



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

SOCIEDAD DE GANANCIALES Y HERENCIA

RAQUEL TRIGO NÚÑEZ JUNIO 2016

Vº.Bº

DR. Marcos A. López Suarez

ÍNDICE

I. HECHOS QUE MOTIVAN EL SUPUESTO.....	Pág. 1
II. ANÁLISIS DE LA VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES Y DE LOS HIJOS	
1. Consideraciones generales para la determinación de la vecindad civil. Reforma del Código Civil de 1990.....	Pág. 2
2. La vecindad civil de Don Pedro y Doña Carmen.....	Pág. 5
2.1 <i>Vecindad civil de Don Pedro</i>	Pág. 5
2.2 <i>Vecindad civil de Doña Carmen</i>	Pág. 5
3. Vecindad civil de Laura y Rodrigo.....	Pág. 6
3.1 <i>Vecindad civil de Laura</i>	Pág. 7
3.2 <i>Vecindad civil de Rodrigo</i>	Pág. 7
III. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	
1. La vecindad y el régimen económico matrimonial. Reforma de 1990.....	Pág. 7
2. Regímenes matrimoniales que regula nuestra ley.....	Pág. 9
3. Criterios para la elección del régimen económico matrimonial.....	Pág. 10
4. Repercusiones.....	Pág. 11
IV.DETERMINACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS BIENES	
1. Bienes gananciales y bienes privativos.....	Pág. 12
2. Calificación y justificación de los bienes y derechos.....	Pág. 13
3. Efectos del fallecimiento de Doña Carmen.....	Pág. 16
3.1 <i>Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales</i>	Pág. 16
3.2 <i>Destino del ajuar de la vivienda habitual</i>	Pág. 18
3.3 <i>Consecuencias derivadas del accidente de Doña Carmen</i>	Pág. 1

V. DETERMINACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LOS BIENES DE DON PEDRO TRAS SU FALLECIMIENTO

1. Ley aplicable para la determinación de la titularidad de los bienes de Don Pedro.
Legítimas..... Pág. 19
2. Herencia yacente..... Pág. 21

VI. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES TRAS LA APERTURA DE LA HERENCIA

1. Sucesión de Don Pedro..... Pág. 21
 - 1.1 *Sucesión testada de Don Pedro*..... Pág. 21
 - 1.2 *Sucesión intestada de Don Pedro*..... Pág. 23
2. La Sucesión de Doña Carmen..... Pág. 25
 - 2.1 *La sucesión testada de Doña Carmen*..... Pág. 25
 - 2.2 *La sucesión intestada de Doña Carmen*..... Pág. 27

VII. PARTICIÓN DE LA HERENCIA

1. Partición en el Derecho Común..... Pág. 28
 - 1.1 *Partición de la herencia testamentaria*..... Pág. 28
 - 1.2 *Partición de la herencia ab intestato*..... Pág. 32
2. Partición de la herencia en el derecho especial de Galicia..... Pág. 32
 - 2.1 *Partición de la herencia testamentaria*..... Pág. 32
 - 2.2 *Partición de la herencia ab intestato*..... Pág. 34

VIII. CONCLUSIONES..... Pág. 36

IX. BIBLIOGRAFÍA..... Pág. 40

ANEXO NORMATIVO

ANEXO JURISPRUDENCIAL

I. HECHOS QUE MOTIVAN EL SUPUESTO

I. Don Pedro García, mayor de edad, originario de Aranjuez (Madrid) y Doña Carmen Fernández, mayor de edad, nacida en los Gigantes (Santa Cruz de Tenerife) contrajeron matrimonio en Toledo (Castilla-La Mancha) el 30 de septiembre de 1980. Ambos cónyuges se instalan en Mojácar donde Don Pedro posee una hacienda del siglo XVIII heredada de su padre, Don Francisco, lugar donde decide fundar una empresa textil, Multium.

II. Durante estos años Doña Carmen, a pesar de trabajar en una importante multinacional, montó en los terrenos propiedad de su marido una explotación ganadera que constaba de veinte vacas, vendiendo la leche a un proveedor local y amortizando así los costes y consiguiendo ahorrar.

III. El 24 de octubre de 1982 tuvieron a su primera hija, Laura, en Mojácar.

IV. En 1987 Doña Carmen asciende en la empresa a un puesto de alta dirección, momento en el cual le ofrecen una vacante en A Coruña, donde la entidad tiene su sede central. En esta fecha, Multium creció mucho y tenía un volumen de facturación considerable, por lo que Don Pedro decide trasladar la empresa a la ciudad gallega e instalarse con su familia allí.

V. Dos años después, el matrimonio adquiere una vivienda en la Avenida de la Marina, número 14 con fondos provenientes de la venta de dos propiedades heredadas de Don Pedro y una hipoteca por importe de 250.000 € titularidad de ambos cónyuges.

VI. El 25 de Enero de 1.990 Doña Carmen dio a luz al segundo hijo de la pareja, Rodrigo.

VII. En 1.991 Don Pedro, por falta de tiempo para dedicárselo a su familia y viendo el alto crecimiento de su empresa, decide ceder a Don Felipe Rols, un viejo amigo, parte de la dirección a cambio de un 20% de participación en ella. Tras cerrar el trato se fueron al Casino Real, donde cada uno gana 1.700 €.

VIII. Doña Carmen falleció el 22 de febrero 1995 en un accidente de tráfico cuando regresaba del trabajo desde el País Vasco. La empresa para la que trabaja Carmen llega a un acuerdo con Don Pedro por el cual en vez de pagarle la cantidad íntegra de la indemnización laboral, consecuencia del accidente, se le ingresará una renta periódica en una cuenta conjunta titularidad de Pedro y Carmen.

IX. El 6 de Marzo de 2018 Don Pedro García fallece en su domicilio de A Coruña dejando una deuda por la hipoteca del piso de 150.000 €, dos propiedades heredadas de su padre (una en Mojácar y otra en Barcelona), y un local comercial sito en A Coruña donde radicaba el domicilio social de Multium, propiedad de Pedro en un 80 %.

II. ANÁLISIS DE LA VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES Y DE LOS HIJOS

1. Consideraciones generales para la determinación de la vecindad civil. Reforma del Código Civil de 1990.

La vecindad civil es la condición o cualidad de los españoles que determina la aplicabilidad de algunos de los ordenamientos civiles que coexisten en nuestro país¹. La coexistencia de diferentes Derechos civiles en un mismo territorio nos obliga a tener que determinar que personas están sometidas a cada uno de ellos, y esta función es la atribuida por el ordenamiento a la vecindad civil².

La vecindad civil viene siendo considerada por la doctrina como un estado civil, lo que determina la aplicabilidad del régimen jurídico propio del estado civil, así como la atribución a la vecindad de los caracteres³ que de éste se predicán⁴. Desde el punto de vista del contenido la vecindad civil designa la ley personal de los españoles que conforme al art. 9Cc. : *Regirá “la capacidad y estado civil , los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”*

El código civil regula la adquisición de la vecindad civil en sus artículos 14 y 15, respetando de forma estricta la igualdad entre los sexos y la igualdad entre las legislaciones civiles respecto de la adquisición de una de ellas por el ciudadano extranjero.

El artículo 14 del Código civil dispone:

“1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.

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

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

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

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

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

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

5. La vecindad civil se adquiere:

1.º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su

¹En España coexisten las siguientes vecindades especiales o forales: la gallega, la navarra, la vasca, la de las Islas baleares, La valenciana, la aragonesa, la Catalana y la Extremeña.

²PARRA LUCÁN M.A., *Curso de derecho civil (I) Derecho privado de la persona.*, Tercera edición., Ed. Colex., Madrid, 2008, p. 495.

³Caracteres: Carácter personalísimo, contemplado como materia de orden publico y regulado por normas imperativas.

⁴ DURÁN RIVACOB A R., *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales.*, Ed. Dykinson SL. Madrid 1992 p. 27.

voluntad.

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

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

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

La ley establece diferentes formas de adquisición de la vecindad civil. Los criterios que contempla el art. 14 Cc. son:

En primer lugar se atribuye la vecindad civil por nacimiento, art.14.2 y 3 párrafo primero Cc., el Código civil da entonces prioridad al *ius sanguinis*⁵ pero solo en la medida en que sea compatible con el principio de igualdad entre los progenitores. Si no fuese compatible con el *ius sanguinis* la ley señala otros criterios subsidiarios.⁶

El Código civil señala otras formas de adquisición por las que puede modificar la vecindad civil. Así establecen supuestos de opción (que en la reforma por la ley 11/1990 se ven ampliados respecto de la legislación anterior: del hijo mayor de catorce años del cónyuge separado.) y de cambio de vecindad civil por residencia (que proceden de la redacción anterior del código civil)⁷.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito de la nacionalidad la ley no utiliza la expresión vecindad de origen no puede atribuirse motivo por el cual no puede atribuirse distintos efectos a la vecindad adquirida por el nacimiento de la que se posee en virtud de un cambio posterior. Sin embargo para DELGADO ECHEVARRIA precisar cuál es la vecindad atribuida en el momento del nacimiento tiene transcendencia, para así determinar la ley personal del hijo conforme a los arts. 9.4 y 16.1 del Cc.

El principio de igualdad declarado en la Constitución española es una de las materias que más transformaciones jurídicas ha sufrido el Derecho español, especialmente la rama civil, lo que a su vez motivaría numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, e incluso también del Supremo⁸.

La dependencia de la vecindad civil de la mujer respecto del marido fue introducida por la jurisprudencia española incluso antes de la entrada en vigor del código civil, con arreglo a la Sentencia de 27 noviembre de 1868⁹.

La doctrina, sin embargo, se mostró indecisa en la solución: mientras una parte apostaba por la pérdida de vigor directa o sobrevenida del precepto a la luz de la disposición derogatoria tercera: "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta constitución" otra parte reclamaba una ley o resolución para entenderla suprimida, como vino a suceder en Italia¹⁰.

Una de las causas inmediatas que promovió la reforma de las reglas generales sobre atribución de la vecindad civil de los ciudadanos, fue la desigualdad existente entre hombre y mujer en este ámbito. El cambio supuso la armonización del principio de igualdad.

La promulgación de la ley 11/1990 sobre el tema de la igualdad de sexos resultó tardía ya que ya habían transcurrido 12 años desde que se promulgara la Constitución.

⁵Ius sanguinis del latín "derecho de sangre" es el criterio jurídico que puede adoptar un ordenamiento para la concesión de la nacionalidad. (art. 14.2 y 3, pfo. primero Cc.).

⁶Art. 14.3 Cc. Atribución voluntaria por los padres, lugar de nacimiento o vecindad común.

⁷PARRA LUCÁN M.A., *Curso de derecho civil (I) Derecho privado derecho de la persona.*, cit. p. 499

⁸Véase Sentencia TC 18 de septiembre de 1989, Sentencia del 30 octubre de 1989 y Sentencia del tribunal Supremo 21 de diciembre 1989 .

⁹DURÁN RIVACOBA R., "El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales" cit. p.44

¹⁰Sentencia de la Corte Constitucional de 31 de marzo de 1978.

Una de las iniciativas más destacadas fue la proposición de ley a cargo del grupo parlamentario de minoría catalana, bajo al rubrica de “los efectos del matrimonio en la vecindad civil” que fue presentada poco después de aprobarse la constitución. En la misma cabe destacar las primeras jornadas de derecho Catalán y el Congreso de Jurisconsultos sobre Derechos Civiles Territoriales en la constitución¹¹. Por último mencionar las proposiciones del grupo parlamentario socialista en el año 1985 y del senado, año 1989, y el proyecto de nuevo Título Preliminar de Código civil elaborado por la Comisión General de codificación¹².

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986, reconoce el carácter anticonstitucional de la norma y determina *interim* como un criterio provisional de imputación de la vecindad civil de la esposa el de residencia, en su fundamento tercero.

“Sobrevenida la Constitución de mil novecientos sesenta y ocho, su artículo cincuenta y tres uno proclama que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades y cualquier ciudadano podrá recabar su tutela si se hallan en sede del artículo catorce y Sección primera del Capítulo segundo por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo cual y el número tres de su disposición derogatoria enseñan, sin lugar a duda, que se impone la aplicación directa de la Constitución mediante la también directa derogación de la totalidad de las regulaciones anteriores a ella. Por tanto, rige desde la Constitución su artículo catorce que proclama la igualdad de los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Nace así el problema de si, a la luz de esa eficacia directa del principio de no discriminación por razón de sexo debe prevalecer, para determinar el régimen económico del matrimonio, en el supuesto de los números dos y tres del artículo noveno extensible al Derecho interregional por la regla primera del artículo trece, la Ley personal del varón. Se ha propuesto como criterio alternativo para la determinación del régimen económico matrimonial cuando los contrayentes tienen diferente ley personal, la sustitución de la ley personal del marido por otro punto de conexión que pudiera ser el de la residencia habitual de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, inspirándose para ello en el párrafo primero del artículo ciento siete introducido por la Ley treinta/mil novecientos ochenta y uno, de siete de julio”.

El preámbulo de la ley del 15 de octubre de 1990 declara su intención de eliminar las discriminaciones por razón de sexo que aún perduraban en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad.

“La Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, llevaron a cabo sustanciales reformas del Código Civil en materia de patria potestad, filiación y relaciones conyugales, adaptando sus preceptos, entre otros, al principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 32 del texto constitucional.

Pese a la modernización que han representado las citadas leyes, así como la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción, el Código Civil sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo.

La presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la

¹¹ Tuvo lugar en Zaragoza el 29 al 1 de septiembre de 1981.

¹² DURÁN RIVACOBAR., “El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales” cit. pp.18-21.

legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”.

La disposición transitoria de la ley de 15 de octubre de 1990:

“La mujer casada que hubiere perdido su vecindad civil por seguir la condición del marido podrá recuperarla declarándolo así ante el registro civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta ley”.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la materia estudiada forma parte del estado civil de las personas¹³, pues entre otras cuestiones proyecta su relevancia sobre la capacidad de los individuos, y no solo constituye un simple dato para determinar la sujeción a un conjunto de preceptos de derecho privado aunque una cosa implique la otra.

