

Trabajo Fin de Grado

Derecho de sucesiones: Elementos históricos y praxis civil, mercantil e internacional

Tutor: Rafael Colina Garea
Alumno: Marta García López

ÍNDICE:

1) Identifique, describa, desarrolle y resuelva conforme Derecho los distintos problemas jurídicos presentes en el supuesto de hecho narrado.....	1
1. Problema sobre la vecindad civil y régimen económico del matrimonio:	1
2. Patente y marca:	3
3. Problema sobre la transmisión de la empresa, en relación con los trabajadores:	7
4. Donación y colación:.....	8
5. Testamento del año 2005:	11
6. Problemas con los bienes y derechos mencionados en el primer testamento del año 2005:.....	12
7. Testamento del año 2011:	16
8. Testamento válido y sucesión testada e intestada:	18
9. Análisis de los bienes y derechos, para resolver si se satisfacen las legítimas:	18
10. Fallecimiento posterior de Feliciano (hijo de D. Benicio), transmisión del “ius delationis” y ventas posteriores por la heredera de éste (Matilde):.....	21
11. Posibilidad de la cabida del derecho de retracto:	24
12. Conclusiones:	25
2) Razone sobre la oportunidad histórica del sistema de legítimas y la conveniencia de mantenerlo en el actual ordenamiento jurídico español. Refleje la normativa que recoge las legítimas en alguna de las fuentes jurídicas históricas que ha examinado en sus estudios de grado.....	28
1. Introducción:	28
2. Sucesión legítima en el Derecho Romano:.....	29
3. Libertad de testar en el Derecho Romano Antiguo:	31
3.1. Situación de los bienes familiares al fallecer el <i>paterfamilias</i> :	31
3.2. Libertad de testar del “ <i>paterfamilias</i> ”.....	31
4. Sucesión hereditaria contra el testamento:	32
5. Las legítimas en la actualidad:	34
3) Bibliografía:	38

1) Identifique, describa, desarrolle y resuelva conforme Derecho los distintos problemas jurídicos presentes en el supuesto de hecho narrado.

A continuación voy a ir analizando cada problema jurídico que identifiqué en el caso, que considero de importante relevancia.

1. Problema sobre la vecindad civil y régimen económico del matrimonio:

Se trata de un matrimonio que se casa en Ourense en el año 1976, y fruto de su relación nacen dos hijos (Maita y Feliciano). Pocos años después, Benicio mantiene una relación extramatrimonial en la cual tiene una hija llamada Aureliana.

La familia comprende a los cónyuges y a los parientes; todos ellos son familiares. La filiación de los hijos con relación a los padres es un hecho natural, ya que todos tenemos un padre y una madre biológica. Este hecho natural hay que tenerlo en consideración por el derecho para fundar en él, la relación jurídica de filiación existente materna y paterna.

Destacar que el parentesco existe tanto si deriva de una relación matrimonial como si no es así. Sólo deriva de forma necesaria del matrimonio el llamado parentesco político.

El matrimonio es la unión estable entre un hombre y una mujer. Existen diferentes teorías acerca de si se trata de un negocio jurídico bilateral de derecho de familia, o si por el contrario es una institución propia y autónoma. En mi opinión entiendo que el matrimonio es un negocio jurídico bilateral ya que van a existir obligaciones por ambas partes desde el momento en que se unen.

Para que dos personas puedan contraer un matrimonio válido es necesario que se den tres requisitos:

- Capacidad.
- Consentimiento.
- Forma.

Los contrayentes deben tener un mínimo de capacidad, no podrán contraer matrimonio los menores de edad no emancipados ni tampoco los que estén ligados con vínculo matrimonial. Y además existen unas excepciones en relación con parentesco (no pueden contraer matrimonio los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colaterales hasta el tercer grado, ni los condenados por la muerte del cónyuge).

Las partes deben prestar consentimiento, se exige un acuerdo de voluntades por ambas partes. Sólo podrán casarse aquellas personas que tengan suficiente conocimiento sobre el acto que concluyen, y esto es capacidad de entender y de querer llevar a cabo ese acto.

Además, el matrimonio es necesario que se realice en la forma prevista por la ley; puede ser en forma civil o en forma religiosa. Y por último, será necesaria la inscripción en el Registro Civil.

En el caso no se menciona ninguna objeción, y por tanto entiendo que el matrimonio formado es un matrimonio válido y que cumple todos los requisitos necesarios. Si no se cumpliesen todos los requisitos, entendería que se trata de un negocio jurídico nulo y por tanto dejaría de tener efecto la constitución del mismo. (Artículos 73- 80 Código Civil¹). Pero al no hacer ninguna mención tampoco a como fue el proceso hasta llegar a la conclusión del negocio jurídico, entiendo que no hay que hacer un mayor análisis sobre esta cuestión.

Existe un problema con relación a la vecindad civil², ya que primero residen en Ourense, pero se trasladan a Madrid en el año 1983. En este caso, según el artículo 4.2 de la Ley 2/2006 de 14 de junio “los gallegos que residan fuera de Galicia tendrán derecho a mantener la vecindad civil³ gallega con arreglo a lo dispuesto en el Derecho Civil Común y, en consecuencia, podrán seguir sujetos al Derecho Civil de Galicia”. Y por otro lado, el artículo 14.2 del Código Civil dice que “la vecindad civil se adquiere por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo”.

En nuestro caso, considero que para poder regirse por el Derecho Civil gallego tendría que haber manifestado su voluntad, pero no se tiene constancia que así haya sido; por tanto, considero que todo lo analizado a continuación deberá regirse por el Derecho Civil Común ya que han cumplido el requisito de residencia continuada de diez años para que se considere su vecindad civil sita en Madrid.

Según el artículo 1315 CC, el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en sus capitulaciones, sin otras limitaciones que las que establece el Código Civil.

Pero en caso de que no existan capitulaciones, se entiende que el régimen será el de la sociedad de gananciales (art. 1316 CC).

El régimen de gananciales tiene un carácter supletorio ya que se aplicará en defecto de pacto en capitulaciones o cuando sean ineficaces.

Basándome en ambos artículos, en este caso no se dice nada de capitulaciones, y por tanto entiendo que es un matrimonio en régimen de gananciales ya que es lo que rige de forma general en el Derecho Civil Común. Sosteniendo esta idea y apoyándome en ella, voy a entender que todos los bienes de los que se hablará a continuación serán de ambos cónyuges, ya que en ningún momento se menciona que sean privativos. Los bienes privativos se encuentran regulados en el artículo 1346 CC y entre otros se encuentran aquellos bienes que le pertenecían a uno de los cónyuges antes de crearse la sociedad de

¹ En lo sucesivo, utilizaré la abreviatura CC.

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. *Manual de Derecho Civil (Derecho privado y Derecho de la persona)*. Ed. Bercal S.A. Madrid 2011, p. 237. La vecindad civil se puede adquirir o bien por residencia continuada de dos años, siempre que el interesado manifiesta ser esa su voluntad; o también por residencia continuada durante diez años, en caso de que no se haya manifestado ninguna declaración en contrario durante ese plazo.

En la sentencia de 28 de enero del Tribunal Supremo (RJ 2000/245), se trata el tema sobre la adquisición de la vecindad civil por la continuidad de la residencia en Cataluña durante diez años. Se resuelve finalmente en esta sentencia que sí que adquieren la vecindad civil en Cataluña por la continuidad de residencia durante diez años ambas partes, y por tanto cualquier tema relativo a su matrimonio deberá ser resuelto en Cataluña, ya que es su residencia y por tanto a efectos de la ley es su residencia habitual.

³ La vecindad civil es uno de los hechos del estado civil de una persona que se inscribe en el Registro Civil, además determina la sujeción al Derecho civil común, especial o foral.

gananciales, o aquellos que adquiriese a título lucrativo, o por ejemplo los bienes y derechos inherentes a la persona.

Además, se presumen siempre que son bienes gananciales los existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen de forma privativa a uno de los cónyuges.

La sociedad de gananciales se podrá disolver por diferentes causas, y entre otras se encuentra por muerte o declaración de fallecimiento de cualquier de los cónyuges (art. 1392 CC). Será necesario liquidar la sociedad de gananciales al haber fallecido en nuestro supuesto práctico D. Benicio y posteriormente se llevará a cabo la partición de la herencia.

La liquidación se trata del conjunto de operaciones que se llevan a cabo después de disolverse la sociedad de gananciales, y que tienen como finalidad la concreción del haber partible entre los cónyuges y la división de todos los bienes. Se comprenderán en el activo todos los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, se aportará el importe actualizado del valor. Todos esos bienes aparecerán en un inventario. El siguiente paso en la liquidación es el pago del pasivo, es decir el pago de todas las deudas pendientes a cargo de la sociedad (art. 1398 CC).

Una vez finalizada la liquidación, hay que dividir y adjudicar los bienes. Posteriormente, voy a realizar unos cálculos para ver si las legítimas están satisfechas o no, y para ello tendré en cuenta la mitad de todos los bienes al ser una sociedad de gananciales.

2. Patente y marca:

Don Benicio es empresario y cuenta con tres establecimientos en Madrid donde se dedica a la venta de chocolate y porras madrileñas. Además, es titular de la marca “Las Porras de Fabricio” la cual se encuentra registrada en la Oficina de Patentes y Marcas, y de una patente de una máquina “tritadora antigumos” que patentó en el año 1986.

Por patente se entiende tanto el derecho que garantiza al inventor el disfrute exclusivo de los resultados industriales de su propia invención como el título de propiedad industrial que a tal efecto se concede (artículo 1 Ley Patentes⁴). Es necesario que la patente se refiera a un invento, si bien es esencial tener en cuenta que sólo son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (artículo 4.1 Ley Patentes⁵).

⁴ Ley 11/1986 de 20 de marzo, en lo sucesivo utilizaré la abreviatura LP.

⁵ RJ 2008/2928, se discute en la sentencia sobre la falta o no de novedad de una patente.

“La novedad (arts. 154, 6.1 y 145 LP) y la actividad inventiva (art. 154, 8.1, 145 y 146 LP), ambas, deben juzgarse con referencia al estado de la técnica, que está constituido por todo aquello que antes de la fecha de la presentación de la solicitud de protección como modelo ha sido “divulgado en España” (especialidad normativa de los modelos de utilidad, pues para las patentes se habrá de estar a lo que se “ha hecho accesible al público en España o en el extranjero”) por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio. Sin embargo, suponen valoraciones temporales y conceptuales distintas porque la novedad atiende a la anterioridad en tanto la actividad inventiva lo hace a la apreciación del experto, es decir, en términos legales, si la invención resulta o no del estado de la técnica

Sentencia de 11 de noviembre de 1996 del Tribunal Supremo (RJ 1996/7907) *“Partiendo del supuesto de que las cuestiones referentes a la novedad de las modalidades registrales tienen el carácter de cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a los juzgadores de la instancia (Sentencias de esta Sala de 20 abril de 1989 [RJ 1989/ 3243], 18 noviembre 1991 [RJ 1991/8408], 19 octubre 1993 [RJ 1993/7742], entre otras), los dos expresados motivos han de ser desestimados, ya que la sentencia recurrida, como antes hiciera la de primera instancia, declara probado que el jaulón litigioso, en sus características concretas, en sus reivindicaciones, ni era conocido, ni podía incluirse en el estado de la técnica, por cuanto entrañaba una novedad, que sólo era conocida por su inventor, el cual solicitó el registro de su patente tan pronto como surgió el peligro de ser comercializado por otros fabricantes, como así ocurrió con la entidad demandada, a lo que ha de agregarse que el sistema utilizado para las botellas de cava no era apropiado para las de vino, por lo que fue ideado por la entidad actora el jaulón litigioso con sus características propias, que no eran conocidas antes de la invención del mismo, ni estaban comprendidas en el estado de la técnica, en el sentido en que define dicho estado el artículo 6.2 de la Ley de Patentes de 20 marzo de 1986”*.

En base a esta sentencia, entiendo que en nuestro caso al no tener conocimiento anterior de la creación de una trituradora antigrumos, se trata de una novedad y por ello entiendo que los requisitos necesarios se van a cumplir. Es cierto que para que se aprecie la novedad hay que acudir a los juzgadores de instancia, los cuales se encargarán de decidir la existencia o no de una verdadera novedad. Recalco de nuevo, que entiendo que es una novedad la trituradora creada, pero el problema en nuestro caso vendrá en relación con la validez o no de esa patente al no estar inscrita en el Registro de Patentes y Marcas.

En relación con el caso que nos acontece, se dice claramente que en el año 1986 patentó una trituradora antigrumos para el chocolate; se trata de una actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial.

Es necesario hacer hincapié en una serie de requisitos esenciales⁶ que voy a citar a continuación:

- a) Su aplicación industrial, en el sentido de que el resultado pueda ser utilizado o fabricado en cualquier clase de industria (incluida la agrícola). (artículo 9 LP⁷)
- b) Su novedad, se trata de una cuestión de hecho que está sometida a la apreciación jurisdiccional.⁸
- c) Debe implicar además una actividad inventiva, es decir que no resulte de una manera evidente para un experto en la materia (artículo 8.1 LP).

de una manera "muy evidente" (a diferencia de los modelos para las patentes se habla simplemente de manera "evidente") para un experto en la materia”.

⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil (vol. I)*. Ed. Aranzadi, 35º edición. Navarra 2012, p. 233 y 234.

⁷ De aquí en adelante la abreviatura “LP” se referirá a Ley de Patente.

