manifestaciones vertidas por don Benicio pocas horas antes de su muerte no satisfacen los requisitos de forma del testamento abierto otorgado en peligro inminente de muerte, de modo que no existe testamento perfecto capaz de revocar al otorgado en 2005.

b) *¿Puede admitirse como testamento ológrafo?*

Tras resolver que las manifestaciones realizadas por don Benicio pocas antes de morir no cumplen las formalidades que se exigen para el testamento abierto en caso de peligro inminente de muerte, es necesario preguntarse si satisface las exigidas para el testamento ológrafo.

¹³Así se manifiesta el Tribunal Supremo en una Sentencia clásica, la de 2 de octubre de 1957 (RJ 1957\2845).

¹⁴RIVAS MARTÍNEZ indica que la mención del artículo 682 del Código Civil a los testamentos abiertos «se refiere *exclusivamente* al testamento abierto, entendiéndose esta expresión tal y como nos viene explicada en el art. 679 CC, es decir, se aplica a toda clase de testamentos abiertos ya sea el autorizado por el Notario, ya sean los testamentos sólo ante testigos (art. 700, en peligro inminente de muerte; 701, en caso de epidemia), ya sean de los que el art. 677, califica como especiales (...)» [cfr., “Comentario al artículo 682 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p.336].

Este tipo de testamento aparece definido en el artículo 678 del Código Civil. Aunque pueden agregarse algunas notas acerca del testamento ológrafo, la definición que recoge este artículo exige responder negativamente a la pregunta formulada. Dice el artículo 678 que «*se llama ológrafo al testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y requisitos que se determinan en el artículo 688*».

Asimismo, del artículo 688 del Código Civil se deduce que son exigibles la concurrencia de tres requisitos formales: autografía, fecha y firma. Y es que el artículo prescribe que el testamento ológrafo deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, día y mes.

No es necesario indagar más acerca de las características del testamento ológrafo para decidir que el segundo de los testamentos realizados por el causante no reúne las formalidades exigidas: pues no fue redactado por el propio testador con su puño y letra —lo redactó su hija—; se desconoce, además, si en él constaban la fecha en el que se otorgó; sólo cabe afirmar que se cumple el requisito de la firma por el propio testador, sin que esto sea suficiente.

iii) Conclusiones acerca del testamento que rige la sucesión de don Benicio. Como nadie puede vincularse por una ley a no revocarla¹⁵, los testamentos pueden ser revocados por una voluntad posterior que revista la misma forma —esta idea es la que inspira los artículos 737.I y 738 del Código Civil—.

Así se entiende que pueda afirmarse con rotundidad que el testamento es un acto esencialmente revocable¹⁶.

Siendo cierto lo anterior, el artículo 738 exige que la manifestación de voluntad que pretende revocar el testamento anterior se revista, asimismo, de la forma testamentaria. Sólo un testamento perfecto posterior es título suficiente para revocar otro anterior.

En el caso que se plantea, existe un testamento notarial válido otorgado en 2005. Con posterioridad, en el trance de su agonía, el causante parece manifestar una distinta voluntad, realizando nuevas disposiciones *mortis causa*, del todo incompatibles con las contenidas en el primero de los testamentos, lo que determinaría su revocación expresa. Sin embargo, se ha visto que las últimas manifestaciones de voluntad no satisfacen los requisitos exigidos por las distintas formas testamentarias, sin que por tanto puedan considerarse testamento perfecto —ni siquiera válido— para revocar el anterior.

En definitiva, el título que rige la sucesión de don Benicio es el testamento otorgado en 2005 ante Notario.

C) La aceptación de la herencia como acto formal de la sucesión.

Se ha dicho más arriba que la aceptación de la herencia es el otro elemento formal de la sucesión. En este momento, por tratarse de una cuestión que debe resolverse con detenimiento posteriormente, sólo puede adelantarse que la adquisición

¹⁵Cfr., D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 68.

¹⁶ Vid., n. 5.

de la herencia consiste en la asunción, por el sucesor, de las titularidades transmisibles del causante.

En orden a la adquisición de la herencia se ha debatido si el sistema sucesorio del Código Civil responde al sistema romano —en que se exige la aceptación por parte del sucesor para que adquiriera la herencia— o al sistema germano —la mera delación atribuye la herencia al favorecido, que pasa a ser heredero pero con facultad de repudiarla—. Con carácter general se entiende que, a pesar del artículo 661 del Código Civil, se adopta el sistema romano de adquisición hereditaria, tal y como se deduce, entre otros, de sus artículos 988 y siguientes¹⁷.

II. 3. El elemento personal.

A) El causante y los sucesores como elementos personales de la sucesión.

Los elementos personales de la sucesión son el causante y los sucesores. En este punto no interesan más que los segundos y por esto se pasa enseguida a su estudio.

Como es sabido, la sucesión *mortis causa* tiene dos las modalidades: la sucesión universal y la sucesión particular. La primera consiste en la sustitución de una persona en las relaciones jurídicas transmisibles que correspondían, al tiempo de su muerte, a otra persona; a su vez, la sucesión particular, consistente en la sustitución de una persona en bienes y derechos determinados dejados por el difunto.

Con la distinción anterior como punto de partida, se puede limitar la figura del heredero y la del legatario del siguiente modo: heredero es quien sucede a título universal; legatario, quien lo hace a título particular, esto es, en relaciones jurídicas concretas, siendo un simple perceptor de bienes (artículo 660 del Código Civil). Esta clasificación diáfana teóricamente, viene a complicarse con la admisión de dos figuras, la de la institución de heredero *ex re certa* y la del legado de parte alícuota.

B) ¿Quién es el heredero?

i) Referencia a la figura del heredero. Ya se ha dicho que el heredero es la persona que sucede al difunto asumiendo globalmente las relaciones que le sobreviven, haciéndolas suyas, a excepción de aquellas de que el difunto, o la ley, hubiese dispuesto en particular a favor de alguien.

Así pues, aunque una lectura del artículo 660 del Código Civil pueda parecer que es un perceptor de bienes, eso sí a título universal, el heredero es más que un simple adquirente de cosas y derechos, ya que es la persona que viene a hacerse cargo de todas las relaciones del causante, activas y pasivas, transmisibles *mortis causa*, salvo los bienes especialmente destinados —legados—, que subentra en el conjunto de esas relaciones y cuya posición, en ellas, será idéntica a la del causante¹⁸.

Como consecuencia de lo anterior, debe afirmarse que es el heredero, continuador de las relaciones jurídicas del causante, quien sucede a éste en todas sus

¹⁷Cfr., MARTÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 661 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, op.cit., p. 256.

¹⁸Cfr., LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo I: Parte General. Sucesión Voluntaria, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, p. 17.

deudas; asimismo, es la persona que queda sujeto al cumplimiento de las mandas o legados realizados por el causante.

Frente a lo anterior, se ha aludido ya al problema que presenta la institución de heredero en cosa cierta. Para centrar el problema conviene recordar las siguientes reglas: según el artículo 660 Código Civil «*llámase heredero al que sucede a título universal*»; y de acuerdo con el artículo 661 «*los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*»; a estos dos preceptos todavía hay que sumar otros tantos, a saber, el artículo 668. II, que indica que «*en la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia*», y el artículo 768: «*el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*».

Tas la lectura de los anteriores artículos parece necesario descartar la posibilidad de reconocer la condición de heredero a quien simplemente ha sido instituido en una o en varias cosas determinadas de la herencia. Sin embargo, la doctrina ha venido admitiendo la figura del heredero *ex re certa*:

1) Con fundamento en los artículos 675 y 668 del Código Civil, que otorgan preeminencia a la voluntad del testador antes que a sus palabras, lo que obliga a indagar la voluntad del causante para ver si su intención se orienta a atribuir al llamado la condición de heredero o la de legatario.

2) Admitiendo que la norma del artículo 768 es una ley interpretativa que no tiene carácter imperativo y que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario¹⁹.

Conforme a lo anterior, corresponderá en cada caso interpretar las disposiciones testamentarias con el fin de indagar si la voluntad del causante es la de instituir heredero a quien se le señalan unos bienes determinados para suceder en el activo, o si simplemente ha de considerársele un legatario.

En todo caso, admitida en general la posibilidad de la institución de heredero en cosa cierta, y correspondiendo en cada caso al intérprete la decisión de considerar que el causante la ha querido o no, debe retenerse lo siguiente: que el heredero instituido en cosa cierta, es verdadero heredero, por lo que sucede al causante en sus deudas y queda obligado al cumplimiento los legados y cargas impuestos en el testamento; asimismo, al margen de los bienes que le son señalados por el testador, sucede en los bienes que queden en el remanente tras la liquidación de la herencia y que no hayan sido aplicados para el pago de legados.

ii) ¿Quién es instituido heredero en la sucesión de don Benicio? En el presente caso, del testamento otorgado ante Notario en 2005 por don Benicio resulta lo siguiente: «*a Feliciano se le deja, a título de heredero, un piso propiedad del matrimonio, 30 participaciones de Monaguillos, S.L. y un derecho de crédito correspondiente a 30.000 € que John Quesada (...) perdió jugando al póquer*».

Ésta es la única referencia a una posible institución de heredero en el testamento. Como a Feliciano, aun cuando se le instituye heredero, se le señalan bienes

¹⁹Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo I: Fundamentos, Civitas, Madrid, 1982, pp. 164-169.

determinados en los que suceder al testador, debe considerarse si se está en presencia de una institución *ex re certa*.

La solución no puede ser otra: las palabras empleadas por el testador resultan bien claras, haciendo uso de la expresión “institución de heredero” respecto a Feliciano; se trata de un testamento autorizado por un Notario, profesional muy instruido, sin que pueda presumirse que maneja estos términos de una manera vulgar o no técnica; el resto de sucesores mencionados en el testamento lo son a título de legatario, por mucho que a uno de ellos se le asigne un bien —la empresa— de gran importancia económica en relación con toda la herencia; finalmente, la institución de un heredero en cosa cierta y la distribución del remanente hereditario en legados, aun cuando estos sean de cuota alícuota, es un caso tipificado por la doctrina como ejemplo de institución de heredero *ex re certa*²⁰.

Como se ha dicho antes, el instituido heredero en cosa cierta es verdadero heredero, por mucho que tan sólo se le señalen determinadas relaciones activas para suceder. Siendo Feliciano el único instituido heredero, los bienes a los que expresamente el testador no les haya dado un determinado destino corresponderán a Feliciano —así ocurre, con el crédito que acreditaba don Feliciano frente a la entidad bancaria—. También ha de encargarse del cumplimiento de los legados, debiendo entregarlos a sus beneficiarios. En fin, ha de asumir las deudas que don Benicio dejó a su muerte; sin embargo, en el caso, como se trata de deudas que se vinculan directamente con la actividad de una empresa legada a otra persona, esto exige un mayor detenimiento en un momento posterior.

iii) ¿Quién puede aceptar la herencia de don Benicio? En el supuesto consta que Feliciano, única persona instituida heredera en el testamento de don Benicio, muere a los cinco meses de abrirse la sucesión de su padre, sin que haya manifestado voluntad alguna de aceptar o repudiar el llamamiento testamentario.

Esto implica dos cosas. La primera que, aun habiendo sido llamado a la herencia a título de heredero, Feliciano, al haber muerto sin aceptar, no se convirtió en heredero, pues nuestro ordenamiento sigue el principio romanista de que no se es heredero hasta que se acepta el llamamiento a la misma²¹. De esta manera, la herencia, que ha sido deferida, pero todavía no aceptada, se encuentra en situación de *yacencia*.

La segunda, que debe determinarse la persona que puede aceptar en lugar de Feliciano. Al haber muerto sin haber ejercitado el *ius delationis*, es decir, sin haber optado por adquirir o repudiar la herencia que se le ofrece, son sus sucesores quienes reciben tal opción. En realidad, la delación a la que no sigue el ejercicio de la opción en el sentido de aceptar o de repudiar por muerte del llamado, es el supuesto de hecho del derecho de transmisión (artículo 1.006 del Código Civil).