2. La vecindad civil de Don Pedro y Doña Carmen

2.1 Vecindad civil de Don Pedro

D. Pedro, mayor de edad, es originario de Aranjuez, y por lo tanto ostenta nacionalidad española. Así para determinar su vecindad civil habrá que atender a lo dispuesto en el artículo 14.1 del Código civil para discernir si éste está sujeto al Derecho Civil Común o al Especial.

Ésta nace en Aranjuez por lo tanto aplicamos el criterio de *ius soli* es decir, el del lugar de nacimiento, así su vecindad será la del Derecho Común. Tras casarse con Doña Carmen en 1980, en Toledo, y fijar su vivienda habitual en Mojácar, Don Pedro continúa manteniendo el derecho común ya que Andalucía no tiene fuero especial. Pues el art. 14.4 Cc., especifica que contraer matrimonio no altera la vecindad civil.

Tras su mudanza a Coruña, dos son las opciones que podían suceder: la primera sería que Don Pedro hiciese una declaración de voluntad expresa en el sentido de que su vecindad civil fuese la gallega, la haría en el Registro Civil y siempre que hubiese acreditado su residencia de forma continuada durante dos años. Sin embargo en el supuesto nada se dice en este sentido por lo que, Don Pedro sí adquiriría la vecindad civil gallega pero por el transcurso del tiempo, es decir, ya que Don Pedro ha vivido de forma continuada en Coruña durante 10 años (art.14.5.2 del Cc.) automáticamente y sin haber hecho declaración en contrario adquiere la vecindad civil gallega.

2.2 Vecindad civil de Doña Carmen

Doña Carmen, originaria de los Gigantes, Tenerife, posee vecindad civil de derecho común ya que las Islas Canarias no tienen un fuero especial.

En 1980 se casa con Don Pedro, y según el Código civil en ese año la mujer adquiriría por razón de matrimonio la vecindad civil del marido.

Art. 14.4 Cc., *“La mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados, la de su padre, y, en defecto de éste, la de su madre.”*

Esto fue debatido en su momento ya que se consideraba que era una ley que discriminaba por razón

¹³DÍEZ PICAZO, L.,y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, Tomo I Madrid 1990., p. 329

de sexo, que iba en contra del derecho fundamental de igualdad de la constitución española.

En el preámbulo de la ley 15 de octubre de 1990 declara su propósito de eliminar las discriminaciones que por razón de sexo que aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad. *“La disposición transitoria de la ley 11/1990 concedía en favor de las mujeres casadas que hubiesen perdido si vecindad civil a causa del matrimonio (por el antiguo art. 14.4) del código, el poder de recuperarla gracias a una declaración registral oportuna en el plazo de un año a partir del 18 de octubre de 1990 fecha de su publicación. Obsérvese que dicha prerrogativa se otorgó para readquirir la última vecindad que les era propia de solteras, y solo regía si el cambio a deshacer proviniera del matrimonio, y no de otra coyuntura¹⁴”.*

Atendiendo a lo expuesto, Doña Carmen -tras la celebración del matrimonio- adquiriría la vecindad civil de Don Pedro que, en este caso, coinciden: ambos poseen la del Derecho Común. Sin embargo, cabe decir que tras la reforma la mujer podría adquirir de nuevo la suya, siempre y cuando lo declarase en el plazo de un año tras la entrada en vigor de la ley. Aun así, en este supuesto al tener la misma vecindad civil antes y después del matrimonio esta opción es innecesaria.

Es importante mencionar aquí el art.14.4 ya que en la actualidad el matrimonio no altera la vecindad civil aunque si da la opción de que cualquiera de los cónyuges puedan adquirir la vecindad civil del otro.

En el año 1987 se muda a Coruña donde vive hasta su fallecimiento en 1995. Así según el art. 14. 5 del Cc., Doña Carmen podría haber adquirido la vecindad civil gallega si hubiese hecho una declaración de voluntad expresa en el Registro Civil al haber residido de forma continuada en Galicia durante dos años. Al no constar tal declaración, Doña Carmen mantiene la vecindad civil originaria aplicándosele el derecho común por haber transcurrido únicamente 7 de los 10 años que se exigen para la adquisición automática por residencia.

3. Vecindad civil de Laura y Rodrigo

Los hijos siguen la vecindad civil de los progenitores respecto de los cuales su filiación haya sido determinada y, en su defecto, rige la propia del lugar de nacimiento quedando como criterio subsidiario el de la vecindad del derecho común. Así lo dispone el párrafo primero del artículo 14.3 del Cc: *“Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.”* Remitiéndonos al caso estudiado al tener los progenitores idéntica vecindad civil bien, ésta sea de origen, o por adquisición (de ambos mediante, residencia, optando uno por la del otro) ésta se atribuye necesariamente a los hijos. El problema sin embargo se suscita mientras no concurra la circunstancia, pues el principio de igualdad veda conceder una vis atractiva sobre la vecindad del hijo a la propia de uno de los padres, que siempre traería consigo una discriminación por motivo de sexo, cualquiera que fuera el sentido de la elección¹⁵.

¹⁴DURÁN RIVACOBAR., *El nuevo régimen de vecindad civil y los conflictos interregionales*, cit. p.48.

¹⁵DURÁN RIVACOBAR., *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, cit. pp.30-31.

3.1 Vecindad civil de Laura

El 24 de Octubre de 1982 nace en Mojácar Laura, de Don Pedro y Doña Carmen. Para conocer la vecindad civil de ésta tendremos que acudir a lo preceptuado en artículo 14.2 Cc. que dispone que: *“Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.”*

Así, Laura tendrá la vecindad civil del derecho común pues sus padres tienen la misma vecindad civil. Si esto no fuera así Laura adquiriría la del progenitor que hubiese determinado antes la filiación o la del lugar de nacimiento y, en su defecto, la vecindad de derecho común. Sin embargo, por haber residido de forma continuada en A Coruña durante 10 años su vecindad varía, adquiriendo la vecindad civil gallega (art.14.5 Cc.).

Cabe añadir que, según el art.14.3 párrafo tercero, el cambio de vecindad de los padres no alterará la de los hijos, por lo que si Don Pedro o Doña Carmen hubiesen hecho la declaración de voluntad en el Registro Civil al haber transcurrido 2 años desde su mudanza la vecindad civil de Laura no hubiese cambiado.

3.2 Vecindad civil de Rodrigo

El 25 de enero de 1.990 nace en Galicia Rodrigo, hijo de Don Pedro y Doña Carmen. Por lo tanto, aplicando el criterio de lugar de nacimiento, Rodrigo tendrá directamente vecindad civil gallega, aunque como los padres tienen vecindad de derecho común podrán otorgarle la vecindad civil de cualquiera de ellos siempre que no hayan transcurrido seis meses desde su nacimiento como dispone el art. 14.3 Cc., párrafo segundo: *“Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.”*

II. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

1. La vecindad y el régimen económico matrimonial. Reforma de 1990

En el ordenamiento jurídico español coexisten diferentes legislaciones civiles: por un lado, el Código Civil de carácter estatal y, por otro, derechos forales que tienen carácter territorial. El art. 14.4 del Cc dispone que *“la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”*. Para la determinación del régimen económico matrimonial se tendrá en cuenta la vecindad civil de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio.

El ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas que se unen en matrimonio un conjunto de normas reguladoras de las relaciones económicas o patrimoniales de los cónyuges y también entre estos y terceras personas denominado, Los regímenes económicos matrimoniales. Todos los matrimonios tienen que tener un régimen económico, incluso para aquellos casos en los que los cónyuges no hayan otorgado capitulaciones matrimoniales. Para estos casos la ley les impone un régimen subsidiario obligatorio por lo tanto, no existe ningún matrimonio que no tenga régimen económico.

Para conocer, entonces, el régimen económico del matrimonio habrá que atender a la vecindad civil

de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, pues este será el momento en el que se fije el régimen que va a regir las relaciones económico-patrimoniales de los mismos, sin perjuicio de la posible modificación que, posteriormente, podría tener lugar por el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales¹⁶.

Los regímenes económicos matrimoniales aparecen regulados en el art. 1315 CC y siguientes. El matrimonio da lugar al conjunto de efectos entre los cónyuges y también extiende su influencia a la esfera patrimonial.

La regulación jurídica del matrimonio en el ámbito patrimonial constituye el régimen jurídico de la economía conyugal, el régimen que disciplina los bienes matrimoniales y también, en algunos aspectos, los bienes privativos de cada cónyuge, ya que éstos también quedan afectados por la unión conyugal de sus titulares. No se trata solo de que los bienes sean gananciales o privativos sino también que la gestión de los bienes comunes corresponda conjuntamente a ambos o a uno solo de ellos y de que en relación con los bienes privativos, pueda tener o no cierta intervención del otro cónyuge¹⁷.

Las distintas legislaciones podrán adoptar posturas diversas, tanto sea admitir el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales reguladoras del régimen económico donde los cónyuges estimen adecuado hacerlo así o no dando así margen a la autonomía de la voluntad incluso en defecto de capitulaciones matrimoniales establecer así un régimen supletorio¹⁸.

Cuando el matrimonio no otorgue capitulaciones matrimoniales existe un régimen subsidiario obligatorio que es el de gananciales según lo dispuesto en el art. 1.316 del CC: *“a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”*. Las distintas legislaciones territoriales podrán adoptar otra postura, por ejemplo en el caso de Cataluña a falta de capitulaciones regirá el régimen de separación de bienes

También puede darse el supuesto de que los cónyuges otorgasen capitulaciones matrimoniales en las que simplemente hagan constar que en su matrimonio no regirá el sistema de gananciales sin determinar otro régimen. Esta cláusula no vulnera lo dispuesto en el art. 1328 del CC que establece que *“será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”*. Por lo tanto, tendrá plena validez.

El régimen supletorio de segundo grado previsto por el legislador en el Código Civil es el de separación de bienes¹⁹. El artículo 1435.3 CC dispone que para la determinación del régimen económico matrimonial *“existirá entre los cónyuges separación de bienes: cuando se extinga constantemente matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto”*.

Es importante hacer referencia a los matrimonios celebrados después de entrar en vigor la constitución ya que en este supuesto Don Pedro y Doña Carmen se casan en 1980 con la Constitución ya en vigor.

El abogado del Estado que intervino en la cuestión de inconstitucionalidad, (núm. 1724/1995) señaló

¹⁶ PEREZ MARTÍN A.J., *Tratado de derecho de familia tomo V volumen I “régimen económicos matrimoniales constitución funcionamiento disolución y liquidación primera edición*, Ed. Lex Nova, Valladolid Febrero 2009

¹⁷ ALBADALEJO M., DÍAZ ALABART S., *Curso de derecho de familia tomo IV duodécima edición*, Ed. Edisofer S.L Madrid 2013. p.120

¹⁸ PEREZ MARTÍN A.J., *Tratado de derecho de familia tomo V volumen I “régimen económicos matrimoniales constitución funcionamiento disolución y liquidación primera edición*, Cit. pp. 49-50

¹⁹ No hay más supletorios, de forma que si los interesados quieren excluir ambos, el de gananciales y el de separación, han de establecer otro, o remitir a otro legal por el que regirse, y si no lo hacen, aunque excluyan aquéllos, su matrimonio se regirá por el primero.

que este tema “había sido abordado por el Tribunal Supremo, el cual ha entendido que debe acudirse a la ley residencial habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio” También hizo referencia a la STS de 6 de octubre de 1986 (Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 1724/1995) en la que finalmente entendió que era de aplicación la normativa anterior, aun así apuntó la posibilidad de aplicar la ley de residencia común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio: “Se ha propuesto como criterio alternativo para la determinación del régimen económico matrimonial cuando los contrayentes tienen diferente ley personal, la sustitución de la ley personal del marido por otro punto de conexión que pudiera ser el de la residencia habitual de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, inspirándose para ello en el párrafo primero del artículo 107 introducido por la ley 30/1981 de 7 de julio.

La falta de vecindad común atraería la aplicación de este punto de conexión por vía de analogía inspirada en el número uno del artículo cuarto y de algún modo en el número uno del tercer del Código Civil, prediciendo dicho punto de conexión ya abriéndole el camino, el efecto derogatorio del número 3 de la disposición de esa clase de la constitución²⁰”²¹

El matrimonio se celebró con anterioridad a la reforma del art. 9.2 del Cc -llevada a cabo por la Ley 11/1990 de 15 de octubre- por lo que, el régimen económico del matrimonio es el del lugar de residencia tras sus celebración²².

2. Regímenes matrimoniales que regula nuestra ley

Los regímenes que regula nuestra ley son tres: gananciales, participación y separación de bienes. En el régimen de gananciales la idea principal es establecer una comunidad de ganancias, es decir, un sistema de comunidad parcial: junto a los bienes propios de cada cónyuge se formará una masa compuesta por las ganancias que los casados obtengan después de su unión, por los rendimientos que proporcionen, por los bienes comunes y también por los propios de cada uno.

El régimen de participación tiene como idea principal que cada cónyuge conserve sus bienes con los rendimientos que éstos produzcan y cualesquiera otros bienes que ellos adquieran y las ganancias que obtenga, aunque cada cónyuge tiene derecho a participar en cierta proporción en los beneficios del otro (en principio la mitad).

Por último, el régimen de separación de bienes no se centra solo en la absoluta separación de bienes entre el patrimonio de uno y otro, sino que en el régimen de participación también hay separación e incluso en el régimen de gananciales la hay en referencia a los bienes privativos de cada cónyuge, pues lo que hace diferente éste régimen es que los beneficios de cada esposo son para él solo²³.