⁸ Se observa en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 y 20 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6003 y 6086), como es el Tribunal el encargado de determinar si la patente crea o no una innovación. Al depender de la apreciación jurisdiccional, puede ser diferente la resolución.

La ley refiere tanto la novedad (citada en el punto anterior), como la actividad inventiva al “estado de la técnica”. En el artículo 6.2 LP se entiende por estado de la técnica “todo lo que antes de la fecha de la presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, o una utilización o por cualquier otro medio”.

La sentencia de 19 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7742) es la que recoge la doctrina jurisprudencial sobre el requisito de la novedad. Se dice en la sentencia de 22 de junio de 1987 que la novedad es un concepto relativo, basta un avance de creación industrial que no haya sido alcanzado antes y que tenga suficiente trascendencia para reputarse sustancial.

Pero en otra sentencia de 20 de abril de 1989 (RJ 1989, 3243), se dice que no es necesario que la patente suponga una nueva invención, sino que llega con que se trate de una mejora importante.

Es necesario por tanto, que se cumplan los requisitos esenciales citados anteriormente para que se entienda una invención como patente. En base a las sentencias citadas, entiendo que la invención de la trituradora antigrumos se trata de una patente. Aunque pudiera haber sido conocida por algún experto en esa materia, creo que se trata de un avance y una mejora importante.

El derecho a la patente pertenece a D. Benicio Fabricio Santos que es el inventor, pero en el momento en que fallece este derecho se traslada a sus causahabientes, y además es transmisible por todos los medios que el derecho reconoce (artículo 10 LP). En el momento en que se consigue la patente, nace el derecho absoluto a la explotación de la misma, que impide a los terceros que puedan perturbar a su titular esa explotación.

Es necesario que la patente se inscriba en la Oficina de Patentes y Marcas (OEPM), que es lo que facilita al beneficiario el correspondiente título o documento que garantiza que se trata de una patente.

La invención de la trituradora por parte de D. Benicio, no considero que se trate de una invención laboral, ya que él mismo es empresario y trabaja habitualmente las masas, y por tanto entiendo que se trata de una consecuencia propia de dicho trabajo y que no se trata de una actividad propiamente inventiva, ya que D. Benicio es un experto en la materia (art. 8.1 L.P) y es la persona que realiza la invención.

También resulta muy importante, detenerse para tratar el tema de la duración de la patente. En el artículo 49 se dice que “la patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y produce sus efectos desde el día en que se publica la mención de que ha sido concedida”.

En nuestro caso, no se dice en ningún momento que la patente se registró en la Oficina Española de Patentes y Marcas, a diferencia con la marca (de la cual hablaré a continuación) que sí se registró en la OEPM; desde este punto de vista se puede entender que la patente no está registrada en la OEPM al no decirse nada. Si no se registra en la OEPM no existe exclusividad por parte del creador sobre la invención y ésta podrá copiarse por otros usuarios.

Además, analizando el artículo 49 de la LP entiendo que únicamente se comenzará a contar el plazo desde que se presente la solicitud y en este caso supongo que no se habrá presentado una solicitud y por ello no llegó a inscribirse en la Oficina de Patentes y Marcas. Por otro lado, si no se inscribe no se puede hablar de una verdadera patente, sino que se trata de un invento propio de D. Benicio que ha ido utilizando en los años de un modo pacífico; pero insisto que al no estar inscrita no se impide que pueda realizarse una invención similar por otra persona.

Por otro lado, atendiendo a la marca, en el artículo 4.1 de la Ley de Marcas⁹ se entiende por marca¹⁰ “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa con respecto de los de otras”. En el caso se cita que D. Benicio es titular de la marca “*Las Porras de Fabricio*”. En este caso considero que se trata de una marca de producto ya que la marca antes citada sirve para la identificación de un concreto producto fabricado por el empresario.

En las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1994 y 19 de mayo de 1993 (RJ 1994/ 8098, 1993/ 3804) la jurisprudencia pone de manifiesto que se debe situar en primer lugar la protección del consumidor normal, para evitar que tenga confusión a la hora de elegir el producto; y en segundo lugar la salvaguardia del derecho del titular inscrito impidiendo que se produzca una competencia desleal¹¹.

La marca se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la Ley de Marcas (artículo 2.1 LM). El derecho surge de la inscripción en el Registro de Marcas, cuya llevanza corresponde a la OEPM (Oficina de Patentes y de Marcas); en este caso la inscripción registral tiene efectos constitutivos y no meramente declarativos¹². Queda claro en el supuesto de hecho, que D. Benicio registró su marca en la Oficina, por tanto se trata de una marca válida.

En cuanto a la duración de la marca, según el artículo 31 LM será de diez años contados desde la fecha del depósito de la solicitud y podrá renovarse indefinidamente por períodos ulteriores de diez años. Se entiende en este caso, que D. Benicio ha ido renovando progresivamente la marca desde el año en que la crea hasta el momento actual.

Se ha conservado el derecho de exclusiva en este caso, ya que para ello es necesario cumplir dos obligaciones: a) Renovar la marca cada diez años (art. 31LM), b) usar la marca en el mercado (art. 39 LM). Se entiende que se cumplen ambas obligaciones en este caso porque D. Benicio todavía tiene los establecimientos en los que se encuentra la marca “*Las Porras de Fabricio*” y se encuentran en funcionamiento a día de hoy.

⁹ Ley 17/2001 de 7 de diciembre. De aquí en adelante utilizaré la abreviatura LM.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil (vol. I)*, cit. pp. 260- 262. Vid. MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. *Lecciones de derecho mercantil (tomo I)*. Ed. Cizur Menor. Navarra 2012, pp. 229, 230, 231.

¹¹ La competencia desleal son las prácticas en teoría contrarias a los usos honestos en materia de industria y de comercio. La ley 3/1991 de competencia desleal (LCD) es la norma principal que se ocupa de la disciplina de la competencia desleal. Además de proteger a los empresarios perjudicados por actos de competencia desleal, se extiende también para proteger a otras personas afectadas en sus intereses por esos actos.

¹² Que la inscripción registral tenga efectos constitutivos significa que es necesario que se lleve a cabo para que sea válida la marca, ya que si no fuese necesaria la inscripción en la OEPM se trataría de una inscripción declarativa.

La transmisión de la empresa de D. Benicio en su totalidad, implicará con ella la de su marca, salvo que exista pacto en contrario (artículo 47.1 LM).

Sin embargo, aunque pueda considerarse que la marca se integra en la empresa en sentido objetivo o patrimonial, la titularidad de la misma corresponde a la persona natural o jurídica que ha obtenido su registro (artículos 2 y 3), reputándose usada por su titular cuando sea utilizada por un tercero con su consentimiento (artículo 39.3).

En la sentencia 7 febrero de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (AS 2007\2495), se trata el tema sobre la transmisión de una empresa y por tanto la posibilidad o no de la transmisión de la marca.

Se basa el tribunal en los artículos 39.3 y 47.1 de la LP para llegar a la conclusión de que *“La empresa Maysana Comunicación Integral 2003, SL, sigue editando las marcas de las publicaciones que la anterior propietaria ha vendido a una persona física y ello le permite continuar ocupando la misma posición en el mercado que lo hacía la vendedora, realizando la misma actividad, produciéndose una sucesión de empresa, lo que lleva a estimar el recurso”*.

Por ello, entiendo que con la transmisión de la empresa por parte de D. Benicio a su hija Aureliana (en testamento del año 2005 mediante un legado), se produce también la transmisión de la marca para que pueda continuar con la actividad llevada a cabo hasta el momento del fallecimiento del causante.

3. Problema sobre la transmisión de la empresa, en relación con los trabajadores:

Continuando con la actividad empresarial, considero necesario destacar que en los establecimientos emplea a quince personas en total. En el caso de la sucesión en la empresa, en base al artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), se exige la intangibilidad de la posición jurídica del trabajador en los supuestos de transmisión de empresa, alude tanto a la conservación del puesto de trabajo propiamente dicho como del estatuto jurídico laboral inherente al mismo. Según la jurisprudencia, se establece una doble garantía: por un lado la no extinción de los contratos y la conservación del régimen jurídico- laboral anterior por otro. La garantía de continuidad que menciona el precepto anterior (artículo 44 E.T), no sólo no provoca la extinción de aquella, sino que la misma continúa con todas las peculiaridades que la caracterizasen¹³.

¹³ La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 (RJ 2009, 2997), tras razonar que la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), *“impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes”*.

4. Donación y colación:

En el año 1999 Maita la hija del matrimonio, se independiza y sus padres (Benicio y Matilde) deciden hacerle una donación. Se trata de una finca situada en la sierra madrileña con una casa habitable pero ya antigua. La donación se lleva a cabo en escritura pública. En el momento de la donación estaba valorada la finca en 70.000 €, pero con posterioridad realizó reformas con valor de 30.000 € y en estos momentos la finca tiene valor de 150.000 €. En la escritura pública de la donación se hacía constar como no colacionable; es decir no se iba a unir al resto de masa hereditaria en el momento del fallecimiento de uno de los padres.

La donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos (art. 1046 CC). Se entiende que la donación es un acto de liberalidad, como se dice textualmente en el artículo 618 CC. Se entiende por *acto de liberalidad* aquel por el que sin estar obligado a ello, una persona proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito; es decir sin recibir nada a cambio.

La donación se encuentra regulada en los artículos 618 a 656 del Código Civil. La donación que sea *inter vivo* se regirá por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título (artículo 621 CC). Esta donación que es de bienes inmuebles, para que sea válida deberá hacerse en escritura pública (artículo 633 CC).

Existen diversas opiniones en relación con la naturaleza jurídica de la donación; autores se colocan en la posición de entender la donación como un título traslativo, necesitando de la tradición para que el dominio quede trasladado de un modo efecto al donatario¹⁴. Y otra parte de autores entienden la donación como un verdadero contrato, y se basan en el artículo 623 CC, y la donación se perfeccionará desde el momento en que el donatario acepte.

Pero la solución que más concuerda con el Código Civil es la de considerar la donación como un acto o negocio jurídico de disposición para en vida del donante. Desde mi punto de vista es un simple negocio jurídico que surge entre las partes pero no es un contrato, además en el Código Civil ya se encarga de separar la donación del resto de contratos.

Desde el Derecho romano, en la mayoría de los ordenamientos cuando concurren varios herederos forzosos¹⁵ a la sucesión, todo lo que hayan recibido gratuitamente aún cuando el causante vivía, deberán sumarlo a la masa hereditaria; se entiende que es un anticipo

¹⁴ Entre los autores se encuentra Castán, Blás Pérez y otros muchos. “*Se aplica el artículo 609 CC ya que dispone que la propiedad y el resto de derechos reales se transmiten por el contrato mediante la tradición, y es una vez aceptada cuando se da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega*”.

Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*. 2º edición revisada y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, A.M. Tomo I, vol. II. Ed. Reus. Madrid 2005, p. 23.

Vid. ALBADALEJO GARCÍA, M. DÍAZ ALABART, S. *La donación*. Ed. Fundación registral. Madrid 2006, p. 34.

¹⁵ Es muy común hablar de “herederos forzosos” cuando se trata de un legitimario, pero lo cierto es que no es del todo acertado, ya que un legitimario puede ser heredero o bien legatario de un bien o incluso puede haber adquirido la legítima a través de una donación; y al utilizar el término de “heredero forzoso” nos puede llevar a confusión.

de la herencia y por lo tanto deberán contarle en su parte, así se encuentra regulado en el artículo 1035 del Código Civil.

La colación, es una operación por medio de la cual se lleva a la masa hereditaria todas aquellas atribuciones patrimoniales que el causante realizase a favor de alguno de los herederos. Está claro que esos bienes se añadirán de forma hipotética, porque la donación ya está realizada y por tanto el bien ya pertenece al donatario (el heredero que adquirió una atribución patrimonial). Por lo que, en virtud de la colación el donatario tiene que contar en su parte, los bienes que en vida le donó el causante, con lo cual la liberalidad puede suceder que no le proporcione ventaja sustancial sobre sus colegitimarios no donatarios; ya que lo que recibió en vida ahora lo recibirá de menos.

En el artículo 1036 CC se habla del caso en el que el donante haya dispuesto expresamente que lo donado no forme parte de la masa hereditaria o si el donatario renuncia a la herencia; en ese caso no tendrá lugar la colación.

Pero lo que se debe llevar a colación no es la misma cosa donada, sino el valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (art. 1045 CC), además se deja constancia en ese mismo artículo que el aumento o deterioro posterior a la donación e incluso su pérdida total, correrán a cargo y riesgo o beneficio del donatario.

Debo tener en cuenta la sentencia de 1 de febrero de la Audiencia Provincial de Cáceres (JUR 2012\89594), que trata la computación de los bienes según el valor que tuvieran al tiempo en que hayan de evaluarse. Se cita el artículo 1045 CC diciendo que la frase “al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios” significa que, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier motivo la partición no se ha podido llevar a cabo, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla. El valor de los bienes que hubieren sido objeto de donación se proyecta a tiempo posterior al de la propia donación, ya que tiene lugar en el momento de evaluar los dejados en herencia.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia, el valor será el correspondiente al momento actual ya que es el momento en el que se efectúa la partición. Por tanto, el valor tenido en cuenta para la donación será 150.000 €. Esto es de suma importancia, para el momento en que se tenga que realizar el inventario de todos los bienes del causante y se sumen los valores para saber si con los bienes que ha dispuesto a cada uno de los hijos, satisface de forma completa las legítimas que éstos tienen.

