



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Sociedad de gananciales y herencia

AUTOR:

Teresa Iglesias Rodal

TUTOR:

Prof. Dr. Rafael García Pérez

Índice

Abreviaturas.....	4
Supuesto objeto de análisis.....	5
I. Vecindad Civil.....	6
1. Concepto y problemática.....	6
2. Problemática de la entrada en vigor de la Constitución.....	7
3. Punto de partida de la vecindad civil de Don Pedro y Doña Carmen.....	10
4. Punto de partida de la vecindad civil de los hijos.....	10
5. Computo de los años respecto al cambio de vecindad civil.....	11
II. Régimen económico matrimonial.....	13
1. Concepto y necesidad de regulación.....	13
2. Régimen matrimonial primario.....	14
3. Capitulaciones matrimoniales: concepto y repercusiones de su ausencia.....	14
4. La Sociedad de Gananciales: concepto, aplicabilidad al caso y repercusiones.....	15
5. Otros regímenes regulados por el Código Civil.....	18
III. De los bienes privativos y comunes.....	20
1. Introducción a los diferentes conceptos.....	20
2. Atribución voluntaria del carácter de los bienes.....	21
3. Calificación de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes a través de la interpretación del código.....	21
a) Fechas anteriores a 1980.....	22
b) Durante 1980.....	22
c) Durante 1985.....	24
d) Durante 1987.....	24
e) Durante 1991.....	25
4. Disolución de la sociedad de gananciales (1995).....	26
IV. La apertura de la sucesión: la herencia yacente.....	27
1. Introducción histórica.....	27
2. Discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de esta.....	29
3. Regulación.....	29
4. Titularidad y administración.....	30

V. La sucesión testada e intestada con especial referencia a la Ley de Derecho Civil de Galicia...	33
A. El reparto de los bienes en caso de existir disposiciones testamentarias.....	34
1. Concepto de testamento.....	34
2. Contenido.....	34
3. La libertad de testar como principio fundamental.....	34
4. Características testamentarias en la Ley de Derecho Civil de Galicia.....	35
5. De las legítimas.....	35
6. Los herederos forzosos.....	36
a) Apertura de la herencia de Doña Carmen.....	36
b) Apertura de la herencia de Don Pedro.....	36
B. El reparto de los bienes en caso de no existir disposiciones testamentarias.....	37
1. Supuestos de apertura de la sucesión intestada.....	37
2. Orden de la sucesión intestada.....	38
a) Apertura de la herencia de Doña Carmen.....	39
b) Apertura de la herencia de Don Pedro.....	39
VI. La Partición.....	40
1. Concepto y naturaleza jurídica.....	40
2. Clases de partición en el CC y en la LDCG.....	41
3. Operaciones particionales.....	44
4. Efectos de la partición.....	45
5. Modificación e ineficacia de la partición.....	45
a) Partición de la herencia de Doña Carmen.....	46
b) Partición de la herencia de Don Pedro.....	46
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	50

Abreviaturas

AC: actualidad civil

Art.: artículo

BDA: base de datos de Aranzadi

CC: Código civil

CE: Constitución española

Coord.: coordinador

CRP: Constitución de la República Española

DGRN: Dirección General de los Registros del Notariado

LDCG: Ley de Derecho Civil de Galicia

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LH: Ley Hipotecaria

Op. cit: “opere citato” (en la obra citada)

Pág: página

Párr: párrafo

RAJ: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia

RDAC: Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil

RDGRN: resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDN: Revista de Derecho Notarial

RDP: Revista de Derecho Privado

Ref.: referencia

RJC: Revista Jurídica de Cataluña

R.R.C.: reglamento del Registro Civil

s.: siglo

SAP: sentencia de la Audiencia Provincial

ss: siguientes

SC: Sala de lo Civil

STC: sentencia del Tribunal Constitucional

STS: sentencia del Tribunal Supremo

T-: tomo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

vid.: “vide” (véase)

Sociedad de gananciales y herencia

Supuesto objeto de análisis

En fecha 30 de septiembre de 1980, Don Pedro García, mayor de edad, vecino de Aranjuez (Madrid) y Doña Carmen Fernández, mayor de edad, vecina de Los Gigantes (Santa Cruz de Tenerife) contraen matrimonio en Toledo (Castilla-La Mancha). Ambos cónyuges deciden instalarse en Mojácar donde Pedro García poseía una lujosa hacienda del siglo XVIII que había heredado de su padre, Don Francisco y donde, asimismo, funda Multium, una empresa textil.

En esa época Carmen, la mujer de Pedro, que trabajaba en una importante multinacional decide también aprovechar su escaso tiempo libre para montar una pequeña explotación ganadera en los terrenos que poseía su marido, anexos a la Hacienda. Así, durante algunos años dedica parte de su tiempo libre a cuidar y alimentar a 20 vacas de las que extrae la suficiente leche como para vendérsela a un proveedor local, amortizando así su pequeña instalación y permitiéndole generar algunos ahorros. El 24 de octubre de 1982, nace en Mojácar su primera hija a la que deciden llamar Laura. Cinco años después, la empresa en la que trabajaba Carmen decide ascenderla a un puesto de alta dirección y por tal motivo le ofrecen un puesto en A Coruña, donde esa empresa tiene su sede central. A esta fecha Multium, la empresa de Pedro había crecido mucho y ya tenía un volumen de facturación considerable. Este hecho no hacía más que complicar la difícil decisión que ambos debían tomar habida cuenta de que todo el tiempo y dinero que Pedro había invertido en que su empresa prosperara. Finalmente, después de que ambos hubieran analizado detenidamente los pros y contras de tan difícil decisión, Pedro anima a Carmen a aceptarlo aludiendo a que es una gran oportunidad para ella y que cree que A Coruña puede ser un buen destino para trasladar su empresa. Carmen decide aceptar el puesto así que todos ellos se trasladan a dicha ciudad, donde alquilan una vivienda en la Calle Real. Durante los meses siguientes a su traslado Pedro se afana en reconstruir su próspera empresa en una ciudad llena de oportunidades con un resultado muy positivo. Dos años después, alentados por la buena proyección de la empresa de Pedro y por la estabilidad que le proporcionaba el trabajo de directiva de Carmen, deciden comprarse una vivienda en la Avenida de la Marina, nº14. Para afrontar dicha compra Pedro vende dos propiedades que también había heredado y ambos solicitan una hipoteca por valor de 250.000 € para pagar el resto de la deuda.

El 25 de enero de 1990, Doña Carmen Fernández da a luz al segundo hijo de la pareja, Rodrigo. Un año más tarde Pedro, al ver que Multium la empresa que había fundado estaba teniendo un alto crecimiento y que éste cada vez tenía menos tiempo para estar con sus hijos, decide ceder parte de la dirección a un viejo amigo suyo, Don Felipe Rols, quien asume tal carga a cambio de un 20% de participación en la empresa. Para sellar dicho acuerdo Pedro decide invitar a Felipe a cenar a un conocido restaurante de la ciudad y, tras dicha cena, acuden al Casino Real para poner a prueba su suerte. Ambos tienen una gran suerte aquella noche y tras pasar un rato jugando regresan a casa habiendo ganado 1700 euros cada uno. Desafortunadamente, la buena proyección de la vida de la pareja se ve truncada la noche del 22 de febrero de 1995 fecha en la que Doña Carmen Fernández fallece en un accidente de tráfico cuando regresaba de visitar a un proveedor en el País Vasco. A consecuencia de tan trágico acontecimiento Pedro se queda viudo, teniéndose que hacer cargo de sus dos hijos menores: Laura (de 13 años de edad) y Rodrigo (de 5 años de edad). La empresa para la que trabajaba Carmen llega a un acuerdo con su marido para que en lugar de pagarle de manera íntegra la indemnización laboral correspondiente, consecuencia del accidente sufrido por su mujer, cobre una renta periódica que se ingresará en la cuenta conjunta que ambos tenían abierta.

En fecha 6 de marzo de 2018 Pedro García fallece en su domicilio de A Coruña, dejando una deuda por la hipoteca del piso de 150.000, dos propiedades (una en Mojácar) y la otra en Barcelona; ambas heredadas de su padre y un local comercial que había comprado en A Coruña donde radicaba el domicilio social de Multium, la empresa textil de la que en esa época era dueño de un 80%, siendo el 20% restante titularidad de su socio y amigo Felipe.

I. Vecindad Civil

Análisis de la vecindad civil, tanto de los cónyuges como de sus hijos

Art. 14 CC

Se modifica por la Ley 1/1990, de 15 de octubre.
Ref. BOEE-A-1990-25089.
Se modifica por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.
Ref. BOE-A-1974-1083.

1. Concepto y problemática

En la práctica puede resultar difícil determinar que vecindad civil posee una persona, solamente en los casos en los que se ha efectuado una declaración de voluntad ante el Encargado del Registro Civil hay constancia oficial de la vecindad civil de una persona, sin embargo como puede sufrir cambios automáticos sin la intención del interesado no es seguro que una vez inscrito vaya a seguir manteniendo la misma vecindad civil¹. En primer lugar, debe entenderse a la vecindad civil como aquella condición o cualidad de todo ciudadano español, que determinará la aplicabilidad de la ley personal de alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país, pues la propia pluralidad de Derechos civiles en este impone la necesidad de precisar que españoles están sometidos a cada uno de ellos². Así pues, la vecindad civil viene siendo considerada por la doctrina como un estado civil que determina la aplicabilidad del régimen jurídico propio del estado civil, así como la atribución a la vecindad de los caracteres que de éste se predicen, es decir un carácter personalísimo, contemplado como materia de orden público y regulado por normas imperativas. La expresión de esta condición, así como de sus adquisiciones y límites, para lo que nos comprende al análisis, la encontramos en la redacción del artículo 14 del Código Civil:

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

2. Tienen especial 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. [...].

3. Si al nacer el hijo [...], los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que le 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. [...]

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

¹ DE PABLO CONTRERAS, P., (coord.), *Curso de Derecho Civil, Volumen I, Derecho Privado Derecho de la Persona*, Colex, 2008, págs. 495-496.

² BERCOVITZ-CANO, R., *Comentario al artículo 14 del Código Civil*, RDN, 2009, págs. 1 y ss.

2. ° *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 de ser reiteradas.

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

2. Problemática de la entrada en vigor de la Constitución

A tenor de lo dispuesto en el propio texto del artículo se vislumbra con escasa dificultad determinar la vecindad civil de la unidad familiar que nos presenta el supuesto práctico, no obstante, es preciso hacer hincapié en las fechas en las que esta pareja contrae matrimonio (1980) así como en el nacimiento de ambos hijos (1982 y 25 de enero de 1990) Atendiendo a la irretroactividad que el Código Civil manifiesta en su artículo segundo³, en base a los deseos de certeza y seguridad jurídica y el respeto de los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas⁴, con la consecuencia de que la interpretación de las normas de derecho transitorio ha de realizarse en sentido restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas, lleva a resolver la cuestión con el texto vigente de aquella época, es decir en base a la reforma del 1974⁵, que exponía en lo que respecta a la vecindad civil en su artículo 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*”. A primera vista puede parecer todavía más sencillo pues la vecindad civil, tanto de la mujer como de los hijos, seguiría la condición de la del marido, sin embargo dicho precepto se trata de un texto preconstitucional, y la unión matrimonial de Don Pedro y Doña Carmen fue ulterior a la entrada en vigor de la Carta Magna. Es preciso destacar, que la Constitución del 1978 trajo, sin otro antecedente en el constitucionalismo español que el que ofrecen los artículos 2 y 25 de la Constitución de 1931⁶, la igualdad entre ambos sexos sin posibilidad de discriminación dejándolo patente en su artículo 14 unido al derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio con igualdad jurídica de su artículo 32, acercándose también de esta forma a la redacción del artículo 43 de la Constitución de la República⁷. Es así pues que se percibía que la Norma Suprema proclamaba una igualdad que no se encontraba patente en el Código Civil, y que así seguiría siendo hasta la ulterior reforma del artículo 14CC de 1990⁸, texto vigente en la actualidad, en la cual la mujer en base a la igualdad constitucional ya no se sometería a la vecindad del marido, aunque con la posibilidad tanto para el hombre como para la mujer de someterse una a la del otro si así lo dispusieren, favoreciéndose así la unidad familiar de la vecindad civil⁹. A su vez también rompió con la vinculación directa del marido a los hijos, estableciéndose que 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, como se observó anteriormente en el citado artículo. La nombrada reforma del 1990, contenía a su vez una Disposición Transitoria, conforme a la cual, la mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición del marido, podría recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año a partir de la publicación de dicha Ley.

³ Código Civil, art 2.3: *Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.*

⁴ STS- SC de 30 de mayo de 1984 [RJ 1985/5318].

⁵ Se modifica por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Ref. BOE-A-1974-1083.

⁶ CRP, art. 2 *Todos los españoles son iguales ante la ley; art. 2: No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones ni títulos nobiliarios.*

⁷ CRP: art. 43. *El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos.*

⁸ Se modifica por el art. 2 de la Ley 11/1990, de 15 de octubre. Ref. BOE-A-1990-25089.

⁹ ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, I-2*, RDP, 1995, pág. 1241.

Una vez en este punto, la doctrina se dividió, por un lado los que consideraban que de esta Disposición Transitoria también deberían hacer uso las mujeres no solo que hubiesen contraído matrimonio en fechas precedentes a la entrada en vigor del texto constitucional sino también aquellas que lo hubiesen hecho en fechas posteriores¹⁰, y por el otro, los que consideraban que las mujeres que ya habían contraído nupcias después de la entrada en vigor de la Carta Magna ya no estaban sujetas al antiguo 14. 4 CC¹¹ por lo que nunca habrían arrastrado la vecindad civil del marido.

La primera de las teorías fue la seguida por la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 7 de octubre de 1999, a pesar de que ya existía una previa Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 que se había pronunciado a favor de la inconstitucionalidad del 14.4 Código Civil, en su versión anterior a la reforma de 1990. Sin embargo, aun así expusieron que la reforma de 1990 llevaba a interpretar que, si la mujer no se acogía a la opción de recuperar su vecindad civil, consentía tácitamente en conservar la vecindad del marido adquirida conforme a la legislación vigente en el momento del matrimonio, basándose en la teoría de que de esta manera dotaban a las situaciones de una mayor seguridad jurídica en cuanto que permitía mantener situaciones consolidadas por el tiempo, pues para ellos la Tesis del Supremo plantearía entre los cónyuges soluciones que difícilmente podrían prever, y que además no tienen una solución legislativa expresa.

No obstante, la solución que pretendía dar el DGRN es una solución práctica, que obviaba la supremacía como norma suprema de la Constitución, pues no podemos olvidar que las normas que componen un sistema jurídico se relacionan unas con otras de acuerdo con el principio de jerarquía, por lo que una ley que se encuentra por debajo no puede contradecirse con otra que esté por encima ya que la misma no tendría efecto jurídico o no debería tenerlos, siguiendo el más puro estilo Kelsiano.

Es en esta línea que el Tribunal Constitucional en el 1982 expresó¹² que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que “*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución*”, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Además añade que no puede haber duda de la vinculatoriedad inmediata, es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario, de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo vinculan a todos los poderes públicos. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional.

Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre ellos por razón de género, lo que nos lleva al caso, pues tal como expresa el propio Tribunal Constitucional, la sencilla entrada en vigor del artículo 14 C.E

¹⁰PEREZ DE CASTRO, N., *La Vecindad Civil*, RDN, 1996, págs. 13-16.

¹¹BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Bercal, 2011, pág 51.

¹²Sentencia Tribunal Constitucional 80/1982, de 20 de diciembre de 1982.

produce efectos vinculantes en lo que se refiere, al artículo 14 CC, y así lo vendría a dejar patente la STS del 14 de septiembre del 2009, donde se plantea la constitucionalidad de la regla de la unidad familiar para atribuir a la mujer casada la vecindad civil de su marido¹³.

La complejidad de este asunto viene provocada por la falta de diligencia del legislador en la regulación de esta materia, pues dicha regla se mantuvo, como ya se ha visto, hasta la reforma efectuada en 1990. Respecto de la constitucionalidad del viejo artículo 14.4 CC, el TS sostiene que, la imposibilidad de que la mujer adquiriera una vecindad distinta de la del marido o mantuviera la suya de origen a pesar del matrimonio constituía una discriminación por razón de sexo que hacía ilusoria, al menos en este punto, la norma del artículo 32.1 CE, que establece la igualdad jurídica en el matrimonio. No cabe duda, tal como asume el Tribunal, de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma contenida en el artículo 14.4 CC, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los artículos 14 y 32.1 CE, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido. A partir de aquí, el TS aborda la consecuencia de dicha inconstitucionalidad, que no es otra que la derogación del viejo artículo 14.4 CC desde el momento de la entrada en vigor de la Constitución en 1978. Destacando a su vez que el propio texto constitucional en sí mismo alberga su supremacía directa, al dejar patente en su Disposición Derogatoria tercera que, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución. La misma fue introducida en el Informe de la Ponencia Constitucional y se mantuvo a lo largo del proceso de elaboración de la Constitución. El precepto, aunque tal vez superfluo desde el punto de vista teórico, es utilizado por primera vez en nuestro derecho constitucional y no puede tener otro sentido que el de subrayar la eficacia normativa que la Constitución tiene.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional en 1981¹⁴, en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación.

El Tribunal Constitucional desde su primera sentencia¹⁵ establecía literalmente que la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora nos interesa, en que la Constitución es una ley superior, criterio jerárquico, y posterior, criterio temporal. Y la coincidencia de ese doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación. Justificación sobre la que el propio Tribunal procedió a delimitar qué órgano era competente a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes constitucionales diciendo que, así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma. Debe reconocerse a su vez que permitir que cualquier mujer que cambió en el pasado la vecindad por razón de matrimonio pueda recuperar ahora su vecindad anterior al mismo, constituye una eficacia retroactiva del principio de constitucional de igualdad difícil de justificar, por eso es lo que el texto legal permite y la interpretación consecuente para quienes entienden que a partir de la entrada en vigor de la Carta Magna ninguna mujer perdió su vecindad civil por matrimonio¹⁶.