²⁰Véase también sentencia número 39/2002 de 14 de febrero Tribunal Constitucional (RTC 2002/39)

²¹PEREZ MARTÍN A. J., *Tratado de derecho de familia tomo V volumen I* Cit. p.112

²²Sentencia Audiencia Provincia, Barcelona, sec. 12 (a). 11 de noviembre de 2005

²³ALBADALEJO M., DÍAZ ALABART S., *Curso de derecho de familia tomo IV duodécima edición, cit.* p.123

3. Criterios para la elección del régimen económico matrimonial

Los criterios para escoger el régimen económico matrimonial son:

A) Para el caso de que coincida la vecindad civil de los cónyuges no se plantea ningún problema ya que el Código Civil establece que será el que el matrimonio establezca en capitulaciones matrimoniales o a falta de capitulaciones matrimoniales será el régimen de gananciales.

Artículo 1315 Cc.: *“El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”*.

Artículo 1316 Cc.: *“A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”*.

B) Otro criterio es el régimen económico que se aplique por la ley persona o de la residencia habitual de ellos, elegida por ambos en documento autentico otorgado antes de la celebración del matrimonio. Esta opción fue introducida en la reforma del Código Civil efectuada por la ley 11/1990 de 15 de octubre, precisando que la opción sólo puede efectuarse entre el régimen que prevé con carácter subsidiario la vecindad civil, del futuro esposo, o de la futura esposa, pero no puede escogerse otro régimen distinto.

A diferencia de lo establecido en el Código Civil para las capitulaciones matrimoniales que requieren escritura pública²⁴, en este caso si se realiza en documento privado, para su eficacia, en caso de negarse alguno de los cónyuges será necesario probar su autenticidad.

C) El tercer criterio es el de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Es el más común de los supuestos, la norma de conflicto que hay que aplicar dado el deber de convivencia que impone el art. 68 Cc., a los cónyuges, éstos tienen la obligación de fijar un domicilio conyugal de mutuo acuerdo.

(art.68Cc.: *“Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”*).

No obstante por cuestiones laborales la sociedad actual ha provocado que en muchos matrimonios los cónyuges tengan dos lugares de residencia, por lo tanto no existe una residencia habitual común. Al no existir residencia habitual común, hay que pasar al siguiente criterio para la elección de régimen económico matrimonial, que es el lugar de celebración del matrimonio.

D) Por último, a falta de pacto entre los cónyuges habrá que atender al lugar de celebración del matrimonio. Esta norma se aplicará en los casos en los que los cónyuges tienen distinta vecindad civil y no establezcan de forma inmediata un domicilio común.

En conclusión, los criterios de elección de régimen económico matrimonial operan de forma sucesiva: en primer lugar la vecindad civil común como conexión principal, la autonomía de la voluntad como conexión subsidiaria de primer grado, y la conexión local (lugar de celebración del matrimonio) como conexión final, de cierre o cobertura²⁵. Es preciso tener presente que tratan de criterios excluyentes, es decir, si ambos cónyuges tienen la misma vecindad civil no pueden elegir como ley aplicable a los efectos de su matrimonio la ley de residencia habitual de cualquiera de ellos o la ley de lugar de celebración del matrimonio.

Aplicando lo citado a nuestro caso, Don Pedro y Doña Carmen ni antes ni después de la celebración del matrimonio otorgan capitulaciones matrimoniales y, al encontrarse bajo la misma vecindad civil

²⁴Código Civil, Art. 1327

²⁵ALBADALEJO M., DÍAZ ALABART S., *Curso de derecho de familia tomo IV duodécima edición, cit. p.121*

se les aplica el derecho común. Así el régimen económico matrimonial aplicando el artículo 1316 del CC, es el régimen de gananciales.

4. Repercusiones

Es frecuente que los cónyuges que contrajeron matrimonio en un lugar sometido a derecho común, con el tiempo, se trasladen a residir a un territorio donde rige el derecho foral pudiéndose modificar su vecindad civil. El art. 9.2 del CC, guarda silencio en relación con la conservación del régimen económico matrimonial en función de posibles cambios en la vecindad. Sin embargo desde la Sentencia de 6 de octubre de 1986, (ROJ: 7687/1986) “ *la inmutabilidad del régimen económico matrimonial se apoya en su naturaleza jurídica, siendo una consecuencia propia o derivada de la celebración del matrimonio y sin relación alguna con la voluntad de los contrayentes ya que la establece la ley vigente al contraerse el matrimonio y, como ha cuidado de resaltar la mejor doctrina, siguiendo los ordenamientos europeos, responde a los principios de unidad e inmutabilidad que son principios generales del derecho especialmente desde el punto de vista de los derechos adquiridos, a salvo siempre la posibilidad de capitular que negara esta Sala en su sentencia de dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro fundada en el principio del respeto a los derechos adquiridos, el orden público y el fraude de ley*””, quedó claro que el régimen económico queda determinado en el momento en que se contrae matrimonio y que los posteriores cambios de residencia de los cónyuges carecen de eficacia para modificarlo, únicamente el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales podrá alterar el régimen económico.

En el momento que se tiene establecido un régimen económico matrimonial, si los cónyuges realizasen actos de manera consciente o inconsciente, contrarios al régimen instaurado, estos actos no cambiarán el régimen económico matrimonial previamente dispuesto²⁶.

Tras la determinación de la sociedad de gananciales según art. 1344 Cc.: “*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*”. Es decir que los bienes gananciales pertenecen en copropiedad a ambos cónyuges desde el momento de su adquisición individual o conjunta.

El art. 1345 Cc. estipula que: “*La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones*”.

El establecimiento de éste régimen por parte de los cónyuges supone que serán bienes gananciales siempre:

Artículo 1347 Código civil:

- “1. ° *Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.*
2. ° *Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.*
3. ° *Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.*
4. ° *Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.*
5. ° *Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354*”.

²⁶Sentencia Tribunal Supremo 1 de octubre de 1988 y Sentencia Tribunal Supremo 4 de septiembre de 1997.

La sociedad de gananciales tiene una serie de cargas y obligaciones, los bienes gananciales están al interés de la familia y atendiendo al art. 1362 Cc.²⁷ serán cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas:

- 1) el sostenimiento de la familia y la alimentación y la educación de los hijos
- 2) la adquisición tenencia y disfrute de los bienes comunes
- 3) la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges (en atención a que los frutos y rentas de éstos, en correspondencia, se consideran gananciales)
- 4) la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión arte u oficio de cada cónyuge (pues las ganancias obtenidas en ellos son bienes gananciales).

Por último en referencia a la disposición²⁸ y administración²⁹ de los bienes, en defecto de pacto capitular al respecto, corresponde a ambos cónyuges, por el principio de igualdad conyugal.(art. 1375Cc.).

III.DETERMINACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS BIENES

1. Bienes gananciales y bienes privativos

La concreción de las masas ganancial y privativas de los cónyuges aparece determinada en los arts. 1346 a 1360 del Cc., con un carácter derogable, ya que en capitulaciones podrán establecerse las variaciones que se estimen convenientes, pudiéndose pactar un régimen más amplio de comunicado, al contrario, reducir el ámbito de la comunicación legal de ganancias.

El esquema de atribución de las adquisiciones efectuadas por los cónyuges a los distintos patrimonios que coexisten en la sociedad gira sobre dos preceptos principales, los arts. 1346 Cc., y 1347Cc., y doce artículos más que recogen normas diversas de ganancialidad o privatividad arts. 1348 a 1360 Cc., y un precepto de cierre, el 1361 Cc., que contempla la llamada presunción de ganancialidad.

El Código civil contiene una serie de reglas dirigidas a determinar qué bienes de los cónyuges se integran en el patrimonio común, y cuales forman los patrimonios privativos.

A veces el Código civil habla de bienes derechos como preceptos autónomos y distintos, pero lo habitual es que cuando habla de bienes se comprendan integrados los derechos.

Por lo tanto la diferencia entre bienes y derechos desde un plano puramente económico es simplemente de género a especie³⁰.

²⁷Artículo 1362 Código Civil: “1.a El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación., 2.a La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 3.a La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. 4.La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.”

²⁸Son aquellos que implican enajenación o gravamen, y que, en definitiva, significan bien una subrogación real o una minoración o aumento de patrimonio.

²⁹Se consideran, en sentido estricto, los de conservación y defensa de los bienes y aquellos encaminados a que los bienes produzcan sus frutos normales.

³⁰ MEDINA DE LEMUS M., *Comentarios al código civil III libro segundo, títulos de I a VIII.*, (JOAQUÍN RAMS

A continuación se determina la naturaleza de los bienes y derechos que aparecen en el supuesto objeto de estudio haciendo pero, en primer lugar, haré una diferenciación teórica entre los bienes de carácter privativo y los bienes de carácter ganancial.

En el sistema ganancial conviven 3 patrimonios separados: los privativos de cada cónyuge y el ganancial o masa común. El código civil en los artículos 1346 y 1347 integra los bienes de cada uno de los patrimonios:

Se integran en el patrimonio privativo de cada cónyuge, los bienes enumerados en el art. 1346 Cc:

“Son privativos de cada uno de los cónyuges:

- 1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.*
 - 2.º Los que adquiriera después por título gratuito.*
 - 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.*
 - 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.*
 - 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles ínter vivos.*
 - 6.º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.*
 - 7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.*
 - 8.º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.*
- Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho”.*

Aparte de ésta enumeración general, el Código civil también contiene en los artículos 1348 Cc.: *“Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito”,* y 1357 Cc.: *“Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.*

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354”, casos específicos de bienes privativos.

El artículo 1347 Cc. determina que *“Son bienes gananciales:*

- 1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.*
- 2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.*
- 3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.*
- 4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.*
- 5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354”.*

Aparte de lo expuesto el art. 1355 del Cc.: *“Artículo 1355 Cc., “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquirieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en*

que se satisfaga. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”, da la posibilidad de que los cónyuges de mutuo acuerdo puedan darle otro carácter a los bienes.

Por su parte el artículo 1353Cc., exige el consentimiento de ambos cónyuges para atribuir carácter general a una adquisición a título gratuito.

2. Calificación y justificación de los bienes y derechos

Examen de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes y derechos del matrimonio formado por Don Pedro y Doña Carmen.

I. Hacienda del siglo XVIII sita en Mojácar (Almería) que Don Pedro heredó de su padre.- Habrá que estar a lo dispuesto en el art. 1346.1 Cc. que preceptúa que: “*Son privativos de cada uno de los cónyuges: 1. ° Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad*”. Por lo tanto la hacienda en Mojácar que hereda D. Pedro tiene carácter privativo ya que se encontraba dentro de su patrimonio antes de que empezase la sociedad.

II. Empresa Multium.-

Tras la celebración del matrimonio, en 1980, D. Pedro funda en Mojácar la empresa textil Multium, por lo que atender a lo dispuesto en el art. 1347.5 Cc.: “*Son bienes gananciales: Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354*”. De este modo y como la empresa es fundada durante la vigencia de la sociedad de gananciales es un bien ganancial.

En el supuesto de que la empresa fuese fundada con capital privativo y común correspondería pro indiviso a la sociedad de gananciales y a Don Pedro en valor a las aportaciones realizadas según establece el art. Art. 1354 Cc.: “*Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*”. Pero el supuesto en ningún momento se hace referencia a esto por lo que la empresa es ganancial al formarse durante la vigencia de la sociedad.

III. Ganancias que D. Pedro obtuvo de la empresa Multium.-

Serán gananciales según el art. 1347.1 Cc: “*Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges*”.

IV. Explotación ganadera fundada por Dña. Carmen en los anexos de la hacienda propiedad de su marido.-

En este punto habrá que analizar dos extremos: en primer lugar el carácter ganancial o privativo del negocio en sí, y por otro lado los utensilios así como las cabezas de ganado que forman parte de la explotación.

En primer lugar, el negocio de Dña. Carmen es ganancial ya que lo crea durante la vigencia de la sociedad ya sea con caudal privativo o ganancial. (art. 1347.5 Cc.).

En segundo lugar, las vacas fueron adquiridas por Dña. Carmen aunque sean compradas después del establecimiento del régimen, el art. 1346.8 Cc., cita que los instrumentos necesarios para la realización del oficio, aunque su adquisición se hayan realizado con

fondos comunes será la sociedad acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho. Aun así las ganancias que estas vacas le producen a Dña. Carmen vendiendo la leche y los ahorros que genera a raíz de esta mini explotación tendrán carácter ganancial (art. 1347.1Cc.)

V. Ingresos que Doña Carmen obtuvo de vender la leche.-

En el supuesto se dice que sí se obtienen beneficios al decir que Doña Carmen consigue ahorrar, esos ingresos serán de carácter ganancial según lo establecido en el artículo 1347.1 Cc.

VI. 1989. Vivienda sita en Coruña, avd. De la Marina.-

Esta vivienda fue comprada con los beneficios obtenidos tras la venta de dos propiedades de D. Pedro y la hipoteca titularidad de ambos cónyuges por valor de 250.000 euros.

Es importante tener en cuenta que la vivienda de La Marina es la vivienda familiar, D. Pedro hace un desembolso de carácter privativo ya que el primer pago lo hace con el dinero que consigue tras la venta de dos propiedades de el, en este sentido, el primer pago se hace con dinero privativo de D. Pedro, el pago de las siguientes cuotas con el caudal común, por lo tanto la vivienda familiar de la calle de La Marina corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y a D. Pedro, art. 1354 Cc.: *“Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”*.

VII. Ganancias de juegos de azar por valor de 1700 euros obtenidos en el Casino Real de A Coruña por Don Pedro.-

Don Pedro en 1991 decide ceder parte de la dirección a su amigo D. Felipe Rols y en contraprestación le cede un 20% de la dirección a éste quedándose D. Pedro el 80% de la participación de su empresa. El mismo día que firman dicho contrato lo celebran jugando en el casino donde ganan cada uno 1700 euros, el dinero que ganó D. Pedro ese día corresponde a la sociedad de gananciales, como cita el precepto 1351 del Cc.: *“Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales”*.