Tres son las personas afectadas por el juego del derecho de transmisión. De un lado el causante de la sucesión de que se trata; de otro, el llamado transmitente, quien recibe el llamamiento a la herencia y, pudiéndolo aceptar, muere sin manifestarse en cuanto al ejercicio de esta opción; finalmente, el transmisario, que por ser sucesor del transmitente recibe la misma opción que éste no ejercitó.

²⁰Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo I, op. cit., p. 168.

²¹*Vid.*, supra, II. 2. C).

Son presupuestos para la actuación del *ius transmissionis* los siguientes: a) la herencia debe estar deferida, tiene que haberse abierto la sucesión y haber sobrevivido el llamado al causante; b) el transmitente debe ser titular del *ius delationis*, gozar de delación, por lo que no puede estar afectado por causa alguna de indignidad; c) el transmitente no debe haber ejercitado ese *ius delationis*; d) el transmisario ha de tener capacidad para suceder al causante, por lo que ha de sobrevivirle; e) el transmisario debe ser digno de suceder al causante; f) el causante no ha de haber excluido la transmisión; e) el transmisario debe haber aceptado la herencia del transmitente²².

Las personas del causante y del transmitente no ofrecen dudas, son don Benicio y Feliciano respectivamente. En cuanto a la del transmisario, es necesario detenerse. Según el artículo 1.006 del Código Civil, cuando el llamado fallece sin ejercitar el *ius delationis*, son sus *herederos* quienes reciben la opción de la que él no hizo uso.

Así pues, serán los herederos testamentarios o, en defecto de éstos, los herederos legítimos de Feliciano, los que puedan aceptar o repudiar la herencia de don Benicio²³. Como consta que Feliciano muere sin haber otorgado testamento, debe acudir a los llamamientos de la sucesión intestada (artículo 913 del Código Civil).

De las reglas que disciplinan la sucesión intestada, se sigue que a la sucesión de un causante son llamados: en primer lugar, sus descendientes (artículo 931); en defecto de los anteriores, sus ascendientes (artículo 935); en tercer lugar, su cónyuge viudo (artículo 944); en cuarto lugar, sus hermanos y sobrinos (artículo 946); en su defecto, sus restantes colaterales hasta el cuarto grado inclusive (artículo 954); y, por último, el Estado (Artículo 956).

Pues bien, en el supuesto consta que Feliciano muere soltero y sin descendencia. Como el primero de los llamamientos intestados a favor de la descendencia no puede tener lugar, debe acudir al llamamiento a la línea recta ascendente. En el llamamiento a los ascendientes, no hay derecho de representación, por lo que el grado más próximo excluye siempre al más remoto²⁴.

Conforme a las reglas anteriores debe resolverse que es la madre de Feliciano, doña Matilde, la persona que ha de ser llamada a la herencia *ab intestato* de su hijo. Será doña Matilde, en caso de que acepte el llamamiento intestado, la persona que reciba la opción de aceptar o repudiar el llamamiento a la herencia de don Benicio.

iv) ¿Ha aceptado doña Matilde la herencia de don Benicio? En el supuesto consta que tras la muerte de su hijo Feliciano, doña Matilde vendió bienes que formaban parte de la herencia del primer causante, don Benicio.

¿Constituyen estos actos un supuesto de aceptación tácita del llamamiento a la herencia de Feliciano y de don Benicio?

²²Cfr., BOSCH CAPDEVILA, “Comentario al artículo 1.006 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, op.cit., pp. 1530-1531.

²³Que la transmisión del *ius delationis* se produzca a favor de cualquier heredero –ya sea testamentario o abintestato–, es innegable, ya que el artículo 1.006 Código Civil dispone tal transmisión a los herederos en general.

²⁴ Cfr., ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., p. 414.

La aceptación de la herencia no exige la satisfacción de requisito alguno de forma. Incluso, es admisible que una persona acepte el llamamiento a la herencia de un causante de manera tácita. De esta manera, no es necesario que exista una declaración de voluntad por la cual se manifieste querer adquirir la herencia, sino que la ley apareja el efecto de la aceptación a la realización de determinados actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no había derecho a ejercitar, sino se hace en calidad de heredero (artículo 999.III del Código Civil).

A excepción de los actos de mera conservación o administración del caudal hereditario que hubiese llevado a cabo el llamado a heredar (artículo 999.IV del Código Civil), la enajenación de bienes hereditarios, aun a título oneroso, debe considerarse como acto de aceptación tácita.

En el supuesto se indica que doña Matilde ha realizado actos que no habría derecho a ejecutar sino siendo heredero, como son los contratos de compraventa del piso radicado en Ginebra y la cesión del crédito ganado en una partida de póquer, bienes que formaban parte de la herencia del primer causante. La realización de tales actos supone la aceptación tácita de la herencia de don Benicio. Puesto que sólo doña Matilde podía aceptar o repudiar la herencia del primer causante por habersele transmitido el *ius delationis*, tal aceptación implica la aceptación de la herencia del transmitente Feliciano, sin aceptar la cual no adquiere el *ius delationis* el transmisario²⁵.

C) El legatario destinatario de una empresa.

Como se dejó apuntado, el legatario es la persona a la que el testador le atribuye *mortis causa* un derecho singular que forma parte de la herencia. A diferencia de lo que ocurría con el heredero, el legatario es un simple preceptor de bienes, un sucesor en relaciones jurídicas concretas. Como simple preceptor de bienes, el legatario adquiere única y exclusivamente los que le son atribuidos, sin que asuma, más que en relación a éstos, la posición del causante y sin que responda de las deudas de éste o del cumplimiento de otros legados²⁶.

Entre las distintas clases de legado, importa aquí el referido al legado de cosa cierta. Se trata de un legado en el que la titularidad pasa directamente del causante al legatario, de modo que se puede afirmar que existe sucesión particular en la cosa objeto del legado, sin mediación del heredero. Ahora bien, interesa destacar que mientras que la propiedad de la cosa legada pasa directamente al legatario, sin mediación del heredero, éste, por el juego de los artículos 440 y 885 del Código Civil, conserva su posesión, de modo que corresponde al legatario pedir la entrega y posesión de la cosa legada, debiendo el heredero proceder en este sentido²⁷.

La particularidad que presenta el caso es que la cosa legada es una empresa. Este concepto ha de referirse al establecimiento mercantil, objeto del legado, que se puede definir jurídicamente como el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario para el ejercicio de una o de varias actividades empresariales. Este conjunto que organiza el empresario está compuesto por bienes de muy distinta naturaleza: bienes muebles e inmuebles, bienes incorpóreos —patentes,

²⁵Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., p. 47.

²⁶Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo I, op. cit, pp. 25-26.

²⁷Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo I, op. cit, p. 362.

marcas—, derechos de crédito; a todo ello, se sumará el valor añadido que resulta de la organización racional de los distintos elementos y que se orienta a la explotación de una actividad económica; se trata de lo que suele llamarse “fondo de comercio”²⁸.

La consideración que merece la empresa, cuando se dispone de ella no es otra que la de *universalidad*. De este modo, la empresa es una *universitas*, un conjunto de cosas y relaciones jurídicas, cada una susceptible de regirse individualmente por su propia normativa pero que, en virtud del destino que les da su dueño, en ocasiones son consideradas por las normas como elementos de una unidad funcional²⁹.

Pues bien, el legado de empresa, al tratarse de una universalidad, comprenderá todos los bienes que el empresario haya organizado con el objeto de explotar la actividad económica a la que se dedica.

Un problema destacado es el de si las deudas que genera la explotación económica forman parte de esa universalidad, de modo que debe hacerse cargo el legatario de ellas, o si, como deuda que forma parte del patrimonio del empresario individual, a su muerte deba ser asumida por el heredero. En el caso que se plantea, si se observan las reglas generales de la sucesión, a las que ya se hizo referencia anteriormente, las deudas, que no lo son de la empresa, sino que lo eran de don Benicio —empresario individual— han de ser asumidas por la persona de su heredero, doña Matilde. Aun cuando pudiese considerarse que estas deudas que origina la actividad empresarial se transmiten con la empresa, nada autoriza para desviarse de las normas generales de responsabilidad del heredero³⁰.

De esta manera, la beneficiaria del legado, Aureliana, adquiere automáticamente la empresa, esto es, todos los bienes integrantes de la misma. Por su parte, será doña Matilde la responsable de las deudas que quedan a la muerte de don Benicio, con independencia de que se hubiesen originado como consecuencia de la actividad empresarial que venía desempeñando.

D) Los legitimarios como personas interesadas en la sucesión.

Además de los instituidos como herederos y de los legatarios, existen otras personas interesadas en la herencia. Se trata de los legitimarios.

²⁸Cfr., BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 137 y ss.; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 31ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 101 y ss.; ROJO, “El Establecimiento Mercantil”, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 99 y ss.

²⁹Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1973, pp. 138-139; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, tomo I: Introducción y Parte General, 17ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, p. 532.

³⁰ En este sentido se manifiestan, entre otros, PALAZÓN GARRIDO (*La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2005, p. 234) VALLET MAS (“El empresario creador y el futuro de su empresa”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIV, 1908, pp. 216-217), y HUERTA TRÓLEZ, (“La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 50, 2004, p. 113).

Aunque en principio la sucesión del causante se ordena de acuerdo con su voluntad manifestada en el testamento, la libertad de disponer del causante se ve limitada por las legítimas. Esta limitación viene dada por el derecho de ciertas personas a recibir «un *quantum* proporcional a la fortuna del causante que, con cargo (directa o indirectamente) a la misma, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a aquél denominados legitimarios»³¹.

Tradicionalmente, las legítimas se traducen en el deber que pesa sobre el causante de dejar a sus legitimarios la proporción de bienes que fija la ley, así como mencionarlos en el testamento.

Por ahora sólo importa determinar quiénes son legitimarios. De acuerdo con el artículo 807 del Código Civil, «*son herederos forzosos: Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*».

i) Los descendientes. Los llamados en primer lugar a ocupar la posición de legitimarios son los descendientes. Como el Código Civil nada dice sobre el modo y orden que ha de observarse para determinar que personas resultan ser legitimarias de un causante, la doctrina considera aplicables las reglas de la sucesión intestada³².

De esta manera, debe tenerse en cuenta, a la hora de señalar a las personas de la línea recta descendente que efectivamente ostentan derecho a la legítima, el principio de proximidad de grado y el derecho de representación en caso de premoriencia de un hijo, sin hacer distinción alguna por razón de sexo, edad, matrimonio.

ii) Ascendientes. A la condición de legitimarios de los padres y ascendientes se refiere el artículo 807.2º del Código Civil. Es necesario precisar dos cuestiones en cuanto a este grupo de legitimarios. En primer lugar, como se deduce del tenor literal del propio precepto, la legítima de los ascendientes tiene carácter subsidiario a la de los hijos y descendientes.

En cuanto al modo de distribuirse el derecho a la legítima en el grupo de padres ascendientes, es necesario atender a la norma contenida en el artículo 810 del Código Civil, de la que se deduce la preferencia de los ascendientes de grado más próximo, la inaplicación del derecho de representación y la sucesión por líneas de igualdad de grado.

iii) El cónyuge viudo. El cónyuge viudo aparece citado en el artículo 807.3º del Código Civil entre los legitimarios. La legítima viudal regulada en el Código Civil se concreta en una cuota usufructuaria variable, según cuales sean los parientes del difunto con los que concurra el viudo, y conmutable. A diferencia de la legítima de los

³¹Cfr., LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, p. 9.

³²Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 83-84; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, op. cit., p. 44; PUIG BRUTAU *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. III, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1984, p. 38.

ascendientes, el cónyuge viudo ostenta, con derecho a mayor o menor cuota, la condición de legitimario, con independencia de los sujetos con los que concurra³³.

Por otra parte, la legítima del viudo o viuda en relación con la herencia de su cónyuge presupone un matrimonio vigente, esto es, existente y no disuelto por otra causa antes de la muerte del causante. Junto a este requisito, el artículo 834 del Código Civil supedita la legítima del cónyuge viudo a que «al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho»; si entre los cónyuges separados mediase reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación, el sobreviviente conservará su derecho legitimario (artículo 835 del Código Civil).

iv) Aplicación al caso. El grupo de legitimarios a que alude el Código Civil es numeroso. Concurriendo algún legitimario, el causante deberá tener en cuenta que debe disponer de su patrimonio respetando las legítimas de estas personas.