¹³ CASAS BAAMONDE, M. *Comentarios a la Constitución Española*, WoltersKluwer, 2008, págs. 123-126

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1981, de 31 de marzo de 1981.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 2 de febrero de 1981.

¹⁶ ALBADALEJO, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, I-2*, op. cit, págs. 1221-1223.

3. Punto de partida de la vecindad civil de Don Pedro y Doña Carmen

Este entramado de problemáticas terminan en un punto común que no es otro que la supremacía de la Constitución por encima el resto de normas, por lo cual, se puede afirmar que, en el 1980, momento de la unión matrimonial de Don Pedro y Doña Carmen, la unión de esta a la vecindad de su marido ya no aconteció¹⁷.

Por lo tanto en lo que respecta al punto de partida, la vecindad de ambos cónyuges será la sujeta al derecho civil común, por ser Don Pedro García vecino de Aranjuez y Doña Carmen Fernández vecina de Los Gigantes, ambas ciudades pertenecientes a comunidades autónomas carentes de un régimen foral o especial siendo necesario precisar aquí que se someten ambos al régimen común pero cada uno de forma autónoma no por verse Carmen arrastrada por su marido.

4. Punto de partida de la vecindad civil de los hijos

Problema distinto es el que se plantea al determinar la vecindad civil de ambos hijos, pues ambos habían nacido antes de la entrada en vigor de la ya tan nombrada reforma de del Código Civil de 1990, que entró en vigor el 15 de octubre de ese mismo año¹⁸. Pues aun siendo inconstitucional de la misma forma la segunda parte del precepto, que regula que la vecindad civil de los hijos deberá ser la del padre, como la primera que la de la mujer ha de ser la del marido, es decir el mismo viejo artículo 14.4 CC, la solución no puede ser la misma, debido a que en el supuesto de la mujer se limitaba sencillamente a no cambiar su vecindad por el mero hecho de la unión matrimonial.

Sin embargo con los hijos se descubre la problemática de que no hay un punto de partida, es decir, si negamos que sea la del padre no tenemos ninguna vecindad previa a la que sostenernos puesto que los nuevos cauces del artículo 14CC que hoy podríamos hacer uso son herramientas con las que no contábamos ni el 24 de octubre de 1982 en el nacimiento de Laura, ni tampoco el 25 de enero de 1990 en el nacimiento de Rodrigo.

Recabando los datos y haciendo uso de la propia salvaguarda que proponía el Código Civil después de la reforma del 1974 en su artículo 14.5¹⁹, y que sigue proponiendo todavía hoy en su artículo 14.6, aunque con interpretaciones doctrinales distintas, nos permite estipular que la vecindad civil de los hijos será la que corresponda al lugar en el que aconteciese su nacimiento.

Así pues el mencionado artículo trataba de facilitar la prueba de la vecindad civil mediante el establecimiento de una presunción²⁰, lo que se podría deducir de la utilización del verbo prevalecer. No es que contuviese un precepto sobre la prueba de la vecindad civil, sino que se encargaba de recoger el papel residual que le correspondía entonces al *ius soli* en la determinación de la vecindad civil cuando el *ius sanguini* no podría aplicarse²¹, ya bien fuere por desconocerse la identidad de los progenitores, porque estos no fuesen españoles, o bien y lo cual nos atañe al caso, la vía que se siguió

¹⁷ DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, 1993. Págs. 626-630.

¹⁸ Ley 11/1990, de 15 de octubre. Ref. BOE-A-1990-25089.

¹⁹ 14.5 CC. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento. Se modifica por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Ref. BOE-A-1974-1083.

²⁰ DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, op. cit, pág. 334

²¹ ALZAGA VILLAAMIL, O. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, T-I*, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, pág. 490.

una vez derogado el artículo 14.4 CC por la entrada en vigor de la Constitución para determinar la vecindad civil de los hijos al carecer de cualquier otro medio de asignación de tal vecindad.

Es por todo ello que se puede afirmar que la vecindad de los hijos sería: en el caso de Laura, la común, por haber nacido en Mojácar el 24 de octubre de 1982 y no poseer la comunidad andaluza un régimen especial; y en el caso de Rodrigo la foral de Galicia, por haberse producido su nacimiento en el 25 de enero de 1990 en A Coruña, antes de la entrada en vigor de la reforma del ya tan nombrado artículo 14 en octubre de ese mismo año.

Si bien es necesario destacar que la vecindad no es una condición que se adquiere de forma vitalicia, ya que está sujeta a posibles modificaciones, por lo que las conclusiones hasta este momento extraídas nos sitúan en el punto de partida de cada uno de los integrantes de la unidad familiar, pero no en el punto final, por ello se seguirá una línea temporal para determinar los cambios que se produzcan en los sujetos respecto de su vecindad civil.

5. Computo de los años respecto al cambio de la vecindad civil

Tras haber llegado a la conclusión de que Don Pedro y Doña Carmen comienzan su unión matrimonial sometidos ambos, pero por separado, a la vecindad civil común, ambos se mudan a Mojácar, donde residirán desde 1980 hasta 1987. El Código Civil disponía en su articulado, tanto después de la reforma del 74 (14. 3CC) como la del 90 (14.5CC) ya mencionadas, el cambio de vecindad civil por residencia continuada. La exigencia de que sea continuada pretende evitar que se puedan cumplimentar los plazos con periodos de residencia espaciados en el tiempo como estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 1958²².

En este sentido proporciona dos plazos, el primero de ellos que la vecindad civil podrá intercambiarse cuando hayan pasado dos años de residencia continuada en un mismo lugar pero con la exigencia de que el interesado manifestase su voluntad de adquirir la nueva vecindad, haciendo la declaración efectiva ante el encargado del Registro Civil. Las declaraciones deben hacerse una vez transcurridos los dos años o antes de que transcurran diez años. Habrán de referirse directamente a la voluntad de adquirir una nueva vecindad o de no perder la anterior. No basta con realizar manifestaciones sobre temas relacionados con la vecindad, pero que no impliquen necesariamente el cambio o la conservación de la misma.

El segundo de los plazos nos hace referencia al transcurso de los diez años para el cambio automático de la vecindad civil, aunque es necesario destacar aquí que ha sido un precepto jurisprudencial y doctrinalmente muy discutido, ya que existe jurisprudencia que permite la negación en contrario aun tras el paso de los diez años de residencia continuada en la que se sigue manteniendo la antigua vecindad civil. Es así pues criticable que la Sentencia del Supremo de 1967²³ considerara declaraciones suficientes las reiteradas por un matrimonio acerca de la sumisión de su régimen económico al de gananciales para conservar la vecindad común a pesar de la prolongada residencia en Barcelona, lo cual únicamente probaría que en el momento de contraer matrimonio estaban sujetos al régimen común, basándose en la tesis de que la adquisición de la vecindad civil por el transcurso de los diez años equivale a una adquisición voluntaria de la misma, en tanto en cuanto el silencio guardado se equipara a una manifestación tácita de la voluntad, de lo que se

²²STS- SC 21 de enero de 1958 [RJ 1958/5418]: “[...] siendo doctrina jurisprudencial la de que el plazo de permanencia ha de transcurrir sin interrupción como la usucapión”.

²³ STS - SC de 14 de diciembre de 1967 [RJ 1967/8302].

deduce a su vez que cualquier conducta que muestra una actitud contraria al cambio debe bastar para impedirlo²⁴.

La única posición correcta, tal como ha venido dejando patente la jurisprudencia más considerable, es la que entiende que la eficacia de los diez años opera al margen de cualquier manifestación de voluntad, bien sea expresa o tácita de los interesados, basta pues con que la residencia en un territorio de vecindad civil distinta se haya prolongado durante diez años²⁵.

Para continuar en la línea temporal de los hechos sujetos a análisis es necesario precisar que en los siete años que los cónyuges permanecieron residiendo en Mojácar no afectan al cambio de su vecindad civil de un lado por no ser Andalucía una Comunidad Autónoma con régimen foral, y de otro por no haberse computado los diez años de residencia continuada ni tampoco haberse hecho solicitud en contrario²⁶. Por lo cual se puede afirmar que cuando se produce su traslado a Coruña en 1987, toda la unidad familiar arrastra a la comunidad gallega la vecindad civil común.

En el momento en el que decidieron mudarse su hijo menor todavía no había nacido, nace tres años después, el 25 de enero de 1990 ya en A Coruña, por lo cual adquiere en este momento la vecindad gallega, por los motivos que ya se han expuesto, a saber, por la utilización del Código Civil vigente antes de la reforma de 1990, dado que no entró en vigor hasta octubre del mismo año en el que nace Rodrigo, y por la derogación sistemática a manos de la Constitución del artículo 14.4 que obliga a hacer uso de la salvaguarda del *ius soli* del apartado quinto de dicho artículo²⁷.

En el momento del fallecimiento de Doña Carmen el 22 de febrero de 1995 todavía no había adquirido la vecindad gallega por residencia continuada en A Coruña, si se recuerdan los requisitos temporales de los diez años necesarios antes expuestos teniendo en cuenta que solo llevaban residiendo en la comunidad gallega ocho años y no teniendo constancia de que hubiese realizado la declaración efectiva ante el encargado del Registro Civil con tal fin. Por tanto se puede afirmar que en el momento de su muerte, Doña Carmen seguía sujeta al régimen común.

En el momento del fallecimiento de Don Pedro, tanto él como su hija ya habrían adquirido la vecindad civil gallega, al no tener constancia a la luz de los hechos del supuesto práctico que hubiesen interrumpido su residencia en dicha comunidad, y al superar con bastantes años el requisito de los diez la vecindad se da por adquirida ya haciendo uso, al igual que con Doña Carmen, del Código Civil vigente en la actualidad, en relación a su artículo 14.5.2 como se veía al comienzo del análisis.

²⁴RUBIO TORRANO, E., *Inconstitucionalidad sobrevenida, adquisición de vecindad civil y ley aplicable a la sucesión*, RDN, 2009, pág. 2 y ss.

²⁵BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2006, págs. 110-111.

²⁶PEREZ DE CASTRO, N., *La Vecindad Civil*, Doctrina y Jurisprudencia, 1996, págs. 13-16.

²⁷DURAN RIVACOBIA, R., *El Nuevo Régimen de la Vecindad Civil y los Conflictos Interregionales*, Dykinson, 1992, pág 50.

II. Régimen Económico Matrimonial

Justifique el régimen aplicable al caso y sus repercusiones

Art. 1315y ss CC

Se modifica por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198. Se modifica por la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Ref. BOE-A-1975-9245

1. Concepto y necesidad de regulación

Ante todo debemos entender cómo régimen económico matrimonial al conjunto de reglas que se encargan de regular los asuntos patrimoniales que se derivan del matrimonio, incidiendo en la necesidad de regular y en base a qué principios será gobernada la titularidad y administración de los bienes de las personas casadas. Es decir, el régimen económico determinará cómo deben realizarse los gastos de la unidad familiar, con qué fines, quien debe pagarlos y como debe valorarse la contribución de cada esposo a la economía familiar.

La necesidad de estipular un determinado régimen económico surge en el momento de la unión matrimonial de Don Pedro y Doña Carmen al surgir de esta un consorcio de vida con un propósito específico que conlleva efectos patrimoniales que necesitan de una especial regulación, pues la vida en común de ambos cónyuges supondrá que se harán gastos que deben acometer ambos esposos, lo que viene determinándose como cargas matrimoniales²⁸. Aunque no es el único problema que se plantea pues la familia no es una simple cooperativa de consumo de cosas y servicios ajenos pues en ella también tienen un papel importante los servicios invaluable en su conjunto, que cada cónyuge aporta a la vida del hogar a la del hogar y la familia así como las actividades adquisitivas de un cónyuge se ven fomentadas y reforzadas por la ayuda del otro²⁹.

Como es propio, la determinación de tal régimen, y tal como reconoce el propio Código Civil, es un derecho de los propios cónyuges dándoles la libertad por ellos mismos de estructurarlo como mejor dispusieren. Aunque es preciso anotar en este punto que esta realidad no siempre fue así pues la tradición castellana no era otra que la de imponer el carácter imperativo de la sociedad de gananciales, si bien el legislador cedió sacrificando la tradición al acercamiento de los territorios de Derecho foral en la que imperaba la libertad de pacto sobre el régimen económico del matrimonio, tal como se expresó en la Base 22 de la Ley de 11 de mayo de 1888 cuando estableció que el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges sin más limitaciones que las señaladas en el Código entendiéndose que cuando falte el contrato o sea deficiente los esposos habrán querido establecerse bajo el régimen de la sociedad de gananciales³⁰.

²⁸ SANTOS MORÓN, M.J. (coord.), *Lecciones de Derecho Patrimonial*, Tecnos, 2014. Págs. 328.

²⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Familia IV*, 2 Dykinson, 2005, Pág. 115.

³⁰ LASARTE, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, 12, Marcial Pons, 2013. Págs. 140.

Es así pues que el propio Código se encarga de que no haya ninguna unión matrimonial que carezca de régimen económico, siendo la libertad de determinación y configuración de tal régimen un principio básico de nuestro ordenamiento, como ya se ha apuntado y como se registra en el artículo 1315, dándole así una vez más a la autonomía privada el alcance y significado que se merece. Se puede afirmar así que las reglas del funcionamiento patrimonial del matrimonio es un asunto *inter privatos* por ello el legislador únicamente se limita a resaltar que cada matrimonio adoptará al respecto las medidas que considere oportunas y más adecuadas a sus propios intereses o a su situación patrimonial, a través de lo que se consideran como capitulaciones matrimoniales.

2. Régimen matrimonial primario

Aun así, permitiendo el propio código la libertad contractual, hay ciertas reglas establecidas en el que son comunes y se aplican con independencia del régimen económico concreto que rija el matrimonio, es lo que se conoce como, régimen económico matrimonial primario, dado que se atribuyen a todo matrimonio regido por el Código Civil³¹.

Una de esas reglas se encuentra en el artículo 1319 CC, en base al cual cualquiera de los cónyuges puede realizar actos encaminados a atender a las necesidades ordinarias de la familia, conforme al uso del hogar y a las circunstancias que se den en la misma, lo cual conlleva a afirmar que cualquiera de los cónyuges puede administrar los bienes dentro de la esfera de esas necesidades ordinarias, y que por tanto para ello, la actuación de solamente uno de los esposos es suficiente. Lo cual lleva a afirmar que en el momento en el que uno de los esposos realiza un acto para atender a las necesidades ordinarias de la familia ese mismo cónyuge representa y compromete a la familia.

En el supuesto de que sea el régimen de gananciales el régimen aplicado al matrimonio, el propio artículo 1319 CC establece que los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda responderán de forma solidaria de las deudas contraídas para de esta forma atender a las necesidades ordinarias de la familia y de manera subsidiaria las del otro cónyuge. Es así que de esta forma, responden los bienes comunes porque se trata de una necesidad ordinaria de la familia, los del cónyuge que ha realizado el gasto porque es el que se presenta como deudor frente al acreedor y únicamente en el caso de que ambos patrimonios sean insolventes se podrá dirigir el acreedor contra el patrimonio del cónyuge que no medio en contraer la deuda. Por el contrario, si se encontrasen en el régimen de separación de bienes sería el cónyuge que contrae la deuda el directo responsable, de forma que el esposo que no ha contraído la deuda en el ejercicio de la potestad doméstica solo responde de ella subsidiariamente, tal como así lo establece el Código³².

A su vez hay que precisar otra regla importante común a todos los regímenes matrimoniales que situamos en el artículo 1320 CC, donde se vislumbra necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o de ser precisa autorización judicial para disponer de la vivienda familiar, sin perjuicio de que pueda pertenecer a uno solo de los esposos, dicha limitación se establece con el fin de proteger la residencia habitual de la familia de la actuación discrecional de solamente uno de los esposos que podría de no existir dicho límite enajenarla sin contar con la opinión del otro cónyuge.

3. Capitulaciones matrimoniales: concepto y repercusiones de su ausencia

En lo que respecta a las capitulaciones matrimoniales se entenderá a estas como un contrato o negocio jurídico que tiene por objeto la regulación de los intereses patrimoniales de los cónyuges.

³¹ LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, 2014. Págs. 132.

³² SANTOS MORÓN, M.J. (coord.), *Lecciones de Derecho Patrimonial*, op cit. Pág. 330.

Los futuros cónyuges o los ya cónyuges, pues es necesario precisar que pueden celebrarse antes o después del matrimonio, establecen en dichos capítulos las reglas relativas a su régimen económico matrimonial o cualesquiera otros pactos por razón del matrimonio³³.

Es por ello que se puede afirmar que las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico de Derecho de familia, cuya finalidad típica y principal, aunque no la única, es la de regular el régimen económico conyugal. Las capitulaciones están radicalmente influidas por el matrimonio, que es su presupuesto y base. Los capítulos son matrimoniales, por ello se puede afirmar que el matrimonio juega un papel esencial en la producción de sus efectos³⁴. De ahí que no lleguen a adquirir eficacia si el matrimonio no se celebra y que la pierdan si se declara nulo o se disuelve o si se produce la separación de los esposos.

Los únicos sujetos cuya intervención es imprescindible en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales son los cónyuges o futuros cónyuges. Además por su propio carácter de acto personalísimo no podrían darse nunca a través de representante, aunque se vislumbra necesario añadir que otras personas pueden intervenir en las capitulaciones pero siempre con carácter accidental bien como otorgantes en cuanto realizan atribuciones patrimoniales concretas o bien a los únicos efectos de asistir a los cónyuges o futuros cónyuges para complementar su capacidad³⁵.