VIII. Cuenta conjunta de los cónyuges.-

El dinero en cuentas corrientes abiertas a nombre de cualquier de los cónyuges con referencia a los saldos existentes a la disolución del régimen y no a los posteriores se presumen gananciales de acuerdo con el artículo 1361 del Código Civil, salvo prueba en contrario. En cuanto a la titularidad de las mismas, la doctrina jurisprudencial reitera que las cuentas corrientes bancarias expresan siempre una disponibilidad de fondos para los titulares de las mismas, pero no determina la existencia de un condominio sobre los saldos y sobre el origen común de los fondos. Lo importante es el origen de los fondos y no la titularidad de las cuentas corrientes.

Por lo tanto para considerar que son privativas de los fondos deben estos ser demostrados y probados, más allá de la titularidad de las cuentas. Aunque por otro lado, algunas audiencias que consideran que el hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta común sin reserva alguna destinada a satisfacer las necesidades familiares excluye cualquier posterior reembolso³¹. (Sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza sección 5, 12 de abril 2016, fundamento de derecho segundo): *“El primer tema discutido, aquel referente a la cuantificación de los bienes del causante, de los que la legítima conforma su cuarta parte,*

³¹Véase Sentencia número 203/ 2016 de 12 de abril. Fundamento de derecho segundo, Audiencia provincial de Zaragoza sección 5. Jur 2016/107721.

presenta a su vez una doble variante. La primera se refiere a la propiedad de las cantidades existentes en las cuentas corrientes bancarias, abiertas de forma y titularidad indistinta a favor del causante y su esposa. Reiterada Jurisprudencia, que se cita en la Sentencia del Juzgado, entre otras muchas que podrían recogerse del mismo tenor, señalan que aquella circunstancia --la titularidad indistinta-- sólo significa que cualquiera de los titulares de tales cuentas tiene facultades dispositivas frente al banco depositario, pero no constituye prueba respecto del posible origen del dinero en aquellas existente, que, llegado el momento, discutiéndose la propiedad, habrá que determinarse por la prueba que pueda practicarse sobre su procedencia o persona que los hubiera adquirido, debiendo estarse a lo que así se pueda demostrar, y en concreto al resultado de la prueba practicada sobre el particular, que es doctrina perfectamente aplicable al caso presente, en el que, la apertura de esas cuentas a favor de los cónyuges no es sin más significativa de la propiedad conjunta de dinero existente, sino que, por lo que ha sido dicho, ha de atribuirse al causante, no habiéndose demostrado por la demandada que poseyera bienes de clase alguna, o de metálico que pudiera justificar aquella pertenencia, o desempeño de alguna actividad remunerada, y la afirmación que se contiene en el motivo primero del recurso --"...El dinero, no olvidemos, puede provenir de muchas fuentes, como puede ser el premio de una lotería, de un dinero "prestado" por sus padres o por trabajo remunerado pero no asegurado..."-- no es precisamente exacta, ni puede ser acogida, pues, con referencia a aquellos concretos modos de posible adquisición que se citan en el escrito, cualquiera de ellos podría haber sido concretamente referido al caso concreto, y objeto por ello de la correspondiente prueba -el premio de la lotería, el contrato de préstamo, el trabajo desempeñado, y así cualquier otro--, pero esa prueba, perfectamente posible, aun cuando fuera indiciaria, con un genérico señalamiento del origen del dinero depositado en la cuenta que permitiera una somera indagación, no ha tenido lugar en modo alguno".

IX. Casa en Barcelona.-

A la propiedad de Barcelona también heredada de su padre Francisco, le sucede lo mismo que a la hacienda de Mojácar, por lo tanto vuelvo a aplicar lo que expresa el art. 1346.1 Cc., la propiedad de Barcelona tiene carácter privativo ya que se encontraba el patrimonio de D. Pedro. Antes de la celebración del matrimonio.

X. Local comercial sito en A Coruña, domicilio de la empresa Multium.-

Por último, D. Pedro al trasladar su empresa a A Coruña, compra un local comercial para instalar su empresa textil Multium.

La compra del local la hace mientras está vigente la sociedad de gananciales, el supuesto no especifica si ha utilizado capital privativo o capital común o ambos, yo doy por hecho que lo hace con capital privativo ya que el supuesto deja claro que la empresa Multium económicamente va muy bien, aun así como expresa el art. 1347. 5 Cc., que habla de los establecimientos o empresas que se formaron durante la vigencia de la sociedad de gananciales, dice que se entenderán gananciales, por lo tanto basándome en dicho artículo considero que el local es ganancial.

3. Efectos del fallecimiento de Doña Carmen

3.1 Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales

El Código civil establece que la sociedad de gananciales puede acabar de varias formas: De pleno derecho, o en virtud de decisión judicial a petición del cónyuge que proceda si concurre una causa de los que permiten solicitarla.

De pleno derecho según el art. 1392 Cc., “*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1. Cuando se disuelva el matrimonio., 2. Cuando sea declarado nulo., 3. Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges., 4. Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código*”.

En este caso lo que interesa son las de pleno derecho, el 1392.1 Cc., hace mención a la disolución del matrimonio y por lo tanto tras el fallecimiento de Dña. Carmen se disuelve el matrimonio.

Tras la disolución de la sociedad de gananciales por el fallecimiento de Dña. Carmen, se procede a la liquidación de la sociedad. Primero se inventariará su activo y su pasivo³², se pagará el pasivo - guardando la prelación que establece la ley-, y por último si queda activo se distribuirá entre el esposo que viva y los herederos del superviviente o de ambos si han muerto los dos.

Desde el momento en que se disuelve la sociedad de gananciales hasta el momento de su liquidación, los bienes que fueron en su momento gananciales pasan a constituir la comunidad post-ganancial, esta es una comunidad pro indiviso en la que cada cónyuge, ex-cónyuges, alguno de ellos y los herederos del otro o los herederos de ambos tienen una cuota la que le corresponde sobre la totalidad de la masa ex-ganancial y no sobre cada bien concreto³³.

En el artículo 1397 Cc., estipula cual será el activo de la sociedad: “*1.º Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución., 2.º El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados., 3.º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste*”.

En el pasivo habrán de comprenderse, según el art. 1398 Cc.: “*1. Las deudas pendientes a cargo de la sociedad., 2. El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad. 3. El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad*”.

En la aplicación del activo al pago del pasivo, la idea directriz del Código es la de que primera han de pagarse las deudas de la sociedad, y luego abonarse a los cónyuges lo que les corresponda contra ella por reintegros o indemnizaciones.

Tras haber realizado el inventario, se pagarán las deudas de la sociedad comenzando por las alimenticias pues tienen preferencia. Respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos como dispone el art. 1399 Cc.

En el caso de que no hubiese dinero en metálico suficiente para saldar las deudas podrán ofrecerse con tal fin adjudicaciones de bienes gananciales, pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide, se procederá a enajenarlos y pagar con su importe (art. 1400 Cc.).

El 1401, que: “*Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o*

³²Artículo 1396 Cc., “*Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.*”

³³Sentencia del Tribunal supremo sala de lo civil número 465/200 del 11 de mayo. RJ 2000/3926.

extrajudicial. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro”.

Una vez que hayan sido pagadas las deudas y cargas de la sociedad tendrá que hacerse la compensación que corresponda y los reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado.

Aplicando lo citado al supuesto que venimos realizando, tendremos que primero que realizar un inventario donde se separe activo y pasivo de la sociedad, dentro del activo tendrán que ir incluidos los bienes gananciales que existen en el momento de la disolución, luego se tendrá que hacer pago el pasivo, es decir las deudas que tuviese Dña. Carmen para con la sociedad y por orden de prelación de la ley hacer también los pagos debidos que tuviese a favor de los acreedores, tras haber realizado el pago de todas las deudas, si quedase remanente del activo, éste se distribuirá entre Laura y Rodrigo y D. Pedro, sus hijos y cónyuge supérstite.

3.2 Destino del ajuar de la vivienda habitual

Hecha la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, el artículo 1321.1 del Código civil reconoce al cónyuge supérstite, en este caso D. Pedro, el derecho a hacer suyo el ajuar que integra la vivienda habitual, es decir, el ajuar de la vivienda de A Coruña ya que al referirse el precepto a la “vivienda habitual común” quedan descartadas tanto las segundas residencias como las usadas exclusivamente por uno de los cónyuges. Este derecho se contempla sólo para el caso de disolución del matrimonio por muerte o declaración de fallecimiento y es de carácter irrenunciable si bien se admite el pacto en virtud del cual el viudo tenga derecho a una pensión o a una cantidad de dinero en lugar del ajuar.

El mobiliario y los enseres que se atribuyen al cónyuge supérstite son exclusivamente aquéllos que componen el ajuar de la vivienda habitual común, con independencia de su carácter ganancial, o privativo. Por lo tanto D. Pedro recibirá los enseres de la vivienda conjunta sin que éstos cuenten como pago que le corresponde por estar acogido al régimen de gananciales ni como pago que le corresponderá por herencia por causa de la muerte de cónyuge Dña. Carmen.

Según el art. 1321.2 Cc., quedan excluidos de la atribución al cónyuge supérstite las alhajas, los objetos artísticos o históricos, y en general aquellos que sean de extraordinario valor; lo cual se calificará atendiendo a la situación económica de la familia.

3.3 Consecuencias derivadas del accidente de Doña Carmen

Como consecuencia del fallecimiento de Doña Carmen en el año 1995 tras haber sufrido un accidente “*in itinere*”³⁴, nace a favor del cónyuge supérstite y sus dos hijos los siguientes derechos (se tendrá en cuenta la normativa vigente en el año de fallecimiento):

³⁴Ley general de Seguridad social, cap. III art. 115.2 (a) 2. “Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”.

A) Pensión vitalicia de viudedad³⁵ a favor del cónyuge superviviente, D. Pedro: equivalente al 45 % de la base reguladora. Porcentaje modificado hasta el 52% que se percibe actualmente.

B) Pensión de Orfandad para cada uno de los hijos, consistente en el 20% de la base reguladora, los 21 años o los 25 años si en el trabajo que realizan obtienen ingresos que resultan inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional. Dicha pensión de orfandad que reciben Laura y Rodrigo, se le abonará a D. Pedro ya que éstos están a su cargo³⁶.

C) Auxilio por Defunción. En cuantía de 5.000 pesetas. Por lo predispuesto en el artículo 173 de la Ley general de Seguridad Social: *“El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: Por el cónyuge superviviente, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente”*.

D) Indemnización especial a tanto alzado: consistente en 6 mensualidades de la base reguladora para el cónyuge y una para cada uno de los hijo.

La pensión de orfandad que recibe Laura se extinguirá el último día del mes en que cumpla los 22 años, es decir el 31/10/2004, ya que no realiza un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia ni sus ingresos superan el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Todo ello de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la seguridad social y el Real Decreto 1647/1997³⁷, de 31 de octubre, de desarrollo, y el Real Decreto 1465/2001 de 27 de diciembre³⁸, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.

La extinción de la pensión de Rodrigo, se producirá, en aplicación del art. 175.2 de la LGSS modificado por la Ley 27/2011 de 1 de agosto³⁹, cuando cumpla 25 años, por lo que su pensión se extinguiría el 31/01/2015, al no darse ninguno de los requisitos previstos para que se extinga con anterioridad.

IV. DETERMINACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LOS BIENES DE DON PEDRO, TRAS SU FALLECIMIENTO.

1. Ley aplicable para la determinación de la titularidad de los bienes de Don Pedro. Legítimas

³⁵Art. 174.1 Ley De seguridad Social: *“1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado el periodo de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo de cotización.2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. 3. Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.”*

³⁶Art. 175.2 Ley de Seguridad Social, pensión de orfandad: *La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.”*

³⁷Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

³⁸Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.

³⁹Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Para determinar la titularidad de los bienes de Don Pedro después de su fallecimiento habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, (en adelante LDCG), pues el derecho civil territorial común se contempla como derecho supletorio en el art. 1.3 LDCG⁴⁰.

El sistema de legítimas en la LDCG viene regulado en sus arts. 238 y siguientes. La naturaleza jurídica de la legítima en el sistema de la LDCG se corresponde con la de “*pars valoris*”, ya que se corresponde con una parte del valor del haber líquido de los bienes y derechos dejados en el momento del fallecimiento, añadiéndosele los donados en vida por el valor al tiempo de la donación actualizado monetariamente⁴¹. “*Son legitimarios: los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos, y el cónyuge viudo legalmente o de hecho*” (art. 238 LDCG.).

Según el art. 243 LDCG La legítima de los descendientes es la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido. Ésta cuarta parte será distribuida por iguales partes entre cada hijo o sus linajes. En el Derecho civil propio de Galicia no existe concepto de mejora.

El porcentaje de la legítima viene determinado en el art. 243 LDCG para los descendientes y será la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que será distribuida por iguales partes entre cada hijo o sus linajes. En el Derecho civil propio de Galicia no existe concepto de mejora.

En el art 253 LDCG se determina la legítima del cónyuge viudo que es siempre un derecho de usufructo de ¼ del haber hereditario cuando concurre con descendientes del causante, y la mitad del haber hereditario si concurre con extraños. El cónyuge viudo podría adquirir en concepto de legítima, (usufructo de una parte del patrimonio hereditario) bienes determinados en propiedad o en usufructo, o capital en metálico o una renta vitalicia⁴².

Es decir quedaría ¾ de haber hereditario de libre disposición para que el causante pueda elegir a quien lo se lo quiere dejar en herencia, aunque siempre tiene que actuar respetando las legítimas de la herencia⁴³. Para poder fijar las legítimas del haber hereditario del causante, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 244 de la LDCG: 1ª “*Se computarán todos los bienes y derechos del capital relicto por el valor que tuvieron en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas. Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima.*

2.ª *Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso.*”

Por lo expuesto, Rodrigo y Laura, hijos de Don Pedro, son sus herederos legítimos ya que su mujer ha premuerto y no ha dejado testamento. Nos encontramos ante una sucesión ab intestato, y por lo tanto Laura y Rodrigo heredan por derecho propio en partes iguales la herencia. Desde el fallecimiento de Don Pedro tanto Laura como Rodrigo tienen un plazo de 15 años para reclamar su legítima (art.252 LDCG).