Atendiendo al caso, en la escritura pública donde se hacía constar la donación se consideraba ésta como no colacionable; es decir no tendría que sumarse al resto de bienes de la masa hereditaria. La donación llevaba a cabo en escritura pública es eficaz y totalmente válida, pero el problema que surge es que posteriormente en el testamento que se otorga por el testador D. Benicio se dice que la donación va a ser colacionable a la herencia. Se contradice entre la escritura pública y el testamento.

El problema va a ser determinar si prevalece la voluntad del causante dispuesta en testamento, o si por el contrario va a prevalecer lo dejado en escritura pública.

Considero en este caso, que va a prevalecer la voluntad del causante dispuesta en testamento, en base a lo siguiente:

Las normas reguladoras de la colación¹⁶ tienen un carácter dispositivo, por tanto son disponibles por cualquier interesado y eso hace que se faculte a quien desee a beneficiar inter vivos a cualquier heredero; como en nuestro supuesto por ejemplo a través de donación. (Art. 1036 CC). La dispensa de colación es un acto que se puede llevar a cabo en el mismo momento de la donación, posteriormente en un acto “inter vivos” o en testamento. Pero es necesario destacar que esta dispensa es revocable. La revocación de la dispensa de colación ordenada en testamento, equivale a un legado de cosa propia del heredero. Al tener un carácter revocable, en cualquier momento el causante puede invalidar los efectos y resulta así el deber de colacionar.

Centrándonos en nuestro caso¹⁷, es esto mismo lo que sucede, ya que en el testamento abierto de 2005 el causante manifiesta su voluntad de que se considere colacionable la donación, y queda claro que sí se puede. Es válida la revocación de la dispensa de colacionar que realiza ya que la lleva a cabo en un testamento y por tanto considero que la donación realizada por el matrimonio a su hija Maita deberá ser colacionable a la herencia, y por tanto habrá que tenerla en cuenta a la hora de calcular si se satisfacen o no las legítimas obligatorias de cada uno de los descendientes.

¹⁶ Sobre la colación se debate por D. Xavier O’callaghan Muñoz, basado en la diversa jurisprudencia, como por ejemplo la sentencia de 24 de enero de 2008 del Tribunal Supremo donde se afirma que existe la posibilidad de revocar. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *El notario del siglo XXI*. Colegio notarial de Madrid, nº44, noviembre- diciembre 2012. Artículo nº18.

El autor Juan Roca reflexiona sobre la posibilidad o no de la revocación en el manual de: SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. *Comentario del Código Civil*. Ed. Bosch S.A. Barcelona 2000.

Dice que “*en principio no hay prohibición de revocar la dispensa, pero también que hoy se afirma que, dispensada la donación, no puede el donante después, en testamento, ordenar que se colacione, lo que puede explicarse porque el heredero aceptó la donación en cuanto se le dispensaba de colacionar. Pero posteriormente explica que desde el punto de vista práctico, se piensa que no es lógico considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir la cuota de la institución del donatario, obteniendo el mismo resultado. Y además, la revocabilidad puede también fundarse en que, la irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio*”.

¹⁷ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de diciembre de 2009 (AC 2010/691), se debate sobre si la dispensa de colacionar resulta o no revocable. “*Debe tenerse presente que siendo una estipulación mortis causa, no despliega sus efectos hasta fallecido el otorgante y por ello habrá de gozar de la naturaleza esencialmente negociable propia de tales disposiciones. Se ha defendido igual que si el padre de familia puede mientras vive modificar a su criterio la distribución de sus bienes entre sus hijos, también puede obligar al hijo coheredero a colacionar una donación de la cual antes le había dispensado, ya que con esa revocación no lesiona los derechos del donatario, sino que únicamente modifica la función de la donación en sus relaciones con la futura distribución de sus propios bienes cuando fallezca*”.

Reflexionando en base a la sentencia, si la dispensa es revocable entiendo que tanto se puede decir por el causante que se va a colacionar como por el contrario que no. Entiendo que la revocación deberá expresarse de una forma clara y precisa y también en un instrumento que tenga cierta validez, para que así surta efectos.

Hacer referencia también a una sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz del 16 de enero (AC 2001/622), en la que se dice: *“Procede recordar al respecto que nuestro Código Civil se inclina por un sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, y en el art. 739.1, al establecer que el testamento anterior –y de igual forma cabe entender las donaciones hechas a los herederos forzosos en vida con dispensa de colación– queda revocado de derecho por un testamento posterior perfecto, si el testador no expresa en ésta su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. En el presente caso, se insiste, el testador menciona las donaciones para afirmar que las mismas cubren las legítimas de las demandantes e instituye, a continuación, heredera universal a la demandada”*.

Por esto, entiendo que en nuestro caso es posible la revocación de la dispensa de colacionar, ya que se lleva a cabo en un testamento que está perfectamente válido, y en ningún momento el testador expresa su voluntad de que subsista lo redactado en la escritura pública. Incido de nuevo en concluir que la donación será colacionable y por tanto habrá que llevarla a la masa hereditaria, ya que se tendrá en cuenta lo estipulado en el testamento del año 2005.

5. Testamento del año 2005:

Siguiendo con el caso planteado, tendremos en cuenta que existen dos testamentos que vamos analizar por separado, sus disposiciones y consecuencias.

En primer lugar, nos encontramos con que en el año 2005 Benicio acude al Notario y otorga un testamento¹⁸. En el cual lega a su hija Aureliana la empresa, a su hija Maita entiende satisfecha su legítima con la donación colacionable de la finca de la sierra de Madrid; y en cuanto a su hijo Feliciano le deja a título de heredero un piso propiedad del matrimonio en Ginebra, treinta participaciones de Monaguillos S.L y un derecho de crédito correspondiente a 30.000 €. En ningún momento nombra a su esposa.

Este primer testamento que otorga Benicio se trata de un testamento abierto, que se define en el artículo 679 CC como “aquél en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone”. La persona encargada de autorizarlo es el Notario (art. 694 CC). Se cumplen en este caso todos los requisitos necesarios para que se considere válido el testamento.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1990¹⁹, es necesario que se cumplan una serie de requisitos para que el testamento abierto se considere válido, estos requisitos se citan en el artículo 695 del CC; en el supuesto presentado se supone que se cumplen los requisitos y por tanto el testamento es válido y se tiene en cuenta a la hora de la repartición de la herencia, en el momento del fallecimiento del causante.

Aureliana va a ser legataria (a título particular de un bien concreto) y Feliciano va a ser heredero (a título universal).

¹⁸ Acto jurídico por el cual una persona dispone para después de la muerte del dueño de todos sus bienes o parte de ellos.

¹⁹ RJ 1990\4892.

Podría resultar extraño que en el testamento no se hace ninguna mención sobre la esposa; pero aun así el cónyuge viudo tiene derecho de usufructo vitalicio (artículo 834 CC) ya que es un legitimario a la vista del Derecho civil común. Nos encontramos ante un caso de preterición²⁰. Es requisito necesario que el cónyuge no esté separado del causante, judicialmente o de hecho; y en este caso se cumple ya que no se dice en ningún momento que estén separados.

En nuestro caso, Matilde que es la viuda concurre con legitimarios, según el artículo 834 CC, la legítima del cónyuge viudo es el usufructo del tercio destinado a mejora. No quiere decir que necesariamente deba recaer el usufructo sobre este tercio, sino que sí recaerá si el testador nada dice en contrario; en este caso el testador no hace mención ninguna sobre la legítima de la viuda, por tanto corresponderá el usufructo del tercio de la mejora.

6. Problemas con los bienes y derechos mencionados en el primer testamento del año 2005:

En relación con los diferentes bienes y derechos que se mencionan en el testamento, los iré analizando por separado.

En primer lugar, entraré a explicar el piso del matrimonio situado en Ginebra. Al existir un piso situado en un país diferente, hace que se entre a debatir sobre la naturaleza de la sucesión, ya que puede ser internacional o nacional (española).

Según el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)²¹, en materia de sucesiones, conocerán los Tribunales españoles siempre y cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España.

Para resolver bien el asunto relativo a la naturaleza de la sucesión, habrá que profundizar en la forma y fondo. En primer lugar, la forma en la que se lleva a cabo la sucesión es a través de un testamento, y por tanto se trata de una sucesión testamentaria; así en el artículo 1º del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 se dispone que un testamento será válido por cuestiones de forma si así lo admite una de las siguientes leyes aplicables:

1. Ley del lugar en que el testador hizo la disposición testamentaria.
2. Ley de la nacionalidad del testador en el momento del otorgamiento.
3. Ley de la nacionalidad del testador en el momento del fallecimiento.
4. Ley del domicilio del testador en el momento del otorgamiento.
5. Ley del domicilio del testador en el momento del fallecimiento.

²⁰ Supuesto en el que el causante no hace ninguna mención de un legitimario en el testamento y éste no ha recibido nada ni a través de un negocio traslativo gratuito con eficacia inter vivos, ni tampoco mortis causa. Existen dos tipos de preterición, la intencional y la errónea.

Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. *Manual de Derecho Civil (Derecho de sucesiones)*. Ed. Bercal S.A. Madrid 2012, p. 210- 212.

En nuestro caso es difícil determinar el tipo de preterición porque no se tienen muchos datos al respecto; se podría entender que es errónea porque el causante puede no conocer la necesidad de tener que nombrar a los legitimarios en el testamento y por ello no lo hace, puede sostenerse la preterición en la ignorancia del causante.

²¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

6. Ley de la residencia habitual del testador en el momento del otorgamiento.
7. Ley de la residencia habitual del testador en el momento del fallecimiento.
8. Y en el caso de disposiciones testamentarias referidas a bienes inmuebles, la ley del lugar de su situación.

Entiendo que en relación con nuestro supuesto práctico, sería de aplicación la Ley de la nacionalidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento o fallecimiento (art. 1b).

Por tanto, entrando en el fondo del asunto, en el artículo 9.8 CC, se expresa que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentran.

En el caso que nos acontece, se cumple el artículo 9.8 CC ya que su residencia estaba situada en Madrid. Por tanto, el piso situado en Ginebra no tendrá mayor importancia en relación con la sucesión, ya que no se produce un conflicto de competencia para conocer del asunto aunque se trata de una sucesión internacional al ser un piso situado en Suiza; el Tribunal español está capacitado para conocer de ello.

En cuanto a las 30 participaciones de Monaguillos S.L, destacar que las participaciones sociales son partes alícuotas y acumulables del capital social (artículo 90 Ley de Sociedades de Capital²²). Esta característica las acercan a las acciones, pero en el artículo 92 se hacen diferencias, señalando que “*no tendrán el carácter de valores ni podrán incorporarse a títulos negociables o estar representadas por anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones*”²³. Las participaciones sobretodo en el caso de que tengan un mismo valor (como nuestro caso que todas las participaciones tienen un valor razonable de 1000 €), se asemejan con las acciones, pero no se deben confundir.

En el artículo 94 L.C.S se declara que “las participaciones sociales atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la ley”.

Por otro lado, en el artículo 110 L.C.S se establece el régimen de la transmisión *mortis causa*. En este caso, se va a conferir al heredero o legatario que adquiera una participación social la misma condición de socio que el causante. En cuanto al régimen de la transmisión establecido en los estatutos será el vigente en la fecha del fallecimiento del socio (art. 111 L.C.S)²⁴.

En base a los artículos de la Ley de Sociedades de Capital, es posible la transmisión realizada “*mortis causa*” a Feliciano por su padre D. Benicio. Feliciano se colocará en la misma posición en la que se situaba el causante y por tanto se convertirá en socio de la sociedad Monaguillos S.L.

²² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (También regulado en el artículo 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). En adelante utilizaré la abreviatura LSC.

²³ RJ 1999, 6473 (Resolución D. G. R. N de 21 de septiembre de 1999). En esta sentencia se debate sobre la posibilidad o no de que las participaciones se anoten en cuenta o de cualquier otra forma. Es cierto que ya el artículo 92 LSC destaca la imposibilidad de que se representen las participaciones por anotaciones en cuenta, pero en dicha sentencia destaca el carácter cerrado que presenta la sociedad de responsabilidad limitada y el designio de alejarla como sea del mercado de valores.

²⁴ Artículos 32 y 33 de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En relación con la partida de póquer en la cual nace un derecho de crédito a favor de D. Benicio, se entra a debatir también sobre la Ley aplicable, ya que una de las partes (John Quesada) tiene nacionalidad norteamericana.

En el Reglamento Roma I, se permite en su artículo 3 a las partes contratantes elegir sobre el Derecho aplicable a su contrato internacional. Pero también es necesario destacar el artículo 4, mediante el cual se otorgan unos criterios para poder hallar el Derecho aplicable; se trata de tres elementos que son:

- La prestación característica.
- Los vínculos más estrechos.
- La cláusula de excepción.

Hay que entrar a analizar en nuestro caso, la partida de póquer. En contratos donde es muy difícil identificar cuál es la prestación característica (como el caso del préstamo o permuta), es necesario acudir a los vínculos más estrechos, aunque no es el caso que nos acontece lo introduzco como un mero ejemplo.

Acudiremos de nuevo al artículo 4.2 y en base a esto, nos regiremos por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que lleva a cabo la prestación característica. El juego se lleva a cabo en un establecimiento situado en Madrid (España) y además una de las partes es española, por tanto entiendo que el derecho aplicable será el Derecho civil español y conocerán los tribunales españoles de cualquier controversia que pueda surgir en relación con este tema.