Se precisa necesario decir, que el régimen económico matrimonial escogido, no interesa solamente a los propios cónyuges sino también a los terceros que con ellos entran en relación, terceros entendidos en su sentido más amplio³⁶, es por ello que resulta necesario el funcionamiento de un adecuado mecanismo de publicidad a través del cual puedan conocerse esos datos. Dichos medios solo serán necesarios cuando se pacten capitulaciones, tal como establece nuestra legislación ya que de someterse al régimen legal supletorio no sería necesario, por ello cuando los terceros de buena fe no puedan conocer a través de alguno de los medios de publicidad dichos capítulos se entenderá que el régimen vigente es legal, por ello y al carecer el supuesto de referencia alguna acerca de las capitulaciones que pudiesen haber llevado a cabo Doña Carmen y Don Pedro, se entenderá que se someten al régimen económico supletorio, a saber, el régimen conocido como sociedad de gananciales.

4. La Sociedad de Gananciales: concepto, aplicabilidad al caso y repercusiones

La regulación precisa que hoy se conoce de la sociedad de gananciales surgió de la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo iniciándose con dos disposiciones generales, los arts. 1.344 y 1.345. Estos dos preceptos forman la Sección Primera del Capítulo IV, enteramente dedicado a este tipo de régimen económico, que comprende de los arts. 1.344 a 1.410 dentro del Título III. El art. 1.344 C.c. ofrece la descripción básica del régimen de gananciales, sin llegar a dar un concepto del mismo, mientras que el art. 1.345 CC se ocupa del inicio de su vigencia. Es necesario precisar en este punto que el art. 1.344 CC. ha sufrido una nueva redacción por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en concreto, han desaparecido los términos marido y mujer.

³³ GARRIDO PALMA, G., *Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, RDN, 1976, pág. 3.

³⁴ QUÍLEZ ESTREMER, M.A., *La libertad capitular y los artículos 1328 y 1330 y otros del Código Civil*, RCDI, 1982, pág. 361.

³⁵ BAYOD LÓPEZ, M.C., *La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: ¿Habililis ad nuptias habillilis ad pacta nuptialia?*, RJC, 1994, pág. 1.

³⁶ AMORÓS GUARDIOLA, A., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol II, Tecnos, 1984, pág. 1515.

En lo que se refiere al art. 1.344 CC debe conocerse que debe su precedente en el antiguo art. 1.392³⁷, conforme al cual “*mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*”. Es la misma redacción que figuraba en el art. 1.415 del Anteproyecto de Código Civil de 1888, pero a su vez también deriva aunque utilizando otras expresiones del art. 1.309 del Proyecto de 1851, a saber, “*entre marido y mujer hay sociedad legal, cuyo efecto es hacer comunes de ambos por mitad las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio*”. A su vez el art. 1.345 CC debe su precedente al antiguo art. 1.393 CC, donde se establecía precisamente el día de la celebración del matrimonio como comienzo de la sociedad de gananciales del matrimonio, tal como lo hacía también la redacción del art. 1.416 del Anteproyecto de Código Civil y la del art. 1.310 del Proyecto de 1851³⁸.

El código establece tres regímenes regulados por el mismo, que se verán más adelante, sin embargo el de gananciales es sin duda el que adquiere gran importancia al imponerse a los cónyuges, pues así como señala el art. 1316 CC, es el régimen cuando falta pacto capitular en contrario o dicho pacto resulta ineficaz, como ya se había apuntado en la introducción. Además resulta el más común en la mayoría de los matrimonios, ya que rige cuando no se pacta otro, como es frecuente, aunque es verdad que en la actualidad cada vez se encuentran menos matrimonios que dejen totalmente sin regular este tipo de disposiciones. Es preciso mencionar en este punto, que esta misma razón es la que provoca que el régimen económico que apliquemos al caso sea este mismo, pues Don Pedro y Doña Carmen contraen matrimonio sin que se nos demuestre que realizan alguna capitulación o pacto en contrario por lo cual es el régimen al que deben someterse.

La problemática del mencionado art. 1344 CC es que no da una definición de la sociedad de gananciales como tal, el precepto se limita a describir su efecto final más importante, es decir el que tiene lugar en la fase de liquidación del régimen cuando determinado el haber de la sociedad de gananciales se reparta por mitad entre los cónyuges o sus respectivos³⁹. Es por ello que es necesario que lo que se dicta en dicho precepto debe ser necesariamente completado con lo dispuesto en el art. 1.404 CC que expone, a saber, que “*hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos*”⁴⁰.

Sin embargo era diferente la redacción que se le otorgó al precepto por el Proyecto de Ley de reforma, de 14 de septiembre de 1979, ya que establecía que “*en la sociedad de gananciales, los bienes de este carácter se hacen comunes a marido y mujer, y les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla*”. Esta redacción, técnicamente mucho mejor que la finalmente adoptada, permitía diferenciar entre lo que es objeto de la comunidad y lo que constituirá el haber partible, El art. 1.344 CC, es fruto de la enmienda número 414, que fue presentada en nombre de UCD por el Sr. Díaz Fuentes, en base a la justificación de la idea de seguir el estilo del viejo art. 1.392, pero acogiendo el propósito que el proyecto revelaba de destacar la condición abstractamente común de los bienes durante la sociedad conyugal, sin imputación de cuotas concretas en bienes determinados, y la atribución que se produce por mitad al tiempo de la disolución⁴¹.

³⁷ Vigente en el momento en el que los cónyuges objeto de análisis contrajeron matrimonio.

³⁸ DE LOS MOZOS, J.L. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (arts. 1344-1345 CC), t. XVIII, vol. 2º, 1999, págs. 1 y ss.

³⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones*, Tirant, 2002, pág. 180.

⁴⁰ La redacción actual de este precepto, al igual que sucede con el art. 1344 CC, procede de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁴¹ HERNÁNDEZ RUEDA, N., *Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, 2000, págs. 810 y ss.

Es por ello que el art. 1.344 C.c. tiene como único alcance fijar el destino final de los bienes gananciales por ello lo primero que debe señalarse es que la redacción dada por la reforma de 1981, con la utilización de la expresión “se hacen comunes” referida a las ganancias o beneficios obtenidos durante la vigencia del régimen debe servir para poner fin a la idea muy arraigada en la jurisprudencia⁴² y en cierto sector doctrinal⁴³, según la cual no existen bienes gananciales hasta que termina la sociedad basando esta interpretación en la fórmula empleada por el antiguo art. 1.392 que pone el verbo en futuro “*harán suyos*”, mientras el texto originario del Código dilata al momento de la disolución la comunidad entre los esposos, el texto actual atribuye de presente las ganancias o beneficios. Una lectura correcta del art. 1344 CC permite concluir, con palabras de la STS 12 de abril de 2000 [RAJ 2000/1827], que lo que impone el precepto al disolverse la sociedad es “*la atribución por mitad de bienes*” pero lógicamente la comunicaciónn de éstos se ha producido en un momento anterior.

Ante todo esto se puede afirmar que en lo que respecta al régimen económico matrimonial de los cónyuges se forma una masa de bienes integrada por las ganancias o beneficios que estos obtengan durante matrimonio y que son los llamados bienes gananciales. Se presta necesario por tanto llevar a cabo una determinación de qué bienes son los comunes y cuáles son los privativos de cada uno de los consortes, y es aquí donde radica la repercusión más importante, para lo cual el Código dicta una serie de reglas que encontramos en los arts. 1.346 a 1361. Por tanto se puede afirmar que se originan al menos potencialmente, la coexistencia de tres masas patrimoniales, como son los bienes propios de un cónyuge, los bienes propios del otro cónyuge y los bienes gananciales, teniendo por supuesto cada uno de ellos una diferente titularidad, régimen de administración y disposición, y reparto de responsabilidades.

Por su parte los bienes gananciales estarán sometidos a las reglas del régimen económico de gananciales, que suponen la atribución de unos poderes y facultades a los cónyuges, su afectación al pago de unas deudas o cargas y el remanente, en el momento de la liquidación, será repartido por igual entre los cónyuges. A su vez los bienes privativos son administrados y poseídos exclusivamente por el cónyuge titular, pudiendo disponer de ellos libremente y están afectos a la responsabilidad por las deudas personales de su titular⁴⁴.

La repercusión general de este régimen es pues, que se constituye no una persona jurídica, sino por el contrario una comunidad de bienes, limitada exclusivamente a los gananciales, cuya titularidad material corresponde conjuntamente al marido y a la mujer aunque con la posibilidad de que los bienes puedan figurar o hallarse inscritas a nombre de uno solo⁴⁵. Es a su vez posible que los cónyuges sean cotitulares de bienes no sometidos a las reglas de la sociedad de gananciales, sino a las de la comunidad ordinaria o copropiedad. Es decir los bienes adquiridos durante el matrimonio con fondos cuya procedencia privativa esté demostrada corresponderán proindiviso a cada uno de ellos y estarán sometidos al régimen de la comunidad ordinaria, cuyas reglas difieren de las propias del régimen de gananciales⁴⁶.

⁴² SSTS – SC 23 de enero de 1958 [RAJ 1958/545], 4 de diciembre de 1958 [RAJ 1958/4.036], 27 de febrero de 1960 [RAJ 1960/937], 7 de marzo de 1963 [RAJ1963/2.054] y 11 de abril de 1972 [RAJ 1972 1666]; con posterioridad a la reforma de 1981, SSTS 26 de septiembre de 1988 [RAJ 1988/6859], 12 de junio de 1990 [RAJ 1990/4754], 24 de octubre de 1990 [RAJ 1990/8045], y 26 de febrero de 2004 [RAJ 2004/1750].

⁴³ ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., *Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias*, RDN, 1982, págs. 7 y ss./CASTILLO TAMARIT, V.J., *Aspectos parciales en la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales*, RDN, 1983, págs.7 y ss.

⁴⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones*, op.cit, pág. 183.

⁴⁵ Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 2002, pág.162.

⁴⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, J, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones*, op.cit, pág. 181.

En conclusión se puede asumir, como ya se ha visto que el art. 1344 CC no proporciona una definición o concepto del régimen, sino que se fija en el aspecto activo de la sociedad conyugal y en el efecto económico que se produce a su terminación. Por ello ha sido casi siempre la doctrina la que ha construido el concepto de la sociedad de gananciales, desde una perspectiva que tome en consideración todos los aspectos que se encuentran implicados en la regulación normativa. Por ello es necesario poner en relación los preceptos que determinan los bienes gananciales, los que establecen los principios básicos de su gestión los que fijan la deuda y la responsabilidad y los que atienden a su liquidación. De esta manera considerando el concepto legal de la sociedad de gananciales como el producto del conjunto de muchos artículos, se ha afirmado que este régimen se caracteriza porque atribuye a determinados bienes y derechos la condición de comunes o gananciales, con los que se constituye un patrimonio en comunidad perteneciente a ambos cónyuges, que se halla afecto a unas cargas o deudas comunes, surgidas tanto de las necesidades del consorcio como de los respectivos patrimonios privativos, destinándose los remanentes que existieren a su disolución a ser repartidos por mitad entre ambos cónyuges⁴⁷. En la jurisprudencia, la SAP Alicante de 27 de julio de 1999 [RJ 1999/6781] afirma que *“el Código Civil no contiene una verdadera definición de lo que debe entenderse por sociedad de gananciales ya que el artículo 1344 solamente hace referencia a una idea de su contenido, al decir que mediante ella se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellas, y que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla, y esto solamente de una manera imperfecta ya que se refiere a los efectos de la sociedad al momento de la liquidación. Completando esta fórmula con otros preceptos podemos decir, no obstante, y a modo de concepto legal, que la sociedad de gananciales es la sociedad que la ley declara existente entre los cónyuges y a falta de estipulación en contrario y por virtud de la cual se hacen comunes y divisibles por mitad, a la disolución del matrimonio, las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio”*.

5. Otros regímenes regulados por el Código Civil

El segundo de los regímenes que regula el CC es el que se conoce como el régimen de separación de bienes, definiéndose como aquel en el que cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de todos sus bienes pudiendo retener también la administración y el goce con absoluta independencia o quedar estas en manos de uno de los cónyuges⁴⁸.

El artículo 1.435 del Código civil, enumera los supuestos de constitución del régimen de separación de bienes. A diferencia de lo que ocurre en algunos territorios de Derecho foral, el régimen de separación no es el régimen legal de primer grado en el CC y para su vigencia es necesario que el mismo se haya pactado expresamente, o bien que se hayan limitado los cónyuges a excluir el régimen legal en capitulaciones o que se haya disuelto un régimen comunitario constante matrimonio, no habiendo manifestado los cónyuges la voluntad de que rija otro régimen⁴⁹.

Dispone a su vez el artículo 1.437 que *“en el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo, corresponderá a cada uno la administración goce y libre disposición de tales bienes”*. Como se vislumbra, el Código se refiere en su modelo legal, a la llamada separación absoluta de goce, administración y disposición. Respecto a las cargas del matrimonio establece el

⁴⁷DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (arts. 1344-1345 CC), t. XVIII, vol. 2º op.cit., pág 65.

⁴⁸LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, op.cit. Págs. 138.

⁴⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. págs. 1649 y ss.

artículo 1.438 que “*los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo proporcionalmente a sus recursos económicos. El trabajo para la casa será como contribución a las cargas derecho obtener una compensación que el Juez señalara, a falta de acuerdo a la extinción del régimen de separación*”.

Junto al régimen propio de las cargas del matrimonio se establece un sistema sobre las responsabilidades por ello dispone a tal efecto el artículo 1.440 que “*las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código*”, a saber que al tratarse de la potestad doméstica se responderá de las deudas de forma solidaria los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente los del otro cónyuge. Naturalmente, cuando exista algún o algunos bienes en común, aun en el caso de separación, habrá que entender que corresponde ambos cónyuges por mitad en régimen de copropiedad o proindiviso ordinario.

El tercero de de los regímenes que regula el CC es el denominado régimen de participación el cual resulta extraño a la tradición jurídica española, incluyendo a los derechos forales. Fue importado fundamentalmente del Derecho Alemán, con ocasión de las reformas de 1981, es decir en el momento de la unión conyugal del matrimonio objeto de análisis no poseía regulación alguna, por tanto no resulta de extrañar de qué goza de escasa implantación práctica⁵⁰.

El artículo 1411 es el que da comienzo a la regulación de dicho régimen, este precepto establece que “*en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente*”, se afirma por ello que su función es introductoria pues expresa los caracteres del régimen de participación, pero lo hace de una forma poco acertada. Se puede afirmar que la literalidad no responde a la realidad, pues de la regulación contenida en los artículos siguientes se extrae que en el régimen de participación ambos cónyuges no participan de las ganancias respectivas, sino tan solo aquel cónyuge con menores garantías viene a participar de los incrementos patrimoniales de su consorte, que se hayan producido durante la vigencia del régimen. Es por ello que entre tanto los cónyuges gozan de la independencia patrimonial propia del régimen de separación de bienes, si bien con las matizaciones establecidas en los arts. 1423, 1424 y 1433 CC.

El régimen de participación combina las ventajas de los regímenes separatistas, como la independencia, y las ventajas de las propias de los sistemas de comunidad, como la solidaridad, si bien se le imputa la desventaja de la dificultad a la hora de la liquidación⁵¹.

⁵⁰ LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, op.cit. Págs. 139.

⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1634.

III. De los bienes privativos y comunes

Califique y justifique legalmente, la naturaleza ganancial o privativa de los bienes y derechos a los que se hace referencia

Art.1346y ss CC

Se modifica por la Ley 13/2005, de 1 de julio.
Ref. BOE-A-2005-11364
Se añade por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198

El régimen de gananciales origina tres patrimonios diferenciados, a saber: el patrimonio privativo del marido, el patrimonio privativo de la mujer, el cual antes de la reforma de 1981 tenía reglas especiales y era conocido con el nombre de “bienes parafernales”⁵², lo que por razón de la fecha en la que contraen nupcias los cónyuges objeto de análisis resulta un concepto de especial relevancia; y a su vez el patrimonio ganancial.

1. Introducción a los diferentes conceptos

Tal como se había apuntado en la sección anterior, la sociedad de gananciales se conforma como una comunidad de ganancias o beneficios obtenidos por los cónyuges durante el matrimonio, por ello se vislumbra extremadamente necesario determinar que bienes son los comunes entendidos estos como aquellos que pertenecen a la comunidad, o por el contrario cuales son privativos de cada uno de los consortes. Por un lado es necesario precisas que los conocidos como comunes se hallarán sometidos a las reglas del régimen económico de gananciales que a su vez suponen la atribución de unos determinados poderes y facultades a los cónyuges, su afectación al pago de unas deudas o cargas tal como se apuntaba, además supone que en el momento de ser precisa la realización de la liquidación el total ganancial será, no pudiendo ser de otra manera, repartido por igual entre los cónyuges. Por otro lado, los llamados privativos, serán administrados y poseídos exclusivamente por el cónyuge titular, sin perjuicio de disponer de ellos libremente y encontrándose afectos a la responsabilidad por las deudas personales de su titular. Por razón de estas particularidades el CC se encarga de regularlos con meticulosidad en los preceptos que recorren desde el artículo 1346 al 1361, estableciendo en ellos las reglas precisas para diferenciar entre los bienes privativos y los gananciales.

A grandes rasgos se puede afirmar que serán privativos, a saber, aquellos bienes cuya titularidad correspondiera a uno de los cónyuges antes de contraer las nupcias o previo a la constitución del régimen de gananciales si así resultase de la redacción de capitulaciones matrimoniales postnupciales, también lo serán los que se adquieran durante el matrimonio a título lucrativo y a su vez aquellos que se adquieran en sustitución de un bien privativo. Y por el contrario serán gananciales todos aquellos beneficios que resulten bien de la actividad de los cónyuges o bien por los patrimonios privativos y gananciales, así como los bienes que sustituyan a unos y a otros⁵³.

⁵² O'CALLAGHAN, X., *Código Civil Comentado*, La Ley-Actualidad, 1996, pág.1262.

⁵³ SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, Tirant, 2005, pág. 185.

Es preciso añadir en esta línea que los bienes del matrimonio se presumen gananciales, en base al propio art. 1361CC, se trata pues de una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que el consorte que pretenda que un bien sea privativo y no ganancial debe probarlo, como lo deja patente la STS – SC de 24 de noviembre de 1960 [RJ 1960/3761]⁵⁴.