⁴⁰Artículo 1.3 LDCG, “*En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego*”.

⁴¹BUSTO LAGO J.M., *Derecho civil de Galicia.*, cit. p. 447

⁴²REIGOSA GONZÁLEZ J.J., *La ley de Derecho civil de Galicia: balance de un lustro y análisis de su revisión.*, (RODRÍGUEZ MONTERO R.P COOR.) Ed. Moret SL, A Coruña 2002., p. 433.

⁴³BUSTO LAGO J.M., *Derecho civil de Galicia.*, cit. p. 455

2. Herencia yacente

Tras la muerte o declaración de fallecimiento de una persona, en este caso D. Pedro, se abre el proceso sucesorio, en el que se diferencian 4 fases: Tras la muerte de Don Pedro, se abre el proceso sucesorio, en el que se diferencian 4 fases: la apertura de la sucesión, el llamamiento de los herederos, la delación de la herencia y, por último, la aceptación. Entre la apertura de la sucesión y la aceptación y adquisición de la herencia hay un período de tiempo largo durante el cual la herencia carece de titular. Este período es denominado herencia yacente o *vocatio* de la herencia. Esta situación dura hasta que tenga lugar la aceptación de la herencia y la posterior adquisición por parte de Laura y Rodrigo.

El código civil no menciona ni regula expresamente la herencia yacente, pero el artículo 1934Cc., hace referencia a ello: “*La prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar*”. La herencia yacente necesita desde el primer momento (apertura de la sucesión) de un sistema de administración y de representación que sirva para atender tanto a su activo como a su pasivo, con el fin de proteger a los intereses de tercero titulares de derechos frente a ella (acreedores) y a los intereses de los hipotéticos herederos. Y es que no basta con el mecanismo de la eficacia retroactiva de la aceptación al momento de la apertura de la sucesión para atender debidamente a dichos intereses. Hay que acudir a la administración provisional (en este caso de la herencia) que el Derecho prevé como solución de continuidad para las llamadas situaciones jurídicas de pendencia, caracterizadas por la indeterminación transitoria de quien será el titular definitivo de una relación jurídica. Y eso es precisamente lo que ocurre mientras que no se produzca una aceptación válida y eficaz de la herencia por parte de los llamados a ella⁴⁴.

En el año 2018, fecha del fallecimiento de Don Pedro, Laura y Rodrigo son mayores de edad -36 y 28 años respectivamente-, no están incapacitados judicialmente y, por lo tanto, pueden aceptar la herencia pura y simplemente, acogerse a beneficio de inventario o repudiarla.

Atendiendo al artículo 440 Cc., “*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento*”.

Al no haber otorgado testamento, D. Pedro no ha establecido un administrador, por lo que Laura y Rodrigo están legitimados para realizar actos de mera conservación o administración provisional de los bienes hereditarios, sin que la realización de estos actos signifiquen la aceptación tácita de la herencia.

VI. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES TRAS LA APERTURA DE LA HERENCIA

1. Sucesión de Don Pedro

1.1 Sucesión testada de Don Pedro

⁴⁴BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Manual de derecho civil, sucesiones.*, Ed. Bercal, S.A., Madrid 2012., p. 25.

Para el caso de que D. Pedro hubiese hecho testamento, la LDCG en su art. 183.2 establece que el testamento se redactará en la lengua oficial en Galicia que el otorgante escoja. Esta norma está incluida en la Sección 1º del Capítulo II del Título X LDCG que lleva por rúbrica “Del testamento abierto ordinario”, pero es aplicable a todos los testamentos notariales y no solo al otorgado en forma abierta y ordinario; de manera que su ámbito de aplicación está constituido por todo tipo de testamentos, tanto si se trata de testamentos ológrafos o cerrados, como de testamentos abiertos ordinarios o especiales⁴⁵.”

En Galicia, el testamento abierto puede ser individual o mancomunado, si D. Pedro hubiese otorgado testamento mancomunado con su esposa Dña. Carmen, según la doctrina mayoritaria, si ésta tuviese distinta vecindad civil podría realizarlo si su vecindad no prohibiese expresamente el testamento mancomunado, pero la vecindad de Derecho Común lo prohíbe expresamente por lo tanto el testamento tendría que ser un testamento abierto notarial, (art. 187.1 y 189 de LDCG), en el caso de que tuviesen la misma vecindad civil es decir la gallega podrían haber realizado el testamento mancomunado.

Es importante mencionar que las legítimas en el Derecho Civil de Galicia son diferentes a las del Derecho aplicable común, ya que en éste caso según el art. 238 LDCG, sólo son legitimarios los hijos y descendientes de hijos premuertos, y el cónyuge viudo. Por lo tanto los ascendientes nunca tienen la condición de legitimarios.

En este supuesto Dña. Carmen ha muerto por lo tanto los legitimarios son los hijos, tanto Laura como Rodrigo.

Es importante mencionar que las legítimas en el Derecho Civil de Galicia son diferentes a las del Derecho aplicable común, ya que según el art. 238 LDCG, sólo son legitimarios los hijos y descendientes de hijos premuertos, y el cónyuge viudo. Por lo tanto los ascendientes nunca tienen la condición de legitimarios. Así los legitimarios de Dña. Pedro son sus hijos, Laura y Rodrigo. La cuantía del importe de la legítima varía en función de quienes sean los legitimarios, en este caso les corresponde $\frac{1}{4}$ de la herencia a partes iguales a Laura y Rodrigo ya que no concurren con Dña. Carmen, (Artículo 243 LDCG: “*Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes*”). Si Dña. Carmen no hubiese fallecido y concudiese con los hijos le correspondería $\frac{1}{4}$ del haber hereditario en concepto de usufructo vitalicio conforme con las reglas del artículo 245 LDCG.

Para poder fijar el cálculo de las legítimas habrá que atender a lo dispuesto en el artículo 244 LDCG, “se computarán todos los bienes y derechos de capital relicto por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del causante, con la deducción de sus deudas. Éste valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima. Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo (donaciones), incluidos los dados en aportación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima.” Es decir, se computarán todos los bienes de D. Pedro por el valor que tuviesen en el momento de su fallecimiento, restando las deudas que hubieran, en este caso habría que restar 150.000 euros de la hipoteca, y el valor de los bienes se actualizarán monetariamente en el momento en que se haga efectivo el pago de la legítima de Laura y Rodrigo.

Si D. Pedro hubiese donado en vida bienes a cualquiera de sus hijos, se añadirían al caudal hereditario pero actualizando su valor monetario al momento de hacer el pago de la legítima.

⁴⁵BUSTO LAGO J.M., *Derecho civil de Galicia.*, cit. p.367

Una vez que se haya determinado el haber hereditario y, en consecuencia, el importe de la legítima, salvo disposición contraria del causante, se procederá al pago de la legítima de los descendientes.

El art. 241 LDCG dispone que *“no podrá imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos, términos, fideicomisos o gravamen de clase alguna y si los hubiese se tendrán por no puestos.”* De este modo, Laura y Rodrigo de común acuerdo, en el momento de hacerse pago su legítima, podrán determinar el modo de satisfacer su legítima, ya sea en metálico o en bienes hereditarios, siempre cuando D. Pedro no haya asignado bienes determinados. Si no se pusieran de acuerdo el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios según el Artículo 246.1 LDCG: *“Si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extra hereditario. A falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios”*.

1.2 Sucesión intestada de Don Pedro

En Galicia, el orden para suceder *ab intestato* es el mismo que establece el Código civil, con la única especialidad de que el lugar del estado lo ocupa la Comunidad Autónoma de Galicia⁴⁶, en lo relativo al orden de llamamiento.

El artículo 267 de la LDCG estipula que *“si no existieran personas que tengan derecho a heredar de acuerdo con lo establecido en la presente ley y lo dispuesto en las secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del capítulo IV del título III del Código civil, heredará la Comunidad Autónoma de Galicia”*. A su vez, el art. 269 de la LDCG establece que *“Los bienes heredados por la Comunidad Autónoma de Galicia serán destinados a establecimientos de asistencia social o instituciones culturales que se ubiquen, preferentemente y por este orden, en el lugar de la última residencia del causante, en su término municipal, en su comarca y en todo caso en territorio de la comunidad autónoma gallega”*.

Remitiéndose a la regulación contenida en el Código civil en cuanto a la determinación de los supuestos en los que se abre dicha sucesión, artículo 912 Cc.:

“La sucesión legítima tiene lugar: 1.o Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez. 2. o Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto. 3.o Cuando falta la condición puesta a la institución del heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. 4.o Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder”.

En este caso, D. Pedro no ha dejado testamento ni últimas voluntades por lo tanto se abre la sucesión *ab intestato*, motivo por el cual se harán los llamamientos de acuerdo con la remisión que contiene el art. 267 Cc. Estos son⁴⁷:

1º) Los hijos y descendientes en línea recta.

2º) En ausencia de descendientes en línea recta o en caso de renuncia a la herencia, de indignidad para suceder de todos ellos o en el caso de que hayan sido todos ellos apartados excluyéndoseles de la posibilidad de ser llamados *ab intestato* (a tenor de la previsión del inciso final del art. 226 de la

⁴⁶Art. 268 de la LDCG: *“En los casos en que correspondiera heredar a la comunidad autónoma de Galicia la herencia se entenderá aceptada siempre a beneficio de inventario”*.

⁴⁷BUSTO LAGO J.M., *Curso de Derecho Civil de Galicia.*, cit. p. 404

LDCG), son llamados los ascendientes (aun cuando éstos carecen de la consideración de legitimarios en el Derecho civil propio de Galicia).

3º) A falta de ascendientes, de indignidad para suceder de éstos o de renuncia a la herencia, es llamado el cónyuge superviviente o, en su caso, el conviviente *more uxorio*⁴⁸ que reúna los requisitos enunciados en la DA 3ª de la LDCG⁴⁹.

Se excluye del llamamiento al cónyuge separado legalmente o de hecho. Por carecer de la condición de cónyuge en el momento de abrirse la sucesión no será llamado el divorciado o aquél cuyo matrimonio haya sido declarado nulo.

4º) La ausencia de todos los anteriores, incluido cónyuge y pareja de hecho, son llamados los hermanos y los demás colaterales hasta el cuarto grado.

5º) En defecto de todos ellos, se llama a la Comunidad Autónoma de Galicia. No es posible la exclusión convencional del llamamiento a la Comunidad Autónoma, en defecto de herederos testamentarios y *ab intestado* de grado preferente.

Para realizar la sucesión intestada de D. Pedro, y ya que el supuesto no cita más sobrevivientes al causante, serían herederos Laura y Rodrigo de la mitad del haber hereditario ya que son los primeros en el orden del llamamiento *ab intestato*.

Los herederos de D Pedro son sus hijos Laura y Rodrigo al ser los primeros en el orden de llamamiento y les corresponde la mitad del haber hereditario. A continuación se hará la declaración de herederos *ab intestato* ante notario según lo dispuesto en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁰. Esta Ley ha atribuido al Notario la competencia para declarar herederos *ab intestato* a los parientes colaterales, que anteriormente correspondía al juez: “1. *Quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales, podrán instar la declaración de herederos abintestato. Esta se tramitará en acta de notoriedad autorizada por Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.*2. *El acta se iniciará a requerimiento de cualquier persona con interés legítimo, a juicio del Notario, y su tramitación se efectuará con arreglo a lo previsto en la presente Ley y a la normativa notarial.*” (Artículo 55 Ley de Jurisdicción Voluntaria) que anteriormente

⁴⁸**Convivencia** *more uxorio* o unión de hecho suele definirse como aquella que ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar (Sentencia Tribunal Supremo 18 de mayo de 1992).

⁴⁹ LDCG: Disposición Adicional Tercera: “1. *A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.*2. *Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. No pueden constituir parejas de hecho: a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción. b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.* 3. *Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos. Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.*”

⁵⁰ Véase Ley de Jurisdicción Voluntaria Ley 15/2015, de 2 de julio, Título 11 párrafo octavo.

correspondería al juez⁵¹.

Los trámites de una declaración de herederos son: requerimiento inicial, prueba documental, prueba testifical, audiencia a los interesados, derecho de oposición de los interesados, finalización del expediente, reserva de derechos y acciones y por último herencia vacante.⁵²

Por último, tocaría hacer la división de la herencia pero eso lo trato en el tema de la partición de la herencia.

2. La Sucesión de Doña Carmen

2.1 La sucesión testada de Doña Carmen

Dña. Carmen, fallece con vecindad de Derecho Común, por lo tanto el régimen aplicable para la realización de a sucesión será el del Derecho Común. Hay que tener en cuenta que la ley aplicable es la que está en vigor en 1995 ya que Dña. Carmen fallece el 22 de febrero de 1995.

El artículo 657 Cc, establece que: *“Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”*.

El Código prevé varias formas de hacer testamento, estos testamentos se prevén en el art. 676 Cc.: *“El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado”*. El testamento común es el utilizado por cualquier persona que quiera testar mientras que los testamentos especiales solo pueden ser empleados cuando concurren ciertas circunstancias específicas⁵³. Son testamentos comunes el testamento abierto, el cerrado y el ológrafo, y pertenecen al grupo de los testamentos especiales el testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero⁵⁴.

Al no concurrir ninguna de las circunstancias específicas el testamento de Doña Carmen realizaría testamento común. Pudiendo otorgar testamento abierto, *haciéndolo delante de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone*. (art. 679 Cc.). Su característica más destacable es la falta de confidencialidad. Por otro lado, el testamento cerrado es *aquel en el que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto*. (art. 680 Cc.). Sus características son que siempre se celebra ante notario, y que al notario no se le da a conocer la voluntad testamentaria. Como tercera opción, pudo haber realizado testamento ológrafo que según el art. 678 Cc. Es el escrito por *el testador en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688⁵⁵”*.