Una vez sabemos el derecho aplicable al caso concreto, entraré a analizar sobre la licitud del juego.

La partida de póquer que D. Benicio realiza con John Quesada (ciudadano norteamericano) es en una de las cafeterías de aquél. Cabe destacar por tanto, que el juego es legal en España desde el año 1977 en que se publicó el Real Decreto- Ley 16/1077, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, azar y apuestas.

Hoy en día se encuentra regulado en la reciente Ley 13/2011 de 27 de mayo, de regulación del juego. El que el establecimiento del que se habla esté abierto al público no significa que el titular del mismo (en nuestro caso Benicio), disponga de la licencia necesaria; si nos fijamos en las sanciones administrativas que provoca no tener la licencia, pensaríamos en que seguro tiene las licencias. Pero en nuestro caso, se trata de bares donde en ningún momento se dice que se dediquen al juego ya que su actividad es la venta de porras y chocolate. Está claro que cabría la posibilidad de que sí tuviesen las licencias necesarias y por tanto el juego sería legal, pero desde mi punto de vista considero que en este caso los establecimientos abiertos que tiene en propiedad D. Benicio no tienen licencia, ya que el juego de póquer dista mucho de la actividad que realiza.

En el artículo 1798 del Código Civil se dice: “La Ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en la sentencia 1988/1456 de 23 de febrero dice: “*De tal interpretación normativa ha de inferirse que los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no puedan seguir considerándose prohibidos y, en consecuencia, obligan a pagar al que pierde y, por ello, el que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado, configurándose las ganancias o pérdidas que resultan de aquellos como el efecto consustancial del riesgo que define y caracteriza el juego*”.

Si se trata de ganancias “legales”, obtenidas en un casino o establecimiento autorizado que paga las licencias, entiendo que D. Benicio tiene un derecho de crédito frente a John Quesada y lo podrá reclamar, e incluso posteriormente al provenir de un juego lícito también sería posible la venta de ese derecho de crédito mediante un contrato.

Considero en nuestro caso, que se trata de una partida de póquer ilegal, ya que basándome en la Ley 6/2001, de 3 de julio del juego de Madrid, se dice que se entenderá como actividades prohibidas las que no se encuentren reguladas en el artículo 3.3, pero además en el artículo 8.1 se incluye el “póker” como un juego que se llevará a cabo en los casinos de juego. Para poder llevarse a cabo este tipo de juegos, es necesario cumplir una serie de requisitos y además tener las licencias necesarias, y en el caso del bar de D. Benicio entiendo que no cumple los requisitos, porque no es un local dedicado al juego. Considero en base a esta ley que se trata de un juego ilegal, ya que no se realiza en un establecimiento adecuado y que cumpla las licencias necesarias y por tanto el derecho de crédito sería ilícito, ya que no es posible que sean objeto de negocio jurídico las cosas ilícitas, y el juego lo es.

Además en el artículo 1801 se establece que toda persona que pierda en un juego o apuesta que no sea prohibido, quedará obligado civilmente. De esto interpreto que si se trata de un juego prohibido; como considero que es nuestro caso, entonces no quedará obligado civilmente y por tanto el derecho de crédito del cual se habla se entenderá como no existente.

En relación con el derecho de crédito²⁵ que John Quesada reconoció al haber perdido jugando al póquer con Benicio, definir en primer lugar que el derecho de crédito supone una relación entre dos personas, uno es el acreedor y otro el deudor. El acreedor, que en nuestro caso es D. Benicio tiene la facultad de poder exigir algo del deudor (John Quesada).

Basándome en lo dicho anteriormente con relación al juego de póquer, considero que el derecho de crédito existente es ilícito y por tanto nulo, ya que se basa en una actividad ilícita; por tanto no tendría cabida dentro de la masa hereditaria a la hora de repartir los bienes entre los herederos. Por tanto de aquí en adelante, a la hora de llevar a cabo los cálculos para saber si se satisfacen o no las legítimas, no entenderé el derecho de crédito incluido en la masa hereditaria.

²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.J. *Curso de Derecho Civil II (Derechos de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012, p. 36 y 37.

En cuanto a la empresa, considero que es una empresa familiar. En este caso, el causante elige a un sucesor a título de legatario (su hija Aureliana). El refuerzo en la elección de uno o varios descendientes para adjudicar los bienes más significativos, como es en este caso la empresa familiar, viene dado por la posibilidad del artículo 841 CC de que el testador (o el contador- partidario autorizado por éste), ordene que se pague en metálico la porción hereditaria al resto de los legitimarios, entre los que no caben ni el cónyuge viudo ni los ascendientes.

Pero en relación con nuestro caso, ya fue el propio causante el que dejó repartido los bienes y por tanto aunque se trate de una empresa familiar, no es necesario que Aureliana que es la persona que la hereda, tenga que pagar la porción correspondiente a las legítimas estrictas del resto de legitimarios; debido a que el fallecido se encargó de satisfacer todas las legítimas con los respectivos bienes que tenía.

Posteriormente al hacer el análisis detallado de la herencia se acreditará el cumplimiento de dichas legítimas.

7. Testamento del año 2011:

En segundo lugar, en el año 2011 Benicio enferma gravemente y dicta un testamento en el que deja todos sus bienes a Maite y Feliciano, es decir serán herederos a título universal; y le deja a su mujer Matilde el usufructo. Este testamento se redacta por su hija Maita, y Benicio lo firma.

Este testamento no puede ser abierto ya que falta el requisito del artículo 694 CC de que sea otorgado ante Notario. Pero existen unas clases especiales de testamento abierto, y a simple vista parece que este testamento se engloba en el de “inminente peligro de muerte”.

Bajo la misma rúbrica que el testamento notarial abierto y sus variantes, el Código Civil regula dos modos excepcionales de testar que se caracterizan porque no asiste un Notario y atienden a la presencia de circunstancias extraordinarias.

Una de las modalidades especiales es el caso del testamento en inminente peligro de muerte, esta modalidad obedece a una razón de urgencia de orden subjetivo, que afecta al testador. A este caso se refiere el artículo 700 CC, a su tenor, *si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario*. Es necesario que en este testamento concurren las siguientes formalidades generales²⁶:

- a) Capacidad del testador, en el sentido de exigirle el vigor mental necesario para conocer y consentir los efectos del acto que realiza, apreciación de capacidad que corresponde hacerla a los testigos según el último párrafo del artículo 685 CC que menciona *en los casos regulados en los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad*.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, F.; RAMS ALBESA, F. *Elementos de Derecho Civil V Sucesiones*. Ed. Dykinson. Madrid 2009, p. 183 y 184.

- b) Voluntad de testar en la forma que lo vienen admitiendo la unanimidad de la doctrina científica, exigiendo que se trate de un propósito serio, deliberado y libre de testar. En la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1953 se exige que en la declaración de los testigos debe quedar claro y terminante que el testador tuvo el propósito serio de otorgar su última voluntad.
- c) Los testigos han de ser idóneos, es decir no han de estar incurso en alguna de las incapacidades de los arts. 681 y 682 CC.
- d) El testamento habrá de otorgarse ante la presencia de los cinco testigos que señala el Código, los cuales deben recibir la declaración de voluntad del testador, apreciar la capacidad del mismo en aquel momento y conocerle.
- e) La unidad de acto es así mismo exigible en esta forma testamentaria, debiendo celebrarse el acto sin interrupción, desde la manifestación de la voluntad del testador a presencia de todos los testigos que han de autorizar el testamento, hasta la comprobación del propósito deliberado de testar, y la escritura y firma del documento, si esta escritura fuera posible.

Teniendo en cuenta todas estas formalidades, en el artículo 682 CC²⁷ se dice que no podrán ser testigos los herederos y legatarios que estén instituidos en el testamento abierto, sus cónyuges, ni parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Pero en cambio menciona que no estarán comprendidos en esta prohibición los legatarios y cónyuges de bienes muebles o de una cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Por esto, no se cumple el requisito exigido de cinco testigos para que sea válido el testamento, y la jurisprudencia así lo menciona en el auto de 28 de marzo de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2011\478), donde considera la inidoneidad de los testigos ya que se trataba de personas favorecidas por el testamento y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad. Y considera por ello nulo el testamento abierto en peligro de muerte porque no se cumplen los requisitos.

Centrándonos en el caso, únicamente se mencionan a dos testigos que son los vecinos, ya que Maite y Feliciano son herederos a título universal y se excluyen de la posibilidad de ser testigos por el Código Civil (art. 682), y además tampoco podrá ser testigo el cónyuge viudo ya que se encuentran en una relación de afinidad y también se excluye por el mismo artículo.

En relación a nuestro caso práctico, considero nulo el testamento de agosto del 2011 ya que en el artículo 687 CC se dice que “será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo”; y por tanto todo lo que siga va a basarse en el testamento del año 2005.

Teniendo en cuenta el testamento realizado en el año 2005, hay que destacar que Aureliana es legataria, con Maita se entiende satisfecha su legítima con la donación colacionable (por tanto es donataria), y por último Feliciano va a ser heredero.

²⁷ En la sentencia número 283/2007 de 5 de julio de la Audiencia Provincial de Asturias, se ejerce la acción de nulidad porque faltan los requisitos del artículo 682 CC, ya que los demandados actuaron como testigos del testamento y además son instituidos como herederos de todos sus bienes. Este suceso ocurre también en el supuesto práctico, ya que Maita y Feliciano son los herederos a título universal de todos los bienes del causante y asisten a la redacción del testamento por el causante como testigos. Queda claro que ambos hijos no pueden ser testigos.

8. Testamento válido y sucesión testada e intestada:

En base a lo explicado anteriormente, entiendo que el testamento válido es el del año 2005 y por tanto será el que tenga en cuenta a la hora de hacer las relaciones de los bienes y derechos.

En este caso, se abre una sucesión testada en relación con todos los bienes y derechos que se mencionan en el testamento del año 2005. La sucesión testada es la que se lleva a cabo mediante la declaración de voluntad del causante en un testamento unilateral.

Pero hay que destacar que los bienes y derechos que existen tras la muerte del causante no están incluidos todos en el testamento y por tanto en relación con los no incluidos se abrirá la sucesión intestada²⁸.

En el testamento no se menciona la cuenta corriente bancaria que tenía el causante (entiendo que con la viuda Matilde), y en este caso se abre la sucesión intestada. En el artículo 912.2 del Código Civil se menciona que se abrirá la sucesión intestada para el caso de que no se tuviese institución de heredero en todo o parte de los bienes; como sucede en nuestro caso con la cuenta corriente.

El orden para suceder viene previsto en la ley, y en primer lugar se encuentran los parientes en línea recta descendiente; por tanto ese dinero contenido en la cuenta corriente irá a parar a los hijos del causante.

9. Análisis de los bienes y derechos, para resolver si se satisfacen las legítimas:

A continuación, haré un breve análisis de todos los bienes y derechos que conforman el caudal hereditario, para así saber si se satisfacen las legítimas estrictas de los hijos o por el contrario no.

Entiendo que el matrimonio está casado en régimen de gananciales y por tanto todos los bienes y derechos se consideran gananciales, salvo que se diga lo contrario. Todos los bienes descritos en el caso, son gananciales porque nada se dice al contrario y no son producto de bienes privativos anteriores al caso, ya que si no habría que mencionarlo.

Teniendo en cuenta todos los artículos del Código Civil que mencionan los bienes privativos y gananciales (1346 y 1347), entiendo que todos los bienes son gananciales. Quizás podría haber una duda con la empresa, ya que podría entenderse que únicamente pertenece al causante (D.Benicio), o que pertenece a ambos cónyuges por ser un negocio familiar. En el caso de que se entendiese como un bien privativo del causante

²⁸ En este caso son compatibles la sucesión testada y la intestada en relación con una misma herencia. Existe instituido heredero en relación con unos bienes y derechos, pero existen otros que no tienen instituido heredero, es por ello que se abre la sucesión intestada. A diferencia de la sucesión testada, en la sucesión intestada todos los llamados a la herencia lo son como herederos a título universal, es decir no hay herederos, legatarios, etc. Es una gran diferencia entre ambas sucesiones.

(art. 1346.8 CC²⁹), entonces el valor de la empresa se incluiría totalmente al caudal hereditario.

Pero desde mi punto de vista, entiendo que la empresa que se dedica a la venta de porras y de chocolate es una empresa familiar, y que son ambos cónyuges los que se encargan de que el negocio se sostenga. En el art. 1347.5 CC se habla de los establecimientos o empresas que se formaron durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y se dice que se entenderán gananciales; por tanto basándome en dicho artículo voy a considerar que la empresa es ganancial y a la masa hereditaria únicamente irá la mitad del valor que tiene la empresa, ya que la otra mitad entiendo que le pertenece al cónyuge viudo.

Los bienes y derechos que voy a incluir en el caudal hereditario son:

- La empresa familiar, que descontando la cantidad perteneciente a la mujer al tratarse de un bien ganancial, será el valor de 420.000 €.
- El dinero en cuenta corriente, serán 7.500 €.
- El piso en Ginebra, valor de 100.000 €.
- 15 participaciones de Monaguillos S.L con valor de 1.000 € cada uno, y por tanto al cauda hereditario se añadirá un valor de 7.500 € (ya que las participaciones entiendo que son gananciales y por tanto al causante le pertenecía la mitad).
- Finca de la sierra madrileña con un valor de 75.000 €.