Es necesario precisar además que el patrimonio ganancial está formado por los bienes gananciales y no por una suma de valores, es decir si los bienes privativos de cualquiera de los consortes experimentan un aumento de valor, dicho valor no será ganancial, pues lo que representa es sin alegato de duda una adquisición económica perteneciente al titular del bien. Y a su vez se debe distinguir ente ganancia y bienes gananciales puesto que éstos son los que forman parte de la comunidad porque son capaces de cumplir alguno de los requisitos establecidos en el art. 1347 CC, y las ganancias son las que se manifiestan en el preciso momento de la disolución y liquidación del ya tan nombrado régimen económico de gananciales⁵⁵.

2. Atribución voluntaria del carácter de los bienes

El art. 1355 permite a los consortes que su voluntad sea determinante para otorgar el carácter privativo o ganancial los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, es por ello que se considera una excepción a la subrogación real⁵⁶. No obstante deben aplicarse a este precepto las mismas limitaciones que para los herederos forzosos del confesante o los acreedores de la comunidad o de cada uno de los cónyuges porque en caso contrario podría burlarse su protección a través de la vía indirecta de una atribución voluntaria de privatividad, a su vez es preciso destacar que no puede ser destruida mediante prueba en contra, aunque como veíamos deben aplicarse los límites del art. 1324⁵⁷.

Es necesario decir que es requisito imprescindible para la atribución voluntaria de la ganancialidad que las adquisiciones se hayan verificado constante la sociedad, es decir, que el precepto no puede amparar el cambio de naturaleza de un bien privativo adquirido por uno de los cónyuges antes del matrimonio, al que posteriormente se quiera atribuir un carácter común. Esto no supone que no pueda operarse tal desplazamiento en aplicación del artículo 1323, que exigiría que la transmisión se articulara a través de un negocio jurídico distinto apto para producir este efecto⁵⁸.

Aunque es cierto que en el supuesto objeto de análisis, no tenemos constancia de que los consortes se manifestasen al respecto sobre alguno de los bienes por lo que procederemos al análisis exhaustivo de cada uno de los bienes.

3. Calificación de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes a través de la interpretación del código

Tras la introducción previa, para poder calificar de forma clara y precisa la naturaleza ganancial o privativa de los bienes se seguirá a continuación una línea temporal de los bienes adquiridos en el supuesto objeto de análisis:

⁵⁴SANTOS MORÓN, M.J. (coord.), *Lecciones de Derecho Patrimonial*, op cit. Pág. 336.

⁵⁵SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit, pág. 186.

⁵⁶LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Familia IV*, 2op.cit, Pág. 408.

⁵⁷Vid. RDGRN 10 de enero 1994 [RJ 1994/234].

⁵⁸ Vid. RRDGRN 21 de enero 1991 [RJ 1991/592], 7 de octubre 1992 [RJ 1992/8302], 11 de junio 1993 [RJ 1993/5418], 15 de diciembre de 1999 [RJ1999/9163], 21 de diciembre 1999 [RJ 1999/9421].

▪ **FECHAS ANTERIORES A 1980:**

A la luz de los hechos expuestos en el supuesto, se presume que antes de contraer matrimonio Don Pedro había perdido a su padre, ante lo cual había recibido en herencia dos propiedades, a saber la lujosa hacienda en Mojácar donde se instalaría posteriormente con su futura esposa y, a su vez, otra propiedad en Barcelona.

Entre los preceptos que ya se habían citado previamente, este resulta de un claro ejemplo del carácter privativo del art. 1346.1, pues y tal como dicta, “*Son privativos de cada uno de los cónyuges: los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad*”, no puede haber lugar a duda pues de que ambas propiedades son propiedad exclusiva de Don Pedro.

A los bienes que se acogen a este precepto la doctrina los denomina bienes privativos de carácter primario, bienes privativos por su origen o bienes privativos por razón de su pertenencia originaria⁵⁹. Por tanto tienen este carácter los bienes adquiridos en cualquier forma o modo por cada uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio, por ello el hecho de que se trate de una herencia no modifica lo más mínimo su carácter privativo. Es necesario hacer alusión en este punto al cambio que estos bienes sufrirían en su naturaleza privativa de haber sido heredados después de haber contraído las nupcias pues y tal como dicta el precepto 1353CC, las donaciones o disposiciones testamentarias realizadas conjuntamente a favor de ambos cónyuges durante la vigencia de la sociedad de gananciales tendrán carácter ganancial, lo que a la propia doctrina le ha preocupado por supuestamente ir en contra el precepto del 1346.2CC, por entender que el donante o testador no debe estar legitimado para determinar con anterioridad el régimen de administración y responsabilidad al que quedarán sometidos los bienes⁶⁰. Sin embargo otro sector de la doctrina estima que el precepto no constituye una excepción a la regla general que atribuye carácter privativo a las adquisiciones lucrativas de los consortes sino que se limita a establecer unos requisitos estrictos para poder considerarlas bienes gananciales aun en contra del 1346.2⁶¹.

▪ **DURANTE 1980:**

1. Don Pedro funda por estas fechas la empresa textil “Multrium”, la problemática radica en que no se especifica con que patrimonio ha sido fundada tal empresa, pues de haber sido creada, y tal como dicta el precepto 1347.5CC, a expensas de los bienes comunes una vez vigente la sociedad, resultaría de un marcado carácter ganancial, y por ello sería de aplicación el principio de subrogación real⁶².

Se podría dar a su vez el caso de que dicha empresa fuese fundada en parte por capital común y por capital privativo, que sería la otra opción que nos propone el mencionado precepto. Indica de esta manera que si la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354, en lo respectivo a la regla de la comunidad “pro indiviso”. Ha de entenderse en este punto que esta misma solución debe aplicarse, aunque la norma no lo diga, para los supuestos en que ha mediado la inversión del capital privativo de uno de los cónyuges y la aportación del trabajo del otro⁶³, pero tampoco tenemos constancia de que Doña Carmen haya realizado algún tipo de trabajo para la empresa textil de su marido. Según la doctrina y la jurisprudencia⁶⁴, este apartado se refiere a la empresa individual y no a la societaria. También es

⁵⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.(coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1568.

⁶⁰RAMS ALBESA,J., *La Sociedad de Gananciales*, Tecnos, 1992. pág. 47.

⁶¹TORRALBA SORIANO, V., *Comentarios a la reforma de Derecho de familia*, vol. III, Tecnos, 1984, pág. 1620.

⁶² O’CALLAGHAN, X. *Código Civil Comentado*, op.cit. pág. 1267.

⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1572.

⁶⁴ Vid. STS - SC18 septiembre 1999 [RJ 1999/6603].

confusa la alusión del precepto a los establecimientos, que debe ser interpretada no como mera base física o local de negocio sino como universalidad de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad, no impide la calificación de ganancial un negocio fundado durante la vigencia de la sociedad mediante la inversión de fondos comunes, el hecho de que el local donde se asentaba fuera de propiedad de los padres del marido como deja estipulado la STS 29 septiembre 1997 [RJ 1997/6667], la misma argumentación estimó en este sentido que cabría trasladar este razonamiento a los casos en los que el local fuese privativo de cualquiera de los cónyuges⁶⁵, sin embargo a la luz de los hechos del supuesto no tenemos constancia de que Carmen haya participado de ningún modo ni en la creación ni en el desarrollo de la empresa.

Es por ello que se puede afirmar que “Multrium” es un bien de carácter privativo de Don Pedro, en base al art. 1346.8CC, pues tal como dicta, serán privativos los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común, y haciendo hincapié en que no perderán el carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes, remitiendo a lo que se veía con anterioridad que deberían seguir las reglas de la comunidad “pro indiviso”. Ha de entenderse que los instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión u oficio tienen la condición de inembargables, al amparo del art. 1449 LEC y son catalogables como privativos por personalísimos. La única salvedad es la que se exponía que sean parte de una explotación o establecimiento de carácter común⁶⁶ pero como ya se ha explicado la lujosa hacienda donde se funda la empresa textil es de carácter privativo de Don Pedro. Es necesario precisar, que esta privatividad responde a una razón de índole económica, como es la de permitir que cada uno de los cónyuges puedan seguir desarrollando su profesión con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales⁶⁷. Es por este motivo que el precepto señala que los instrumentos deben ser necesarios para el ejercicio profesional, lo cual implica asimismo que esta norma, que excepciona al principio de subrogación real, haya de ser objeto de una interpretación restrictiva.

Si es necesario destacar en este punto que los frutos, rentas o intereses que esta empresa produzca si serán de carácter ganancial en virtud del art. 1347.2. En lo que respecta al momento en que los frutos ingresan en el haber común se sostiene por una parte que solo se incorporan a la sociedad los rendimientos netos, esto es el remanente después de deducidos los gastos de explotación⁶⁸ o bien y de manera más acertada que consideran que los frutos son bienes gananciales desde el momento de su producción⁶⁹.

2. En estas mismas fechas Doña Carmen funda una pequeña explotación ganadera en los terrenos que poseía su marido, haciendo alusión una vez más al art. 1347.5CC, se puede afirmar que esta explotación es y tal como señala el precepto, ganancial por haber sido fundada durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes.

Una vez más el caso se vislumbra escaso al no reflejar en los hechos con qué tipo de capital Doña Carmen llevó a cabo esta empresa. Ante esto por un lado podemos presumir que la fundó con capital común de la sociedad de gananciales y no cabría ya duda de su carácter de ganancial, no pudiendo obviar el carácter “pro indiviso” a la parte aportada por los terrenos de Don Pedro por ser estos privativos de él en proporción a la aportación realizada, como se apuntaba con anterioridad siguiendo la línea del 1354CC. Sin embargo si bien se puede entender en este punto que en realidad

⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1573.

⁶⁶ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil Comentado*, op.cit. pág. 1264.

⁶⁷ Vid. con la misma ratio, art 1406. 2 y 3 CC.

⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Familia IV*, op.cit. págs. 399-400.

⁶⁹ PEÑA, P., *Comentarios al Código Civil II*, Lex Nova, 2010, pág. 647.

la pequeña explotación se fundó con bienes privativos de Carmen, y por ello parece no encajar de todo en el precepto, ya que serían bienes privativos de ambos cónyuges y no habrían hecho uso de los bienes comunes, por ello en el caso de ser así se podría reputar a la explotación privativa de Doña Carmen, pero con la parte que le corresponde a Don Pedro por la cesión de uso de sus terrenos privativos. No obstante, sea cual fuere el resultado, el resultado del trabajo, los frutos, rentas o intereses serán gananciales, tal como se apuntaba, siguiendo la línea conceptual de los preceptos 1347.1 y 2 CC. Es necesario precisar en este punto que al tratarse de una explotación de vacas, y tal como establece el art. 1350CC, las cabezas de ganado que excedan del número aportado por Carmen, de ser privativas, se reputarían gananciales, parece una obviedad por creerse estipulado en el art. 1347.2CC, pero en realidad el precepto se refiere a las cabezas de ganado que excedan al momento de la disolución de la comunidad, del número inicialmente aportado y no a las crías que aquéllas produzca⁷⁰.

3. Se podría hacer alusión por estas fechas a las ganancias que recibe Carmen en su puesto en una importante multinacional, por ello es preciso mencionar que dichos ingresos resultan gananciales en virtud del art. 1347.1 CC, por ello mismo es indudable el carácter ganancial del sueldo que remunera el trabajo dependiente y asalariado, lo que no implica que deba ser cobrado por ambos cónyuges, ya que la percepción es propia del consorte trabajador⁷¹, pero así como también las retribuciones recibidas en atención de la actividad, es decir propinas o donaciones remuneratorias por ejemplo⁷².

▪ **DURANTE 1985:**

Una vez instalados en A Coruña, Pedro decide reconstruir su empresa, si se entiende en este sentido que lleva a cabo una reconstrucción desde cero, entendiendo que había cerrado se podría afirmar que dicha reconstrucción se lleva a cabo con los bienes que “Multrium” ya había dado en un pasado y dichos bienes son gananciales, en virtud de lo ya expuesto del precepto 1347.2, por ello se puede deducir que en un principio como habíamos visto la empresa textil tenía carácter privativo sin embargo en su reconstrucción sería ganancial en base al art. 1347.5, que expone que poseerán este carácter ganancial todas aquellas empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Suponiendo además que el local comercial donde radica el nuevo domicilio social de la empresa se debió de adquirir por las mismas fechas, se afirma que también posee un carácter ganancial pues sería un bien adquirido a título oneroso a costa del caudal común, tal como se representa en el precepto 1347.3. En este punto es preciso añadir que en aplicación de la presunción de ganancialidad se reputan comunes los bienes adquiridos por los cónyuges cuando éstos no logren probar que los fondos invertidos en la adquisición eran de carácter privativo, si no se pudiese acreditar este hecho el bien se inscribirá en el Registro a nombre del consorte o consortes adquirientes con carácter presuntivamente ganancial, en base al art. 94.1 RH.

▪ **DURANTE 1987:**

Dos años después de llegar a Coruña deciden comprarse una vivienda en la Avenida de la Marina, nº14, para poder afrontar dicha compra Pedro vende dos propiedades que también había heredado y ambos solicitan una hipoteca por valor de 250.000 € para pagar el resto de la deuda. Es por esto que debemos hacer aquí mención del precepto 1354CC, pues nos expone que los bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, como es el caso, corresponderán “pro

⁷⁰BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1574.

⁷¹LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Familia IV*, op.cit. págs. 398.

⁷²O'CALLAGHAN, X., *Código Civil Comentado*, op.cit. pág. 1266.

indiviso” a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges, es decir en el supuesto a Don Pedro, en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

La doctrina se refiere al supuesto contemplado en esta norma a través de la denominación *adquisiciones mixtas*⁷³ que son aquellas en las que se ha mediado la inversión de fondos o bienes procedentes tanto de los patrimonios privativos de los cónyuges, en este caso de uno de ellos, como del patrimonio común. En deducción del art. 1356 se presume que estas adquisiciones deben haberse efectuado al contado⁷⁴ o a plazos en el caso de que el primer desembolso haya sido satisfecho conjuntamente a costa de bienes gananciales y privativos. Esta norma constituye una rigurosa aplicación del principio de subrogación real, por cuanto que la diversa procedencia de las contraprestaciones invertidas produce el surgimiento de una comunidad “pro indiviso” sobre el bien adquirido, teniendo en cuenta aquí la ausencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales, la titularidad material de la parte o cuota de carácter común corresponderá conjuntamente a ambos consortes en régimen de comunidad germánica. La regulación aplicable a este tipo de copropiedad está contenida en los art. 392 y ss. CC, lo cual significa que será necesaria la unanimidad para los pactos de disposición que tengan por objeto la cosa común y la mayoría para los de mera administración. Es por esto que los actos de administración deben ser adaptados por mayoría, que no es la simple suma numérica de votos sino la mayor participación de cuotas de propiedad sobre la cosa común. Surgía en este punto la pregunta de si esto suponía que el cónyuge titular de la parte privativa, es decir, Don Pedro, pudiese sumar su posición dentro de la comunidad la mitad de lo que le corresponde en la cuota ganancial, pero tal como expone la doctrina no debe ser así entendido, pues lo impide la especial naturaleza de los bienes consorciales dentro de los cuales está ausente la idea de partes, si pueden los cónyuges en cambio ejercitar la acción de división de la cosa común⁷⁵. En lo que respecta a la cuota ganancial rigen las normas de gestión y de responsabilidad de los arts. 1375CC y ss, lo cual implica que cualquier decisión deberá ser adoptada de consuno por los cónyuges, solamente para estos actos de disposición o administración sobre la cuota ganancial cabrá el recurso a la autorización judicial o supletoria⁷⁶.

▪ DURANTE 1991:

Por estas fechas Pedro cede su empresa en un 20% a su amigo Felipe, es preciso decir que este cambio no afecta a su nuevo carácter de ganancial ya que lo único que reduce es la participación de la sociedad de gananciales en tal empresa. Para celebrar dicho acuerdo acuden a un casino donde Don Pedro gana la cantidad de 1700 euros, dicha cantidad formará parte sin duda del haber de la sociedad de gananciales al reputarse ganancial en virtud del art. 1351, como una ganancia obtenida en el juego. Se refiere este artículo a unos bienes gananciales que, incluidos en el amplísimo sentido de actividad, podemos clasificar entre los procedentes de la actividad de los cónyuges. Se comprenden en este concepto los bienes procedentes del juego, o de cualquier causa que exima de la restitución, como el hallazgo de cosa perdida cuyo dueño no aparezca, o el efecto de un delito o falta, que haya prescrito tanto la infracción tanto la infracción penal como el deber de restitución, según el Código Penal, o la mitad del tesoro descubierto en finca ajena. Si se diese el caso de que fuese un tesoro descubierto en finca propia del cónyuge descubridor, se podría entender que pertenece a éste por la vía del derecho de accesión, si bien la opinión mayoritaria lo considera ganancial mismamente por la aplicación de dicho precepto⁷⁷. Volviendo al juego, se debe recordar la admisibilidad de la

⁷³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Familia IV*, op.cit. págs. 357.

⁷⁴ Vid. STS- SC 8 de febrero 1993 [RJ 1993/688].

⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Familia IV*, op.cit. págs. 358.

⁷⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1578.

⁷⁷ O'CALLAGHAN, X. *Código Civil Comentado*, op.cit. pág. 1268.

reclamación de las ganancias obtenidas en juego de suerte, envite o azar, siempre que se trate de juegos declarados legales, que se practiquen en lugar autorizado⁷⁸.

El artículo 1351CC debe completarse a su vez acudiendo a la norma del 1371CC, que pone a cargo de la sociedad de gananciales las pérdidas habidas en el juego, siempre que sean moderadas con arreglo al uso y circunstancias de la familia. Se hace evidente pues la falta de correlación existente entre el activo y el pasivo de la comunidad, pues mientras las ganancias obtenidas en el juego constituyen bienes gananciales, las pérdidas solamente se cargan sobre el patrimonio cuando son moderadas⁷⁹, de esta manera si Don Pedro no hubiese tenido tanta suerte aquella noche las pérdidas no habría sufrido esa determinación de ganancialidad de manera tan directa.