Ahora vamos a analizar según el Código civil quienes serían legitimarios de Dña. Carmen:

El Código civil en su artículo 806 define la legítima como *“Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos⁵⁶”*.

⁵¹Véase Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, Título 11 párrafo segundo.

⁵²Véase art. 56 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Capítulo III De los expedientes en materia de sucesiones *Sección 1.ª De la declaración de herederos abintestato*.

⁵³BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Manual de derecho Civil, sucesiones.*, cit. pág.133

⁵⁴Artículo 677 Cc., *“Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero”*.

⁵⁵Artículo 688 Cc., *“El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma”*.

⁵⁶Algún sector doctrinal habla de sucesión forzosa o legitimaría como un tercer cauce de ordenación de la sucesión. No

La necesaria vinculación familiar de parte del haber hereditario transmisible *mortis causa*, que supone el establecimiento de un sistema de legítimas, puede fundarse en la relación de la garantía constitucional del derecho a la herencia (art.33.1 CE) con la protección de la familia (art.39.1 CE)⁵⁷.

En el artículo 912 Cc.: “*Son legitimarios los hijos y descendientes en línea recta del causante; en defecto de éstos, los ascendientes y; en todo caso, el cónyuge viudo que puede concurrir con los demás legitimarios*”. El principio de proximidad de grado juega un papel importante en las legítimas de los descendientes de manera que los descendientes más próximos excluyen a los más remotos. Atendiendo al supuesto son legitimarios de Doña Carmen: Laura y Rodrigo, hijos de la causante, y D. Pedro, su cónyuge.

Hay una serie de reglas que han de tomarse en consideración a efectos del cálculo de la legítima: La masa patrimonial se divide en los tres tercios que siguen, considerados como una mera realidad contable: 1º) El tercio de legítima estricta o corta: éste tercio han de recibirlo necesariamente los hijos del causante y, en su caso, sus descendientes ulteriores por derecho de representación. 2º) El tercio de mejora: forma parte de la legítima de los hijos y descendientes, pudiendo atribuirlo al causante a todos, a algunos o a uno de ellos. En defecto de atribución expresa se distribuye por partes iguales entre los hijos o descendientes (arts. 823 y ss. Cc.), razón por la cual se alude a este tercio, junto con el de legítima estricta, como legítima larga. 3º) El tercio de libre disposición: el causante puede disponer libremente del mismo, en tanto que no está sometido a ninguna limitación de las facultades de disposición *mortis causa*.

Todos los bienes hereditarios están afectos al pago de la legítima. Sin embargo, en determinados supuestos, el pago de la legítima no necesariamente ha de hacerse con bienes que formen parte de la herencia, razón por la cual se sostiene que su contenido es una parte del valor de los bienes hereditarios o *pars valoris bonorum*, calculado en la forma que luego se expondrás. Ello acaece fundamentalmente en el supuesto contemplado en el art. 841 Cc⁵⁸.

La legítima de D. Pedro, como cónyuge de Dña. Carmen, es el derecho de usufructuario vitalicio sobre una parte de la herencia, así lo dispone el art. 834 Cc:“el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”. Por tanto a D. Pedro le corresponde en concepto de usufructo el tercio destinado a mejora.

A sus hijos, Laura y Rodrigo, le corresponde según el art. 765 Cc., en concepto de legítima los 1/3 del haber hereditario. Los hijos reciben la legítima estricta por partes iguales *per cápita*.

El art. 818 Cc., dispone que “*Para fijar la legítima se atenderá el valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento*”. En conclusión, si Dña. Carmen hubiese otorgado testamento, ya fuese abierto, ológrafo o cerrado, se estaría a lo dispuesto en él como reflejo de su última voluntad y respetando siempre las legítimas. Es por ello que tendría que dejar 1/3 de legítima a sus hijos a Don Pedro el tercio de mejora en concepto de usufructuario.

Una vez concluido lo que les correspondería a los herederos de Dña. Carmen, se realizará el pago de las legítimas, siempre y cuando no se haya repudiado dicha herencia.

obstante, en verdad sólo hay sucesión testada e intestada (arts. 609 y 658 CC). Las legítimas, correspondientes a los herederos forzosos, no son sino límites (arts. 806 y 807 CC), a la autonomía privada del testador; también a los llamamientos derivados de la sucesión legal.

⁵⁷BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Manual de derecho Civil, sucesiones.*, cit. Pág.202.

⁵⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Manual de derecho Civil, sucesiones.*, cit. Pág 203

2.2 La sucesión intestada de Doña Carmen

El Código civil utiliza para denominar a esta clase de sucesión varias formas, sucesión legítima, o sucesión *ab intestato*, Esta sucesión procede, ya sea a falta de última voluntad o testamento del causante, o si los hubiese deviniese ineficaz, viene pre ordenada por la ley.

Los sujetos llamados lo son a título de heredero, con todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha condición, y el llamamiento abarca todos los bienes del caudal hereditario carentes de disposición testamentaria eficaz.

Los sujetos enumerados en los arts. 912 a 958 del Cc., pueden realizar determinados actos a favor de la herencia, es decir están legitimados para los actos de conservación de la herencia, aunque por la mera realización de dichos actos no significa que estén aceptando la herencia,(art. 999 Cc.).

Atendiendo al art. 912 Cc la sucesión, a falta de testamento o última voluntad, tiene lugar cuando: “1. ° Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez. 2. ° Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto. 3.° Cuando falta la condición puesta a la institución del heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. 4. ° Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder”.

En los artículos 913 y siguientes del Código civil se establecen las reglas generales del llamamiento para la sucesión intestada. Primero serán llamados los descendientes, si no hubiese descendientes los ascendientes, en el caso de no haberlos al cónyuge viudo, en cuarto lugar se llama a los hermanos e hijos de hermanos, en quinto lugar a los demás parientes colaterales pero sólo hasta el cuarto grado y por último, si no hubiese nadie en las categorías anteriores, sucedería el Estado. Estas categorías se excluyen entre sí, es decir, el más próximo excluye al más remoto, aunque con la excepción de la legítima del cónyuge viudo, ya que es compatible con la sucesión tanto de los hijos y descendientes y ascendientes.

En relación al supuesto, las personas llamadas a la herencia por derecho propio y en partes iguales, son los hijos de Doña Carmen, Laura y Rodrigo, según lo establecido por el art. 930 Cc⁵⁹., y el cónyuge D. Pedro. Hay que tener en cuenta que en el momento del fallecimiento de Doña Carmen tanto Laura como Rodrigo son menores de edad, 13 años y 5 años respectivamente. El art. 992 del Cc contempla este supuesto: “Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes. La herencia dejada a los menores o incapacitados podrá ser aceptada a tenor de lo dispuesto en el número 10 del artículo 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario”. Así sería D. Pedro quien ha de aceptar la herencia en su nombre y se entenderá aceptada en beneficio de inventario hasta que cumplan la mayoría de edad.

A continuación hay que hacer la declaración de herederos *ab intestato* aplicando la ley en vigor en el año de su fallecimiento, 1995.

El art. 979 de la LECiv. de 1881 establecía la necesidad de que todas las declaraciones de herederos *ab intestato* se tramitasen judicialmente, “La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos *abintestato* se obtendrá

⁵⁹Artículo 930 Cc.: “La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente”. Y art. 931 Cc., “Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.” y Art. “Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.”

mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa.” pero en el año 1992, tras la reforma de dicho artículo por la Ley de Medidas Urgentes de reforma Procesal, pasaron a ser competencia notarial las declaraciones de herederos *ab intestato* a favor de los descendientes ascendientes y cónyuge, que serían autorizadas por Notario hábil, mediante la correspondiente acta de notoriedad que pasó a regularse en el art. 209 bis del reglamento Notarial⁶⁰.

De este modo, D. Pedro tendrá que hacer ante notario la declaración de herederos para poder empezar el trámite de la repartición de la herencia.

VII. PARTICIÓN DE LA HERENCIA

1. Partición en el Derecho Común

1.1 *Partición de la herencia testamentaria*

La partición de la herencia es un acto jurídico, unilateral o plurilateral, compuesto de un conjunto de operaciones, en el cual, tras determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria, se procede a su avalúo y liquidación, se fija el haber líquido de cada partícipe, se forman los lotes de bienes y se adjudican a cada heredero en proporción a su cuota⁶¹. El efecto principal de la partición es la adquisición de la propiedad de los bienes que hayan sido adjudicados. Se encuentra regulada en los arts. 1051 a 1087 Cc., y en los artículos 782 y ss. LEC.

En cuando a la legitimación activa para solicitar la división judicial podrá hacerlo cualquier coheredero pues *“ningún heredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia”*(art.1051Cc.). Sin embargo, el testador puede prohibirla expresamente aunque dicha prohibición no puede afectar a las legítimas (art. 813 Cc). Por otro lado, los coherederos pueden pactar que se mantenga indivisa la herencia durante un plazo del tiempo determinado que exceda los 10 años. El acuerdo tendrá que ser unánime.

En relación a la legitimación para solicitar la partición podrá hacerlo *“cualquier heredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes”* (art. 1052 Cc)

La legitimación para pedir la partición:

- 1.Como predispone el art. 1052 del Código civil : *“Cualquier heredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes.”*
- 2.El legatario de parte alícuota.
3. El cónyuge viudo.
- 4.Llamamiento sometido a condición : Los herederos pueden pedir la partición si llega a cumplirse la condición.
- 5.Antes de la partición muere un coheredero, dejando dos o más herederos, bastará que uno

⁶⁰Artículo 209.1 Bis del Reglamento Notarial: *“Será Notario hábil para autorizarla cualquiera que sea competente para actuar en la población donde el causante hubiera tenido su último domicilio en España. A tal efecto, dicho domicilio se acreditará preferentemente, y sin perjuicio de otros medios de prueba, mediante el Documento Nacional de Identidad del causante. De no haber tenido nunca domicilio en España, será competente el Notario correspondiente al lugar de su fallecimiento y, si hubiere fallecido fuera de España, al lugar donde estuviere parte considerable de los bienes o de las cuentas bancarias”.*

⁶¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Manual de derecho Civil, sucesiones., cit. p.97.*

de estos solicite la partición, pero todos los que intervengan lo haran bajo una única representación- los acreedores de los coherederos no podrán solicitar la partición de la herencia pero sí intervenir en ella para que no sea hecha en su fraude.

Una vez determinadas las personas legítimas para solicitar la repartición de la herencia, comienzan las operaciones particionales. Estas operaciones comprenden: inventario, avalúo o tasación, liquidación, división de bienes o formación de lotes y adjudicación de los lotes.

En el momento en que se hace la partición de la herencia de Dña. Carmen, tanto Laura como Rodrigo son menores, por lo que tendrá que ser solicitada por D. Pedro, conforme a lo dispuesto por el art. 1060 Cc.: *“Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”*.

Una vez determinadas las personas para solicitar la repartición de la herencia comenzarán las operaciones particionales. Estas operaciones comprenden: inventario, avalúo o tasación, liquidación, división de bienes o formación de lotes y adjudicación de los lotes.

1. Inventario; para hacer la partición es necesario conocer cuál era el patrimonio del causante, en este se incluyen, las rentas y frutos que se hayan percibido, y se excluyen los bienes gananciales, de este modo es importante que antes de hacer la partición de la herencia se haya hecho la liquidación de la sociedad de gananciales. El inventario, por tanto, consiste en la determinación del activo y pasivo de la herencia. En relación al caso, habrá que tenerse en cuenta los gravámenes y cargas reales que gravan los bienes y derechos de Doña Carmen al igual que las deudas y las cargas y gastos de la herencia que nacen a la muerte del causante. Por lo tanto tendríamos que inventariar la empresa ganadera de la que es titular Dña. Carmen de un 50% tras la disolución del régimen de gananciales, la casa de A Coruña en proporción al valor invertido por ésta, y el dinero de la cuenta conjunta que tenía con su marido D. Pedro.

2.-Avalúo; se realiza después o simultáneamente de haber inventariado los bienes, y se trata de asignar un valor dinerario a los bienes que han sido inventariados. El avalúo permite determinar a cuánto asciende la herencia y cuanto corresponde a cada heredero. El Tribunal Supremo dice que hay que hacer una valoración objetiva de los bienes, es decir, no se puede hacer una valoración inferior a la de mercado (*“Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992*), entendida que la partición debe mantenerse mientras respete la leyes imperativas, máxime cuando se ha sustentado por la demandante la existencia de graves defectos de avalúo, premisa que no ha quedado suficientemente acreditada en la medida que se constata que aquella se centra en los activos no automáticamente liquidables, sobre los que la prueba debe limitarse a determinar lo que se conoce como "valor verdadero", (*STS de 27 de octubre de 2000*), a fin de concretar si ha existido infravaloración como sostuvo el demandante, concepto en tanto que impreciso cuando recae sobre bienes que admiten diversos valores: nominal, de mercado, etc.⁶², ”.El momento de la valoración es el momento de realizarse la partición; las mejoras o disminuciones de valor de los bienes afectan a todos, y las rentas o cargas que gravan un bien, disminuye su valor y por la partición no desaparecen esas cargas y gravámenes.

3.Liquidación: consiste en la operación matemática mediante la cual, a partir del valor adjudicado a los bienes y derechos que componen el activo y pasivo del patrimonio hereditario, se fija el haber líquido o remanente del caudal hereditario, al que deberá

⁶²Véase sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 11 a) de 1 de diciembre de 2011 fundamento de derecho sexto párrafo sexto.

añadirse el valor colacionable⁶³ según el art. 818 Código civil. Esto quiere decir que en la liquidación lo que se hace es liquidar las deudas antes de la realización de la partición.