En los bienes incluidos ya hago la división entre ambos cónyuges y por tanto de todos los bienes incluyo la mitad, porque la otra mitad pertenece al cónyuge viudo.

En los bienes incluidos no hago ninguna mención al derecho de crédito, ya que como expuse anteriormente entiendo que no existe por venir de un juego ilegal y prohibido por la legislación española, todo ello desde mi punto de vista.

También, hacer una reflexión en relación con las participaciones. En el testamento de 2005, el causante le deja a título de heredero a Feliciano 30 participaciones de Monaguillos S.L. En todo momento entiendo que el régimen que se sigue es ganancial y por tanto aunque en testamento hable de 30 participaciones, entenderé que las correspondientes al causante eran únicamente 15 participaciones. Pero el problema surge más tarde cuando se hace la relación de bienes y derechos, ya que se habla de 15 participaciones.

Pueden suceder dos cosas:

- Por un lado puede suceder, que se hayan vendido en los años que han transcurrido 15 participaciones de las que era titular el causante, y por tanto a la hora de producirse la muerte únicamente quedan 15 participaciones; de las cuales entiendo que la mitad pertenecen al cónyuge porque considero que es un matrimonio en régimen de sociedad de gananciales.

²⁹ Son privativos de cada uno de los cónyuges, 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 por otro lado, podría suceder que el causante en el testamento del año 2005 hubiese dispuesto de algo que todavía no era suyo, es decir el causante podía creer que en un futuro llegaría a tener 30 participaciones pero todavía no las tenía, y por tanto en el momento de llevar a cabo el testamento, Feliciano estaba disponiendo de una cosa que no era suyo. Si entendiésemos que sucede esto, habría que hablar de disposición de cosa ajena. Existe lo que se llama “legado de cosa ajena” que se encuentra regulado en el Código Civil en los artículos 861 y 862, pero no cabe hablar del legado de cosa ajena, ya que las participaciones se dejan a título de heredero al hijo Feliciano y por tanto no es un legado.

En base a estos dos diferentes argumentos, voy a entender que el causante a la hora de realizar el testamento sí que disponía de 30 participaciones, pero con el paso de los años fue transmitiendo participaciones a terceros y en el momento de su muerte únicamente quedaron 15 participaciones restantes. Saber el número exacto de participaciones que quedan en el momento del fallecimiento es importante para poder llevar a cabo los cálculos para las legítimas de los “herederos forzosos” (legitimarios).

En primer lugar, según el artículo 818 CC, habrá que atender al valor de los bienes que quedaron a la muerte del causante para poder fijar la legítima. Y posteriormente al valor líquido de los bienes hereditarios se añadirá la donación colacionable.

La masa hereditaria de todos los bienes y obligaciones del causante (ya incluida la donación colacionable) es de 610.000 €, teniendo en cuenta que todos los bienes y obligaciones los consideré gananciales y por tanto sería únicamente la mitad de ellos lo que se lleva a la masa hereditaria.

En cuanto a la legítima estricta correspondiente a cada hijo es de 67.777,78 €. Teniendo en cuenta esta cantidad, queda claro que se entienden satisfechas las legítimas estrictas de cada hijo, porque todos ellos heredan más de esa cantidad.

La mujer, de la cual no se dice nada en el testamento tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Los hijos que concurren con ésta, deberán pagarle la parte correspondiente al tercio sobre el cual tiene derecho la viuda.

Destacar que hay un dinero en cuenta corriente, 7.500 € (descontada ya la parte correspondiente al cónyuge viudo) que pertenecía al causante; sobre los cuales disponen sus hijos por partes iguales al no decirse nada en el testamento sobre ellos.

La cuenta bancaria³⁰ se trata de una relación que existe entre el banco y el cliente, y en el supuesto práctico se trata de una cuenta corriente bancaria, destaca por su disponibilidad inmediata y su compensación continua. Además el banco suele prestar un servicio de caja al cliente para que lleve a cabo operaciones de una forma más sencilla y a cambio el banco recibe una comisión. Una cuenta bancaria puede pertenecer a diferentes titulares y no es necesario que el dinero contenido en ésta pertenezca por partes iguales a los titulares. Pero en nuestro caso, entiendo que al estar casado el matrimonio en régimen de gananciales la cantidad que existía dentro de la cuenta corriente pertenecía por partes iguales a cada titular. Por eso hago mención únicamente a 7.500 euros, porque entiendo que la otra mitad pertenecía a la mujer del fallecido.

³⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil (vol. II)*. Ed. Aranzadi, 35ª edición. Navarra 2012, p. 429- 433.

10. Fallecimiento posterior de Feliciano (hijo de D. Benicio), transmisión del “ius delationis” y ventas posteriores por la heredera de éste (Matilde):

Meses después fallece Feliciano que era el instituido heredero, y éste fallece antes de aceptar ni repudiar la herencia. No tiene descendencia ni ha otorgado testamento, por tanto se trata de un supuesto de sucesión intestada. La sucesión intestada³¹ viene preordenada por la ley en defecto de una previsión testamentaria del causante. En este caso, los sujetos llamados a heredar lo serán únicamente a título de herederos.

Se abrirá la sucesión intestada cuando el causante muera sin testamento (art. 912.1 CC).

Al no existir testamento, se siguen las reglas del artículo 913 CC “*a falta de herederos, la ley difiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado*”. En este caso se transmitirá a los parientes, se dice en el artículo 935 CC que “*a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes*”. Además en caso de que únicamente sobreviva uno de los padres, heredará en todos los bienes al causante. Queda claro en este caso, que heredará la madre.

Feliciano, todavía no ha manifestado su voluntad de aceptar o repudiar la herencia. La sucesión consta de una serie de etapas, entiendo que Feliciano se encuentra en la etapa de la delación, donde tiene que aceptar o repudiar la herencia. En relación con estos motivos, entiendo que lo que se transmite a su madre va a ser el “ius delationis” que es la facultad para poder aceptar o repudiar la herencia (art. 1006 CC: *por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*).

Después del fallecimiento, la madre Matilde comenzó a vender todos los bienes; en primer lugar vende a la constructora inglesa “Bricks pic” el piso situado en Ginebra, el cual estaba valorado en 200.000 € y lo vende por 300.000€. También cede a la sociedad “Póquer España S.L” el crédito de 30.000 € por un precio de 25.000 €.

Lo que se transmite por parte de Feliciano a su madre es sólo el “ius delationis”, por tanto para poder vender los bienes que correspondían en herencia a Feliciano, tendrá antes que aceptar la herencia. En este caso Matilde comienza a vender sin haber aceptado, por lo que entra en juego la cuestión de si la aceptación es tácita o por el contrario no lo es. La aceptación tácita se produce cuando una persona que todavía no ha emitido su aceptación expresa, empieza a realizar actos que no podría realizar si no se tratase de que haya aceptado la herencia. Está claro que una persona no puede vender bienes y derechos sin haber aceptado la herencia.

La aceptación será tácita si el transmisario (la madre de Feliciano, Matilde) realiza respecto de los bienes del transmitente actos que no se podrían ejecutar sin la cualidad de heredero o que suponen necesariamente la voluntad de aceptar (art. 999 CC).

³¹ Destacar que la sucesión intestada es compatible en una misma herencia con la sucesión testamentaria. Cabe la posibilidad de que se deje testamento y el testado únicamente mencione una relación de bienes y derechos, pero que queden otros sin instituido heredero; en este caso se abrirá la sucesión intestada únicamente en relación con esos bienes y derechos que no tienen instituido heredero. Pero en nuestro caso práctico no sucede esto, ya que el hijo Feliciano fallecido lo hace sin otorgar testamento y por tanto se abrirá directamente la sucesión intestada.

Según el artículo 1000.1 CC se entiende aceptada tácitamente la herencia “*cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos*”. En este artículo se está refiriendo al derecho que le corresponde a una persona en una determinada herencia como consecuencia de haberla adquirido previamente.

Por lo tanto, lo que vende, dona o cede no es la facultad de decidir si se acepta o se repudia la herencia; sino el derecho que se tiene luego de que ya se ha hecho valer la delación. Si se está disponiendo del derecho en la herencia, se supone que se tiene la titularidad del mismo por haberla adquirido como resultado de la aceptación.

Por ello entiendo que Matilde llevó a cabo una aceptación tácita porque vendió bienes que pertenecían a Feliciano, y esos actos únicamente se pueden llevar a cabo si eres heredero, es decir, si aceptas la herencia.

Las ventas que realizó Matilde fueron las que se exponen a continuación:

En primer lugar, el piso situado en Ginebra lo vende a una constructora inglesa, se trata de una compraventa internacional. En base al artículo 2 del Reglamento Roma I, se dice que la ley que se menciona en dicho reglamento será de aplicación aunque no sea la de un Estado miembro. Basándome en este artículo, se dejaría de aplicar el art. 10.5 del CC.

Pero en una compraventa, lo más importante es la determinación de la prestación característica. Es por ello que, basándome en el artículo 4.2 del Reglamento de Roma I³², al no encontrarse en ninguno de los casos expuestos en el apartado primero, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En la compraventa, la prestación característica es la entrega del bien y la realiza en nuestro caso Matilde que tiene como residencia habitual España. Por tanto en este caso, serán competentes los Tribunales españoles y el Derecho aplicable será el Derecho civil español.

Nos encontramos ante un claro caso de compraventa, ya que es un contrato por el cual una parte entrega una cosa determinada, mientras que la otra parte paga un precio por ella. La compraventa es un contrato consensual, el cual se perfecciona por el mero consentimiento de ambas partes.

Pero la duda en este caso sería saber si se trata de una compraventa mercantil o es una mera compraventa civil.

Para que se trate de una compraventa mercantil es necesario que se lleve a cabo entre empresarios y que el objeto de la compraventa se utilice para la actividad económica, y otro caso sería cuando tiene como fin lucrarse en la reventa. Entiendo que en este caso no es de aplicación el Código de Comercio donde se regulan estos casos, ya que según lo que se dice en el caso parece que Matilde no es empresaria. Pero además, en el Código de Comercio se identifica el objeto de la compraventa mercantil como un bien mueble, y por tanto no puede ser objeto de la compraventa mercantil un bien inmueble.

³² REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

En base a estos caracteres de la compraventa mercantil, entiendo que no hay cabida de esta relación jurídica en la compraventa mercantil, y por tanto será de aplicación el Código Civil a esta compraventa.

Se regula en el artículo 1457 CC que podrán celebrar un contrato de compra y venta toda aquella persona que esté autorizada a realizar cualquier obligación por el Código Civil, salvo excepciones. En vista de lo previsto en los artículos 323, 324, 1263, 1264 del CC, entiendo que ambas partes están totalmente capacitadas para llevar a cabo la relación contractual y por tanto considero que la compraventa es válida. El objeto de la compraventa es una cosa lícita y tiene existencia real.

En segundo lugar, cede a la sociedad "Póquer España S.L, el crédito de 30.000 € que se tenía contra John Quesada por 25.000 €. Sí que es posible la venta del derecho de crédito por un precio inferior a su propio valor, y como consecuencia de ello únicamente habrá perjuicios económicos para la persona que lo vende que pierde una cantidad de dinero determinada.

Bien es cierto, que incidiendo en lo dicho anteriormente, entiendo que no existe el derecho de crédito al fundarse en un juego ilícito. Desde mi punto de vista, entiendo que no se puede llevar a cabo una venta de un derecho de crédito que proviene de un acto ilícito, por tanto considero nula esta venta.

Queda civilmente obligado el que pierde en un juego o apuesta que no esté prohibido, y además la Autoridad judicial está legitimada para no estimar una demanda cuando la cantidad sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediera de los usos de un buen padre de familia³³.

Pero además, se explicita en el artículo 1275 CC "*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*". Entiendo que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral, y en base a todo lo que dije anteriormente en relación con el juego, entiendo que se opone a las leyes ya que no tiene los establecimientos las licencias necesarias para poder llevar a cabo los juegos de azar. Y además, la carga de la prueba de tal ilicitud va a corresponder al deudor (art. 1277 CC).

En este caso, entiendo que el objeto del contrato es el juego, es en lo que se basa en realidad la relación surgida entre el causante y el norteamericano en su momento. Pero el juego en un lugar no autorizado es ilegal y por tanto el objeto es ilícito.

Además en el artículo 1271 CC se menciona que podrán ser objeto de contrato, las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Aunque a día de hoy el juego está dentro del comercio de los hombres, en nuestro caso no es así ya que es un juego prohibido por no cumplir los requisitos necesarios, por tanto podría entender también que se trata de cosa fuera del comercio de los hombres y por tanto no podrá ser objeto de contrato.

Voy a entender por tanto, en base a los argumentos expuestos que la venta del derecho de crédito es nula ya que proviene de un objeto ilícito y una causa ilícita también.

³³ Artículo 1801 CC

En la sentencia núm. 878/2008 (Sala de lo Civil, Pleno), de 10 octubre (RJ 2008\56871³⁴) trata el problema de la reclamación de una cantidad prestada para jugar y que el jugador perdió. No es el mismo caso que nos acontece a nosotros, pero la traigo a colación para explicar que en esta sentencia se habla del artículo 6 del Código Civil en el que se dice “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

Entiendo que esto puede ser también de aplicación en nuestro supuesto práctico ya que el juego es un acto contrario a las normas reguladoras del juego, ya que entiendo que no se cumplen los requisitos (como expliqué anteriormente) y por tanto se dicen en el art. 6.3 del CC que serán nulos de pleno derecho.