4. Disolución de la sociedad de gananciales (1995)

Las causas de disolución automática de la sociedad de gananciales son las enumeradas en el art. 1392 y provocan “ipso iure” la extinción del régimen económico matrimonial sin necesidad de un pronunciamiento judicial al respecto. La primera de dichas causas es, a saber, la disolución del matrimonio, dicho concepto encuentra su lugar en el Código en el art. 85, haciéndose se referencia a la muerte de uno de los cónyuges como primera de su causas seguida por la declaración de fallecimiento de alguno de ellos o por el divorcio. En el presente supuesto la disolución de la sociedad de gananciales se produce a raíz de la muerte de Doña Carmen, lo cual supone la causa más normal y frecuente de la disolución del matrimonio. La muerte extingue la personalidad y necesariamente extingue la relación jurídica matrimonial y con ello el régimen económico matrimonial⁸⁰.

Es por ello que todos los bienes a los que se hacen referencia en el supuesto a partir de la muerte de Doña Carmen, no pueden ser considerados ni gananciales ni privativos porque la sociedad conyugal ya no existe.

Aún en este sentido los bienes que faltarían por clasificar serían, por un lado, la indemnización por fallecimiento laboral que la empresa de Doña Carmen dará en forma de renta periódica a Don Pedro y que ingresará en la cuenta conjunta que ambos tenían abierta, lo que podría considerarse como un bien ganancial pero no se le puede considerar como tal pues la sociedad de gananciales entendida como tal, ya se encuentra extinta. La indemnización a la que se hace referencia se debe recordar que es fruto del accidente de tráfico que sufre Doña Carmen mientras visitaba a un proveedor vasco, es decir, la indemnización que recibe Don Pedro se basa, a saber, en el precepto 177 de la Ley General de la Seguridad Social: “1. En el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente (...) y los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley [...]”, de donde se deduce que aunque no se haga referencia en el supuesto indemnización no será solamente para Don Pedro, sino también para sus hijos, Laura y Rodrigo.

En lo que respecta a la deuda por la hipoteca del piso, a la que se hace referencia tras la muerte de Don Pedro, en vida de ambos dicha deuda si reputaría un carácter ganancial, sin embargo como se ha apuntado la muerte de Doña Carmen pone fin a la sociedad de gananciales y abre la liquidación de esta. La liquidación se estipula en el art. 1396CC, se inicia con la elaboración de un inventario del activo y del pasivo, donde se hacen constar las partidas enumeradas en los artículos 1397 y 1398CC. Es en el segundo de estos preceptos donde se recoge en su primer punto, que serán integrados como

⁷⁸ Vid. STS- SC 23 de febrero de 1988 [RJ 1988/1275].

⁷⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1575.

⁸⁰ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil Comentado*, op.cit. pág. 129.

pasivo las deudas pendientes a cargo de la sociedad, estos deberán ser débitos que aun no han sido satisfechos. Ya no tiene sentido la escisión entre el pasivo provisional y el definitivo, sino que cada uno de los débitos ha de ser soportado “ab initio” por el patrimonio al que corresponde definitivamente por ley, ni siquiera cabe hablar de deudas de la sociedad, pues tras la disolución se pierde la facultad de endeudar y responsabilizar el patrimonio común. No se puede entender como que la apertura de la fase liquidatoria del régimen matrimonial no produce el vencimiento de las obligaciones pendientes, lo que significa que deberá fijarse en el inventario el termino o plazo de cumplimiento que tenga establecido cada una⁸¹. Entendiendo que la deuda era mayor que los 150.000 euros que quedan aún pendientes cuando muere Don Pedro, y que la deuda inicial no pudo satisfacerse con el haber de la sociedad, es decir no pudo cubrirse el pago del pasivo inventariado, y se dio paso a los requisitos de los arts. 1399 y ss del propio Código, en lo que respecta a concurrencia y prelación de créditos, pero aún así a la muerte de Don Pedro seguía sin estar satisfecha. Por ello se afirma que dicha deuda si nace del carácter ganancial que poseía dentro de la sociedad matrimonial, si bien el resultado final que se le da no es de ganancial pues dicho carácter muere con la disolución de la misma.

⁸¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1624.

IV. La apertura de la sucesión: la herencia yacente

Acerca de los bienes de Don Pedro, una vez fallecido éste, ¿quién ostentaría la titularidad de cada uno?

Art. 1934 CC

Se completa con:

- Art. 6.1.4º LEC
- Art. 9 Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón

Bajo la expresión genérica de herencia yacente se hace referencia a una multiplicidad de supuestos en los cuales habiendo sido abierta la sucesión, sin embargo, no se ha producido todavía la aceptación del heredero a quien haya de imputarse la condición de sucesor del causante⁸². Es decir en el momento del fallecimiento de Don Carlos se abre la sucesión pero hasta que se opera la aceptación por parte de los llamados, la herencia está vacante, carece de titular, a esta situación del caudal relicto se la conoce, desde el Derecho romano, como herencia yacente.

1. Introducción histórica

Lo que caracteriza a la herencia yacente como se ha visto es la falta de un titular actual que se haga cargo de las relaciones jurídicas y de los bienes que la integran, hasta que sea aceptada por el llamado a la herencia. Fue en el Derecho Romano donde consideraron que al carecer el caudal relicto de un titular, debieron añadir a sus fuentes lo que denominaron como la *hereditas iacet*, de donde procede sin duda dicho termino o su perífrasis más reciente de *yacencia hereditaria*.⁸³

Este problema es propio de los sistemas en los que rige la concepción de que la herencia tiene lugar mediante la aceptación, obviando entonces a aquellos sistemas en los cuales la condición de heredero se produce *ipso iure* por la mera declaración hereditaria.

Es necesario destacar en este punto que el planteamiento histórico que vinculaba la existencia de la herencia yacente al sistema de adquisición imperante (romano o germánico) no tiene sentido en la actualidad, encontrándose desvinculada de que la adquisición dependa o no de la aceptación o repudiación de la herencia, ya que su existencia no se encuentra determinada, exclusivamente, por la voluntad del sujeto, sino por la propia configuración o desarrollo del proceso de sucesión por causa de muerte y la necesidad de encontrar a esos bienes un nuevo titular a los que mientras hay que dotar de protección.

La herencia yacente se basa en la existencia de unos grupos de bienes que han quedado sin titular por el fallecimiento del causante, los cuales se delimitan como un patrimonio que ha de cumplir los fines de todo patrimonio: garantía y responsabilidad⁸⁴.

⁸²LASARTE, C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, Marcial Pons, 2005, pág. 338.

⁸³Ibidem.

⁸⁴SÁNCHEZ HÉRNANDEZ, *Esquemas de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Tirant, 2016, pág. 88.

2. Discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de esta

Un sector de la doctrina entendió que nuestro Código en este punto se inclinaba más hacia el Derecho germánico que al Derecho romano, si bien es cierto que ningún precepto del CC se pronuncia de forma determinante sobre uno u otro sistema, sin embargo fue una teoría muy criticada tanto doctrinal como jurisprudencialmente, ya que se sigue la regla romana de que sin aceptación no se produce la cualidad de heredero, pues aunque ciertamente el art. 657CC indica que “los derechos la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”, y en este sentido también el art. 661CC, pero no se puede interpretar de otra manera que no sea la de tratar de evitar la inexistencia de continuidad entre la titularidad del causante y la del heredero, lo cual no nos puede llevar a afirmar que en sigue la línea germánica de la imposición *ipso iure* de la condición de heredero por la mera institución o llamamiento⁸⁵.

3. Regulación

1. La herencia yacente carece de regulación expresa en el CC, pero del artículo 1934 se desprende que la apertura de la sucesión no produce ningún efecto respecto a la prescripción tanto si ésta se produce a favor como en contra de la herencia.

Se hace referencia pues, aunque no directa, a la herencia yacente y es éste uno de los poquísimos artículos que a ella se refiere. Del propio precepto se extrae que puede mantenerse poco tiempo, cuando el heredero acepta inmediatamente, o por el contrario mucho tiempo si tardase en aceptar o no pudiese hacerlo, por estar la herencia bajo condición por ejemplo. Se refiere a su vez el precepto indistintamente a la prescripción adquisitiva y a la extintiva. Si se tratase de prescripción adquisitiva cabe que sus efectos se produzcan tanto a favor como en contra de la herencia o mejor de aquéllos a quienes corresponderá la herencia, esta es posible gracias al art. 440 CC, según el cual la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción desde el momento de la muerte del causante para el caso de que llegue a adquirirse la herencia. Por su parte la prescripción extintiva puede producirse también a favor y en contra de la herencia: en el primer caso la herencia yacente resultará favorecida por la prescripción de acciones y derechos que terceras personas tuvieran contra el causante y sus herederos, pero en el segundo, la prescripción se produce en contra de la herencia cuando derechos y acciones pertenecientes a la misma prescriben al no ser ejercitados durante la fase de yacencia, en cuyo caso cabe exigir la indemnización por daños y perjuicios a quienes con su negligencia hubiesen provocado la desaparición del derecho.

2. El artículo 6.1.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que las masas patrimoniales, como la herencia yacente, tiene capacidad para ser parte en los Tribunales, compareciendo a través de sus administradores. Esta capacidad posibilita que los acreedores puedan demandar a la herencia yacente ante los tribunales civiles. De hecho la importancia de esta yacencia radica en los derechos que tiene un acreedor de reclamar lo que le pertenece, ya la que la muerte del deudor no extingue la deuda⁸⁶.

3. En el Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón define en su artículo 9 la herencia yacente y una regulación sistemática de la misma, a saber, que, desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación del llamado la herencia carece de titular; la administración de la herencia yacente corresponderá a la persona que hubiera designado, en su caso, el causante; a falta de administrador los llamados como herederos podrán realizar exclusivamente actos posesorios, de conservación,

⁸⁵LASARTE, C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, op.cit., pág. 337.

⁸⁶CASTRO MARTÍN, R., *Ley de Enjuiciamiento Civil: comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, 2011, pág. 81 y ss.

vigilancia y de administración de la herencia aunque dichos actos por sí solos no implican la aceptación de la misma. Asimismo, los llamados como herederos podrán instar el nombramiento de un administrador judicial de la herencia de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales y la situación jurídica de la herencia yacente en los casos de fiducia se regirá por sus propias normas.

4. Titularidad y administración

El verdadero problema práctico que plante la herencia yacente, que se podrían considerar en un doble orden de consideraciones. El primero de ellos vendría referido al hecho de determinar si los terceros acreedores habrían de soportar la situación de interinidad del patrimonio sin titular que representa la herencia yacente o si por el contrario resulta posible admitir sin necesidad de personificarla la legitimación pasiva de la propia herencia yacente. En este sentido el TS, admite de forma indiscutible que el patrimonio hereditario en situación de yacencia puede ser demandado y que al propio tiempo dado que la interinidad en su titular impone la necesidad de que “bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales” existan personas encargadas de su administración, goza igualmente de facultades para actuar sea excepcionado o reclamado, en los diversos procesos judiciales⁸⁷.

De esta manera aunque el CC no regule de forma sistemática los distintos supuestos de herencia yacente puede extraerse del conjunto de sus preceptos la idea de que, como regla, la situación de yacencia hereditaria reclama de forma necesaria la existencia de la administración de la herencia, incluso en el supuesto de que el testador no lo haya previsto en sus disposiciones testamentarias, en caso de haberlo. Es por ello que la administración de la herencia resulta reclamada expresamente por las disposiciones legales en todos los supuestos que pueden identificarse como de herencia yacente y, en particular en, a saber: heredero instituido bajo condición suspensiva (art. 801CC), institución de heredero a favor de un *nasciturus* (art. 965CC), formación del inventario de los bienes de la herencia, sea porque el llamado ha solicitado el derecho de deliberar o el beneficio de inventario (art. 1020CC), juicios abintestato o de testamentaria (arts. 1005 y 1097 de la LEC-1881) o de división de la herencia (arts. 872 y ss. LEC-2000)⁸⁸.

Sin embargo éstas son soluciones parciales, no resuelven de manera definitiva el problema de la herencia yacente, cuya solución, ante la ausencia de una norma específica, hay que inducir de las reglas generales en la materia. Así, si el testador ha nombrado un albacea administrador, será éste el legitimado para representar a la herencia yacente y adoptar las decisiones que correspondan de acuerdo con las facultades que le han sido conferidas, en el caso de que se haya nombrado albacea sin especificar sus facultades, por las competencias que le otorga el art. 902-4. Si no se ha previsto nada al respecto por el causante de la herencia, se podrá instar la administración judicial. En este sentido puede resultar interesante el régimen de la prevención del abintestato, en cuanto que su finalidad es la de adoptar las medidas necesarias para asegurar el patrimonio hereditario hasta la declaración de herederos, entre las que está, a saber, la de nombrar un administrador (art. 966-3 LEC). Se puede iniciar de oficio por el juez en circunstancias muy especiales (art. 960 LEC), o a instancia de parte legítima, que son los parientes más próximos del difunto, el cónyuge sobreviviente y determinados acreedores (art. 973 LEC). Pero como se desprende de su nombre sólo es posible en la sucesión legal, no en la testamentaria (en la prevención de la testamentaria sólo se prevé la intervención y aseguramiento de bienes: art. 959 LEC; cfr. arts. 1094, 1041, 1042 y 1061 LEC). La

⁸⁷Vid. STS - SC de 12 de marzo de 1987 [RJ 1987/1433].

⁸⁸LASARTE, C. , *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, op.cit. pág. 339-340.

administración dispuesta puede culminar con la declaración de herederos, o continuar durante el juicio de abintestato (art. 1002 LEC)⁸⁹.

También se podría recurrir a los procedimientos de abintestato en el caso de que no se hubiera iniciado la prevención del mismo, y de testamentaria, que establecen disposiciones acerca de la administración del caudal hereditario (arts. 1005 y sigs. y 1096 y sigs., respectivamente, LEC). Pero se debe tener en cuenta que la finalidad de estos procedimientos no es la de proveer sobre la administración de la herencia, sino la de su división y adjudicación una vez que ha sido aceptada. Sin embargo, pueden ser utilizados como recurso para provocar la aceptación de la herencia por los herederos y su puesta en administración, al que pueden recurrir los herederos, cónyuge supérstite, legatarios de parte alícuota y determinados acreedores (arts. 978 y ss y 1038 y ss LEC); ello con independencia de los supuestos en los que tales procedimientos deban iniciarse necesariamente por el juez (arts. 1002 y 1042 y sigs. LEC). Fuera de estos supuestos se entiende por la doctrina que el llamado a la herencia está legitimado para realizar actos de mera conservación o administración provisional sobre la misma, en virtud del art. 999-4, con preferencia a cualquier otra persona con menor derecho sobre la herencia. Ello a pesar del tenor de la norma, que sólo se refiere a esta posibilidad para afirmar que no implica aceptación si con estos actos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero. El contenido del poder de gestión provisional no convierte al llamado en administrador ordinario del caudal relicto, ni representante del mismo; por lo que su intervención puede resultar en algún caso insuficiente, cuando el interés del patrimonio hereditario o de terceros interesados requiera actuaciones que excedan de las competencias asignadas. Para salvar algunos de estos inconvenientes la jurisprudencia concede legitimación pasiva a la herencia yacente, en el sentido de que puede ser demandada en un pleito aun antes de haber aceptado los llamados a la misma. La reclamación judicial deberá dirigirse contra la herencia yacente y los posibles herederos, que deberán ser mencionados si se conocen, o aludidos si no se sabe quiénes puedan ser⁹⁰.

Como se puede observar, salvo que el testador haya nombrado un administrador, las soluciones aportadas no resuelven en todos los casos el problema de la administración de la herencia yacente, por lo que cabría pensar si es posible una solución con carácter general que permita poner la herencia en administración. En este sentido se entiende que puede ser aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 1020, que regula la puesta en administración de la herencia cuando el llamado hace uso del derecho de deliberar antes de aceptar o repudiar. Ello permitiría aplicar esta solución en todos los supuestos en los que, estando la herencia yacente, la defensa de los intereses de los llamados a la misma o de terceros exija la intervención de un administrador, facultándoseles para que insten al Juez a fin de que proceda a su nombramiento⁹¹. Desde un punto de vista dogmático la preocupación que suscita la herencia yacente es la de explicar que puedan existir derechos sin sujetos, relaciones jurídicas que carezcan de titular, aunque sea de forma transitoria, y que éstas permanezcan unidas durante la vacancia del patrimonio, sin que se produzca su extinción o la situación de *res nullius* de los bienes. Y así se ha intentado resolver esta cuestión vinculando el patrimonio a la persona del causante o a la del llamado a la herencia, por lo que la administración de la misma se haría en nombre del difunto o del futuro heredero. Desde otra posición se ha defendido una cierta

⁸⁹VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho de Sucesiones*, Tirant, 2015, pág. 47.

⁹⁰Esta tesis, que ya había sido expuesta en la conocida STS - SC 21 junio 1943 [RJ 1943/83]; que condenó a la herencia yacente al pago de una cantidad de dinero por responsabilidad civil del causante de la misma, ha sido reiterada en sentencias posteriores, entre las que cabe citar las de 10 noviembre 1981 [RJ 1981/4471]; 20 mayo 1982 [RJ 1982/2585] que condena al llamado a la herencia para el caso de que llegue a aceptarla; o 20 septiembre 1982 [RJ 1982/4920], muy explícita en sus fundamentos cuando afirma que la herencia en situación de yacencia puede figurar como término subjetivo en la relación jurídico-procesal y por lo tanto ocupar la posición de demandada; en línea también las de 12 marzo 1987 [RJ 1987/1433] y 21 mayo 1991 [RJ 1991/3920].