4. Formación de lotes; Consiste en la agrupación de los bienes de la herencia, formando lotes que se adjudicarán a cada uno de los coherederos en substitución de su cuota. En la formación de lotes, aplicando lo dispuesto por el art. 1061 Cc., “*Se guardará la posible igualdad, haciendo o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie*”, y si algún bien fuera indivisible regirá lo dispuesto en el art. 1062 Cc., que dice: “*Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.*”

5. Adjudicación de los lotes; Realizados los lotes, cada uno de ellos se adjudicará a un coheredero de modo que los bienes que se integren ese lote pasarán a su propiedad, y junto a los bienes se entregarán los títulos de propiedad.

Hay diferentes modos de realizar la partición de la herencia:

a. La realizada por el propio testador; en este caso es necesario que el testador haya otorgado testamento, así lo exige el art. 1056 Cc: “*cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*”. En la partición las cuotas abstractas devienen en cuotas singulares. El testador no está obligado por el principio de igualdad del art. 1061 Cc., pero ha de respetar que el valor de los bienes coincida con el valor de la cuota que instituyó. En este caso de la partición hecha por el testador no tiene lugar el saneamiento por evicción.(art. 1070.1 Cc.).

La partición puede hacerse por acto intervivos o por última voluntad, no puede perjudicar la legítima de los herederos forzosos y tiene carácter ineludible.

b. Partición por contador-partidor; será un tercero encomendado por el testador el que ha de hacer la partición con sujeción a lo dispuesto por él en el testamento, pues el contador-partidor carece de facultad de disposición. No puede ser contador-partidor ni un heredero ni el legatario ni el cónyuge viudo. Se trata de un cargo personalísimo, voluntario, temporal y será nula la partición que no se realice en el tiempo previsto.

Las facultades accesorias que tiene el contador-partidor son: puede liquidar la sociedad de gananciales, interpreta el testamento respetando siempre la voluntad del testador pero puede suplir sus omisiones y corregir sus defectos siempre que se ajuste a la ley y, por último, no requiere la aprobación de los herederos para la validez de la partición.

c. Partición por contador-partidor dativo; cuando el causante no haya nombrado contador-partidor pero sí otorgado testamento y los coherederos no se pongan de acuerdo, el juez nombrará a un contador-partidor dativo a solicitud de los herederos y legatarios que representen al menos el 50% del haber hereditario, citando a los demás interesados si su domicilio fuere conocido (art. 1057.2 Cc).

d. Partición convencional o por los coherederos; según el art. 1058 Cc., “*cuando el testador*

⁶³Artículo 1035 Cc: “*El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*”.

no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”, esto quiere decir que, serán los coherederos mayores de edad y con la libre disposición de sus bienes quienes realicen la partición del modo que estimen conveniente. Tiene naturaleza contractual y, en consecuencia, puede hacer lo que estimen oportuno, incluso desobedecer las disposiciones del propio causante.

Los hijos de Dña. Carmen Laura y Rodrigo que son menores si ésta hubiese estipulado testamento será D. Pedro quien los represente según el artículo 162 Cc., y sin necesidad de autorización judicial⁶⁴.

e. Partición arbitral; la partición también puede realizarla un árbitro designado por el testador o por todos los coherederos. El artículo 10 de la Ley de Arbitraje estipula que *“también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”*. La partición de la herencia efectuada en arbitraje convenido por todos los titulares de una cuota hereditaria está regulada en el art. 9 de la ley de arbitraje.

f. Partición judicial; es un recurso supletorio ya que no se puede acudir a ella si existe contador partidor nombrado o la partición se hace en testamento o cuando el juez haya nombrado contador-partidor dativo. El art. 1059 Cc., dispone: *“Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

La legitimación para solicitar la división judicial de la herencia la ostentan:

- 1.-Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota
- 2.-El acreedor que conforme al art. 1001Cc⁶⁵., se subroga en la posición de heredero.
- 3.-Los acreedores de uno o más de los coherederos pueden intervenir a su costa en la partición para que ésta no se haga en fraude o perjuicio de sus derechos, artículo 782.5 LEC y 1083Cc.
- 4.-Según el artículo 1067 del Código civil, lo serán los cesionarios de cuota hereditaria.
- 5.-Todos los acreedores pueden instar ejercitar las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de la herencia, artículo 782.4 LEC.

Los efectos de la realización de la partición son que desaparece la comunidad hereditaria y que, como dispone el art. 1068Cc., se sustituyen las cuotas de los herederos por bienes concretos, también se adjudicará el título de los bienes que se integran en cada lote (art.1065 Cc.) y, por último, surge la obligación de sanear. Esto es una regla de los coherederos para sanear por vicios ocultos o evicción, con la finalidad de mantener igualdad y proporcionalidad de la partición.

⁶⁴Artículo 1060.1 Código civil: *“Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.”*

⁶⁵Artículo 1001 Código civil: *“Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código”*.

1.2 Partición de la herencia *ab intestato*

En el supuesto, no especifica si Dña. Carmen ha dejado testamento, por lo tanto entiendo que si no se dice nada la sucesión será *ab intestato*. Para el caso deberá de hacerse la declaración de herederos ante notario, como ya explique en el apartado cinco de éste trabajo, antes de proceder a la partición para así poder determinar quiénes son exactamente los herederos.

Una vez sabido quienes son los herederos, la partición que correspondería a el supuesto es la partición judicial, lo primero que tendrá que hacer D. Pedro es solicitar la formación de inventario de bienes, derechos y deudas de la herencia, la solicitud deberá ser acompañada del certificado de defunción de Dña. Carmen. El notario citará a los herederos, y en este caso D. Pedro también irá como representante de sus hijos, ya que en el supuesto no se citan más sujetos para la repartición de la herencia. Una vez se haya realizado el inventario, el avalúo y la liquidación de los bienes, el notario nombrará un contador-partidor para que éste haga junto con el perito una valoración de los lotes para la posterior adjudicación de éstos, y será puesto en cuaderno particional.

Apenas existen diferencias entre la partición de la herencia habiendo otorgado testamento y *ab intestato* pues las operaciones particionales son las mismas: inventario, avalúo, liquidación, formación de lotes y adjudicación de los lotes. Una de las diferencias es que no hay partición por contador-partidor, aunque puede haberla por contador-partidor (art. 1057.2 Cc). La partición por contador-partidor dativo puede formalizarse en documento público o privado. La partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo requerirá, una vez hecha, la aprobación del Juez, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. La partición por los coherederos también es factible, al igual que la arbitral y la partición judicial.

2. Partición de la herencia en el derecho especial de Galicia

2.1 Partición de la herencia testamentaria

EL artículo 270 de la LDCG enumera las formas de partición de la herencia, sin establecer ninguna prelación o jerarquía entre ellas, “*La partición de la herencia puede realizarse por: 1.º El propio testador, en testamento u otro documento anterior o posterior a él. 2.º El contador-partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la ley. 3.º Los herederos. 4.º Resolución judicial*”.

La partición de la herencia en el Derecho civil de Galicia regula los mismos actos particionales que el Código Civil, estos son: el inventario, el avalúo, la liquidación, la formación de lotes y por último la adjudicación de los lotes.

Así como la partición por el testador, por el contador-partidor y por los coherederos vienen reguladas en el LDCG, la judicial viene regulada en lo dispuesto en los artículos 782 y siguientes de la LECiv.

El Artículo 294 LDCG dispone que: “*Cuando el testador no tuviera hecha la partición, los partícipes mayores de edad, los emancipados o los legalmente representados podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente*”, esto quiere decir que si el testador designa contador-partidor los partícipes en la comunidad hereditaria no podrán partir la herencia como quieran, por lo tanto la partición judicial tienen una naturaleza subsidiaria⁶⁶.

En esta supuesto a la hora de fallecer D. Pedro, viudo y con dos hijos, sus hijos son mayores de edad,

⁶⁶AAP A Coruña, Sección 4ª, de 16 de julio de 2003

por lo tanto no tendremos que estés a lo expuesto en el art. 271 de la LDCG⁶⁷.

A continuación expongo las formas de partición según el derecho civil de Galicia:

1.-La partición por el propio testador. La partición realizada por el propio testador presenta las siguientes ventajas; no está sometida a las reglas de igualdad cualitativa de los lotes que establece el art. 1061 Cc., se conoce la voluntad del causante en relación con la atribución individualizada de sus bienes y derechos, se evita la divergencia ente el disponente y el sujetos que distribuye los bienes y se eluden los inconvenientes que suscita la situación de comunidad hereditaria, en tanto que los herederos adquieren directamente los bienes que le son atribuidos por el causante en el negocio particional⁶⁸.

La partición de sus bienes puede realizarla el testador en su testamento cualquiera que sea su clase, así como en cualquier otro documento anterior o posterior al mismo, otorgado en forma pública o privada (art.270.1º de la LDCG). En el Derecho civil de Galicia no se admite la partición en forma verbal o no documentada ni tampoco la basada en pretendidos actos concluyentes del causante, como la consistente e la entrega de bienes a sus herederos realizada en vida del causante.

Atendiendo al artículo 275 de la LDCG, en el propio testamento pueden contenerse normas particionales o disposiciones sobre la forma en que ha de practicarse la distribución de la herencia. Este carácter vinculante lo tiene también cuando el testado haya nombrado uno o varios contadores-partidores (art.285 de la LDCG).

Es importante mencionar que el único límite que tiene la partición realizada por el testador es el necesario respeto de las legítimas hereditarias, como dispone el art. 273 de la LDCG: *“El testador podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas”*.

En el caso de que alguno de los herederos instituidos, y a los que se atribuyen o adjudican bienes o derechos en la partición realizada por testador, fallezca sin haberse previsto un sustituto testamentario, no afecta a la validez y eficacia de la partición realizada, sin perjuicio de la necesidad de realizar una partición parcial de los bienes y derechos adjudicados al instituido premuerto.

2.-Partición por los coherederos. Como ya he citado antes, y en lo referido al artículo 294 de la LDCG, si el testador no realizo partición, los herederos y legatarios podrán partir la herencia en la forma que acuerden.

En los artículos 294 a 308 de la LDCG, se contempla la partición realizada por los coherederos, y también la promovida por alguno de ellos por vía notarial y con la designación de un contador para que éste realice la partición y así no tener que recurrir a la partición judicial.

Si los partícipes no llegasen a un acuerdo unánime, se tendrá que acudir al procedimiento notarial que se regula en el artículo 295 y siguientes de la LDCG, o a la partición judicial mediante los artículos 782 y siguientes de la LECiv.

3.-La partición por contador-partidor. El contador partidor en la LDCG es un cargo de derecho privado con las características de; carácter personalísimo, por lo tanto excluye la posibilidad de delegación. Es voluntario atendiendo a lo dispuesto en el art. 290 de la LDCG, *“El cargo de contador-partidor se entenderá renunciado si dentro de los diez días hábiles siguientes al requerimiento de los herederos no fuera aceptado expresamente”*. Generalmente es gratuito. Es temporal, el contador-partidor debe realizar sus funciones en el plazo que haya previsto el testador o subsidiariamente, en el plazo de un

⁶⁷Artículo 271 LDCG: *“Si concurrieran a la sucesión menores o incapacitados legalmente representados no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial a efectos de aceptar o partir la herencia.”*

⁶⁸BUSTO LAGO J.M., *Curso de Derecho Civil de Galicia.*, cit. p. 463

año, por aplicación supletoria del plazo de un año que para el caso del albacea contempla el artículo 904 Cc, por último es responsable, una vez que el contador-partidor acepte el cargo, debe realizar sus funciones con la mayor diligencia posible.

En la LDCG en su artículo 285, se admite que en Galicia se puede nombrar a un solo contador-partidor o a una pluralidad de ellos.

El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas, artículo 786 LECiv.

4-La partición judicial. Están legitimados para solicitar la partición de la herencia según lo establecido en el artículo 782 de la LECiv.: “1. *Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario.* 2. *A la solicitud deberá acompañarse el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate y el documento que acredite la condición de heredero o legatario del solicitante.* 3. *Los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.* 4. *No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero.* 5. *Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos”.*

2.2 Partición de la herencia ab intestato

Después de la declaración de herederos ante notario para poder concretar quienes son los herederos y que cuotas les corresponde, se procede con la partición. La única partición que no se puede realizar en este caso es la hecha por el testador, quedando los otros tipos de partición como válidos y dependiendo de la situación a la que se llegue entre los coherederos, si han puesto de acuerdo o no, o si directamente se pasa a hacer la partición judicial.

Es importante también hacer referencia a que los actos particionales son los mismos que en la partición de la herencia en caso de sucesión testada, y también que en esta caso, las legítimas siguen teniendo que ser respetadas.

En el supuesto, como no se dice que D. Pedro haya dejado testamento, se procederá a la partición judicial tras haber hecho la declaración de herederos ante notario por parte de Laura y Rodrigo, hijos del causante. Una vez solicitada la partición judicial, el contador realizará las operaciones divisorias que deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, y se contendrán en un escrito firmado por éste, en el que se expresará, artículo 786 LECiv.:

1.º La relación de los bienes que formen el caudal partible.

2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación.

3.º *La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.*

El caudal de D. Pedro contará con todos los bienes que tiene al momento de su fallecimiento, por lo tanto serán: La hacienda del siglo XVIII en Mojácar, el 80% de la empresa textil que fundó, ya que el otro 20% de titularidad lo ostenta su amigo D. Felipe, la explotación ganadera que tenía la mujer instalada en los terrenos anexos a la hacienda de Mojácar, la vivienda que tiene en Barcelona, la

cuenta bancaria con el valor nominal del momento del fallecimiento de D. Pedro, y el local comercial de A Coruña donde radica el domicilio social de Multium la empresa textil que había fundado. El supuesto dice que en el momento del fallecimiento de D. Pedro tenía una deuda bancaria por el crédito hipotecario solicitado por el y su mujer, por lo tanto tras haber hecho el inventario se realizará la liquidación del caudal pudiendo así satisfacer dicha deuda y demás deudas si las tuviera, posteriormente el contador-partidor realizara la repartición de los bienes que quedasen del caudal, siempre de forma igualitaria, aquí hago inciso a lo que se refiere a la titularidad de la empresa, ya que el contador-partidor podrá habiendo varios herederos, entregar a uno de ellos la empresa ordenando el pago en metálico de su parte a los demás⁶⁹. Para finalizar, hará la entrega de los lotes así como los títulos de propiedad de dichos bienes, tanto a Laura como a Rodrigo.