En relación con don Benicio, sus legitimarios son sus hijos: Maita, Aureliana —desde 1981 no existe discriminación alguna por razón de la distinta filiación de los hijos extramatrimoniales— y Feliciano. Asimismo, doña Matilde, mujer de don Benicio, es legitimaria; basta aquí adelantar que su no mención en el testamento es un supuesto típico de incumplimiento legitimario que se ha venido calificado como de preterición, cuyo estudio se realizará más adelante.

II. 4. El elemento real.

La herencia es el elemento real de la sucesión *mortis causa*. Por lo que a su contenido se refiere, el artículo 659 del Código Civil establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. El artículo 659 se limita a considerar como heredables los derechos que no se extinguen por la muerte, pero sin determinar cuáles son; se considera que son intransmisibles los derechos de carácter público, los personalísimos o de tal suerte ligados a determinadas personas que tienen su razón de ser en circunstancias que sólo se dan en el titular y, por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada a la vida de la persona³⁴.

En orden a la determinación de la herencia, hay que tener en cuenta que, para precisar el caudal hereditario, deberá atenderse también al momento en que el causante hubiera fallecido. En el caso propuesto, la herencia está compuesta de los siguientes derechos, deberes y obligaciones: 1) La empresa del causante, dedicada a la venta de chocolate y porras madrileñas, con activos por valor de 900.000 € (entre los que se computa la marca “Las Porras de Fabricio) y un pasivo de 60.000 €; 2) el piso de Ginebra, perteneciente a los esposos, valorado en 200.000 €; 3) el derecho de crédito correspondiente a la partida de póquer, por valor de 30.000 €; 4) quince participaciones de Monaguillos, S.L., con un valor razonable de 1000 € cada una; 5) dinero en una cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde, con un activo de 15.000 €.

En este punto es necesaria una aclaración importante. Como operación previa a la partición y al cálculo de las legítimas, es necesario llevar a cabo la liquidación de la

³³Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, op. cit., p.153

³⁴Cfr., LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo I, op. cit, pp. 36-38.

sociedad de gananciales. Esta operación permite conocer realmente qué bienes son los que forman parte del haber hereditario.

En el caso nada se dice sobre el régimen económico matrimonial al que se sometieron don Benicio y doña Matilde. Sin embargo, como no es concebible la existencia de un matrimonio sin determinación del régimen económico al que queda sometido, el artículo 1.315 del Código Civil determina que a falta de capitulaciones matrimoniales, o si estas son ineficaces, el régimen económico al que queda sujeto un matrimonio es el de sociedad de gananciales.

Sin embargo, para resolver el caso se ha preferido considerar que el supuesto está redactado de manera precisa cuando indica que el en el momento de la muerte de don Benicio «constan en su patrimonio los siguientes bienes y derechos». Si a ello se suma la imposibilidad de determinar el carácter ganancial o privativo de los bienes mencionados en el supuesto ante la falta de datos suficientes —por ejemplo, el título por el que se adquirieron las participaciones sociales o si en el momento en que se fundó la empresa estaba constante la sociedad de gananciales—, resulta más justificada la decisión³⁵.

Así pues, se parte de la consideración de que los bienes mencionados se encuentran efectivamente formando parte exclusivamente del patrimonio del causante y que son los que integran su herencia. Debe excluirse de esta consideración el piso ubicado en Ginebra, único bien sobre el que se dice que pertenece al matrimonio, entendiéndose que pertenece por mitades a ambos cónyuges.

Por lo que se refiere al saldo que resulta de la cuenta corriente de titularidad conjunta que se menciona en el caso, se ha preferido considerar que dicho crédito correspondía únicamente a don Benicio. Y es que la existencia de una cuenta corriente de titularidad conjunta no determina el condominio sobre la misma, ni atribuye a sus titulares partes iguales con relación al saldo de la cuenta³⁶.

Aun cuando no se deba considerar herencia del causante, por no formar parte de su patrimonio en el momento de su muerte, no debe olvidarse que debe tenerse en cuenta, a efectos de las operaciones de cálculo de la legítima, la donación de una finca realizada en vida a favor de una de sus hijas, Maita.

Por último, el crédito resultante de la partida de póquer, con independencia de que merezca ser considerado o no como deuda natural, al ser inexigible su cumplimiento (artículo artículo 1798 el Código Civil) no debería incluirse en el haber hereditario a efectos de cálculo de la legítima y liquidación. Posteriormente se volverá sobre este asunto.

³⁵Por ejemplo, una empresa fundada durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, tiene la calificación de bien ganancial (artículo 1.347.5º) y, por ello, puede ocurrir que en el momento de la división y adjudicación de los bienes la empresa sea atribuida por mitades a los lotes de ambos cónyuges, o que se haga uso del derecho de atribución preferente previsto en el artículo 1.406 Código Civil. Sin embargo, al no conocer en qué circunstancias se fundó la empresa, se ha preferido optar por su calificación como bien privativo. Es cierto que podría acudir a la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1.361 Código Civil, pero parece una solución forzada.

³⁶Cfr., STS de 5 de julio de 1999 (RJ 1999\5966)

III. SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SE OBSERVAN EN EL CASO PRÁCTICO.

III. 1. Error en la disposición testamentaria.

En ocasiones, la voluntad manifestada en el testamento adolece de algún vicio o resulta oscura. Se impone en este segundo caso una interpretación de tipo subjetivo, debiéndose indagar cuál es la verdadera voluntad del testador que encierra una determinada cláusula testamentaria (artículo 675 del Código Civil).

En el testamento otorgado ante Notario en 2005, el causante dispuso de treinta participaciones de Monaguillos S.L. a favor de Feliciano. Sin embargo, en el mismo supuesto queda constancia de que, en el momento de la muerte de don Benicio, sólo formaban parte de su caudal quince participaciones sociales.

En este sentido, es frecuente en los casos en que media un largo período de tiempo entre el otorgamiento del testamento y la muerte del causante, que el patrimonio de éste experimente variaciones. Puede haber ocurrido que don Benicio fuese titular de treinta participaciones sociales en el momento de otorgar testamento y luego se deshiciese de quince de ellas. También puede haber sucedido que don Benicio creyese erróneamente ser titular de treinta participaciones en el momento de otorgar el testamento y sólo lo fuese de quince³⁷.

Por otra parte, resulta evidente que nadie puede disponer *mortis causa* a favor de sus sucesores de más de lo que se tiene, por lo que la disparidad entre lo ordenado en el testamento y lo presente en el patrimonio del causante en el momento de su muerte ha de resolverse. ¿Cuál es el régimen de este error testamentario?

El artículo 673 del Código Civil determina la invalidez del testamento cuando se otorgó con engaño doloso, intimidación o violencia. Nada dice acerca del error. Por ello, la doctrina ha tenido que realizar la siguiente distinción³⁸.

Puede ocurrir que el testador desconozca por completo en qué consiste el testamento, faltando realmente una voluntad suficiente en orden a su otorgamiento, la voluntad de testar falta y el testamento debe decaer por completo. Esta misma sanción procederá en cualquier otro caso del que se deduzca la inexistencia de voluntad por parte del testador.

Frente a lo anterior, ocurre otras veces que el testador conocía perfectamente lo que era el testamento, pero en el momento de otorgar el testamento erró al hacer una o varias disposiciones que aquél contiene. El Código Civil (artículo 767) sólo reserva la sanción de nulidad de la institución de herederos o del nombramiento de legatario para el caso en que el error se deduzca del propio del testamento y recaiga sobre la causa de la institución o del nombramiento —por ejemplo, instituye a mi hijo Luis porque es padre de familia numerosa, cuando Luis sólo tiene dos hijos—.

³⁷Si se trata de un simple error en la consignación testamentaria del número de participaciones, no existe cuestión.

³⁸ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., p. 368.

Es evidente que el error padecido por don Benicio no es el reflejado en primer lugar; tampoco resulta un error en la causa de la institución de su hijo Feliciano. En tal caso, lo más correcto es acudir a una interpretación integradora del testamento, de modo que debe fijarse qué es lo que el testador habría querido y declarado de haber previsto que quince de sus treinta participaciones sociales dejarían de formar parte de su patrimonio, o de no haber padecido una falsa representación de la realidad³⁹.

Y en este punto resulta evidente que lo que quería don Benicio es que el paquete de participaciones sociales de Monaguillos, S.L., pasase a una única mano, la de su hijo Feliciano, que además será el instituido heredero.

III. 2. Posible indignidad sucesoria.

La indignidad es «tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprobables, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció, a menos que éste lo rehabilite»⁴⁰.

La indignidad sólo puede ser declarada respecto a una persona que haya realizado alguno de los actos tipificados en el Código Civil como causa de indignidad. El artículo 756.5º del Código Civil incluye entre las personas indignas al que «*con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo*».

En el caso presente se carece de datos suficientes pero las circunstancias en las que don Benicio realizó unas últimas manifestaciones con objeto de otorgar nuevo testamento hace sospechar si su mujer y sus dos hijos Maita y Feliciano incurrieron en esta causa de indignidad.

Abonan esta sospecha los siguientes datos: las manifestaciones se realizan momentos antes de la muerte del causante cuando éste se encuentra ya muy débil; son testigos su mujer e hijos matrimoniales; en el mismo se pretende la exclusión de la hija extramatrimonial del causante, que, sin embargo, había sido la persona más beneficiada en el testamento anterior; se instituye heredera a Maita, apartada de la herencia mediante una donación cuyo carácter no colacionable se revocó en el anterior testamento, lo que puede ser indiciario de una mala relación entre padre e hija tras la donación de la finca; a su mujer doña Matilde, que había sido preterida en el anterior testamento, ahora se le reconoce el usufructo sobre toda la herencia.

Sin embargo, la pretensión de declarar la indignidad de estas personas exigiría una labor probatoria mucho más seria, sin que pudiese fundamentarse en estas meras conjeturas. Aun en ese supuesto, sería necesario hacer frente a toda una corriente doctrinal que opina que en este preciso caso sólo se incurre en indignidad si es que las personas que infligen la violencia, amenazan o realizan el fraude consiguen su propósito, a saber el otorgamiento de un nuevo testamento, hecho que no ha tenido lugar en este caso⁴¹.

³⁹Cfr. GÓMEZ CALLE, “Comentario al artículo 767 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, op.cit., p. 684.

⁴⁰ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., p. 83.

⁴¹Cfr. GARCÍA RUBIO, “Comentario al artículo 756”, *Código Civil Comentado*, vol. II, op.cit., pp. 636-637.

III. 3. La colación y su dispensa.

El Código Civil presume que lo dado en vida por el causante a un legitimario lo ha sido como anticipo de su futura cuota hereditaria. Por ello, salvo que medie la voluntad en contrario del causante, impone al legitimario instituido heredero que concurre con otros legitimarios también instituidos, la obligación de aportar simbólicamente a la masa hereditaria, el valor de lo que le dio el causante en vida, debiendo tomar de menos en la masa hereditaria tanto como hubiera recibido en vida del causante.

Esta operación recibe el nombre de colación y, como se desprende de lo anterior, ha de realizarse siempre que el legitimario beneficiado por la donación concorra como heredero a la sucesión del causante junto con sus colegitimarios (artículo 1.035 del Código Civil).

Sin embargo, la colación es una operación que depende enteramente de la voluntad del causante, lo que tiene sentido si se repara en el fundamento de esta figura: como colacionando se toma tanto de menos en la herencia como se hubiese recibido por donación, puede decirse que la finalidad perseguida es la de igualar al colacionante con el resto de sus colegitimarios instituidos conjuntamente con él⁴².

Antes de tratar de la dispensa de colación, es necesario precisar todavía alguna cosa más acerca de esta figura. Se trata de una operación de carácter particional, distinta a la llamada reunión ficticia. Esta última operación es necesaria para el cálculo de las legítimas, y consiste en la adición imaginaria al caudal relicto líquido de todas las donaciones realizadas en vida (artículo 818 del Código Civil)⁴³. A pesar de esto, la colación no deja de interferirse en las operaciones del cálculo de legítima, como se verá más tarde.

Ya se ha dicho que la colación es de carácter voluntario para el causante, quien puede dispensar de la obligación de colacionar (artículo 1.036 del Código Civil). De esta manera, la presunción de la que parte el Código, a saber, que el causante quiere que sus herederos se beneficien por igual en su herencia, quiebra en el caso de que así lo manifieste el causante.