⁹¹VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho de Sucesiones*, op.cit, pág. 48.

personificación de la herencia o del caudal relicto para justificar su existencia y, sobre todo, las actuaciones que sobre la misma se lleven a cabo. Pero, quizá, la explicación más correcta es afirmar, que cuando se la califica de patrimonio en situación interina, de carácter temporal, que se mantiene en completa independencia durante el periodo de indeterminación de su titular.

V. La sucesión testada e intestada con especial referencia a la Ley de Derecho Civil de Galicia

Tras la apertura de la herencia coméntese que sucede con los bienes en caso de que exista testamento y en caso de que ni Don Pedro ni Doña Carmen hayan dejado testamento o últimas voluntades.

Artículo 657 y ss del CC

Se modifica por Ley 15/2015, de 2 de julio. **Ref. BOE-A-2015-7391**
 Se modifica por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. **Ref. BOE-A-2003-21053**
 Se modifica por la Ley 1/1996, e 15 de enero. **Ref. BOE-A-1996-1069**
 Se modifica por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. **Ref. BOE-A-1991-3053-4**
 Se modifica por Ley 6/1984, de 31 de marzo. **Ref. BOE-A-1984-7960**
 Se modifica por la Ley de 24 de abril de 1958. **Ref. BOE-B-1958-6677**
 Se modifica por la Ley de 21 de julio de 1904. **Ref. BOE-A-1904-4653**

El art. 657 CC, se refiere a la apertura de la sucesión, que representa la primera fase del fenómeno sucesorio, es decir, el momento de la apertura de la sucesión tiene importancia pues por el se determina la existencia, capacidad y dignidad del heredero, sin mencionar que los efectos de la aceptación se retrotraerán al momento de la apertura de esta. La sucesión *mortis causa*, en sus diversas formas puede tener su origen en la voluntad del causante o en la ley, tal como lo recoge el artículo 658CC.

El causante tiene la facultad de designar al sucesor o sucesores y establecer la disciplina de la sucesión ya sea por un a través de un negocio jurídico unilateral como sería el caso del testamento o por un convenio con otra persona. En el primer punto se hace referencia a la sucesión testada, por el contrario en el segundo ante la sucesión contractual, esta última rechazada en términos generales por el CC aunque la admite en preceptos tales como el art. 826 y 1341. El artículo 1271 dispone en su segundo párrafo que “sobre la herencia futura no se podrá sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056” lo que no es un contrato sucesorio, sino una partición de la herencia hecha por el propio testador. En otras legislaciones, como en Cataluña, los llamados heredamientos están admitidos plenamente⁹².

En contra cuando no existe testamento se produce la sucesión intestada o legítima, en este caso de manera supletoria la ley designa sucesores a determinados parientes próximos del causante, a su cónyuge, y en el último de los casos al Estado⁹³.

⁹² O'CALLAGHAN, X., *Código Civil Comentado*, op.cit. pág. 645.

⁹³ SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit. pág. 393.

La sucesión testada puede coexistir con la intestada en el caso de que el causante no haya dispuesto en el testamento de la totalidad de sus bienes, en cuyo supuesto se producirá la segunda respecto, tan sólo, de los bienes no incluidos en el testamento.

El reparto de los bienes en caso de existir disposiciones testamentarias

1. Concepto de testamento

La noción inicial de testamento la ofrece el art. 667 del CC, afirmando que “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o e parte de ellos, se llama testamento*”. Han sido muchas las críticas sobre este concepto ya que a pesar de ser bastante explicativo, para criticar las expresiones del Código se pone de manifiesto que el testamento no es un acto, sino un negocio jurídico, o su insuficiencia para extraer de dicho precepto los caracteres ms sobresalientes del testamento. Sin embargo la doctrina contemporánea sigue considerando al testamento como un acto de autonomía privada y afirmando que el legislador no está obligado a escribir tratados ni obras sistemáticas, sino a regular problemas sociales⁹⁴.

2. Contenido

En lo que respecta a su contenido y a pesar de que en nuestro sistema normativo no es imperativa la existencia de institución de heredero, por lo general la mayor parte de los testamentos otorgados suelen referirse a las atribuciones patrimoniales realizadas por el causante para cuando fallezca, así lo determina el carácter formal y solemne del testamento, que comúnmente se utiliza en sentido propio. A su vez también suelen contener declaraciones privadas de sustrato patrimonial, como las referidas a la confesión religiosa o a las exequias del testador o el reconocimiento de un hijo extramatrimonial⁹⁵. Es necesario que la manifestación que sea posea sentido imperativo, ordenando el testador su cumplimiento, pues los meros ruegos, recuerdos o rememoraciones, aunque naturalmente formarán parte del documento testamentario no pueden considerarse disposiciones testamentarias propiamente dichas de obligado acatamiento⁹⁶.

3. La libertad de testar como principio fundamental

El art. 33 de la Constitución española garantiza el derecho a la propiedad privada y a la herencia. Se reconoce, pues, no solo el derecho de propiedad actual, sino también la capacidad de decidir cuál será el destino de la riqueza acumulada en vida después de la muerte. De manera semejante, el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “*toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos*”. Ambos preceptos consagran la facultad de las personas de decidir el destino de sus bienes para después de la muerte, lo que presupone la libertad de testar, aunque sin ulterior concreción, probablemente por la diversidad de enfoques susceptibles en la materia en una Europa y una España con una pluralidad de ordenamientos jurídico-privados forjados sobre bases dispares.

En lo que se refiere al CC no contiene la expresión “*libertad de testar*”, no obstante, el art. 658 CC admite que, en primer lugar, la sucesión se defiende por la voluntad manifestada en testamento y, en su defecto, por disposición de la ley, de modo que se afirma la preeminencia de la voluntad por encima de la designación legal de los sucesores en los bienes y demás relaciones jurídicas transmisibles. De

⁹⁴LASARTE, C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, op.cit. págs.53-54.

⁹⁵Vid. art. 1201.1º del CC.

⁹⁶LASARTE, C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, op.cit. págs.56.

ahí que la jurisprudencia sí haya invocado la libertad de testar, a veces afirmándola más o menos directamente, otras presuponiendo que se erige en principio general, aunque sometida a restricciones⁹⁷.

Aquí se puede destacar que al contrario que en nuestro CC en el derecho civil catalán sí que se reconoce expresamente la libertad de determinar el contenido del testamento, al señalar en su artículo 421.2 que “*el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte*”, sin embargo la doctrina siguió la misma línea afirmando que no hay norma que prohíba otro contenido en el testamento además del que se prevé típicamente como la institución de heredero, la ordenación de legados, el nombramiento de albaceas, el reconocimiento de hijos y las instrucciones sobre el funeral y entierro⁹⁸.

4. Características testamentarias en la Ley de Derecho Civil de Galicia

Tratándose de Galicia, es necesario matizar algunas de las notas características que tiene el testamento en el régimen del Código Civil, así, las notas referentes al carácter unilateral y unipersonal del testamento decaen en el Derecho Civil de Galicia al admitirse tanto el testamento mancomunado como los pactos sucesorios, de entre estos últimos cabe citar los pactos de mejora (que se diferencia de la mejora del CC en que no es obligatoria, no existe un tercio obligatorio, es predominar a un hijo sobre el otro), la mejora de labrar y poseer y la apartación. En el CC si quieren los cónyuges otorgar testamento a favor de sus hijos, es necesario que uno de lo consortes otorgue uno primero y después lo otorgue el otro, pero, en Galicia basta con hacer un testamento mancomunado.

5. De las legítimas

Uno de los límites a los que se hacía referencia en la libertad del testador era el respeto a las legítimas, en el art. 806CC se define a la legítima como la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos a los que denominará como herederos forzosos.

El precepto constituye una especie de garantía general de los derechos de los legitimarios, que son determinados parientes del causante que tienen derecho a una parte de los bienes de éste, si es que no los han recibido en virtud de un negocio jurídico gratuito. La garantía institucional de que son objeto familia y la herencia⁹⁹ determina la inconstitucionalidad de la supresión de las legítimas o la disminución de su “*quantum*” hasta el límite de lo irrisorio. Las normas reguladoras de la legítima son de “*ius cogens*”, es decir no disponibles por la voluntad del causante¹⁰⁰ y de orden público¹⁰¹. El derecho a la legítima nace con la apertura de la sucesión hereditaria no siendo posibles transacciones sobre la legítima futura. Si bien se puede repercutir sobre liberalidades realizadas en vida por los causantes, estos negocios no pueden ser impugnados por los legitimarios hasta el momento en que surja derecho su legítima¹⁰². Cuando el testador carece de legitimarios puede disponer libremente de sus bienes¹⁰³.

⁹⁷ Vid. STS - SC 6 de abril de 1954 [RJ 1954/1551], 21 de octubre de 1991 [RJ 1991/8231].

⁹⁸ ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Edisofer, 2015, pág. 321.

⁹⁹ Cfr. arts. 331. y 39 CE.

¹⁰⁰ Vid. SSTS- SC 19 de abril [RJ 1963,2562], 31 de mayo 1980 [RJ 1980,2724] y 22 de noviembre 1991 [1991, 8477].

¹⁰¹ Vid. STS 23 de octubre 1992 - SC [RJ 1992, 8280].

¹⁰² Vid. STS 24 de enero 1998 -SC [RJ 1998, 152].

¹⁰³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 952.

6. Los herederos forzosos

Los herederos forzosos son, y tal como lo establece el art. 807 CC, los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, a falta de los anteriores los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, así como el viudo o la viuda en la forma y medida que establece el CC¹⁰⁴.

APERTURA DE LA HERENCIA DE DOÑA CARMEN

Tal como se analizó en la primera cuestión Doña Carmen fallece en 1995 sin haber adquirido la vecindad civil gallega, por lo tanto se puede afirmar que de haber otorgado testamento lo habría hecho bajo los requisitos testamentarios del Código Civil, que difieren como se verá de los requisitos de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

No se puede presumir la voluntad testamental de Doña Carmen a la hora de repartir sus bienes en el testamento, ya que el supuesto objeto de análisis no nos deja entrever tales disposiciones. Sin embargo, lo que sí podemos afirmar sería el cumplimiento de las legítimas en dicho testamento a favor de sus herederos forzosos que como se apuntaba serían en su particular caso sus dos hijos, Rodrigo y Laura y su cónyuge Don Pedro.

Se extrae del precepto recogido en el art. 808 CC, que la legítima de los hijos será las dos terceras partes del haber hereditario, que serían sus bienes privativos y la mitad de sus bienes gananciales una vez disuelta la sociedad, y de este se podrá disponer de una parte de las dos que forman la legítima como mejora a uno de los dos hijos, ya que no tenemos constancia de que tuviese más descendientes; sin embargo cabe destacar aquí que en lo que respecta a ese tercio de mejora, será otorgado a Don Pedro en concepto de usufructo en base al art. 834CC.

La atribución de la legítima es colectiva, se atribuye globalmente al grupo de legitimarios¹⁰⁵. Los hijos reciben el tercio de la legítima estricta por partes iguales, es decir, “*per capita*”, y de entre estos legitimarios dispone libremente del tercio de mejora, es así pues que se permite hablar de legítima estricta y de legítima larga. Para determinar cuánto le corresponde a cada legitimario sería necesario saber si Doña Carmen ha hecho uso o no de su facultad de mejorar o no y en qué medida. Si no hubiese mejorado a ninguno de sus descendientes, los dos tercios de su haber hereditario se dividen por el número de estirpes de descendientes. Si ha dispuesto de todo el tercio de mejora a favor de alguno, es solo el tercio de legítima estricta el que se divide entre el número de estirpes de descendientes. Si sólo ha dispuesto de parte del tercio de mejora, la parte no dispuesta más el tercio de legítima estricta será la que constituye el dividendo¹⁰⁶. Haciendo en este punto especial referencia a que mientras no se produzca el fallecimiento de Don Pedro ese tercio de la mejora sería de él en concepto de usufructuario vitalicio.

APERTURA DE LA HERENCIA DE DON PEDRO

En el momento que Don Pedro fallece ya ha adquirido la voluntad civil gallega, tal como se había expuesto anteriormente, por ello habría de realizar sus disposiciones testamentarias bajo los preceptos de la LDCG, es por ello que la legítima a la que sometíamos a su esposa con respecto a sus hijos se ve reducida considerablemente en este caso ya que la nueva LDGC de 2006, redujo cuantitativamente la legítima de los descendientes a la cuarta parte del haber hereditario líquido que

¹⁰⁴La legítima consistirá en un derecho de usufructo vitalicio cuyo “*quantum*” dependerá del resto de legitimarios.

¹⁰⁵ Vid. STS 27 de diciembre de 1935 – SC [RJ 1935, 2482].

¹⁰⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 957.

deberá ser distribuida a partes iguales entre cada hijo o sus linajes, en base al art. 243, además desaparece en el derecho gallego el concepto de mejora. La naturaleza jurídica de la legítima pasa a ser de *pars bonorum* a *pars valorisen* tanto que se configura como una parte del haber hereditario líquido¹⁰⁷.

Por ello se puede afirmar al igual que en el caso de su esposa, que sus bienes podrían haber sido dejados en herencia a quien él hubiese dispuesto, salvando las legítimas que le corresponderían a sus dos hijos, Rodrigo y Laura, que de haber sido dadas en vida ni siquiera tendrían porque estipularse como tales en las disposiciones testamentarias.

El reparto de los bienes en caso de no existir disposiciones testamentarias

La sucesión legal se dice que es una especie de testamento pero en lugar de haber sido hecho por la voluntad del causante lo hace por la ley, y la ley atiende al orden natural de los afectos.

En realidad, el fundamento de la intestada esta en el parentesco por consanguinidad y por adopción, nunca por afinidad. En segundo lugar está en el matrimonio o bien el vinculo de afectividad en la pareja de hecho. En tercer lugar el fundamento está en la nacionalidad o en su caso de la vecindad civil. A esto se refiere el art.913 CC a cuyo tenor a falta de herederos testamentarios la ley defiere la herencia a los parientes del difunto hasta el cuarto grado, al viudo/a o al estado.

Es una sucesión universal ya que en la intestada la ley llama a herederos y no a legatarios. Ahora bien esta regla tiene excepciones, por ejemplo si el cónyuge viudo concurre en la intestada con hijos del causante ya que la ley llama a los hijos como herederos legales y al cónyuge viudo en el usufructo, es tanto como decir que el usufructuario es un legatario por lo que sucedería a título particular. También es una excepción el art.1321 CC lo que se conoce como derecho de pedetración o ventajas. Es una sucesión compatible con la testada, tal y como se deduce del art.658.3º CC cuando señala que la sucesión también puede deferirse por parte testada y en parte intestada. La LDCG también lo establece en su art. 181 cuando señala que la sucesión se defiere en todo o en parte por testamento, pacto y por ley. Es una sucesión legal, porque es la ley la que llama a los herederos. Es una sucesión supletoria, porque tiene preferencia la testamentaria. Así el art.658.1º CC dispone que la sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y en su defecto por disposición de la ley. Además del art.1009 CC se deduce que la vocación testamentaria excluye a la ab intestato y no a la inversa cuando señala que el que es llamado a una misma herencia por testamento y ab intestato y la repudia por el primer título se entiende repudiada por las dos, pero si la repudia como heredero ab intestato sin tener noticia de este título podrá aceptarla por este último¹⁰⁸.

1.Supuestos de apertura de la sucesión intestada

La LDCG no dispone de un precepto que señale los supuestos de apertura de la sucesión intestada pero dada la remisión de la ley gallega al CC en esta materia, en concreto por el art. 267 LDCG. Por consiguiente se aplica en Galicia el art.912 CC, este precepto contiene una enumeración, como ejemplo no exhaustiva, de los casos de apertura de la sucesión legal, existen otros no previstos por este precepto. Dispone este art.912 CC que la sucesión legítima tiene lugar cuando uno muere sin testamento, con testamento nulo o que haya perdido después su validez. Cuando uno muere sin

¹⁰⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, 2008, págs. 1018-1019.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit. pág. 393.

testamento es el supuesto normal de apertura, esto se acredita mediante certificado de defunción y certificación negativa del registro general de actos de última voluntad. Cuando el testamento es nulo, puede ser una nulidad total del testamento se abre totalmente la intestada y si la nulidad es parcial se abre en parte la intestada. Cuando haya perdido después su validez se refiere a los supuestos de ineficacia sobrevinida, por ejemplo un testamento ológrafo otorgado de puño y letra del testador que finalmente no se protocoliza¹⁰⁹.

También procede la sucesión ab intestato 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 solo tendrá lugar respecto de los bienes de los que el testador no hubiese dispuesto. Este apartado recoge el principio de compatibilidad entre la testada y la intestada. Dentro de este hay que aclarar que a pesar del precepto, que se refiere a que el testamento no contenga institución de heredero, la doctrina y la jurisprudencia y también la dirección general de los registros y del notariado en una resolución de 1916 sostiene que no se abre la intestada, por ejemplo, en el caso de que toda la herencia se hubiese distribuido en legados, que sería un supuesto en el que no hay institución de heredero porque solo hay legatarios (art. 891 CC). Y tampoco se abre la intestada, según algún autor, si existe un legado de cosa cierta que agota todo el caudal.

Se abre la intestada a su vez cuando falta la condición puesta a la institución de heredero o este muere antes que el testador o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer en base al art. 912.3º CC. Tiene lugar la sucesión ab intestato cuando el heredero instituido es incapaz para suceder (art. 912.4º CC). Hay que recordar con el art. 914 CC que lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es también aplicable a la sucesión intestada. Además según el art. 744 CC pueden suceder por testamento o ab intestato los que no estén incapacitados por la ley para ello. A parte de esto hay que tener en cuenta tanto las incapacidades absolutas como las incapacidades relativas para suceder. Son incapacidades absolutas para suceder según el art. 745 CC las criaturas abortivas y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley. En cuanto a las incapacidades relativas son las que señalan los arts. 752, 753 y 754 CC.