⁶⁹ RUÍZ-RICO RUÍZ J.M., *Manual básico de Derecho civil*, (MORENO-TORRES HERRERA M.L., COOR)., Ed. Tecnos., Madrid, 2010 p. 237.

VIII. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En lo que se refiere a las diferentes vecindades civiles a determinar en el caso:

- Para Don Pedro, hemos utilizado en primer lugar el criterio *ius soli* por el cual ostenta la vecindad civil de derecho común por haber nacido en Aranjuez. Si bien es cierto que, al momento de contraer matrimonio traslada su domicilio a Mojácar, esto no supone ningún cambio en su vecindad civil ya que el artículo 14.4 Cc., especifica que contraer matrimonio no altera la vecindad civil aunque el lugar al que se trasladase tuviera un fuero especial, cosa que, además, en este caso, no sucede pues Andalucía se rige por el Derecho Común.

Más tarde, al trasladar su domicilio a A Coruña y tras haber vivido de forma continuada más de diez años en este lugar, por lo dispuesto en el artículo 14.5.2 Cc., obtuvo automáticamente (ya que no consta que se hubiese opuesto), la vecindad civil gallega.

- Para Doña Carmen, originaria de Los Gigantes (Tenerife), hemos utilizado también el criterio *ius soli*, ostentando esta por lo tanto la vecindad civil de Derecho Común ya que las Islas Canarias no poseen fuero especial.

Al contraer Doña Carmen matrimonio con Don Pedro antes de la modificación de ley de 15 de octubre de 1990, por lo dispuesto en artículo 14.4 del Cc. del mencionado año, obtendría la vecindad civil de su cónyuge aunque a efectos de este caso, la vecindad obtenida sería la misma que ya tenía.

Al haber muerto Doña María antes de que transcurrieran los diez años necesarios para adquirir la vecindad civil gallega automáticamente y, al no constar en el caso que esta solicitase expresamente en el Registro Civil la voluntad de adquirirla (posibilidad concedida una vez transcurridos dos años desde su traslado a A Coruña), al momento de morir en el año 1995 lo hace ostentando la vecindad civil de Derecho Común.

- Para Laura, debemos concluir, que por lo establecido en el artículo 14.2 Cc., ostentará la vecindad civil de sus padres, que, al ser la misma, supone que la de Laura sea la vecindad civil de derecho común.

Tras haber vivido de forma continuada en A Coruña durante más de diez años, varía su vecindad civil adquiriendo esta la vecindad civil gallega por lo dispuesto en el artículo 14.5 Cc.

- Para Rodrigo, hemos aplicado el criterio de lugar de nacimiento por el cual ostenta la vecindad civil gallega.

SEGUNDA.- Concluimos que será de aplicación el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, por ser este el dispuesto en la legislación común a falta de capitulaciones matrimoniales, y ya que ni al momento de contraer matrimonio ni más tarde otorgaron capitulaciones matrimoniales y dado que se rigen por el derecho común debido a su vecindad civil, por lo dispuesto en el artículo 1316 Cc. el régimen económico matrimonial de aplicación será el de sociedad de gananciales.

Tras haberse acogido al régimen de sociedad de gananciales todos los beneficios y ganancias obtenidos por cualquiera de los cónyuges serán comunes y serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad según lo dispuesto en el artículo 1344 Cc.

Los gastos originados para el interés familiar serán a cargo de la sociedad de gananciales a tenor del artículo 1362 Cc.

TERCERA.- Según lo dispuesto en el artículo 1361 Cc, se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen de forma privativa a uno de los cónyuges, por lo tanto, en el presente caso serán bienes de carácter privativo de Don Pedro: la hacienda del S. XVIII en Mojácar, ya que se encontraba en su patrimonio antes del comienzo de la sociedad; una parte de la casa sita en la Avda. de la Marina en A Coruña, siendo esta parte proporcional a la aportación que este realizó al momento de la compra con caudal privativo y la casa sita en Barcelona, ya que esta también era parte de su patrimonio antes de la celebración del matrimonio. Por lo tanto, el resto de bienes mencionados en el caso son de carácter ganancial, no poseyendo Doña Carmen ningún bien de carácter privativo.

CUARTA.- Tras el fallecimiento de Don Pedro, sujeto este a lo dispuesto en el derecho civil de Galicia, serán legítimarios de sus bienes en herencia sus hijos, Laura y Rodrigo, dividiéndose el caudal hereditario en mitad para cada uno de ellos por derecho propio, por lo dispuesto en el artículo 238 de la LDCG, ya que no consta en el caso que haya otorgado testamento y además su cónyuge, Doña Carmen, quien sería en todo caso coheredera con los hijos, en condición de usufructuaria, ha premuerto.

Al momento de la muerte de Don Pedro, Laura y Rodrigo son mayores de edad (36 y 28 años respectivamente) y no están incapacitados judicialmente, por lo que podrán aceptar la herencia pura y simplemente, acogerse a beneficio de inventario o repudiarla.

QUINTA.- Se barajan diversas soluciones:

- En el caso de que existiese testamento otorgado por Don Pedro y ya que Doña Carmen no está viva, basándome en el artículo 243 de la LDCG, le correspondería un $\frac{1}{4}$ de la herencia a partes iguales a Laura y Rodrigo quedando los $\frac{3}{4}$ restantes a libre disposición del testador.
- En el caso de que Don Pedro falleciese sin otorgar testamento (opción que considero más acorde con la redacción del caso), al regirse por el Derecho de Galicia, se abriría la sucesión *ab intestato* por la cual serán herederos Laura y Rodrigo por ser los primeros en el orden de llamamiento. A continuación se hará la declaración de herederos *ab intestato* ante el notario según lo dispuesto en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria y se realizará la partición de la herencia.
- En el caso de que Doña Carmen hubiese otorgado testamento, será de aplicación lo dispuesto en el Código civil vigente en el año 1995 ya que fallece el 22 de febrero de 1995, por lo tanto, los legítimarios serían sus hijos Laura y Rodrigo a partes iguales de $\frac{1}{3}$ del haber hereditario y su cónyuge Don Pedro lo sería en condición de usufructuario del tercio de mejora. El tercio restante es de libre disposición para lo que estime el testador.
- En el caso de que Doña Carmen falleciese sin otorgar testamento (opción que considero más acorde en relación al caso), se abriría la sucesión *ab intestato* y como no concurren ascendientes, el siguiente en el orden de llamamiento sería su cónyuge, quien además, al ser

menores los hijos, y por haber tenido lugar el fallecimiento en 1995, debe hacer la declaración de herederos *ab intestato* ante notario y no ante el juez correspondiente debido a la reforma del artículo 979 de la LECiv. mediante la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

Por lo tanto, los herederos de Doña Carmen serían sus hijos Laura y Rodrigo siendo esto compatible con la legítima que le correspondería a Don Pedro como cónyuge viudo.

Debido a que en el momento de la muerte de Doña Carmen tanto Laura como Rodrigo son menores de edad (13 y 5 años respectivamente) la herencia será aceptada por Don Pedro en nombre de estos y se entenderá aceptada en beneficio de inventario hasta que cumplan la mayoría de edad según lo dispuesto en el artículo 992 Cc.

SEXTA.- La partición de la herencia en el derecho común cuando se ha dispuesto testamento, puede hacerse por el propio testador siempre y cuando no dañe la legítima de los herederos forzosos. En dicha partición se hace la repartición de los bienes la cual tiene que coincidir con la cuota instituida en el testamento. También puede hacerse por contador-partidor que es un tercero encomendado por el testador o en caso de no haberlo nombrado el testador, podrá ser nombrado o bien en acuerdo de los coherederos o a falta de acuerdo por el juez, y que en el caso de Doña Carmen (quien en nuestro caso concreto se rige por derecho común) no podrá ser ni Laura, ni Rodrigo ni Don Pedro. También podrá hacerse la partición por los coherederos en caso de que no la haya dispuesto el testador; en nuestro particular caso, al ser Laura y Rodrigo menores, correspondería hacerlo a Don Pedro como representante de Laura y Rodrigo según lo dispuesto en el artículo 162 Cc. sin necesidad de autorización judicial. Por último, podrá hacerse la partición arbitral, tanto si es designada por el testador o por los coherederos.

La partición de la herencia *ab intestato* que considero que es llevada a cabo en el caso para la sucesión de Doña Carmen es la partición judicial que consistiría en: en primer lugar, Don Pedro debe solicitar la formación de inventario de bienes, derechos y deudas de la herencia y junto con dicha solicitud tendrá que ir acompañado el certificado de defunción de Doña Carmen. A continuación el notario citará a los herederos, y en este caso, Don Pedro, al ser menores Laura y Rodrigo deberá actuar como representante de ellos. Una vez realizado el inventario, el avalúo y la liquidación de los bienes, el notario nombrará a un contador-partidor para que este haga una valoración de los lotes junto con un perito para la posterior adjudicación de estos a los herederos.

La partición de la herencia en el derecho especial de Galicia cuando se ha dispuesto testamento puede hacerse por el testador, por el contador-partidor, por los herederos y por resolución judicial. Las diferencias y semejanzas con la partición de la herencia testada del régimen común son: en el derecho civil de Galicia no se admite la partición en forma verbal o no documentada, los actos particionales son los mismos en ambas al igual que en ambas el límite para el testador es respetar siempre las legítimas, por último en la LDCG se pueden nombrar varios contadores partidores.

En cuanto a la partición intestada según el derecho especial de Galicia, la que considero que es de aplicación al caso concreto es la judicial, que comenzará tras la declaración de herederos ante notario por parte de Laura y Rodrigo. A continuación el contador realizará las operaciones divisorias que deberán presentarse en el plazo máximo de 2 meses desde que fueron iniciadas las cuales se contendrán en un escrito firmado por este en el que se expresará según el artículo 786 LECiv. la relación de los bienes que formen el caudal partible, es decir, los bienes que tiene Don Pedro al momento de fallecimiento, el avalúo de los bienes comprendidos y, ya que el caso menciona la deuda de 150.000 euros, se procederá a la liquidación del caudal satisfaciendo así las deudas que tiene Don Pedro a la hora de su fallecimiento y posteriormente el contador-partidor realizará la repartición de

los bienes que restasen del caudal siempre de forma igualitaria y se hará entrega de los lotes así como los títulos de propiedad de dichos bienes tanto a Laura como a Rodrigo.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO M., DÍAZ ALABART S., *Curso de derecho de familia tomo IV duodécima edición*, Ed. Edisofer S.L, Madrid, 2013.
- ÁLVAREZ LATA N., PEÑA LÓPEZ F., *Curso de derecho civil de Galicia* (JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, DIR), Ed. Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2015.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Manual de derecho civil, sucesiones*, Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2012.
- DURÁN RIVACOBIA R., *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, Ed. Dykinson SL. Madrid 1992.
- LASARTE C., *Curso de derecho civil patrimonial, introducción al derecho*, Decimocuarta edición., Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- MEDINA DE LEMUS M., *Comentarios al código civil III libro segundo, títulos de I a VIII*, (JOAQUÍN RAMS ALBESA COOR. Y MORENO FLOREZ R.M., COOR. CONJUNTA), Ed. Editoria S.L., Barcelona, 2001.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.A., PARRA LUCÁN M. A., *Curso de derecho civil (I) Derecho privado derecho de la persona*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., COOR.), Ed. Colex 2008.
- PEREZ MARTÍN A.J., *Tratado de derecho de familia tomo V volumen I "régimen económicos matrimoniales constitución funcionamiento disolución y liquidación primera edición*, Ed. Lex Nova, Valladolid, Febrero, 2009.
- DÍEZ PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, Tomo I., Madrid, 1990.
- REIGOSA GONZÁLEZ J.J., *La ley de Dereito civil de Galicia: balance de un lustro y análisis de su revisión*, (RODRÍGUEZ MONTERO R.P COOR.) Ed. Moret SL, A Coruña 2002.
- RUÍZ-RICO RUÍZ J.M., *Manual básico de Derecho civil*, (MORENO-TORRES HERRERA M.L., COOR.), Ed. Tecnos., Madrid, 2010.

ANEXO NORMATIVO.

- Código Civil Español, 1889.
- Constitución Española, 1978.
- Ley 11/1990, 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por sexo.
- Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia
- Ley 14/1975 del 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio, sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la seguridad social.
- Real Decreto 1647/1997 31 de octubre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social.
- *Ley 27/2011 de 1 de agosto*, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.
- Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, Ley de Jurisdicción Voluntaria
- Ley 1/2000, Ley de enjuiciamiento civil
- Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de reforma Procesal.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Ley de Arbitraje.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

A) Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia 18 de septiembre de 1989
- Sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia de 14 de febrero de 2002 (RTC 2002/39)

B) Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 noviembre de 1868
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 (ROJ: 7687/1986)
- Sentencia del Tribunal Supremo 1 de octubre de 1988
- Sentencia del Tribunal Supremo 2 de marzo 1989, (RJ 1989/1747)
- Sentencia del Tribunal Supremo 30 octubre de 1989
- Sentencia del Tribunal Supremo 21 de diciembre 1989
- Sentencia del Tribunal Supremo 4 de septiembre de 1997, número 752/1997 (RJ 199776383)
- Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo civil del 11 de mayo de 2000. (RJ 2000/3926)

C) Audiencia Provincial

- Sentencia Audiencia Provincial, Barcelona, sec. 12 (a). 11 de noviembre de 2005 número 703/2005, (JUR 2006/58265)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sec. 18 (a). 5. 17 de abril de 2007, número 173/2007 (JUR 2007/271238)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2012/ 104872).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 12 de abril de 2016, (JUR, 2016/107721)