Esta era la voluntad de don Benicio cuando realizó la donación en favor de su hija Maíta, esto es, deseaba relevar a esta hija de la necesidad de colacionar esta liberalidad. Sin embargo, como la dispensa de la colación tiene efecto únicamente *mortis causa*, participa de la naturaleza de este tipo de disposiciones, que son esencialmente revocables. Así pues, nada hay reprochable, jurídicamente, en la conducta de don Benicio cuando años después apunta en su testamento que desea que aquella donación recupere el carácter de colacionable.

⁴²Cfr., ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., pp. 186-187.

⁴³Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., pp. 187-189.

III. 4. El incumplimiento de los deberes legitimarios.

A) Introducción.

Mayoritariamente se admite que el sistema legitimario del Código Civil se caracteriza por ser un sistema de reglamentación negativa, es decir, de limitación de la libertad de testar y disponer a título gratuito. Sin embargo, como indica VALLET DE GOYTISOLO, esta calificación no puede tomarse como absoluta pues en Derecho no existe «nada negativo que no tenga un correlativo beneficiario respecto del cual resulta positivo» y la «obligación de dejar la legítima es positiva, pues su contenido es un “dare” aunque sea “mortis causa”»⁴⁴.

Asimismo, también es mayoritaria la doctrina que considera que esa obligación de dar tiene como contenido una parte de los bienes de la herencia⁴⁵. Si se leen conjuntamente los artículos 806, 807, 808, 815 y 818 del Código Civil ha de concluirse que los legitimarios tienen derecho a recibir de su causante, por cualquier título *inter vivos* o *mortis causa*, eso sí gratuitamente, dos tercios de los bienes que queden a la muerte del testador, liquidadas las deudas hereditarias y sumadas contablemente las donaciones realizadas a cualquier persona.

Como algún autor⁴⁶ indica, admitiendo lo anterior, es de observar que no todo legitimario ostenta la misma posición frente al caudal relicto:

a) Es posible que la legítima sea satisfecha por el causante mediante donación (artículos 815 y 819 del Código Civil), de modo que, abierta la sucesión, no nacerá a favor del legitimario pretensión alguna si se comprueba que aquella fue suficiente.

b) De no ser así, el legitimario se convierte, a la muerte del causante, en titular de un derecho sobre el caudal relicto; si el testador así lo reconoce, instituyéndolo heredero o favoreciéndolo con un legado, este derecho puede traducirse en la cotitularidad plena sobre el caudal, en la propiedad sobre una cosa o en un derecho de otra naturaleza.

c) Pero si el causante dispone de su patrimonio sin respetar las limitaciones que le impone la legítima de sus descendientes, la ley atribuye acción al “desheredado” o al “preterido” en orden a la obtención de la parte que le corresponde en los bienes de la herencia.

d) Si en cualquiera de los casos, la asignación es insuficiente, el beneficiario de la legítima podrá solicitar que se complete.

e) De igual modo si el causante asigna bienes no hereditarios en satisfacción de la legítima —a excepción de los casos en que esto se permite—, o grava los bienes

⁴⁴Cfr., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. II, op. cit., p. 763.

⁴⁵Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, op. cit., pp. 190 y ss.; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima en el Código Civil”, *Tratado de legítimas*, Altetier, Barcelona, 2012, pp. 25-26.

⁴⁶Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, op. cit, p. 25.

atribuidos en pago de la legítima (artículo 813 del Código Civil), incumple sus deberes y los legitimarios pueden reaccionar frente a tales actos.

En éste último párrafo se ha avanzado una idea interesante y trascendental para el caso que nos ocupa. La legítima pagadera con una *pars bonorum* implica un doble contenido favorable al legitimario, consistente, de una parte, en el derecho a ser satisfecho en bienes hereditarios; de otra, en la afección de todos y cada uno de los bienes que componen el caudal relicto en tanto la legítima no haya sido pagada.

Sin embargo, tal vez consciente de las dificultades que entraña la necesidad de satisfacer la legítima de los descendientes en bienes hereditarios, el legislador ha ido introducido progresivamente algunas excepciones —que han llegado a ser numerosas y amplísimas— en las que se permite que el legitimario sea satisfecho, no con bienes que forman parte de la herencia, sino con dinero. El pago de la legítima en dinero no hereditario está previsto en los artículos 821, 829, 841 y siguientes; 1056.II y 1062.

Por lo que se refiere a la cuantía de la legítima en el Código Civil, el artículo 808.I del Código Civil la fija al señalar que «constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre».

La correcta comprensión de este artículo exige una aclaración: esa cuantía no puede referirse a lo que cada legitimario tiene derecho a recibir —“legítima individual”—, sino que hace referencia a la llamada “legítima colectiva”. De este modo, los dos tercios han de entenderse atribuidos globalmente al grupo de los descendientes legitimarios y, sólo en un momento posterior, esa porción de bienes se distribuirá entre los componentes de ese grupo en la forma que establece la ley.

Asimismo, puede adelantarse ya que de los dos tercios que forman la legítima del grupo de descendientes, el causante puede disponer libremente de uno de ellos, aunque sólo con el objeto de mejorar a alguno de sus descendientes (artículo 808.II del Código Civil). Esta idea es la que subyace en la diferenciación entre “legítima larga” —comprensiva de los dos tercios del caudal relicto— y “legítima corta” —comprensiva del tercio que ha de distribuirse forzosamente de manera igualitaria entre los hijos—.

Finalmente, es necesario advertir que la masa sobre la que se calcula la legítima no se identifica plenamente con el caudal hereditario, sino que, de acuerdo con el artículo 818 del Código Civil, consiste en la masa resultante de liquidar el pasivo hereditario (*relictum*) y de sumarle el valor de las liberalidades *inter vivos* que hubiese realizado el causante (*donatum*), a través de su reunión ficticia. Terminadas todas estas operaciones, todavía el artículo 819 del Código Civil exige llevar a cabo la “imputación de liberalidades”⁴⁷.

B) Cálculo de las legítimas debidas a cada hijo e imputación de lo recibido.

i) El cálculo de la legítima. Conforme a lo dicho en el párrafo anterior, la primera de las operaciones destinadas a calcular la legítima debida a cada hijo, es la obtención del caudal relicto que consiste en la masa de bienes que resulta tras la liquidación del pasivo hereditario (artículo 818 del Código Civil).

⁴⁷Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, op. cit, p. 106.

En el caso propuesto, la partida del activo, compuesta por los bienes y derechos que se encontraban en el patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento⁴⁸, cuentas con los siguientes elementos:

1) En primer lugar, el bien más importante económicamente es la empresa legada a Aureliana, cuyo valor alcanza los 900.000 €;

2) El saldo resultante de la cuenta corriente de titularidad conjunta se considera que pertenece exclusivamente a don Benicio, de modo que han de sumarse los 15.000 €.

3) El inmueble situado en Ginebra debe presumirse que pertenece al matrimonio por mitades, de modo que sólo han de sumarse por este concepto 100.000 €, y no los 200.000 € a los que asciende su valor.

4) Las quince participaciones de Monaguillos S. L., suman un valor de 15.000 €.

5) Por lo que se refiere al crédito ganado en la partida de póquer, que asciende a 30.000 €, debe considerarse como un crédito incobrable o de dudoso cobro. Este tipo de créditos deben excluirse de las operaciones de cálculo de la legítima, realizándose una liquidación complementaria sólo en el caso en que llegue a cobrarse⁴⁹. Sin embargo, habiendo sido cedido a un tercero por la cantidad de 25.000 €, sí debe añadirse para el cálculo del caudal relicto, con la precisión de que es esta suma la que deba tenerse en cuenta y no la de 30.000 €. La explicación es que se está tratando de obtener la base de cálculo de la legítima, figura que limita en parte de su herencia la libre disponibilidad del causante y, en correspondencia, atribuye una participación a los legitimarios en la misma; el crédito, al ser calificado de incobrable, no representaba un valor de 30.000 € en el patrimonio del causante; pero habiéndose obtenido una contraprestación por causa de su cesión, la misma ha de beneficiar a todos los legitimarios.

La cantidad resultante de sumar todos estos valores es la de 1.055.555 €.

A esta cantidad han de descontarse las deudas y obligaciones que existiesen en el patrimonio del causante en el momento de su muerte. El único elemento del pasivo es la deuda de 60.000 €, consecuencia de la actividad de don Benicio como empresario. De este modo, el caudal relicto de don Benicio asciende a un total de 995.000 €.

Las operaciones para obtener la base de cálculo sobre la que se aplicará el porcentaje que representa la legítima de los descendientes culminan con la llamada reunión ficticia, consiste en sumar al caudal relicto el valor de las liberalidades realizadas en vida por el causante a cualquier persona (artículo 818.II del Código Civil). Así pues, es necesario agregar el valor de la donación de la finca realizada a favor de Maita, hija de don Benicio.

En este punto es necesario detenerse. Consta que la finca, donada por el causante y por su mujer tenía en el momento de realizarse la liberalidad un valor de 70.000 €; que posteriormente, la donataria introduce mejoras en la finca por valor de 30.000 €; y que, por fin, en el momento de la muerte del causante, el valor al que asciende la finca es de

⁴⁸No puede dejar de tenerse en cuenta lo dicho en el epígrafe IV. 4.

⁴⁹Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, op. cit., p. 419.

150.000 €, explicándose tal aumento por la revalorización que se produce del inmueble, consecuencia de una mejora en la red de comunicaciones. ¿Qué valor es el que ha de tenerse en cuenta?

Por un lado es necesario retener que el momento en que se valora el bien que fue donado en vida del causante es aquél en el que se procede a la liquidación de la legítima, lo que normalmente tiene lugar al tiempo de la partición de la herencia, aunque se trata de operaciones que no tiene que coincidir en el tiempo. Éste es el criterio que debe aplicarse por analogía a lo dispuesto en el artículo 1.045 del Código Civil en cuanto al momento que se tiene en cuenta para valorar las donaciones que hayan de ser objeto de la colación⁵⁰.

Sin embargo, como aclara algún autor, los cambios de estado físico debidos al donatario han de redundar en su favor o en su contra, pero la variación de valor por alteración del que tenga la moneda o por variación extrínseca de los bienes, como es la subida del valor de una zona como consecuencia de una mejora en sus accesos, sí debe tenerse en cuenta para computar la legítima⁵¹.

Conforme a lo anterior, la suma que debe tomarse para agregarse al líquido relicto es de 120.000 €, valor que tiene la finca al momento de realizarse la liquidación de la legítima, descontadas las mejoras introducidas por la mano del donatario. Sin embargo, como se trataba de una donación realizada por don Benicio y su mujer, se presume que el bien pertenecía a ambos por mitades, de manera que el valor a tener en cuenta es el de 60.000 €.

Sumada la cantidad anterior al líquido relicto, la base de cálculo de la legítima alcanza la cifra de 1.055.555 €.

El paso siguiente para conocer la cuantía de cada uno de los tercios ideales en que se reparte el caudal relicto exige dividir éste entre tres. El resultado que se obtenga representa la cifra que corresponde al tercio de legítima estricta, al tercio de mejora y al tercio de libre disposición. Pues bien $1.055.555 : 3 = 351.851,66$ €. Ésta es la cifra correspondiente a cada uno de los tres tercios anteriormente mencionados.

La cifra obtenida corresponde a cada uno de los tercios en que idealmente se divide el caudal relicto a efectos del cálculo legitimario. Sin embargo, si se pretende conocer la cantidad que le corresponde a cada uno de los tres hijos de don Benicio por razón de su legítima, será necesario realizar una última operación. Como el tercio de legítima estricta debe repartirse de manera igual entre los legitimarios, siendo éstos tres, debe procederse del siguiente modo $351.851,66 : 3 = 117.283,88$ €. A esto se reduce la participación mínima que corresponde, por razón de su legítima, a cada uno de los hijos.

ii) La operación de imputación. Tras estas operaciones, que han servido para determinar la cuantía que alcanza cada legítima individual, es necesario realizar otras complementarias, a saber, las de imputación de donaciones y legados realizados por el causante a favor de las personas interesadas en esta sucesión.