Existen otros supuestos que no señala el art. 912 CC en los que sin embargo si se abre la intestada. Por ejemplo, si existe un testamento puramente revocatorio de los testamentos anteriores. También se abre la intestada por cumplimiento de una condición resolutoria, recuérdese que el art. 912.3º CC solo se refiere a la apertura de la intestada por incumplimiento de la condición suspensiva cuando dice que se abre la intestada cuando “falte la condición puesta a la institución de heredero”¹¹⁰.

También se abre la intestada en los supuestos de desheredación injusta para que el desheredado injustamente reciba la legítima. También se abre la intestada en los casos de preterición, es decir olvido, no intencional o errónea.

2. Orden de la sucesión intestada

El orden general del llamamiento en la sucesión intestada viene establecido en el art. 913 y se complementa con el desarrollo que se le presta en los arts. 930 a 958 del CC. De ellos se puede extraer que serán los llamados en primer lugar los descendientes en base al art. 931 en segundo lugar los ascendientes siguiendo la línea del art. 935, el tercer lugar y tal como expone el art. 944 le corresponde al cónyuge supérstite, los cuartos en llamar serían hermanos y sobrinos siguiendo el art.

¹⁰⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, 2008, págs. 1021-1023.

¹¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. pág. 1069.

946, los quintos los parientes colaterales hasta el cuarto grado por el art. 954 y en sexto y último lugar el Estado en línea con el art. 956.

APERTURA DE LA HERENCIA DE DOÑA CARMEN

Con los datos expuestos, y anotando en este sentido una vez más la sujeción al derecho civil común por haber fallecido Carmen antes de adquirir la vecindad civil gallega, se puede afirmar que si se hubiese dado el caso de abrir la sucesión intestada, sus herederos universales serían sus descendientes, es decir sus dos hijos, que adquirirían todos los bienes que le eran privativos y la mitad del haber de la sociedad de gananciales, siendo el cónyuge supérstite y tal como apuntábamos a pesar de no ser llamado como heredero abintestato, mantiene su derecho a la cuota legal usufructuaria, en este caso un tercio sería lo que le correspondería a Don Pedro, hubiese sido la mitad de concurrir con ascendientes en vez de con descendientes¹¹¹. Es preciso mencionar en este punto que debido a la minoría de edad de ambos hijos se presupone que el administrador de la herencia fue en su totalidad Don Pedro como padre y tutor de los niños.

APERTURA DE LA HERENCIA DE DON PEDRO

En el caso de que Don Pedro hubiese fallecido sin otorgar testamento, los llamados a heredar de todo su haber hereditario serían únicamente sus hijos, al ser los primeros en la línea y estar ya fallecida su cónyuge. Heredaran sin distinción de sexo, edad o filiación. Además los hijos del difunto heredaran siempre por derecho propio dividiendo la herencia en partes iguales. Si se diese el caso de que alguno de los hijos hubiese fallecido pero este ya tuviese descendencia estos heredarán por derecho de representación, y si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos la porción que le corresponda se dividiría entre estos por partes iguales¹¹².

¹¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit. pág. 775.

¹¹² LASARTE, C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, op.cit. pág. 314.

VI. La Partición

Asimismo, determínese como se realizaría la partición de la herencia en ambos casos.

*Art. 1051 y ss CC
Art. 270 y ss LDCG*

Se modifica por la Ley 14/1975
Ref. BOE-A-1975-9245.
Se modifica por la Ley 11/1981
Ref. BOE-A-1981-11198.

1. Concepto y naturaleza jurídica

La pluralidad de bienes, derechos y obligaciones que integran el objeto de la sucesión y que se adquieren por ese título universal de herencia, puede combinarse con la vocación de una pluralidad de herederos. Nace así la comunidad hereditaria que se mantiene mientras la herencia esta indivisa. Esta situación de comunidad termina normalmente con la partición, a través de la cual los coherederos transforman la cuota abstracta que tienen sobre la totalidad de los bienes que la integran en partes concretas y determinadas que se adjudican a cada uno de ellos¹¹³.

La partición por tanto puede ser definida como el modo normal de finalizar la comunidad hereditaria, con la partición las titularidades de los comuneros, es decir sus derechos hereditarios in abstracto, se convierten en derechos hereditarios in concreto. Esto lo expresa muy bien el art.1068 CC según el cual la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

En cuanto a la naturaleza de la partición se dice que tiene una naturaleza especificativa o determinativa de derechos, porque la partición produce la sustitución de las cuotas de cada heredero por los bienes concretos que se le adjudican.

Hay que advertir que la regla general es que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión, cualquiera de ellos puede en cualquier momento pedir la partición de la herencia, por los incapacitados y los ausentes podrán pedirla sus representantes legítimos tal y como establecen los artículos 1051 y 1052 CC. En cuanto a la legitimación para pedir la partición según se infiere del art.1052 CC puede pedirla cualquier heredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes. Pueden pedir la partición tanto los herederos testamentarios como los herederos legales o ab intestato. En cuanto a los acreedores según el art.1082 CC pueden oponerse a la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. También en relación a los acreedores el art.1083 CC dispone que los acreedores de uno o más de los herederos pueden intervenir en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos¹¹⁴.

¹¹³ SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit. pág.496.

¹¹⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentario a los artículos 1051 a 1087, en Comentario del Código Civil, t. I*, Ministerio de Justicia,1991, págs. 2466-2564.

No existirá comunidad hereditaria ni por tanto partición si el testador ya lo ha realizado, ofreciendo a cada uno de los herederos bienes individualizados. Es necesario precisar que la comunidad hereditaria puede concluir sin partición cuando todos los bienes hereditarios pasan a ser titularidad de un único heredero o de un tercero, renuncia de todos los herederos a su cuota, menos uno, un acrecimiento a favor de uno solo, adquisición por uno de los coherederos o por un tercero de las cuotas hereditarias de los demás, etc. También se disuelve la comunidad sin partición por consumirse todo el activo al liquidarse el pasivo, quedando la herencia sin haber partible; si los herederos la transforman en una comunidad de bienes, o en una sociedad a la que cada uno aporte íntegramente la cuota que tiene en la comunidad¹¹⁵.

2. Clases de partición en el CC y en la LDCG

Semejante reparto y distribución de los bienes puede ser llevada a cabo por el propio testador, o encomendárselo a una persona de su confianza y por el designado contador partidor, realizarla los propios interesados o finalmente que el reparto de los bienes hereditarios no puede realizarse más que por vía judicial o arbitral¹¹⁶.

La última de ellas, la partición judicial es la menos deseable, tiene lugar en la hipótesis del art.1059CC a cuyo tenor, cuando los herederos mayores de edad no se entendieren en el modo de hacer la partición quedara a salvo sus derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la LEC. Por lo tanto este art.1059 CC se remite a los arts. 782 -789 LEC que lleva por rubrica “de la división judicial de patrimonios”. A la solicitud debe acompañarse certificado de defunción del causante y documento que acredite la condición de heredero o legatario del causante.

En lo que respecta a las particiones extrajudiciales, encontramos diferentes tipos, a saber, partición por el mismo testador, por el contador partidario o comisario, por el contador-partidor-dativo.

En lo que respecta a la partición por el mismo testador, Lacruz Berdejo la denomina en evitación de la comunidad hereditaria. Se regula en el art..1056.1º CC cuando el testador hiciere por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes se pasara por ella en cuanto no perjudique la legitima de los herederos forzosos.El efecto característico de la partición realizada por el propio causante es impedir que a su muerte surja la comunidad hereditaria, así cada coheredero se dice que recibe recta vía (directamente) los bienes que por el testador le han sido adjudicados.En la LDCG esta partición aparece en el art.270.1º y permite que el testador haga la partición en testamento o en otro documento anterior o posterior y además admite la posibilidad de una partija conjunta de cónyuges en el art.276.

La expresión que utiliza el art.1056.1º CC “*inter vivos*” dispensa a la partición de solemnidad testamentaria sin exigencia de formalidad alguna. Según Lacruz Berdejo a pesar de que pueda hacerse fuera de testamento esta partición, es necesario que tenga un apoyo en el testamento del que sea complemento esta partición. De tal manera que el acto de partición no solemne reciba fuerza y convalidación del testamento, por eso el TS señaló¹¹⁷, que no obsta a la validez de la partición el que haya sido hecha en un documento privado siempre y cuando en un testamento posterior se haga referencia a aquella partición. Entiende también Lacruz Berdejo que esta partición hecha por el testador supone que el testador tras instituir a los herederos en cuotas hereditarias llena estas cuotas con bienes concretos y determinados¹¹⁸.

¹¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit. pág.497.

¹¹⁶ LASARTE, C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, op.cit. pág.395.

¹¹⁷ Vid. STS de 6 de marzo de 1945 – Sala de lo Civil [RJ 1945/272].

¹¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Sucesiones T.V: Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, 2004, págs. 420-423.

Por otro lado encontramos la partición por el contador partididor o comisario, está regulada por el art.1057 CC y 283 a 293 LDCG. Dispone el art.1057.1º CC que el testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Se recoge la figura en este artículo del contador partididor o comisario. Adviértase como el CC concede a este cargo una parca regulación, por eso han de aplicarse analógicamente a este cargo las normas que el CC establece para la regulación de la figura del albacea, esta figura está regulada en los art.892 al 911 CC, pero del mismo art.1057.1º CC se deducen ciertas reglas:1º) Es que el contador partididor puede ser nombrado inter vivos o mortis causa. En Galicia también puede hacerse en escritura pública o testamento.2º) Idoneidad para ejercer el cargo. De esta idoneidad carecen los coherederos, la razón es clara ya que al ser coheredero no habrá objetividad o imparcialidad.3º) Función del cargo que consiste en la simple facultad de hacer la partición. Por consiguiente el contador debe hacer lotes de bienes en función de las cuotas que fijo el causante y no podrá por vía de la partición alterar las cuotas establecidas en el testamento. Por lo que respecta a la LDCG y a sus funciones se establecen en los arts. 293 y 293 LDCG, entre ellas partir la herencia pero también entregar legados y liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge supérstite. Por lo demás hay que advertir que el contador no está sujeto a reglas formales salvo lo dispuesto en el art.1057.3º CC según el cual, si entre los coherederos existen personas sometidas a patria potestad, tutela o curatela deberán intervenir sus representantes legales y sus curadores en la partición mediante un inventario de bienes en la partición¹¹⁹.

También se encuentra recogida como se exponía la partición convencional por acuerdo unánime de los coherederos, también llamada contractual. El art..1058 CC expresa que cuando el testador no hubiese hecho la partición ni hubiese encomendado a otra persona su facultad, si los herederos fuesen mayores de edad y tuviesen la libre administración de sus bienes podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Adviértase que el principio básico de esta partición es la regla de la unanimidad. En cuanto a la capacidad de los coherederos, se requiere que sean mayores de edad por lo tanto por los menores e incapaces habrán de actuar sus representantes legales. La Dirección General de los Registros y del Notariado y el TS interpretan la expresión del art.1058 CC “de la manera que tengan por conveniente” admitiendo la posibilidad de alterar las cuotas del testamento o las que correspondan ab intestato. La regla de la unanimidad puede llegar a convertirse en un obstáculo para la practica de la partición ya que bastaría la negativa de uno de los partícipes para que la partición no se lleve a cabo. En tales casos siempre quedara el recurso a la partición judicial (art.1059 CC y LEC) pero está como se exponía es lenta, costosa y compleja. Por lo tanto el legislador para remediar este inconveniente introdujo la figura del contador partididor dativo regulado en el art.1057.2º CC¹²⁰.

Esta última opera desde el año 198, modificado por la LJV. Según este precepto; “*No habiendo testamento, contador-partididor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partididor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios*”.

En lo que respecta en especial a la LDCG, regula la partición de la herencia, en los arts. 270 y ss y destaca, de estos preceptos, la llamada partición por mayoría, regulada en los arts. 295 y ss de la LDCG. Adviértase que el art. 270 de esta ley. La partición se puede realizar según esta ley, por el

¹¹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. págs. 1221-1225.

¹²⁰ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil Comentado*, op.cit. pág. 1267.

propio testador, en testamento o en otro documento anterior o posterior. También se permite la partición por el contador-partidor, por los herederos y por resolución judicial. Según el art. 271 LDCG, si concurren a la sucesión personas menores o incapacitadas, y están legalmente representadas, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial. Sin embargo, obsérvese la nueva redacción del art. 1060 CC, según el cual, cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria ni la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor (si interviene), necesitará aprobación judicial. Además, si se nombrase un defensor judicial, deberá obtener, como regla general, la aprobación judicial, a no ser que el Secretario Judicial dispusiese otra cosa al hacer su nombramiento. En cuanto a la partición por el testador en la ley gallega, según el art. 270, puede hacerla en documento público o privado. Según la Jurisprudencia, es necesario un testamento anterior o posterior. Además, según el art. 274 de la LDCG, será válida la partición, aunque el valor de lo adjudicado no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento¹²¹.

En lo que se refiere a la nombrada partija conjunta o unitaria, hacen alusión a ella los arts. 276 y ss LDCG. Se refiere a la que realiza conjuntamente los cónyuges aunque hubiesen testado por separado, y pueden así partir sus bienes privativos y bienes comunes. Fallecido uno de los cónyuges, el supérstite, aun existiendo partija conjunta, puede disponer de sus bienes privativos. Si dispusiese de los comunes o de los del premuerto, se necesitará el concurso (la intervención) de los herederos. En cuanto a la revocación de la partija conjunta, hay que distinguir: En vida de los cónyuges. Puede revocarse por cualquiera, pero es necesaria la notificación fehaciente al otro cónyuge. Fallecido uno de los cónyuges, puede revocarse la partija conjunta por el sobreviviente¹²². En cuanto a la ineficacia de la partija conjunta, según el art. 281 LDCG, es ineficaz por alteración sustancial en la composición del patrimonio, debido a enajenaciones voluntarias o forzosas.

La partición por el contador-partidor aparece regulada en los arts. 283-293 LDCG. La ley gallega permite que el testador, tanto en testamento como en escritura pública, encomiende la facultad de partir la herencia a quien no sea partícipe en la misma. Sin embargo, el art. 284 de la LDCG, establece una excepción al permitir que un partícipe pueda ser contador partidor, y es el caso del cónyuge sobreviviente al que solo se le hubiese asignado el usufructo universal de la herencia. Entre las facultades de este contador partidor, además de la propia facultad de partir la herencia, otras facultades que le encomiende el testador y también la entrega de legados y el pago de legítimas. Además, se permite que el contador partidor, liquide la sociedad conyugal con el cónyuge supérstite y sus herederos. Ahora bien, si los cónyuges nombraron a un mismo contador partidor, puede realizar éste la partición y prescindir de la liquidación de la sociedad de gananciales, salvo si fuese precisa para cumplir disposiciones testamentarias.

Por último, la partición por los herederos, donde se distinguen fundamentalmente dos supuestos, a saber, la partición realizada con unanimidad de todos los coherederos, cuando el testador no hubiese hecho él mismo la partición, los partícipes mayores de edad, los emancipados y los legalmente representados, pueden partir la herencia de la manera que tengan por conveniente o bien la partición por mayoría. Por lo que respecta a la denominada partición por mayoría de los partícipes, los arts. 295 y ss, permiten la partición promovida ante notario, por los partícipes que representen la mayoría de la herencia, en concreto, que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean al menos, dos. Esta partición por mayoría, se permite siempre que no haya contador-partidor designado, y siempre respetando en todo caso las disposiciones del causante de la herencia. Adviértase que esta

¹²¹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*, op.cit. págs. 1196-1201.

¹²² cfr. arts. 279 y 280 LDCG.

partición es promovida ante notario por la mayoría de los partícipes, pero ha de realizarse necesariamente por un contador partidor que éstos designen¹²³.

3. Operaciones particionales

El CC no contiene normas sobre cómo realizar la partición, por lo que en principio siempre que se consiga la finalidad de dividir los bienes hereditarios entre los herederos, pueden realizarse todas las operaciones que se estimen convenientes. Sin embargo en la práctica jurídica bajo la denominación de operaciones particionales se engloban en las actuaciones que se consideran necesarias para lograr el resultado final de partición de la herencia, a saber, la división y la adjudicación de los bienes¹²⁴. Tampoco existe precepto sobre si se requiere documento público o no para la partición, aunque, como normalmente se pretende la inscripción de lo acordado, en el Registro de la Propiedad, será necesario, que se otorgue en escritura pública, como se infiere del art. 80.1 del Reglamento Hipotecario, que regula la escritura de partición.

Es necesario precisar que estas operaciones se llevan a cabo en el denominado cuaderno particional, realizado por un técnico en Derecho, que comienza con una exposición de antecedentes, véase por ejemplo el fallecimiento del causante, su estado civil o las personas con derecho a heredarle, a continuación se enumeraran y valoran los bienes y se especifican las deudas y cargas de la herencia que es lo que se conoce como inventario y avalúo. Una vez obtenido el caudal líquido neto, es decir la liquidación se procede a la fijación de los lotes y a la entrega de los bienes, la adjudicación. Estas operaciones vienen recogidas respecto al procedimiento judicial de división de la herencia en el artículo 786 de la LEC¹²⁵

Es necesario precisar un poco más en el sentido de que el inventario, es la relación de bienes que constituyen la herencia de una persona, los denominados bienes relictos, caudal relicto o relictum. En lo que respecta a la valoración, el avalúo es la tasación o valoración de tales bienes, esta valoración ha de referirse necesariamente, no al momento de la muerte del causante, sino al momento de la partición de la herencia, tal y como se infiere del art. 1074 CC. Haciendo hincapié en la liquidación se dirá que es la determinación del activo neto a repartir, que se denomina caudal partible y se consigue mediante la deducción resta del pasivo al activo bruto. Haciendo referencia a la división y adjudicación, mediante la denominada formación de lotes o hijuelas; que está presidida por la búsqueda de la igualdad de lotes, el art. 1061 CC, señala que en la partición de la herencia habrá de observarse la posible igualdad. De ahí se deduce, por doctrina y jurisprudencia, que no es necesaria la absoluta igualdad. En el caso de los bienes sean indivisibles o desmerecen con la división, se aplica el art. 1062 CC, según el cual, dichos bienes, podrán adjudicarse a uno de los coherederos, abonando a los otros la diferencia, pero bastará que uno de ellos pida la venta de ese bien indivisible en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga. Y se deberá llevar a cabo la atribución de los lotes a los coherederos cubriendo su respectivo haber¹²⁶.