Por tanto, considero que no se podrá vender un derecho de crédito que proviene de un acto nulo de pleno derecho porque entiendo que si el acto es nulo, no surge ese derecho de crédito, así que finalmente entiendo que es nula también la cesión del derecho de crédito.

11. Posibilidad de la cabida del derecho de retracto:

Tras las ventas realizadas, a los cuarenta y cinco días Matilde entrega a sus hijas copias de las escrituras, y además hay constancia de que Maita tuvo conocimiento de tales hechos el mismo día en que se produjeron.

Cabe hacer referencia al derecho de retracto, se regula en el artículo 1067 CC que *si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquier de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.*

En la sentencia de 5 julio de la Audiencia Provincial de Asturias (AC 2007\1816), se habla sobre si existe o no el derecho de retracto, y se llega a la conclusión de que no existe ya que éste únicamente es entre coherederos y en el caso de la sentencia se trataba de una legataria que vendía los bienes, y por tanto el heredero no tenía derecho de retracto.

Pero en nuestro caso, Matilde vende esos bienes colocándose en la situación de su hijo Feliciano que era heredero a título universal, por tanto sí que es heredera; y en relación con sus dos hijas, ni Maita ni Aureliana son coherederas en relación con la herencia de Matilde procedente de su hijo Feliciano.

³⁴ Se cita en la sentencia textualmente que “*la prohibición de los juegos de azar desarrollados fuera de los lugares autorizados para ello, haciendo inoperante la ilicitud de la causa que justifica la denegación de acción para exigir al que pierde en tales juegos el pago de lo perdido*”. Esto quiero decir que aunque el dinero que se ha prestado sea perdido en un juego de azar no quiere decir que no deba devolverlo la persona que lo perdió. Es decir, la persona prestó el dinero a otra sin saber que era para un juego prohibido; es la otra persona la que lo pierde en el juego pero aún así deberá devolverlo.

En nuestro caso práctico el dinero se pierde en el juego prohibido y por tanto no existe derecho a reclamarlo porque proviene de un hecho ilícito, es por ello que sigo insistiendo en que la cesión de ese crédito inexistente a mi modo de ver no se podría hacer.

Con respecto a la herencia del padre (Benicio), Maita es donataria y se entiende satisfecha su legítima con la donación realizada en vida por parte de sus padres; y por otro lado Aureliana es legataria y también se entiende satisfecha su legítima con lo recibido según se ha expuesto.

Queda claro fijándose en el artículo 1067 CC que el derecho de retracto únicamente cabe entre coherederos, por tanto entiendo que no cabría derecho de retracto por ninguna de sus hijas, ya que no son coherederos. Además hay que fijarse también en que se dice que se venden los derechos hereditarios a un extraño antes de que se realice la partición; y en el caso que nos acontece la partición ya se ha llevado a cabo y lo que se venden son bienes concretos.

En la sentencia de 15 de septiembre de la Audiencia Provincial de Madrid, (JUR 2009\453888), se plantea si existe o no derecho de retracto en el caso de que se vendan participaciones indivisas de bienes del caudal relicto. Finalmente el tribunal considera que no existe derecho de retracto en este caso porque se venden participaciones de bienes concretos en lugar de cuotas que es lo que se vende para que quepa el derecho de retracto. Además quiere dejar claro que no existe el derecho de retracto, pero eso no quiere decir que los coherederos no puedan ejercitar otras acciones.

Basándome en esta sentencia, concluyo que no cabe el derecho de retracto porque en este caso se venden bienes concretos y además ya se ha llevado a cabo la partición. Además, en caso de que se vendiera el derecho hereditario antes de la partición, tampoco cabría el derecho de retracto, ya que ni Maita ni Aureliana son coherederas.

Pero en caso de que se pudiese llevar a cabo el derecho de retracto por parte de los coherederos, hay que hablar del plazo. Se contará un mes desde que tengan conocimiento de los hechos que se han realizado, es necesario que el actor y retrayente tuviera conocimiento de la venta y ese conocimiento fuera preciso, completo y suficiente. Tanto Aureliana como Maita tienen conocimiento preciso y suficiente desde el momento en el que la madre les entrega las escrituras públicas de las ventas y el plazo de un mes se contará desde ese momento.

12. Conclusiones:

En relación con la vecindad civil, he llegado a la conclusión después de revisar diferentes normas a que tienen la vecindad de Madrid y por ello no es de aplicación la Ley Civil de Galicia.

Analizando los conflictos existentes entre las leyes nacionales y otras internacionales, finalmente entiendo que a todo el caso se deben aplicar las leyes españolas y no otras internacionales.

Además al no encontrarse capitulaciones de ningún tipo, se regula en el Código Civil que será de aplicación el régimen de gananciales y por tanto en todo lo relativo a los bienes y derechos serán pertenecientes a ambos cónyuges, a no ser que sean privativos de uno de ellos o que se hayan adquirido con anterioridad a la creación de la sociedad de gananciales. Entiendo en todo caso que los bienes y derechos serán por igual pertenecientes a ambos cónyuges.

En cuanto al problema que surge alrededor de la marca y la patente, va a ser diferente ya que la patente no se encuentra registrada en la Oficina de Patentes y Marcas y por tanto no va a ser una patente sino que será una mera invención pero el resto de personas van a poder tener acceso a ella, ya que no es única de la persona que la patentó por no inscribirla en la OEPM. Pero en cambio la marca sí que se encuentra registrada en la OEPM y por tanto no puede ser usada por otras personas diferentes ya que tiene uso exclusivo el titular de la marca.

Una breve referencia a la transmisión de la empresa y la situación en la que se encuentran los trabajadores de ésta. Se dice en el Estatuto de los Trabajadores que con la transmisión de la empresa van los trabajadores también en un principio.

La donación en un principio se dijo por el donante que era no colacionable y por tanto no se entendía llevada a la masa hereditaria, pero en un momento posterior en el testamento del año 2005 se dice que la donación será colacionable y por tanto habrá que entenderla llevada a la herencia. En un principio no sabía si era posible esta acción, pero finalmente entiendo que si que se puede llevar a la herencia una donación que en un primer momento se dijo que era no colacionable, ya que la colación se puede revocar y la dispensa de colacionar también.

Entre los dos testamentos, es válido el realizado en el 2005 ya que es un testamento abierto que cumple todos los requisitos necesarios, y en cambio el del 2011 es un testamento especial abierto (en caso de inminente peligro de muerte) pero no se cumplen todos los requisitos y por tanto considero nulo el testamento del año 2011. Además es necesario destacar que en relación con el testamento que considero válido, el del año 2005, se abrirá la sucesión intestada y la sucesión testada también.

Es válida la compatibilidad de ambas sucesiones (testada e intestada), como sucede en el caso de la herencia de D. Benicio. La sucesión testada se abrirá para aquellos bienes y derechos que tengan instituido heredero, y por el contrario se abre la sucesión intestada para aquellos que no contengan instituido heredero.

Cada bien que pudiese ocasionar un conflicto o problema fue analizado con precisión, entre lo que destaca:

- La empresa familiar se deja en herencia a una de las hijas de forma total, pero como el causante satisface las legítimas del resto de legitimarios no supone ningún problema. En el caso de que el causante no se encargase de satisfacer las legítimas, tendría que encargarse de satisfacerlas la heredera de la empresa familiar.
- En cuanto al dinero en cuenta corriente, es en relación con esto cuando se abre la sucesión intestada, y según el orden de prevalencia regulado en el Código Civil, la parte correspondiente al causante irá a parar a los descendientes en línea recta (es decir, sus hijos).
- En relación con el piso de Ginebra podía existir un conflicto de leyes, pero finalmente se entiende que son de aplicación las leyes españolas ya que aunque el piso se encuentra en un territorio situado fuera de España, el titular del piso fallece en España y era además su lugar de residencia.
- Es quizás con el derecho de crédito con lo que surgen más problemas, pero tras analizarlos todos, entiendo que se trata de una partida de póquer ilegal por tanto no se puede reclamar el dinero ganado en ese juego, además entiendo que al ser

un juego ilegal también lo es el derecho de crédito que surge de un juego ilegal, y finalmente cuando se habla de la cesión del derecho de crédito llegué también a la conclusión de considerarlo ilegal por provenir de un acto nulo.

- El número de participaciones es diferente en el momento de realizar el testamento del año 2005, y el momento posterior cuando se hace la relación de bienes y derechos que existían con la muerte del causante. Esto se puede deber a que vendió parte de las participaciones en los años que transcurren entre la realización del testamento y el momento de la muerte; o bien que dispuso de unas participaciones que todavía no tenía pero que esperaba poseer en el momento de su fallecimiento.

Además en un momento posterior fallece el hijo Feliciano, en relación con el cual se abrirá la sucesión intestada, y los bienes y derechos irán a parar a su madre porque no tiene ni hijos ni descendientes, y no dejó ningún testamento. En este caso se transmite el “ius delationis” porque D. Feliciano fallece antes de aceptar o repudiar la herencia. Pero el problema surge después cuando la madre comienza a vender todos los bienes y derechos, entiendo que se produce la aceptación tácita ya que lleva a cabo acciones que no podría realizar si no se tratase de una heredera. Y finalmente, no existe derecho de retracto por Maita ni Aureliana, ya que no son herederas en relación con la herencia de D. Feliciano y únicamente existe el derecho de retracto entre coherederos.

2) Razone sobre la oportunidad histórica del sistema de legítimas y la conveniencia de mantenerlo en el actual ordenamiento jurídico español. Refleje la normativa que recoge las legítimas en alguna de las fuentes jurídicas históricas que ha examinado en sus estudios de grado.

Voy a tratar el tema del sistema de las legítimas desde el derecho romano. Para ello haré una breve introducción que refleje la historia de cómo ha ido evolucionando el sistema hasta el momento en que nos encontramos en la actualidad. Y también comentaré los orígenes de las legítimas en el derecho romano. Además haré una pequeña referencia a las legítimas en el Derecho Civil gallego, ya que entiendo que aunque el caso expuesto no se acoge al Derecho Civil gallego, sí que podría acogerse y por tanto considero que tiene importancia mencionar el sistema de legítimas.

1. Introducción:

Si nos fijamos en la historia, vemos que la libertad de testar es moderna, ya que no llega hasta que los romanos inventan el testamento. Antes del imperio romano la sucesión era forzosa, y por lo común, en los pueblos primitivos se obligaba a los padres a partir sus bienes entre todos los hijos por partes iguales.

La sucesión en los antiguos pueblos europeos, en particular en los pueblos germánicos, era un principio forzoso y es por ello que Teobaldo I en el Fuero Viejo de Navarra (ese territorio en el que hoy en día hay libertad absoluta de testar), prohibía dejar a unas personas más que a otras. Era necesario dejar a todos los hijos por partes iguales, por ello fue necesaria una lucha por parte de los navarros para combatir la imposición del Fuero Viejo.

Por otro parte, es cierto que los romanos pasaron de una sucesión forzosa a la libertad de elegir cuando crearon el testamento, que en un principio era un acto solemne que se llevaba a cabo ante los comicios o ante el ejército formado.

El testamento, su historia la inició con una amplia libertad de testar, pero esa libertad muy pronto se vio reducida cuando vieron que se llevaban a cabo determinadas conductas que no aprobaba su sentimiento de piedad y para evitar que se produjesen abusos, crearon la legítima.

En relación con la legítima romana, destacar que se trata de una parte de los bienes que se deja a los hijos y que se debe repartir entre ellos por partes iguales.

En principio, la legítima romana era muy corta, una cuarta parte de los bienes, y este es el tipo de legítima más cercano a la libertad³⁵. Pero una vez que se llegó a Justiniano, la legítima se amplió hasta la mitad de la herencia o los dos tercios de la herencia, dependiendo ello del número de hijos.

Por este motivo se dice que se pasó de un sistema muy liberal para formarse otro sistema más restrictivo.³⁶

³⁵ Rige en la actualidad en el Derecho Civil de Cataluña.

³⁶ Es esa legítima justiniana la que se extendió por toda Europa.

Pero existen países en los que quedaba viva la reserva absoluta de los bienes, sobre todo en los países germánicos donde no aceptaron la incorporación de la legítima romana. En estos casos, el problema surgido era inverso, ya que era preciso abrir alguna brecha en la reserva absoluta para así poder permitir al testador una zona de libertad en relación con los bienes.

En relación con los antiguos germanos, estos tenían un patrimonio formado por tierras que debían dividir entre todos los hijos, pero aparte contaban con los caballos y las armas, que tenían la facultad de transmitirlos sólo a un sucesor elegido.

Por otra parte, en una sociedad más estable, los visigodos instalados en España, permitieron al testador que dejase a extraños un quinto de sus bienes.

Destacar que nuestra legítima en el Derecho Civil procede del Derecho romano.

2. Sucesión legítima en el Derecho Romano:

La llamada sucesión legítima viene a introducir un elemento de aparente distorsión en la dualidad por excelencia del derecho de sucesiones, que radica, como se sabe, en la existencia alternativa de una sucesión testamentaria y otra intestada. Naturalmente, la sucesión legítima no es más que la intromisión de la ley en el ámbito en principio estrictamente privado de la disposición testamentaria que de sus propios bienes realiza un determinado individuo. Esta sucesión legal, se manifiesta cuando se ha producido la ordenación testamentaria de la propia sucesión, y se trata del punto de conexión entre las dos clases de sucesiones existentes.