⁵⁰Cfr. CAPILLA RONCERO, “Comentario al artículo 818 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil, Código Civil Comentado*, vol. II, op.cit., pp. 869-870.

⁵¹Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, “Comentario al artículo 818 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1982, p. 273.

Estas operaciones de imputación, que no consisten más que en reconducir el valor de cada una de las liberalidades realizadas por el causante a uno de los tercios ideales en que se divide el caudal relicto a efectos de calcular las legítimas, permiten determinar el grado de cumplimiento de los deberes legitimarios por parte del causante respecto a sus tres hijos.

La imputación de donaciones y legados ha de seguir el orden que resulta de los artículos 819, 820, 828 y 654 del Código Civil. De tales preceptos se sigue la preferencia del donatario para imputar con preferencia las liberalidades recibidas respecto a los legatarios, así como las siguientes reglas:

a) Por lo que se refiere a la donación recibida en vida por Maita, ésta ha de imputarse en primer lugar a la cuota que le corresponde en el tercio de legítima estricta y el exceso habría de llevarse al tercio de libre disposición, por resultar prohibido aplicarlas al tercio de mejora sin que se haya manifestado expresamente en tal sentido el causante (artículo 819 del Código Civil).

En este punto es preciso tener presente que la colación o su dispensa, que en su sentido técnico estricto se refieren a operaciones de carácter particional, no afectan, en principio, al modo de computar las legítimas ni a la posterior operación de imputación.

Sin embargo, habiendo reparado en que el fundamento de la colación no es otro que el de tratar de igualar en lo posible a los hijos que recibiesen en vida del causante alguna liberalidad del mismo con aquellos que concurren a su sucesión sin anticipo alguno, algún autor ha concluido que la dispensa de colación no puede implicar sino ánimo de huir de esa igualación; percatándose de que precisamente ese mismo ánimo de desigualar a unos hijos respecto a otros es el que concurre en el causante cuando decide hacer uso de la facultad de mejorar, aplicando el tercio que lleva este nombre, total o parcialmente, a favor de alguno de ellos, acabó por concluir que la dispensa de la colación que acompaña a una donación ha de recibir el tratamiento de mejora, de modo que, en los supuestos frecuentes, tal mención implicará que la donación deba imputarse en primer lugar al tercio de mejora⁵².

Así pues, la dispensa de colación a que se hace referencia en el supuesto práctico podría merecer este tratamiento. Sin embargo, es sabido que la dispensa de colación, y aún la calificación como mejora de alguna liberalidad (artículo 827 del Código Civil), es revocable⁵³. De este modo, nada se oponía a que el causante revocase la dispensa de colacionar la donación que realizó a favor de Maita, como efectivamente así ha ocurrido en el testamento que rige esta sucesión. Consecuencia de ello es que la donación recibida por esta hija no merezca ser considerada como mejora y hayan de seguirse las normas generales de imputación de donaciones, debiéndose imputar en primer lugar a la cuota que le corresponde en la legítima estricta.

Como se puede comprobar, la donación recibida por Maita, cuyo valor es de 60.000 €, no alcanza la cifra de los 117.283, 88 € en que ha quedado fijada la cuota correspondiente a cada uno de los tres hijos en el tercio de legítima estricta. De esta

⁵²Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VIII, 1954, pp. 113-114.

⁵³Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. II, op. cit., p. 850.

manera, podrá solicitar que se *complemente* la liberalidad recibida en vida de su padre en la diferencia que resulta entre el valor de ésta y el de su cuota legitimaria, esto es, en 57.223,88 €.

b) En relación con el legado en el que fue instituida Aureliana, éste ha de imputarse en primer lugar a la cuota que le corresponda en el tercio de su legítima estricta; en segundo lugar, al tercio de libre disposición; en lo que exceda, debe imputarse al tercio de mejora, pues, a diferencia de lo que ocurre con las donaciones, el tenor del artículo 828 del Código Civil es claro a la hora de admitir las mejoras tácitas realizadas por vía de legado: *«La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre»*.

Conforme a lo anterior, habiendo recibido un legado con valor de 900.000 € y tras haberse imputado dicho valor en su cuota viril del tercio de legítima estricta y en el tercio de libre disposición, queda todavía un remanente de 430.864,46 €, de los cuales 351.851,66 aún pueden imputarse al tercio de la mejora.

Como se ve, incluso después de imputar el legado al tercio de su legítima estricta, al tercio de libre disposición y al de mejora, quedan sin poder ser llevados a cualquier otra cuota 79.012,8 €. Se trata de la cantidad que habrá de reducir de su legado para satisfacer a sus hermanos que, en correspondencia con exceso que esta hermana recibió, no han visto satisfechas sus legítimas.

c) Finalmente, en relación con la institución de heredero a favor de Feliciano, éste ha recibido por testamento distintos bienes que, sumados todos ellos, alcanzan un valor de 155.000 €. Como se ha determinado que es Feliciano la persona que debe hacerse cargo de las obligaciones que existían en el patrimonio del causante a su muerte (60.000 €), el beneficio que recibe, es de 95.000 €. Éstos han de imputarse en la cuota que le corresponde en la legítima estricta, aunque es evidente que lo recibido no alcanza al mínimo legitimario que debía recibir: 117.283, 88 €.

En este sentido, todos los legitimarios tienen derecho a ver satisfecha su cuota legitimaria íntegramente, libre de cargas y gravámenes. No puede ocurrir que al hacer frente al pago de las deudas hereditarias, el legitimario que haya sido instituido heredero observe que el beneficio puro recibido de su causante es inferior a lo que le correspondía por mínimo legal.

La diferencia entre la cuota que le corresponde en la legítima estricta y el beneficio efectivamente recibido por el causante (22.283,88 €) es el importe que deberá reclamar para completar lo que por legítima le correspondía.

C) La defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

Comúnmente se distingue entre la lesión cualitativa y cuantitativa de la legítima. La primera se produce en el caso en que los bienes asignados en pago de la legítima no son de los que forman parte de la herencia, o cuando sobre los bienes hereditarios dejados en pago de la legítima se imponen cargas o condiciones. Por su parte, el término lesión cuantitativa se reserva para los casos en que se priva al legitimario, en todo o en parte, de la cuantía de bienes que le corresponde, cosa que puede suceder cuando existen legados o donaciones que disminuyen el valor de su parte en relación con el total del patrimonio del causante.

Las acciones típicas de defensa cuantitativa de la legítima son la de suplemento (artículo 815 del Código Civil), la de reducción de legados (artículo 820 del Código Civil) y la de reducción de donaciones inoficiosas (artículos 819.III, 654 y 656 del Código Civil).

i) La satisfacción de la legítima de Maita. Como se ha visto, Maita recibió de su padre, mediante donación, una finca cuyo valor a efectos de cálculo de la legítima es de 120.000 €. La donación, conforme a los artículos 815 y 819 del Código Civil, es un título para cumplir el deber legitimario que pesa sobre el causante.

Sin embargo, es evidente que el bien donado no es suficiente para satisfacer la legítima de Maita, que asciende a la cantidad de 117.283, 88 €. Así pues, don Benicio debió completar esa donación con alguna otra liberalidad *mortis causa* o *inter vivos*, cosa que no hizo.

Frente a la lesión cuantitativa de su legítima, al donatario que ostente la condición de legitimario se le ofrecen varios remedios, no cumulativos sino subsidiarios.

a) En primer lugar, conforme al artículo 815 del Código Civil, «*el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponde, podrá pedir el complemento de la misma*». Este artículo recoge la acción de suplemento que tiene por sujeto activo a quien recibió por cualquier título gratuito una cantidad insuficiente para cubrir su legítima, quien debe dirigirse contra el heredero⁵⁴.

Sin embargo, como indica VALLET DE GOYTISOLO, en el caso en que el heredero sea también legitimario, éste no debe sufrir en el ámbito de su propia cuota legitimaria los efectos de la acción de suplemento que un legitimario insatisfecho ha dirigido contra él. Y es que el legitimario instituido heredero tiene derecho a recibir su cuota legal íntegra y sin gravamen⁵⁵.

Y ésta es precisamente la situación que se da en el caso, en que Feliciano, legitimario que al tiempo reúne la condición de heredero, no puede hacerse cargo del suplemento de la legítima de su hermana Maita, pues ni él mismo ha recibido lo mínimo que por legítima le correspondía.

b) Ante esta situación, Maita tiene un remedio subsidiario, a saber, solicitar la acción de reducción de legados inoficiosos. Conforme al artículo 817 del Código Civil, «*las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas*»; a continuación, el artículo 820 del Código Civil concreta el orden que ha de seguirse en esta reducción, debiendo comenzar por los legados: «*se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*».

⁵⁴Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, op. cit., p. 146.

⁵⁵Cfr., “Comentario al artículo 815 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, op. cit., p. 215.

La acción de reducción de legados abarca a los que merman la legítima del heredero que ha de pagarlos y también a los que disminuyen la de quien no es heredero, como aquéllos que han recibido donaciones en vida por el causante.

Así pues, Maita debe intentar la acción de reducción de legados por el importe del perjuicio sufrido (57.223,88 €) frente a su hermana Aureliana, destinataria de una manda inoficiosa: el causante dispuso, por medio de este legado, de una cantidad superior a la permitida.

Esta acción se dirige a declarar la ineficacia de unas disposiciones testamentarias que, en principio, serían válidas si no atentasen a la legítima, dejándolas sin vigor en la medida precisa para que el legitimario reciba íntegra su legítima.

La acción de reducción supone la desafectación de los bienes relictos a la satisfacción de los legados a que habían sido destinados por el testador⁵⁶, pasando directamente al legitimario que ejercitó la acción.

Sin embargo, en este punto es necesario matizar esta cuestión. Al tratarse de un legado de empresa, la reducción del mismo afectaría a elementos integrantes de ésta, que deberían desafectarse de la explotación económica. Para evitar esta situación es posible acudir a un artículo que impone la reducción, no en bienes, sino en dinero.

Se trata del artículo 821 del Código Civil, que establece que *«cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima»*⁵⁷.

Aunque este precepto aparece referido sólo a la finca que no admite cómoda división, se entiende por la mayoría de la doctrina que es aplicable a otro tipo de objetos cuya división resulte imposible o incomoda económicamente, como ocurre en el caso de la empresa⁵⁸.

Así pues, al tratarse de un legado de empresa cuyo beneficiario es un legitimario, es necesario tener presente que tal legatario puede retener la finca si el importe de ésta no supera la porción disponible y la cuota que le corresponde por legítima, quedando obligado al pago en dinero de lo reducido. En este punto se plantean dos dificultades.

La primera, la de si el legatario sometido a reducción puede quedarse con la finca sólo en el caso que su importe no supere las cuotas mencionadas o si ha de

⁵⁶Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, op. cit., p. 149.

⁵⁷Es necesario aclarar que se opta por la aplicación del artículo 821 del Código Civil, descartando la del artículo 829, referido a la mejora en cosa determinada, porque tal vez éste último esté pensado para los casos en que se ha dispuesto expresamente la mejora, cosa que aquí no ocurre (cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, op. cit., p. 237).

⁵⁸Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, “Comentario al artículo 821 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, op. cit., p. 307.

completarse el apartado segundo con el primero, en el sentido de permitir que aun pueda exceder de estas cuotas pero que podrá quedarse con la finca si la reducción no absorbe la mitad de su valor. Se impone esta última solución ya que, como indica la doctrina mayoritaria, otra cosa haría al legatario legitimario de peor condición que al legatario extraño⁵⁹.

La segunda de las cuestiones aparece referida a si es posible que el exceso del legado puede imputarse al tercio de mejora, tras imputarse a la parte disponible y a la legítima estricta. En realidad, no existe tal cuestión. El artículo 828 del Código Civil, que disciplina el modo en que han de imputarse los legados, admite la mejora tácita para el caso de que el legado exceda de la cuota de legítima estricta y de la libre disposición. El artículo 821 del Código Civil no se refiere a la imputación de legados, sino a su reducción, y tiene como presupuesto la consideración anterior⁶⁰.