Especial referencia tiene en este punto la colación, se regula en el CC, en los arts. 1035 y ss. A diferencia de las otras operaciones particionales, la colación, no tiene lugar en todo caso; sino exclusivamente cuando concurren a la sucesión varios legitimarios y que alguno de ellos haya recibido bienes a título gratuito en vida del causante, tal y como establece el art. 1035 CC. Esta operación particional especial, se intercala en la partición porque, desde el Derecho Romano, se

¹²³REBOLLEDO VARELA, A.L., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*, op.cit. págs. 1247-1291.

¹²⁴SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit. pág.523.

¹²⁵SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, op.cit. pág.524.

¹²⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. págs. 1228.

entiende que cuando un legitimario recibe una donación en vida del causante, lo hace a modo de anticipo de su cuota, de ahí que a la hora de partir, deba ese legitimario, contar en su parte lo ya recibido o en palabras del CC; “tomar de menos lo que ya había recibido”.

4. Efectos de la partición

En cuanto a los efectos de la partición, el principal efecto de la partición es la situación de la extinción de la comunidad hereditaria, de tal forma que el derecho hereditario in abstracto, se convierte en derecho hereditario in concreto. Así, como señala el art. 1068 CC, la partición legalmente hecha, confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados. Adviértase, que la partición deja inalterados posibles derechos de terceros, por ejemplo, de los acreedores, que según el art. 1084 CC, pueden dirigirse contra cualquiera de los coherederos.

Se conoce en este punto a la evicción y saneamiento, como las obligaciones de los coherederos, y se regulan en los arts. 1069 a 1072 CC. Así, el 1069, dispone que “hecha la partición, los coherederos, están obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados”. Nótese que esta obligación comprende tanto la evicción strictu sensu, como el saneamiento por vicios ocultos. El saneamiento por evicción se produce, cuando con posterioridad a la partición, algún coheredero se ve privado por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la partición, de alguno o algunos de los bienes que le habían sido adjudicados. El saneamiento por vicios ocultos, tiene lugar cuando algunos bienes adjudicados, presenten defectos que desmerezcan su valor o los hagan impropios para su uso, por ejemplo, si el bien adjudicado, a un coheredero se pierde después de una reivindicatoria, o por ejemplo, si aparecen gravámenes sobre los bienes que no habían sido tenidos en cuenta al formar los lotes. Esta obligación de saneamiento, por evicción y por vicios ocultos, se traducirá en la necesaria indemnización al perjudicado, por parte de los demás coherederos, indemnización que se soluciona por el modo establecido en el art. 1071 CC. Según el art. 1071 CC, la obligación recíproca de los coherederos a la evicción, será proporcional a sus respectivas cuotas, y si alguno fuese insolvente, los demás responderán. Es muy importante advertir, en relación al art. 1071, que no existe esa obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos, en los supuestos a los que se refiere el art. 1070 CC; cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, siempre que no se perjudique la legítima. Tampoco si se pactó expresamente la falta de responsabilidad por evicción. Tampoco se responde por evicción, cuando la evicción se produce por causa posterior a la partición o por culpa del adjudicatario.

Además, según el art. 1072 CC, si el heredero, titular de un derecho de crédito, no puede cobrarlo, el perjuicio de este titular del derecho de crédito, debe ser asumido por el conjunto de los coherederos proporcionalmente¹²⁷.

5. Modificación e ineficacia de la partición

El CC carece de regulación sobre la ineficacia de la partición, pero según la Doctrina y Jurisprudencia, se aplica la normativa sobre la ineficacia del negocio jurídico, con su triple categoría sobre nulidad, anulabilidad y rescisión. En todo caso, la regulación de la ineficacia de la partición, está presidida por un principio general denominado favor partitionis, es decir, a favor de la partición. Así serían supuestos de nulidad absoluta, por ejemplo, la falta de algún presupuesto esencial, por ejemplo, falta de la muerte del causante, falta de validez del testamento. Absoluta falta de objeto, por ejemplo por no ser los bienes propios del testador. Si la partición se realiza contraviniendo alguna norma imperativa, por ejemplo, si la partición por un contador partidor designado por el causante y

¹²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, op.cit. págs. 1236.

ese contador partidor es uno de los coherederos, porque hay que recordar que según el art 1057 puede ser contador partidor o comisario cualquier persona que no sea uno de los coherederos. A estos supuestos, se une un caso expresamente sancionado por el art. 1081 CC, a cuyo tenor, la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula. La doctrina califica a esta hipótesis de nulidad absoluta.

Al igual que ocurre en los contratos, sería anulable la partición si aparecen vicios del consentimiento, como error, dolo, violencia o intimidación en la partición. En la partición se habla en concreto de la rescisión por lesión, y se contempla en los arts. 1074 y ss CC. Según el art. 1074 CC; podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. El plazo para el ejercicio de la acción rescisoria (art. 1076 CC). Este artículo dispone que; la acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición. Ahora bien, el CC contempla un supuesto en el que no tiene lugar la rescisión por lesión, que es el caso del art. 1075 CC. Así, según este artículo, de la rescindibilidad por lesión, se escapa la partición hecha por el mismo testador, pero sería atacable, si se perjudica la legítima. Así, en este sentido, dispone el art. 1075 CC, que la partición hecha por el difunto, no puede ser impugnada por causa de lesión sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o fuese otra la voluntad del testador. Por consiguiente, esta regla del art. 1075 CC, resulta coherente con lo prescrito por el art. 1056 CC, que se refiere a la partición hecha por el causante. Finalmente, se debe considerar en el supuesto en que la eficacia de la partición se ponga en duda por el hecho de que las operaciones divisorias en su día realizadas no alcanzarán al conjunto de bienes del caudal hereditario, sea porque no se cumplió el deber de colacionar en relación con algún bien concreto, por “aparición” de algún bien que no fue tenido en cuenta o porque al liquidar la sociedad conyugal previa, se atribuyó al causante como privativo un bien que realmente era ganancial de otro cónyuge. A tal fin se dirige el art. 1079 CC, expresando que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino que se complemente o adicione con los objetos o valores omitidos¹²⁸.

PARTICIÓN DE LA HERENCIA DE DOÑA CARMEN

Para poder llevar a cabo la partición de los bienes de Doña Carmen primeramente debemos llevar a cabo las operaciones antes descritas, a saber, inventario de activo y pasivo, avalúo, liquidación del pasivo, así como la división y adjudicación. Por ello es necesario previamente llevar a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales, para hallar la parte correspondiente a Carmen en dicha Sociedad y una vez hallada partirla, que al no tener constancia de que Carmen dispusiese tal acción debería llevarse a cabo de mutuo acuerdo entre los herederos que en este caso al ser menores dos de ellos deberían estar debidamente representados.

PARTICIÓN DE LA HERENCIA DE DON PEDRO

En el caso de Don Pedro, al contar solamente con dos herederos como ya se expuso, y a su vez con los bienes ya delimitados al no existir en el momento de su muerte la sociedad de gananciales, pues solamente quedaría partir los bienes que en el caso de existir testamento deberían contenerse en el o por el contrario los modos a seguir para partirlo o persona designada para llevarla a cabo como se expresó anteriormente, y en el caso de no existir disposiciones testamentarias deberían ponerse de acuerdo entre los dos herederos y de no hacerlo distribuirse judicialmente.

¹²⁸ LASARTE C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, op.cit. pág.445.

CONCLUSIONES

1. VECINDAD CIVIL:

La vecindad civil puede resultar difícil de identificar en algunos casos, pero todavía lo es más cuando ha de atenderse a los cambios legislativos que tal concepto ha sufrido, y si se tiene en cuenta el amplio espacio de tiempo que se tomó el legislador para llevar a cabo la adaptación de la regulación de la vecindad civil a los requisitos de igualdad que proclamó la Carta Magna. Es decir la Norma Suprema proclamó en 1978 una igualdad que no se encontraba patente en el CC, y que así seguiría siendo hasta la ulterior reforma del artículo 14CC de 1990. Por todo ello realizar un análisis de la vecindad civil de la unidad familiar no resulta tan sencillo como hacer uso del precepto de tal concepto de la época ya que se debe analizar y demostrar la derogabilidad directa que el texto constitucional alberga en su supremacía directa, al dejar patente en su Disposición Derogatoria tercera que, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución. Por todo ello se afirma que la vecindad civil tanto de Don Pedro como de Doña Carmen fue la común en un primer momento, pero no por suplirse Doña Carmen a la de su marido sino por origen de ambos, y la de sus hijos siguiendo la regla del *ius soli* en base a la salvaguarda para el caso de duda, es decir Laura la común por haber nacido en suelo andaluz y Rodrigo la gallega por haberlo hecho en la misma comunidad. Finalmente, Doña Carmen fallece con la vecindad civil común por no haber cumplido el cómputo temporal para adquirir la vecindad civil gallega, Don Pedro y Laura si lo adquieren por haber cumplido los diez años, y Rodrigo mantiene la vecindad gallega al no conocer cambio de esta situación.

2. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SUS REPERCUSIONES:

Con el matrimonio surge entre los cónyuges un consorcio de vida con un propósito específico que conlleva efectos patrimoniales que necesitan de una especial regulación. Ante esto el CC se encarga de que no exista ningún matrimonio sin un régimen económico específico, dándole la libertad a los propios esposos de estipularlo, pero de no hacerlo y tal como se da en el supuesto objeto de análisis, establece un régimen supletorio que se denomina como el régimen de sociedad de gananciales. La repercusión general de este régimen es pues, que se constituye no una persona jurídica, sino por el contrario una comunidad de bienes, limitada exclusivamente a los gananciales, cuya titularidad material corresponde conjuntamente al marido y a la mujer aunque con la posibilidad de que los bienes puedan figurar o hallarse inscritas a nombre de uno solo. Es a su vez posible que los cónyuges sean cotitulares de bienes no sometidos a las reglas de la sociedad de gananciales, sino a las de la comunidad ordinaria o copropiedad. Es decir los bienes adquiridos durante el matrimonio con fondos cuya procedencia privativa esté demostrada corresponderán proindiviso a cada uno de ellos y estarán sometidos al régimen de la comunidad ordinaria, cuyas reglas difieren de las propias del régimen de gananciales.

3. DE LA NATURALEZA GANANCIAL O PRIVATIVA DE LOS BIENES:

En la sociedad de gananciales se precisa necesario determinar que bienes son los comunes entendidos estos como aquellos que pertenecen a la comunidad, o por el contrario cuales son privativos de cada uno de los consortes. El CC se encarga de regularlos con meticulosidad en los preceptos que recorren desde el artículo 1346 al 1361, estableciendo en ellos las reglas precisas para diferenciar entre los bienes privativos y los gananciales. A grandes rasgos se puede afirmar que serán privativos aquellos bienes cuya titularidad correspondiera a uno de los cónyuges antes de contraer las

nupcias como lo serían las propiedades adquiridas por la herencia de su padre por Don Pedro, por otro lado, también lo serán los que se adquirieran durante el matrimonio a título lucrativo y a su vez aquellos que se adquirieran en sustitución de un bien privativo. Y por el contrario serán gananciales todos aquellos beneficios que resulten bien de la actividad de los cónyuges o bien por los patrimonios privativos y gananciales, así como los bienes que sustituyan a unos y a otros, es decir los sueldos o beneficios de las empresas de ambos cónyuge. La problemática se vislumbra en otros bienes que se adquieren y de los cuales los datos son escasos para determinar la privatividad o ganancialidad pudiendo según la interpretación que se le de ser identificados de una u otra forma, aún haciendo prevalecer el principio de ganancialidad, como sería el caso de las empresas fundadas justo después del matrimonio por ambos cónyuges de difícil comprensión que fuese a raíz de los bienes comunes todavía prácticamente inexistentes pero con posibilidad de entenderlo como tal al fin y al cabo.

4. LA HERENCIA YACENTE:

La herencia yacente se basa en la existencia de unos grupos de bienes que han quedado sin titular por el fallecimiento del causante, los cuales se delimitan como un patrimonio que ha de cumplir los fines de todo patrimonio: garantía y responsabilidad. Es decir lo que caracteriza a la herencia yacente es la falta de un titular actual que se haga cargo de las relaciones jurídicas y de los bienes que la integran, hasta que sea aceptada por el llamado a la herencia. Por ello se afirma que la titularidad de los bienes en el momento de la muerte de Don Pedro carecen de titular, pero si disponen de la administración de tales bienes sus descendientes que son los llamados a heredar, es decir Laura y Rodrigo.

5. LA SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA:

Mediante la sucesión se transmite la completa posición jurídica del difunto sobre las personas llamadas a suceder a éste. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte. Expresa el artículo 658 del CC la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, lo cual correspondería a la sucesión testada y, a falta de éste, por disposición de la Ley, es decir la sucesión intestada.

La distribución de los bienes de forma testada por Doña Carmen y Don Pedro no se puede realizar a falta de conocimiento de las disposiciones testamentarias, pero si se puede afirmar que tales disposiciones deberían haber respetado a sus herederos forzosos y a sus legítimas, como límite a la libertad de testar del artículo 33CE. Por ello Carmen, y al estar sujeta en el momento de su muerte al derecho común debería en base al art. 808 CC, testar sobre sus hijos las dos terceras partes del haber hereditario, y de este se podrá disponer de una parte de las dos que forman la legítima como mejora a uno de los dos hijos, ya que no tenemos constancia de que tuviese mas descendientes; sin embargo en lo que respecta a ese tercio de mejora, será otorgado a Don Pedro en concepto de usufructo en base al art. 834 CC. En el caso de Don Pedro, y al estar sujeto en el momento su muerte al derecho civil gallego, la legítima de los descendientes sería la cuarta parte del haber hereditario líquido que deberá ser distribuida a partes iguales entre cada hijo o sus linajes, en base al art. 243 LDCG.

En el supuesto de la distribución de los bienes en el caso de la sucesión intestada, se sigue el fundamento del parentesco por consanguinidad y por adopción, nunca por afinidad. En segundo lugar está en el matrimonio o bien el vínculo de afectividad en la pareja de hecho. En tercer lugar el fundamento está en la nacionalidad o en su caso de la vecindad civil. A esto se refiere el art.913 CC a cuyo tenor a falta de herederos testamentarios la ley defiere la herencia a los parientes del difunto hasta el cuarto grado, al viudo/a o al estado. En el caso de Doña Carmen sus llamados serían

universalmente sus hijos y Don Pedro, usufructuario de su legítima en concepto de cónyuge viudo. Mientras que en el caso de Don Pedro serían sus hijos universalmente por el total de sus bienes.

6. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA:

La partición es el modo normal de finalizar la comunidad hereditaria, con la partición las titularidades de los comuneros, es decir sus derechos hereditarios in abstracto, se convierten en derechos hereditarios in concreto. Lo expresa el art.1068 CC según el cual la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. Bajo la denominación de operaciones particionales se engloban en las actuaciones que se consideran necesarias para lograr el resultado final de partición de la herencia, a saber, la división y la adjudicación de los bienes. En cuanto a los efectos de la partición, como señala el art. 1068 CC, la partición legalmente hecha, confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, I-2*, RDP, 1995.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978, T-I*, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.
- AMORÓS GUARDIOLA, A., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol II, Tecnos, 1984
- BAYOD LÓPEZ, M.C., *La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: ¿Habililis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia?*, RJC, 1994.
- BERCOVITZ-CANO, R., *Comentario al artículo 14 del Código Civil*, RDN, 2009.
- CASAS BAAMONDE, M. *Comentarios a la Constitución Española*, WoltersKluwer, 2008.
- CASTRO MARTÍN, R., *Ley de Enjuiciamiento Civil: comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, 2011.
- DE PABLO CONTRERAS, P., (coord.), *Curso de Derecho Civil, Volumen I, Derecho Privado Derecho de la Persona*, Colex, 2008.
- DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, 1993.
- DURAN RIVACOBIA, R., *El Nuevo Régimen de la Vecindad Civil y los Conflictos Interregionales*, Dykinson, 1992.
- GARRIDO PALMA, G., *Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, RDN, 1976.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones*, Tirant, 2006.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Familia IV*, 2 Dykinson, 2005.
- LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, 2014.
- LASARTE, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, 12, Marcial Pons, 2013.
- LASARTE, C., *Derecho de sucesiones: Principios del Derecho civil VII*, Marcial Pons, 2005.
- PEÑA, P., *Comentarios al Código Civil II*, Lex Nova, 2010.
- PEREZ DE CASTRO, N., *La Vecindad Civil*, RDN, 1996.
- QUÍLEZ ESTREMERÁ, M.A., *La libertad capitular y los artículos 1328 y 1330 y otros del Código Civil*, RCDI, 1982.
- RAMS ALBESA, J., *La Sociedad de Gananciales*, Tecnos, 1992.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, 2008.
- RODRÍGUEZ-CANO R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2006.
- RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Bercal, 2011.
- RUBIO TORRANO, E., *Inconstitucionalidad sobrevenida, adquisición de vecindad civil y ley aplicable a la sucesión*, RDN, 2009.
- TORRALBA SORIANO, V., *Comentarios a la reforma de Derecho de familia*, vol. III, Tecnos, 1984.
- O'CALLAGHAN, X., *Código Civil Comentado, La Ley-Actualidad*, 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, Tirant, 2005.
- SÁNCHEZ HÉRNANDEZ, *Esquemas de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Tirant, 2016.
- SANTOS MORÓN, M.J. (coord.), *Lecciones de Derecho Patrimonial*, Tecnos, 2014.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho de Sucesiones*, Tirant, 2015.