Entiendo que desentrañar el verdadero papel que tiene la sucesión legítima en el derecho sucesorio romano es, entender la razón de ser de un negocio tan genuinamente romano como el *testamentum*, por un lado; e intuir la primitiva naturaleza que tienen las sucesiones romanas, por otro³⁷.

Entre los diferentes fundamentos de la sucesión legítima, es necesario destacar: el carácter político de la familia romana como fundamento directo y social, y la prevalencia de la sucesión testamentaria; los cuales analizaré a continuación.

El primero de los fundamentos, hunde sus raíces en la propia contextura de la sociedad en la que nacen y se desenvuelven sus más primitivas manifestaciones. En la arquitectura social sobre la que se estructura la primitiva comunidad romana, la familia constituye el elemento fundamental de la vida de la civilización. La familia supone la primera célula donde el poder termina por reglarse para facilitar así que la vivencia individual del hombre se haga convivencia al ir nutriéndose de los demás, y convertirse finalmente en un grupo.

Está claro en el derecho romano, que el padre de familia ostenta una posición superior con respecto al hijo.

³⁷ CASTRO SÁENZ, A. *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*. Ed. Universidad de Sevilla. Sevilla 2002, p. 151 y 152.

La desheredación en el derecho romano, era algo excepcional, y eso es imputable a una auto-limitación de tipo moral que brota de la propia entraña del poder paterno y que le impide comportarse en contra de lo moralmente debido.

Pero al argumento social expuesto, se une un argumento jurídico que es también un presupuesto social para la sucesión legítima. En una estructura social donde la célula familiar ocupa una posición crucial como organismo vivo y autónomo, el testamento aparece configurado desde lo más hondo social; es decir desde lo íntimo familiar, como la única vía a través de la cual puede canalizarse la sucesión del grupo. Entendiéndose así al padre de familia como el punto de inflexión sobre el que el Derecho y sobre todo el derecho de sucesiones, ha de girar.

El *pater familia* podrá disponer como quiere en el testamento, pero finalmente lo hará como deba.

Es por todo lo expuesto anteriormente, que surge la sucesión legítima como modalidad de la sucesión legal cuando se ha producido el testamento. Dentro de la propia evolución coherente consigo misma del *ius civile*, surge la primera modalidad de la sucesión legítima, que es la **sucesión legítima formal**³⁸, como primera limitación jurídica a lo que hasta entonces sólo se limitaba desde lo hondo moral, desde el contenido religioso de un poder todavía trascendente como la sociedad sacral.

Mientras el poder del padre de familia es aún muy fuerte, la limitación jurídica que supone la instauración de la legítima es muy débil. Pero cuando la familia se resquebraja como cimiento social y su cohesión inmanente se diluye; en este caso cuando la sucesión legal fortalece sus mecanismos y su intromisión en la esfera de libre disposición del causante se hace más fuerte y surge así una nueva forma de **sucesión legítima que es sólida, física y computable, real**.

Pero la necesidad de un orden legal se justifica por la evidencia cotidiana de que no todos los titulares realizaban testamento, ya que en la época arcaica sólo se podían formalizar ante los comicios y sólo dos veces al año, o ante el ejército antes de entrar en batalla.

Esta ordenación legal, en una sociedad tan rígida como es la romana de la época arcaica, donde la partícula familiar es lo fundamental en la civilización, responde a su vez, al carácter familiar de la vida privada y pública romana. El padre de familia es el único titular de todos los bienes y esto hace que intente disponer siempre en beneficio de sus propios familiares. Existe una evidencia subjetiva de que es inevitable que la herencia quede dentro de la célula familiar, y esto se convierte en una necesidad objetiva al recogerse y venir impuesto por ley.

³⁸ “La legítima formal estaría constituida por una carga de mencionar a los hijos y descendientes en el testamento para claridad de la voluntad del testador respecto de ellos o, para dejar constancia de que se usa la libertad de testar, teniendo en cuenta a estos descendientes, con independencia de si se les hace o no se les hace atribuciones patrimoniales”. MIGUEL GONZÁLEZ, J.M. *El notario del siglo XXI*. Colegio notarial de Madrid, nº 26, mayo 2009.

En mi opinión, es esta legítima la referida a la necesidad de dejar parte de patrimonio a los hijos y descendientes, que aunque exista libertad de testar siempre va a ser necesario dejar una proporción. Pero es la legítima material la porción de bienes sobre los cuales el testador no puede disponer al ser única y exclusivamente destinados a hijos y descendientes. La diferencia que observo es que la legítima formal es más una carga, es decir una necesidad de que se mencionen a esos hijos y descendientes en el testamento para aclarar la voluntad del testador.

3. Libertad de testar en el Derecho Romano Antiguo³⁹:

3.1. Situación de los bienes familiares al fallecer el *paterfamilias*:

Todo lo relacionado con la herencia, se encuentra en vínculo con la constitución de la familia. Una vez muerto el padre de familia, serán los hijos los que pasen a ocupar la situación jurídica del causante. La unidad que estaba en manos del padre, se va a desintegrar en tantas unidades como herederos existan. Pero existía también la posibilidad de que todo el patrimonio quedase indiviso, constituyéndose así lo que Gayo denomina “dominio indiviso”. Pero esta hace que existan serios problemas:

- a) Claro está que la situación de condominio resulta inestable, y esto provoca que puedan surgir muchos conflictos entre las partes; lo que provocaría una situación de inestabilidad entre todos sus integrantes.
- b) Además, si se mantenía durante tiempo esta situación, ocasionaría graves perjuicios, ya que la familia normalmente tienen a crecer y esto hacía difícil el sustento de todos los integrantes. Pero existía la posibilidad de que cualquiera de ellos podía solicitar la partición de la herencia en cualquier momento si veía que surgían conflictos de esta forma. Hay que destacar que ya existía en la Ley de las XII Tablas la “acción de partición de la herencia”. Pero esto tenía un problema ya que al repartirse los bienes se iba a producir una pérdida, porque en aquella época los bienes consistían en explotación agrícola.

3.2. Libertad de testar del “*paterfamilias*”: era el padre de familia el que intentaba evitar que surgiesen los problemas. Si contaba con varios hijos, lo que hacía era elegir al que lo iba a suceder y con los restantes o los emancipaba o los daba a otro padre en adopción; y si se trataba de hijas se encargaba de casarlas. En relación con los emancipados, esto le ayudaba para así poder adjudicarles una parcela y que pudiesen desenvolverse económicamente. La libertad que tenía para testar el padre de familia, no sólo le servía para instituir como heredero a quien quisiese, sino también para poder desheredar sin tener que fundarlo en ningún motivo. Lo que se pretendía era evitar la desintegración de todo el patrimonio una vez fallecido el causante.

Pero el gran problema surge cuando los herederos no se ven satisfechos por las decisiones que había adoptado el padre. Y es difícil resolver el problema, ya que los romanos no dejaron de reconocer la libertad que tenía el testador; por tanto lo que se intentó fue ir limitando esa libertad para así poder beneficiar a los herederos.

Las primeras medidas fueron conocidas a finales de la época republicana, y ya para los juristas del siglo II y III d.C, el reconocimiento del derecho que tenía los herederos fue alcanzando un alto grado de desarrollo. Pero las medidas no aparecen sistematizadas en ningún documento, por tanto será necesario esperar hasta el año 529 d.C para ver un intento de estas medidas sistematizadas.

³⁹ GARCÍA- BERNARDO LANDETA, A. *La legítima en el Código Civil*. 2ª Edición. Ed. Colegios notariales de España. Madrid 2006, p. 19 a 36.

4. Sucesión hereditaria contra el testamento:

Los juristas republicanos se involucraron en este tema.

En primer lugar, había ocasiones en las que el causante ni desheredaba a los hijos, ni tampoco los instituía como herederos. En primer lugar juzgaron que el padre de familia no podía omitir a los herederos suyos. Los efectos iban a ser diferentes dependiendo del caso en el que se encontrasen.

Si se trataba de un hijo bajo la patria potestad, era necesario que lo instituyesen heredero o le desheredasen “nominativamente”, designando en todo caso su nombre (aunque si era hijo único no hacía falta indicar su nombre). Por tanto si no se hacía de esta forma el testamento, se entendía que era nulo.

En relación con el resto de herederos, era suficiente con una cláusula colectiva donde se indicase por ejemplo que “todos iban a ser desheredados”. Pero en este segundo caso, relacionado con el resto de herederos, el testamento no sería inválido sino que continuaría siendo válido, pero los herederos suyos tendrían derecho a una parte de la herencia igual a la del “sui heres”, y si se trataba de un extraño, tendría derecho a la mitad de la parte que le corresponde al instituido.

En segundo lugar, otro problema diferente es el caso de la “bonorum possessio contra tabulas de los liberi”, en este caso el pretor no sólo protege a los herederos legítimos, sino también protege a aquellos que deberían estar de haber continuado con vida el padre (es el caso de los herederos póstumos⁴⁰). En este caso existe por tanto una protección más amplia.

Ambas medidas, llevadas a cabo por el jurista y por el pretor, respetaban el principio de la libertad amplia del testador de instituir heredero o desheredar a quien quisiera.

Pero hacia finales de la época republicana, surgió una medida protectora de los herederos. Se les ofrecía la posibilidad de atacar el testamento por un procedimiento denominado “la querella inofficiosi testamenti”, aduciendo que su padre había faltado al “deber de piedad” que debía tener con ellos. Con este procedimiento se podía conseguir, por un lado que se anulase el testamento, o por otro que se les otorgase parte de la herencia. Esta es una medida extraordinaria que sólo se concede si no existe otra vía disponible.

En un primer momento, se hablaba de que esta medida la podían llevar a cabo únicamente los desheredados, pero esta hipótesis fue ampliada con posterioridad. Así podía ocurrir que el testador los hubiese instituido herederos pero por una porción de bienes que era insuficiente para satisfacer la legítima y por tanto éstos podían llevar a cabo la medida citada anteriormente.

Pero en este caso, el problema surgió para saber cuándo se consideraba insuficiente la porción de bienes entregada, ya que no existían leyes que lo especificasen; es por ello que se encargaban los jueces de tomar la decisión. Los jueces en este caso tuvieron plena libertad, porque al no existir leyes, era ellos mismos los que decidían si los bienes eran o no suficientes para cubrir la legítima.

⁴⁰ El heredero póstumo es aquel que nace una vez fallecido el causante.

A finales de los tiempos republicanos, se comenzó a aplicar que sería necesaria una cuarta parte de la cuota hereditaria, para entender satisfecha la legítima de cada heredero. Se dice que “la cuarta parte” se recoge de la Ley Falcidia (año 40 a.C) en la cual se habla de la cuota.

Posteriormente, una vez entrados en la época de Justiniano se observaron diversas reformas. En cuanto a la querrela, lo que hizo fue evitar que todos los herederos que no encontraban satisfecha su legítima llevasen a cabo una querrela, y por tanto se les ofrecía la posibilidad de ejercitar la “*actio ad supplendam legitimam*” mediante la cual se completaría la cantidad percibida en caso de que fuese inferior a la legítima.

Por otro lado, en relación con la legítima se iba a imponer una cuota diferente dependiendo del número de hijos de la familia.

Y por último en relación con la posibilidad de desheredación, hubo grandes cambios ya que se requería una justa causa para poder desheredar a un “*sui heres*”, por tanto la libertad de testar se encuentra algo más limitada que en al principio de la historia, donde había plena libertad para tomar cualquier decisión y no era necesario justificar ninguna conducta.

En conclusión de la historia de las legítimas en el derecho romano, queda claro que se partió en este caso de la total libertad del padre de familia para poder instituir heredero o desheredar a los descendientes que quisiese. Pero esto poco a poco fue cambiando, ya que se les fueron ofreciendo a los herederos medidas para evitar que fuese tan sencillo desheredarlos o entregarles una cantidad de bienes inferior a la legítima.

En todas las épocas del derecho romano, lo que estuvo en juego fue el interés familiar, ya sea en la primera familia monolítica, como en la familia posterior en la cual se trató de conjugar el interés de la institución representada por la voluntad del padre, con los intereses individuales de cada familiar próximo.

En el derecho romano se partió en principio de la amplia libertad de testar, para finalizar reconociendo la existencia de derechos sucesorios en manos de los familiares más cercanos.

En mi opinión considero que las legítimas en el derecho romano, surgieron para poder ayudar a los herederos a que tuviesen una porción del caudal hereditario. Esto ayudaba a que se continuase manteniendo la unidad familiar de forma que los herederos suyos (es decir, los hijos), iban a tener bienes pertenecientes al padre y así poder continuar aumentando la familia y poder desarrollarse en el ámbito económico. En aquellos tiempos, las personas morían muy jóvenes y esto ayudaba a que se asegurase una continuación de los descendientes. En esta época considero que está bien incluida la legítima, porque desde mi punto de vista no tenía mucho sentido dejar bienes a personas extrañas, pudiendo con eso ayudar a los descendientes o parientes cercanos a poder formar una familia y poder dedicar su vida a la continuación de trabajos (como por ejemplo en la tierras, que en esos tiempos, en la mayoría de los casos eran los bienes que se heredaban; además de ser el único medio de subsistencia).