Así pues, tras haber ejercitado Maita la acción de reducción, y debiendo probar el perjuicio legitimario que ha sufrido, Aureliana, si no desea afrontar una reducción en los bienes integrantes de la empresa, podrá hacer uso de la facultad que le concede el artículo 821 abonando la cantidad a reducir (57.223,88 €) en dinero.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción, la doctrina se muestra dubitativa al respecto. Si se considera que esta acción es de carácter personal, el plazo será el de quince años; si se le aplica el plazo de la acción de petición de herencia, ésta queda sometida, según la doctrina dominante, a un plazo de treinta años. En todo caso, entregado el legado, la acción se convierte en rescisoria y quedará sometida al plazo de cuatro años⁶¹.

ii) La satisfacción de la legítima de Feliciano. Idéntica solución debe imponerse en cuanto a la lesión que Feliciano sufre en su legítima.

Sin embargo, es necesario realizar dos precisiones:

a) Que la medida de la reducción viene determinada por perjuicio sufrido en su legítima, de modo que Feliciano sólo podría intentar la acción de reducción frente a Aureliana por el importe de 22.283,88 €, que es la medida de la lesión legitimaria sufrida.

b) Que habiendo muerto Feliciano y siendo forzoso entender que su madre ha venido a ocupar la posición en la herencia de don Benicio a que estaba llamado aquél, se hace necesario determinar si doña Matilde, sucesora de Feliciano, puede ser el sujeto activo de la acción de reducción.

⁵⁹Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, “Comentario al artículo 821 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, op. cit., p. 307; Rivera Fernández, “Comentario al artículo 821 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, op.cit., p. 889; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima en el Código Civil”, *Tratado de legítimas*, op. cit., p. 56.

⁶⁰Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, op. cit., pp. 134.

⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO, “Comentario al artículo 817 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, op. cit., p. 233.

Se impone la solución afirmativa pues, como indica VALLET DE GOYTISOLO, si son transmisibles en general los derechos que protegen la legítima a los sucesorios del legitimario, no hay razón para exceptuar el de obtener la reducción de disposiciones inoficiosas⁶².

D) La preterición.

i) Introducción. Formando parte del capítulo destinado al estudio de la legítima, suele comprenderse el referido a la llamada legítima formal. Bajo este nombre se engloban nuevas limitaciones que el causante ha de respetar en beneficio de sus hijos. Se trata, en concreto, de que los legitimarios no sean omitidos en el testamento, debiendo ser mencionados, bien para dejarles algo en satisfacción de la legítima, bien para desheredarlos justamente.

En cierto sentido, puede decirse que los legitimarios tienen derecho a ser tenidos en cuenta en el testamento, aun cuando sea para desheredarlos⁶³. Frente al incumplimiento de este deber por parte del testador, podrán reaccionar mediante el ejercicio de la acción de preterición, recogida en el artículo 814 del Código Civil.

Conforme a lo anterior, resulta necesario para el causante, mencionar al legitimario en su testamento para evitar así la preterición. En cuanto al modo en que debe realizarse esta mención, se ha venido diciendo que la alusión al legitimario en testamento ha de ser tal que demuestre que el causante, en el momento de disponer, ha tenido en cuenta a aquel legitimario concreto. Es preciso que del testamento se desprenda que la mención se hace con la conciencia de tratarse, no ya de un legitimario, pero sí de un pariente en el grado que le confiera derecho a legítima⁶⁴.

Ahora bien, la omisión o no mención testamentaria de los legitimarios sancionada por la preterición puede deberse a dos motivos diversos: a que el testador no quiere dejarle nada a un determinado legitimario y ni siquiera desea citarlo, asemejándose este caso a una desheredación tácita; a que el testador, por olvido, error o descuido, no mencionó a alguno de sus legitimarios, pero si no hubiese padecido ese olvido o ese error, o no hubiese sido descuidado, lo habría mencionado y dejado algo en satisfacción de la legítima.

Es evidente que no merecen igual tratamiento las dos situaciones anteriores, y las sanciones de una y otra deben ser diversas⁶⁵. A esto responde la distinción entre preterición intencional —la voluntad del testador es no dejar nada, ni siquiera citar a un legitimario— y preterición no intencional —se omite a un legitimario por error u olvido—.

⁶²Cfr., “Comentario al artículo 817 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, op. cit., p. 232.

⁶³Cfr. TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima en el Código Civil”, *Tratado de legítimas*, op. cit., p. 61.

⁶⁴Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, tomo II, op. cit, pp. 180-181.

⁶⁵Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, “Comentario al artículo 814 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, op. cit., p 193-200.

En la actualidad, tras una reforma de 1981, los dos tipos de preterición aparecen recogidos en el artículo 814 del Código Civil.

ii) La preterición de doña Matilde. Del supuesto resulta que doña Matilde, mujer de don Benicio hasta su muerte, no fue mencionada en el testamento de este último.

Aun cuando la legítima del cónyuge viudo sea peculiar en cuanto a su contenido —no se debe en plena propiedad, sino sólo en usufructo—, este carácter no dispensa al testador del deber formal de citar a este legitimario en el testamento. Don Benicio no lo hizo, y por ello su testamento se halla viciado por la preterición de su mujer, doña Matilde.

En este punto sería necesario examinar si la preterición que ha sufrido doña Matilde debe calificarse como intencional o no. Existen dos buenas razones para considerar que esa preterición ha sido intencional: el testamento abierto fue otorgado ante Notario, quien advertiría de la posible preterición del cónyuge al testador; y la esposa ha convivido con el causante durante toda su vida y lo siguió haciendo hasta el fallecimiento de éste, siendo prácticamente imposible que el testador la olvidara en el momento de otorgar testamento. Así pues, podría presumirse que la preterición de la esposa atiende al deseo del causante de omitirla y no a un error, descuido o imprevisto. Mirado de esta manera, se hace difícil imaginar algún caso de preterición no intencional del cónyuge.

Tal vez esa dificultad de imaginar supuestos en los que el testador pueda incurrir en preterición no intencional de su cónyuge, haya llevado a la doctrina a considerar que a la preterición del cónyuge, así como a la de los ascendientes, aun cuando fuese no intencional, sólo cabe aplicarles la régimen previsto en el artículo 814.I del Código Civil, referido a la preterición intencional⁶⁶.

La conclusión se impone si se tiene presente que el régimen de la preterición no intencional se abre refiriéndose literalmente a la no mención de hijos o descendientes (artículo 814.II del Código Civil).

Así pues, es necesario detenerse en el régimen previsto en el artículo 814.1º del Código Civil, que indica lo siguiente: *«la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias»*.

⁶⁶Cfr., RIVERA FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 814 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil, Código Civil Comentado*, vol. II, op.cit., p. 845. Podría tener lugar la preterición errónea en el siguiente supuesto: el causante, después de haber naufragado el barco en el que viajaban con su esposa, revoca el testamento que había otorgado en el pasado, y en el que instituía en todos sus bienes a su mujer, por creerla muerta. En el nuevo testamento instituye a por partes iguales a todos sus sobrinos, omitiendo toda mención a la mujer, que cree fallecida. Posteriormente se tiene noticia de la sobrevivencia de la mujer, sin que el testador tenga ya capacidad para modificar el testamento últimamente otorgado. En este caso, tal vez deba acudir al régimen del error testamentario (artículo 767 del Código civil).

En esta norma se observa la voluntad del legislador de no anular todas las disposiciones del testador, sino que, guiado por el principio de favorecer la conservación de la voluntad del testador, evita sólo el perjuicio de la legítima⁶⁷.

Como ha dicho algún autor, el cónyuge recibe su legítima mediante la reducción de los efectos de la institución de herederos u otras disposiciones⁶⁸.

En caso de ejercicio de la acción de preterición, el contenido patrimonial a que tiene derecho el preterido se obtiene a través de sucesivas reducciones, que siguen el orden normal esto es, se comienza por la institución de heredero, dirigiéndose, subsidiariamente, contra los legatarios y, agotados los legados, contra los donatarios.

Sin embargo, en el caso presente no es posible que doña Matilde reclame su legítima viudal frente al heredero, por tres razones: porque la instituida en la herencia es ella y no pueden exigirse derechos contra uno mismo; porque ha tenido que ejercitar la acción de reducción frente al legado inoficioso que recibió Aureliana para poder cubrir el mínimo legal que le correspondía al fallecido Feliciano; porque la legítima viudal recae sobre el tercio de mejora (artículo 834 del Código Civil), y quien es la mejorada es Aureliana.

Así pues, doña Matilde, a lo recibido como consecuencia del ejercicio positivo del *ius delationis* recibido por transmisión, puede acumular el usufructo legal que le corresponde como viuda de don Benicio. Para ello ejercitará la acción de reducción del legado de Aureliana, quien deberá permitir la constitución del usufructo sobre lo que le corresponda por razón de ser la destinataria del tercio de mejora. Como el derecho de doña Matilde recaerá necesariamente sobre una parte de la empresa, lo que no parece conveniente por las tensiones que puedan originarse, tal vez Aureliana deba plantearse la conmutación del usufructo por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, cosa admitida por el artículo 839 del Código Civil.

ii) ¿La simple mención de Maita en el testamento excluye la preterición? Se trata simplemente de responder a la cuestión de si basta mencionar testamentario al legitimario en el caso en que se hayan realizado atribuciones en vida que cubran, en parte o en todo, lo que por legítima le corresponda. La respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Y es que ya se ha visto que el artículo 815 del Código Civil permite que la legítima sea satisfecha por cualquier título gratuito, incluida la donación —lo que corrobora el artículo 819—, bastando que el testador recuerde en sus últimas voluntades esa donación para excluir la preterición del legitimario donatario⁶⁹. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones⁷⁰.

⁶⁷Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, op. cit., p. 393.

⁶⁸Cfr. MASIDE MIRANDA, *La legítima del cónyuge supérstite*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989, p. 211.

⁶⁹Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, op. cit., p. 605.

⁷⁰Cfr. STS de 20 de febrero de 1981 (RJ 1981/584) y de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001/1484).

III. 5. Elementos de internacionalidad.

Debido a la existencia de distintos elementos internacionales presentes en el caso —así, el piso radicado en Ginebra— es necesario determinar los Tribunales que habrán de ser competentes para conocer de las controversias que puedan surgir, así como determinar la ley que deberán aplicar los Tribunales para la resolución de los conflictos.

A continuación, son analizados cada uno de estos elementos.

A) Competencia judicial internacional y Derecho aplicable en la sucesión internacional.

FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO señalan que «la autonomía del Derecho Internacional Privado en materia de sucesiones, se asienta, de un lado, sobre la consideración patrimonial de los bienes que componen la sucesión, cuya regulación escapa de una concepción real de los bienes considerados *uti singuli*. Por otro lado, esta misma opción indica la importancia que el elemento personal adquiere, en especial en un sistema de tradición romanista, como es el español»⁷¹.

De lo anterior se deduce el predominio del elemento personal sobre el elemento real, que da lugar a un sistema español de Derecho Internacional Privado con caracteres específicos, asentado en los principios de unidad y universalidad.

Para conocer los Tribunales a los que corresponde la competencia judicial internacional en el presente caso, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 22.2 y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este caso se atiende a la dimensión autónoma para conocer la competencia judicial internacional, pues no existe norma convencional alguna que regule en el ámbito de la sucesión *mortis causa* la competencia judicial internacional⁷².

Así pues, en lo relativo a la competencia judicial internacional, junto a los foros generales del domicilio del demandado y de la sumisión expresa o tácita, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece dos foros especiales: el último domicilio del causante en territorio español, o la existencia de bienes inmuebles en España.

Es comprensible que primero de los foros especiales citados, ya que parece obvio que será allí donde se encuentra mayoritariamente ubicado el patrimonio del causante y donde se presume que éste haya llevado a cabo sus actos de última voluntad. Sin embargo, el segundo de los foros especiales mencionados resulta criticable, pues pueden producirse situaciones complejas, en las que un inmueble radicado en España constituya una parte económicamente poco importante del patrimonio del causante; a pesar de ello, los Tribunales españoles podrán atraer para sí el conocimiento del conjunto de la sucesión.

⁷¹FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 452

⁷²En cuanto a la dimensión institucional, ha sido elaborado el Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Sin embargo, dicho Reglamento todavía no se encuentra en vigor.