5. Las legítimas en la actualidad:

Existe ahora, la necesidad de una vinculación familiar de parte del haber hereditario transmisible mortis causa, que supone el establecimiento de un sistema de legítimas, se puede fundar en la relación de la garantía constitucional del derecho a la herencia (art. 33.1 CE) con la protección de la familia (art. 39.1 CE). El sistema de legítimas permite combinar la exigencia de que determinados miembros de la familia del causante reciban alguna parte de sus bienes, con la libertad del causante para disponer de su destino para después de su muerte. Por tanto, la legítima es una cuota del caudal relicto del causante, una vez deducidas las deudas y cargas, que se atribuye a determinados sujetos determinados por la ley, entre quienes tiene vínculos parentales y conyugales y reciben el nombre de legitimarios o herederos forzosos. En este momento, se encuentra regulado en nuestro Código Civil el sistema legitimario que se lleva a cabo (art. 806 y siguientes CC).

En el año 1851 se llevó a cabo el proyecto del Código Civil, donde se fueron introduciendo conceptos en los cuales se inspiró nuestro Código Civil de 1988.

La legítima era y es una figura jurídica de nuestro Derecho sucesorio. Por causa de la legítima pueden impugnarse total o parcialmente donaciones, anularse contratos, dejar sin eficacia de forma parcial o total legados, etc. También en muchas ocasiones por causa de la legítima y a pesar de que exista testamento, se abre la sucesión intestada.

Se empiezan a oír algunas voces de personas que pretenden modificar nuestro sistema legitimario por el lado de la libertad de testar, quizás fundándose en las corrientes desintegradoras de la familia tradicional.

Es de destacar, en este caso el Derecho Civil gallego, que con los cambios que se han introducido en las últimas reformas, la libertad de testar está cada vez más cerca.

Hay que tener en cuenta la transformación que ha ido sufriendo la familia. Se parte en un primer momento de la familia rural, pero desde el siglo XIX se fueron disgregando los miembros de la familia por exigencias de la sociedad industrial, y esto se acentúa todavía más en estos momentos con la sociedad tecnológica que hace que se extingan los deberes y se pierda la solidaridad entre padres e hijos. Ahora las residencias de ancianos son el refugio y su hogar, diferencia con otras épocas donde convivían todos juntos y se cuidaban unos a otros. Esto hace que se crea en muchos casos, que las razones para mantener el sistema de legítimas han desaparecido, ya que las principales razones por las que se crearon parece que no existen hoy en día.

En primer lugar, hablar de la naturaleza de las legítimas, destacando las características de los tres sistemas sucesorios de la libertad testamentaria, sistema romano de legítimas y sistema germánico de reservas en orden a los derechos sucesorios de los parientes más cercanos, que son las siguientes:

1.- En los sistemas de libertad de testar, los parientes más íntimos no tienen ningún derecho que limite la disposición del causante o la libertad de testar. En este caso, no cabe la preterición, y la desheredación se consigue omitiéndoles en el testamento o excluyéndolos de la herencia.

2.- En los sistemas que están inspirados en el Derecho romano, existen prohibiciones especiales o limitaciones a la libertad de testar, esto se hace para que los parientes más íntimos reciban una parte de los bienes del causante, bien por donación en vida o por herencia a su muerte. Esa parte de los bienes se denomina legítima, y corresponde normalmente a los hijos respecto a los padres. En este sistema como en el de libertad de testar, sólo hay dos clases de sucesión que son la testada e intestada. En caso de que se cumplan los deberes que son necesarios llevas a cabo, esto se sanciona con la pérdida total o parcial de la libertad de testar y la apertura de la sucesión intestada.

3.- En cuanto a los sistemas inspirados en el Derecho germánico, que es menos profundo, evolucionado y humano que el romano. En un primer momento no se podía disponer por testamento. Surge de un modo inverso al caso del Derecho romano, como una restricción a la herencia forzosa para poder disponer de la cuota libre y todo ello por influencia de la Iglesia.

De estos tres sistemas es el romano el superior⁴¹, concilia la libertad de testar con los deberes naturales y patrimoniales “post mortem” con los parientes más íntimos.

Las características de los sistemas romanos de legítimas y germánico de reservas, lo mismo que la polémica doctrinal acerca de los derechos de esos parientes próximos en nuestro CC, facilitan la solución de la mayoría de los problemas de la legítima.

En segundo lugar, hablar de los herederos forzosos, que parece que han pervivido a las profundas mutaciones que sufrió el Derecho sucesorio. Antes de que entrase en vigor el Código Civil, si algún heredero forzoso no era instituido como heredero o era desheredado de forma justa, había preterición⁴² y se anulaba la institución de heredero, aunque por vía de legado hubiese percibido una partición en la herencia superior a la legítima.

Pero desde la entrada en vigor del Código Civil, los herederos forzosos ya no podían atacar el testamento por esta causa, porque no existía la preterición.

Por otro lado, el causante también tiene otra limitación con relación al cónyuge ya que éste también tiene derecho a una legítima que será variable dependiendo del número de herederos que existan. El cónyuge no fue heredero forzoso ni en el Derecho romano ni en el Derecho histórico de Castilla; sino que fue el Código Civil de 1889 el que introdujo esta diferencia.

⁴¹ Esta idea extraída de GARCÍA- BERNARDO LANDETA, A. *La legítima en el Código Civil*, cit. p. 122. En mi opinión es un claro sistema superior el romano, en relación con el tema de las legítimas, ya que fue en ese sistema en el que se basa el sistema de legítimas español. Es cierto que hubo claros cambios, pero también porque los tiempos son diferentes al haber pasado tantos años de por medio.

⁴² La preterición se refiere a la omisión en el testamento de uno o más herederos forzosos. Se exige por el Derecho que se reconozca al heredero forzoso su cualidad de tal o se le revoque, ya que si no se hace se anulará el testamento y se sustituirá por el modelo de la sucesión abintestato.

Aunque se produzca la preterición, el heredero forzoso tendrá el mismo derecho aunque no se le mencione en el testamento.

En el derecho romano, aunque no se mencionase a aquellos herederos, seguían siendo intestados y como tales habrían de concurrir a la herencia con los testamentarios.

GARCÍA- BERNARDO LANDETA, A. *La legítima en el Código Civil*, cit. pp. 249 y 250.

En torno al debate sobre el tema de la preterición, existe una revista donde este mismo autor aparece. GARCÍA- BERNARDO LANDETA, A. *Revista Jurídica del Notariado*. Consejo General del Notariado, nº44, octubre- diciembre 2002.

Según el artículo 808 del CC, los hijos y descendientes tienen derecho a dos terceras partes del haber hereditario como legítima. Pero es necesario diferenciar entre esos dos tercios, ya que en relación con un tercio la capacidad de disposición del causante es nula, es decir los destinatarios van a ser los hijos y la división será por partes iguales, sin que el causante pueda decir lo contrario.

Pero en cambio, en relación con el otro tercio de la herencia, que se denomina la legítima de mejora, también va a los hijos pero en este caso el causante puede decidir en qué proporción va a ir a cada uno.

En cuanto a la legítima del cónyuge viudo va a depender con quien concurra, se encuentra regulada en los artículos 834, 837 y 838 CC. Si concurre con hijos, va a tener derecho a un tercio de la mejora; pero si concurre con padres o ascendientes tendrá derecho a la mitad del usufructo que se otorgue a los padres.

En relación con los padres y ascendientes, si concurren solos van a tener derecho a la mitad de la herencia, pero si por el contrario concurren con alguien (como por ejemplo con el cónyuge), tendrán derecho sólo a un tercio de la herencia.

En tercer lugar, voy a hacer una referencia al Derecho Civil de Galicia⁴³. En la ley 2/2006 de 14 de junio, se habla de las legítimas de los hijos y descendientes y también del cónyuge viudo.

Se observan claras diferencias entre el Derecho Civil de Galicia y el Derecho Civil común, y esto se debe a que en el Derecho Civil de Galicia se ha llevado a cabo una rebaja en la legítima.

En relación con los descendientes, su legítima constituye la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido.

En el caso de la legítima del cónyuge viudo, va a depender al igual que en el Derecho Común español, de si concurre o no con otros herederos forzosos. Si el cónyuge viudo concurre con descendientes del causante, le corresponderá a éste el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario. Pero si por el contrario no concurre con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital.

Destacar que existe una clara diferencia con el derecho común, ya que en el caso del Derecho Civil gallego no se hace ninguna mención a los ascendientes porque no son considerados como legitimarios.

Finalmente, en mi opinión considero que el fundamento y razón por el cual se llevó a cabo la imposición de las legítimas de herederos forzosos se ha perdido con el transcurso de los años. Entiendo que a día de hoy ya no existen los mismos motivos para mantenerlas que en el Derecho romano.

En el Derecho romano, considero que era necesaria la existencia de legítimas, ya que las personas tenían una esperanza de vida inferior a la de ahora, y se morían dejando a hijos de reducidas edades. Además en aquella época para poder sobrevivir tenías que trabajar en el campo y suministrarte tus propios alimentos, y como en la mayoría de los casos los únicos bienes de los que disponían los causantes eran tierras; se conseguía así que los descendientes consiguiesen una mejor supervivencia tras la muerte del padre.

⁴³ Extraído de los preceptos regulados en la Ley 2/2006.

Pero a día de hoy, no tengo muy claro el motivo por el que se continúan manteniendo las legítimas. Hoy en día la esperanza de vida es mucho mayor y además no se vive en la mayoría de los casos con tan pocos recursos como tenían en aquellos tiempos. Entiendo que hoy en día se mantiene el sistema de legítimas en base a los artículos 33.1 y 39.1 de la Constitución Española donde se reconoce el derecho a la herencia y se menciona que los poderes públicos aseguran la protección jurídica de la familia.

Entiendo que si existen las legítimas para los herederos forzosos es para mantener el vínculo familiar existente entre los miembros de la familia, pero no creo que las relaciones sean iguales que en el Derecho romano. Ahora la supervivencia depende de cada uno, es cada persona la responsable de conseguir una serie de objetivos en su vida y ganarse la vida de alguna forma; no como antes que en casi todos los casos se dedicaban a las tierras y era de lo que vivían.

Supongo que se querrá continuar con el sistema de legítimas para no olvidar nunca la relación y el vínculo existente entre los diferentes grupos de familia.

Desde mi punto de vista, creo que el único motivo por el que se mantiene es para asegurar una parte del caudal hereditario a los legitimarios y así parezca que se mantiene el vínculo familiar. Pero no le veo mucho sentido a esto si el motivo es mantener ese vínculo familiar, ya que no por tener una parte dedicada exclusivamente a los legitimarios va a hacer que se mantenga la familia. Por otro lado, quizás se mantengan las legítimas para asegurar que a los familiares en vínculo más estrecho les corresponda algo por el mero hecho de tener una relación tan estrecha.

3) Bibliografía:

- ALBADALEJO GARCÍA, M. DÍAZ ALABART, S. *La donación*. Ed. Fundación registral. Madrid 2006, p. 998.
- ÁLVAREZ LATA, N. *Aspectos civiles de la empresa familiar*. Ed. Netbiblo. La Coruña 2011, p.110.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. *Manual de Derecho Civil (Derecho de familia)*. Ed. Bercal S.A. Madrid 2011, p. 266.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. *Manual de Derecho Civil (Derecho de obligaciones)*. Ed. Bercal S.A. Madrid 2011, p. 234.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. *Manual de Derecho Civil (Derecho privado y Derecho de la persona)*. Ed. Bercal S.A. Madrid 2011, p. 237.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. *Manual de Derecho Civil (Derecho de sucesiones)*. Ed. Bercal S.A. Madrid 2012, p. 256.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. *Legislación básica de derecho internacional privado*. Ed. Tecnos. Madrid 2012, p. 1755.
- CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Código Civil comentado*. Ed. La ley, 7º edición. Madrid 2012, p. 2289.
- CALVO CARAVACA, A.L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*. Ed. Comares. Granada 2012, p. 469.
- CASTRO SÁENZ, A. *Herencia y mundo antiguo estudio de derecho sucesorio romano*. Ed. Universidad de Sevilla. Sevilla 2002, p. 416.
- DOMINGO DE MORATO, R. *El derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de Juan Sala*. Ed. Analecta. Pamplona 2002. 2 tomos en un volumen p. 544, 508.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *La sucesión forzosa estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral*. Ed. Comares. Granada 2004, p. 483.
- GARCÍA- BERNARDO LANDETA, A. *La legítima en el Código Civil*. Ed. Consejo general del notariado. Madrid 2006, p. 406.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. *Derecho internacional privado*. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Madrid 2012, p. 469.

- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. *Tratado de Derecho de Sucesiones (tomo II)*. Ed. Civitas. Navarra 2011, p. 2858.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, F.; RAMS ALBESA, F. *Elementos de Derecho Civil V Sucesiones*. Ed. Dykinson. Madrid 2009, p. 483.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Contratos (Principios de Derecho civil III)*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2011, p. 419.
- MELLA MÉNDEZ, L. *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*. Ed. Comares. Granada 2000, p. 289.
- MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. *Lecciones de derecho mercantil (tomo I)*. Ed. Cizur Menor. Navarra 2012, p. 1119.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. *Curso de Derecho Civil II (Derechos de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012, p. 645.
- SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil (vol. I)*. Ed. Aranzadi, 35ª edición. Navarra 2012, p. 878.
- SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil (vol. II)*. Ed. Aranzadi, 35ª edición. Navarra 2012, p. 769.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. *Comentario del Código Civil*. Ed. Bosch S.A. Barcelona 2000. 9 volúmenes.
- TORRES GARCÍA, T. *Tratado de legítimas*. Ed. Atelier. Barcelona 2012, p. 515.
- VAQUER ALOY, A. *La donación en España y en Europa*. Ed. Reus. Madrid 2012, p. 191.