De esta forma, ante un posible conflicto, la competencia judicial internacional en el presente caso correspondería a los Tribunales españoles, bien porque el último domicilio del causante se encontraba en España, bien porque existían en España tres bienes inmuebles integrantes de la empresa.

Esos principios de universalidad y unidad también son predicables en el ámbito del Derecho aplicable, al establecer el artículo 9.8 del Código Civil que la sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes —ya sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales— y del país en que éstos se encuentren.

En relación con la ley aplicable, hay que distinguir dos aspectos: el formal y el relativo al contenido de las disposiciones testamentarias.

Así, en el ámbito formal, es de aplicación el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, en el que se entiende que la capacidad de testar es una cuestión de forma, pues su artículo 5 prescribe que la edad y las demás circunstancias personales del testador son cuestiones de forma a las que se le aplicará las normas de conflicto de leyes previstas en dicho Convenio.

El artículo 1 del Convenio se orienta clara e inequívocamente por el principio de *favor negotii*. La validez formal del testamento deber ser admitida si así lo contempla una de las leyes internas: a) del lugar en que el testador hizo la disposición, b) de la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento; c) del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento; e) respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados (artículo 1). En nuestro caso, tanto el lugar en el que el causante otorgó el testamento, como la nacionalidad que poseía en el momento de otorgarlo y al momento de su fallecimiento permiten conocer que la Ley aplicable en materia de forma del testamento es la ley española.

En cuanto al contenido de las disposiciones testamentarias —es decir, todos los aspectos relativos a la validez, derechos y obligaciones derivadas de la sucesión, distintos a la forma o a la capacidad— éstas se rigen por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, de manera que en este caso, deberá aplicarse el Derecho español⁷³.

Es necesario recordar que, si bien la ley nacional del causante es la reguladora de gran parte de las cuestiones en materia de sucesiones —personas llamadas a suceder, orden de la sucesión, cuantía de las legítimas y sus destinatarios, alcance de la aceptación, etcétera—, hay una que queda excluida, la relativa a los derechos del cónyuge superviviente. Aun cuando se trate de una cuestión sucesoria, el último inciso del artículo 9.8 del Código Civil somete dicha cuestión a la ley aplicable a los efectos del matrimonio identificada de acuerdo con su artículo 9.2.

⁷³Como el sistema español es un sistema plurilegislativo, la ley aplicable a la sucesión será la determinada por la vecindad civil de conformidad a los artículos 14 a 16 del Código Civil, lo que ya ha sido objeto de estudio al inicio del trabajo.

B) Competencia judicial y Derecho aplicable en la compraventa internacional.

En este caso, son varios los elementos internacionales presentes: la compraventa tiene por objeto un inmueble radicado en Ginebra, y la parte compradora es una constructora inglesa.

En este ámbito, el Reglamento (CE) nº 44/2001 sobre la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil —también denominado Reglamento “Bruselas I”— es el seguido en el sistema español para la determinación de las obligaciones contractuales.

Este Reglamento no desconoce las relaciones que los Estados miembros habían entablado con los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein) por medio del Convenio de Lugano celebrado en 1988, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, realizado al tiempo que el Convenio de Bruselas de 1968.

Dada esta interrelación, tanto el Convenio de Lugano de 2007, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como el Reglamento «Bruselas I» son de aplicación, no sólo a los Estados miembros de la Unión europea, sino también a los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Para conocer a quién corresponde la competencia judicial internacional y cuál es la ley que han de aplicar los Tribunales competentes hay que distinguir dos supuestos:

a) Si lo que se discute es el contrato de compraventa del inmueble radicado en Ginebra, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 5.1 del Reglamento «Bruselas I», el cual establece que la competencia judicial internacional en materia de contratos se atribuye a los Tribunales del lugar en que *«hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda»*.

Para determinar por tanto cuáles son los Tribunales dotados de competencia judicial internacional, sería necesario conocer previamente el lugar en que la obligación habría de ser cumplida. Como no se tienen datos de ello, se entenderá que dicha competencia corresponde a los Tribunales españoles, pues normalmente para concretar el lugar de cumplimiento de esa obligación deben aplicarse los preceptos reguladores de esta cuestión contenidos en el Derecho aplicable al contrato, que como se verá a continuación, es el Derecho español. Sin embargo, si el propio contrato indicara el lugar de cumplimiento de dicha obligación, habrá que estar a lo dispuesto en el mismo.

En cuanto al Derecho aplicable, hay que remitirse al Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales —también llamado Reglamento «Roma I»—, pues, a pesar de no ser Suiza Estado miembro de la Unión Europea, este Reglamento tiene vocación universal y, por ello, *«la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro»*.

En primer lugar, este Reglamento permite a las partes elegir el Derecho aplicable a su contrato internacional —que si bien podría aplicarse a nuestro caso, nada se dice sobre una posible elección de la Ley aplicable por las partes—. En su defecto, el Reglamento, en su artículo 4, otorga al Tribunal y a las partes distintos criterios para

hallar el Derecho aplicable al contrato: el de la prestación característica, el de los vínculos más estrechos y el de la cláusula de excepción.

En este sentido, cada contrato tiene una prestación que lo caracteriza y lo diferencia de los demás tipos contractuales. El Reglamento dispone en el artículo 4.1 unas reglas especiales para determinados contratos. Sin embargo, nuestro caso no entra en alguno de esos supuestos, por lo que habrá que acudir a lo dispuesto en su apartado 2, que establece como Ley aplicable la de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. También permite, a través de la cláusula de excepción, que a partir del conjunto de circunstancias que rodearon ya la celebración del contrato ya la ejecución del mismo, se derive claramente que el contrato presenta los vínculos más estrechos con otro Ordenamiento jurídico (artículo 4.4 del Reglamento «Roma I»).

En nuestro caso, la prestación característica, consistente en la entrega de la propiedad del piso al comprador, la ha de realizar el vendedor. Por ello, será la ley de la residencia habitual de doña Matilde, esto es, la ley española, la que deba aplicarse para resolver todo lo relativo a las obligaciones derivadas del contrato de compraventa internacional.

b) Por otra parte, si lo que se pretende conocer es la competencia judicial internacional en materia de derechos reales inmobiliarios y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, es necesario tener presente el artículo 22.1 del Reglamento «Bruselas I», el cual atribuye la competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado donde el inmueble se hallare sito, lo que en relación con nuestro caso llevaría tal competencia a los Tribunales suizos.

Con relación a la Ley aplicable, en ausencia de un convenio internacional que regule tal cuestión, el artículo 10.1 del Código Civil determina la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes, ya sean muebles o inmuebles, siendo ésta la del lugar donde éstos se hallaren sitios.

Por lo tanto, si el conflicto proviene del contrato de compraventa del bien inmueble, se aplicará la Ley española y serán competentes los Tribunales españoles. Si por el contrario, la controversia entra en el ámbito de los derechos reales o de los arrendamientos de inmuebles la competencia se atribuye a los Tribunales suizos y la Ley aplicable será la del Estado suizo.

C) Competencia judicial y Derecho aplicable en la cesión de crédito derivado del juego.

También en este caso, existe un elemento de internacionalidad. Elemento que en este supuesto es personal, pues el crédito resulta de una partida de póquer entre el causante y un ciudadano de nacionalidad norteamericana.

A pesar de lo anterior, no parece existir ningún elemento de internacionalidad relevante, pues con posterioridad a la muerte del acreedor, se realizó por su esposa la cesión del crédito, siendo las partes integrantes del contrato españolas, y celebrándose en territorio español, por lo que no parece surgir ningún problema de Derecho Internacional Privado.

IV. SOBRE LA OPORTUNIDAD HISTÓRICA DEL SISTEMA DE LEGÍTIMAS Y LA CONVENIENCIA DE MANTENERLO EN EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

IV. 1. Introducción.

Para una mayor claridad en la exposición de esta materia, se comenzará exponiendo las razones del surgimiento histórico de las legítimas, cuyos precedentes se remontan, en lo que se refiere a nuestro entorno cultural, a la época clásica de la jurisprudencia romana.

A continuación se aludirá a algunos argumentos en contra y a favor del mantenimiento de las legítimas en el actual ordenamiento jurídico.

Por último, se transcribirá en este texto un fragmento de una ley visigoda referida al establecimiento de una cuota legitimaria.

IV. 2. El surgimiento de la legítima y su oportunidad histórica.

Si la legítima ha de considerarse como institución-límite a la libre disposición del causante, es fácil considerar como un precedente remoto de la misma las primeras limitaciones de carácter formal que obligaban al testador en el Derecho Civil romano.

Y es que, aunque éste contase con total libertad para disponer de su patrimonio *mortis causa*, determinadas personas, los *heredes sui*, no podrían ser preteridos en el testamento, debiendo el testador mencionarlos, bien para instituirlos herederos, bien para desheredarlos, aun sin justificación. La sanción que merecía la preterición de estas personas variaba según se tratase de un hijo varón o de una hija o nietas, desde la nulidad total del testamento, debiéndose abrir la sucesión *ab intestato*, hasta la rectificación del mismo para dar entrada a estas últimas⁷⁴.

La razón de esta regla tal vez deba encontrarse en las siguientes palabras: «dada la importancia que reviste la institución de heredero como sucesor del causante, su designación exterioriza una especial afección o confianza por parte del testador, de modo que lo esperable es que aquélla recaiga entre los descendientes que han permanecido bajo la patria potestad, y a falta de éstos, entre personas vinculadas al testador por parentesco»⁷⁵.

Así pues, ante la gran transcendencia de la institución de heredero como continuador en la jefatura familiar, parece oportuna que se imponga al testador la obligación de mencionar al menos a los *heredes sui*, si bien contando con total libertad en orden a su institución o desheredación.

⁷⁴Cfr., D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., pp. 339-340.

⁷⁵FERNÁNDEZ BARREIRO, "Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana", *Foro Gallego*, núm. 195, 2006, p. 99.

La legítima como parte reservada de la herencia en contra de la desheredación injustificada sólo aparece a partir del siglo I a. C.⁷⁶. Este es un dato de gran importancia para justificar el mantenimiento de las legítimas en la actualidad.

La reclamación de esta *portio* se encauza a través de un procedimiento especial ante el tribunal de los *centumviri*, donde parece que los retóricos eran expertos en presentar al padre que nada dejaba a sus hijos como un demente, considerándose tal acto contrario al *officium pietatis*⁷⁷.

Es un lugar común considerar que la razón del surgimiento de la *querella inofficiosi testamenti* es la decadencia de la antigua moralidad en el uso de la libertad de testar⁷⁸. La percepción de una cuota igual a la cuarta parte de la herencia (límite semejante al previsto en la *Lex Falcidia*) excluía la posibilidad de ejercitar esta acción.

La configuración de la legítima quedará fijada tras la aparición de la Novela CXV de Justiniano que, por lo aquí interesa, excluirá la posibilidad de desheredar libremente, exigiendo que el legitimario a quien se pretenda desheredar incurra en algunas de las causas graves previstas en la propia ley y fijando una cuota variable, según el número de legitimarios que concurren, que éstos han de percibir siempre. En gran medida, las codificaciones del siglo XIX se verán muy influidas por esta definitiva configuración⁷⁹.

Frente a este sistema de libertad de testar, normalmente se alude a los sistemas germánicos —que ejercieron su influencia en nuestro ordenamiento histórico— en los que la posibilidad de disponer de parte del patrimonio no existe o se reduce a lo mínimo, siendo la propia ley la que prevé el destino de los bienes a la muerte de su titular. Tal vez, esta forma de organizar el fenómeno sucesorio esté en consonancia con la configuración familiar de la propiedad. Se dice que los hijos del causante son verdaderos copropietarios de la casa y de la tierra que se trabajan y, por tanto, a la muerte del padre no reciben más que lo que ya tenían en vida⁸⁰.

Es posible que tras haberse desmoronado la administración romana, en el territorio español se viviese este sistema germánico de sucesión forzosa, y hasta parece que los fueros dan prueba de ello. Pero con la introducción del Derecho romano por medio de la labor legislativa del rey Alfonso X, siendo tremendamente relevante en esta materia la Partida Sexta, la configuración histórica de las legítimas en nuestro país se realizó guardando las proporciones góticas pero con la configuración y funcionamiento de la legítima romana⁸¹.

⁷⁶Cfr., FERNÁNDEZ BARREIRO, “Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana”, op. cit., p. 100.

⁷⁷Cfr., D’ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., pp. 349-350.

⁷⁸Cfr., D’ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., pp. 349-350; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código Civil*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, p. 34.

⁷⁹Cfr., FERNÁNDEZ BARREIRO, “Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana”, op. cit., p. 79.

⁸⁰Cfr., GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código Civil*, op. cit., pp. 43-44.

⁸¹Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo I, op. cit., pp.523-527.

De esta experiencia histórica del Derecho castellano, fueron alejándose algunos ordenamientos forales, en especial por la necesidad de mantener el patrimonio familiar —“la casa”—, cuya división imponía la legítima castellana, al limitar la libre disposición a un quinto de la herencia y exigir el reparto igualatorio entre los legitimarios; eso sí, pudiendo hacer uso entre los hijos de la facultad de mejorar a alguno de ellos en un tercio de los cuatro quintos de sucesión forzosa.

En este sentido destaca la experiencia de Navarra, donde la legítima es puramente simbólica, o la de Cataluña, donde la legítima se redujo a un cuarto de la herencia, y además se admitió el pago en dinero⁸². Este es otro dato que puede tomarse de la experiencia histórica y traerse a la actualidad, esta vez, para justificar la necesidad de abandonar el sistema legitimario.

Durante la codificación española, la elevada cuantía de la legítima, llevó a algunos juristas, especialmente a los procedentes de regiones con Derecho foral o especial, a cuestionar la conveniencia de mantener el sistema legitimario histórico de Castilla, así como a defender la necesidad de reconocer la libertad de testar. Finalmente, se optó por una solución intermedia: mantener el sistema legitimario castellano aunque ampliando la libertad de disposición del testador⁸³.

IV.3. El mantenimiento en la actualidad del sistema legitimario.

VALLET DE GOYTISOLO ha recopilado los argumentos favorables y contrarios al mantenimiento del sistema legitimario que durante la etapa codificadora fueron empleados. Estos argumentos responden a consideraciones de distinto orden: político, sociológico, económico, familiar, moral⁸⁴.

Las razones presentadas tienen, en ocasiones, mucho más de político que de jurídico y aparecen referidas a una sociedad completamente diversa a la actual —fundamentalmente rural y no urbana—, por lo que, en cierto modo, el interés que puedan presentar algunas de ellas ha decaído.

En la actualidad la conveniencia de la legítima debe enfrentarse a varios argumentos contrarios.

El primero de ellos, de carácter sociológico, aparece resumido de manera brillante por CARRASCO PERERA: «la legítima de “dos tercios” tiene sentido en una sociedad en la que la expectativa de sobrevivencia es baja, con una frecuencia estadística importante de casos en que hijos menores o adolescentes pierden al progenitor sin haber alcanzado una edad que les permitía labrarse su propio futuro. No tiene tanto sentido cuando la expectativa de sobrevivencia es lo bastante alta como para dar lugar a que los hijos hereden a sus padres en una etapa avanzada de la madurez de aquéllos. Además, en tales circunstancias es ya muy posible que los hijos hayan recibido en vida bienes bastantes —especialmente la inversión paterna en educación

⁸²Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, op. cit., pp. 53-54.

⁸³Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo I, op. cit., p. 527.

⁸⁴Cfr., VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, op. cit., pp. 25-49.

superior, que en el Código Civil no se consideraba pago de la legítima en vida, o el pago de alimentos no debidos, por haber llegado el hijo con exceso a su mayoría de edad— como para haber colmado toda expectativa sucesoria razonable»⁸⁵.

Se trata de un argumento difícilmente contestable. Si acaso puede oponérsele que tampoco es infrecuente que un padre se desentienda por completo del cuidado y educación de sus hijos, en especial si son fruto de relaciones extramatrimoniales. Asimismo, en ocasiones los hijos suman su trabajo y esfuerzo en la empresa o explotación que sus padres han fundado o heredado, colaborando estrechamente padre e hijo, y en estos casos, al menos instintivamente, repugna que el hijo responsable pueda quedarse sin recibir beneficio alguno en la herencia de su padre porque éste así lo ha decidido arbitrariamente.

Otro argumento frecuente en contra del mantenimiento de la legítima, esta vez, de carácter más familiar es el siguiente: la legítima puede suponer un premio para hijos irresponsables que no se han desatendido del cuidado de unos padres ancianos, indicando que no se puede privar al padre de dejar la totalidad de la herencia al hijo que demuestre cariño y afecto por ellos⁸⁶.

A esto se le puede oponer dos argumentos: que lo propio sería establecer nuevas causas de justa desheredación, para que el padre desasistido pueda asegurarse que el hijo que incumpla sus deberes filiales no recibirá nada de su herencia; que en ocasiones, la falta de relación entre padres e hijos no se debe a la mala conducta de estos últimos, sino a la de los primeros.

Por último, también se utiliza en contra del mantenimiento del sistema legitimario del Código Civil el argumento de que las legítimas de los hijos dificultan enormemente la transmisión unitaria de un patrimonio agrícola o empresarial, revelándose necesaria la división del mismo para satisfacer aquéllas⁸⁷.

Ya se ha indicado más arriba que en los territorios con Derecho Civil propio, la experiencia histórica sobre la legítima es diversa a la castellana, siendo esos ordenamientos más favorables a la libertad de testar. La explicación hay que buscarla precisamente en la necesidad de mantener indivisa “la casa” en la sucesión de cada jefe de familia⁸⁸.

⁸⁵CARRASCO PERERA, “Acoso y derribo de la legítima hereditaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, junio, 2003, p. 3.

⁸⁶Cfr., CARRASCO PERERA, “Acoso y derribo de la legítima hereditaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, junio, 2003, p. 3.

⁸⁷Cfr., LUNA SERRANO, “Proyecciones de la libertad de testar. A propósito de la actualización del Derecho civil de Vizcaya”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 552-557; PARRA LUCÁN, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Madrid, 2009, p. 471.

⁸⁸Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, “La conservación del *fundus intractus* como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (1968), t. XVI, p. 603.

Podría contestarse que si bien es cierto lo anterior, la existencia de patrimonio familiares era más importante durante la etapa codificadora que en la actualidad, debido al carácter eminentemente rural de la sociedad de aquél momento; y entonces no se consideró adecuado la eliminación del sistema legitimario. Y si bien es cierto que algunas regiones de Derecho foral admitieron a través de una experiencia multiseccular la libertad de testar como instrumento útil para evitar la fragmentación de este tipo de patrimonio, también lo es que en otras regiones sometidas al Derecho del Código Civil se consiguió tal fin, el mantenimiento de “la casa”, con la creación de figuras originales, como ocurrió en Galicia con “la mejora de labrar y poseer”.

Asimismo, el propio Código Civil dispone reglas que permiten flexibilizar la rigidez de la legítima, sobre todo mediante la admisión de su pago en metálico. Ahí están los artículos 821, 829 o 1.056.II del Código Civil.

De todo lo anterior se desprende que existen buenos argumentos a favor y en contra del mantenimiento de la legítima en la actualidad. Tan sólo un último apunte: para resolver esta discusión de manera prudente es necesario tener presente que, al ir estrechamente ligadas las legítimas a los deberes de carácter familiar, debe procederse siempre de acuerdo con el clima moral de la sociedad de que se trate⁸⁹; recordemos que la aparición de la *querella inofficiosi testamenti* aparece en Roma en un momento de decadencia moral.

IV. 4. Fuentes históricas sobre la legítima.

Una de los ordenamientos de mayor importancia en la historia de España es el *Fuero Juzgo*, versión romanceada del antiguo cuerpo de leyes *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum*, dado por el rey Recesvinto⁹⁰.

El libro IV del *Fuero Juzgo* aparece dedicado a la materia de sucesiones, herencias y tutelas. En concreto, en el Título V de dicho Libro consta una ley, la 1ª, dedicada a justificar la imposición de la legítima gótica antes descrita, a saber, quinta parte de libre disposición y posibilidad de mejorar a algún hijo o nieto en el tercio. La transcripción es la siguiente: «*Quando nos entendemos algunas cosas maslfechas, devemos poner término a las que son de venir. E porque algunos son que biven sandiamiente, e despienden mal sus cosas, e dánlas á las personas estrannas, e tuellenlas á los fijos é á los nietos si razón (...). Mas que el pueblo non pierda lo que non deve, ni los padres sean sin piedaz á los fijos ó á los nietos cuemo non deven; por ende tollemos la ley antigua que demandaba al padre y á la madre, y al avuelo y al avuela dar su buena á los estrannos si quisies, y a la mujer que fiziese en sus arras lo que quisiese; é mandamos por esta ley, que se debe guardar daqui adelante, que no los padres no los avuelos non pueda fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los fijos ni los nietos non sean desheredados de la buena de los padres y de los avuelos onde mandamos que si el padre ó la madre, el avuelo o el avuela, quisier meioar alguno de los fijos ó de los nietos de su buena no les pueden dar más de la tercia parte de sus cosas de meioria; ni pueda dar á omme estranno de su buena fuera si non oviere fijos ó nietos, en tal manera que si el padre ó la madre, ó el avuelo ó el avuela, de aquella*

⁸⁹Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I, op. cit., p. 49.

⁹⁰Cfr., MONTANOS FERRÍN, *El Derecho en la Historia de España*, Editorial Universitas, Madrid, 2009, p. 272, n. 5.

tercia de sus cosas diere alguna cosa á los fijos ó á los nietos speciamentre, aquello será estable cuemo le fuese mandad; ni el fijo ni la fija, ni el nieto lo oviere daquela terciã non puede ende fazer nenguna cosa, si non lo que mandó el padre ó el abuelo. E si aquel que á fijos ó nietos si quisiese dar á la iglesia ó á otros logares de su buna puede dar la quinta parte de lo que o vier sin aquella terciã».

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, tomo I: Introducción y Parte General, 17ª ed., Edisofer, Madrid, 2006.

- *Curso de Derecho Civil*, tomo V: Derecho de Sucesiones, 9ª ed., Edisofer, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Legítimas y derecho interregional”, *Tratado de legítimas*, Altelier, Barcelona, 2012.

BOSCH CAPDEVILA, E., “Comentario al artículo 1.006 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1527-1533.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

CAPILLA RONCERO, F., “Comentario al artículo 818 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil, Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 862-871.

CARRASCO PERERA, A. F., “Acoso y derribo de la legítima hereditaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, junio, 2003, p. 3.

D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Eunsa, Pamplona, 2004.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana”, *Foro Gallego*, núm. 195, 2006, pp. 70-117.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 6ª ed., Ediciones El Faro, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código Civil*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

GARCÍA RUBIO, M. P., “Comentario al artículo 756”, *Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 628-638.

GÓMEZ CALLE, E., “Comentario al artículo 767 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 681-686.

HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm., 50, 2004, pp. 93-138.

LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones*, tomo I: Parte General. Sucesión Voluntaria, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1976.

- *Derecho de sucesiones*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1973.

LUNA SERRANO, A., “Proyecciones de la libertad de testar. A propósito de la actualización del Derecho civil de Vizcaya”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 549-561.

MARTÍN PÉREZ, J. A., “Comentario al artículo 661 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 256-260.

MASIDE MIRANDA, J., E., *La legítima del cónyuge supérstite*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989.

MONTANOS FERRÍN, *El Derecho en la Historia de España*, Editorial Universitas, Madrid, 2009.

PALAZÓN GARRIDO, M. L., *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2005.

PARRA LUCÁN, M.A., “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 467-599.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. III, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1984.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., “Comentario al artículo 682 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 335-339.

ROJO, A., “El Establecimiento Mercantil”, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 99-137.

SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 31ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima en el Código Civil”, *Tratado de legítimas*, Altelier, Barcelona, 2012.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “La conservación del *fundus intractus* como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (1968), t. XVI, pp. 595-636.

- *Panorama del Derecho Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1973.

- *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo I: Fundamentos, Civitas, Madrid, 1982.

- *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, vol. I y II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

- “Comentarios a los Artículos 806 a 857”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XI, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

- “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VIII, 1954, pp. 5-140.

VALLET MAS, “El empresario creador y el futuro de su empresa”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIV, 1908, pp. 193-250.